

REVISTA JURÍDICA

**DA PROCURADORIA GERAL
DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO**



PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
SECRETARIA DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS
Procuradoria Geral do Município

PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
Celso Pitta

SECRETÁRIO DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS
Edvaldo Brito

PROCURADORA GERAL DO MUNICÍPIO
Sílvia Helena Nogueira Cruzelhes

CENTRO DE ESTUDOS JURÍDICOS
Coordenadora: June Alberici de Mello

Capa
Foto de Militão de Azevedo
Arquivo Histórico do Município de São Paulo

Catálogo na Fonte

REVISTA JURÍDICA DA PROCURADORIA GERAL DO
MUNICÍPIO DE SÃO PAULO. São Paulo: CEJUR -
Centro de Estudos Jurídicos, 1995- Semestral.

CDD 340.05

CDU 34(05)

São Paulo, junho de 1996

REVISTA JURÍDICA

DA PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO



PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
SECRETARIA DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS
Procuradoria Geral do Município

PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
Paulo Maluf

SECRETÁRIA DOS NEGÓCIOS JURÍDICOS
Mônica Herman Salem Caggiano

PROCURADORA GERAL DO MUNICÍPIO
Rita Giancesini

CENTRO DE ESTUDOS JURÍDICOS

Coordenadora: June Alberici de Mello
Avenida Brigadeiro Luiz Antonio, 42
01318-000 São Paulo - SP, Brasil
fone (011) 239.4525

COMISSÃO EDITORIAL

Fábio Ulhôa Coelho, June Alberici de Mello,
Lívia Maria A. K. Zago, Lúcia de Toledo Piza Peluso e
Rita Giancesini

DOUTRINA

<i>Decreto Regulamentar no Sistema Brasileiro</i> Geraldo Ataliba	13
<i>Os Requisitos e o Alcance de Liminar baseada em Inconstitucionalidade de Lei ou Ato Normativo do Poder Público</i> Manoel Gonçalves Ferreira Filho	31
<i>O PAS e a Constituição</i> Celso Ribeiro Bastos	39
<i>Convênios e Consórcios Administrativos</i> Odete Medauar	69
<i>Inexigibilidade de Licitação – Singularidade do Objeto</i> Nodette Mameri Peano Magadar Rosália Costa Briguet	91
<i>A Lei nº 9069/95, as Medidas Provisórias que a antecederam, as locações em curso e o Direito Intertemporal</i> Milton Sanseverino	101

PRÊMIOS

“OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO” – 1994

Manifestação da Municipalidade de São Paulo sobre pedido de concessão de liminar em Ação Cautelar Inonimada, movida pelo

SUMÁRIO

Ministério Público do Estado de São Paulo. Projeto de prolongamento da Avenida Faria Lima e "Operação Urbana Faria Lima". Invocação de ausência de prévia licença ambiental emitida pelo Conselho Estadual do Meio Ambiente (CONSEMA)
Antonio Miguel Aith Neto 111

"TRABALHO RELEVANTE DO ANO" – 1994

Contestação apresentada pela Municipalidade de São Paulo, em Ação Ordinária Negatória de Servidão, em que se discute a natureza de servidão de passagem de pedestres
Arnaldo Cellini da Rocha Júnior – Departamento Patrimonial . . 127

Memorial da Municipalidade de São Paulo em Recurso Extraordinário, em que se analisa a impossibilidade de existência de isenção de ISS em prestação de serviços ligados à construção civil
Cristina Haddad Jafet – Departamento Fiscal 137

Contestação da Municipalidade de São Paulo, em Ação Ordinária de Indenização por prejuízos patrimoniais e morais, decorrentes da impetração de concordata, alegadamente fundada nos efeitos da sustação da execução do Termo de Cooperação firmado pela Municipalidade para a reforma do Autódromo de Interlagos.
Deborah R. L. Ferreira da Costa – Departamento Judicial 151

Contestação apresentada pela Municipalidade de São Paulo, em Medida Cautelar Inominada, proposta para excluir, da desapropriação para prolongamento da Av. Brigadeiro Faria Lima, imóvel objeto de pedido de tombamento rejeitado
Lígia Maria Torggler Silva – Departamento de Desapropriações 169

PARECERES

- Parecer sobre possibilidade de alteração unilateral de cláusula econômica em contrato administrativo, para o fim de restringir a responsabilidade da Administração-contratante pelas variações cambiais havidas entre a data da proposta e a do efetivo pagamento. Posterior quitação outorgada pela contratada, desonerando a contratante de toda obrigação de pagamento***
Nelson Luiz Nouvel Alessio 179
- Cirurgias contraceptivas: laqueadura das Trompas de Falópio e vasectomia. Análise no âmbito do Direito Penal e da ética médica. Consentimento do paciente como causa extralegal excludente da antijuridicidade***
Izabel Sobral 189

PEÇAS PROCESSUAIS

- Recurso administrativo da Municipalidade de São Paulo ao Secretário Estadual do Meio Ambiente, visando cancelamento de multa imposta em razão da continuidade de obras públicas, cuja paralisação fora determinada pelo Conselho Estadual do Meio Ambiente. Discutida a competência do Estado-membro e do Município, relativamente à proteção do meio ambiente***
Celso A. Coccaro Filho 201
- 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

Luís Antonio Giampaulo Sarro

Mirandir Monteiro de Sousa

Mônica Moor Pinheiro 219

JURISPRUDÊNCIA

Decretação de expropriação por interesse social. Conjuntos habitacionais em construção. Expectativa de direito. Inexistência de lucros cessantes. Ação de Indenização. Improcedência . . . 251

IPTU. Ilegitimidade "ad causam" do locatário. Ação anulatória de débito fiscal. Extinção do processo 259

IPTU. Progressividade. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Improcedência 263

ISS. Prestação de serviços de saúde. Hipótese de incidência. Ação declaratória. Improcedência 301

ISS. Promoção de bailes de carnaval por associação desportiva e social sem fins lucrativos. Ação declaratória de isenção. Improcedência 305

Loteamento clandestino. Esfera penal. Proteção de direito administrativo ligado à competência. Interesse de agir da Municipalidade para atuar como assistente de acusação . . 309

Ocupação de praça pública. Responsabilidade de funcionários municipais. Ação popular. Improcedência 321

Trânsito. Competência supletiva municipal para legislar. Cinto de segurança. Mandado de segurança. Ordem denegada 327

Homenagem ao Professor Geraldo Ataliba

Mônica Herman Salem Caggiano

Secretária dos Negócios Jurídicos

A irreparável perda ocasionada com o falecimento do Professor Geraldo Ataliba impôs ao mundo jurídico um momento de reflexão sobre a profunda lacuna que veio a ser introduzida. Isto porque, logo, todos sentiremos a ausência das teses arrojadas, corajosas e envolventes, defendidas pelo mestre com larga sabedoria e especial perspicácia.

De fato, a obra do Professor Geraldo Ataliba tem sido timbrada pelo tom da criatividade e uma elevada dosagem de sensibilidade ante o panorama doméstico, que se descortina diante dos teóricos e analistas a demandar solução.

Com a sua bagagem e irretorquível preparo, soube o ilustre jurista caminhar pelos espinhosos escaninhos do direito, conquistando, com as suas teorias e linhas interpretativas sempre atuais, o respeito de todos.

Certamente o trabalho e esforço dispendidos nessa trilha não o foram em vão.

A sua obra, já consagrada, remanesce entre nós, oferecendo a cada nova leitura uma majestosa e inesperada lição ao estudioso.

É em homenagem à memória do Professor Geraldo Ataliba que a Secretaria dos Negócios Jurídicos e a Procuradoria Geral do Município publicam este estudo sobre "DECRETO REGULAMENTAR NO SISTEMA BRASILEIRO", gentilmente cedido pelo escritório do mestre e que espelha essa característica tão própria de sua obra – a eterna atualidade.

Decreto Regulamentar no Sistema Brasileiro (*)

Geraldo Ataliba (1936 – 1995)

*Professor Titular das Faculdades de Direito da
Universidade de São Paulo e da Pontifícia
Universidade Católica de São Paulo.*

Sumário

Tradição constitucional. Poder regulamentar.
O regulamento é ato administrativo sujeito ao princípio da relação de administração.
Limites sistemáticos ao poder regulamentar.
Instruções ministeriais.
Explicação teleológica do regulamento.
Princípio hierárquico e poder regulamentar.
Considerações finais.

(*) Este artigo, foi escrito sob a vigência da Carta de 1967, mas permanece tão atual quanto àquela época.

1. Ao cuidar da competência privativa do Presidente da República, a Carta Constitucional dispõe caber-lhe:

“II – Sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, *expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução*” (art. 83).⁽¹⁾

Igual disposição continha a Constituição de 1946 (art. 87, I) com a única diferença que a primeira e segunda parte do mandamento estavam aproximadas pela conjunção “e”, ao contrário da redação atual, que justapôs a segunda à primeira, mediante simples vírgula. Nenhum significado tem a alteração ora introduzida, bem como nenhuma consequência prática. De forma absolutamente idêntica dispunham a Carta de 1937 (art. 74, a) e a Constituição de 1934 (art. 56, 1.º).

Quase igual era a correspondente disposição da Constituição de 1891 (mantida, nesta parte, pela reforma de 1926). Assim se redigia: “Art. 48, 1.º) Sancionar, promulgar e fazer publicar as leis e resoluções do Congresso; *expedir decretos, instruções e regulamentos para sua fiel execução*”.

Naquilo que interessa ao estudo da disciplina constitucional do poder regulamentar, a essência é a mesma, desde que só as instruções foram suprimidas nos textos posteriores, sem nenhum prejuízo para o conteúdo do dispositivo.

A Carta do Império, à sua vez, não dispunha de modo diverso; ao tratar das atribuições do Imperador, como chefe do Poder Executivo, que exercitava “pelos seus Ministros de Estado” (art. 102), previa dentre “suas principais atribuições”: “12) Expedir os *decretos, instruções e regulamentos adequados à boa execução das leis*”.

A simples leitura dos textos constitucionais referentes à matéria permite verificar ser da nossa mais arraigada tradição a inteira submissão do poder regulamentar à lei. É que – como muito bem salienta Pontes de Miranda – o Estado *legalitário* é a mais avançada e perfeita forma de estado de direito.

Não se contentaram os modeladores de todos os nossos regimes constitucionais em fazer do Brasil um estado de direito, mas timbraram em dar força constitucional ao princípio da legalitariedade. Estado de direito, sendo o direito contido na lei.

(1) atual art. 84, IV; na Carta de 1960 era o 81, III

O confronto dos textos pertinentes ao assunto, desde a instauração do primeiro regime constitucional, até hoje, permite verificar um aperfeiçoamento do instituto e a deliberada concordância sobre seu preciso significado.

A retidão, rigidez e segurança da linha traçada, à sua vez, evidenciam a robustez do princípio, cujo exato alcance começou a ser fixado pela doutrina e pela jurisprudência, desde o Império.

Esta retilínea convicção – que sobreviveu a todas as reformas e vicissitudes da vida político-jurídica nacional – gerou um notável acervo de meditações e experiências, testemunhadas nos escritos dos nossos melhores juristas e nos arestos dos nossos mais acatados tribunais.

A matéria é daquelas que não podem comportar muitas dúvidas. As premissas e bases das questões a ela relacionadas são sólidas, bem assentadas e já arraigadas no solo fértil da consciência jurídica nacional.

Tão provecta é a tradição, tão firme a convicção em torno dos princípios que informam o assunto, que são perfeitamente aplicáveis à inteligência do atual regime desde as lições mais antigas, como as de Uruguai, Pereira do Rêgo, Veiga Cabral, Ribas, Furtado de Mendonça e Rubino, como as, já do período republicano, de Viveiros de Castro, Alcides Cruz, Rui, Maximiliano, Araújo Castro, até as dos atuais escritores e mestres do nosso direito público.

Da mesma forma, é com extrema cautela que se há de ler o que no estrangeiro se escreveu sobre a matéria. É que o conteúdo, a forma e o regime do poder regulamentar, nos países cuja cultura jurídica mais contribuíram para a nossa formação científica e política, são bem diversos dos nossos.

O estudioso desavisado pode facilmente incorrer em graves erronias, se não se adverte para as distinções entre o nosso regime constitucional tradicional e o desenvolvido alhures.

Certos autores mais sôfregos têm cedido à fácil tentação da tradução simplista e da transplantação acriteriosa de problemas e soluções, inadvertidos da diversidade dos regimes. Não são, certamente, os mais avisados, mas infelizmente, têm encontrado fácil e inadvertido eco.

Os que sustentam a existência, entre nós, do regulamento autônomo, por exemplo, leram compêndios alienígenas de direito administrativo, esque-

cidos de que este é submetido ao constitucional e sem se darem à detença de verificar que as nossas Constituições sempre dispensaram tratamento estrito ao regulamento, em contraste com o regime constitucional de outros países, onde o silêncio dos textos ensejou inteligência diversa, quando a não impôs.

Vitor Nunes Leal é muito claro a esse respeito: "O exame dos textos constitucionais em cada caso concreto é indispensável, porque determinadas providências não podem ser tomadas senão em virtude de lei, e, se a respeito delas não há lei anterior que possa ser regulamentada, qualquer disposição sobre o assunto tem de ser adotada em lei formal. O regulamento que dele tratasse seria nulo por motivo, já não de ilegalidade, mas de inconstitucionalidade, porque não poderia suprir a lei onde a Constituição a exige". (Lei e Regulamento, in RDA, vol. I, p. 383).

Não tem cabimento, no nosso regime, o regulamento autônomo. Os que expõem as explicações para a sua existência fazem, cientificamente, demonstração de erudição em matéria de direito alienígena e ignorância do nosso direito constitucional; didaticamente, prestam um desserviço, por induzirem em erro aos inadvertidos; politicamente contribuem para reforçar o caráter ditatorial dos nossos governos, amesquinhando nossas conquistas jurídicas.

Não há regulamento autônomo no Brasil porque só a lei pode obrigar (§ 2.º do art. 150 da Carta Federal)⁽²⁾ e porque nossos decretos só existem para assegurar a fiel observância das leis (art. 83, II da Carta Federal)⁽³⁾. O regulamento – no Brasil, sempre veiculado por decreto – é inteiramente subordinado à lei, tanto positiva, quanto negativamente. Não pode contrariá-la, como não pode excedê-la. Não pode restringi-la, da mesma forma que não lhe é dado ampliá-la. A compreensão de seu regime jurídico, entre nós, decorre da conceituação e dos limites do poder regulamentar.

2. Consiste o chamado *poder regulamentar* na faculdade que ao Presidente da República – ou Chefe do Executivo, em geral, Governador e Prefeito – a Constituição confere para dispor sobre medidas necessárias ao fiel cumprimento da vontade legal, dando providências que estabeleçam condições para tanto. Sua função é facilitar a execução da lei, especificá-la de

(2) atual art. 5º, II; na Carta de 1969 era o 153, § 2º

(3) vide nota de rodapé nº 1

modo praticável e, sobretudo, acomodar o aparelho administrativo, para bem observá-la.

Decreto – entendida a expressão *stricto sensu* – é o ato pelo qual o Presidente da República exercita suas principais funções jurídicas. Assim, é por meio desse veículo que exerce o *ordinance power* de que é investido pela Constituição, como Chefe de Estado e como chefe do Poder Executivo. O *regulamento* – “Ato que encerra normas de caráter geral e permanente, para a execução das leis” (Araújo Castro, *A nova Constituição brasileira*, Rio, Freitas Bastos, 1935, p. 224) – expressão do *poder regulamentar* do qual é titular o Chefe do Executivo, é veiculado por meio desse ato administrativo, neste caso, *normativo*.

Expedir decretos e regulamentos – na nossa tradição constitucional, aquele é gênero veiculador desta espécie – é, mais do que *munus*, prerrogativa do Chefe do Executivo. Tanto é assim, que, a lei, comumente, não pode impedir àquele de exercitar este poder. Não é dado à lei vedar a regulamentação. Seria nula a cláusula legal que impedisse ao Presidente de exercitar este poder.

Não quer, entretanto, isto dizer que tal poder seja ilimitado, ou que possa ser exercido de qualquer forma e a qualquer propósito. O uso deste poder solene e eminente é, pelo contrário, vinculado. Depende quantitativa e qualitativamente das condições impostas pelo sistema e da própria natureza e conteúdo da lei a ser regulamentada.

É, pois, o poder de fazer regulamentos, por exigência constitucional, deflagrado pela existência da lei. Sem esta, não existe aquele. Não há, portanto, regulamento autônomo, no regime constitucional brasileiro. Sem lei, não há decreto regulamentar.

O regulamento (sempre veiculado por decreto) só existe quando haja lei prévia, exigente de regulamentação. Se determinada matéria, não objeto de lei, exigir ordenação ou qualquer tipo de disciplina, ao Presidente incumbe submeter projeto de lei ao Congresso. No nosso sistema não lhe é dado discipliná-la imediatamente.

Em segundo lugar, conforme o conteúdo desta, pode não haver matéria nenhuma a ser regulamentada. Seria o caso de inexistir a faculdade, em

hipóteses determinadas, não por impedimento normativo – que este só poderia ser constitucional – mas por ausência de pressupostos que validassem ou justificassem seu exercício. “Há leis que independem de regulamentos para a sua aplicação. Diz-se leis auto-executáveis. Salvo dispositivo em contrário, nesta categoria estão as que conferem poderes, estabelecem garantias e prescrevem proibições”. (Bandeira de Mello, O. A. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, Rio, Forense, 1968, vol. I, p. 320).

Com efeito, se não houver matéria passível de regulamentação será inócuo – com o grave risco de contraditório – regulamentar. Se não couber regulamentação, pois, o regulamento será ilegal (e inconstitucional).

O ato administrativo consistente na regulamentação, pode ser, como todos os demais, discricionário ou vinculado, conforme o teor da lei. Da mesma maneira, pode ser facultativo ou obrigatório, segundo o texto legal o exija – expressa ou implicitamente. A faculdade presidencial, pois, pode converter-se em *dever* jurídico, se a lei assim o determinar.

“O poder regulamentar é o que se exerce sem criação de regras jurídicas que alteram as leis existentes e sem alteração da própria lei regulamentada” (Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1967*, tomo III, p. 309). É que só a lei, no nosso sistema, pode inovar a ordem jurídica, criar (tirar do nada, dar vida) direito novo.

Como a restrição é de natureza constitucional – inalterável, por isso, sem reforma constitucional – à lei não é dado delegar competência legislativa ao Executivo. “Somente se admite que o Poder Executivo aplique a lei, se a incidência não é automática, ou que proceda à verificação e cálculos em que nenhum arbítrio lhe fique. Onde o Poder Executivo poderia dizer 2, ou dizer 3, já há delegação de poder. Onde o Poder Executivo poderia conferir ou não conferir direitos, ou só os conferir segundo critério seu ou parcialmente seu, há delegação de poder”. (Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1967*, tomo III, p. 309).

Se assim é, com maior razão a regulamentação não pode ser exercida por órgão que não o Presidente da República. “Mais profundamente violador das regras jurídicas constitucionais seria delegar a quem não é chefe do Poder Executivo, e.g., ao Ministro tal, à repartição tal, à comissão tal, ou Instituto tal. Isso não é admissível, mesmo sob o regime parlamentar, porque

a delegação de poder legislativo é ao Gabinete, ao Presidente da República e ao Primeiro Ministro, ou só a esse, conforme se haja estabelecido na Constituição". (Pontes, *op. cit.*, p. 310).

3. Ato presidencial, nitidamente inserido na esfera administrativa – muito embora de conteúdo normativo – o regulamento, como todos os demais decretos (ou, mais precisamente, como todos os demais atos veiculados por decreto) é ato administrativo formal e materialmente, e, como tal, integralmente submetido ao regime jurídico próprio daquele.

Efetivamente, não só porque privativo de uma autoridade eminentemente administrativa – o Chefe da Administração Pública – como porque regido pelo regime administrativo, o regulamento é ato administrativo, ou seja "ato jurídico praticado, segundo o direito administrativo", por órgão de pessoa administrativa (Cirne Lima, Rui. *Princípios*, p. 88).

Pois, a principal nota característica da administração, do administrador e do ato administrativo no Brasil é sujeitar-se ao princípio da *relação de administração*, tão magistralmente exposto por Rui Cirne Lima. Traduzem-se os efeitos práticos do princípio *in casu*, na subordinação do decreto à lei.

As implicações práticas desta subordinação, no nosso direito, vêm muito bem expostas por Pontes de Miranda (*Comentários à Constituição de 1946*, tomo III, p. 121 e segs.; *Comentários à Constituição de 1967*, tomo III, p. 309 e segs.)

Para os restritos efeitos do presente trabalho, basta assinalar que a faculdade regulamentar é *subordinada* à lei, porque, constitucionalmente, o que lhe cabe é assegurar sua fiel execução. Por isso mesmo, sem a existência da lei, não se pode falar em regulamentos, porque aquela é colocada, pela Lei Magna, como pressuposto necessário e *sine qua non* deste. Bandeira de Mello sublinha muito bem as distinções formais e substanciais entre o decreto regulamentar e a lei. São suas palavras: "Segundo a matéria, a diferença está em que a lei inova originariamente na ordem jurídica, enquanto o regulamento não a altera". (*Princípios Gerais de Direito Administrativo*, p. 316). E esclarece: "Formalmente, o regulamento subordina-se à lei, pois nela se apóia como texto anterior, para a sua execução, seja quanto à sua aplicação, seja quanto à efetivação das diretrizes por ela traçadas na habilitação legislativa. Sujeita-se, então, o regulamento à lei, como regra jurídica normativa superior, colocada acima dele, que rege as suas atividades, e

é por ele inatingível, pois não pode se opor a ela". (*op. cit.*, p. 316).

Todas as demais regras características do regime jurídico administrativo são-lhe plenamente aplicáveis, mormente o princípio da "reserva da lei", pelo qual toda regra inaugural e primeira, na ordem jurídica, só pode conter-se em lei; além disto, toda matéria constitucionalmente colocada como privativa da lei – de que é significativo exemplo a matéria tributária – não pode ser objeto de regulamentação, senão *secundum legem*. O mesmo se diga do poder de polícia, diretamente dirigido à propriedade e liberdade, cuidados no artigo 150 da Carta Magna⁽⁴⁾.

Interpretar a lei não é privilégio do Presidente da República. É tarefa que incumbe a todos que devem aplicar. A interpretação dada pelo decreto não tem maior autoridade do que qualquer outra. Só o Judiciário a interpreta incontestavelmente.

"Onde se estabelecem, alteram, ou extinguem direitos, não há regulamentos – há abuso de poder regulamentar, invasão da competência do Poder Legislativo". (Pontes, *Constituição de 1967*, tomo III, p. 311). Por isso, "onde a lei oferece dúvida, não é ao Poder Executivo que toca varrê-la. Em todo o caso, assim como qualquer intérprete lança, com os seus argumentos, a interpretação que lhe parece acertada, o Poder Executivo pode lançar a sua, sem que daí lhe resulte qualquer poder de a impor".

"O poder que tem o regulamento não é mais, intrinsecamente, do que o do intérprete doutrinário, e às vezes é menos; extrinsecamente, é ele estatalmente mais autorizado, muito embora, socialmente, nem sempre o seja." (Pontes, *Op. cit., loc. cit.*).

É magnífica, a propósito, a lição de Vitor Nunes Leal: "A pretexto de facilitar a execução da lei, não pode, entretanto, o regulamento pretender fixar-lhe a interpretação de maneira conclusiva. Semelhante intuito não poderia jamais obrigar o Poder Judiciário, que é o intérprete autorizado da lei, no julgamento dos casos concretos que lhe são submetidos. O regulamento interpretativo valerá, pois, como subsídio doutrinário valioso e qualificado, mas não terá força obrigatória nem para os particulares, que poderão recorrer às vias judiciais, nem para os juizes, que poderão deixar de aplicá-lo por entenderem que contraria disposição legal vigente.

(4) vide nota de rodapé nº 1

A interpretação da lei só é obrigatória quando autêntica, isto é, quando feita por outra lei. Mesmo assim, muitos autores entendem que o caso não é de interpretação, mas de formulação de regra nova, mais explícita, que se aplica obrigatoriamente não por ser interpretativa, mas precisamente, por ter força de lei formal". (Lei e Regulamento, *in* RDA, vol. I, p. 384)

O regulamento é preso, circunscrito ao texto legal, irremissivelmente. "Prende-se em essência ao texto legal. O seu objetivo é tão-somente, facilitar, pela especificação do processo executório e pelo desdobramento minucioso do conteúdo sintético da lei, a execução da vontade do Estado expressa em ato legislativo. Tanto que o seu âmbito será maior ou menor conforme menos ou mais minudente seja a lei à qual se prenda.

É certo que, como a lei, reveste o aspecto de norma geral, abstrata e obrigatória. Mas não acarreta, e aqui dela se distancia, modificação à ordem jurídica vigente.

Não lhe cabe alterar situação jurídica anterior, mas, apenas, pormenorizar as condições de modificação originária d'outro ato (lei). Se o fizer, exorbitará, significando uma invasão pelo Poder Executivo da competência legislativa do Congresso. É o que resulta do sistema de divisão dos poderes, traduzido genericamente no art. 6.º, que somente comporta as exceções constitucionalmente previstas, e de modo específico, do art. 83, n.º II, onde se define o âmbito do poder regulamentar", na magnífica lição de Seabra Fagundes (v. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*, Rio, Forense, 4.ª ed., 1967, p. 35, em rodapé).

4. A expressão do poder regulamentar – que a Constituição confere ao Presidente da República – é o regulamento, ato administrativo normativo, tendo por pressupostos a existência da lei e o cabimento técnico desta regulamentação. É a lei, pois, um *prius* necessário e insubstituível. Mas, não basta sua simples existência, para que se justifique o exercício desta faculdade. É ainda exigido que a lei comporte ou exija regulamentação.

Mas, não é só. Como visto, são limites necessários ao regulamento a extensão da lei e seu conteúdo. É o que decorre da lição constitucional: *para a sua fiel execução*. A lei é primeiramente *pressuposta*, isto é, colocada como um pressuposto necessário. Por outro lado, tudo que não seja necessário à sua *fiel* execução é excessivo. Daí poder a lei ser redigida em termos tais que dispen-

se regulamentação. Aí está hipótese em que a faculdade regulamentar é elidida legitimamente, sem ofensa à Constituição, que a não outorga ao Chefe do Executivo incondicionada, mas pelo contrário, vinculada à *fidel execução das leis*, – logicamente, quando esta *execução fidel* requer este complemento.

Mas, é óbvio também, que “não pode o Presidente da República regulamentar as leis, decretos e resoluções que não lhe cabe executar.” (Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1946*, tomo III, p. 124).

É que – como se procurará demonstrar adiante – o fundamento lógico e político-administrativo do poder regulamentar reside na qualidade de responsável pelo organismo administrativo, do Presidente; demora na circunstância constitucional de ser ele o chefe do Poder Executivo e responsável pelo funcionamento de todo o aparelho não legislativo e não judicial, que, por isso mesmo, é-lhe subordinado.

Por isso não pode regulamentar leis por exemplo processuais, civis ou penais. Não pode intermediar-se entre o mandamento legal e a obediência que lhe devem os tribunais ou os particulares, nas suas relações comuns. Por isso o desembargador Bandeira de Mello – dos mais sólidos estudiosos no nosso direito público – acentua com rigor e ênfase: “O regulamento não rege relações jurídicas entre particulares, mas do Estado-poder com terceiros, sejam servidores públicos, sejam particulares”. (*Princípios Gerais do Direito Administrativo*, Rio, 1968, Forense, p. 312). E repisa “Não interfere, entretanto, diretamente, no conteúdo das relações entre particulares, pois o seu objeto são as relações do Estado-poder com terceiros.” (*Op. loc. cit.*).

É inconstitucional o regulamento que pretenda interpor-se entre dois particulares, em suas relações civis ou comerciais, como inválido aquele que pretenda guiar o juiz, na aplicação da lei penal, ou na condução do processamento de uma causa ou recurso.

Da mesma forma, será inconstitucional o regulamento que pretenda inserir-se entre a lei e a autoridade ou agente estadual e municipal, ainda que se trate de lei do Congresso. Porque, das duas uma: ou será lei simplesmente federal – que pode ser objeto de regulamentação – que não é obrigatória para Estados e Municípios, ou se trata de lei nacional. Neste último caso, uma regulamentação só pode ser precedida por ato normativo – lei ou decreto – estadual ou municipal, sem tolerar interferência do Presidente da

República ou de quem quer que seja. Isto, por faltar ao regulamento o pressuposto de se tratar de lei que cabe ao Presidente executar. É que o Presidente só tem competência na esfera das leis da União e, nesta, no âmbito executivo, em matérias executivas e administrativas, *na forma da lei*.

5. O mesmo raciocínio se pode fazer – com notável efeito didático – em relação às *instruções*, em confronto com os decretos normativos.

É a instrução ato administrativo normativo de competência dos Ministros de Estado, competência esta que lhes é atribuída pela própria Constituição (art. 87, II)⁽⁵⁾.

Embora se trate de faculdade constitucionalmente conferida, não podem os titulares das Secretarias de Estado usá-la arbitrariamente. É exigência peremptória do sistema que a instrução ministerial regulamente só aqueles decretos que devam ser executados pelo Ministro que a expede, ou que a matéria diga respeito, de qualquer forma, à sua pasta. São pois, pressupostos necessários da deflagração da competência para expedir instruções – constitucionalmente estabelecidas em benefício dos Ministros de Estado – a existência de “lei, decreto e regulamento”(art. 87, II)⁽⁶⁾; que estes diplomas normativos comportem este tipo de regulamentação e, afinal, que a matéria por ele versada seja inserida no âmbito geral das atribuições do Ministro.

É intuitivo, com efeito, que não pode o Ministro da Educação expedir instruções “para a execução de leis, decretos e regulamentos”, referentes à saúde pública, ou à matéria tributária e inversamente.

Do que se vê, também esta solene competência constitucional dos auxiliares do Presidente da República não é plena, incondicionada e discricionária; não é outorgada pura e simplesmente, para ser exercida ao alvedrio do seu titular; mas, pelo contrário – como visto – depende integralmente dos requisitos acima expostos e que são: a) existência do ato normativo superior cuja execução lhe incumbe facilitar ou prover; b) que este ato normativo admita ou requeira regulamentação; c) que a matéria do ato normativo esteja inserida na esfera de atribuições do Ministro.

6. Tudo isto considerado, mais evidente fica que o poder regulamentar – veiculado por meio de decretos normativos – de que é titular o

(5) atual art. 87, II; na Carta de 1969 era o 85, II
(6) vide nota anterior

Presidente da República, não pode ser exercido senão em esfera determinada e previamente delimitada – pelo sistema constitucional e pela lei objeto de regulamentação – assim mesmo, desde que verificado o pressuposto do seu cabimento.

Só cabe regulamento em matéria que vai ser objeto de ação administrativa ou desta dependente. O sistema só requer ou admite o regulamento, como instrumento de adaptação e ordenação do aparelho administrativo, tendo em vista, exatamente, a criação de condições para a *fidel execução das leis*.

Ora, nada tem o Presidente da República – examine-se sistematicamente suas atribuições e competências – quer com a execução das leis processuais, quer com a correta execução das leis, comerciais e civis, por exemplo. Nada autoriza sua intromissão em relações jurídicas estabelecidas entre particulares, em matéria de direito civil ou comercial, como não dispõe ele de qualquer título para interferir na atuação do Judiciário, na função de distribuir justiça.

Pelas mesmas razões, nada tem a ver com as relações, mesmo administrativas, que se estabelecem entre Estados, Municípios e seus administrados, ainda que com fundamento em lei do Congresso – neste caso, lei nacional. Por isso não pode regulamentar estas espécies legais.

Efetivamente, tolerar possa o Presidente da República regulamentar toda e qualquer lei – no que importaria a interpretação lata e incondicionada da disposição do inciso II do art. 83^o da Carta Constitucional – é admitir que ele se arrogue o poder de interferir nas relações civis ou comerciais, entre os particulares, intrometer-se nas funções jurisdicionais, imiscuir-se na atividade legiferante do Congresso, invadir a administração estadual e municipal, tudo isto em flagrante atentado ao sistema e seus princípios.

Tal complacência logo conduziria a admitir a possibilidade de regulamentação, pelo Chefe do Executivo federal, das leis estaduais e municipais...

Na verdade, o poder regulamentar se explica, principalmente, pela circunstância de se confiar ao Presidente a superior responsabilidade na condução da administração pública, como atividade e como organismo.

É em razão da circunstância de outorgar-lhe a ordem jurídica o

(7) vide nota de rodapé 1

munus de presidir, dirigir, orientar, superintender e – via de consequência – responsabilizar-se pelo aparelho administrativo do Estado, que lhe é conferida a faculdade de ditar normas que traduzem seus comandos, sua orientação, seus critérios de direção etc. Por outro lado, sendo sua a responsabilidade pelo fiel cumprimento à lei, na esfera administrativa, seria implícito – quando não estivesse expresso no texto constitucional – seu poder de dispor o organismo administrativo em ordem a assegurar aquele *fiel* cumprimento.

É como chefe da administração, pois, que, com principal razão, lhe cabe ditar normas para seu funcionamento. Na verdade, o capital fundamental lógico e político-administrativo do poder regulamentar está na qualidade de condutor da administração pública do Chefe do Executivo.

Pelo princípio hierárquico, o Presidente comanda todos os agentes públicos administrativos, seus subordinados. Tal comando, entretanto, deve ser veiculado por decreto, sempre que terceiros – não sujeitos à hierarquia – devam ser por ele abrangidos.

7. A hierarquia é um dos princípios essenciais à organização administrativa. "Supõe subordinação de uma ou mais vontades a uma vontade superior" (Cirne Lima, *Princípios...*, p. 155). Os comandos vindos do vértice se propagam sistematicamente a toda a cadeia hierárquica, permitindo o funcionamento coordenado do aparelho administrativo e a pronta, eficiente e harmônica ação do Executivo. "O laço da obediência unifica em torno de alguns indivíduos portadores da vontade do Estado, miríades de agentes, capazes de executar-lhes as decisões, em toda a extensão necessária"(Cirne Lima *Princípios...*, p.155)

No ápice da cadeia hierárquica está o Presidente da República – como os Governadores e Prefeitos – chefe, responsável e orientador do aparelho administrativo todo. O Presidente, sendo "o maior quinhoeiro do poder público e, de fato, a maior autoridade nacional", no dizer de Barbalho (*Comentários à Constituição Federal Brasileira*, Rio, 1902, p. 58), detém o supremo comando político, civil, militar e administrativo do País, segundo o direito. Não é o Presidente um simples funcionário público, mas "o supremo condutor político da Nação"; não é – como os funcionários – "prestador de trabalho público", mas exerce o poder de "orientar e dirigir as atividades do Estado", (Cirne Lima, *Princípios...* p. 164); como os demais condutores políticos, não é "meramente prestador de energia", mas "portador de idéias"(Cirne Lima, p. 164).

Entre suas principais atribuições está aquela de conduzir a máquina administrativa, fazê-la funcionar e animá-la. O princípio hierárquico informa visceralmente a estrutura da Administração e permite o perfeito funcionamento da máquina.

Pois, o principal e mais solene veículo normativo mediante o qual o Presidente – Governador ou Prefeito – exercita seu poder hierárquico está no regulamento.

Certas ordens ou normas que, pelo poder hierárquico, poderiam ser veiculadas por outras formas, são baixadas por meio de decreto, sempre que em sua esfera de veiculabilidade estejam abrangidos terceiros não alcançados pelo princípio hierárquico. Outra não é a inteligência dada ao assunto pelo insigne Bandeira de Mello, que explica: "... nas relações entre o Estado-poder e terceiros, surgiu a necessidade do Executivo regulamentá-la, estabelecendo as regras orgânicas e processuais para a sua execução, através de regulamentos executivos" (*op. loc. cit.*). Porque os administradores e terceiros em geral não são colhidos pelo princípio hierárquico, mas só os agentes públicos inseridos na estrutura administrativa.

Muitas normas, entretanto, expedidas pelo Presidente – ou seus auxiliares políticos, os Secretários de Estado – para produzirem efeito ou para alcançarem as finalidades precípuas, precisam ser observadas por aqueles não funcionários. Daí a razão pela qual devem ser baixadas por decreto.

Outras normas, cuidando da distribuição de funções entre órgãos administrativos, ou da própria estrutura deles, por sua solenidade e importância, devem também ser objeto de decreto.

Efetivamente, toda vez que a lei cria um direito ou estabelece condições para o exercício de outro, contemplando pessoas alheias à administração, é necessária uma norma sua complementar, regulamentando-a e dispondo a forma pela qual a administração pública dará as providências que lhe incumbem, para plena realização da vontade legal. Ora, isto é feito pelo regulamento, que, além de preencher esta função, ainda tem a virtude de – desde que observados os mandamentos legais – obrigar aos terceiros, tornando não só possíveis, como fáceis, as relações e o entrosamento entre a máquina administrativa e estes.

Pois, um dos fundamentos político-administrativos do poder regulamentar está nesta competência – e ao mesmo tempo *munus* – que tem o Chefe do Executivo para conduzir superiormente o aparelho administrativo estatal.

Algumas considerações práticas – imediatamente voltadas para a experiência ditada pela observação do funcionamento do Estado – tornam mais claras as meditações retro formuladas.

A lei confere ao contribuinte o direito de eximir-se de certa obrigação acessória, desde que prove determinada circunstância. Cumpre que o regulamento estabeleça qual o órgão incumbido de verificar o preenchimento desta hipótese e qual aquele capaz de declarar a isenção, produzindo, assim, o efeito desejado pela lei.

Não é próprio da lei – nem se compadece com a generalidade do seu enunciado – entrar em minúcias. Limita-se a criar o tributo e enunciar o prazo em que deve ser recolhido. Ao regulamento incumbe prescrever onde poderá ser satisfeita a exigência legal, qual funcionário que receberá os documentos respectivos, quem os examinará, quais os papéis a serem preenchidos e de que forma, etc. Porque, é exigência da organização burocrática e requisito do racional, eficiente, seguro e expedito funcionamento das repartições, que os administrados sejam recebidos dentro de determinado horário, que os documentos, fichas e outros papéis sejam padronizados – segundo a conveniência da Administração – que as formalidades sejam uniformes e observadas por todos. Ora, esta matéria toda não é, de regra, objeto de qualquer cuidado legal. Pelo contrário, vai ser decidida por decretos, instruções e até mesmo portarias e ordens de serviço. O que cabe à lei é – regra geral – estabelecer os direitos e obrigações. Como reconhecê-los, documentá-los, autenticá-los, dar-lhes condições de serem reconhecidos solenemente, etc., é já matéria regulamentar.

Daí porque, dizermos que não cabe regulamentação nas hipóteses que a norma maior – Constituição diante da lei; esta diante do decreto; este diante das instruções e assim por diante – proíbe peremptoriamente ou concede algo incondicionalmente. É que, na maioria das vezes, nada há aí a regulamentar. Neste casos, de regra, a regulamentação adiará o gozo de um direito legal – o que é vedado – ampliará ou restringirá seu conteúdo, ou criará condições e requisitos não previstos.

Se a lei concede, por exemplo, anistia, não há o que ser exigido ou previsto pelo regulamento. Se a lei dá, incondicionalmente certa faculdade, não há o que ser objeto de regulamentação, em regra.

A regulamentação, para não exceder sua órbita, determina-se por sua finalidade. Existe para adequar a máquina administrativa à fiel observância das leis (quando lhe incumbe fazê-lo sozinha, independentemente de provocação, colaboração ou participação de terceiros), ou aparelhá-la a assegurar a mesma observância (quando deva fazê-lo concomitantemente, ou em colaboração com terceiros).

8. Ao elaborar o regulamento, o Presidente deve interpretar a lei. Esta interpretação é vinculante para os funcionários do Executivo, por causa da subordinação hierárquica. Não o é, entretanto, para terceiros ou para o Poder Judiciário.

A interpretação dada pelo Presidente à lei não é mais autorizada do que qualquer outra, doutrinária ou judicial. Se for incorreta, pode ser impugnada em juízo.

É que o direito está na lei – no nosso regime – e só esta cria direitos e obrigações. Só esta “obriga alguém a fazer ou não fazer” (art. 150, § 2º, da Constituição federal)¹⁸.

Por isso se diz que o decreto não inova a ordem jurídica. Não pode alterá-la. Nada pode criar ou extinguir. Seu papel é assegurar, na esfera administrativa, o *fiel cumprimento* das leis.

Conclusões

1. O regulamento, no Brasil, é veiculado por decreto normativo, do Chefe do Poder Executivo (Presidente da República, Governador do Estado e Prefeito do Município).

2. O regulamento é ato administrativo normativo, de natureza *infra-legal*.

3. No Brasil, não há regulamento autônomo; deve ser lida com caute-

¹⁸ vide nota de rodapé 2

la a doutrina alienígena, sobre a matéria, em razão desta essencial diversidade.

4. O regulamento só é válido quando serve à *fidel execução das leis*.

5. É inconstitucional e nulo o regulamento *ultra e extra legem*.

6. A faculdade regulamentar, prevista no inciso II, do art. 83^º, da Carta Constitucional vigente – que não convém chamar de “poder” regulamentar, como cabe alhures – não é plena e incondicionada, mas, sistematicamente limitada.

7. Para que o regulamento seja válido, é preciso que haja previamente uma lei e,

8. que esta lei comporte regulamentação. Se a lei for auto-executável, o regulamento é abusivo e nulo.

9. O regulamento não inova a ordem jurídica; vale dizer: nada cria de novo; apenas dá disposições administrativas tendentes à fidel execução da lei; não erige norma nova; apenas adequa os órgãos administrativos para bem cumprirem ou permitirem o cumprimento da lei.

10. Não pode o Executivo fraudar a lei, protelando a sua regulamentação, quando aquela o exigir expressa ou implicitamente (hipóteses de lei que remete à regulamentação ou de lei não auto-executável).

11. A regulamentação é privativa do Chefe do Poder Executivo; outros órgãos não podem exercê-la; nulo é o regulamento expedido por órgãos que não o Presidente.

12. Nem mesmo a lei pode deferir a órgãos, que não o Presidente da República, a faculdade de regulamentar.

13. Nem mesmo a lei pode ampliar ou restringir a faculdade regulamentar; suas balizas são constitucionais.

14. A lei pode fixar prazo para o exercício da competência regulamentar.

15. A interpretação da lei, expressa no regulamento, não é vinculan-

(9) vide nota de rodapé 1

te senão para os subordinados hierárquicos do Presidente de República; não é mais autorizada do que qualquer outra, doutrinária ou jurisprudencial; esta, pelo contrário, sempre sobrepuja a primeira.

16. O Presidente da República não pode regulamentar lei que não lhe caiba executar; o mesmo se diga do Governador e do Prefeito.

17. Não cabe, pois, regulamento de leis processuais, civis, penais etc. Só matéria administrativa comporta regulamentação.

18. A justificação da faculdade regulamentar, no Brasil, é exclusivamente a responsabilidade, constitucionalmente cometida ao Presidente da República pela condução do aparelho administrativo.

19. O fundamento de sua colocação nas mãos do Chefe do Poder Executivo (federal, estadual ou municipal) é o poder hierárquico que este detém; o regulamento é o principal veículo do poder hierárquico.

20. O regulamento não pode dispor sobre relações entre particulares (direito privado) ou entre o Judiciário e terceiros; só sobre as relações entre o Executivo e os administrados.

21. O Presidente só tem competência regulamentar na esfera das leis da União; e, nesta, no âmbito do Executivo; e só em matéria executiva ou administrativa.

22. Só cabe regulamento, pois, em matéria que vai ser objeto de ação administrativa, com esta relacionada, ou desta dependente.

23. O regulamento, no Brasil, é mero instrumento de adaptação e ordenação do aparelho administrativo, tendo em mira a criação de condições para a *fidel* execução da lei.

24. Pelo regulamento, o Chefe do Executivo – exercitando concomitantemente seu poder hierárquico – regula as relações secundárias e meramente formais entre os funcionários e os administrados, entre a Administração e os administrados, por ocasião da prática de atos de obediência às leis.

Os Requisitos e o Alcance de Liminar Baseada em Inconstitucionalidade de Lei ou Ato Normativo do Poder Público

Manoel Gonçalves Ferreira Filho

Professor Titular de Direito Constitucional da Universidade de Direito da USP. Doutor em Direito pela Universidade de Paris. Professor Visitante da Universidade de Aix-en-Provence (França). Membro da Comissão Executiva da Associação Internacional de Direito Constitucional. Presidente do Instituto Pimenta Bueno – Associação Brasileira dos Constitucionalistas.

I. Consulta

1. Submete-me a eminente Procuradora Geral do Município de São Paulo, Profa. Dra. Mônica Herman Salém Caggiano, uma consulta, com pedido de parecer, especialmente a propósito da validade e do alcance de medida liminar concedida pelo E. Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Tal liminar deferida em ação direta de inconstitucionalidade proposta pela Associação Paulista de Medicina, Federação Nacional dos Médicos e Sindicato dos Médicos de São Paulo, suspende a implantação do chamado

PAS, Plano de Assistência à Saúde no Município de São Paulo (Lei nº 11.866/95, Dec. nº 35.664/95 e Dec. nº 35.726/95).

Preocupa-se igualmente a consulta com os aspectos substanciais da controvérsia. Entretanto, por motivos de premência de tempo, este trabalho não aborda senão os que acima se mencionam. Outro cuidará dos demais temas.

II. Análise da questão

2. Relata a r. decisão em exame que:

"As entidades Associação Paulista de Medicina, Federação Nacional dos Médicos e Sindicato dos Médicos de São Paulo promoveram a presente Ação Direta de Inconstitucionalidade de lei, sob o argumento de que a legislação municipal, editada para implantação do Plano de Assistência à Saúde no Município de São Paulo (Lei nº 11.866/95, Dec. nº 35.664/95 e Dec. 35.726/95) padece de vício de inconstitucionalidade, por várias razões. Apontam os autores a inobservância dos princípios licitatórios, lesão ao erário público, desvio da responsabilidade direta na assistência à saúde, invasão na ordem legislativa, discriminação de servidores, violação do princípio de isonomia, destinação indevida de recursos públicos. O fundamento utilizado, assim, foi a violação da prestação direta de serviços públicos de saúde, ao que se incumbe o Município."

Observe-se, desde logo, que os fundamentos invocados, como base para uma ação de inconstitucionalidade, causam estranheza e desde logo sugerem o vício de impossibilidade jurídica do pedido. Com efeito, ação direta de inconstitucionalidade não é substituto de ação popular, ou de ação civil pública, que são próprias para discutir lesividade, inconveniência, lesão de interesses coletivos... nem servem de meio para questionar pura e simplesmente aspectos relativos à legalidade de decretos e atos de execução de leis...

3. O r. despacho em tela formula, depois do resumo transcrito, várias considerações gerais, em que, sobretudo, reconhece "processualmente possível o prosseguimento, para apreciação do Egrégio Órgão Especial", da ação direta.

Anuncia, então, entrar, em seguida, no exame dos pressupostos da liminar, o *periculum in mora* e o *fumus boni juris*.

4. O *periculum in mora* é assim justificado:

"As considerações contidas na inicial são suficientes para deixar claro que a implantação do sistema de assistência à saúde (PAS) é bastante complexa e, no campo jurídico, abre-se um 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 pendente questionamento para o exame do mérito".

E adiante:

"Se não for concedida a liminar nesta ação, a implantação do PAS 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 que não o ingresso de ações diversas."

5. Para concluir, a decisão:

"Em face do exposto, é recomendável que a implantação definitiva do PAS, referido na lei e decretos especificados na inicial, aguarde a efetiva prestação jurisdicional desta ação, prosseguindo-se o feito com as comunicações necessárias."

6. Não, não se omitiu nesta análise a apresentação dos fundamentos jurídicos – o *fumus boni juris*. Quem os omitiu, quem não tocou no assunto, foi o r. despacho!

É surpreendente, mas verdadeiro.

"Quandoque bonus dormitat Homerus"...

III. Invalidade da Liminar

7. Resulta do exposto que a liminar concedida se apóia simplesmente num juízo de (in) conveniência, não de juridicidade. Entretanto, em nosso sistema Constitucional, num sistema de separação de poderes, não é dado ao magistrado apreciar, simplesmente, o mérito de uma decisão administrativa, independentemente de sua constitucionalidade ou ilegalidade. O juiz não pode – lembre-se uma verdade acadiana – suspender a execução de uma lei, e da regulamentação desta, apenas e tão-somente porque a entende inconveniente. Ora, é isto – data venia – que decorre da decisão analisada.

8. Mas a decisão é inválida. Basta lembrar dois aspectos singelos.

O primeiro concerne exatamente ao desprezado *fumus boni juris*.

É pacífico na doutrina (como na jurisprudência) ser requisito de toda liminar essa "aparência do bom direito". É o que aponta, por todos, Galeno de Lacerda (*Comentários ao Código de Processo Civil*, Forense, Rio de Janeiro, livro VIII, tomo I, 2ª. ed., 1981, p. 70 e outras), que o considera inscrito no art. 798 do CPC (id., p. 158)

Ora, se assim é, a falta de demonstração desse *fumus* – falta absoluta – vicia a decisão. Invalida-a.

9. Por outro lado, é inerente à decisão judicial a motivação. Trata-se de verdade tão corriqueira que dispensaria demonstração.

Entretanto, lembre-se que essa exigência tem caráter constitucional. Está, com efeito, no art. 93, IX da Constituição Brasileira:

"Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei, se o interesse público exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes." (grifei)

A falta desta motivação – e, reitero-se, não existe na decisão a mais tênue justificação jurídica – importa em vício da decisão, mais precisamente em nulidade, como está expresso no texto constitucional.

10. Por outro lado, mesmo que não existisse o texto explícito acima apontado, ainda assim haveria inconstitucionalidade na falta de motivação.

Realmente, a exigência de motivação inclui-se no "devido processo legal" que consagra a Lei Magna, expressamente no art. 5º LIV, implicitamente no inciso LV do mesmo artigo.

11. Na verdade, a exigência de motivação já estava presente no direito infraconstitucional anterior à Carta vigente.

É o que resulta do Código de Processo Penal, art. 381, III, e do Código de Processo Civil, art. 165 etc.

Por isso, já ensinava a Profa. Ada Pellegrini Grinover:

"Afora os casos extremos em que a carência de motivação pode levar à própria inexistência da sentença..., os demais vícios inerentes à falta ou deficiência de motivação levam à nulidade" ("O conteúdo da garantia do contraditório" em *Novas Tendências do Direito Processual*, Forense Univ., Rio de Janeiro, 1990., p. 36).

Nesse sentido é a jurisprudência. Pode-se citar como exemplo uma decisão bem conhecida do Tribunal de Justiça de São Paulo, em caso análogo (pois trata de liminar):

"É nula a decisão não fundamentada de juiz que concede liminar em mandado de segurança; e a decretação dessa nulidade pode ser feita de ofício pelo tribunal..." (RJTJESP 130/340, grifei).

12. Mais. Se isso não bastasse, considere-se o art. 97 da Constituição Brasileira:

"Somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros, ou dos membros do respectivo órgão especial, poderão os tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público."

"Assim, no plano de uma ação direta de inconstitucionalidade, que é da competência do Tribunal de Justiça, não é dado ao magistrado isolado, mesmo ao Presidente do Tribunal, tomar decisão que importe em reconhecimento – ainda que preliminar e provisório – da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público. É a Constituição que o determina."

13. Acrescente-se que vai contra o bom senso a possibilidade de reconhecimento antecipado, baseado em mera "fumaça", de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo regularmente editado.

Quanto a isto, a demonstração é simples.

A norma regularmente definida pelo Poder competente presume-se constitucional. Somente, portanto, depois do transcorrer do processo, com o contraditório, é que cabe fulminá-la como inválida. O contrário importaria em precipitação. Absurdo é, portanto, admitir que uma liminar (e individual) possa suspender a eficácia, por inconstitucionalidade, de lei e atos normativos formalmente válidos.

Vale recordar a sábia e prudente lição de Maximiliano:

"Todas as presunções militam a favor da validade de um ato, legislativo ou executivo"(Carlos Maximiliano, *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 5ª. Ed., 1951, p. 366).

IV. Alcance da liminar

14. Pondo-se de lado o aspecto de validade da liminar, coloca-se importante questão quanto ao seu alcance. Os efeitos desta retroagem à data da lei inquinada – são *ex tunc* – ou, ao invés, são *ex nunc*, partem da publicação da decisão.

O problema deriva do fato de que, na jurisprudência brasileira – e para a maioria da doutrina nacional – o ato inconstitucional é nulo e írrito, daí ser a declaração de inconstitucionalidade retroativa, ter efeitos *ex tunc*, como se usa dizer.

Disto deriva a tese de que a liminar numa ação direta de inconstitucionalidade que reconhecesse este vício, teria efeitos retroativos, pois, importando no reconhecimento da inconstitucionalidade – conseqüentemente da nulidade do ato – deveria também remontar, em seu efeito nulificador, à prolação do mesmo.

15. Mas não se pode dar o mesmo efeito a uma liminar, sempre *si et in quantum*, e a uma decisão definitiva. A decisão definitiva, tomada com respeito ao contraditório, à ampla defesa, ao devido processo, pode ter efeito *ex tunc*. A decisão liminar, nunca.

Várias razões justificam a distinção. A primeira é a índole provisória da decisão em contraste com a dignidade da norma legal. A segunda é o condenável caráter antecipativo que assumiria ela nesse quadro.

Por isso, a liminar numa ação direta de inconstitucionalidade, se admissível, não pode ter senão efeitos *ex nunc*, jamais remontar *ex tunc* à edição da lei ou ato normativo atingidos. Há de respeitar, em conseqüência, todos os atos anteriormente praticados em decorrência das normas acusadas de inconstitucionalidade.

16. Observe-se que, no caso em debate, a r. decisão não reconhece sequer uma (tênue) "fumaça" de inconstitucionalidade. Apenas julga oportuno e conveniente sustar a execução da lei e normas regulamentadoras do PAS.

Em conseqüência, despropositado dar a ela um alcance retroativo que de modo algum nela se inscreve.

17. Por tudo isso, não se pode ter dúvida em concluir que os atos praticados anteriormente à publicação do r. despacho do E. Presidente do Tribunal de Justiça, não são atingidos pela mesma. Permanecem de pé, pelo menos, até a decisão final da questão, (quando sua constitucionalidade deverá ser – é minha opinião, antecipada, quanto ao mérito – reconhecida).

É o meu parecer.

São Paulo, 31 de janeiro de 1996.

MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO

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"?

1 – 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 inciso 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

Convênios e Consórcios Administrativos

Odete Medauar

*Procuradora Municipal Aposentada.
Professora Titular de Direito Administrativo
e Vice-Diretora da Faculdade de Direito
da Universidade de São Paulo*

1. Introdução

O tema dos convênios e consórcios vem estudado, no direito administrativo, sob ângulos diversos. É inserido em capítulos dedicados ao serviço público, visualizado aí como um dos meios de realização de serviços de interesse comum de órgãos e entes públicos ou de entes públicos e entes privados, propiciando a soma de recursos financeiros, materiais e humanos para atingir esse objetivo.

Também se examinam os convênios e consórcios sob o aspecto de "descentralização", como um dos modos de efetua-la, sobretudo se houver,

no país, entes dotados de autonomia e entes administrativos dotados de competência própria.

Vêm, ainda, examinados em capítulos ou livros dedicados aos contratos administrativos, em geral para contrapor-los à categoria contratual.

No estudo de tais figuras cabe ressaltar, de início, seu conceito.

2. Noção

Tornaram-se clássicos os conceitos inspirados em Hely Lopes Meirelles (*Direito Administrativo Brasileiro*, 19ª ed., 1994, p. 354 e 356).

Convênios administrativos são acordos celebrados para a realização de objetivos de interesse comum: a) entre entidades e órgãos públicos de espécies diferentes; b) entre entidades ou órgãos públicos e entidades privadas.

Como exemplo do primeiro tipo estão os convênios União-Estado, União-Município, Estado-Município. Fogem à característica "espécies diferentes" os convênios entre Universidades públicas brasileiras, pois estas se apresentam como entidades da mesma espécie, quando ambas são autarquias ou quando ambas são fundações.

Por sua vez, os consórcios administrativos são acordos celebrados entre entidades estatais da mesma espécie ou do mesmo nível, destinados à realização de objetivos de interesse comum.

Os consórcios mais difundidos são aqueles formados por Municípios localizados na mesma região. Ficou muito conhecido no Estado de São Paulo o CODIVAP, Consórcio de Municípios do Vale do Paraíba. Ainda no Estado de São Paulo outros se formaram: CODIVAR, consórcio de desenvolvimento intermunicipal do Vale do Ribeira; CONDAS, consórcio de desenvolvimento de área de saúde, na região de Mogi das Cruzes; consórcio intermunicipal da Alta Araraquarense; consórcio intermunicipal de saúde de Penápolis.

3. Legislação

Talvez em virtude da pouca abrangência dos consórcios quanto aos seus componentes (Município-Município, é o mais comum; Estado-Estado; autarquia-autarquia do mesmo nível, parece estranho, salvo pertencentes a municípios próximos) há poucas referências explícitas na legislação.

A Constituição Federal de 1988 não os menciona. O art. 201 da Constituição do Estado de São Paulo (5 de outubro de 1989) refere-se aos consórcios, nos seguintes termos: "O Estado apoiará a formação de consórcios entre os Municípios, objetivando a solução de problemas comuns relativos à proteção ambiental, em particular à preservação dos recursos hídricos e ao uso equilibrado dos recursos naturais". Evidente que tal preceito não esgota o rol de matérias que podem ser objeto de consórcio entre Municípios.

De modo implícito se deduz a inclusão dos consórcios em expressões do seguinte teor: convênios, ajustes e "outros instrumentos congêneres", como vem indicado no art. 116 da Lei 8.666/93; ou na locução "acordos ou ajustes".

Diferente é o tratamento legislativo dado aos convênios. É mais amplo, acompanhando a maior abrangência do seu âmbito. Inclusive há possibilidade de convênios serem firmados com consórcios, como é o caso de convênios entre órgãos estaduais e consórcios de municípios.

Quanto ao Texto Constitucional, haveria, segundo alguns autores, uma referência implícita aos convênios no parágrafo único do art. 23, que reza o seguinte: "Lei complementar fixará normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional". A Constituição de 1988 não repetiu o preceito que existia no § 3º do art. 13 da Emenda 1/69, com o seguinte teor: "A União, os Estados e os Municípios poderão celebrar convênios para execução de suas leis, serviços ou decisões, por intermédio de funcionários federais, estaduais e municipais". O texto atual remete a uma lei complementar a disciplina da referida cooperação, embora, como se verá, a possibilidade de muitos convênios encontre respaldo em leis e na própria Constituição de 1988.

Ao comentar o referido parágrafo único do art. 23, o constitucionalista Manoel Gonçalves Ferreira Filho bem observa que "o ideal de colaboração entre os entes federativos é da índole do federalismo cooperativo que o direito constitucional brasileiro consagra desde 1934. A previsão aqui feita de lei complementar para fixar normas para essa colaboração pouquíssimo contribuirá para a realização desse ideal, já que esta, efetivamente, é comandada ou limitada pelas regras de repartição de competência". (*Comentários à Constituição Brasileira de 1988*, vol. 1, 1990). Melhor se apresentava a fórmula da emenda 1/69, com a previsão genérica da possibilidade de convênios, ficando na atribuição de cada ente a iniciativa de disciplinar a matéria em seu âmbito, de acordo com suas características e necessidades.

Referência explícita a convênio do poder público com particulares encontra-se no § 1º do art. 199 da Constituição de 1988, em matéria de saúde: "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".

A menção a convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres aparece no inciso VI do art. 71 da Constituição de 1988, dispositivo esse referente à competência do Tribunal de Contas para fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União, mediante tais instrumentos, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município. Daí se infere, claramente, a base constitucional para que a União firme convênios, acordos, ajustes, com Estados, Distrito Federal e Municípios.

O Decreto-Lei 200/67, por sua vez, aventa, em alguns dispositivos, a possibilidade de que a União celebre convênios.

No art. 10, § 1º, alínea "b" o convênio vem mencionado como um dos modos da prática da descentralização, no plano da Administração federal para as unidades federadas.

No § 5º do art. 10, se prevê que a execução de programas federais de caráter nitidamente local deverá ser delegada, no todo ou em parte, mediante convênios, aos órgãos estaduais e municipais incumbidos de serviços correspondentes.

O § 2º do art. 156 dispõe que na prestação de assistência médica dar-se-á preferência à celebração de convênios com entidades públicas e privadas, existentes na comunidade.

Por sua vez, o art. 160 determina que a Superintendência de Abastecimento Nacional ultime a assinatura de convênios com os Estados e Prefeitura do Distrito Federal, para o fim de transferir-lhes os encargos de fiscalização atribuídos a essa Superintendência.

Também é aventada a hipótese de celebração de convênio na exploração de troncos interurbanos, a cargo da Empresa Brasileira de Telecomunicações, nos termos do art. 166 do mesmo Decreto-Lei 200/67.

No âmbito federal, o Decreto nº 93.872, de 23.12.1986, que dispõe sobre a unificação dos recursos de caixa do Tesouro Nacional, contém preceitos sobre convênios, acordos ou ajustes de que participam a União, órgãos ou entidades federais (arts. 48 a 57).

Convênios em matéria tributária são mencionados no Código Tributário Nacional, art. 83 e no art. 100, inciso IV (entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios).

A Lei 8.666, de 21 de junho de 1993, que disciplina licitações e contratos, traz preceitos sobre convênios, acordos, ajustes e outros congêneres, no art. 116 e seus parágrafos.

4. Natureza

4.1. A doutrina publicista pátria que se dedica ao estudo do convênio busca fixar a natureza de tal figura, sobretudo diferenciando-a do contrato. A natureza daí extraída se aplicaria ao consórcio.

Assim, no entender de Hely Lopes Meirelles convênio é acordo, mas não é contrato (*Direito Administrativo brasileiro*, 15ª ed. 1990, p. 350). Diógenes Gasparini, em linha semelhante, afirma ser "ajuste administrativo; não se trata de contrato, nem mesmo administrativo" (*Direito Administrativo*, 2ª ed., 1992, p.294). Maria Garcia, por seu lado, qualifica os convênios como "acordos de cooperação e de colaboração" (*Dos convênios*, In: Estudos sobre a Lei de Licitações e Contratos, 1995, p. 231).

4.2. Grande parte da doutrina publicista diferencia convênios e contratos do seguinte modo:

a) no contrato há interesses opostos ou divergentes; no convênio há interesses paralelos ou convergentes;

b) o contrato realiza composição de interesses opostos; o convênio realiza conjugação de interesses;

c) no contrato há partes: uma que pretende o objeto (ex. a obra, o serviço); outra que visa ao preço; no convênio não há partes, mas partícipes com as mesmas pretensões.

O citado Decreto federal nº 93.872/86, no art. 48, acolhe tal diferença, nos seguintes termos:

Art. 48. Os serviços de interesse recíproco dos órgãos e entidades da administração federal e de outras entidades públicas ou organizações particulares, poderão ser executados sob regime de mútua cooperação, mediante convênio, acordo ou ajuste.

Parágrafo único – Quando os participantes têm interesses diversos e opostos, isto é, quando se desejar, de um lado, o objeto do acordo ou ajuste e de outro a contraprestação correspondente, ou seja, o preço, o acordo ou ajuste constitui contrato.

4.3. Outros elementos são apontados como características dos convênios e consórcios: a) igualdade jurídica de todos os signatários; b) ausência de vinculação contratual, podendo qualquer partícipe denunciá-lo livremente, mantidas as vantagens e responsabilidades existentes até esse momento; c) há possibilidade de adesão de outros partícipes e de saída; d) não há obrigações recíprocas, pois os interesses são coincidentes; e) inexistem sanções pela inadimplência. Tais elementos também afastariam as figuras do convênio e consórcio da figura do contrato.

4.4. Por seu lado, Diogo de Figueiredo Moreira Neto (Curso de Direito Administrativo, 10ª ed., 1994, p. 129-132) busca situar os convênios e consórcios partindo da noção geral de atos jurídicos bilaterais, que abrangeriam os atos contratuais e os atos complexos; aplicando tais noções ao Direito Administrativo haveria os atos administrativos bilaterais, divididos em

contratos administrativos e atos administrativos complexos. Para esse autor, assim, o ato administrativo complexo não teria o mesmo sentido que habitualmente a doutrina publicista lhe confere (denomina-o ato conjunto); na sua concepção, o ato administrativo complexo "se constitui pela manifestação de vontade de mais de uma entidade, cada uma delas com sua personalidade jurídica, que visam a efeitos reciprocamente cumulativos, de forma que a complexidade se refere à relação jurídica resultante: objetivamente complexa". Observa, ainda, o referido autor: "no contrato as vontades se compõem, não se adicionam. No ato complexo as vontades se somam, atuando paralelamente". Os convênios e consórcios são os principais tipos de atos administrativos complexos. Diogo de Figueiredo Moreira Neto ressalta, ainda, que "o conteúdo obrigacional é peculiar, pois tanto a cooperação como a colaboração exigem prestações paralelas."

As características acima apontadas suscitam algumas ponderações.

4.5. Indubitavelmente, nos convênios e consórcios ocorre bilateralidade ou multilateralidade, pois existem duas ou mais declarações de vontade. Outro elemento situa-se na presença da entidade pública, nos dois pólos ou num só; para que haja convênios ou consórcios administrativos necessário se torna que num dos pólos, ao menos, se encontre uma entidade ou órgão público.

4.6. A presença do poder público traz alguns reflexos no raciocínio atinente aos interesses envolvidos nos convênios e contratos. Havendo a presença do poder público num dos pólos, necessariamente o interesse público seria o fim visado por tais instrumentos. Então, no caso de convênios celebrados com particulares os interesses seriam sempre contrapostos, porque, em princípio o particular não atua com fim de interesse público. Sendo contrapostos os interesses, tais acordos seriam contratos. Por esse raciocínio, só haveria convênio entre entes que integram o poder público, pois os interesses seriam coincidentes.

Tais ponderações mostram as dificuldades geradas pela tentativa de distinguir convênios e contratos com base no tipo de interesse que norteia os participantes.

Um exemplo de convênio revela também tais dificuldades. É o caso de convênio entre uma Prefeitura e um tradicional conservatório musical; a

Prefeitura repassa verbas ao conservatório; este, por sua vez, aceita cota de alunos gratuitos; o conservatório, na verdade, pretende a obtenção dos recursos; o poder público quer a aceitação dos alunos gratuitos; trata-se, portanto, de interesses diversos e contrapostos; no entanto, o convênio é celebrado.

Por outro lado, nas situações de contratos e convênios entre entidades estatais nem sempre aparece clara a separação entre as duas figuras, em virtude da existência do interesse público como denominador comum. Muitos vínculos denominados contratos poderiam ser convênios e vice-versa. Os exemplos a seguir foram extraídos da Revista do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, nº 58, março/abril 1989: a) convênio entre a Secretaria Estadual de Negócios Metropolitanos e a Empresa Metropolitana de Planejamento da Grande São Paulo S/A – EMPLASA, objetivando a prestação de serviço: poderia ser um contrato; b) contrato entre a Secretaria da Educação e a Fundação Padre Anchieta, objetivando a produção e emissão de programas de TV: poderia ser convênio; c) contrato entre a Divisão de Supervisão e Apoio às Escolas Técnicas Estaduais e o Centro de Educação Tecnológica Paula Souza, objetivando a realização de Curso de Graduação para professores da parte de formação especial do currículo do ensino de segundo grau: poderia ser convênio.

Há, desse modo, dificuldade de raciocinar em termos de interesses quando há a presença da entidade ou órgão estatal.

4.7. Percalços também surgem no entendimento baseado em “resultados comuns”. Por exemplo: num contrato de obra pública, o particular contratado pode estar interessado principalmente na própria obra como resultado, mais que a retribuição financeira; seu objetivo poderia ser: ter a obra no currículo da empresa ou de seus profissionais; realização profissional dos proprietários da empresa; exibir a obra a futuros clientes. No exemplo, haveria sentido de resultado comum. Um outro exemplo: num contrato entre poder público e um artista; o artista quer sobretudo mostrar seus dotes artísticos ao povo; é do conhecimento de todos que os artistas de teatro têm enorme fascínio por seu trabalho em si, querem fazer teatro, nem sempre predominando o intuito de retribuição, por vezes irrisória. É possível haver “resultados comuns” também em contratos, como ocorre, aliás, nos contratos entre entidades estatais.

4.8. E ainda: parece difícil diferenciar contrato de convênio com base na competência comum. Tanto nos contratos como nos convênios entre entidades estatais é óbvio que tais ajustes suponham competência das partes quanto à matéria a que visam. No tocante aos convênios celebrados entre entidades estatais e particulares, só se pode falar em competência das primeiras; parece estranho referir "competência" a pessoas físicas ou jurídicas do setor privado; nesse tipo de convênio não se poderia invocar como característica a competência comum dos partícipes.

4.9. Algumas ressalvas emergem quando se atenta para a afirmação de que nos convênios não se cogita de preço ou de remuneração, pois há mútua colaboração. Embora tecnicamente não se utilizem os termos remuneração ou preço, muitos convênios prevêm repasse de verbas que, na realidade, significam remuneração ou preço pelas atividades realizadas por uma das partes. No citado exemplo do convênio entre Prefeitura e conservatório há verba repassada; outro exemplo: convênio entre o Departamento Estadual de Estradas de Rodagem e o Município de Piracicaba objetivando transferência de recursos financeiros para execução de serviços de melhoramentos e pavimentação de anel rodoviário.

Ainda no atinente à remuneração, menciona-se, no intuito de distinguir convênio de contrato, que neste uma das partes remunera a outra, o que não haveria no convênio. Ora, nem sempre, nos contratos administrativos, uma das partes remunera a outra; na concessão de serviço público a Administração não remunera o concessionário; por vezes, por razões de interesse social, não há remuneração na concessão de direito real de uso.

4.10. Quanto ao aspecto da "colaboração" como elemento típico do convênio, deve-se lembrar que Laubadère (na obra clássica *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, vol. I, 1956) menciona como característica do contrato administrativo justamente a colaboração: "o contrato administrativo aparece, assim, como um sistema de colaboração entre a administração e seu contratado" (p. 23).

4.11. Parece igualmente difícil raciocinar em termos de existência ou inexistência de obrigações recíprocas a caracterizar, respectivamente, contrato e convênio. Os convênios implicam, claramente, encargos recíprocos. Por exemplo, num convênio entre uma Secretaria Estadual de Educação e uma Prefeitura para construção de uma escola, cabendo à primeira a obra

e à segunda o oferecimento do terreno, há encargos recíprocos para o bom resultado do convênio. Por outro lado, a reciprocidade como contraprestação exata de obrigações não caracteriza todos os contratos, tanto que Limongi França arrola, como tipo de contrato, o unilateral, em que uma pessoa se obriga perante outra, sem que da parte desta haja qualquer contraprestação, dando como exemplo a doação pura e simples (verbete "Contrato", Enciclopédia Saraiva). No mesmo sentido Laubadère, para os contratos administrativos: contrato "unilateral quando só faz nascer prestação ("engagement") ao encargo de um dos contratantes" (Traité théorique et pratique des contrats administratifs, 1956, vol. I, p. 14).

Outros elementos são peculiaridades do vínculo existente nos convênios e consórcios: possibilidade de denúncia; liberdade de ingressar e de se retirar.

4.12. Para estabelecer a natureza dos convênios e consórcios administrativos parece relevante notar que o Direito Internacional Público deu tratamento próprio ao acordo entre Estados ou entre estes e organismos internacionais. Tais acordos não poderiam pautar-se pela disciplina que o direito privado confere aos contratos entre particulares. Assim, segundo a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, firmada em 1969, "tratado significa um acordo internacional celebrado por escrito entre Estados e regido pelo direito internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, **qualquer que seja sua denominação específica**" (art. 2º, 1, "a"). A denominação genérica de **tratados** abrange, principalmente, a convenção, o acordo, o convênio, o ajuste, o protocolo, a declaração, o pacto, a carta. São todos considerados sinônimos de tratado (cf. Hildebrando Accioly, Manual de Direito Internacional público, 1978, p. 120 - 121 e A.A. Meira Matos, verbete "Tratado Internacional", Enciclopédia Saraiva de Direito). E na linguagem moderna de tais instrumentos, os países que os integram recebem o nome de Estados Partes, não o de Estados partícipes.

4.13. No âmbito do Direito Administrativo a matéria contratual também não pode se nortear pelos mesmos preceitos aplicados ao contrato entre particulares, objeto do direito privado. Como bem nota Giannini, no direito público "o módulo contratual recebeu profundas modificações, em virtude do fato que o objeto das convenções é publicista e não privatista" (Diritto amministrativo, vol. II, 1993, p. 428). Daí ter havido muita resistência,

sobretudo no direito alemão e no direito italiano, em aceitar a idéia de contrato administrativo, justamente porque as chamadas cláusulas exorbitantes fugiam dos paradigmas do contrato privado, tal como vinham, então, apontadas.

E mesmo no âmbito dos contratos administrativos, há contratos bem peculiares, como a concessão de serviço público, a concessão de obra pública, a concessão de obra e serviço público, nos quais inexiste preço como contraprestação recíproca e grande parte das cláusulas reveste-se de teor regulamentar. Bem mais peculiar se apresenta, ainda, a concessão para radiodifusão sonora e por imagem, na qual, no Brasil, nem existe tarifa paga pelo usuário. E tais tipos incluem-se entre os contratos administrativos.

4.14. A dificuldade de fixar diferenças entre contrato e convênio administrativo parece levar a concluir que se trata de figuras da mesma natureza. À semelhança do tratamento categorial que o Direito Internacional Público deu ao tratado, como foi exposto acima, pode-se aventar, no âmbito do Direito Administrativo, uma visão genérica do módulo contratual. Af estariam incluídos tanto os contratos de obras, de prestação de serviços, de fornecimento de materiais, as concessões, como os convênios, consórcios, pactos. A característica desses últimos está na sua especificidade, ou por envolver duas ou mais entidades ou órgãos públicos ou pelo tipo de resultado que se pretende atingir com o acordo firmado.

Na doutrina pátria, José Afonso da Silva, em sua obra "O Prefeito e o Município", 3ª ed., 1984, afirma que os convênios e consórcios realizados pelo Municípios têm natureza contratual. E observa "Mas diferem dos demais contratos porque vinculam os Municípios a outras entidades de direito público, de sorte que isso lhes dá peculiaridades, dado que ambas as partes estão interessadas na execução do serviço ou obra que lhes constituem o objeto. Diante disso não se pode admitir aí o princípio das prerrogativas da Administração, impositivas de uma parte sobre a outra, havendo, nesse particular, equilíbrio de forças, em virtude de as partes serem sempre administrações públicas ou a elas vinculadas" (p. 232-233).

No direito francês, a doutrina refere-se a certos tipos de contratos celebrados pelo poder público com empresas privadas com fim de propiciar a execução de planos ou objetivos econômicos; dentre tais tipos estão: os contratos de programa, contratos de estabilidade, contratos fiscais. Há também os

contratos de plano e contratos de gestão celebrados entre Administração e coletividades locais e também entre Administração central e empresas públicas, com o fim de adequar a atuação de tais entes aos planos nacionais (cf. Laubadère, *Traité élémentaire de droit administratif*, vol. III, 1971 e Franca Falconi, I c.d. *contratti di piano nella elaborazione della dottrina francese*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, vol. II-III, 1979, p. 595-617).

A tais tipos Prosper Weil atribui a natureza de contrato, embora nenhum deles se enquadre nos moldes clássicos dos contratos administrativos (cf. *Le renouveau de la théorie du contrat administratif et ses difficultés*, in *Mélanges Stassinopoulos*, 1974). Em seção intitulada "os prolongamentos contratuais da descentralização", Chapuis menciona, ainda, os seguintes tipos: a) contratos para ordenação das cidades médias, celebrados entre a Administração central e tais comunas, para que estas recebessem ajuda financeira central para realizar operações urbanísticas; b) contratos de país (área formada por várias comunas unidas por vínculos humanos e econômicos); contratos de empresa, entre a Administração central e empresas públicas; o mesmo autor observa que a lei de 29 de julho de 1982 e o juiz administrativo atribuem a tais ajustes caráter contratual (cf. *Droit administratif général*, vol. I, 6ª ed., 1982, p. 323-327).

No direito italiano, é conhecido o entendimento de Alessi (*Principi di Diritto amministrativo*, 4ª ed., 1978, p. 339), no sentido de reconhecer contrato de direito público somente nas relações entre entidades públicas, o que se aplicaria aos convênios firmados entre as mesmas e aos consórcios existentes no ordenamento brasileiro. Giannini, por sua vez, inclui as convenções urbanísticas, as convenções de plano, os contratos simplificados (pactos e acordos) e as convenções desprovidas de conteúdo patrimonial no quadro dos contratos das administrações (cf. *Diritto Amministrativo*, vol. II, 3ª ed., 1993, p. 356-357). De seu lado, Rosário Ferrara, ao tratar das convenções urbanísticas, celebradas entre Administração e particulares (sobretudo, convenções de urbanização e convenções edilícias) observa serem tais figuras inscritas na categoria de contratos, o que é reconhecido pela justiça italiana. Nota, ainda, que "é o regime positivo de cada módulo negocial que deve determinar, caso a caso, a intensidade do vínculo jurídico quanto à observância do pacto". E mais: "há um princípio geral aplicável a todos os tipos negociais: "pacta sunt servanda" e o princípio da boa fé" (cf. *Gli Accordi tra i Privati e la Pubblica Amministrazione*, 1985, pp. 74, 75, 152, 153).

4.15. Na atualidade, florescem em grande escala as práticas com base em concordância ou consenso entre entes administrativos ou entre estes e particulares. É a época da Administração "concertada". Disseminam-se acordos de diversos tipos, adotando-se, em amplitude, os chamados "módulos contratuais ou convencionais". Tais fórmulas nem sempre se enquadram exatamente nos paradigmas clássicos dos contratos ou dos contratos administrativos. Daí ser relevante conferir tratamento amplo à figura contratual, para abrigar fórmulas novas, adequadas a novo dinamismo e novos modos de agir da Administração. Nesse contexto se inserem os convênios e consórcios administrativos.

5. A questão da autorização legislativa

No tema dos convênios e consórcios administrativos sempre vem suscitada a questão da necessidade de autorização legislativa para cada convênio ou consórcio firmado pelo Executivo.

O Supremo Tribunal Federal em várias oportunidades considerou inconstitucional a exigência de autorização legislativa para celebração de convênios, por ferir o princípio da independência dos Poderes (cf. RDA, 140, abr/jun 1980, p. 63-69). Os fundamentos básicos de tal orientação concentram-se no seguinte: a) não sendo atribuição propriamente legislativa, a Constituição federal deve prever expressamente essa autorização nas competências do Congresso Nacional. Inexistindo essa previsão, não pode a exigência haver no âmbito dos Estados, Distrito Federal e Municípios; b) incabível é a invocação do parâmetro da ratificação congressual de tratados internacionais, porque estes, uma vez tornados definitivos, regem-se pelo Direito Internacional, escapando a toda ação corretiva interna.

Outro argumento em sentido contrário à necessidade de autorização legislativa para cada convênio e consórcio encontra-se na existência do controle realizado pelo Tribunal de Contas, tal como previsto expressamente no inciso VI do art. 71 da Constituição Federal, preceito esse que se aplica ao âmbito dos Estados, Distrito Federal e Municípios, nos termos do art. 75 do mesmo texto. Da fiscalização do Tribunal de Contas, pode decorrer o controle do Legislativo. Além do mais, independentemente da fiscalização do Tribunal de Contas, pode o Legislativo controlar diretamente as medidas do Executivo, segundo aventa o inciso X do art. 49 da Constituição Federal.

Deve-se ainda ponderar que inexistente exigência de autorização legislativa para cada um dos demais tipos contratuais, muitos deles envolvendo recursos de grande vulto, ficando sujeitos aos controles do Tribunal de Contas e do Legislativo. Algumas Constituições estaduais e leis orgânicas de Municípios prevêem essa manifestação do Legislativo. Assim, por exemplo, a Constituição do Estado de São Paulo, entre as competências exclusivas da Assembléia Legislativa, indica: "autorizar ou aprovar convênios, acordos ou contratos de que resultem para o Estado encargos não previstos na lei orçamentária" (art. 20, inciso XIX). Evidente está o intuito de controle financeiro e orçamentário, do que se deduz que todos os convênios, acordos ou ajustes cujos encargos estejam previstos no orçamento não dependem de manifestação legislativa. Note-se, ainda, que o constituinte paulista usou os vocábulos "autorizar", que indica manifestação prévia e "aprovar", que denota apreciação posterior, o que deixa a dúvida quanto ao momento em que ocorrerá a manifestação parlamentar.

A Lei Orgânica do Município de São Paulo, no inciso XV do art. 13, menciona entre as atribuições da Câmara Municipal "dispor sobre convênios com entidades públicas e particulares e autorizar consórcios com outros municípios. Observa-se que, no tocante aos convênios não foi utilizado o vocábulo "autorizar", mas o termo "dispor", dando a entender que se trata aí da fixação de preceitos gerais sobre a matéria. Quanto aos consórcios com outros municípios, âmbito em que não houve pronunciamento de inconstitucionalidade, foi usado o vocábulo "autorizar".

6. A questão da exigência ou inexistência de licitação

Outra dúvida suscitada na matéria diz respeito à exigência ou inexistência de licitação antes da celebração dos convênios e consórcios. A Lei nº 8.666/93 silencia quanto à questão. A redação do caput do art. 116 poderia levar à conclusão de que a exigência prevalece para tais instrumentos, pois reza o seguinte: "Aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração".

A expressão "no que couber" permite indagar: é cabível a licitação para consórcios e convênios?

Parece óbvio que nos consórcios entre Municípios ou que envolvam

outros entes estatais do mesmo tipo (o que é raro) o grau de especificidade do objeto é tão significativo que seria incabível cogitar-se de licitação.

No caso de convênio entre entidades ou órgãos da Administração, de diferentes espécies e níveis, por exemplo, os convênios previstos no Decreto-Lei 200. 67 (v. item 3 deste trabalho), celebrados entre a União, Estados e Municípios como pensar em licitação, se o objetivo é descentralizar, é repassar recursos da União para execução de seus programas de caráter nitidamente local ou é somar recursos materiais e humanos para realizar atividades com menor ônus para todas as partes? Pode-se aventar ainda dos inúmeros convênios para intercâmbio de conhecimentos em diversas áreas, como acontece com os convênios entre Universidades nacionais ou entre estas e Universidades ou Faculdades estrangeiras. Igualmente nessa hipótese a licitação mostra-se incabível.

No tocante aos convênios entre Administração (no sentido de órgãos da Administração direta e entidades da Administração indireta) e entidades particulares, o que, sobretudo, determina a desobrigação de licitação é a especificidade do objeto e da finalidade. No exemplo citado, de um Conservatório tradicional, de elevado e reconhecido nível de ensino, se o poder público pretender propiciar ensino gratuito de música a crianças e adolescentes carentes, é de grande especificidade o objeto e a finalidade.

No entanto, se a Administração quiser realizar convênio para resultado e finalidade que poderão ser alcançados por muitos particulares, deverá ser realizada licitação. Se assim não for, haverá ensejo para burla, acobertada pela acepção muito ampla que se queira dar aos convênios. Alguns casos ocorrem na prática, nos quais, a título de convênio (falso), obras são contratadas sem licitação e pessoas são investidas em funções ou empregos públicos sem concurso.

Outro argumento por vezes invocado para fundamentar a não exigência de licitação está na possibilidade de haver vários partícipes do convênio e de haver adesões posteriores, o que seria incompatível com o "espírito" da licitação que leva à escolha de um só vencedor.

Se, em princípio, a licitação não se aplica aos consórcios e convênios, quais as disposições da Lei nº 8.666/93 incidentes sobre tais figuras como determina o "caput" do art. 116? A título exemplificativo, podem ser

apontados as seguintes: disposições sobre a formalização; menção obrigatória a recursos destinados a atender às despesas decorrentes, com a identificação da dotação; hipótese de denúncia e alteração; encargos das partes; prorrogação de prazo; foro competente para dirimir controvérsias; publicação do extrato no meio oficial de divulgação, se envolver repasse de recursos públicos. Aplica-se também aos convênios e consórcios o art. 63 da mesma Lei que permite a qualquer interessado a obtenção de cópia autenticada (pagando emolumentos) do instrumento.

7. Outros aspectos do regime jurídico

O § 1º do art. 116 faz depender a celebração de convênio, acordo ou ajuste da prévia aprovação de competente plano de trabalho proposto pela organização interessada, arrolando as informações que deverão figurar, no mínimo, nesse plano: I - identificação do objeto a ser executado; II - metas a serem atingidas; III - fases de execução; IV - plano de aplicação dos recursos financeiros; V - cronograma de desembolso; VI - indicação de início e fim da execução e da conclusão das etapas; VII - se o custo total não recair sobre o órgão descentralizador, comprovação de que estão assegurados recursos próprios para complementar a execução, tratando-se de obra ou serviço de engenharia.

A liberação de parcelas de recursos atenderá ao plano de aplicação aprovado. Haverá retenção de parcelas até o saneamento de impropriedades, no caso de não comprovação de regular aplicação da parcela anterior, no caso de desvio de finalidade na aplicação dos recursos, atrasos injustificados no cumprimento das etapas e no caso de práticas atentatórias aos princípios fundamentais de Administração Pública nas contratações (este último aspecto é bem significativo para o reconhecimento da natureza contratual dos consórcios e convênios).

Os §§ 4º, 5º e 6º do art. 116 trazem normas sobre saldos do convênio.

Por sua vez, o § 2º determina que, assinado o convênio, a entidade ou órgão repassador dará ciência do mesmo à Assembléia Legislativa ou à Câmara Municipal respectiva.

Evidente que o dispositivo visa, em especial, o convênio em que o repassador de recursos seja órgão ou entidade federal. Aplicar-se-ia tam-

bém aos convênios em que o Estado seja o repassador de recursos a outro Estado ou a Município.

O dispositivo suscitou dúvida quanto à constitucionalidade, porque feriria a autonomia dos Estados e Municípios. Tratando-se somente de uma comunicação, certamente com o objetivo de propiciar melhor controle do uso dos recursos, não há como se vislumbrar desrespeito ao poder de auto-determinação dos Estados e Municípios.

8. Execução do convênio e consórcio

Em geral atribui-se a um dos participantes a coordenação da execução. Nada impede que seja constituída uma comissão, paritária ou não, com esse objetivo. Em órgãos públicos que, de modo habitual, integram vários convênios por vezes é criada uma comissão de acompanhamento e fiscalização de convênios.

Alguns autores recomendam a organização de uma entidade civil ou comercial paralela, para coordenar a execução, porque convênio e consórcio são despersonalizados. Na verdade, tal solução revela-se um elemento complicador, quando a época atual impõe agilidade. Melhor parecem as alternativas aventadas no parágrafo anterior.

9. Controles

Sobre os convênios e consórcios devem incidir, em primeiro lugar, os mecanismos do controle interno de cada esfera administrativa. Como exemplo, pode-se indicar o art. 52, § 2º do Decreto federal nº 93.872/86 que determina seja efetuado, antes da execução, o cadastramento dos convênios e acordos no sistema de controle interno, através do órgão de contabilidade.

Recaem sobre os convênios e consórcios a fiscalização do Tribunal de Contas correspondente ao nível da entidade pública que integra o ajuste ou que repasse recursos. Por vezes, o controle é duplo; inclui a atuação do Tribunal de Contas a que se vincula o órgão repassador de recursos e a atuação do órgão de contas a que se liga o ente que recebeu os recursos.

O parâmetro para a fiscalização do Tribunal de Contas vem dado pelo inciso VI do art. 71 da Constituição Federal que prevê, nas competên-

cias do Tribunal de Contas da União o seguinte: "VI - fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município. Tal preceito, por força do art. 75, aplica-se, no que couber, aos Tribunais de Contas dos Estados, do Distrito Federal e aos órgãos de contas municipais".

A título de exemplo, pode-se indicar o inciso VII do art. 33 da Constituição do Estado de São Paulo (1989) que arrola, dentre as competências do Tribunal de Contas do Estado, o controle da aplicação de quaisquer recursos repassados ao e pelo Estado, mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres. O preceito, como se depreende, prevê a fiscalização tanto de recursos recebidos pelo Estado quanto de recursos repassados, por via de convênios e consórcios.

O controle parlamentar também recai sobre os convênios e consórcios, não só de modo indireto, após pronunciamento do Tribunal de Contas respectivo quanto à ilegalidade (inciso X e § 1º do art. 71 da Constituição Federal), mas também diretamente, nos termos do inciso X do art. 49 da Constituição Federal, que é, de regra, reproduzido nas Constituições estaduais e leis orgânicas dos Municípios.

Cidadãos e entidades civis podem ter atuação no controle dos convênios e consórcios. O acesso ao teor desses instrumentos, assegurado pelo art. 63 da Lei 8.666/93, permite, em caso de irregularidade, que cidadãos e entidades acionem os controles institucionalizados. Assim, o § 2º do art. 74 da Constituição Federal confere, a qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato, legitimidade para denunciar irregularidades ou ilegalidades ao Tribunal de Contas.

Atendidos os requisitos legais, cidadãos, associações e o Ministério Público, mediante ações previstas no ordenamento, podem desencadear o controle jurisdicional sobre os convênios e consórcios.

10. Responsabilidade

A celebração de convênios e consórcios sujeita-se a todos os princípios e normas incidentes sobre as atividades da Administração Pública, no que for compatível com o teor dessas figuras. Assim, por exemplo, é ilegal

um convênio que envolva delegação de competência vedada pelo ordenamento. Ou um convênio celebrado com desvio de finalidade, por não visar a fins de interesse público. Ou um convênio que implique improbidade administrativa, tal como previsto na Lei nº 8.429, de 2/6/92, sobretudo no art. 10, "caput" e incisos VII e VIII.

Da responsabilização de autoridades e servidores por convênios e consórcios viciados decorrem as sanções antevistas no ordenamento. Ex.: havendo ação popular procedente decorrerá ressarcimento ao erário público do montante do dano; verificada improbidade administrativa, o responsável sujeita-se às cominações arroladas na Lei nº 8.429/92.

Também é possível cogitar-se de responsabilização dos executores do convênio, por danos a terceiros ou por danos decorrentes da má execução.

11. Conclusão

Os convênios e consórcios administrativos revelam-se instrumentos de grande importância, sobretudo num Estado federal, na qualidade de modelos cooperativos de tipo vertical e horizontal. Os convênios entre entidades de diferentes níveis administrativos favorecem a realização de atividades materiais no âmbito das competências cumulativas ou concorrentes; atenuam ou evitam conflitos que emperrariam a adoção de providências de elevado interesse da população, como as medidas de combate à poluição nas grandes cidades, as medidas na área da saúde, do ensino, da preservação do patrimônio cultural.

Os consórcios propiciam a reunião de recursos financeiros, humanos e técnicos para a solução de problemas comuns dos seus integrantes, tornando menos onerosas as atividades. Relembre-se que os consórcios podem integrar convênios.

Quanto aos convênios de entes estatais com o setor privado, configuram um dos modos de realização de parcerias, em especial no âmbito da saúde, educação, cultura, artes, ciência, preservação do patrimônio cultural, preservação ambiental.

Bibliografia

Accioly, Hildebrando, Manual de direito internacional público, Saraiva, 1978.

Chapus, René, Droit administratif général, Montchrestien, vol. I, 6ª ed., 1992.

Falconi, Franca, I c.d. contratti di piano nella elaborazione della dottrina francese, in Rivista trimestrale di diritto pubblico, vol. II-III, 1979, p. 595-617.

Ferrara, Rosario, Gli accordi tra i private e la pubblica amministrazione, Giuffrè, 1985.

Ferreira Filho, Manoel Gonçalves, Comentários à Constituição brasileira de 1988, Saraiva, vol. I, 1990.

Garcia, Maria, Dos convênios, in Estudos sobre a Lei de licitações e contratos, Forense Universitária, 1995, p. 231-236.

Gasparini, Diógenes, Direito administrativo, Saraiva, 2ª ed. 1992.

Giannini, Massimo Severo, Diritto amministrativo, Giuffrè, vol. II, 3ª ed., 1993.

Grau, Eros Roberto, Convênio e Contrato, verbete da Enciclopédia Saraiva de Direito.

Grinover, Ada Pellegrini, Convênio. Ato-União que pressupõe interesses comuns dos partícipes, in Estudos de direito público, jul. dez. 1984, p. 19-23.

Laubadère, A. Traité élémentaire de droit administratif, L.G.D.J., vol III, 1971.

Traité théorique et pratique des contrats administratifs, L.G.D.J., vol. I, 1956.

Limongi França, R. Contrato, verbete da Enciclopédia Saraiva de Direito.

Medauar, Odete, O direito administrativo em evolução, Ed. Revista dos Tribunais, 1992.

Meira Matos, A. A., Tratado internacional, verbete da Enciclopédia Saraiva de Direito.

Meirelles, Hely Lopes, Direito administrativo brasileiro, 19ª ed., 1994.

Silva, José Afonso, O Prefeito e o Município, CEPAM, 1984.

Szklarowsky, Leon Frejda, Os convênios administrativos, in Revista dos Tribunais, Vol. 669, julho de 1991, p. 39-45.

Weil, Prosper, le renouveau de la théorie des contrats administratifs et ses difficultés, in Mélanges Stassinopoulos, 1974, p. 217-227.

Inexigibilidade de Licitação - Singularidade do Objeto

Nodette Mameri Peano

Advogada. Procuradora municipal aposentada. Professora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, de Direito Administrativo e Filosofia do Direito. Consultora na área de Direito Público.

Magadar Rosália Costa Briguet

Assessora Técnica do Tribunal de Contas do Município de São Paulo e Advogada. Procuradora Municipal aposentada. Especialista em Direito do Estado, pela Universidade de São Paulo.

A licitação é um procedimento administrativo, destinado a selecionar a proposta mais satisfatória para a Administração, quando ela pretende adquirir ou alienar bens, realizar obras, obter a prestação de serviços, outorgar concessões, permissões de obras, serviços ou de uso de bens públicos.

Assim, a licitação constitui, como asseveram Lúcia Valle Figueiredo e Sérgio Ferraz, um instrumento técnico procedimental e representa, na configuração do regime jurídico das contratações da Administração, um princípio em si.

Apesar de constituir um princípio em si mesmo, o instituto jurídico da licitação obedece aos princípios constitucionais incidentes sobre a atividade administrativa, preconizados no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal. Além disso, o campo licitatório é informado por todo um rol de cânones, insculpidos no artigo 3º da Lei Federal 8.666/93, *in verbis*:

“Art. 3º - A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.”

Convém observar que a inclusão de princípios já consagrados em nível constitucional afigura-se dispensável, uma vez que referido preceito da Lei Maior se aplica à Administração Pública Direta, Indireta ou Fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Daf, poder-se-á inferir que os princípios aplicáveis à licitação e às contratações públicas se condensam em três grupos:

- a) em primeiro lugar, o princípio da isonomia, fundamental na realização desse procedimento administrativo;
- b) a seguir, os princípios constitucionais gerais: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, devido processo legal e motivação;
- c) finalmente, os princípios de Direito Administrativo específicos para as licitações; vinculação ao instrumento convocatório, julgamento objetivo e correlatos.

É interessante notar que, embora a licitação, de *per si*, configure um cânone constitucional (inciso XXI, do artigo 37 da Constituição Federal), este procedimento atende, por outro lado, a outros princípios também inscritos na Lei Maior que, ao mesmo tempo que lhe oferecem estrutura, o erigem a elemento intrínseco de todo o ordenamento jurídico, perfeitamente integrado ao conjunto de elementos que compõem o sistema:

Diante desse quadro, os temas pertinentes ao procedimento licitatório teriam que se afeiçoar aos princípios que comandam todo o sistema jurídico, assertiva que se aplica, inclusive, às hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitação.

Ensinam Sérgio Ferraz e Lúcia Valle Figueiredo que "há dispensabilidade quando ocorrem, em caso concreto, circunstâncias especiais, previstas em lei, que facultam a não realização da licitação, que era, em princípio, imprescindível. Há inexigibilidade quando ocorre, em caso concreto, circunstância especial, de fato ou de direito, reconhecida em lei, a qual, porque inviabilizadora de competição, afasta a licitação". (In *Dispensa e Inexigibilidade de Licitação*, 3ª edição, pg. 34)

O tema inexigibilidade de licitação no direito positivo vigente merece algumas reflexões, sobretudo em razão das hipóteses fáticas e aspectos ligados ao objeto a ser executado.

O artigo 25 da Lei Federal 8666/93, com as atualizações procedidas pela lei 8.883/94, dispõe:

"Art. 25 - É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

I - para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos pelo produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou ainda por entidade equivalente;

II - para contratação de serviços técnicos enumerados no artigo 13 desta lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;

III - para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública."

As hipóteses de inexigibilidade de procedimento licitatório elencadas são meramente exemplificativas. Para tanto, bastaria fixar-se na expressão "em especial". Com efeito, tal locução alcança situações que não esgotam a impossibilidade de realização do procedimento.

No que atina aos incisos arrolados no mencionado artigo, parece desnecessário, para o fim proposto neste trabalho, uma abordagem das situações neles contidas. Isto porque a doutrina tem contribuído, de maneira satisfatória, para o seu perfeito entendimento. Qualquer incursão nessa área constituiria mera repetição dos ensinamentos de administrativistas consagrados, como Celso Antônio Bandeira de Mello, Lúcia Valle Figueiredo e Sérgio Ferraz, entre outros.

Este trabalho cingir-se-á à admissibilidade de contratação direta, com fundamento no *caput* do artigo 25 da Lei 8.666/93.

Põe-se, agora, em pauta caracterizar a inexigibilidade de licitação, bem como definir os seus limites.

Como ensina Celso Antônio Bandeira de Mello:

"Para que possa haver licitação é necessário que os bens a serem licitados sejam equivalentes, intercambiáveis, homogêneos. Não se licitam coisas desiguais. É pressuposto lógico do instituto que os bens a serem adquiridos ou os serviços a serem contratados não possuam uma individualidade tal que os torne únicos na espécie ou insusceptíveis de substituição por equivalente perfeito." (RDP nº 8, p. 96/97).

Do quanto se disse, decorre que o pressuposto fático da inexigibilidade é, indubitavelmente, a inviabilidade de competição.

Isso significa que, em qualquer caso concreto que conduza à inexigibilidade, é preciso deixar claro que a competição, nas circunstâncias demonstradas, não é viável.

A lei diz que a inexigibilidade ocorrerá quando houver inviabilidade lógica de competição. Caberá ao administrador comprovar a ocorrência de impossibilidade de disputa, de competição.

Não se trata de deixar ao arbítrio do administrador a realização ou não de um determinado certame. Trata-se, sim, de hipóteses em que ele demonstra, cabalmente, a objetiva impossibilidade de realizar o pleito licitatório.

Resulta claro que o fulcro central do tema é a caracterização da inviabilidade de competição.

Nesse sentido a lição de Diógenes Gasparini:

"A inexigibilidade difere da dispensa, dado que nesta a licitação é possível, viável, e só não se realiza por conveniência administrativa; naquela é impossível, e não se realiza por impedimento de ordem fática ou jurídica, relativo ao bem que se deseja adquirir, à pessoa que se quer contratar ou com quem se quer contratar. Não se trata, assim, de uma faculdade outorgada à pessoa obrigada, em tese, a licitar, mas do reconhecimento legal de que esta em certos casos pode celebrar o negócio de seu interesse sem o prévio procedimento licitatório, dada a inviabilidade de se instaurar uma competição para a escolha da melhor proposta. Assim, será inexigível a licitação sempre que houver inviabilidade fática de competição, concorrência, confronto, certame ou disputa. Em tais termos, é óbvio que não seria tal faculdade exercitável pela pessoa, em princípio, obrigada a licitar, mesmo que não prevista em lei, como acontecia no direito anterior". (In *Direito Administrativo*, Ed. Saraiva, 2ª ed. p. 324).

Por sua vez, Celso Antônio Bandeira de Mello assevera:

"Segue-se que há inviabilidade lógica deste certame por falta de seus 'pressupostos lógicos', em duas hipóteses:

a) quando o objeto pretendido é singular, sem equivalente perfeito.

Neste caso, por ausência de outros objetos que atendam à pretensão administrativa, resultará unidade de ofertantes, pois, como é óbvio, só quem dispõe dele poderá oferecê-lo;

b) quando só há um ofertante, embora existam vários objetos de perfeita equivalência, todos, entretanto, disponíveis por um único sujeito. Esta última hipótese corresponde ao que, em nossa legislação, se

denomina produtor ou fornecedor exclusivo." (In *Curso de Direito Administrativo*, 5ª ed. p. 275)

De se lembrar a situação versada na letra b – único ofertante – não apresenta dificuldades para sua caracterização, eis que o Estatuto Federal traçou os seus contornos no inciso I do artigo 25.

Dessa forma, cabe demonstrar quando resta configurado o objeto singular para a correta aplicação do *caput* do artigo 25.

Mais uma vez Lúcia Valle Figueiredo e Sérgio Ferraz, expressamente sobre o tema, afirmam:

"Tem-se por singular algo insuscetível de paradigma de confronto. Se não for cambiável, cotejável com outros de sua espécie será singular. Destarte, se se apresentar, dentro de seu gênero, com características tão próprias que não permitam o confronto com outros objetos do gênero, ter-se-á caso de inexigibilidade de licitação. Por óbvio, não é livre a Administração para, arbitrariamente, singularizar o objeto, de tal arte que o torne incomparetível com os demais." (In *obra cit.*, p. 72).

Portanto, os bens e serviços singulares possuem uma individualidade tal que não permite confrontá-los com outros do mesmo gênero. Essa individualidade ora decorre do bem ou serviço em si mesmos, ora de algum fator externo que a eles se agrega.

Ao discorrer sobre a individualidade dos bens, Celso Antônio Bandeira de Mello alarga as hipóteses de ocorrência, admitindo que tal qualidade

"pode provir de o bem ser singular

- a) em sentido absoluto;
- b) em razão de evento externo a ele;
- c) por forças de sua natureza íntima.

a) Singular em sentido absoluto é o bem de que só existe uma unidade. Um selo do qual se emitiu apenas um exemplar, ou se emitidos vários os demais foram destruídos, é o objeto singular (único) em sentido absoluto.

b) Singular em razão de evento externo é o bem a que se agregou significação particular excepcional. Uma espada utilizada em acontecimento histórico relevante é objeto que se tornou único por força de fator externo que se incorporou nele. Poderão existir inúmeras espadas do mesmo formato, fabricação, época e composição metálica: sem embargo, àquela aderiu irremovivelmente uma qualidade que a singularizou.

c) Singular em razão da natureza íntima do objeto é o bem em que se substancia realização artística, técnica ou científica caracterizada pelo estilo ou cunho pessoal de seu autor. Uma produção intelectual, como um livro de crônica, uma obra de arte, um quadro, são singulares pela natureza íntima do objeto." (In *obra cit.*, p. 275/276)

Não se apresentam, para o administrador, dificuldades na identificação de um bem singular em sentido absoluto. Cite-se, como exemplos, um livro do qual se tem somente um exemplar ou "kits" de leitura especial de identificação de recém-nascidos, pelo DNA, únicos no mundo.

O mesmo não ocorre na contratação de serviços ou aquisição de bens cuja singularidade reside em fator externo que a eles se agrega, tornando-se incontestáveis.

Qual o critério para estabelecer que algum fator externo individualiza o bem, de tal sorte a impedir o seu cotejo com os outros ?

Nesse ponto, coloca-se o tema da discricionariedade da Administração. Vale dizer: até que ponto o administrador é livre para eleger determinado objeto como singular?

Não resta dúvida que o administrador pode agir com certa esfera de liberdade para caracterizar determinado objeto como singular, tendo em vista a finalidade que pretende alcançar. Isso não significa que o agente possa eleger qualquer objeto como singular. Necessário fixar os limites de sua ação.

Cirne Lima adverte ser traço característico da atividade administrativa "estar vinculada a um fim alheio à pessoa e aos interesses particulares do agente ou do órgão que a exercita." (In *Princípios do direito Administrativo*, 3ª ed. p. 21).

Portanto, os limites da ação do administrador consubstanciam-se

nos princípios que regem a sua atividade, notadamente, no caso, o da preponderância do interesse público.

A supremacia do interesse público sobre o privado expressa-se bem nos ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello, que merecem transcrição integral:

"Estes caracteres, que sem dúvida informam a atuação administrativa, de modo algum autorizariam a supor que a Administração Pública, escudada na supremacia do interesse público sobre o interesse privado, pode expressar tais prerrogativas com a mesma autonomia e liberdade com que os particulares exercitam seus direitos. É que a Administração exerce função: a função administrativa. Existe função quando alguém está investido no dever de satisfazer dadas finalidades em prol do interesse de outrem, necessitando, para tanto, manejar os poderes requeridos para supri-las. Logo, tais poderes são instrumentais ao alcance das sobreditas finalidades. Sem eles, o sujeito investido na função não teria como desincumbir-se do dever posto a seu cargo. Donde, quem os titulariza maneja, na verdade, "deveres-poderes", no interesse alheio. Quem exerce "função administrativa" está adstrito a satisfazer interesses públicos, ou seja, interesses de outrem: a coletividade. Por isso, o uso das prerrogativas da Administração é legítimo se, quando e na medida indispensável ao atendimento dos interesses públicos; vale dizer, do povo, porquanto nos Estados democráticos o poder emana do povo e em seu proveito terá de ser exercido. Tendo em vista esse caráter de assujeitamento do poder a uma finalidade instituída no interesse de todos – e não da pessoa exercente do poder – as prerrogativas da Administração não devem ser vistas ou denominadas como "poderes" ou como "poderes-deveres". Antes se qualificam e melhor se designam como "deveres-poderes", pois nisto se ressalta sua índole própria e se atrai atenção para o aspecto subordinado do poder em relação ao dever, sobressaindo, então, o aspecto finalístico que as informa, do que decorrerão suas inerentes limitações." (In ob. cit. p. 21).

Claro está, portanto, que, ao invocar a supremacia do interesse público sobre o interesse privado, a Administração somente poderá fazê-lo para satisfação de interesses qualificados como próprios da coletividade, e não, do agente público. Ademais, quando a ação do agente público direcio-

na-se ao campo das licitações e contratos, impõe-se a observância de outros princípios, já elencados no início deste trabalho.

Assim é que o postulado da isonomia, em matéria de contratação direta em razão de objeto singular, exige existência de um nexo de pertinência lógica entre determinadas características do objeto, que o individualizam, e a finalidade que se pretende alcançar. Melhor explicitando: determinado interesse da coletividade será atendido somente com a aquisição de certo bem ou prestação de serviço específico. Esse bem ou serviço são detentores de tais características que eles, somente eles poderão satisfazer o desiderato administrativo.

Neste sentido pronunciam-se Lúcia Valle Figueiredo e Sérgio Ferraz quando aduzem:

“A correlação lógica deverá existir dentro de um conceito da ‘lógica do razoável’ de Recaséns Siches, ou da moldura Kelseniana. Realmente, *praeter legem* a situação será a de igualdade absoluta. A discriminação só terá cabida se tiver íntima correlação com os cometimentos administrativos, com outros valores também consagrados no sistema normativo como imperativos a que se deve respeito. Assim é que a supremacia do interesse público fará vergar o princípio da igualdade e admitirá os discrimenes quando esses forem absolutamente necessários ao cumprimento dos desideratos administrativos.”(In *ob. cit.*, p. 74)

Bem se vê que a administração não pode, arbitrariamente, singularizar determinado objeto, estabelecendo discriminações objetivas, que extrapolam a “moldura” que lhe é imposta pela norma.

Vale a pena trazer a contexto alguns exemplos.

Suponha-se a contratação de serviços técnicos especializados de manutenção de um elevador, de determinada marca, com o fabricante. Frise-se que o equipamento foi adquirido com cláusula de garantia na qual se estabeleceu a respectiva perda, caso terceiros executassem tais serviços. Na espécie, o objeto reveste-se de singularidade, em razão do fator externo objetivo que se lhe agregou. A contratação de serviços de manutenção com terceiros implicaria a perda da garantia. Portanto, impunha-se a contratação direta com o fabricante, fundamentada na inviabilidade lógica

de competição, prevista no *caput* do artigo 25 da Lei 8.666/93 atualizada pela Lei 8.883/94, enquanto a cláusula de garantia perdurasse.

Alvitre-se a hipótese em que o fator externo, que determinará a singularidade, se adiciona ao objeto, em decorrência da ação do agente público. É a situação de certo projeto concebido pela administração, relativo a sistema de gerenciamento de serviço público, no qual são fixadas especificações e diretrizes para sua execução. Desde que empresa do ramo demonstre possuir capacitação técnica que a habilite a prestar os serviços objetivados, na forma prescrita pela Administração, e não havendo outra detentora de igual *know-how*, é viável o ajuste direto da referida empresa.

Por óbvio, não se trata de estabelecer, deliberadamente, tais e quais especificações, que direcionem a contratação a uma definida empresa.

Dentro dos limites constituídos pelos princípios que regem a atividade administrativa e os pleitos licitatórios em geral, ao agente público é autorizada a fixação de discriminações objetivas, que endereçarão a contratação a dada empresa, única a atingir a finalidade pretendida pela administração, no exercício da função administrativa.

Do quanto se explanou, a hipótese contemplada pelo *caput* do artigo 25 em tela guarda sutil diferença da capitulada no inciso II do mesmo dispositivo. No caso desse último preceptivo, a inexigibilidade de procedimento licitatório para contratação de serviços técnicos especializados, exige a presença de dois elementos essenciais, quais sejam, a notória especialização do prestador, aliada a singularidade do serviço pretendido.

Já na hipótese retratada neste trabalho, a singularidade do objeto repousa na própria natureza (singularidade em sentido absoluto) ou existe em razão de fator externo que se lhe imprimiu, tornando-o incontrastável com os demais da mesma espécie.

Em conclusão, as aquisições e contratações diretas, com suporte no artigo 25, *caput*, do Estatuto Federal das licitações e contratos, ocorrerão sempre que demonstrada objetivamente a inviabilidade lógica de competição, que se expressa na singularidade do objeto, quer em razão de sua essência, quer de elemento externo que se lhe acrescenta.

**A Lei nº 9.069/95, as medidas
provisórias que a antecederam, as
locações em curso e o direito intertemporal**

Mílton Sanseverino

*Juiz do Segundo Tribunal de Alçada
Civil do Estado de São Paulo*

O art. 21, caput, da Medida Provisória nº 542/94 (que, após sucessivas reedições, se converteu na Lei nº 9.069/95), dispôs que: "As obrigações pecuniárias em Cruzeiros Reais com cláusula de correção monetária baseada em índices de preços em que a periodicidade de reajuste pleno é maior que a periodicidade de pagamento serão convertidas em REAL, no dia 1-7-94, de acordo com as disposições abaixo..."

O § 4º desse preceito, por sua vez, estabeleceu que: "Em caso de desequilíbrio econômico-financeiro, os contratos de locação residencial, inclusive os convertidos anteriormente, poderão ser revistos, a partir de 1-1-95, através de livre negociação entre as partes, ou judicialmente, a fim de adequá-los aos preços de mercado".

E o § 5º, completando essas disposições, estatuiu que "Efetivada a revisão, o novo valor do aluguel residencial vigorará pelo prazo mínimo de 1 ano".

Com isso, criou-se, em matéria locatícia, interessante problema de direito intertemporal, consistente em saber se essas regras são ou não aplicáveis aos contratos em curso, sobretudo àqueles com prazo certo ainda não vencido.

O problema não é novo, já se tendo verificado inúmeras vezes em nosso país por ocasião dos muitos e malogrados planos de saneamento econômico, para circunscrever o tema a época relativamente recente. Assim é, por exemplo, que isso já aconteceu quando da edição do tristemente famoso "Plano Cruzado", instituído pelo Decreto-lei nº 2.284, de 10/03/86.

Aquela época formou-se, no seio do E. Segundo Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, jurisprudência vacilante sobre o assunto, que acabou desembocando no incidente de uniformização de jurisprudência (em embargos infringentes) nº 216.265-2-02, de São Paulo, suscitante a C. Terceira Câmara dessa Corte de Justiça, com a seguinte indagação: "Quanto ao reajuste do aluguel, o Decreto-lei nº 2.284/86 aplica-se de imediato ao contrato de locação não-residencial por prazo determinado ainda não vencido?"

A essa pergunta foi dada resposta negativa, por maioria de votos, no referido incidente de uniformização de jurisprudência, julgado em 29/03/89 (com 24 votos vencedores e 11 vencidos). Não creio, contudo, que, bem examinadas as coisas, tenha sido essa a melhor solução, nem que se possa, agora, adotar orientação semelhante para os contratos de locação que tenham por objeto imóveis de uso residencial à luz das novas regras corporificadoras do assim chamado "Plano Real".

Não se ignora, com efeito, que o direito brasileiro adota tradicionalmente, neste terreno, o sistema do tratamento constitucional da matéria, a exemplo do que acontece nos Estado Unidos da América do Norte e no México (com proibição voltada, simultaneamente, para o juiz e para o legislador, e não somente para o primeiro), e que, dentro desse sistema, abraça, especificamente, a teoria subjetivista, de que foi expoente GABBA, com sua conhecida "Teoria della Retroattività delle Leggi" (exceção feita ao breve

hiato criado pela Constituição de 1937 e pela Lei de Introdução ao Código Civil de 04/09/42 [art. 6º], em sua redação original, isto é, antes da modificação introduzida pela Lei nº 3.238, de 1º/08/57 – ambos os textos, porém, de vida efêmera e logo substituídos por outros que asseguraram o retorno do direito positivo pátrio aos postulados da teoria subjetivista, ora em vigor sob os auspícios do art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal de 05/10/88 e do art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil, em sua atual redação, conferida pela Lei nº 3.238/57 - cf. a resp., p. todos, CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, "Instituições de Direito Civil", Forense, Rio, 1994, 15ª ed., vol. I, nº 29, pg. 94, e nº 32, pg. 104).

Consoante observa com propriedade esse renomado civilista, no Brasil "Toda a construção legislativa atual está assentada no respeito do direito adquirido, sob os seus vários aspectos" (ob. e vol. cit. nº 32, pg. 105, 1º parág., parte final - sem destaques no original). Um desses aspectos apresenta-se sob a rubrica de ato jurídico perfeito (idem, ibidem, 2º parág., início). Realmente: o excelso Clóvis Beviláqua já assinalava, com a lucidez que lhe é peculiar e com o peso de sua imensa autoridade, que "a segurança do ato jurídico perfeito" nada mais é que "um modo de garantir o direito adquirido, pela proteção concedida ao seu elemento gerador" ("Código Civil comentado", Liv. Francisco Alves, Rio, 1959, vol. I, pg. 77, nº 5, derradeiro tópico).

Como se percebe, a noção de ato jurídico perfeito, tanto da Constituição Federal quanto da Lei de Introdução ao Código Civil, está a serviço do conceito de direito adquirido, sendo este, na verdade, o instituto jurídico mais relevante que importa considerar. Por isso, para ele estará voltada daqui para frente, fundamentalmente, a análise que se passa a empreender.

A primeira observação a ser feita neste ponto é a que, não tendo sido adotada pelo direito brasileiro a teoria objetivista, de que foi corifeu Paul Roubier (com sua célebre obra "Les Conflits de Lois dans le Temps"), não podem ser adotadas suas lições a respeito do tema em testilha. Ao menos "de lege lata". Esta é a premissa básica da qual se há de necessariamente partir.

Impõe-se, destarte, recorrer ao magistério de GABBA, que foi – dentre tantos – quem mais se destacou nos lindes da teoria subjetivista. É preciso distinguir, por esta ótica, os atos simples dos atos complexos, assim

como o direito adquirido do direito consumado, da mera expectativa de direito e das simples faculdades, concentrando atenção no dado elementar e fundamental de que o direito adquirido deriva de um fato aquisitivo que se realizou por inteiro e que se incorporou definitivamente ao patrimônio jurídico da pessoa (v. CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, ob. e vol. cits., nº 30, pgs. 97/98).

É importante ter presente, nessa ordem de idéias, que, na espécie, se cuida de fato complexo, porquanto, envolvendo o pacto locatício relação jurídica continuativa (ou de trato sucessivo), cujo implemento se desdobra ou se prolonga no tempo, os efeitos da relação jurídica "ex locato" formalizada pelas partes não se exauriram num único ato ou num só instante.

Assim, parte dessa relação jurídica continuativa esteve sob o império da lei anterior e parte se desenvolve, agora, na vigência da lei nova, que instituiu o Plano Real e trouxe novidades com respeito à conversão dos locativos para o novo padrão monetário, incidindo sobre essa relação jurídica em desenvolvimento e regendo o segmento que se desdobra sob seu império.

De fato; é sabido que, de acordo com os postulados da teoria subjetivista perfilhada pelo direito positivo pátrio, "a lei nova, desde que entra em vigor, submete ao seu império as relações jurídicas, ainda que fundadas em fatos vindos do tempo de vigência da lei caduca", contanto que não atinja os direitos adquiridos, ou seja, aqueles oriundos de fatos constitutivos realizados "por inteiro em consonância com a lei velha e ao tempo de sua vigência, e se incorporaram definitivamente no patrimônio do sujeito", os quais não são alcançados pela lei nova (cf. CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, ob. e vol. cits., nº 30, pg. 98 – os destaques não pertencem ao original).

Pois bem. No caso, os efeitos do contrato de locação celebrado pelas partes não só não se esgotaram por inteiro na vigência da lei velha, como o direito do locador – no tocante aos aluguéis vencíveis na vigência da lei nova - não se incorporou definitivamente (por óbvio) ao seu patrimônio, visto se tratar, aqui, de "facta pendentia".

Assim sendo, e esquecendo provisoriamente (no campo exclusivo da especulação científica) a opção feita pelo legislador pátrio, mesmo à luz dos cânones da teoria objetivista referidos aluguéis estariam sujeitos ao novo

regramento legal, de conformidade com as ensinanças de HENRI DE PAGE (segunda e quarta regras, esta última na sua última parte) e as lições de Paul Roubier (cf. CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, ob. e vol. cits., nº 31, pgs. 101/103).

Sem falar naturalmente, nas regras de nosso ordenamento jurídico positivo, pelas quais se verifica que o locador não tinha direito adquirido aos aluguéis ainda por vencer na vigência da recente legislação que instituiu o Plano Real, visto possuir, nesta parte, simples expectativa de direito.

Tanto que, se no curso do contrato de locação por tempo determinado e antes do advento de seu termo final o locatário decidisse romper o vínculo contratual e devolver o imóvel, não estaria sujeito ao pagamento dos aluguéis restantes por inteiro, até o fim do contrato, mas, sim, à satisfação de simples multa, como se constata pela leitura do art. 4º da Lei nº 8.245/91.

Comprovação disso encontra-se, outrossim, no art. 6º da atual lei do inquilinato, pelo qual se verifica que se o locatário, querendo denunciar o contrato em vigor por tempo indeterminado, não notificar o locador com antecedência mínima de trinta dias, não ficará sujeito a pagar aluguéis por um prazo mais ou menos longo (que a lei poderia estipular), mas, sim, exclusivamente, quantia equivalente a um único mês de aluguel, com nítido colorido de multa igualmente.

Donde a constatação de que, para o direito brasileiro, o locador não tem direito adquirido (nem poderia ter, aliás) aos aluguéis ainda por vencer no curso do contrato, seja este por tempo determinado, seja por tempo indeterminado, posto não incorporados tais aluguéis definitivamente ao seu patrimônio jurídico no momento em que o contrato é assinado, importando – isto sim – mera expectativa de direito!

Vale dizer: o que havia neste caso, quando surgiu o Plano Real, era direito “in fieri” (ou em formação) e não direito adquirido, ao ângulo do locador e no que tange aos aluguéis a vencer na vigência da lei nova. Este é o ponto nodular da hipótese “sub iudice”, que precisa ser corretamente apreendido e bem compreendido, afim de evitar indesejáveis e perniciosos equívocos, que em realidade não se justificam.

É que, consoante registra ORLANDO GOMES, “Há direitos que só se

adquirem por FORMAÇÃO PROGRESSIVA, isto é, através da seqüência de elementos constitutivos, de sorte que sua aquisição faz-se gradativamente. Antes de ocorrer o concurso desses elementos, separados entre si por uma relação de tempo, o direito está em formação, podendo o processo constitutivo concluir-se, ou não. Forma-se quando o último elemento se concretiza. Se já ocorreram fatos idôneos à sua aquisição condicionada à ocorrência de outros que lhes podem suceder, mas ainda não se verificaram, configura-se um SITUAÇÃO JURÍDICA PRELIMINAR, um ESTADO DE DEPENDÊNCIA que justifica, no interessado, a legítima EXPECTATIVA de vir a adquirir o direito congruente. A essa situação denomina-se EXPECTATIVA DE DIREITO, em razão do estado psicológico de quem nela se encontra” (“Introdução ao Direito Civil”, Forense, Rio, 1977, 5ª ed. pg. 144, nº 79 – os destaques pertencem ao original).

Assim, tanto por uma teoria quanto por outra a solução não pode ser senão aquela aqui preconizada, visto inexistir, “in casu”, o direito adquirido ou situação jurídica definitivamente constituída (no que tange - vale insistir - aos aluguéis vincendos à época da entrada em vigor do Plano Real e, em particular, do art. 21 da Medida Provisória anteriormente mencionada).

Realmente: pela teoria objetivista a regra geral neste campo é, segundo a formulação de Roubier, a de que “No tocante aos contratos patrimoniais, em curso de produção de efeitos, a lei nova se guarda de alcançá-los, porque é a lei do dia do contrato que comandará todo o seu desenvolvimento ulterior” (cf. Caio Mário da Silva Pereira, ob. e vol. cit., nº 31, pg. 103 – os destaques não são do original; v. tb., a resp., Miguel Maria de Serpa Lopes, “Curso de Direito Civil”, Liv. Freitas Bastos, Rio, 1988. 6ª ed., vol. I, pg. 176, nº 114, letra “E”).

Essa é, com efeito, a regra geral, que entretanto, comporta notável exceção, localizada precisamente na “locatio rerum”. É que, como assinala judiciosamente Serpa Lopes, “Mesmo os contratos de execução continuada estão subordinados a idêntico princípio”, ou seja, a essa regra geral, de que se excetuam, porém, “aquelas situações contratuais diretamente criadas pela lei, como sucede em relação aos CONTRATOS DE LOCAÇÃO regidos inteira ou parcialmente pelas leis especiais, caso em que os direitos resultantes dessa situação contratual-legal não podem deixar de permanecer, quanto à sua subsistência, sob o poder AD NUTUM do legislador” (ob. e vol. cit., pg. 175, letra “D” - sem destaques no original).

E, adiante, prossegue esse ilustre autor esclarecendo que “a jurisprudência tem reputado constitucionais as leis de emergência que, em matéria de LOCAÇÃO, têm atingido, em seus efeitos, os contratos originados em leis anteriores. Por outro lado, força é convir que um estatuto contratual, quando integralmente decorrente da lei, ou na parte em que é por ela afetado, como o que fixar o valor de um prestação, v.g., o ALUGUEL, essa situação jurídica não representa uma relação definitiva, pois permanece sujeita às flutuações decorrentes de modificações trazidas por outras leis posteriores.”) ob. e vol. cit., pg. 176, letra “E” – os destaques não pertencem ao original).

Ora, se considerarmos que para boa parte da doutrina atual a expressão SITUAÇÕES JURÍDICAS DEFINITIVAMENTE CONSTITUÍDAS (da teoria objetivista) corresponde ao mesmo que DIREITO ADQUIRIDO (da teoria subjetivista – v. Serpa Lopes, ob. e vol. cit., pg. 170, nº 111, penúltimo tópico, e pg. 172, nº 112, derradeiro parágrafo), conciliadas estarão, de um lado, a lei e a ciência, e de outro lado, será fácil concluir, frente aos ensinamentos recordados acima, que, na espécie, a aplicação dos arts. 21 e 28 da Medida Provisória nº 542/94 não implica qualquer ofensa – por mais leve ou superficial que seja – a direito adquirido de quem quer que seja (máxime do locador), nem a ato jurídico perfeito, se bem examinadas as coisas.

Pelo contrário: por essa perspectiva, se alguém poderá ter ferido o seu direito adquirido será o locatário, por isso que – este sim! – tem definitivamente incorporado ao seu patrimônio jurídico, à luz dos cânones anteriormente expostos (que correspondem aos imperativos legais presentes no direito positivo brasileiro), o direito de pagar o aluguel efetivamente devido em consonância com o previsto no art. 21 da Medida Provisória nº 452/94 e da legislação que se seguiu.

Até porque, na senda do expendido, não se pode afastar a regra especial contida no art. 21 da Medida Provisória nº 542/94 (bem assim da lei nº 9.069/95) e fazer conversão pura e simples do locativo vigente em 30/06/94 - para vigorar a partir de 1º/07/94 – mediante mera divisão por 2.750, como querem alguns, pois, conforme se sabe, a incidência da regra especial afasta a da regra geral, sendo este, na verdade, um princípio básico de hermenêutica que aqui não pode ser olvidado, seja por sua importância intrínseca, seja por sua adequação à espécie.

Donde o meu entendimento – “data maxima venia” de eventuais opiniões divergentes – de que a conversão dos aluguéis, nas locações em curso (mesmo naquelas com prazo determinado cujo termo final ainda não se verificou) , deve ser feita invariavelmente nos moldes do art. 21, caput, da Medida Provisória nº 542/94 e da atual Lei nº 9.069/95.

30/11/95

**Prêmio “Oswaldo Aranha
Bandeira de Mello”**

*MANIFESTAÇÃO DA MUNICIPALIDADE DE SÃO PAULO SOBRE
PEDIDO DE CONCESSÃO DE LIMINAR EM AÇÃO
CAUTELAR INOMINADA, MOVIDA PELO MINISTÉRIO
PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. PROJETO DE
PROLONGAMENTO DA AVENIDA FARIA LIMA E
“OPERAÇÃO URBANA FARIA LIMA”. INVOCAÇÃO
DE AUSÊNCIA DE PRÉVIA LICENÇA AMBIENTAL EMITIDA
PELO CONSELHO ESTADUAL DO MEIO AMBIENTE (CONSEMA)*

Antonio Miguel Aith Neto – Procurador Municipal

Excelentíssimo Senhor Doutor Juiz de Direito da 3ª Vara da Fazenda
Pública de São Paulo

Processo Nº 239/94

A Municipalidade de São Paulo, por seu Procurador, nos autos da
Ação Cautelar Inominada movida pelo Ministério Público do Estado de São
Paulo, em atenção ao R. Despacho de fls. 222, vem, respeitosamente, mani-
festar-se sobre o pedido de concessão de medida liminar, constante na ini-
cial, trazendo, para tanto, os seguintes argumentos de fato e de direito:

HISTÓRICO

1 - Propõe o Ministério Público do Estado a presente ação cautelar inominada de cunho satisfativo visando, em suma, a que seja condenada a Municipalidade a abster-se "de praticar qualquer ato material de execução da obra de ampliação da Avenida Faria Lima", enquanto não contar com licença ambiental emitida pelo Conselho Estadual do Meio Ambiente (CONSEMA), bem como a "cessar de imediato atividade de execução já iniciada (expropriação de imóveis) "(sic), tudo sob pena de cominação de multa diária.

Pede a concessão liminar da medida, alardeando um suposto e irreversível atentado à legislação ambiental.

2 - Para aduzir pedido de tal envergadura, o requerente desfiou uma série de argumentos que, em apertada síntese, pode ser assim resumida:

a) a Constituição Federal, em seu artigo 225, Parágrafo 1º, IV, impõe ao empreendedor de atividade potencialmente causadora de significativo impacto ambiental a realização de Estudo de Impacto Ambiental e respectivo relatório (EIA/Rima);

b) que, apesar de a Municipalidade de São Paulo ter realizado o EIA/Rima referente à Operação Urbana Faria Lima, ela o submeteu ao Conselho Municipal do Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável (CADES), em que foi aprovado com recomendações, ao invés de tê-lo submetido ao Conselho Estadual do Meio Ambiente (CONSEMA);

c) que a Constituição da República, a Lei Federal nº 6.938/81, bem como a Resolução nº 01/86 do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), determinam ser de exclusiva competência do Estado-membro a análise e aprovação de EIA/Rima relativo a projetos urbanísticos cuja área de influência seja superior a 100 (cem) hectares;

d) em que pese a veemência com que defende a exclusividade do órgão estadual, o requerente, paradoxalmente esforçou-se em demonstrar que o projeto desborda do "peculiar interesse" (sic) do Município, posto que a obra interferiria na Casa Bandeirista e no Parque do Povo, "Patrimônios da população do Estado" (sic), bem como no sistema de circulação viária da região metropolitana de São Paulo e nos projetos de transporte da

Companhia do Metropolitano (METRÔ) e das Ferrovias Paulistas S/A (FEPASA);

e) que o CONSEMA "deliberou avocar o EIA/Rima referente à obra em questão, a fim de analisá-lo e, se for o caso, aprová-lo, concedendo a licença para o início das obras" (sic);

f) a Municipalidade, no entanto, em ato caracterizado pela inicial como de insubordinação, recusou-se a cumprir tal ordem, e ousou dar início à desapropriação, o que motivou a propositura da presente medida pelo Ministério público.

3 - Não cuidará aqui a petionária de levantar questões que serão oportunamente versadas em contestação, como, por exemplo, a da inviabilidade de debater-se matéria de tal complexidade e magnitude tão-só nos angustos limites de um procedimento cautelar.

Limitar-se-á esta peça a demonstrar a absoluta inconveniência e desnecessidade da medida liminar pleiteada pelo Ministério Público, apontando nesse sentido a inexistência dos pressupostos autorizadores de sua concessão.

CONSIDERAÇÕES NECESSÁRIAS

4 - Inicialmente, é preciso realizar necessária distinção entre a) o prolongamento da Avenida Faria Lima conforme o traçado ideado já na Lei municipal nº 7.104/68, e b) a "Operação Urbana Faria Lima", que envolve a disciplina do uso e ocupação do solo urbano ao longo dos trechos viários ainda não implantados.

A inicial não distingue com clareza esses conceitos, prejudicando a melhor compreensão do tema debatido.

5 - A Lei municipal 7.104/68 aprovou plano de melhoramentos referente à implantação de uma avenida interligando a avenida Pedroso de Moraes e a avenida dos Bandeirantes, mediante o alargamento das ruas Coropés, Miguel Isasa, Iguatemi, Sertãozinho e abertura de outros trechos.

No início da década de 1970, apenas o trecho central dessa planejada via foi implantado entre o Largo da Batata e a Avenida Cidade Jardim,

recebendo a denominação de Avenida Faria Lima.

6 - Apesar da inegável importância da implantação de toda a avenida, corroborada pela inclusão de seu traçado em todos os planos diretores propostos ou aprovados pelas últimas Administrações (Mário Covas, Jânio Quadros e Luiza Erundina), não foi possível sua efetivação em virtude de crônica falta de recursos para obras do sistema viário.

A presente gestão equacionou em parte esse problema, destinando recursos para a retomada de obras paralisadas e início de melhoramentos já aprovados por lei, situação em que se enquadra o prolongamento da Avenida Faria Lima.

7 - Dessa forma, além da solução de um problema viário, a atual Administração decidiu disciplinar a ocupação e uso do solo ao longo dos trechos ainda não implantados, incentivando a adequada urbanização da região, com o estabelecimento de novos parâmetros construtivos, concedidos de forma onerosa, na conformidade do já previsto na Lei Orgânica do Município.

Esse programa de melhorias a ser implantado no entorno da nova avenida recebeu a denominação de "Operação Urbana Faria Lima" e é objeto do Projeto de Lei nº 543/93, citado na inicial e em tramitação na Câmara Municipal.

8 - Destarte, não se pode confundir, como o faz a inicial, o mero prolongamento da avenida, previsto em vetusta lei municipal e abraçado por sucessivas Administrações, e a "Operação Urbana Faria Lima", objeto de propositura legislativa ainda em tramitação.

9 - As áreas objeto da desapropriação prevista na Lei Municipal nº 7.104/68 são apenas as destinadas à implantação do sistema viário, ou seja, áreas a serem classificadas como bem de uso comum, cuja extensão é bem menor do que 100 (cem) hectares.

Os decretos municipais 33.947/94 e 34.001/94, por exemplo, declaram de utilidade pública, para fins de desapropriação, uma área somada de 62.444,34 m² (sessenta e dois mil quatrocentos e quarenta e quatro metros e trinta e quatro decímetros quadrados) o que equivale a pffios 6,24 hectares.

10 - Assim, não encontra eco na realidade a infundada afirmação constante na inicial de que "a área expropriada chega a 450 ha." (Sic).

11- Em verdade, o Ministério Público dilatou indevidamente tal área, somando a ela aquelas incluídas no perímetro da "Operação Urbana Faria Lima", que não são passíveis de desapropriação, e que compreendem duas categorias: a) Zona de beneficiamento direto, com 1(um) milhão de metros quadrados e b) Zona de beneficiamento indireto, com 3,5 (três e meio) milhões de metros quadrados.

De acordo com o projeto de lei, caberá apenas aos atuais proprietários dessas áreas decidirem, ao sabor de suas particulares conveniências, o destino de suas propriedades, em função dos incentivos propostos para sua utilização.

12 - Destarte, as desapropriações em curso respeitam os limites da Lei municipal 7.104/68, há muito já aprovada, não podendo ser confundida com a "Operação Urbana Faria Lima", cujo projeto de lei ainda tramita na Câmara Municipal.

O prolongamento da Avenida Faria Lima, obediente à Lei em vigor, é apenas mais uma obra viária local, modesta em suas dimensões se comparada com muitas outras que ora se desdobram em nosso Município.

13 - Vale salientar que a Licença Ambiental Prévia concedida pelo órgão municipal tomou em linha de conta tanto o mero prolongamento da Avenida Faria Lima quanto a "Operação Urbana", já que esta é medida conseqüente àquela.

A "Operação Urbana Faria Lima" pressupõe a extensão da avenida que leva seu nome; o prolongamento da avenida, no entanto, não exige a aprovação da "Operação Urbana".

DA INEXISTÊNCIA DE *FUMUS BONI JURIS*

a) Da Incompetência da Autoridade Estadual - Da Invasão em Competência do Município

14 - O Ministério Público, defendendo com tenacidade a exclusiva competência do CONSEMA para a outorga da licença ambiental, transcre-

ve e interpreta com avareza variados dispositivos legais e constitucionais para concluir, exoticamente, que o Município não tem qualquer autonomia em matéria ambiental.

Olvidou-se, no entanto, de realizar uma análise sistemática do tema, a partir das inovadoras premissas postas pela Constituição de 1988.

É importante notar que os instrumentos legais, sob os quais se escuda a pretensão do Ministério Público — a Lei federal nº 6.938/81 e a Resolução nº 01/86 do CONAMA — jamais desprezaram a competência municipal na matéria e, ademais, são eles anteriores à nossa Carta Magna, devendo ser os seus preceitos temperados com o rigor dos novéis princípios constitucionais.

15 - Como é cediço, a Constituição Federal foi generosa ao versar sobre matéria ambiental, distribuindo competência às diversas entidades estatais da Federação.

Assim é que, no Texto Constitucional, os artigos 21 e 23 tratam da competência para executar e os artigos 22, 24, e 30, I, tratam da competência para legislar sobre o assunto, outorgando a todos os entes atribuições concorrentes e privativas.

16 - No entanto, — e aí peca o Ministério Público — é estreme de dúvidas que coube privativamente aos Municípios a atuação administrativa e legislativa no trato do meio ambiente quando este limitar-se ao conceito de interesse local.

O Professor Paulo Affonso Leme Machado, sistematizando a competência legislativa concorrente sobre tal questão, foi quem melhor esboçou a repartição constitucionalmente prevista:

"A competência concorrente, segundo as regras do art. 24 e seus parágrafos, dá as seguintes diretrizes: a) a União somente poderá editar norma geral sobre meio ambiente; b) inexistindo a norma geral sobre o meio ambiente os Estado poderão legislar com competências legislativa plena (evidentemente excluída a matéria de competência privativa); c) Se a União resolver legislar sobre a matéria ambiental — com caráter de norma geral — e se já os Estados tiverem legislado, as normas

estaduais terão sua eficácia suspensa naquilo que contrariarem as novas normas federais.

A Constituição Federal não abrangeu na competência concorrente o Município. Entretanto, o Município tem duas competências que merecem ser estudadas: a de legislar sobre assuntos de interesse local (art. 30, I) e a de suplementar a legislação federal e estadual (art. 30, II). Parece-nos que na competência para legislar sobre assuntos de interesse local estão compreendidas as competências privativas e concorrentes do município. O fulcro da questão será de constatar-se e comprovar-se a existência de interesse local. (in "O Município e o Direito ambiental", Revista Forense, 317, pg. 189, grifamos).

17 - É inegável a inserção da "Operação Urbana Faria Lima", ou do prolongamento da avenida, no conceito de interesse local, o que outorga exclusivamente aos órgãos e entidades do Município a gestão e fiscalização do empreendimento, inclusive em matéria ambiental.

18 - Ora, toda a operação se encerra com conforto nos limites do Município de São Paulo e dedica-se indubitavelmente ao manejo do seu próprio solo urbano. O corriqueiro fato de um projeto urbanístico ultrapassar a 100 hectares, ou de avizinhar-se de bens tombados pelo CONDEPHAAT, não implica o pronto falecimento do interesse local do Município; se assim o fosse, o plano diretor de qualquer comuna de médio porte dependeria do amém do órgão estadual.

19 - Não tem o projeto qualquer repercussão regional sobre o uso do solo metropolitano da Grande São Paulo, área em que há interesse do Estado, o que garante a nítida predominância do interesse do Município sobre o daquele. Conforme a imorredoura lição de Hely Lopes Meirelles:

"Interesse local não é interesse exclusivo do Município; não é interesse privativo da localidade; não é interesse único do Município. Se se exigisse essa exclusividade, essa privatividade, essa unicidade, bem reduzido ficaria o âmbito da Administração local, aniquilando-se a autonomia de que faz praça a Constituição. Mesmo porque não há interesse municipal que não seja reflexamente da União e do Estado-membro, como também, não há interesse regional ou nacional que não ressoe nos Municípios, como partes

integrantes da Federação brasileira. O que define e caracteriza o interesse local é a predominância do interesse do Município sobre o do Estado e o da União.” (in Direito Municipal Brasileiro, 6ª edição, 1993, Malheiros Editores, pg. 98, grifamos).

20 - Assim, o redimensionamento do espaço urbano do Município de São Paulo refoge à competência estadual.

A própria Constituição do Estado de São Paulo, em seu artigo 181, reconhece competir ao Município a realização de operações urbanas, afirmando que “lei municipal estabelecerá, em conformidade com as diretrizes do plano diretor, normas sobre zoneamento, loteamento, parcelamento, uso e ocupação do solo, índices urbanísticos, proteção ambiental e demais limitações administrativas pertinentes”.

21 - O professor Paulo Affonso Leme Machado também sustenta — no que tange à tutela do interesse ambiental local — a autonomia do Município em relação ao Estado:

“Vale acentuar que, sobre direito urbanístico, a União poderá editar normas gerais (art. 24, I, c/c o parágrafo 1º desse artigo). Entretanto, ao Município incumbirá elaborar seu plano diretor (art. 182, parágrafo 1º da CF) a ser aprovado pela Câmara Municipal.

Com referência ao relacionamento do Município com o Estado — concretamente no caso do Estado de São Paulo — os Municípios observarão, quando for o caso, os parâmetros urbanísticos de interesse regional, fixados em lei estadual, prevalecendo, quando houver conflito, a norma de caráter mais restritivo, respeitadas as respectivas autonomias” (art. 181, parágrafo 2º da Constituição do Estado de São Paulo de 1989). Interessa apontar que o Estado não pode impor ao Município a observância de ‘parâmetro urbanístico de interesse regional’ que viole o interesse local ambiental.” (op. cit., pg. 190).

22 - E até o Secretário Estadual do Meio Ambiente, Dr. Édis Milaré, comunga da opinião de que, em sede ambiental, goza o Município de respeitável autonomia.

Em obra sobre o assunto, afirmou que "há, portanto, na matéria como que um federalismo cooperativo, mas inexiste o poder de revisão dos atos do Estado pela União e dos Estados frente aos Municípios"(in Estudo Prévio de Impacto Ambiental, RT, pág. 37).

23 - Em face desse amplo reconhecimento em sede constitucional da autonomia dos Municípios — relativamente à melhoria e proteção da qualidade ambiental local —, o Sistema Nacional do Meio Ambiente - SISNAMA, instituído pela Lei federal 6.938/81, integrou também em suas fileiras "os órgãos ou entidades municipais, responsáveis pelo controle e fiscalização dessas atividades, nas suas respectivas jurisdições", consoante o inciso VI do artigo 6º desse Diploma, incluído pela Lei Federal 7.804/89.

Destarte, nos termos da Resolução nº. 1, de 23 de janeiro de 1986, do Conselho Nacional do Meio ambiente — CONAMA, o Município pode determinar a execução do Estudo de Impacto Ambiental (EIA) por entidade ou órgão municipal integrante do SISNAMA, quando houver, no âmbito de sua jurisdição (art. 5º, parágrafo único, art. 7º, art. 10, par. 2º).

24 - No exercício dessa privativa competência, a Lei Orgânica do Município de São Paulo dedicou seu Capítulo V ao meio ambiente e previu, no artigo 183, parágrafo 3º, o instituto da Licença Ambiental Municipal.

25 - Com todo esse supedâneo, foi promulgada a Lei Municipal 11.426, de 18 de outubro de 1993, que criou a Secretária Municipal do Verde e Meio Ambiente — SVMA e também o Conselho Municipal do Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável — CADES, cuja composição paritária congrega representantes das organizações da sociedade civil. Reza o artigo 1º da Lei Municipal:

"Fica criada a Secretaria Municipal do Verde e do Meio Ambiente — SVMA, órgão local do "Sistema Nacional do Meio Ambiente — SISNAMA", nos termos dos artigos 1º, 23, incisos III, VI, VII, IX e XI, 30, inciso I e 225 da Constituição da República Federativa do Brasil; artigo 6º da Lei Federal nº 6.938/81, de 31 de agosto de 1981, com as alterações das leis Nº 7.804, de 18 de junho de 1989 e 8.028, de 12 de abril de 1991, artigos 191 e 192 da Constituição do Estado de São Paulo e artigo 181, incisos I a V da Lei Orgânica do Município de São Paulo."

26 - Conforme o artigo 23, IV, dessa mesma Lei, ao CADES — “órgão consultivo em questões referentes à preservação, conservação, defesa, recuperação e melhoria do meio ambiente natural, construído e do trabalho em todo o território do Município de São Paulo” — foi outorgada competência para:

“IV - Apreciar e pronunciar-se sobre Estudos e Relatórios de Impacto Ambiental (EIA/Rima) no âmbito do Município de São Paulo.”

Reza ainda o artigo 24 da Lei Municipal:

“Nos termos do artigo 225, parágrafo 1º, inciso IV da Constituição da República Federativa do Brasil, os estudos e relatórios de impacto ambiental de empreendimentos localizados no Município de São Paulo, assegurado o reexame de ofício, serão aprovados ou rejeitados pelo Secretário Municipal do Verde e Meio Ambiente, ouvido o Conselho Municipal do Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável — CADES.”

27 - Em 11 de janeiro de 1994, foi instalado o CADES, com a designação de todos os seus membros pelo Decreto nº 33.919, o que sepultou definitivamente a competência residual do CONSEMA no âmbito local.

28 - José Afonso da Silva, advogando a autonomia municipal também na criação de órgãos e procedimentos próprios para a execução e apreciação do Estudo de Impacto Ambiental (EIA), interpreta com coerência o artigo 225, parágrafo 1º, inciso IV, da Constituição Federal:

“A Constituição diz que incumbe ao Poder Público exigir estudo prévio de impacto ambiental, em hipóteses que indica. Poder público, como temos dito, é expressão genérica que se refere a todas as unidades de Federação. Não significa isso que estejam todas em pé de igualdade para interferir na matéria. As disposições sobre repartição de competência é que oferecem a solução. E aqui também, como em toda matéria ambiental, temos a competência comum para tomar as providências necessárias à defesa do meio ambiente, previstas no artigo 23, VI, e VII, e a competência federal para estabelecer normas gerais na matéria e a dos

Estados e Municípios para suplementá-las. E, no que tange ao estudo de impacto ambiental, sobra muito espaço para a atuação estadual e municipal, bastando lembrar que Estados e Municípios têm ampla competência para a ordenação dos respectivos territórios, competências que envolvem a proteção ambiental de sorte a postular, com frequência, estudos de impacto ambiental. (in Direito Ambiental Constitucional, Malheiros Editora, 1994, p. 200/201, grifamos)

29 - Paulo Affonso Leme Machado, conclamando os Municípios a exercer sua legítima autonomia nessa matéria, inclusive na expedição de licença ambiental, assevera que "os Municípios terão a liberdade de aceitar o estudo prévio de impacto ambiental realizado pela União ou pelo Estado. Essa aceitação poderá ser total ou parcial. O Município poderá designar outros peritos ou consultores para estudar o projeto, como poderá promover audiência pública. Importa acentuar que o Município brasileiro está em atraso com a a legislação ambiental, pois poucos introduziram esse instituto em suas legislação." (in Estudos de Direito Ambiental, Malheiros, 1994, pág. 147, grifamos)

Onde o Ministério Público aponta a ilegalidade, a doutrina especializada enxerga o merecimento.

30 - Destarte, a) sendo a "Operação Urbana Faria Lima" de inegável e exclusivo interesse local, b) tendo o município competência para administrar e legislar sobre direito ambiental local, c) em havendo órgão municipal independente, criado por lei municipal, com competência naturalmente excludente da do CONSEMA no que for restrito ao âmbito do Município, e d) tendo sido outorgada a Licença Ambiental Prévia ao empreendimento, pelo órgão municipal competente, é de se concluir pela inanidade de toda a argumentação expendida pelo Ministério Público.

b) Da Ausência de Interesse para Agir

31 - Como é óbvio, não cabe ao Ministério Público a advocacia dos interesses do CONSEMA, órgão fracionário do governo estadual, quanto à extensão de sua competência.

Sua atuação judicial deve ater-se, em verdade, à tutela do meio

ambiente, indicando concretamente os aspectos que porventura não estariam sendo devidamente contemplados pelas rigorosas exigências técnicas e recomendações integrantes do Alvará de Licença Ambiental Prévia concedido ao empreendimento.

32 - Em seu longo arrazoado, entretanto, preocupou-se muito o Ministério Público em investir contra a legitimidade do órgão municipal, mas pouco dedicou-se a questionar suas conclusões.

Olvidou-se o requerente que o EIA/RIMA foi elaborado e aprovado atendendo-se às exigências técnicas constantes na legislação ambiental, especialmente na Lei Federal nº 6.938/81, no Decreto nº 99.274/90 e na resolução nº 01/86 do CONAMA. Causa espécie, inclusive, que o Ministério Público se apoie em relatório de órgão estadual que, impotente, admite não ter realizado análise concludente dos impactos decorrentes da obra.

33 - As únicas críticas palpáveis ao mérito do labor técnico levado a cabo pelo órgão municipal referem-se tão-só às supostas interferências do projeto na Casa Bandeirista, no Parque do Povo e no sistema de circulação viária da região metropolitana de São Paulo.

34 - Em relação à Casa Bandeirista, há exigência expressa no item 1.7 do Alvará de Licença Ambiental Prévia no sentido de que "qualquer construção ou melhoria na área do Casa Bandeirista, obrigatoriamente envolva a restauração e manutenção do patrimônio tombado".

Mais não fosse, o item 1.8 do Alvará determina seja observada religiosa obediência às "eventuais restrições impostas por tombamentos de bens, nas áreas do projeto, por parte do COMPRESP e CONDEPHAAT". Saliente-se que o imóvel é tombado tanto em nível estadual, pelo CONDEPHAAT, quanto em nível municipal, pelo COMPRESP.

É tamanho o cuidado da Administração com a Casa Bandeirista que o Parágrafo 7º do artigo 14 do projeto de lei que cria a "Operação Urbana Faria Lima" contemplou especificamente a preservação e aproveitamento do imóvel onde o bem se localiza.

35 - O Parque do Povo foi enquadrado através da Lei Municipal 10.737/89 como Zona de Uso Especial Z8-200, o que por si só já implica que seu uso está sujeito a diversas e incontornáveis restrições.

O artigo 185 da própria Lei Orgânica do Município ungiu ainda expressamente o Parque do Povo como "espaço especialmente protegido".

Paralelamente, o CONDEPHAAT iniciou processo de tombamento da área, e, com técnicos da Municipalidade, realizou várias reuniões com a finalidade de obter-se a melhor solução para a utilização do imóvel. Vê-se, portanto, que o item 1.8 da Licença Ambiental concedida, também abarca a proteção do Parque do Povo.

É importante salientar que o prolongamento da Avenida Faria Lima, que se realiza com base na Lei 7.104/68; em seu trecho mais próximo, dista aproximadamente 700 (setecentos) metros do imóvel caracterizado como Parque do Povo, estando ele imune a qualquer imediata influência, benéfica ou perniciosa.

36 - Os mapas e fotos, ora juntados, ilustram, melhormente que a mais arguta retórica, a indenidade desse patrimônio perante o projeto da Municipalidade.

37 - No que se refere a uma eventual interferência do projeto no sistema de circulação viária da região metropolitana de São Paulo, também não quadram as ligeiras críticas formuladas pelo Ministério Público.

38 - Os projetos referentes aos trechos ainda não implantados da Avenida Faria Lima, bem como os estudos referentes ao sistema viário complementar proposto na "Operação Urbana Faria Lima", foram realizados por órgãos técnicos da Municipalidade com a efetiva participação de técnicos do Metrô, FEPASA e da Secretária de Transportes do Governo do Estado, tendo sido efetuadas todas as adaptações necessárias à perfeita integração e funcionamento do sistema de transportes na região.

39 - Acresça-se, ainda, que a abertura de novos espaços públicos destinam-se justamente à ampliação do sistema viário existente, contribuindo para a melhoria das condições de circulação da região, e não ao contrário.

40 - Cabe ainda acrescentar que compete exclusivamente ao Poder Público municipal a disciplina do trânsito local, com o fim de assegurar a segurança dos transeuntes e a maior fluidez do tráfego, sendo aí impertinente qualquer ingerência do Estado: "Compete à Municipalidade ordenar o trânsito tendo em vista sua melhor fluência e o interesse coletivo. A presun-

ção é de que age com critério e adota a melhor solução na emergência, não cabendo ao administrado discuti-la. Do contrário esbarram no poder discricionário que tem a Administração para a prática de atos com liberdade na escolha de sua conveniência, oportunidade e conteúdo" (TJSP, Apelação 70.670, in RT 612/60).

41 - Vemos assim que a Municipalidade vem tutelando com extrema e carinhosa eficácia todo o patrimônio ambiental a cujo respeito o Ministério Público denotou uma breve preocupação.

Não há qualquer interesse difuso a exigir do Poder Judiciário um provimento cautelar, posto que as preocupações concretas trazidas pelo requerente são objeto de perene atenção administrativa.

Não há, portanto, sequer interesse de agir a justificar a propositura desta ação cautelar.

DA INEXISTÊNCIA DO *PERICULUM IN MORA*

42 - A par da inexistência do necessário *fumus boni juris*, também não se vislumbra a necessária urgência no provimento pretendido pelo Ministério Público.

43 - Primeiramente, cabe salientar não serem os processos de desapropriação, ora em curso, índice dessa urgência. Não pode arvorar-se o requerente em representante dos proprietários dos imóveis que estão sendo desapropriados, já que incompatível essa representação com o caráter necessariamente difuso do interesse que o legitimaria a estar em juízo.

44 - Isto posto, temos que a urgência da medida revelar-se-ia somente no concreto início da obras de prolongamento da Avenida Faria Lima, com a efetivação de seu projeto executivo.

45 - Ora, a Licença Ambiental Prévia não autorizou o início das obras — e nem mesmo poderia fazê-lo, porque prévia —, condicionando-a à minudente análise de seus projetos executivos, a serem submetidos ao CADES, e à expedição de Licença de Instalação, na conformidade do que preceitua o artigo 19 do Decreto nº 99.724, de 6 de junho de 1990, que regula a matéria.

O *caput* do item II da Licença concedida assevera além de qualquer dúvida que:

“Esta licença não autoriza o início das obras devendo o empreendedor em um prazo de até 2 (dois) anos, desenvolver e apresentar os projetos executivos completos para análise da Secretaria Municipal do Verde e do Meio Ambiente e a competente expedição de licença ambiental para o início da implantação das obras.”

46 - Acresça-se, ainda, que o prolongamento da Avenida Faria Lima, tal como agora se pretende executar, já era considerado necessário há mais de duas décadas, em 1968, tendo sido inclusive contemplado por planos de sucessivas Administrações.

Não obstante, somente agora levantam-se óbices à sua implantação.

47 - Na anterior Administração municipal, foi parcialmente implantada na mesma região a avenida Hélio Pellegrino com 1800 (hum mil e oitocentos) metros quadrados de extensão, localizada sobre o córrego Uberaba, sem que tenha o CONSEMA ou o Ministério Público “avocado” (sic) estudo ou relatório de impacto ambiental ou de circulação viária na região.

É importante ressaltar que a Avenida Hélio Pellegrino foi aberta até o exato ponto de seu cruzamento com o prolongamento da Avenida Faria Lima – embora autorizada por Lei sua continuidade por mais 80 (oitenta) metros –, o que evidencia o desejo anterior e antigo de interligar-se as duas avenidas.

48 - Outras obras há no Município, realizadas mesmo em anteriores Administrações, cuja magnitude supera a do prolongamento da Faria Lima, não se tendo delas também jamais exigido o estudo e relatório de impacto ambiental. Pode-se citar o Mini Anel Viário, a Estrada do Jacu-Pêssego e a Estrada do Morro do “S”, dentre muitas outras.

49 - Destarte, em face do inexplicável casuísmo que reveste o pedido formulado pelo Ministério Público, não se há como nele vislumbrar urgência, mormente como requisito para a sua concessão liminar.

DO PEDIDO

Como restou acima asseverado,

a) não se pode confundir o prolongamento da avenida Faria Lima, já autorizou pela Lei municipal nº 7.104/68, com a denominada "Operação Urbana Faria Lima", que ainda depende de aprovação pela Câmara Municipal de São Paulo;

b) é flagrante o exclusivo interesse do Município de São Paulo que cerca esse projeto;

c) a Licença Ambiental Prévia regularmente expedida para a implantação da "Operação Urbana Faria Lima", pela Secretaria Municipal do Meio Ambiente, órgão local integrante do SISNAMA, não precisa ser confirmada pelo CONSEMA, órgão estadual ao qual não se deve submeter matéria de exclusivo interesse local;

d) e mesmo que admitíssemos, a contragosto e num incrível esforço de abstração, a competência, *in casu*, do CONSEMA, não há o mais remoto *periculum in mora* a determinar a concessão da medida liminar requerida pelo Ministério Público.

Diante do exposto, tendo a Municipalidade de São Paulo se manifestado nos termos do R. Despacho de fls. 222, requer-se a rejeição do pedido de medida liminar formulado pelo requerente, sem prejuízo da tempestiva oferta da contestação.

Neste termos, pede deferimento.

São Paulo, 28 de março de 1994

ANTONIO MIGUEL AITH NETO
Procurador do Município
OAB/SP 88.619

**Prêmio “Trabalho Relevante do Ano”
do Departamento Patrimonial**

CONTESTAÇÃO APRESENTADA PELA MUNICIPALIDADE DE SÃO PAULO, EM AÇÃO ORDINÁRIA NEGATÓRIA DE SERVIDÃO, EM QUE SE DISCUTE A NATUREZA DE SERVIDÃO DE PASSAGEM DE PEDESTRES.

Arnaldo Cellini da Rocha Jr. – Procurador Municipal

Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito da 3ª Vara da Fazenda Pública.

O Município de São Paulo, nos autos da ação ordinária negatória de servidão proposta por Condomínio Edifício Gardênia e Edifício Glicínia, vem, por seu procurador no final assinado, lotado na avenida Brigadeiro Luiz Antonio 972, 4º andar, tel. 239-3833, ramal 36, apresentar sua contestação a seguir articulada:

Do indeferimento da petição inicial (CPC, art. 295, IV).

1. Todo e qualquer direito ou ação contra as pessoas jurídicas de direito público interno, seja qual for a sua natureza, prescreve em cinco anos, contados da data do ato ou fato do qual se originou (Decreto 20.910, de 6.1.32, art. 1º).

O autor alegou que o fato omissivo imputado ao réu, que implicaria em "renúncia" ao seu direito (?), teve o seu termo inicial "há doze (12) anos" (fl. 4, item 5). Confirmado: Auto de Conclusão — 2.9.82 (fl. 35); citação do réu - 15.9.94 (fl. 52) = mais de doze anos.

Ainda que assim não fosse — apenas para argumentar — por tratar-se, evidentemente, de *ação real* (CC, art. 44, I), o que o autor demonstrou expressamente (fl. 5, item 10), a ação também estaria prescrita (CC, art. 177).

A circunstância de não ter o juiz indeferido liminarmente a inicial não o impede de extinguir posteriormente o processo, e se for por motivo de prescrição, há encerramento com julgamento do mérito (cf. notas 5 e 11 ao art. 295 do CPC de Theotonio Negrão, 25ª ed., p. 263).

Da carência da ação (CPC, art. 301, X)

2. Em suma, o autor postula — supondo erroneamente tratar-se de servidão predial civil (CC, arts. 695 a 712) —, desconstituí-la e imitir-se na posse da área de passagem de pedestres contígua (fls. 5/6, item 12).

Não se cuida, "in casu", de servidão predial civil, entre outras razões, porque:

2.1 - inexistente "prédio dominante", indispensável pressuposto do instituto (CC, art. 695);

2.2 - servidão civil não se presume (CC, art. 696);

2.3 - ainda que houvesse servidão civil, a ação não poderia prosperar, visto que o autor confessou o efetivo exercício do ônus por doze anos, e teria se consumado a prescrição aquisitiva em favor do réu (CC, art. 698 "caput"), observada a súmula 237 do STF: "O usucapião pode ser argüido em defesa";

2.4 - não houve abertura de nova via pública que tornasse a passagem de pedestres sem serventia (fl. 5, item 11), porquanto o longo e cansativo acesso da avenida do Café até a estação Conceição do Metrô, através da avenida Eng.º Armando de Arruda Pereira — ao contrário do alegado pelo autor (fl. 4, itens 5 e 8) —, já estava aberto antes mesmo da existência do autor (cf. fl. 37);

2.5 - a cláusula 2ª da escritura pública de compra e venda e outras avenças, celebrada entre a Emurb e a incorporadora do autor, Geometral — estipulada como condição resolutiva tácita (CC, par. ún. do art. 119) —, denominou a passagem de pedestres como “servidão pública de passagem” (fl. 13), que é instituto jurídico de direito administrativo, regido por princípios e normas que não aqueles reguladores de relações jurídicas entre particulares.

3. “Servidão administrativa ou pública” — conceitua Hely Lopes Meirelles — “é ônus real de uso, imposto pela Administração à propriedade particular, a fim de assegurar a realização e manutenção de obras e serviços públicos ou de utilidade pública” (Direito de Construir, 3ª ed., p. 141).

Em outra obra o conspícuo administrativista esclarece e distingue: “A servidão civil é direito real de um prédio particular sobre outro, com finalidade de serventia privada “uti singuli”; a servidão administrativa é ônus real do Poder Público sobre a propriedade particular, com finalidade de serventia pública — “publicae utilitatis” (Direito Municipal Brasileiro, 6ª ed., . 303).

3.1 - Walter T. Álvares leciona que as servidões administrativas independem de inscrição no registro imobiliário (Direito da Energia, vol. III, p. 719/721), e com toda razão, eis que o art. 1º da Lei de Registros Públicos reza: “Os serviços concernentes aos registros públicos, estabelecidos pela legislação civil para autenticidade, segurança e eficácia dos atos jurídicos, ficam sujeitos ao regime estabelecido nesta lei”. Ora, sendo as servidões públicas instituto de direito administrativo, obviamente não dependem, para sua eficácia, de registro imobiliário.

3.2. No entanto, ao contrário de Celso Antonio Bandeira de Mello, que entende ser o bem gravado com servidão administrativa “singularmente fruível pela Administração ou pela coletividade em geral” (grifamos —

Elementos de Direito Administrativo, 1ª ed., p. 179/180), Hely sustenta: "Servidão pública não significa "servidão para o público", mas sim servidão para o Poder Público" (grifamos — Direito Administrativo Brasileiro, 15ª ed., p.456). "Quid iuris"?

4. Se não se cuida de servidão civil, com certeza, nem de servidão pública, havendo dúvida, até por exclusão só pode tratar-se de bem público de uso comum do povo (CC, art. 66, I), como se demonstrará a seguir.

4.1 - Quando ainda era titular do domínio da área da passagem pública de pedestres, em 16.5.80 (fl. 9) a Empresa Municipal de Urbanização – EMURB, destinou-a expressamente ao uso comum do povo (fl. 13, cláusula 2ª).

4.2 - Irrelevante, e até compreensível, que tenha impropriamente designado tal destinação de "servidão pública", porque incluiu o respectivo subsolo no projeto que elaborou, aprovado pela Prefeitura em 15.6.79 (fl. 19), a fim de que pudesse "sua área ser incluída para os cálculos de coeficientes urbanísticos" (fl. 13, cláusula 2ª); em obediência à legislação municipal.

4.3 - NAS DECLARAÇÕES DE VONTADE SE ATENDERÁ MAIS À SUA INTENÇÃO QUE AO SENTIDO LITERAL DA LINGUAGEM (CC, art. 85).

Vale, em Direito, a efetiva natureza jurídica do ato, e não sua eventual imprecisão terminológica. Um comodato não deixa de sê-lo porque os contratantes o denominaram impropriamente de locação, e vice-versa.

4.4 - Pontes de Miranda doutrina: "O titular do direito sobre os bens do art. 66, I, não é a pessoa de direito público, é o povo mesmo, posto que ao Estado caiba velar por eles" (Tratado de Direito Privado, 3ª ed., tomo II, p. 136). E prossegue: "... são, de regra, bens do Estado, que sobre eles exerce poder público, e não o poder de proprietário. Por serem destinados ao uso comum, tal poder público está limitado pela destinação que se lhes deu e somente por lei se pode mudar". "Enquanto tal destinação não cessa, há direito líquido e certo a uso comum, suscetível de proteção por mandado de segurança".

"O uso comum é exercício de direito público, e não de direito privado (A. Ubbelohde, Die Interdicte, II, 536, pensava em servidão, ou seme-

lhante direito de ordem privada, o que é de repelir-se" (grifamos - p. 137).

"A destinação ao uso comum do povo (...) provém de manifestação de vontade da entidade de direito público a que pertence o bem público. Então a destinação - negócio jurídico unilateral — importa em passagem do bem ao uso comum do povo". "... se bem que, para ela (destinação) não se faça mister ato administrativo (expresso !) — decreto, ato no sentido estrito, portaria, ou qualquer outra modalidade — bastando fatos indicativos do apossamento do terreno para transformá-lo em via pública (RT 148/215, 168/33 grifamos - p. 143/144).

4.5 - A Prefeitura, ao expedir o alvará de licença (fl. 19) e aprovar o projeto (fls. 37/38), praticou ato administrativo de aceitação tácita da destinação ao uso comum, efetuada pela EMURB à área da indigitada via de circulação de pedestres (exceto o subsolo). A propósito, Orlando Gomes ministra: "É certo que hoje se admite possa o subsolo ser objeto de propriedade distinta do solo" (Direitos Reais, tomo 1º, 3ª ed., p. 138 - grifamos).

Acresce que, nas plantas aprovadas, a incorporadora declarou expressamente que a Prefeitura não reconhecia o seu direito de propriedade sobre o terreno, ou seja, sobre todo o terreno, já que parte dele fora destinado pela EMURB ao uso comum do povo, como via de circulação de pedestres, cujo traçado e metragens estão configurados nas respectivas plantas (fls. 37/38), nada importando os dizeres inseridos pela incorporadora GEOMETRAL sobre o traçado da via pública de circulação de pedestres (= "limite da faixa destinada à passagem exclusiva de pedestres a ser concedida em servidão"), não só em face da regra do art. 85 do CC, mas também porque os projetos são examinados por engenheiros, leigos em Direito.

5. Os bens públicos de uso comum do povo são inalienáveis e fora do comércio (CC, arts. 66, I, 67 e 69) e, por consequência, NÃO PODEM SER APPROPRIADOS POR PARTICULARES COM EXCLUSIVIDADE: exatamente o que pretende o autor (fls. 5/6, item 12).

GABRIEL J. R. DE REZENDE FILHO define as condições da ação como aquelas indispensáveis "para que o autor obtenha uma sentença favorável" (Curso de Direito Processual Civil, vol. I, 6ª ed. p. 169). Sendo a possibilidade jurídica uma das condições da ação, o processo há de ser extin-

to sem julgamento do mérito (CPC, art. 267, VI), caso “ab absurdo” não seja reconhecida a prescrição da ação.

Do mérito

6. Depois de ensinar que “os bens de uso comum do povo (vias e logradouros públicos) estão dispensados de registro (imobiliário) enquanto mantiverem essa destinação”, Hely Lopes Meirelles afirma: “O usucapião poderá também ser utilizado para a aquisição de bens pelo Município” (“omissis”, Direito Municipal Brasileiro, 6ª ed., p. 235), e a Súmula 237 do Pretório Excelso enuncia: “O usucapião pode ser arguido em defesa”.

6.1 - O autor afirmou “que referida passagem apesar de devidamente entregue à administração municipal”...(fl. 3 “in fine”), ... “decorridos doze (12) anos”...(fl. 4, item 5), e, assim, confessou a situação fática e temporal necessária ao reconhecimento da prescrição aquisitiva em favor do réu.

6.2 - O Município tem justo título (fl. 13), e no registro imobiliário há expressa referência à condição — negócio jurídico unilateral — imposta pela EMURB (destinação ao uso comum), “verbis”: “A presente venda e compra tem como condições, além das demais previstas na citada escritura” ... (fl. 20v).

Portanto, o réu atende a todos os requisitos do art. 551 do CC, o que fulmina a pretensão do autor, embutida nesta ação mal denominada porquanto a negatória é de índole preponderantemente condenatória (= não utilizar uma servidão), ao passo que esta demanda tem a natureza intrínseca de ação reivindicatória (CC, art. 524), de maior intensidade executiva (= imitir-se na posse da área de bem público de uso comum do povo).

6.3 - A alegada falta de policiamento e conseqüente perigo ou violação ao patrimônio dos condôminos (fls. 3/4, item 4), é assunto da competência da Secretaria de Segurança Pública do Estado.

6.4 - Quanto ao alegado no item 6 (fl. 4) observa-se que a certidão do 8º CRI está incompleta, visto que na fl. 20 vê-se que faltam folhas anteriores pelo “meio carimbo” daquela serventia, e na fl. 32v “in fine” consta: “continua na ficha nº 14”, que não está certificada a seguir. Além, nem a especificação (fl. 21 e seguintes), nem a convenção do condomínio (fls. 33/34v), fazem men-

ção à área da passagem pública como área comum. Ainda que se tratasse de servidão pública, a eventual falta de título específico e respectivo registro imobiliário seria insignificante, em face da Súmula 415 do STF: "Servidão de trânsito não titulada, mas tornada permanente, sobretudo pela natureza das obras realizadas, considera-se aparente, conferindo direito à proteção possessória".

6.5 - O fato de eventualmente não constar a existência da viela pública no Guia Mapograf (fl. 4, item 7) é irrelevante, pois tal publicação é editada por empresa privada de publicidade, sem nenhuma vinculação ou responsabilidade da Administração municipal. Segundo o autor, "quod non est in Mapograf, non est in mundo"...

6.6 - Diante do quadro dantesco pintado na inicial, o signatário desta foi pessoalmente ao local e constatou que:

- referida via pública de circulação de pedestres estava com movimentação normal de transeuntes, utilizando-a para, saindo das escadas rolantes da estação Conceição do Metrô, alcançar diretamente a avenida do Café e adjacências, e vice-versa;
- a pavimentação do indigitado logradouro público é a mesma do passeio existente na avenida do Café, ou seja, ladrilhos padronizados formando o desenho estilizado do mapa do Estado de São Paulo;
- na passagem pública há dois postes de iluminação pública com luz de mercúrio. Não havia nenhum ébrio, ou pedinte ou pessoa em atitude suspeita;
- aludida via pública é ligada ao pátio das escadas rolantes da estação Conceição através de alguns lances de degraus, provavelmente construídos pela Cia. do Metrô, ou pela EMURB;
- a ruela pública estava limpa, conservada e sem dejetos, ao contrário da pintura surrealista contida na inicial (fls. 3/4). Acresce, no tocante à limpeza e conservação, que o autor não juntou à exordial cópia de requerimento encaminhado à Administração Regional reclamando da situação;

- quanto à alegada infiltração de água (fl. 4), o problema — se é que existe — poderia ser facilmente resolvido pela impermeabilização do teto do subsolo correspondente (parte da garagem do condomínio);
- se a passagem pública viesse a ser suprimida, como pretende o autor, os usuários do Metrô, principalmente, teriam de percorrer longo trajeto pela avenida Eng.º Armando de Arruda Pereira até a Avenida do Café, em acentuado aclive, e vice-versa, até o pátio das escadas rolantes da estação Conceição (cf. fl. 37)

6.7 - Sobre o item 10 da inicial (fl. 5), cumpre invocar a lição de Orlando Gomes ao comentar as limitações ao direito de propriedade, ressaltando: "Das limitações legais ao direito de propriedade, salientam-se, pela crescente importância, as que se inspiram no princípio da predominância do interesse público" acrescentando que "no direito moderno, esse primado do interesse público ganhou notável acento, influenciando no próprio conceito de propriedade. As limitações fundadas nessa supremacia multiplicam-se dia a dia, alargando o conceito de interesse público a ponto de se confundir-lo com o interesse coletivo no mais amplo sentido da locução. O Estado, considerando-se órgão desse interesse, adota medidas restritivas ao direito de propriedade que diminuem sensivelmente o âmbito de suas virtualidades clássicas" ("op. cit.", p. 146). Após esclarecer que tais limitações pertencem "ao campo do direito administrativo, aduz: "Caracterizam-se pela unilateralidade, porque não estabelecem vínculos recíprocos. Inspiram-se no interesse público, sacrificam interesses do proprietário sob o fundamento de que se devem subordinar àquele" (p. 148). A propósito, o art. 5º, XXIII da Constituição proclama: A PROPRIEDADE ATENDERÁ A SUA FUNÇÃO SOCIAL.

7 - Dado o seu manifesto interesse na causa, e a fim de defenderem seus interesses, posicionando-se como assistentes, litisconsortes ou oponentes (CPC, arts. 46 a 61), impõe-se a citação, por oficial de justiça, da Empresa Municipal de Urbanização — EMURB, com sede na rua São Bento 405, 15º andar; da Companhia do Metropolitano de São Paulo, com sede na rua Augusta 1626 e da Geometral Planejamento Arquitetura e Construções Ltda., com sede na rua 24 de Maio 35, 10º andar, cjs. 1.006/7 (fl. 35) —, por coincidência, o endereço profissional do i. patrono do autor (fl. 47).

Se necessário, o réu pretende produzir prova testemunhal, pericial, depoimento pessoal do autor e, eventualmente, documental.

Ante o exposto, requer seja indeferida a inicial pela flagrante prescrição extintiva da ação, ou – se “ab absurdo” não o for – seja o autor considerado carecedor da ação diante da evidente impossibilidade jurídica do pedido ou, no mínimo, seja a ação julgada improcedente, com os consectários legais.

Termos em que,

pede deferimento.

São Paulo, 16 de novembro de 1994

ARNALDO CELLINI DA ROCHA JR.
Procurador Municipal
OAB/SP 14.886

**Prêmio “Trabalho Relevante do Ano”
do Departamento Fiscal**

*MEMORIAL DA MUNICIPALIDADE DE SÃO PAULO EM
RECURSO EXTRAORDINÁRIO, EM QUE SE ANALISA
A IMPOSSIBILIDADE DE EXISTÊNCIA DE ISENÇÃO
DE ISS EM PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS
LIGADOS À CONSTRUÇÃO CIVIL*

Cristina Haddad Jafet - Procuradora Municipal

Recurso Extraordinário nº 159.530-2-SP

Recorrente: Geotécnica S/A.

Recorrida: Municipalidade de São Paulo.

MEMORIAL

A recorrida MUNICIPALIDADE DE SÃO PAULO vem, por este Memorial, ponderar para ao final requerer o quanto segue:

I - Dos fatos

1 - A recorrente é empresa que se dedica à prestação de serviços ligados ao ramo da construção civil, contratando com órgãos da Administração Pública Federal, Estadual, Municipal, Autarquias e Concessionárias de Serviços Públicos.

2 - Por entender que a ela se aplica a isenção prevista no artigo 11, do Decreto-Lei nº 406/68, com as alterações da Lei Complementar nº 22/71, ajuizou a presente ação visando a obter declaração judicial de in incidência do Imposto Municipal Sobre Serviços de Qualquer Natureza relativamente ao período de 1º de março de 1989 a 28 de fevereiro de 1991 argumentando, em síntese:

— que a isenção do ISS para os serviços prestados e prevista no artigo 11, do DL 406/68 não foi revogada pelas normas insertas no inciso III, do artigo 151, da Constituição Federal de 1988;

— que a revogação dessa isenção está condicionada ao disposto no artigo 41 e parágrafos da mesma Constituição Federal.

3 - Contestando o feito, alegou a recorrida, em resumo:

— que com a nova ordem constitucional não pode mais a União conceder isenção de tributos que não sejam de sua competência, *ex vi* do que dispõe o seu artigo 151, *caput* e inciso III;

— que segundo a disposição inserta no § 5º do artigo 34 das Disposições Transitórias ficou estabelecido que "vigente o novo sistema tributário nacional, fica assegurada a aplicação da legislação anterior, no que não seja incompatível com ele ...";

— que a norma do artigo 11, do DL 406/68 é incompatível com o novo sistema tributário nacional, na medida em que ficou vedado à União conceder isenção de tributos fora de sua competência;

— que a partir de 01.03.89, data da entrada em vigor do Sistema Tributário Nacional, dita isenção perdeu sua eficácia, cabendo ao Município decidir a conveniência ou não de sua tributação;

— que no caso do Município de São Paulo, que jamais concedeu isenção para esses serviços, a simples revogação tácita da legislação federal já autoriza o poder tributante a cobrar o ISS incidente sobre tais atividades, não cabendo falar em edição de lei municipal;

— que o artigo 41, § 2º, das Disposições Transitórias não se aplica ao caso em questão eis que se refere a incentivos concedidos sob condição e com prazo certo, pois no caso da construção civil a isenção não era nem condicionada e nem por prazo determinado.

4 - A respeitável sentença singular, com acerto e precisão, julgou improcedente a demanda entendendo que o artigo 151, III, da CF derrubou todas as isenções relativas a impostos municipais e que o artigo 11, do DL 406/68 não foi recebido pela nova ordem e perdeu a validade e a eficácia independentemente de legislação municipal, já que esta **nunca** existiu para conceder isenção sobre serviços de construção civil quando contratados com a Administração Pública.

Para refutar a aplicação do artigo 41, § 1º, do ADCT, argumentou o D. Magistrado "a quo" que a isenção do já citado artigo 11 não pode ser enquadrada como incentivo fiscal, "pela sua abrangência, por sua forma genérica e não individualizada".

5 - Apelou a Recorrente e contra-arrazoou a Recorrida, sobrevivendo o v. acórdão de fls. 125/129, ora atacado, cuja lucidez afigura-se igualmente inquestionável.

6 - Inconformada com o v. aresto, interpôs recurso extraordinário cuja admissibilidade foi indeferida, manifestando agravo de instrumento contra o r. despacho denegatório ao qual, pelo r. despacho de fls., foi dado provimento determinando-se o processamento do recurso extremo.

II - Do cabimento do recurso extraordinário

7- Entretanto, a matéria argüida no presente recurso não foi nem levantada por ocasião do recurso de apelação interposto pela Recorrente, nem ventilada pelo v. acórdão atacado.

8 - Com efeito, apenas em sede do extraordinário é que alegou, a

Recorrente, ter o v. aresto recorrido julgado válido ato de governo local, contrariando dispositivo constitucional; e somente nessa oportunidade invocou a violação ao artigo 150, I, da CF.

9 - Em nenhum outro momento, seja na inicial, seja em sua apelação, alegou a Recorrente tais argumentos vindo a fazê-lo, tão-somente, por ocasião do recurso extremo.

10 - Ora, segundo as Súmulas 282 e 356 deste Pretório Excelso, **verbis**:

282 - "É inadmissível o recurso extraordinário quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada".

356 - "O ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento".

11 - Assim, as questões retro citadas e que não foram devidamente e regularmente prequestionadas não podem, "data venia", ser objeto de apreciação por esta Colenda Corte.

12 - Neste ponto, pois, não deve o apelo extremo ser conhecido.

III - Do mérito

13 - Quanto ao mérito, aduz a Recorrente que o v. acórdão atacado contrariou os artigos 150, I, da CF e 41, do ADCT, e julgou válido ato do governo local contestado em face da Constituição.

O ARTIGO 41 DO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS

14 - Segundo seu entendimento, a tal disposição teria o v. aresto atacado negado vigência eis que, por sua determinação, os incentivos fiscais de natureza setorial que não forem confirmados por lei estariam revogados após dois anos da data da promulgação da Constituição Federal.

Assim, a isenção da qual se beneficiava não poderia deixar de lhe

ser aplicada antes do mês de outubro de 1990.

15 - Contudo, não lhe assiste razão. É que a Recorrente, para fazer valer o seu direito ao benefício, considera a isenção como espécie de incentivo fiscal e, assim, aplicável o mencionado artigo 41 do ADCT.

16 - Reza o aludido art. 41, do ADCT:

"Art. 41 - Os poderes Executivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios reavaliarão todos os incentivos fiscais de natureza setorial ora em vigor, propondo aos Poderes Legislativos respectivos as medidas cabíveis.

§ 1º - Considerar-se-ão revogados após dois anos, a partir da data da promulgação da Constituição, os incentivos que não forem confirmados por lei.

§ 2º - A revogação não prejudicará os direitos que já tiverem sido adquiridos, àquela data, em relação a incentivos concedidos sob condição e com prazo certo." (grifamos)

Como se vê, apenas os incentivos fiscais de natureza setorial serão reavaliados pelo Poderes Executivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; apenas os incentivos que não forem confirmados por lei serão considerados revogados após dois anos a partir da promulgação da Constituição e, finalmente, a revogação só não prejudicará os direitos adquiridos em relação a incentivos concedidos sob condição e com prazo certo.

17 - Inicialmente, cumpre destacar que incentivo fiscal e isenção são institutos distintos, não sendo certo afirmar que esta é espécie daquele.

O objetivo da isenção é atender a interesses sociais adequando a cobrança tributária ao princípio da capacidade contributiva, ou em atenção a necessidades parafiscais. Tem ela a finalidade de barateamento da vida e deve obedecer, sempre, o interesse social, segundo nos lembra Alberto Deodato (in, Manual de Ciência das Finanças, pág. 223, 15ª ed.).

O incentivo fiscal, por outro lado, visa a oferecer condições favoráveis para que os contribuintes adotem um comportamento pretendido pelo

Poder Público. E o incentivo fiscal de natureza setorial implica em que a exoneração tributária se faça com o intuito de provocar a expansão econômica de uma determinada região ou de determinados setores da sociedade.

O legislador constituinte demonstrou a diferença conceitual entre incentivo fiscal e isenção "strictu sensu", destacando o "caput" do artigo 41, do ADCT, que considera incentivo fiscal apenas os de natureza setorial.

Todo incentivo é específico e, portanto, setorial, apenas os incentivos setoriais ligados a regiões específicas ou a setores determinados ficariam sujeitos à regra do aludido artigo 41.

18 - Portanto, de incentivo fiscal setorial não se trata o benefício de que gozava a Recorrente antes do advento da Carta de 88, mas sim de isenção fiscal. Não se aplica, pois, o artigo 41, "caput" e parágrafo 1º do ADCT.

19 - Por outro lado, segundo a disposição do § 5º, do art. 34, do ADCT, ficou estabelecido que "vigente o novo sistema tributário nacional, fica assegurada a aplicação da legislação anterior, no que não seja incompatível com ele."

No caso da Recorrente, o benefício fiscal que a excluía do pagamento do ISS para a isenção prevista naquele artigo 11 que, por sua vez, foi instituída pelo Poder Público Federal, quando editou o DL 406/68 com força de Lei Complementar.

20 - Ora, se o artigo 151, III, da CF/88 vedou à União instituir isenção de tributos municipais, tem-se que aquela então concedida pela União, ficou imediatamente revogada pela nova ordem constitucional, mesmo porque incompatível com ela.

Por conseguinte, a partir de 01.03.89, data da entrada em vigor do Sistema Tributário Nacional, perdeu sua eficácia, cabendo ao Município decidir sobre a conveniência ou não da tributação do ISS sobre atividades voltadas para a construção civil.

21 - Desnecessária, pois, a edição de lei municipal que a revogasse, já que não se trata de isenção concedida pelo ente político local, que nunca a previu.

22 - Mas mesmo que se considere a isenção como espécie de incentivo fiscal, ainda assim não se aplica a disposição do artigo 41, do ADCT, já que ali se cogita de incentivo fiscal de natureza setorial, que não é o caso da Recorrente.

23 - Com efeito, o benefício fiscal que alcançava a Recorrente não se destinava a provocar o desenvolvimento econômico de determinada região ou setor. A intenção, no caso da construção civil, foi a de baratear o custo da obra pública. O benefício (isenção ou incentivo), não se destinava a favorecer o prestador do serviço que, como em todas as atividades, não arca com esse ônus.

O valor é sempre transferido ao consumidor de bens ou de serviços, de modo que não se pode afirmar que o benefício do art. 11, do DL 406/68, procurou incentivar mais pessoas a executarem obras para o Poder Público, pois o destinatário da isenção era a sociedade que pagava, em tese, menos pela execução da obra pública.

24 - Assim, mesmo que se entendesse como sendo incentivo fiscal o benefício que excluía a Recorrente do pagamento do ISS, então conferido pelo artigo 11, do DL 406/68, não seria o incentivo fiscal previsto no artigo 41, do ADCT, de natureza setorial.

25 - Não sendo incentivo fiscal de natureza setorial, a isenção concedida pela União perdeu validade, por força do disposto no artigo 151, III da CF, quando de sua promulgação, não sendo lícito pretender a aplicação do § 1º do já citado artigo 41.

26 - O mesmo diga-se do § 2º do aludido artigo 41, pois não se trata de incentivo concedido sob condição e com prazo certo, que tem caráter contratual: "a norma legal de isenção condiciona esta a um encargo do sujeito passivo tributário e lhe oferece um prazo mínimo de vantagem" (Bernardo Ribeiro de Moraes, *in*, "Compêndio de Direito Tributário", Forense, 1984, pág. 565).

E, no caso dos autos, nenhum ônus foi imposto à Recorrente a título de contraprestação pela isenção concedida, e nem mesmo contratualmente a isso fez alusão, tanto que as cláusulas assentadas se juntam àquelas normais do trato.

27 - Sacha Calmon Navarro Coelho, ao comentar sobre a revogabilidade das isenções anteriores à Carta de 88, com muita propriedade, nos mostra que:

"A proibição de isenção dada pela União em imposto de Estado-membro e de Município (isenção heterônoma), salvo nas hipóteses de remessa ao exterior de mercadorias e serviços (ICMS e ISS), coloca a questão de saber-se se prevalecem ainda, após a CF de 1988, as isenções heterônomas concedidas pela União através de leis complementares relativamente a impostos estaduais e municipais, com base na permissão existente na Constituição de 1967. Ao nosso sentir, a questão resolve-se da seguinte maneira:

a) As isenções heterônomas concedidas com prazo certo ou sob condição prevalecem até que se exaure o prazo previsto em lei ou seja desatendida a condição. Nesse grupo estão as isenções sob condição, as de prazo certo e as de prazo e condição. Nesses casos há direito adquirido incorporado ao patrimônio jurídico do contribuinte (CNT, art. 178).

b) As isenções e reduções que expressam incentivos fiscais setoriais (art. 41, §§ 1º a 3º do Ato das Disposições Transitórias) continuam a vigor por mais dois anos, salvo se forem desconfirmadas expressamente pela ordem de governo correspondente, mediante lei, antes desse lapso de tempo. Se não houver revogação expressa dentro de dois anos, ao cabo do período, perdem eficácia a não ser que ostentem prazo e/ou condição (irrevogabilidade).

c) As demais isenções heterônomas que não expressam incentivos fiscais setoriais e estejam destituídas de prazo certo e/ou condição, estão automaticamente derogadas pela ordem constitucional nova que não tolera isenções heterônomas, salvo nas duas hipóteses que ressaltamos retro. A Constituição por ser mais e por ser posterior rejeita as leis isencionais incompatíveis com o comando proibitório. Observe-se, no entanto, que as legislações estaduais e municipais, freqüentemente introjetaram as normas isentantes heterônomas. Nesses casos, faz-se

necessário 'apagar a cópia' da isenção nas legislações locais, mediante lei, por exigência formal e pela boa técnica legislativa. Mas, a supressão da eficácia decorre basicamente da Constituição, ou melhor, da incompatibilidade dela com a legislação isentiva heterônoma anterior. É errado supor que a competência dada aos legislativos para anualmente examinarem as isenções existentes e seus efeitos, impede a qualquer tempo a revogação ou a derrogação das leis isentivas sem prazo ou condição. Seria esdrúxulo e de pouca praticidade". (in, Comentários à Constituição de 1988 - Sistema Tributário, 2ª ed. Forense, RJ, 1990, pág. 399).

28 - Ainda que se tratasse de isenção concedida por prazo certo e sob determinadas condições, nos termos do artigo 178, do CTN, ainda aí, como define Paulo de Barros Carvalho, "havendo justa indenização advinda dos prejuízos do inadimplemento contratual, também... podem ser revogadas totalmente (ab-rogação) ou de forma parcial (derrogação). O interesse público deve prevalecer sobre o dos particulares (princípio implícito da supremacia do interesse público)". (in, Curso de Direito Tributário, Saraiva, 2ª ed., pág. 310).

29 - À vista de tudo isso, em nenhuma hipótese são aplicáveis as disposições do artigo 41 e seus parágrafos, do ADCT, para o caso da Recorrente, seja porque não se trata de incentivo fiscal o benefício previsto no artigo 11, do DL 406/68, seja porque, ainda que se o considere como tal, não é de natureza setorial e nem tampouco concedido sob condição e com prazo certo.

30 - Comprovada, pois, a inocorrência da alegada violação ao artigo 41, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, e de seus parágrafos 1º e 2º, não pode prosperar o presente recurso extraordinário, ao qual aguarda a Recorrida seja negado provimento.

O ARTIGO 150 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

31 - Alega a Recorrente, ainda, violação ao artigo 150, I, da CF, pelo v. acórdão atacado, eis que o mesmo admitiu a cobrança do imposto municipal sobre serviços sem a edição de lei local que previsse a sua exigência.

Segundo sua concepção, como existia lei municipal concedendo a isenção aludida pelo artigo 11, do DL 406/68, tendo-se em vista o também citado artigo 41, do ADCT, deveria haver lei municipal revogando-a. Ora, como tal isenção não foi revogada por lei municipal, continuaria vigindo por mais dois anos após a promulgação da CF de 1988.

32 - Contudo, sem qualquer razão a Recorrente, eis que jamas houve lei municipal concedendo isenção para o tipo de serviço por ela prestado sendo certo, por conseguinte, que o indigitado benefício previsto naquele artigo 11, foi mesmo revogado pela atual Constituição Federal.

Primeiro, porque o artigo 151, III, da Carta Constitucional proíbe, expressamente, que a União conceda isenções de tributos da competência dos Municípios; segundo, porque o artigo 41, do ADCT, por tratar de incentivos fiscais de natureza setorial, não se aplica ao caso da Recorrente, que se beneficiava de isenção genérica, sem condição ou prazo determinado.

33 - Invoca o Decreto Municipal nº 6.979/67, para fazer crer que se tratava de lei municipal concessiva da isenção; todavia, equivocou-se ao afirmar que posterior à Constituição de 88, estaria ainda produzindo efeitos de tal forma que a isenção do artigo 11 não tivesse perdido sua eficácia.

A Lei Municipal nº 6.989, de 29.12.66, dispunha sobre o sistema tributário do Município de São Paulo e disciplinava, entre outras coisas, o ISS.

Ao mesmo tempo em que discriminava os serviços sujeitos à incidência do tributo, concedia isenções para determinadas prestações.

Posteriormente, a Lei nº 6.999, de 20.01.67, alternando dispositivos da Lei 6.989/66, considerou como serviço "a execução por administração, empreitada ou subempreitada as obras de engenharia, arquitetura e urbanismo, e construções de qualquer natureza, inclusive os serviços auxiliares, quer constituam parte e projeto global ou decorram de projeto ou contrato distinto.

E o Decreto Municipal nº 6.979, de 20.04.67, que passou a regulamentar a Lei 6.989/66 com suas alterações, não obstante o disposto no artigo 176 do CTN (Lei nº 5.172/66), determinava em seu artigo 4º, inciso III, que:

"Art. 4º - O imposto não incide:

III - na execução de obras hidráulicas ou de construção civil contratadas com a União, Estados, Distrito Federal e Municípios, autarquias e empresas concessionárias de serviço público."

O artigo 176, do CTN, é claro ao determinar que:

"A isenção, ainda quando prevista em contrato, é sempre decorrente de lei que especifique as condições e requisitos exigidos para a sua concessão, os tributos a que se aplica e, sendo caso, o prazo de sua duração."

34 - Ora, Emérito Julgadores, como então admitir que o v. acórdão recorrido não teria observado a existência de lei municipal concedendo a indigitada isenção de modo que não poderia decidir pela validade dessa lei, contrariando a lei federal (DL 406/68) se, conforme demonstrado, nunca existiu lei municipal nesse sentido, apenas um decreto local, expedido pelo Executivo, este sim, contrariando a lei federal nº 5.172/66 (CTN)?

35 - Por outro lado, igualmente não se pode falar que houve violação ao artigo 150, I, da Constituição Federal já que o Município de São Paulo exige o ISS sobre serviços de construção civil com base na lei.

Reza o citado dispositivo constitucional:

"Art. 150 - Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I - exigir ou aumentar tributo sem que lei o estabeleça".

Tanto a lista anexa ao DL 406/68 (item 19), como a lista de serviços anexa à LC 56/87 (item 32), prevêem os serviços de:

"Execução por administração, empreitada, ou subempreitada, de construção civil, de obras hidráulicas e outras obras semelhantes e respectiva engenharia consultiva, inclusive serviços auxiliares ou complementares."

Antes do advento da CF/88, o artigo 11, do DL 406/68 (lei federal) concedia isenção para esses serviços, quando contratados com a Administração Pública.

Portanto, era a União isentando imposto municipal; inexistia, como sempre inexistiu, lei municipal conferindo tal isenção.

Pois bem. Com a promulgação da nova Carta, ficou vedado à União instituir isenção sobre tributos que não sejam de sua competência (art. 151, III).

Assim, o que ficou revogado foi o dispositivo do artigo 11, do DL 406/68 que isentava tais serviços, não houve revogação do dispositivo que criou esses serviços, ou seja, a lei que os criou continuou em vigor.

36 - Conseqüentemente, não há se falar que a Recorrida esteja exigindo tributo sem que lei o estabeleça, pois a LC 56/87 o prevê, assim como a Lei Municipal nº 10.423/87 também o prevê (item 31), assim como não ocorreu a invocada violação ao artigo 150, I, da Constituição Federal.

37 - Também por esse fundamento deve o presente recurso ser improvido, por inexistir a alegada violação.

38 - Quanto ao último argumento expendido pela Recorrente, de que o v. aresto recorrido teria julgado válida lei ou ato de governo local contestado em face da Constituição, por todas as razões até aqui expostas, igualmente não pode vingar.

39 - É que inexistiu tal hipótese, simplesmente porque **nunca** houve lei municipal concedendo isenção para os serviços prestados pela Recorrente, de modo que não poderia haver lei revogando tal isenção, então concedida por lei federal.

IV - Conclusão

40 - Demonstrou-se, à saciedade, que a exigência do ISS sobre os serviços prestados pela Recorrente é perfeitamente constitucional, legal e legítima em observância, inclusive, ao princípio da autonomia municipal (art. 30, I e III, CF).

41 - Os tribunais locais assim vêm entendendo, pedindo vênias a Recorrida para trazer a Vossa Excelência a cópia dos acórdãos proferidos nas apelações cíveis nº 159.768-2 (TJSP, RT 668/91), 463.732-5 e 468.472-4 (1º TACSP, Integra dos acórdãos), apenas a título ilustrativo.

42 - Sendo, pois, legítima a incidência do ISS sobre os serviços prestados pela Recorrida, afigura-se incensurável e irretocável o v. acórdão atacado o qual, por seus próprios e jurídicos fundamentos, é de ser mantido.

43 - Aguarda a Recorrida, portanto, seja negado provimento ao presente recurso extremo, por ser medida de Direito e de

J U S T I Ç A

São Paulo para Brasília.

CRISTINA HADDAD JAFET
Procuradora Municipal

**Prêmio “Trabalho Relevante do Ano”
do Departamento Judicial**

*CONTESTAÇÃO DA MUNICIPALIDADE DE SÃO PAULO,
EM AÇÃO ORDINÁRIA DE INDENIZAÇÃO POR PREJUÍZOS
PATRIMONIAIS E MORAIS, DECORRENTES DA
IMPETRAÇÃO DE CONCORDATA, ALEGADAMENTE
FUNDADA NOS EFEITOS DA SUSTAÇÃO DA
EXECUÇÃO DO TERMO DE COOPERAÇÃO FIRMADO
PELA MUNICIPALIDADE PARA A REFORMA
DO AUTÓDROMO DE INTERLAGOS.*

Deborah R. L. Ferreira da Costa – Procuradora Municipal

Excelentíssimo Doutor Juiz de Direito da 8ª Vara da Fazenda Pública

Autos nº 449/94

Ação ordinária

MUNICIPALIDADE DE SÃO PAULO, por sua Procuradora que essa subscreve, nos autos do processo em epígrafe, promovido por VEGA SOPAVE S.A. vem, muito respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, apresentar a sua CONTESTAÇÃO aos termos da petição inicial, pelos relevantes motivos de fato e de direito a seguir aduzidos:

DA CRONOLOGIA DOS FATOS

Para que a Cidade de São Paulo pudesse voltar a sediar o "Grande Prêmio de Fórmula 1" e beneficiar-se dos efeitos decorrentes do evento, mundialmente importante, fazia-se necessária a realização de obras de reforma do Autódromo José Carlos Pace - Interlagos, a fim de adequá-lo às exigências das autoridades automobilísticas internacionais - FOCA, FISA, FIA, bem como às da CBA.

A Prefeitura de São Paulo, na busca de recursos financeiros para custear o empreendimento, celebrou com a iniciativa privada - SHELL DO BRASIL S.A. e GENERAL MOTORS DO BRASIL S.A. - negócios de cooperação aos quais denominou TERMOS DE COOPERAÇÃO.

Assim, as cooperantes retro mencionadas assumiram, frente ao Poder Público Municipal, a obrigação de dar o apoio financeiro para a construção e execução de obras no Autódromo de Interlagos.

Através do Termo de Cooperação nº 01/89-Pref., assinado aos 12.11.89 e aditado aos 22.11.89 e 5.12.89, a Shell do Brasil S.A. comprometeu-se a desembolsar a quantia, em cruzados novos, equivalente a US\$ 3,5 milhões de dólares americanos, destinados à reforma do Autódromo e a incorporar à frota da CMTC — Companhia Municipal de Transportes Coletivos — 50 novos ônibus, para utilização no serviço de transporte público.

Como contrapartida, a Municipalidade cederia, a título de permissão de uso, 20 áreas de sua propriedade à Shell, para instalação de postos de abastecimento, bem como a instalação e utilização de 5 "outdoors" nas dependências do Autódromo, pelo prazo de 8 anos.

Ainda na procura de recursos, a Municipalidade firmou com a General Motors do Brasil S.A. aos 19.2.90, o Termo de Cooperação nº 01/90 - PREF, através do qual esta obrigou-se a desembolsar a quantia, em cruzados novos, equivalente a 833.461,605 BTNF, destinados à construção da Torre de Cronometragem, tendo em contraprestação o direito de utilização, por 15 anos, de espaço publicitário correspondente, para a veiculação de propaganda institucional e de ocupação de 2 lugares na Tribuna de Honra nas próximas 5 corridas de Fórmula 1.

A Municipalidade assinou, também com a Shell do Brasil S.A, aos

5.3.90, o Termo de Cooperação nº 02/90-Pref, no qual esta ajustou a liberação de recursos no montante de 262.778,33 BTNF para a construção de um pavimento de alvenaria denominado Hospitality Center, tendo a cooperante o direito de usá-lo por 5 anos.

Por sua vez, as cooperantes retro citadas celebraram com a Vega Sopave, ora Autora, negócios jurídicos, a saber:

Aos 13.11.89, a Shell do Brasil S/A firmou com a Vega Sopave S/A o contrato de fls. 62/67, empreitando a esta as obras de reforma do Autódromo José Carlos Pace - Interlagos, com fornecimento de materiais, no preço global de NCZ\$ 20.767.250,00, equivalente a US\$ 3,5 milhões de dólares, a ser pago parceladamente, após regular medição e expedição da competente fatura.

Referido ajuste foi aditado aos 28.11.89, nos moldes do instrumento de fls. 72/75, a fim de adequar-se o organograma das obras às exigências das autoridades automobilísticas internacionais.

A Vega Sopave pactuou ainda com a General Motors, a construção da Torre de Cronometragem do Autódromo, comprometendo-se esta a pagar àquela o preço ajustado, consoante o contrato celebrado aos 19.2.90.

Por fim, aos 6.3.90, a Vega ajustou com a Shell do Brasil a execução das obras do chamado Hospitality Center.

Aos contratos de empreitada e suas alterações anuíram, na qualidade de intervenientes, a Municipalidade e a INTERPRO, promotora do Grande Prêmio de Fórmula 1.

De se fazer constar que, aos 18.1.90, o Tribunal de Contas do Município de São Paulo considerou ilegal e nulo de pleno direito o Termo de Cooperação 01/89-Pref, já mencionado, havendo a Câmara Municipal de São Paulo, em seqüência, editado o Decreto Legislativo 01, de 26.3.90, que, ante seus termos, susta a execução do mesmo contrato.

DA LIDE

Agora, promove a Autora a presente demanda em face da Municipalidade pretendendo, em síntese, obter a quantia de Cr\$ 127.789.775,60

(em novembro de 1989), apurada na produção antecipada de provas em apenso, monetariamente atualizada e acrescida de juros moratórios, bem como indenização decorrente dos prejuízos patrimoniais e morais sofridos em virtude da concordata preventiva por ela impetrada.

Fulcra a sua pretensão material no enriquecimento sem causa da Municipalidade e conseqüente empobrecimento da Autora que, tal qual alega, arcou com a totalidade das obras de reforma do Autódromo de Interlagos, incorporadas ao patrimônio da Ré, tendo recebido, em contrapartida, tão-somente, os valores pagos pela Shell do Brasil S/A e General Motors do Brasil.

Aduz que, em decorrência do não recebimento do preço da empreitada, ficou sem capital de giro, vendo-se compelida a impetrar concordata preventiva, tendo sido alijada, por essa razão, da participação de inúmeros certames licitatórios, o que lhe ocasionou danos morais e patrimoniais.

Em que pesem os argumentos da Autora, deduzidos com brilhantismo pelos subscritores da inicial, não encontram eles guarida no ordenamento jurídico material, como restará demonstrado.

PRELIMINARMENTE DA ILEGITIMIDADE "AD CAUSAM"

Consoante o anteriormente explicitado, a Municipalidade firmou com empresas privadas, Shell do Brasil e General Motors do Brasil, negócios de cooperação cujo objeto restringia-se à obtenção de recursos financeiros para a reforma do Autódromo José Carlos Pace.

Em 12.11.89 através do Termo de Cooperação nº 01/89-Pref, a Shell do Brasil estipulou com a Prefeitura a reforma do autódromo por empresa a ser por ela contratada, a seu exclusivo critério de escolha (cláusulas 2ª e 3ª), tendo esta, no dia seguinte, firmado com a Autora contrato de empreitada (fls. 62/67).

Celebraram, assim, Shell e Vega, típico contrato de empreitada, com fornecimento de materiais, pelo preço global de NCZ\$ 20.767.250,00, cujo pagamento far-se-ia após regular medição e expedição de fatura.

Em decorrência de exigências das autoridades automobilísticas internacionais, o projeto anteriormente aprovado pela Shell e Vega, integrante de contrato em epígrafe, veio a ser alterado, pelo que ajustaram as partes o termo modificativo de fls. 72/75, assinado aos 28.11.89.

Os serviços e obras foram especificados nos Anexos integrantes do termo aditivo retro citado.

Entretanto, outras obras foram se acrescentando ao projeto originário — de autoria de Vega —, a requerimento das autoridades automobilísticas, tendo a Autora assumido “sponte propria” a sua execução, extrapolando os limites pactuados com a Shell, tomando, para si, o risco do empreendimento, ciente de que, na oportunidade, não haviam outras empresas privadas interessadas no financiamento de tal mister.

Ajustou, ainda, com a General Motors e a Shell, outros contratos, comprometendo-se à execução, com aquela, da Torre de Cronometragem e, com esta, do Hospitality Center, cujas obras seriam saldadas pelas contratantes.

Repita-se: os contratos de empreitada foram firmados entre a Shell/General Motors e a Vega Sopave, nunca figurando a Municipalidade como parte, senão como interveniente-anuente.

A simples interpretação gramatical dos contratos de empreitada e dos termos de cooperação leva à conclusão de que foi a Shell do Brasil a única responsável pela escolha e contratação da Autora.

Assim, bem se vê, não há ou houve relação jurídica material entre a Vega Sopave e a Municipalidade, sendo esta parte ilegítima para figurar no pólo passivo da demanda.

Pelo exposto, requer a Ré seja, nos termos do inciso VI, do artigo 267, do CPC, julgado extinto o processo, sem decisão de mérito.

AINDA PRELIMINARMENTE DA IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO

Não há, no diploma legal pátrio, dispositivo regulando o enriqueci-

mento sem causa, salvo algumas normas acerca do pagamento indevido.

Podendo-se, pois, asseverar que os casos de locupletamento ilícito ou ilícito encontram remédio na lei, seja por meio da ação de indenização, seja por meio da ação de cobrança.

Isto se deve ao fato de que o enriquecimento sem causa é entendido por alguns juristas como obrigação moral de devolver, por outros como obrigação natural, não sendo, via de consequência, obrigação jurídica.

Relata o eminente Agostinho Alvim que, juristas "levados justamente por essa ausência de texto, negam a possibilidade de obter alguém aquilo com que outrem se tenha enriquecido a sua custa. Negam a ação de enriquecimento de caráter subsidiário.

E defendem o seu ponto de vista dizendo que o legislador, por meio de dispositivos expressos, fechou a porta ao enriquecimento, sempre que o quis impedir, tendo, assim, esgotado os casos que entendeu de repudiar.

Certamente, o enriquecimento se manifestará, aqui ou ali, além dos casos previstos: mas, se não estiver condenado de modo explícito, estará, só por isso, justificado." (Do Enriquecimento sem Causa - Revista dos Tribunais, vol. 259, p.12)

Por conseguinte, há óbice intransponível à pretensão da Autora, já que não encontra respaldo no ordenamento jurídico pátrio.

Sobre a questão, alude o eminente Prof. Arruda Alvim:

"Por possibilidade jurídica do pedido, enquanto condição da ação, significa-se assim que ninguém pode intentar uma ação, sem que peça providência que esteja, em tese, prevista, ou que a ela óbice não haja no ordenamento jurídico material". (In Manual de Direito Processual Civil, Ed. Revista dos Tribunais, vol. 01, p. 240).

Por conseguinte, carece a Autora de uma das condições da ação, importando a extinção do feito, sem julgamento de mérito, tal qual dispõe o inciso VI, do artigo 267, do CPC.

Caso superadas as preliminares retro, o que se diz "ad argumentandum tantum", já que existe corrente doutrinária minoritária a admitir, frente à lacuna do ordenamento jurídico, a aplicação dos princípios gerais do direito e a ação "in rem verso", há outros óbices para que se admita a pretensão da autora.

EM PRELIMINAR DA FALTA DE INTERESSE DE AGIR

Além das condições previstas para o ajuizamento de toda e qualquer ação, ou seja, legitimidade de agir, possibilidade jurídica e interesse de agir, enumeram os doutrinadores requisitos, com algumas variações, específicos para o enriquecimento sem causa: a) enriquecimento de um; b) empobrecimento de outro; c) nexa causal entre este e aquele e d) ausência de justa causa.

Na espécie, esses requisitos não se configuram.

Não há nexa causal.

O aumento do patrimônio da Ré é decorrente das vantagens auferidas dos negócios de cooperação firmados com a iniciativa privada.

O incremento de seu patrimônio é resultante da liberação desses recursos.

A causa desse incremento é por isso, justa.

O suposto "enriquecimento" encontra a sua justificativa nos referidos termos de cooperação.

Por conseguinte requer a Ré, com fundamento no inciso VI, do artigo 267, do CPC, a extinção de feito, sem decisão de mérito.

AINDA EM PRELIMINAR DA FALTA DE INTERESSE DE AGIR

Diga-se, mais uma vez, apesar de não existir em nosso ordenamento jurídico preceito legal a disciplinar o enriquecimento sem causa, a doutrina tem divulgado, de modo uníssono, o caráter subsidiário da ação "in rem verso".

"Só se justifica nas hipóteses em que não houver outro meio para obter a reparação de direito lesado" (cf. Orlando Gomes - Obrigações, RJ, Forense, 1976, 4ª ed. p.307).

Incisiva a lição de José Eduardo da Rocha Frota, para quem:

"A ação de enriquecimento sem causa só pode ser invocada quando é para regular aqueles casos que quedariam sem solução face ao sistema legal, visto este, puro, simples e positivamente, como um corpus de normas, onde não se encontra a panacéia para o caso concreto, que não um Sistema Jurídico, representativo da soma daquelas, mais a interpretação ou interpretações de seus textos e mais a integração de suas lacunas (in RP 36/45).

Com efeito, o "enriquecimento injustificado há de ser acolhido como reclamação subsidiária, ou seja, somente há pretensão fundada no enriquecimento sem causa se não houver outro meio para que se tenha a devolução patrimonial" (cf. Caramuru Afonso Francisco, in Contornos Atuais da Teoria dos Contratos, coordenação do Prof. Alberto Bittar, p. 92).

"In casu", a Vega Sopave celebrou com a Shell do Brasil contrato sinalagmático, comutativo, oneroso e consensual, assumindo para si a obrigação de executar as obras de reforma do Autódromo de Interlagos nos limites fixados no instrumento.

Se deu continuidade a serviços e obras não previstos no contrato, em atenção ao solicitado pelas autoridades automobilísticas internacionais, deve, contra a Shell, pleitear o pagamento dos serviços extra-contratuais, sendo o ajuste de empreitada título hábil a embasar o suposto crédito.

Subsidiariamente, v.g., caso declarado nulo o contrato de empreitada, ou se este não mais existir, teria, então a Autora interesse na propositura da presente ação em face da Shell — e não da Municipalidade — provados os demais requisitos.

Portanto, ausente o interesse de agir, traduzido no binômio necessidade-adequação, requer a Ré a extinção do processo, sem julgamento do mérito, com fulcro no inciso VI, do artigo 267 do CPC.

DA CONEXÃO E DA PREJUDICIALIDADE

Tem conhecimento a Autora de que foram ajuizadas, perante essa douda Vara, seis ações populares, reunidas, por força da conexão e encabeçadas por Alberto Mendes Rollo, em que se discute a legalidade do Termo de Cooperação 01/89-Pref.

Tem conhecimento porque a Autora integra o pólo passivo de uma dessas populares, a aforada por Sergio Villas Boas Pereira, tendo oferecido contestação.

Denota-se, pois, que a decisão de mérito a ser proferida naquelas ações guarda relação direta com a questão versada no presente, já que a Autora afirma, com veemência, que a sua contratação pela Shell e General Motors foi feita com base nos negócios de cooperação celebrados entre estas e a Ré (cláusula 1ª do contrato de fls. 62/67).

Dai a prejudicialidade, impondo-se a suspensão do processo nos termos do inciso IV, letra "a", do artigo 265, do CPC.

Ademais, com fundamento no inadimplemento contratual do referido Termo de Cooperação, a Shell do Brasil promoveu ação de cobrança em face da Municipalidade Ré, objetivando o pagamento dos valores por ela dispendidos na execução de reforma do Autódromo de Interlagos (autos nº 1.119/93), também perante esse juízo.

Valores esses que diz ter entregue à Autora em contraprestação ao contrato de empreitada.

Por isso e face ao estatuído nos artigos 103 e 105 do CPC, de mister a reunião das ações, sob pena de serem prolatadas decisões contraditórias, em prejuízo à busca da verdade e, via de consequência, ao erário.

Cabe ressaltar que:

"para que haja conexão, basta a identidade do pedido ou da causa de pedir, sendo irrelevante a identidade das partes" (grifos da Ré) (in RP 2/346 ementa 40).

Outrossim, em atenção ao princípio da economia processual e,

tendo em vista o atual estágio da ação proposta pela Shell, não há óbice à reunião das causas.

A jurisprudência é assente:

"Desde que seja oportuna a reunião e haja possibilidade de grave incoerência de julgados, ao magistrado não sobra margem de arbítrio para deixar de reunir as ações". (RT 491/133 e JTA 43/195).

Pelo exposto, requer a Municipalidade, com fulcro nos artigos 103 e 105 do CPC, sejam reunidas as ações de cobrança promovidas pela Shell e a presente ou, então, determine-se a suspensão do processado, evitando-se decisões contraditórias.

DO MÉRITO

Caso não acolhidas por V. Exa. as insuperáveis preliminares e, em atenção ao princípio da eventualidade, adentra a Municipalidade no aspecto de fundo.

A Autora, como fundamento a alicerçar seu pedido, diz que a Municipalidade, sem causa jurídica, enriqueceu-se às custas das obras por ela executadas no Autódromo de Interlagos, incrementando seu patrimônio, com o correspondente empobrecimento da Vega, que não recebeu pelos serviços prestados.

Pretende, pois, obter a quantia de Cr\$ 127.789.775,60 (em novembro de 1989), devidamente atualizada e acrescida dos juros de mora, apurada nos autos da produção antecipada de provas, em apenso, já deduzido o montante pago pela Shell do Brasil e General Motors.

Busca, ainda, ser indenizada dos prejuízos morais e materiais decorrentes da impetração da concordata preventiva, cujo "quantum debeatur" será estabelecido em liquidação de sentença.

Em alentada petição inicial, demonstrando a erudição de seus nobres e respeitáveis patronos, procura a Autora forçar a existência de uma relação jurídica com a Municipalidade.

Menciona, em inúmeras passagens de seu arrazoado, que entre a empreiteira e a Municipalidade estabeleceu-se "estrito relacionamento" na condução das obras.

Contudo, não faz prova do alegado.

Como dito em preliminar, a Municipalidade não contratou a reforma do Autódromo de Interlagos.

A esses contratos de empreitada anuiu como interveniente, não trazendo qualquer assunção de responsabilidade técnica, administrativa ou financeira, consoante o regramento na cláusula 11ª do contrato travado com a General Motors.

Outra interpretação seria forçar a exegese.

Por outro lado, caso V. Exa. entenda devida qualquer quantia à Vega, o que se diz em hipótese remotíssima de eventual sucumbência, não se pode tomar os valores apurados na produção antecipada de provas como absolutos, líquidos e certos.

Veja-se que não há nos autos, quaisquer faturas ou notas-fiscais emitidas pela Vega que provem seu crédito junto à Shell.

Não há, ainda, nenhum documento comprobatório da quantia saldada pela General Motors e Shell.

E mais.

Conforme as críticas oferecidas pelo assistente técnico da Ré, ao utilizar-se da Tabela Edificações-Valores de Venda, para apurar o valor das benfeitorias acrescidas ao Autódromo, o "expert" judicial fugiu do objeto da perícia, qual era o de apurar o custo das mesmas.

Ora, Excelência, o "valor de venda" traz embutido a margem de lucro do executor da obra.

De notar-se que, no caso em testilha, embute a Autora no preço da obra, a título do lucro, o BDI de 45%, quando o usual, em contratações públicas, é de, no máximo, 35%.

Ademais, o sr. perito judicial encontrou valores referentes ao mês de novembro de 1989, esquecendo-se que as obras iniciaram-se nesse mês, prosseguindo até março de 1990.

Por óbvio, qualquer cálculo de correção monetária deve levar em conta a data do término de cada período medido.

Outro absurdo é pretender que os juros de mora incidam a partir da citação da Ré para a produção antecipada de provas.

Já que na produção antecipada de provas o juiz apenas "documenta" a prova, não apreciando a mesma,

"não afirmando ser ela veraz ou não, tarefa exclusiva do juiz no processo principal" (Carlos de A. A. Oliveira e Galeno Lacerda - Comentários ao Código de Processo Civil - RJ, Forense, 1988. Vol. VIII, Tomo II).

Não havendo obrigação líquida e certa, computam-se os juros de mora a partir da citação inicial para a ação principal (artigo 1.536, parágrafo 2º, do Código Civil).

Cumpra, nesse passo, rebater a alegação da Autora de que, na "Exposição de Motivos" do Projeto de Lei encaminhado à Câmara Municipal tenha a Prefeitura confessado a presente dívida.

Não há qualquer reconhecimento da dívida pelo Poder Público, mesmo porque esta inexistente.

Sustenta, outrossim, a Autora que, em razão do não recebimento do que lhe era devido pela Ré, foi "compungida" a impetrar concordata preventiva, sobretudo pela falta de capital de giro.

Sofreu, com isso, consideráveis prejuízos de caráter patrimonial — já que viu-se impossibilitada de participar de certames licitatórios e, em consequência, de contratar com a Administração Pública — e de caráter moral, já que lhe foi imputada a pecha de empresa inidônea.

Aqui, mais uma vez, não está a Autora com razão.

Excelência, a concordata preventiva constitui um benefício que o Estado outorga ao comerciante honesto e de boa-fé, infeliz em seus negócios,

com o intuito de facilitar a solutio das obrigações contraídas junto aos credores.

Sendo a concordata uma vantagem outorgada ao comerciante honesto e de boa-fé, como vislumbrar-se o prejuízo?

Como, ainda pretender-se indenização decorrente de um ato lícito da Administração Pública?

A Lei nº 10.544/88, no seu artigo 38 exige, para a habilitação no certame licitatório, que a licitante apresente certidão negativa de falência ou concordata.

Ao excluir a Vega Sopave das concorrências das quais participou na qualidade de concordatária, agiu a Municipalidade de São Paulo nos limites ditados pela legislação em vigor.

Não é dado à administração Pública, existindo requisitos objetivos impostos por lei, estabelecer outros critérios de avaliação.

Outrossim, o ato de habilitação é ato vinculado, formal, onde o texto legal é taxativo, não deixando margem à discricionariedade.

Nesse mesmo sentido a lição dos administrativistas e o entendimento jurisprudencial:

“Ao fixar normas para concorrência pública, pode a autoridade administrativa desclassificar concorrentes em regime de concordata ou falência” (RT 411/169).

“Embora o regime da concordata não implique na paralisação das atividades, mas simplesmente impõe dilação no pagamento dos créditos, não está a firma concordatária em igualdade de condições com as demais concorrentes. Daí por que nos afigura legítima a restrição” (Cf. Régis Fernandes de Oliveira. Licitação. Ed. Revista dos Tribunais. 1981, p. 58).

“Poderão participar das licitações empresas em regime de concordata, havendo interesse público, somente no caso de compras”. (Toshio Mukai. Estatutos Jurídicos de Licitação e Contratos Administrativos. Saraiva, 1992, p. 62).

"Licitação - Concorrência pública - Normas estabelecidas por autoridade administrativa - Desclassificação de firmas em concordata ou falência - Legalidade - Segurança denegada." (Agravo de Instrumento nº 184.347 - RT 411/169).

A Ré firmou, sim, contratos emergenciais com a Autora durante o processamento da concordata, já que nesses ajustes inexistiu exigência prévia de licitação, dispensando-se os atos formais nela inseridos.

No tocante às concorrências públicas nas quais a Vega Sopave foi inabilitada (docs, fls.), não houve prejuízo algum para as participantes do certame, pois, com a edição de Decreto nº 32.996 de 8 de fevereiro de 1993, que retornou à Secretaria de Serviço e Obras a competência para tratar da matéria relativa à limpeza pública, as Comissões Especiais de Licitação da Secretaria das Administrações Regionais - SAR - foram desconstituídas e os respectivos processos encaminhados à S.S.O. para deliberação.

Não se efetivaram, então, quaisquer contratações.

Pelo que se infere que:

"Não pode haver responsabilidade civil sem dano, que deve ser certo, a um bem ou interesse jurídico, sendo necessária a prova real e concreta dessa lesão" (RT 481/88, 425/188, 508/90, 478/92 e 161, 470/241, 469/236, 455/237, 477/79, 457/189) (Maria Helena Diniz - Curso de Direito Civil Brasileiro, São Paulo, Saraiva, 1994, 7ª vol. p. 31).

Se não bastasse a inexistência do dano, não há, "in casu", nexo causal a gerar a obrigação de indenizar.

Escreve a respeitável jurista Maria Helena Diniz, com muita propriedade que:

"Se o lesado experimentar um dano, mas este não resultou da conduta do réu, o pedido de indenização será improcedente". (Ob. cit. p. 31).

É mister que entre a conduta do agente lesivo e o dano haja uma relação direta e imediata.

Sabe-se que a Vega Sopave é a maior empresa no setor de prestação de serviços de limpeza pública no país, travando relações comerciais no âmbito Federal, Estadual e Municipal.

Está, ainda, dentre as dez maiores empresas no setor de execução de obras e serviços de engenharia e construção.

Entretanto, consoante alega na petição inicial da concordata, embora tenha passado por dificuldades de caixa frente aos atrasos nos pagamentos feitos pela Municipalidade em 1988 e 1º semestre de 1989, teve seu passivo avolumado com o insucesso do Plano Verão (palavras da Autora).

Mas, mesmo assim, conseguiu administrar a crise financeira e assumiu as obras de Interlagos, "não suportando mais essa situação com o advento do plano de combate à inflação montado pela administração federal em março de 1990, que atingiu seriamente o setor da construção civil".

Do que se extrai, pela lógica, que uma empresa de porte nacional como a Autora não tem, no rol de seus devedores tão-somente a Municipalidade de São Paulo.

Permitindo-se fazer a ilação de que as causas que levaram à impetração da concordata não podem ser imputadas à Ré, mas sim, aos insucessos dos planos econômicos do Governo Federal e, por certo, ao inadimplemento de alguns devedores.

Agostinho Alvim, em monografia acerca da "Inexecução das Obrigações e suas Conseqüências", dita com pena de ouro que:

"A pesquisa da verdadeira causa do dano nem sempre é fácil, dado o aparecimento de concausas, que podem ser sucessivas - (...) ou concomitantes, um só dano, ocasionado por mais de uma causa". (grifos da Ré) (Ob. cit. SP, Saraiva, 1980. p.343).

Conclui-se que o presente pedido de indenização pelos prejuízos patrimoniais decorrentes da impetração da concordata deve ser julgado improcedente frente não só à inexistência do dano reclamado, como em razão da não comprovação do nexo causal.

Cumulativamente ao pedido retro, pleiteia a Autora o ressarcimento

dos prejuízos morais daí advindos.

Não basta que a Constituição Federal tenha preenchido a lacuna existente em nosso ordenamento jurídico e admitido no inciso X, do artigo 5º, a possibilidade de indenização do dano moral, impondo-se a delimitação do seu campo de incidência.

Wilson Melo da Silva é, sem dúvida, o jurista pátrio que mais se debruçou sobre o assunto.

"Dano moral, definimo-lo nós, é aquele que diz respeito às lesões sofridas pelo sujeito físico ou pessoa natural (não jurídica) em seu patrimônio de valores, exclusivamente idéias, vale dizer, não econômicos.

Teriam eles, os danos morais, como pressuposto ontológico a dor, vale dizer, o sofrimento moral ou mesmo físico inferido à vítima por atos ilícitos, em face de dadas circunstâncias, ainda mesmo que por ocasião de descumprimento de contratualmente avençado, como seria do magistério, v.g., de um Colmo (*De las obligaciones en general*, 3. Ed., n. 154 e s.), de um Lafaille (*Derecho civil; obligaciones*, v. 1, n. 288 e s.), de um Leslie Tomasello Hart (*El dano moral em la responsabilidad contractual*) e outros mais.

O chamado dano moral tem estreita conotação com a dor, seja ela moral ou física, jamais afetando o patrimônio do lesado.

Seu elemento maior, característico, seria, assim a dor; a dor moral ou física" (in *Enciclopédia Saraiva de Direito - Coordenação do Prof. Limongi França - vol. 22, p. 266*)... LMOO".

Os danos morais são danos da alma, diria o apóstolo São João.

Por isso, a indenização a título de dano moral só se justifica quando a vítima é pessoa física.

A Ré traz à baila texto de Antonio Carlos Amaral Leão, intitulado "Considerações em torno do Dano Moral e a Pessoa Jurídica," no qual o mestre da UGF transcreve os ensinamentos de Wilson Melo da Silva.

Diz o ilustre professor da Faculdade de Direito de Minas "que as pessoas jurídicas, em si, jamais teriam direito a reparação por danos morais, achando mesmo que é um absurdo tal pretensão, afirmando que os alicerces sobre que se firmam os danos morais são puramente espirituais".

Sustenta ainda o Mestre citado "que a pessoa jurídica não é um ser orgânico, vivo, dotado de um sistema nervoso, de uma sensibilidade e, como tal, apenas poderia subsistir como simples criação ou ficção de direito. Não possui corpo físico, não tem um mundo interior, não é animada dessa vida que Santo Tomás definiria como o movimento imanente e que só Deus pode providenciar. As pessoas jurídicas não sofrem, não se angustiam e só por ficção, se lhe poderia emprestar a faculdade dos danos morais, apanágios das pessoas orgânicas e vivas" (in Ob. cit. p. 503/504).

O jurista uruguaio José Pedro Aramendia, in "A reparação do dano moral na doutrina e no Código Uruguaio," Rev. Forense 76/256 chega à mesma conclusão de que o dano moral só pode ser sofrido pela pessoa física." (in RT 689/7).

De todo o exposto, aguarda a Rê sejam acolhidas as preliminares, extinguindo-se o processo sem julgamento de mérito e, caso mantidas, o que se diz para argumentar, espera sejam reunidas as ações mencionadas, em razão da conexão ou suspensão essa em razão da prejudicialidade e, no mérito, sejam os pedidos julgados improcedentes.

Protesta provar o alegado por todos os meios em direito admitidos, notadamente depoimento pessoal do representante da Autora, oitiva de testemunhas, realização de perícias, etc.

Nestes Termos

Pede Deterimento.

São Paulo, 13 de julho de 1994

DEBORAH R. L. FERREIRA DA COSTA
Procuradora Municipal

**Prêmio “Trabalho Relevante do Ano”
do Departamento de Desapropriações**

*CONTESTAÇÃO APRESENTADA PELA MUNICIPALIDADE DE
SÃO PAULO, EM MEDIDA CAUTELAR INOMINADA, PROPOSTA
PARA EXCLUIR, DA DESAPROPRIAÇÃO PARA PROLONGAMENTO
DA AV. BRIGADEIRO FARIA LIMA, IMÓVEL OBJETO DE
PEDIDO DE TOMBAMENTO REJEITADO.*

Lígia Maria Torggler Silva – Procuradora Municipal

Exmo. Sr. Dr. Juiz da 5ª Vara dos Feitos da Fazenda Pública da
Capital

Proc. 439/94

A Municipalidade de São Paulo, por sua Procuradora, nos autos da Medida Cautelar Inominada promovida pela Igreja Episcopal Anglicana do Brasil, processo em epígrafe, nos termos do artigo 802, do Código de Processo Civil, e com guarda do prazo legal, vem apresentar sua Contestação pelos motivos de fato e de direito que passa a expor:

I - Preliminarmente

1. Desde logo acusa a Municipalidade irregularidade na representação da autora, que deixou de juntar sua ata de constituição, bem como comprovante de que o outorgante do mandato anexado a fls. 19 efetivamente encontra-se no exercício da presidência daquela entidade e está autorizado a conferir os poderes ali elencados.

Também não logrou demonstrar a autora a propriedade do imóvel em discussão como lhe competia fazer e a fim de lhe garantir a condição de parte legítima para demandar em face da Ré.

A par disso, do documento apresentado pela autora a fls. 29, temos a seguinte assertiva: o sítio onde se localiza a Igreja, objeto de tombamento, pertence à Diocese Episcopal Anglicana de São Paulo, cuja sede situa-se à rua Comendador Elias Zarzur 1239, e cujo titular é o Bispo Dom Glaucio Soares de Lima (item O Patrimônio), enquanto dos cadastros de contribuintes consta como proprietário da área a Igreja Brasileira Missão Japonesa, o que sugere séria dúvida atinente à legitimidade da Igreja Episcopal Anglicana do Brasil para figurar no pólo ativo desta relação processual.

Desta forma, nos termos dos artigos 13, 283 e 284 do Código de Processo Civil, no prazo de dez dias, deverá ser emendada a inicial para comprovar a autora a regularidade de sua representação processual, sob pena de nulidade de todo o processado. Deverá, também, ser demonstrada a propriedade do imóvel em discussão sob pena de extinção do feito em razão da ilegitimidade ativa, hipóteses em que deverá a autora arcar com as verbas de sucumbência.

II - No mérito

2. Aduz a autora na inicial que formulou ao CONDEPHAAT pedido de tombamento do imóvel sito nesta Capital, na rua Coropés nº 108, dado o valor histórico, arquitetônico e cultural do bem. Afirma, ainda, que o imóvel é objeto de desapropriação pela Municipalidade de São Paulo para a execução da obra de alargamento da Av. Brigadeiro Faria Lima e que a imissão da expropriante na posse do imóvel acarretaria irreparável prejuízo à requerente, tendo, pois pleiteado a preservação de três prédios ali edificadas, até julgamento final da ação principal que será proposta.

Efetivamente a ação não merece prosperar, como adiante será demonstrado.

DA AUSÊNCIA DE *FUMUS BONI JURIS*.

3. Quando da propositura da inicial pela autora, aquele Conselho Estadual já havia apreciado o pedido de tombamento formulado pela Igreja, em sessão realizada aos 18.4.94 (item 3 da inicial), e deliberado pela abertura de processo de estudo de tombamento exclusivamente em relação à Capela projetada pelo Arquiteto Takeshi Suzuki, prédio que não é objeto do pedido de desapropriação porquanto não se insere dentro dos limites da obra pública que será realizada pela Prefeitura Municipal de São Paulo, como bem ilustra o incluso "croquis" (doc. nº 1).

Ademais, em nova sessão realizada para a apreciação do pedido de ampliação do objeto do tombamento formulado pela autora perante o CON-DEPHAAT (item 3.1.1. da inicial) houve por bem aquele órgão rejeitar o pedido, consoante cópia do ofício GP 0915/94 expedido no processo 31.802/94, cuja conclusão se segue (doc. 2):

Tal eleição foi acolhida unanimemente na sessão de 23 de maio, **que manteve a deliberação tomada em 18 de abril, sem a inclusão do processo de Estudo de Tombamento aberto, das outras duas construções, conforme croqui anexo.**

Assim, não havendo coincidência entre os prédios expropriados e aquele admitido para estudo de tombamento, ausente qualquer fundamento de direito capaz de sustentar o pedido da autora; inexistente qualquer direito a ser tutelado na ação principal. Vale dizer, não há no caso em tela a fumaça do bom direito prevista como requisito específico das cautelares pelo artigo 801, inciso III do Diploma Processual Civil em vigor. E como consequência natural de tal situação, a revogação da liminar concedida e a posterior improcedência da demanda são medidas que se impõem.

4. Embora já suficientes para a rejeição do pedido da autora, as razões acima expostas não são as únicas a indicar a improcedência da ação.

Em nível estadual, o procedimento administrativo do tombamento

voluntário, ou a requerimento do proprietário, se inicia pela deliberação do CONDEPHAAT, após estudos preliminares quanto ao real conteúdo de relevância histórica, artística, cultural, etc. Admitida a abertura do processo para avaliação mais acurada, o pedido será objeto de nova deliberação no sentido de ser o bem tombado ou não. Em caso positivo tal deliberação será submetida à apreciação do Secretário Estadual da Cultura, que, então, homologará ou não o resultado.

De verdade, preceituam os artigos 142 e 146 do Decreto 13.426/79 a preservação dos bens submetidos a exame para fins de tombamento até decisão final (tombamento provisório). Mas, se desde a abertura do processo de tombamento o bem não é sequer admitido para estudo, evidente a inaplicabilidade dos dispositivos legais, restritivos de direito que são.

Ademais disso e diferente das alegações contidas na inicial, contra a decisão que não aceita determinado bem para o estudo de tombamento não há previsão de recurso e, pois, a liberação dos bens se dá de forma imediata, haja vista que o tombamento é instituto que visa o resguardo do interesse público e não do particular.

Sobre a liberação dos imóveis não admitidos para estudo de tombamento, em consulta formulada pelo Arquiteto Rodolfo Dini, o DD. Presidente do CONDEPHAAT, Dr. José Carlos Ribeiro de Almeida, assim teve oportunidade de se expressar (doc. 3):

4. No caso específico da Igreja da Paróquia São João, no bairro em Pinheiros de São Paulo, o Conselho deliberou pelo estudo da preservação apenas de um dos edifícios do conjunto (a chamada Igreja Velha, projeto do Arquiteto Takeshi Suzuki) pelo seu caráter simbólico para a imigração japonesa, não reconhecendo qualidades excepcionais de caráter artístico que justificasse o interesse pelo tombamento de todo o conjunto a nível estadual. **Por esses motivos, o Conselho decidiu liberar os outros dois edifícios, a Igreja Nova e o barracão que serviu primitivamente de igreja, podendo estes serem demolidos, se essa for a vontade do seu proprietário.** (grifos nossos).

Aliás, se o simples pedido de tombamento implicasse na manutenção do imóvel mesmo após a inadmissibilidade do processo por falta de

interesse dos órgãos públicos competentes, tais pedidos tornar-se-iam instrumento poderoso para impedir que a Administração Pública tivesse atuação plena na consecução de suas finalidades, eis que, todo particular que se sentisse prejudicado pela definição de prioridades lançaria mão de sugestões de tombamento como expediente de emulação.

Destarte, a inexistência de óbice à expropriação pretendida pela Ré deverá ser reconhecida por esse D. Juízo que, revogando a liminar concedida, permitirá o ingresso da Municipalidade na área.

5. Por sua vez, a limitação imposta aos vizinhos, prevista pelo artigo 137, do Dec. 13.426/79 tampouco configura sustentação ao pedido da autora.

Dispõe o referido dispositivo:

Nenhuma obra poderá ser executada na área compreendida num raio de 300 (trezentos) metros, em torno de qualquer edificação ou sítio tombado, sem que o respectivo projeto seja previamente aprovado pelo Conselho, para evitar prejuízo à visibilidade ou destaque do referido sítio ou edificação.

Ora, da simples leitura do texto legal em apreço extrai-se que o mesmo não constitui obstáculo à expropriação, nem mesmo ao alargamento da via pública.

Em primeiro lugar, tal imposição só se torna exigível após o efetivo tombamento do bem contíguo, que se perfaz com a inscrição do ato em um dos Livros do Tombo, como nos ensina Sonia Rabello de Castro na obra "O Estado na Preservação dos Bens Culturais", ao referir-se às disposições do artigo 1º, parágrafo 1º, do Decreto-Lei 25/37, senão vejamos:

O referido § 1º especifica, explicitamente, que é a inscrição o momento a partir do qual o bem fará parte do patrimônio e só então se produzirão os efeitos jurídicos da proteção definitiva. É evidente que para haver a decisão do Conselho, e a homologação do ministro, há os pressupostos fáticos do tombamento, isto é, o real valor cultural do bem, e que constitui o interesse público a ser reconhecido e protegido(...). Deste modo, para integrar o patrimônio cultural nacional é preciso que o seja bem tombado, isto é, que não só tenha os pressupostos fáticos de valor

cultural, como também que estes sejam reconhecidos através de processo administrativo, com a manifestação de vontade do Poder Público, e inscrição do bem no Livro do Tombo. (Ed. Renovar, 1991, pgs. 94/95).

Ademais, ainda que necessária a autorização do órgão estadual, tal será objeto de pedido em momento oportuno e perante a autoridade competente, não podendo a exigência ser tida como fundamento para esta cautelar, pois em nada com ela se relaciona.

Além disso, a proteção prevista pelo referido artigo visa assegurar a perfeita visualização e destaque do bem tombado o que, certamente, será garantido com o novo traçado da Avenida Faria Lima caso a Capela projetada pelo Engenheiro Takeshi Suzuki venha a ser efetivamente tombada, ao final do processo em trâmite perante o CONDEPHAAT.

Por derradeiro, ainda que assim não fosse, o dispositivo legal em exame, artigo 137 do Decreto 13.426/79, padece de flagrante inconstitucionalidade porquanto, contrariando as disposições do artigo 5º, II da Lei Maior, institui obrigação de não fazer por meio de instrumento inadequado.

Dos precisos dizeres de Manoel Gonçalves Ferreira Filho, "o princípio da legalidade onde só é lei o ato aprovado pelo Parlamento, representante do povo, exprime a democracia, na medida em que subordina o comportamento individual apenas e tão-somente à vontade manifesta pelos órgãos de representação popular" (*in* Curso de Direito Constitucional, Ed. Saraiva, 1990, pág. 244), temos que o decreto não é meio capaz de criar obrigação de não edificar em área vizinha a bem objeto de tombamento, donde resulta que também por este motivo o dispositivo invocado não poderia valer de sustentáculo ao pedido da autora.

6. Outrossim, não pode deixar de levar ao conhecimento desse D. Juízo o fato de que as construções atingidas pelo Decreto de utilidade pública e que são abrangidas pela desapropriação intentada pela autora constituem edificações irregulares, porquanto jamais solicitados os necessários alvarás à Administração Pública, providência que somente foi adotada em relação ao prédio projetado pelo Engenheiro Takeshi Suzuki (docs. 4/6).

Em assim sendo e considerando que as edificações não foram

sequer admitidas para estudo de tombamento, de verdade, também estão sujeitos os prédios à ação demolitória, consoante legislação em vigor.

Diante do exposto, requer e espera a Municipalidade de São Paulo se digne V.Exa. de:

- a) revogar a liminar concedida a fls. 101;
- b) determinar a intimação da autora para que emende a inicial, nos termos suscitados em preliminar; e
- c) julgar improcedente a ação, condenando a autora no pagamento das verbas inerentes à sucumbência.

Protesta provar o alegado por todos os meios em Direito permitidos.

Termos em que,

P. Deferimento.

São Paulo, 25 de maio de 1994

LIGIA MARIA TORGGLER SILVA
PROC. DESAP 23-OABSP 77.649

PARECER SOBRE POSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO UNILATERAL DE CLÁUSULA ECONÔMICA EM CONTRATO ADMINISTRATIVO, PARA O FIM DE RESTRINGIR A RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO-CONTRATANTE PELAS VARIAÇÕES CAMBIAIS HAVIDAS ENTRE A DATA DA PROPOSTA E A DO EFETIVO PAGAMENTO. POSTERIOR QUITAÇÃO OUTORGADA PELA CONTRATADA, DESONERANDO A CONTRATANTE DE TODA OBRIGAÇÃO DE PAGAMENTO.

Nelson Luiz Nouvel Alessio – Procurador Municipal

EMENTA Nº 5.628

Subcontratação autorizada, com cláusula de assunção pela administração das variações cambiais havidas entre a data da proposta e a do efetivo pagamento. Posterior alteração do despacho autorizatório, já durante a execução do contrato, restringindo o cômputo do risco cambial à data da medição. Impossibilidade jurídica da alteração dos termos contratuais, no que diz respeito à cláusula econômica, sob pena de desequilíbrio da equação econômico-financeira do ajuste. Isso, não obstante, a Prefeitura está desonerada de toda obrigação contra-

tual de pagamento, em face da quitação outorgada pela contratada, na forma de "desistência de qualquer reivindicação".

Interessado: Método Engenharia S/A

Assunto: Pagamento de diferença cambial relativa à importação de equipamentos do sistema hidráulico do palco do Teatro Municipal.

Informação nº 1179/95 - PGM.AJC

ASSESSORIA JURÍDICO-CONSULTIVA,

Sra. Procuradora Assessora Chefe.

Trata o presente de consulta, formulada pela Secretaria de Serviços e Obras, sobre a pretensão da Método Engenharia S/A de ser reembolsada da diferença cambial relativa à importação de equipamentos do sistema hidráulico do palco do Teatro Municipal de São Paulo.

Em breve relatório, é preciso registrar que:

a) a empresa Método Engenharia S/A foi contratada para executar os serviços e obras de reforma, restauro e conservação do Teatro Municipal, sob o regime de empreitada por preços unitários e administração contratada (fls. 13.452/13.467);

b) com base na cláusula 2ª do contrato originalmente celebrado, foi autorizada a execução dos serviços de troca do sistema hidráulico do palco do Teatro Municipal, por administração contratada, a cargo da empresa Elevadores Sûr S/A — Divisão de Teatros Hallstage. Ficou, então, determinado que os custos das importações e as variações cambiais, ocorridas entre a data da proposta e a do efetivo pagamento, poderiam ser repassadas pela Método à Prefeitura (fls. 13.473);

c) assim, de fato, deu-se a celebração do contrato de subempreitada nº 052/87, cuja cláusula 3.3.1 estabeleceu que as variações cambiais seriam pagas de acordo com o preconizado na autorização, à qual se refere o item "b" (fls. 13.480/13.494);

d) em 11 de janeiro de 1989, a Método Engenharia S/A requereu,

pela primeira vez, o reembolso do valor correspondente aos ônus fiscais da importação, no que se incluíam despesas genéricas de importação, impostos e variação cambial, tudo equivalente, à época, a 180.677,9984 OTNs fiscais (fls. 13.519/13.562);

e) em 18 de abril de 1989, sobreveio o parecer da Assistência Jurídica de EDIF, no qual se destacava que: e.1 - o requerimento da Método deveria ser recebido como revisão; e. 2 - a Prefeitura, ao autorizar contratação com base em preço FOB - Londres, e não CIF, tinha conhecimento de que a importação objeto da contratação geraria despesas; e.3 - tais ônus, de montante desconhecido, constituiriam gravame para a contratada, capaz de comprometer o equilíbrio econômico-financeiro da proposta (fls. 13.566/13.569);

f) a Assessoria Jurídica de SSO, na seqüência, entendeu que a revisão relativa às variações cambiais, pleiteada pela Método, encontrava amparo na Lei nº 8.248/75 e no próprio contrato; firmando, ainda, posição de que a data-limite para o cálculo do valor do reembolso dos ônus fiscais da importação seria da data da medição, já que não haveria amparo legal ou contratual para o estabelecimento de outro limite (fls. 13.571/13.571v);

g) diante dos questionamentos de fls. 13.572/13.574, a Método apresentou nova planilha de despesas (fls. 13.576/13.579), ao que se seguiu nova manifestação da Assistência Jurídica de fls. 13.611/13.612;

h) já em 17 de janeiro de 1990, a Assessoria Jurídica de SSO reafirmou que os custos decorrentes da importação eram inevitavelmente devidos e que se havia de reconhecer o débito (fls. 13.634/13.635), tanto que, em seguida, a Assessoria Econômico-Financeira daquela Secretaria apontou o valor devido, correspondente ao 1º de janeiro de 1989 (fls. 13.636);

i) finalmente, o Secretário de Serviços e Obras, por despacho publicado em 30 de janeiro de 1990, autorizou o reembolso pretendido pela Método, fixando seu valor e o critério de atualização (fls. 13.637v);

j) assim, foram feitos os cálculos de fls. 13.639/13.640 e autorizada, finalmente, a revisão dos preços contratuais, determinando-se o necessário aditamento (fls. 13.643);

l) o termo de aditamento foi juntado aos autos; sendo importante ressaltar que o valor do aditamento corresponde à data-base do contrato de

subempreitada, isto é, junho de 1987 (fls. 13.657/13.659);

m) concluídos os serviços, a Método reiterou o pedido de reembolso dos valores devidos, requerendo, inclusive, a reconsideração do despacho que havia alterado a data-limite para o cálculo do valor do reembolso dos ônus da importação do efetivo pagamento para a medição (fls. 13.664/13.666);

n) na seqüência, a Diretoria de EDIF afirmou que "as diferenças" já haviam sido pagas e que o reivindicado pela Método era apenas a correção entre a data da medição e a do efetivo pagamento (fls. 13.682);

o) em 15 de agosto de 1991, foi assinado o termo de recebimento definitivo da primeira fase do contrato nº 138/EDIF/86 (fase na qual se incluía a substituição do sistema hidráulico do palco); havendo, então, a expressa desistência da contratada em relação a qualquer reivindicação;

p) mais recentemente, manifestaram-se a Assistência Jurídica de EDIF (fls. 13.734/13.735) e a Assessoria Jurídica de SSO (fls. 13.738/13.740).

É o relatório. Passa-se à resposta da consulta formulada.

O problema, na verdade, consiste em saber:

I) se a administração pública poderia ter alterado unilateralmente os termos da contratação, de modo a determinar que o repasse da variação cambial deixasse de ser calculado entre a data da proposta e a do efetivo pagamento, para ser calculado somente até a data da medição, e

II) se a desistência da Método Engenharia S/A em relação às reivindicações havidas durante a primeira fase do contrato alcançaria também sua pretensão de ver-se reembolsada da variação cambial, na forma do originalmente avençado.

Para que se respondam às questões postas, primeiramente, cabe recuperar a proposta da Elevadores Sûr S/A — Divisão de Teatros Halstage, que foi explícita ao indicar que o valor dos equipamentos importados era FOB-Londres, em libras esterlinas, e estava sujeito à variação da taxa cambial (fls. 6.794 - 14º volume).

Em seguida, é preciso destacar da carta DJ 134/87, da Método Engenharia S/A para EDIF, o trecho no qual se observa que a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato nº 138/EDIF/86 estava na dependência do repasse à Prefeitura dos custos decorrentes das importações e das variações cambiais, ocorridas entre a data da proposta e a do efetivo pagamento, mediante pedido de revisão com base na Lei nº 8.248/75 (fls. 6.880 - 14º volume).

O repasse das variações cambiais à Prefeitura — na época da apreciação da proposta da Elevadores Sûr — foi objeto de análise da Assistência Jurídica de EDIF, que não antevia óbices à revisão de preços, diante da regra geral de que o desequilíbrio econômico-financeiro de qualquer avença sempre enseja a revisão (fls. 6.881/6.882 - 14º volume).

Foi, portanto, autorizada a subcontratação da Elevadores Sûr S/A — Divisão de Teatros Hallstage, com base nas seguintes premissas:

a) o preço ofertado, no que dizia respeito aos equipamentos importados, era FOB-Londres e estava sujeito às variações cambiais da moeda nacional em face da libra esterlina;

b) para que se mantivesse o equilíbrio econômico-financeiro do contrato principal, todos os custos de importação e as tais variações cambiais, ocorridas desde a data da proposta até a data do efetivo pagamento, seriam repassados à Prefeitura.

A partir destes pontos, já é possível uma primeira conclusão parcial: reconheceu a Prefeitura que as peculiaridades da prestação exigida da contratada impunham-lhe a assunção das variações cambiais até a data do efetivo pagamento, sob pena de estabelecer-se o desequilíbrio econômico-financeiro do contrato nº 138/EDIF/86.

Efetivamente, não poderia ser diferente. Se a Método Engenharia S/A estivesse obrigada a pagar a Elevadores Sûr S/A — Divisão de Teatros Hallstage o valor atualizado dos equipamentos importados, segundo o câmbio do dia do pagamento, e não pudesse transferir à Prefeitura o ônus correspondente à variação da cotação da libra esterlina desde a data da proposta, estaria assumindo encargo absolutamente incompatível com o estado de coisas do momento do ajuste inicial de vontades.

Lembre-se que o acréscimo às obrigações iniciais da contratada, com inclusão da substituição do sistema hidráulico do palco, era prerrogativa da administração. No entanto, como ensina Caio Tácito:

“Em correspondência a esse poder unilateral da Administração fica assegurado ao outro contratante o direito ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato, impondo-se à Administração o dever de reajustar as prestações pecuniárias do contrato ao novo valor das obrigações de fazer, em virtude de sua mutação unilateral. Essa garantia do equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo (...) preserva a sua natureza comutativa (equivalência intrínseca entre as prestações) e sinalgmática (reciprocidade das obrigações).”¹

O mesmo Caio Tácito, quando faz a distinção entre as cláusulas de serviço e as cláusulas financeiras, ensina que:

“As últimas representam a parte dita contratual, por serem substancialmente inalteráveis, salvo acordo entre as partes.”²

Outros autores, seguindo a posição assente na doutrina e na jurisprudência, insistem em que o particular deve ter a garantia de que sua justa expectativa de lucro no contrato celebrado com a administração não será frustrada. Daí segue que:

“[...] nesses contratos está igualmente implícito, quando não expresso, o direito do contratante particular ao equilíbrio econômico-financeiro na relação bilateral, com seu restabelecimento pela via de compensação pecuniária pelo acréscimo da despesa.

Essa compensação se opera em função da expectativa financeira do particular, ao tempo da celebração do contrato. Não visa a preservá-lo dos riscos normais do negócio firmado, que esses correm por sua conta, mas a acautelá-lo de encargos que venham a ser acrescidos, por alterações que decorram de exigências do interesse público.”³

¹ TÁCITO, Caio. *Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1975, pág. 293.

² TÁCITO, Caio, *idem*.

³ BARROS JÚNIOR, Carlos S. de. *Contratos Administrativos*. São Paulo: Saraiva, 1986, pág. 72.

Ora, a Método Engenharia S/A foi levada a firmar o contrato de subempreitada nº 052/87, com o respaldo de que a variação do preço dos equipamentos importados seria suportado pela Prefeitura até a data do efetivo pagamento. Pois bem: o equilíbrio econômico-financeiro do contrato estava estabelecido nos termos do despacho autorizatório da subcontratação (fls. 13.473).

Se, após a assunção da nova obrigação contratual (substituição do sistema hidráulico do palco), a Prefeitura, unilateralmente, altera a cláusula econômica, que previa o repasse das variações cambiais até a data do efetivo pagamento, para restringir o período de cômputo do risco cambial somente até a data da medição, o resultado é a transferência à contratada de novo encargo, a desequilibrar economicamente o contrato.

Veja-se: não há como interpretar de outro modo. O ajuste baseou-se na premissa de que o risco cambial, até a data do efetivo pagamento, era encargo da Prefeitura. No momento em que parte deste encargo (isto é, a parcela compreendida entre a data da medição e a do efetivo pagamento) é devolvido à contratada pelo despacho de fls. 11.250 - 29ª volume, patenteia-se a alteração unilateral, por parte da Prefeitura, de cláusula econômica, por natureza imutável. E mais: a relação de igualdade entre as obrigações da contratada e a correspondente compensação econômica, devida pela contratante, deixa de existir.

Argumentar em outro sentido seria o mesmo que tentar apenas salvar as aparências, o que Celso Antônio Bandeira de Mello mostra ser impróprio, conforme segue:

"Enquanto o particular procura o lucro, o Poder Público busca a satisfação de uma utilidade coletiva. Calha, pois, à Administração atuar em seus contratos com absoluta lisura e integral respeito aos interesses econômicos legítimos de seu contratante, pois não lhe assiste minimizá-los em ordem a colher benefícios econômicos suplementares ao previsto e hauridos em detrimento de outra parte.

"Para tanto, o que importa, obviamente, não é a 'aparência' de um respeito ao valor contido na equação econômico-financeira, mas o real acatamento dele. De nada vale homenagear a forma quan-

do se agrava o conteúdo. O que as partes colimam em um ajuste não é a satisfação de fórmulas ou de fantasias, mas um resultado real, uma realidade efetiva que se determina pelo espírito da avença; vale dizer, pelo conteúdo verdadeiro do convencionado.”⁴

Não pode haver dúvida, *in casu*, quanto ao conteúdo verdadeiro do convencionado: se o objeto da prestação (ou pelo menos parte dele) era importado; se a moeda nacional sofria constantes desvalorizações, e se não havia a possibilidade de pagamento antecipado, a única alternativa para garantir-se a equivalência econômica entre a prestação da contratada e a contraprestação da contratante era fazer com que esta última assumisse o risco cambial. Aliás, solução perfeitamente plausível, na medida em que a contratante estaria pagando pelo produto importado, em moeda nacional, exatamente o que ele valeria em libras esterlinas pelo câmbio do dia do efetivo pagamento.

Então, no que diz respeito ao primeiro dos problemas colocados, tem-se a resposta: NÃO. Isto é, a administração pública não poderia ter alterado unilateralmente os termos da contratação, para restringir o cômputo da variação cambial apenas até a data da medição.

O que, por si só, não significa que possa ser acolhida a pretensão da Método Engenharia S/A, no tocante ao recebimento de qualquer valor relativo ao contrato de subempreitada celebrado com Elevadores Sôr S/A — Divisão de Teatros Hallstage.

Isto porque ainda há uma outra questão a ser respondida, A desistência da Método Engenharia S/A em relação às reivindicações havidas durante a primeira fase do contrato alcançaria também sua pretensão de ver-se reembolsada da variação cambial, na forma do avençado?

Sim. A “desistência de qualquer reivindicação”, constante do termo de recebimento final reproduzido às fls. 13.731, teve como regular efeito jurídico a desoneração da Prefeitura do Município de São Paulo de absolutamente todas as obrigações decorrentes da troca do sistema hidráulico do palco do Teatro Municipal. Ou seja: quando a Método Engenharia S/A, no

⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de, Elementos de Direito Administrativo, 2ª ed. São paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 1990, págs. 220/221

referido termo de recebimento final, outorgou quitação plena à Prefeitura, liberou-a da obrigação de assumir o risco cambial até a data do efetivo pagamento. Portanto, tornou-se juridicamente impossível o exercício da pretensão ao recebimento da correção cambial, como estava originalmente ajustado.

A propósito de caso análogo, Antonio Chaves tem parecer no qual, citando outros autores, destaca que a quitação em termos gerais compreende todo e qualquer débito, que provenha de causa anterior à data de sua concessão (cf. RT 476/45).

Por outro lado, como já decidido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo na Apelação Cível nº 199.952-1/6, a desistência do credor equivale à quitação plena. No mesmo sentido, o acórdão proferido pela Sexta Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, na Apelação Cível nº 198.302-1/3.

Assim, a Método Engenharia S/A, após ter desistido expressamente de qualquer reivindicação, não pode cobrar diferenças pela variação cambial. Neste sentido, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, na Apelação Cível nº 230.246-1/9, já decidiu que:

"[...] é evidente que os recibos subscritos pela ré, com quitação ampla, irrestrita, inclusive quanto a juros e correção monetária não podem ser objeto de cobrança de diferenças.

[...] se a demandante, empresa de razoável porte econômico, quando recebeu os valores ali detectados, deu ampla e irrestrita quitação [...] nada mais pode reclamar se, eventualmente, detectados atrasos nesses pagamentos."

Conforme se vê nos mencionados julgados que vieram de ser juntados aos autos (*vide* folhas que antecedem o presente parecer) a quitação é perfeita, quando se expressa em documento formal através de renúncia a qualquer reivindicação.

Acrescente-se que, como já decidiu a Quinta Câmara do Primeiro Tribunal de Alçada Civil na Apelação nº 326.970, o reconhecimento da quitação perfeita envolve a preservação da própria estabilidade das relações jurídicas, isto é:

“Não se cuida aqui de discutir a justeza ou não da interpretação, diante de um conceito mais amplo de justiça distributiva, mas sim da aplicação de regras claras e firmes de direito substantivo, tendentes a tranquilizar as partes, em benefício da ordem social.”

Diante do exposto, não obstante o desequilíbrio econômico-financeiro causado pela decisão da Prefeitura de restringir o período de cômputo da variação cambial, a quitação outorgada pela Método Engenharia S/A (na forma de expressa “desistência de qualquer reivindicação”) impede aquela empresa de pleitear correção cambial pelo período compreendido entre a medição e o efetivo pagamento. A Prefeitura de São Paulo está desonerada de toda obrigação relativa ao objeto do contrato de subempreitada celebrado entre Elevadores Súr S/A — Divisão de Teatros Hallstage.

São Paulo, 1º/11/95

NELSON LUIZ NOUVEL ALESSIO
Procurador - AJC
OAB 61.713
PGM

CIRURGIAS CONTRACEPTIVAS; LAQUEADURA DAS TROMPAS DE FALÓPIO E VASECTOMIA. ANÁLISE NO ÂMBITO DO DIREITO PENAL E DA ÉTICA MÉDICA. CONSENTIMENTO DO PACIENTE COMO CAUSA EXTRALEGAL EXCLUDENTE DA ANTIJURIDICIDADE.

Izabel Sobral – Procuradora Municipal

1. Recentemente, tem sido objeto de discussões de caráter doutrinário a realização de cirurgias de laqueadura das Trompas de Falópio, em mulheres, e de vasectomia, em homens, com fins contraceptivos.

2. A realização destas cirurgias enseja apreciação no âmbito do Direito Penal e no campo da ética médica.

3. A doutrina penal tem cuidado das intervenções cirúrgicas ao tratar das lesões corporais.

O entendimento doutrinário predominante é no sentido de que esses

atos não são puníveis, discutindo-se "a razão em que se apóia essa exclusão da pena", segundo Aníbal Bruno. Afirmar ele que a doutrina e a jurisprudência "têm conduzido a questão ora para o terreno da tipicidade, ora para o da antijuridicidade, ora para o da culpabilidade"(cf. Direito Penal, Forense, 1966, tomo IV, pág. 194). Ou, na lição de Odín I do Brasil Americano, "o tratamento médico, principalmente o tratamento cirúrgico, entra naquele elenco de causas de excepcional licitude, cujo fundamento os autores ainda não encontraram cabalmente" (cf. Manual de Direito Penal, Saraiva, 1985, 1ª vol., pág. 309).

4. Alguns autores justificam a não punibilidade dos atos cirúrgicos por considerá-los praticados no exercício regular de direito, previsto no artigo 23, III, parte final, do Código Penal.

É o que afirma Damásio E. de Jesus:

"As intervenções médicas e cirúrgicas constituem exercício regular de direito.

.....
Trata-se de uma prática permitida pelo Estado e realizada de acordo com os meios e regras admitidas. Se o Estado reconhece, estimula, organiza e fiscaliza a profissão médica, como dizia Aníbal Bruno, impondo para o seu exercício condições especiais de preparação técnica e a exigência da habilitação especial, tem de reconhecer como legítimos os atos que a sua prática regularmente comporta, com os riscos a ela inerentes. Executando-os, o médico exercita uma conduta legítima, que, salvo hipóteses de irregularidade dolosa ou culposa, não pode resultar em incriminação". (Direito Penal, Saraiva, 15ª ed., 1991, 1ª vol., pág. 348).

5. José Frederico Marques espousa também esta orientação:

"No exercício regular de um direito, também é possível a prática de lesões corporais lícitas. É o que se dá com o tratamento médico-cirúrgico, com a transfusão de sangue e ainda com as lesões que se praticam em esportes naturalmente violentos, como o pugilismo e a luta livre.

.....
A licitude das lesões inerentes às intervenções cirúrgicas somente existe quando praticadas com fins terapêuticos. Se o

médico leva a efeito uma operação a título de experiência científica, sua conduta é contra jus, não se excluindo, portanto, a antijuridicidade do fato típico que praticar" (Tratado de Direito Penal, Saraiva, 1961, vol. IV, pág. 191 e 192).

6. O mesmo autor, em nota ao pé da página, complementa:

"Qualquer que seja o fundamento que se dê à licitude do tratamento médico-cirúrgico, o certo é, como salienta E. Garçon, "que le médecin n'échapperait plus à la peine s'il agissait sans but curatif" (op. cit. Vol. II, pág.78) (cf. op. cit., nota nº 41, pág. 192)

7. Outros doutrinadores, como Heleno Cláudio Fragoso, vinculam a exclusão da antijuridicidade ao consentimento do ofendido. Vejamos:

"Na intervenção cirúrgica com êxito (inclusive as que se destinam a corrigir deformações) não há tipicidade. Lesão corporal é dano à integridade corporal ou à saúde, que não existe quando a intervenção se faz restituindo a saúde, melhorando-a ou mesmo sem alterá-la (desde que praticada lege artis). Típico só pode ser o resultado que prejudica, ou seja, o resultado de dano. Importante corrente de opinião entende que mesmo a intervenção cirúrgica sem êxito não configurará o tipo de crime de lesões corporais quando ela for indicada para a cura ou o tratamento e quando for realizada conforme a técnica reconhecida da medicina, com a observância da lex artis, havendo o consentimento válido do paciente. (...) Nesse caso, no entanto, o que ocorre, a nosso ver, é a exclusão da antijuridicidade pelo consentimento do ofendido.

O consentimento do ofendido exclui a ilicitude, desde que seja validamente obtido e a ação não ofenda os bons costumes. Embora grande parte da doutrina permaneça fiel ao entendimento de que a integridade corporal constitui bem jurídico indisponível, vai prevalecendo o ponto de vista oposto, particularmente por influência da doutrina e da legislação alemã, mais em consonância com as exigências culturais de nosso tempo. (...) É com base no consentimento que se exclui a antijuridicidade da extração de órgãos de pessoas vivas para enxertos ou

transplantes. Cf. art. 10, L. 5479, de 10.08.68". (cf. Lições de Direito Penal, Parte Especial (Arts. 121 a 160 C.P.), Forense, 6ª ed., 1981, pág. 133).

8. Néelson Hungria, por sua vez, considera irrelevante o consentimento do ofendido para excluir o crime de lesão corporal, pois, ao proteger o bem jurídico da integridade física ou físico-psíquica da pessoa, a lei penal atende ao interesse social da normal eficiência e aptidão de cada um dos indivíduos.

Para o autor também é irrelevante o consentimento do ofendido em casos especiais,

"em que a lesão do consensiente fica imune de pena, como por exemplo, na intervenção cirúrgica com o fim de cura ou mesmo de estética (que é um interesse social tutelado pela própria lei penal, tanto assim que entre as lesões gravíssimas figura a que produz deformidade); na extração de sangue para transfusão (fim humanitário); na violência esportiva; na circuncisão (fim higiênico); na perfuração das orelhas para uso de brincos. Em tais casos, porém, não é o consentimento do subjectum juris que exclui o crime, mas, sim, a ausência de dolo (*voluntas sceleris*) que isenta de pena: o agente não procede com animus delinquendi, mas por um fim socialmente útil ou aprovado pela moral prática, quando não regulado pelo próprio Poder Público. Desde que estas condições não ocorram, o fato é punível, pouco importando o duorum in idem placitum consensus". (Comentários ao Código Penal, Forense, 1942, vol. V, pág. 284 e 285).

9. Aníbal Bruno, por sua vez, depois de analisar as correntes acima sintetizadas, conclui que a exclusão da ilicitude das lesões em pauta, bem como o fato de a tipicidade não ser, aí, indício de antijuridicidade, decorrem da sua prática "dentro do risco permitido, no exercício regular de uma faculdade pelo Estado," devendo estar presente, em todo caso, o consentimento do que sofre a intervenção, para não haver violação ilícita da liberdade pessoal (cf. op., cit., pág. 197).

10. Parece-nos que as divergências entre os fundamentos aponta-

dos pelos autores não afeta o entendimento pacífico consistente em considerar não criminosa ou não punível a conduta do médico que realiza intervenção cirúrgica com finalidade curativa, ainda que ocorra alguma confusão no tocante aos fundamentos adotados para embasá-lo.

11. Indagação que se propõe, a esta altura, diz respeito às cirurgias de laqueadura das Trompas de Falópio e de vasectomia realizadas com o intuito de obstar a gravidez ou afastar a fertilidade.

12. Na área penal, a questão é controvertida.

Autores, dentre os quais ASÚA e CUELLO CALÓN, consideram criminosa a sua prática quando o médico não agir tendo em vista finalidade terapêutica:

“ASÚA escreve que se “o fim não é curativo, a penalidade procede, pois, contra o médico facultativo”. E CUELLO CALÓN anota: “La esterilizacion ou asexualizacion no es fin curativo e no puede justificar intervenciones quirurgicas” (“Dir. Penal, Parte Especial, pág. 510).

E ASÚA continua: “Mas a mutilação consentida torna responsável quem a pratica: o médico não pode amparar-se em justificação alguma porque o cedente não consentiu em ser mutilado para fim curativo; senão para fins concupiscentes” (apud “Aspectos jurídicos da operação de mudança de sexo”, Valdir Sznick, R.F. 312/336).

13. Outro entendimento, que chega a ser mencionado por alguns autores, embora sem aprofundamento, é o de que poder-se-ia cogitar, no caso, da configuração do crime de lesões corporais, previsto no artigo 129 do Código Penal, com a qualificadora do § 2º, III, do mesmo dispositivo, pois a esterilização (laqueadura ou vasectomia) acarretaria perda ou inutilização da função reprodutora.

14. Orientação semelhante à dos posicionamentos enumerados nos itens 12 e 13 é adotada no campo da ética médica; só é admitida a realização de esterilização, seja masculina, seja feminina, mediante indicação médica e desde que os dados clínicos da mulher indiquem risco de agravamento da saúde e/ou risco de morte se houver nova gravidez.

Veja-se, a respeito, o parecer do Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo, elaborado em resposta à consulta nº 20.613/94.

15. O novo Código de Ética Médica, aprovado pelo Conselho Federal de Medicina, por meio da Resolução CFM nº 1246/88 (DOU de 26.01.88, pág. 15477) não trata explicitamente da matéria, limitando-se, em seu artigo 43, a proibir o médico de descumprir legislação específica nos casos de transplantes de órgãos ou tecidos, esterilização, fecundação artificial e abortamento.

O Código anterior, no artigo 52, condenava expressamente a esterilização, admitindo-a em casos excepcionais, quando houvesse indicação precisa referendada por mais de dois médicos ouvidos em conferência.

16. A tese contida no parecer do Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo busca uma adequação aos ditames do Código de Ética Médica e aos termos do Decreto Federal nº 20.931, de 11 de janeiro de 1932, ainda em vigor, apesar de totalmente ultrapassado, que, na letra "f" do seu artigo 16, veda, ao médico, dar-se a práticas que tenham por fim impedir a concepção.

17. No campo doutrinário, o Professor Léo Meyer Coutinho, em seu "Código de Ética Médica Comentado" (Saraiva, 2ª ed., 1994) propugna pela urgente normatização legal da laqueadura e da vasectomia, submetidas, ainda, às disposições do Decreto nº 20.931/32 e sustenta ser ética e legal, ante a legislação em vigor, a esterilização permanente apenas quando a mulher apresentar "patologia que possa ser agravada pela gravidez, colocando em risco sua vida" (cf. fls. 58 e 192).

18. Finalmente, ainda na esfera penal, devem ser mencionados os autores que negam antijuridicidade à prática da laqueadura tubária e da vasectomia como medidas contraceptivas.

Ayuch Amar, em artigo publicado no jornal "O Estado de S. Paulo", de 1º de agosto de 1982: "As cirurgias esterilizadoras em face do Direito Penal", não considera "a laqueadura e a vasectomia procedimentos contrários à lei e apenas se tornam objeto de investigação penal quando, a exemplo de qualquer ato desconforme à boa técnica, geram certas consequências ou seqüelas, podendo o cirurgião responder a título de culpa ou dolo,

conforme o caso, na forma da legislação residual, que é o Código Penal".

19. Dois pontos são fundamentais para o embasamento desta tese; a disponibilidade do bem atingido pelas cirurgias (função reprodutora) e a existência de causa extralegal de exclusão da antijuridicidade.

Hermes Rodrigues de Alcântara, da Universidade de Brasília, no parecer CRM-DF nº 367/80, sustenta que a função reprodutora, por não ser imprescindível para a saúde e para a vida, não está incluída entre aquelas referidas no artigo 129, § 2º, III, do Código Penal (cf. Antonio Chaves, *Direito à Vida e ao Próprio Corpo*, Revista dos Tribunais, 2ª ed., pág. 110).

20. Carmen Barroso, em "A Esterilização e a Lei" ("Folha de S. Paulo", 3.10.1986., pág. 03), estabelece "o cotejo com a Lei 5.479 de 1968 que dispõe sobre o assunto correlato dos transplantes, permitindo em seu art. 10 à pessoa maior e capaz de dispor de órgãos e parte do próprio corpo vivo, para fins humanitários e terapêuticos, desde que não implique em prejuízo ou mutilação grave, para acrescentar que o princípio da auto-determinação individual também está preservado no Projeto de Código Penal em tramitação no Congresso Nacional". (cf. Antonio Chaves, *op. cit.*, pág. 111). O artigo 124 deste Projeto estabelece:

"Art. 124 - Não constitui crime, se praticada por médico, a suspensão da função reprodutiva, por meio cirúrgico, de pessoa maior de 21 anos, com o seu consentimento."

21. A própria Constituição Federal traz, latentes os mesmos conceitos, conforme se depreende da leitura do § 7º de seu artigo 226:

Art. 226 -

.....
§ 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas".

22. O artigo 23 do Código Penal brasileiro enumera causas de exclusão de ilicitude. Embora não exista, no Código, regra geral, a exemplo da

contida no artigo 31, I, do Código Penal português de 1982, pela qual "o facto não é criminalmente punível quando a sua ilicitude for excluída pela ordem jurídica considerada na sua totalidade", a doutrina reconhece "causas excludentes de ilicitude fora do rol legal (como, por exemplo, o consentimento do titular do direito, o direito de correção dos mestres, fundada no direito consuetudinário, o estado de necessidade do direito civil, o direito de informação, etc.) (cf. Alberto Silva Franco et. alii, Código Penal e sua interpretação jurisprudencial, R. Tribunais, 4ª ed., pág. 138)

23. Muñoz Conde, em lição transcrita à pág. 138 da obra acima citada, esclarece não se cuidar de uma questão específica do Direito Penal, mas de um.

"problema do ordenamento jurídico.

Qualquer ato lícito, do ponto de vista do direito público ou privado, pode sê-lo também para o direito penal e, por sua vez, qualquer ato justificado do direito penal é também um ato lícito para os restantes ramos do ordenamento jurídico. O conceito de licitude ou ilicitude, de jurídico ou anti-jurídico, é, portanto, um conceito geral válido para todo o ordenamento jurídico. O único específico de cada ramo do direito são as consequências que se atribuem ao ato jurídico ou anti-jurídico. Daí se depreende que as fontes das causas de justificação podem ter sua origem em qualquer ramo do ordenamento jurídico que, por meio de suas disposições (lei, regulamento, direito consuetudinário, etc.) autorize a realização de um fato penalmente típico". (Teoria General del Delito, 1984, pág. 92/93).

24. Na hipótese, o consentimento do paciente da cirurgia atua como causa extralegal excludente da antijuridicidade da conduta do médico operador.

Antonio Chaves informa que, em mesa redonda promovida pelo Conselho Regional de Medicina, 1970, pelo Estado da Guanabara, Benjamin de Moraes lembrava "não haver crime na esterilização efetuada com o consentimento válido do (a) paciente, pois o Código Penal só considera delito a intervenção que, feita, contra a vontade do paciente, lhe cause dano à integridade anatômica, fisiológica ou mental. A tendência, no âmbito jurídico, não considera haver crime quando a laqueadura tubária é feita a pedido da própria paciente: é um ato irrelevante do ponto de vista penal tal

como o caso da cirurgia plástica". (cf. op. cit.,, pág. 113/114)

25. Qual a forma deste consentimento? Bastará a anuência pura e simples do paciente?

Entendemos que não.

O consentimento, manifestado por pessoa maior de idade, deverá ser informado ou qualificado, trazendo declaração expressa do paciente no sentido de que:

a) sabe em que consiste o ato cirúrgico ao qual será submetido, bem como os riscos inerentes à sua realização;

b) tem conhecimento do efeito da cirurgia, ou seja, a esterilidade;

c) está ciente de que, embora possível, a reversão da esterilização é de difícil sucesso e extremamente onerosa.

26. A exigência do consentimento informado do paciente é também imperiosa para evitar a esterilização em massa no país. Informa Gilberto Dimenstein, em artigo publicado na "Folha de S. Paulo" de 13.12.1992, que 45% das mulheres de 15 a 50 anos, no Brasil, foram esterilizadas. De acordo com o Fundo de População da ONU (FNUAP), a esterilização no Brasil alcança níveis elevados para padrões internacionais, atingindo até adolescentes. Além disto, o arrependimento é comum. Na área metropolitana de São Paulo, o nível de arrependimento das mulheres que fizeram a operação é de 24%.

Por estes motivos, o FNUAP aceita o método desde que a paciente esteja informada e tenha assistência.

27. Eis as razões que levaram a 1ª Subcomissão encarregada de examinar o Projeto de Código Penal a manifestar-se no sentido de o consentimento referido no artigo 124 do Projeto ser consentimento informado. Se ausente, a atuação médica será ilícita e terá enquadramento típico entre os delitos contra a incolumidade individual. (cf. Relatório da 1ª Subcomissão encarregada do Projeto, pág. 11).

28. Antonio Chaves, na sua obra "Direito à Vida e ao Próprio Corpo",

transcreve as conclusões alcançadas por Wanderby Lacerda Panasco, em "A Responsabilidade Civil, Penal e Ética dos Médicos", Forense, Rio, 1984, as quais, em consonância com a exposição aqui feita, são no sentido de:

"1. Admitir, como o fez Benjamim de Moraes, em mesa redonda, ser a esterilização, sob o ponto de vista penal, irrelevante, se realizada com o consentimento.

2. Admitir que o Código de Ética Médica precisa sofrer uma atualização diante das doutrinas jurídicas modernas e das próprias cominações socioeconômicas vigentes.

3. Admitir que a esterilização é uma referência que diz respeito, especificamente, à consciência dos cônjuges e à conduta ética de cada profissional.

4. Admitir que somente através do consentimento eficaz se torna evidente a sua licitude.

5. Reagir, veementemente, a todas as concepções, mesmo longínquas, que assinalem ou insinuem a esterilização como pena ou medida de segurança por uma condição tão aberrante que desprestigia até mesmo qualquer argumentação". (cf. Pág. 116).

São Paulo, agosto de 1995

IZABEL SOBRAL
Procuradora Municipal

*RECURSO ADMINISTRATIVO DA MUNICIPALIDADE DE SÃO PAULO AO SECRETÁRIO ESTADUAL DO MEIO AMBIENTE, VISANDO CANCELAMENTO DE MULTA IMPOSTA EM RAZÃO DA CONTINUIDADE DE OBRAS PÚBLICAS, CUJA PARALISAÇÃO FORA DETERMINADA PELO CONSELHO ESTADUAL DO MEIO AMBIENTE. DISCUTIDA A COMPETÊNCIA DO ESTADO-MEMBRO E DO MUNICÍPIO, RELATIVAMENTE À PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE.**

Celso A. Coccaro Filho – Procurador Municipal

Exmo. Senhor Doutor Edis Milaré, DD. Secretário de Meio Ambiente do Estado de São Paulo.

A Municipalidade de São Paulo, representada por seu Procurador abaixo assinado, vem à presença de V. Exa. para interpor recurso contra r. decisão proferida na Resolução SMA-8, de 11 de março de 1994, que lhe impôs multa por infração ao disposto no art. 34, incisos IV e IX do Decreto

* Trabalho destacado com louvor e recomendado para publicação pela comissão julgadora do prêmio "Oswaldo Aranha Bandeira de Melo".

Federal nº 99.274/90, requerendo digne-se V. Exa. a apreciar as razões adiante desenvolvidas e a deferir o pedido a final formulado:

I. Inexigibilidade de Garantia da Instância

I.1) A Secretaria Estadual do Meio Ambiente impôs à Municipalidade de São Paulo, por intermédio da Resolução SMA-8, publicada no D.O.E, em 11 de março de 1994, multa diária no valor de CR\$ 2.181.055,00, por infração aos incisos IV e IX do Decreto Federal nº 99.274/90, que regulamenta a Lei Federal nº 6.938/81, pela continuidade das obras do "Corredor Viário Sudoeste-Centro", sob o Parque do Ibirapuera, cuja paralisação foi objeto da Deliberação 47/93 do CONSEMA - Conselho Estadual do Meio Ambiente.

I.2) Em ofício dirigido ao DD. Sr. Prefeito Municipal, o Sr. Secretário Estadual do Meio Ambiente acrescentou ao aludido ato administrativo prazo para recolhimento da multa, coincidente com aquele estabelecido para a interposição deste recurso, mediante depósito de seu valor.

I.3) Ressalte-se que tal acréscimo, não constante da publicação da Resolução impositiva da multa, fuge ao princípio da publicidade que norteia os atos da Administração, segundo o art. 37 da Constituição Federal.

I.4) Assim, as disposições referentes ao recolhimento da multa e à apresentação de recurso, já denotam, pela omissão apontada, ilegalidade como ato administrativo "stricto sensu" podendo ser acatadas tão somente pelo seu teor interpelativo, surtindo efeitos apenas após o recebimento, pela Municipalidade, do ofício que comunica seu teor.

I.5) Abstraindo-se a irregularidade apontada, há outra, atinente não à forma, mas ao conteúdo da referida notificação, cuja ilegitimidade não permite seu acatamento.

I.6) Trata-se do condicionamento da admissibilidade deste recurso ao depósito prévio do valor da multa, ato cerceador da defesa da Municipalidade, e estranho aos dispositivos constitucionais referentes ao "due process of law".

I.7) Inicialmente, deve-se observar que a multa imposta é diária, circunstância que causa imprecisão quanto ao correto montante a ser deposti-

tado como garantia de instância, descartando-se, decerto, eventual e absurda ilação quanto à cumulatividade de tal importe, proporcional ao prazo que se levou para interpor o recurso.

I.8) Diga-se, ademais, que a publicação referente à imposição de multa (Resolução SMA-8) consigna sua correspondência a 66.170 BTN's, enquanto o ofício SMA 297/94 refere à equivalência a 6.170 BTN's, novamente gerando imprecisão quanto ao valor correto.

I.9) Também deve ser ressaltado que os Bônus do Tesouro Nacional já não podem ser utilizados como referência de valores, ou índice de correção monetária, diante de sua extinção, operada pelo art. 3º da Lei nº 8.177 de 1º de março de 1.991.

I.10) Tais irregularidades, aparentemente detalhes de somenos importância, assim não podem ser qualificadas, eis que refletem diretamente na interposição do recurso, diante do condicionamento de seu conhecimento ao depósito do valor.

I.11) No entanto, vão se agigantando, de forma a caracterizar real impedimento à apresentação de defesa, limitando a amplitude do contraditório.

I.12) Nesse sentido, cumpre consignar que o art. 14, inc. I, da Lei nº 6.938/81, estabelece que a multa imposta a transgressores de normas ambientais será simples ou diária, enquanto o art. 34 do Decreto 99.274/90, que a regulamentou, prevê apenas a cominação diária.

I.13) Tal discrepância explica-se pela previsão estampada no art. 38 do aludido Decreto, que estipula a pena diária em caso de "infração continuada", até a cessação da ação degradadora ao meio ambiente; ou seja, procedendo-se à interpretação integrativa das normas, conclui-se que a multa pode ser simples, ou diária, e não somente diária.

I.14) Assim, a infração que se atribui à Municipalidade haveria de, previamente, ser qualificada como "continuada", antes da aleatória imposição de valores.

I.15) Tal forma de proceder já acarreta na imposição da multa em sua expressão máxima, impedindo, pelo alto importe pecuniário, o depósito

de seu valor para apresentação de recurso.

I.16) E mais: o art. 43 do Decreto 99.274/90 estabelece, genericamente, a "garantia de instância" para apresentação de recurso contra a decisão impositiva de multas.

I.17) Ora, repetindo a perplexidade já demonstrada quanto à imprecisão de valores, tratando-se de cominação "pro rata die": como "garantir a instância", em caso de multa cujo valor se altera dia a dia?

I.18) Ressalte-se, também, que tal exigência não consta da Lei nº 6.938/81, procedendo o decreto regulamentador a restrição de direitos incompatíveis com o princípio constitucional da legalidade, que também norteia os atos administrativos.

Se a lei não estipula acerca do depósito, não é concebível o estabelecimento de sua obrigatoriedade por decreto, o qual não se presta a restringir direitos antes incondicionados.

I.19) Não é só.

Segundo o administrativista Celso Antonio Bandeira de Mello, "...procede do princípio da legalidade o princípio da proporcionalidade do ato à situação que demandou sua expedição. (Pub. "in" "Elementos de Direito Administrativo", pág. 31).

I.20) Analisando as sanções administrativas, a luz de tal princípio, o Magistrado Régis Fernandes de Oliveira assim preleciona:

"Não se pode atribuir à administração o descomedimento sancionatório. Nem mesmo a lei pode estipular gravame incompatível com a falta que se pretende punir".

("Infrações e Sanções Administrativas", RT, pág. 71)

I.21) Ocorre que o art. 34 do Dec. 99.274/90, estipula multa de 61,70 a 6.170 BTN's.

Ou seja, a multa de maior valor, imposto ao Município, é cem vezes superior à menor.

I.22) Também não houve motivação, fundamentação conhecida de tal estipulação. Guiou-se a SMA, simplesmente, pelo valor máximo.

Tal forma de agir importa em novo obstáculo à apresentação de recurso.

I.23) Se já se mostra censurável conferir ao administrador discricionariedade tão ampla, quanto à mensuração do importe da pena pecuniária, é inconcebível que o juízo de admissibilidade de recurso fique adstrito a idêntica discricionariedade.

I.24) Admitida a tese, abre-se espaço para arbitrariedades, com efeitos evidentemente perniciosos, restringindo-se o direito de recorrer — inegável modalidade de “direito subjetivo de defesa de direitos” — apenas ao abastado, submetendo-se unicamente à vontade discricionária do administrador.

I.25) Assim, somente concebível a “garantia de instância”, na hipótese, com valor previamente definido em lei.

I.26) Mantida a exigência, há evidente desrespeito ao princípio do contraditório e da ampla defesa, consagrados no art. 5º, LV, da Constituição Federal.

I.27) Resta violado, também o art. 5º XXXIV da Lei Maior, que garante o “direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos”, de forma gratuita.

I.28) Ainda não é só.

O art. 43 do Decreto 99.274/90 refere-se a recurso contra decisão impositiva de multa.

Refere-se, como se depreende de sua interpretação literal, de recurso hierárquico próprio, eis que deve ser dirigido a autoridades superiores.

I.29) Pressupõe processo administrativo prévio, que teria culminado na decisão recorrida.

Nada disso ocorreu.

Recorde-se que a Municipalidade foi compelida a apresentar novo EIA-RIMA, referente ao "Corredor Viário Sudoeste-Centro", viu as obras respectivas serem embargadas, e, ora, constrangida a pagar multa, sem que, até o momento, tenha tido oportunidade de defender-se a contento.

I.30) Assim, este "recurso", na realidade, apresenta-se como contestação, primeiro ato de oposição apto a gerar o contraditório, até então inexistente.

I.31) Tais ponderações agravam a exigência de depósito prévio, para conhecimento da matéria em primeira instância, contrariando o sentido do texto legal.

I.32) Destarte, requer digno-se V. Exa. a receber este Recurso, independentemente de depósito prévio, exigência que provoca cerceamento de defesa, violando os princípios constitucionais asseguradores da ampla defesa, do contraditório e do direito gratuito de petição aos Poderes Públicos.

II. Incompetência da autoridade estadual – ausência de permissivo legal para imposição da multa

II.1) Submete-se a Administração Pública de qualquer dos poderes dos entes federados ao princípio da legalidade, expresso no "caput" do art. 37 da Constituição Federal.

II.2) Nas palavras de Celso Antonio Bandeira de Mello, "os agentes do Poder Público nada mais são que fiéis executores da lei" (Ob. cit., pág. 59).

II.3) Ou, na clássica, mas nunca repetitiva, lição de Hely Lopes Meirelles:

"A legalidade, como princípio de administração, significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei, e às exigências do bem comum, e deles não pode se afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se à responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso.

A eficácia de toda a atividade administrativa está condicionada ao atendimento da lei.

Na Administração Pública, não há liberdade nem vontade pessoal.

A lei para o particular significa "pode fazer assim"; para o administrador público significa "deve fazer assim".

("Direito Administrativo Brasileiro", pag. 61)

II.4) As multas, como atos administrativos punitivos, de caráter pecuniário, não fogem à obediência de tal princípio.

Segundo o Magistrado Régis Fernandes de Oliveira, na página 39 da obra já citada,

"Inadmite-se fuga ao princípio da legalidade. Qualquer tipo infracional previsto em norma regulamentar sem autorização de lei será ilegal, o mesmo ocorrendo com a sanção imposta."

II.5) Afirma, ainda, que "... dependerá da lei a fixação da competência de alguma autoridade" (pág. 56).

II.6) Ocorre que, no âmbito da legislação estadual, inexistente a determinação de competência da Secretaria de Meio Ambiente para imposição de multas.

II.7) De fato, não se inclui no rol das competências atribuídas ao Secretário Estadual do Meio Ambiente, pelo art. 94 do Decreto nº 30.555, de 03 de outubro de 1989, aquela de impor multas às infrações ambientais.

II.8) Na esfera federal, a atividade fiscalizatória é atribuída ao IBAMA - Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis, autarquia criada pela Lei nº 7.735/89.

É a lei nº 8.005/90 que estabelece competência ao IBAMA não só para impor multas, como também para providenciar sua cobrança administrativa, a inscrição na dívida ativa e execução judicial.

O Decreto nº 99.274/90, em seu art. 3º, reconhece as atribuições do IBAMA, que integra o SISNAMA - Sistema Nacional do Meio Ambiente como órgão executor, restando à SEMA - Secretaria do Meio ambiente, no âmbito federal, competência supletiva.

II.9) No âmbito da administração estadual inexistente previsão legal semelhante.

A omissão legislativa não pode, evidentemente, superar-se por métodos "praeter legem", tais como a analogia, costumes ou princípios gerais de direito, dada a rígida observância ao princípio da legalidade, ao qual estão obrigatoriamente adstritos os atos administrativos.

II.10) Isto posto, não possui a SMA - Secretaria Estadual do Meio Ambiente, competência para impor multas, pela inexistência de permissivo legal.

Como corolário, e pedida a vênia, o Sr. Secretário Estadual do Meio Ambiente não é autoridade competente para imposição da multa referida.

II.11) Requer-se, pois, o reconhecimento da invalidade e ineficácia do ato administrativo, com efeitos "ex tunc", cancelando-se a multa imposta à Municipalidade.

III. Incompetência da autoridade estadual - invasão da competência político-administrativa e legislativa do Município de São Paulo

III.1) O ato impositivo de multa é inócuo, por implicar em invasão da competência político-administrativa e legislativa do Município de São Paulo, e ferir o princípio federativo.

III.2) É sabido que a atual Constituição elevou o "status" institucional dos Municípios, que ora constituem, ao lado dos Estados e Distrito Federal, a Federação Brasileira.

III.3) O art. 18 da Constituição Federal atribui-lhes autonomia, espraiada nos campos político, normativo, administrativo e financeiro.

Tal autonomia, portanto, erige-se como verdadeiro princípio constitucional, assegurado pelo art. 34, VII, "c" da Constituição Federal.

III.4) Ressaltando a profundidade e relevância da modificação introduzida pela Lei Maior, assim leciona o ilustre Constitucionalista José Afonso da Silva:

"Agora foi-lhes reconhecido o poder de auto-organização, ao lado do governo próprio e de competências exclusivas, e ainda com ampliação des-

tas, de sorte que a Constituição criou verdadeiramente uma nova instituição municipal no Brasil. Por outro lado, não há mais qualquer hipótese de prefeitos nomeados. Tornou-se plena, pois, a capacidade de autogoverno municipal entre nós.

A autonomia municipal, assim, assenta em quatro capacidades:

a) capacidade de auto-organização, mediante a elaboração de lei orgânica própria;

b) capacidade de auto-governo, pela eletividade do Prefeito e dos Vereadores às respectivas Câmaras Municipais;

c) capacidade normativa própria, ou capacidade de autolegislação, mediante a competência de elaboração de leis municipais sobre áreas que são reservadas à sua competência exclusiva e suplementar;

d) capacidade de auto-administração (administração própria, para manter e prestar os serviços de interesse local).

("Direito Constitucional Positivo", pág. 538)

III.5) Assim é que, no art. 23, cuida a Constituição das competências político-administrativas comuns, entre elas aquela do inciso VI: proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas.

III.6) Cabe ao município, portanto, na sua esfera de administração, e de forma autônoma, tomar as medidas que seus governantes julguem corretas para proteção ambiental, de forma independente, eis que, eleitos democraticamente, possuem mandato da população local para tanto.

III.7) Interpretações equivocadas da Lei Maior, ou costumes calcados na Carta anterior, podem gerar conclusões errôneas. A competência administrativa comum, prevista no art. 23 da Constituição Federal, não pode gerar confronto de atribuições.

Entendimento dessa natureza implica, em última análise, na plausibilidade da desconsideração da autonomia dos entes federados, entre os quais os municípios, ato flagrantemente inconstitucional.

Improcede também qualquer tentativa de solucionar eventual conflito pelo estabelecimento, "manu militari", de hierarquia entre os entes federados, atitude que torna o infrator passível de intervenção federal (art. 34 da Constituição).

III. 8) Em excelente artigo publicado no volume 2/1993 da "Revista Trimestral de Direito Público" ("Proteção ao Meio Ambiente na Constituição Brasileira", págs. 58/81), Luis Roberto Barroso observa que "... embora as competências sejam comuns, em princípio não há superposição de atribuições. São esferas distintas, autônomas de atuação."

III.9) Eventual conflito de atribuições deve ser solucionado pela atenta aplicação da própria Constituição, que oferece parâmetro suficientemente esclarecedor.

Assim o art. 30, inc. I, que estipula ser competência do município legislar sobre assuntos de interesse local.

Por exegese lógico-sistemática, conclui-se que, tratando-se de assuntos de interesse local, sobre os quais pode o município plenamente, de forma autônoma, legislar, pode também, "a fortiori", da maneira autônoma e independente, exercer a auto-administração que lhe é constitucionalmente atribuída.

III.10) O trabalho de hermenêutica normativa não deve terminar na Constituição, impondo-se a verificação, na legislação infra-constitucional, de consonância da tese levantada.

III.11) A Lei nº 6.938/81, embora anterior à Constituição, já previa a formação do SISNAMA - Sistema Nacional do Meio Ambiente, por órgãos e entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e Municípios (art. 6º), estes com competência para criar normas ambientais supletivas e complementares (par. 2º).

III.12) Também urge transcrever o art. 14, inc. II, do Decreto Federal 99.274/90:

Art. 14 - A atuação do SISNAMA efetivar-se-á mediante articulação coordenada dos órgãos e entidades que o constituem, observado o seguinte:

II - caberá aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, a regionalização das medidas emanadas pelo SISNAMA, elaborando normas e padrões e complementares.

III.13) O ex-Promotor de Justiça Paulo Affonso Leme Machado atingiu a correta percepção: Parece-nos que na competência para legislar sobre assuntos de interesse local estão compreendidas as competências privativa do Município e concorrente do Município. O fulcro da questão será constatar-se e comprovar-se a existência de "interesse local". ("O município e o direito ambiental", Revista Forense, 317/189).

III.14) E, no âmbito da legislação concorrente, é igualmente de menção obrigatória e oportuna a ilação de José Augusto Delgado: "A lei federal não pode, porém, afetar a autonomia do Município determinando, por exemplo, que se abstenha ou atue em certo sentido. ("Direito Ambiental e Competência Municipal", Revista Forense, 317/151).

III.15) Destarte, o município preserva sua autonomia administrativa, em assuntos de interesse local, sobre os quais pode legislar, privativa ou concorrentemente.

III.16) É necessário, no momento em que se estabelece tal conclusão, abrir parênteses entre os quais deve conter-se breve relato dos fatos que culminaram na imposição de multa à Municipalidade de São Paulo:

1º O projeto do "Corretor Viário Sudoeste-Centro" foi objeto de EIA-RIMA encomendado pela Municipalidade, elaborado pela firma JNS e analisado pela Secretaria Estadual de Meio Ambiente no Processo SMA 189/87;

2º A Secretaria aprovou o EIA-RIMA, elaborando, em 16 de dezembro de 1987, parecer favorável ao empreendimento;

3º Tal parecer foi aprovado pelo CONSEMA - Conselho Estadual do Meio Ambiente, em 22 de janeiro de 1988, por intermédio da Deliberação nº 001/88, que autorizou a instalação do empreendimento, com a ressalva da observância de 10 (dez) exigências e três recomendações, que de Termo de Compromisso a seguir assinado pela Municipalidade.

III.17) Tais os fatos, todos ocorridos antes da promulgação da atual

Constituição, quando a presente Administração Municipal, julgando prioritárias as obras, resolveu dar a elas novo impulso, sem executar nenhuma modificação no projeto original.

III.18) Duas conclusões fundamentais se impõem:

- houve aprovação do EIA-RIMA, apresentado, pelo CONSEMA, e a subsequente autorização para o início das obras:

- a Municipalidade agiu de acordo com as exigências dos órgãos estaduais porque então inexistentes órgãos próprios correlatos, integrantes do SISNAMA, até porque incipiente e meramente teorizada a autonomia organizacional, financeira, política e administrativa, dos municípios, anteriormente à Constituição de 1.988.

III.19) E, quase simultaneamente ao novo incremento dado às obras, foram criados, pela Lei nº 11.426, de 18 de outubro de 1993, a SMVA - Secretaria Municipal do Verde e do Meio Ambiente, e o CADES - Conselho Municipal do Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável, integrantes do SISNAMA - Sistema Nacional do Meio Ambiente, concretizando a competência legislativa do Município, para tratar de assuntos de interesse local, nos termos do art. 30, inc. I, da Constituição Federal.

III.20) Entre as competências do CADES, órgão colegiado eclético, composto por membros da comunidade, e representantes da União e do Estado de São Paulo, inclui-se a apreciação e pronunciamento sobre Estudos e Relatórios de Impacto Ambiental - EIA-RIMA, no âmbito do município de São Paulo.

III.21) A designação dos membros do CADES ocorreu em 11 de janeiro de 1994, por intermédio do Decreto nº 33.919.

III.22) Causa espécie, portanto, a interferência do CONSEMA, exigindo a realização de novo EIA-RIMA, através da deliberação 47 de 17 de dezembro de 1993, após a criação, um mês antes, de órgão municipal com funções idênticas do Conselho Estadual.

III.23) Evidente que as obras referidas são de interesse primordial e apriorístico do Município de São Paulo, não só pela sua localização, como também pela sua natureza — sistema viário — e amplitude do impacto

ambiental delas decorrentes, restrito ao âmbito local.

III.24) Logo, houve indevida ingerência do CONSEMA e da SMA em assuntos municipais, lesando sua autonomia político-administrativa.

III.25) Sendo inegável o liame causal entre a primeira exigência do CONSEMA, o posterior "embargo" imposto às obras (Deliberação 13/94) e a multa, assume esta, não só pelo laço etiológico, mas por acessoriedade e subsidiariedade, idêntica ineficácia.

III.26) Outro motivo pelo qual se requer a invalidação da multa, por patente ineficácia e invalidade.

III.27) É oportuno notar que em publicação no jornal "O Estado de São Paulo", de 09 de março de 1994, não somente o Sr. Secretário Estadual do Meio Ambiente, Dr. Edis Milaré, como também o DD. Governador do Estado, Dr. Luiz Antonio Fleury Filho, reconhecem a indevida intromissão do CONSEMA, lesiva à autonomia municipal.

IV. Invalidade do ato punitivo - inobservância do devido processo legal e inexistência de motivo determinante

IV.1) A multa estabelecida pela Resolução SMA-8/94 não resultou de processo administrativo legal. A Municipalidade não foi chamada a defender-se, exceto neste momento, quando já imposta a multa.

IV.2) Foi surpreendida com injuriosa seqüência de "faits accomplis": ora o CONSEMA, ora a SMA, tomavam decisões de óbvia repercussão para o Município de São Paulo, sem preocupar-se em ouvir sua Administração, condenada, sucessivamente, a observância de preceito, de fazer (apresentar novo EIA-RIMA), de não fazer (cessar as obras) e de dar coisa certa (pagar multa), esgotando as modalidades obrigacionais pertinentes ao objeto da prestação.

IV.3) Há, destarte, inequívoca lesão ao "due process of law", condenando-se "in absentia" a Municipalidade de São Paulo, tornada revel sem ter sido citada.

IV.4) Não é só.

A Municipalidade, "in casu", assumiu — ainda que ilegalmente, involuntariamente e sob protesto — a posição de administrada, de subalterna, perante órgãos estaduais.

IV.5) Assim, torna-se sujeito passivo do art. 5º, inc. II, da Constituição, encontrando-se obrigada a fazer ou deixar de fazer algo somente em decorrência da lei.

Ora, as resoluções do CONSEMA e da SMA, certamente, não se incluem nesta categoria normativa, e não encontram reflexo na legislação positiva.

Além do que, tanto um quanto outro órgão foram criados por decretos, e não por lei, ao contrário da Secretaria Municipal do Verde e do Meio Ambiente e do CADES, o que gera invencível polêmica, a respeito de conflito normativo hierárquico.

IV.6) A desatenção ao devido processo legal repercute também na fixação do valor da multa, imotivadamente, injustificadamente, pelo valor máximo.

IV.7) Ocorre que o Decreto 99.274/90 estabelece critérios de mensuração da pena, elencando circunstâncias agravantes e atenuantes, em seu art. 37, incs. I e II, não remetendo a fixação da multa à discricionariedade do administrador.

IV.8) Tal observação encontra-se intimamente ligada a outra, de poder de convencimento ainda superior: a multa foi imposta por infração a dispositivos de lei, sendo necessariamente decorrente, portanto, de ato administrativo vinculado.

Segundo o Magistrado Régis F. de Oliveira (Ob. cit., pág. 65).

"A sanção pode defluir do texto legal, hipótese em que será vinculada, bem como pode ser imposta mediante procedimento administrativo ou simples ato".

IV.9) Ao que consta, teriam sido violados os incisos IV e IX do Decreto Federal 99.274/90, diante da desobediência à Deliberação 47/93 do CONSEMA e ao embargo determinado pela Resolução SMA-7.

IV.10) Sendo ato vinculado, a imposição da multa é inválida, caso discordantes os fatos de tipificação legal, ou, ainda, inexistentes os motivos que a determinaram.

IV.11) Cumpre repetir o trabalho de subsunção levado a contento pela SMA: determina o art. 34 do Dec. 99.274/90 a imposição de multa quando o infrator:

IV - Exercer atividades potencialmente desagradoras do meio ambiente sem a licença ambiental legalmente exigível ou em desacordo com a mesma;

IX - desrespeitar interdições de uso, de passagem e outras estabelecidas administrativamente para a proteção contra a degradação ambiental.

IV.12) Como visto em breve relato dos fatos, já plenamente conhecidos pela SMA, a Municipalidade não descuroou da obtenção da licença ambiental, que, aliás, logrou obter.

IV.13) O EIA-RIMA então exigível pela Autoridade Estadual foi elaborado e aprovado; embora equivocada a concepção de "coisa julgada administrativa" dotada de efeitos "erga omnes", é certo ter ocorrido preclusão administrativa, sendo admissível alteração na decisão então proferida pelo CONSEMA e pela SMA, somente diante de alteração fática substancial.

IV.14) Note-se, contudo, que os fatos não se alteraram; o projeto original foi integralmente mantido, e o local das obras não sofreu qualquer modificação.

A retomada das obras não poderia, validamente, ter motivado a exigência de estudo de impacto ambiental.

IV.15) E mais: caso tivesse ocorrido modificação fática ensejadora de novo EIA-RIMA, somente o CADES poderia tê-lo exigido, como órgão competente para cuidar de assuntos de interesse local.

IV.16) Eventual intervenção de órgãos estaduais ou federais somente encontraria justificativa caso a Administração Municipal houvesse incorrido em grave omissão, ou agido de modo a causar danos ao meio ambien-

te, objeto apriorístico da tutela legal.

Esta, aliás, a única hipótese válida de ingerência do Estado em assuntos municipais, na defesa do "interesse público primário", concebido pelo administrativista italiano ALESSI.

IV.17) Ocorre que o CONSEMA e a SMA não atuaram em caráter emergencial; simplesmente, tomaram a dianteira em assuntos alheios à sua esfera de competência.

Agiram os órgãos do Estado de São Paulo, aqui, tão somente na defesa de "interesse secundário", que se caracteriza por "... nele (Estado) encarnar-se pelo simples fato de ser pessoa" (Celso Antonio Bandeira de Mello, Ob. Cit., pág. 54).

E, como "pessoas", tais órgãos agiram sem atentar para o interesse maior, e de maneira incorreta, precipitando-se e atirando-se contra a autonomia administrativa que a Constituição Federal garante, até "manu militari", ao Município de São Paulo.

IV.18) Inexistiu, assim, o primeiro fato imputado à Municipalidade.

IV.19) Quanto ao segundo, deve-se acentuar a manifesta ilegalidade e ilegitimidade do embargo imposto, pelos motivos já exaustivamente frisados.

IV.20) Além do que, há evidente contradição no comportamento do CONSEMA, eis que, no item "2" da Deliberação 47/93, decidiu-se:

"Garantir a continuidade das obras iniciadas nesta gestão da Administração Municipal de São Paulo, sem prejuízo das questões levantadas por este relatório" (refere-se ao "Relatório Conjunto Comissão Especial do CPOSEMA/DAIA", sobre o acompanhamento das obras).

IV.21) Manifesta, pois, a intenção inicial do CONSEMA: não paralisar as obras.

Por deliberação própria, cuidou de afastar eventual prejudicialidade entre a exigência de novo EIA-RIMA e a continuidade das obras.

IV.22) Ora, tal decisão vinculou todos os atos posteriores.

É surpreendente a determinação de embargo das obras, quando sequer se cogitou da hipótese, ainda como penalidade pela não realização de novo EIA-RIMA.

IV.23) Ressalte-se, por derradeiro, que a Deliberação nº 47/93 do CONSEMA denota que o EIA-RIMA adicional não constituía providência urgente, já que não foi tido como essencial para o prosseguimento das obras.

IV.24) Assim, tanto pela vinculação à letra da lei, quanto pela vinculação ao apregoado motivo que o determinou, o ato impositivo da multa é nulo, eivado de "detournement de pouvoir", devendo assim ser reconhecido por este Ínclito Órgão.

Conclusão

Diante do exposto, deve ser cancelada a multa imposta à Municipalidade de São Paulo, pela Resolução SMA-8/94, notificada pelo Ofício nº 297/94, invalidando-se o ato administrativo que a concretizou, retroagindo a decisão ao momento da efetivação da mencionada Resolução.

Termos em que,

p. deferimento.

São Paulo, 15 de abril de 1994

CELSO A. COCCARO FILHO
Procurador Municipal

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 digne-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 fê-lo 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 saciedade, 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 expresso 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

DECRETAÇÃO DE EXPROPRIAÇÃO POR INTERESSE
SOCIAL. CONJUNTOS HABITACIONAIS EM
CONSTRUÇÃO. EXPECTATIVA DE DIREITO.
INEXISTÊNCIA DE LUCROS CESSANTES.
AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. IMPROCEDÊNCIA. *

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de APELAÇÃO CÍVEL nº 234.867-2/5, da Comarca de SÃO PAULO em que é apelante KALLAS ENGENHARIA E EMPREENDIMENTOS LTDA; atual denominação de NOVA FORMA PROJETOS ADMINISTRAÇÃO E CONSTRUÇÕES LTDA., sendo apelada PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO: .

* Com trânsito em julgado

ACORDAM, em Décima Quarta Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por votação unânime, negar provimento ao recurso, de conformidade com o relatório e o voto do Relator, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas na forma da lei.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RUITER OLIVA (Presidente) e FRANKLIN NEIVA, com votos vencedores.

São Paulo, 21 de junho de 1994.

BRENNO MARCONDES
Relator

VOTO Nº 42 62

APELAÇÃO CÍVEL Nº 234.867.2/95 - SÃO PAULO

APELANTE: KALLAS ENGENHARIA E EMPREENDIMENTOS LTDA.

APELADO: PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO

Trata-se de ação de indenização ajuizada por Kallas Engenharia e Empreendimentos Ltda. contra a Prefeitura Municipal de São Paulo alegando que por contrato firmado em 20.2.89, ela e a Sociedade Construtora Ferreira de Souza S/A ajustaram um empreendimento para edificar em sete quadras de terreno, conjuntos habitacionais com a venda das unidades a terceiros e recebimento do preço. Ficou encarregada da elaboração do projeto, de inscrevê-lo no Registro de Imóveis, executá-lo e vender as unidades, recebendo 65% do produto líquido das vendas. Elaborado o projeto passou à construção e divulgação da obra, instalando no local "stands" de vendas além de elaborar o projeto relativo a outras três quadras, submetendo-os a órgãos competentes da ré que declarou de interesse social, para desapropriação, tanto as quadras com projetos aprovados e em execução, quanto as com projeto já protocolado e pendente de aprovação. Em face dos pre-

juízos que sofreu requer a condenação da ré no pagamento do que deixou de ganhar no empreendimento, das custas e honorários advocatícios.

O Dr. Juiz, pela r. sentença de fls. 228/232, julgou improcedente a ação, condenada a autora ao pagamento das custas e despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% do valor atribuído à causa, devidamente atualizado, e inconformada apela pugnando pela reforma da r. sentença

Contra-razões às fls 246/252.

Correto o processamento, relatados.

Insurge-se a apelante contra a r. sentença alegando que logo após ter a Municipalidade de São Paulo declarado os terrenos de interesse social ajuizou ação expropriatória contra a proprietária e a perícia então realizada naquela ação apurou em favor da expropriada, além do valor do terreno, a ocorrência de prejuízo decorrente da paralisação do empreendimento (35%) que foi acolhido pela sentença (fls. 219/221). Diz ainda que na perícia produzida naquela ação expropriatória o perito demonstrou que deduzidos todos os custos e despesas imagináveis, inclusive os financeiros, o lucro seria certo e que com a desapropriação a expropriada sofreu diminuição de patrimônio, perdeu lucro certo por ato precipitado da apelada, sendo justa a reclamação desse prejuízo.

Afirma que o Dr. Juiz não poderia ter conhecido diretamente do pedido e sentenciado o feito sem antes colher as provas pelas quais havia protestado, pois o prejuízo que suportou poderia ser comprovado através dela como se fez na ação de desapropriação e, se descartada a perícia, não se pode resumir a matéria em discussão, como se fez na r. sentença de molde a criar confusão entre o conceito de dano emergente e lucro cessante. Sustenta que a desapropriação foi precipitada e desnecessária, uma vez que até agora nenhuma obra foi iniciada no local, enquanto que nas quadras que não foram desapropriadas as obras foram concluídas e daí pretende a condenação da apelada no pagamento de indenização em face do que deixou de ganhar com o empreendimento caso este fosse levado adiante.

Não há como dar guarida à pretensão da apelante, pois, de fato imaginado direito que a autora alega não mais ter, somente nasceria quando

todas as unidades habitacionais, superados os inúmeros encargos por ela assumidos no contrato de fls. 62/71, já tivessem sido edificadas e prontas para serem colocadas no mercado para comercialização. Porém, tal fato gerador do pretendido direito, sequer chegou a se consumar.

Ademais, conforme salientado pela própria apelante em sua réplica (fls. 147/148) "A oportunidade para a inscrição do projeto não tinha se verificado, quando sobreveio o decreto expropriatório, interrompendo o empreendimento que compreendia o projeto e dessa forma fica demonstrado que na realidade a apelante tinha mera expectativa de direito, não se podendo falar em direito adquirido, que certamente daria ensejo à indenização pleiteada pela apelante.

ULDERICO PIRES DOS SANTOS (A Responsabilidade Civil na Doutrina e na Jurisprudência, Forense, 1984, pg. 110) leciona que "*.....a prestação indenizatória deverá ser igual ao que o ofendido desembolsou para recuperar-se dos efeitos do dano e ao que deixou de lucrar porque ele o impediu de obter essa vantagem.*

Não basta, à evidência, o autor alegar a perda de eventuais lucros que teriam sido gerados em seu favor se não houvesse sofrido as consequências do evento. Ele precisa comprovar, de modo escorreito, com segurança e inequivocamente que o prejuízo que sofreu foi uma resultante do ato ilícito ou do descumprimento do contrato. Em absoluto bastará a causa provável, pois não se afere valor econômico pesando previsão do que poderia suceder ou não, isto é, de algo apenas criado ou concebido pela imaginação fantasiosa do ofendido."

Para que possam ser passíveis de indenização, os lucros cessantes "*.....devem se fundados em bases seguras, de modo a não compreender os lucros imaginários ou fantásticos. Nesse sentido é que se deve entender a expressão legal: razoavelmente deixou de lucrar"*.

A simples alegação de um lucro que poderá ser obtido com os proventos esperados do contrato que não foi executado não pode ser objeto de indenização, por isso que se trata de uma impossibilidade ou expectativa, em que predomina o arbítrio ou o capricho do reclamante (cf. Cunha Gonçalves, ob. cit. p. 509), quando não haja nisso tudo apenas uma ilusão ou fantasia" (Código Civil Brasileiro Interpretado, Livraria Freitas Bastos S/A 9ª ed., 14/256).

E com referência ao lucro cessante a jurisprudência tem se norteado no sentido de que **".....sabido é que se apura em execução apenas o que ficar devidamente evidenciado no processo de conhecimento, pois não se indenizam esperanças desfeitas, lucros potenciais, hipotéticos, abstratos, porque prejuízo é tipicamente fato"** (Orlando Gandolfo, Acidentes de Trânsito e Responsabilidade Civil, Ed. RT, 1985, p. 342).

Sustenta ainda a apelante que o Dr. Juiz não poderia ter conhecido diretamente do pedido e sentenciado o feito sem que antes tivesse colhido as provas pelas quais havia protestado pois, só assim é que a existência do prejuízo poderia ser esclarecida, através de perícia, como foi feito na ação de desapropriação. Tanto que na expropriatória, a r. sentença adotou o laudo do perito judicial e determinou o pagamento da indenização dos terrenos expropriados e mais a indenização pelos lucros que a expropriada (Construtora Ferreira Souza S/A) deixou de auferir, e pretende que aquela perícia sirva de prova na presente demanda inclusive para se evitar decisões conflitantes e não sendo assim, deveria o Dr. Juiz ter determinado a realização de prova pericial para que fossem apurados os prejuízos causados pela ora apelada.

A simples existência de projeto para construção de casas, por si só não significa que a apelante obrigatoriamente iria obter um **"lucro"** e principalmente, **"um lucro antecipadamente previsto"**.

O sucesso do empreendimento, sabe-se, depende de inúmeros fatores circunstanciais, e em todo empreendimento o que existe, na realidade é **"mera previsão de um lucro futuro"**.

Ao contrário do que pretende a apelante, a perícia se mostrava de fato desnecessária por ser a matéria em discussão unicamente de direito, e assim, perfeitamente dispensável pelo que nego provimento ao recurso.

Brenno Marcondes

ACÓRDÃO

Vistos, relatado e discutidos estes autos de EMBARGOS DE DECLARAÇÃO Nº 234.867-2/7-01, da Comarca de SÃO PAULO, em que é

embargante KALLAS ENGENHARIA E EMPREENDIMENTOS LTDA.,
sendo embargada a PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO:

ACORDAM, em Décima Quarta Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por votação unânime, rejeitar os embargos, de conformidade com o relatório e voto do Relator, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RUITER OLIVA(Presidente) e FRANKLIN NEIVA, com votos vencedores

São Paulo, 27 de setembro de 1994.

BRENNO MARCONDES
Relator

VOTO 4.505

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO 234.867-2/7-01 SÃO PAULO
EMBARGANTE - KALLAS ENGENHARIA E EMPREENDIMENTOS
LTDA.
EMBARGADA - PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO

A embargante ajuizou ação de indenização contra a Municipalidade de São Paulo alegando que firmou com a Sociedade Construtora Ferreira Souza S/A a construção de conjuntos habitacionais que, quando prontos, seriam por ela comercializados pelo que receberia 65% do produto líquido das vendas. O projeto já estava protocolizado na repartição competente e aguardava aprovação quando houve a desapropriação dos terrenos onde seriam construídos inviabilizando empreendimento daí ter movido ação pela qual objetivou o ressarcimento "pelos prejuízos com a desapropriação condenada a Municipalidade a lhe pagar o que deixou de ganhar".

A ação foi julgada improcedente e inconformada apelou a embargante pugnando pela reforma da sentença e esta Col. Turma Julgadora negou provimento ao recurso entendido que a embargante somente poderia ter

direito e eventual indenização "quando (e se) todas as unidades habitacionais tivessem sido construídas e prontas para serem colocadas no mercado", a significar nada mais nada menos que "um suposto lucro a ser eventualmente obtido com vendas futuras e incertas não lhe daria o direito de receber a indenização pretendida."

Ingressa agora com os presentes Embargos de Declaração apontando omissão e contradição no v. Acórdão de fls. 269/273, por não abordados de forma abrangente os artigos 1.059 e 1.060 do Código Civil.

Correto o processamento.

Rejeitam os embargos, inexistente a apontada omissão ou falha que enseje sua declaração .

O Juiz não está obrigado a responder todas as alegações das partes quando já tenha encontrado motivo suficiente para fundar a decisão, nem se obriga a ater-se aos fundamentos indicados por elas, e muito menos a responder um a um todos os seus argumentos (RJTJESP, LEX, vols. 104/340, 11/414, 155/207). O mais importante é que se considere a causa posta de maneira a ficar suficientemente claras as razões pelas quais se concluiu o "desisum", **ainda que estas não venham sob o contorno do exame da prova e diante dos textos jurídicos que às partes se afigure o adequado.**

A função dos tribunais nos Embargos de Declaração, não é a de responder questionários sobre meros pontos de fato, mas sim, dirimir dúvidas, obscuridades, contradições ou omissões (RTJ 103/269) e as divergências existentes só podem caber em novo recurso, quando sobra infringência a aproveitar-se.

Não consta obrigação de responder a todas as alegações que a parte ofertar, bastando aos julgadores exporem os fundamentos que ao ver eram adequados para a solução da lide (RJTJESP 104/340) e se o embargante entender que sob fundamentos diversos deveriam ser examinadas as ponderações, isso não se entretém na temática de Embargos Declaratórios.

Segundo o Prof. JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, "..... A dúvida é um estado de espírito, que se traduz na hesitação entre afirmar e negar algo. Toda dúvida é, necessariamente, subjetiva. Não se

concebe que exista dúvida num acórdão, nem em qualquer outra decisão judicial: se o órgão decidiu, neste ou naquele sentido, há de ter por força superado as dúvidas.... A dúvida que pode ocorrer está em quem, ouvindo ou lendo o teor da decisão, não logre apreender-lhe bem o sentido." (in Comentários ao Código Processo Civil, vol. V, pg. 422).

Se a parte sustenta malferidas estas ou aquelas normas e o Acórdão, com motivação pertinente à lide, chega a diverso resultado, afigura-se evidente que aquele entendimento não vicejou. Aliás, tanto a sentença, como o Acórdão lavrado a nível de reexame, contém os fundamentos jurídicos suficientes à prestação jurisdicional, inexistindo obrigatoriedade à menção expressa a este ou àquele dispositivo legal, ou, até, a determinado fato, quando de seu contexto é perceptível a respectiva consideração e pelo resultado de seu julgamento.

Tem-se, em primeiro lugar, que o Acórdão deva ser lido por inteiro e, sobretudo, compreendido, antes que se venha apontar equívocos que ele, desenganadamente, não contém e não cabem embargos declaratórios com a finalidade de mostrar que o Acórdão não teria refutado de modo satisfatório os argumentos expendidos, sendo, assim, omisso.

A omissão, a que alude o inciso II, do art. 535, do CPC, é **sobre o ponto que deveria ter sido decidido e não foi**, e não basta a omissão sobre argumento da parte, eis que este pode ser repellido implicitamente.

Não se ressente o julgado de dúvidas, obscuridades, contradições ou omissões, pelo que ficam rejeitados.

Brenno Marcondes

IPTU. ILEGITIMIDADE "AD CAUSAM" DO LOCATÁRIO.
AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL. EXTINÇÃO
DO PROCESSO.

PRIMEIRO TRIBUNAL DE ALÇADA CIVIL DO ESTADO
DE SÃO PAULO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de APELAÇÃO nº
547.135/8, da Comarca de São Paulo, sendo apelante CONCRETON SER-
VIÇOS DE CONCRETAGEM LTDA., e apelado MUNICIPALIDADE DE SÃO
PAULO.

IMPOSTO - Predial e Territorial Urbano - Anulatória de débito fiscal - Município de São Paulo - Exercício de 1992 - Impugnação do lançamento pela locatária do imóvel - O ônus do pagamento do tributo não outorga direito de invalidá-lo - Hipótese que não se ampara nos artigos 34, 121 e 135 do CTN - Inteligência do artigo 3º e 6º do CPC - Caso de extinção do processo (art. 267, VI do CPC) - Recurso desprovido, prejudicado o exame de mérito.

ACORDAM, em Décima Câmara do Primeiro Tribunal de Alçada Civil, por votação unânime, negar provimento ao recurso, prejudicado o exame de mérito.

Cuida-se de ação anulatória de débito fiscal, cuja r. sentença de fls. 86/88, adotado o seu relatório, afastou a preliminar argüida pela ré, de ilegitimidade ativa, e julgou a ação improcedente.

Inconformado, apela o vencido sustentando, novamente, ilegal a cobrança do IPTU do exercício de 1992, porque a Lei Municipal nº 11.152/92 está aplicando a alíquota progressiva, com caráter confiscatório ou penal, o que é vedado pela Constituição Federal. Postula, desse modo, o provimento do recurso, para que a ação seja julgada procedente.

Recurso tempestivo, respondido e preparado.

É o relatório.

Não só por ter a Municipalidade reiterado nas contra-razões a postulação da ilegitimidade ativa "ad causam" da apelante, cabe o seu reexame, pois trata de questão que deve ser apreciada "ex-officio" (RSTJ 5/363).

Assim, tem-se que, na espécie, a autora, na condição de locatária só se obrigou no contrato ao pagamento do IPTU, inexistindo qualquer cláusula contratual que a autorize impugnar o lançamento do aludido tributo (fls. 41/450 - cláusulas 13ª e 14ª). A locatária, ademais, não é possuidora no exato sentido do art. 34 do CTN, porque, na realidade, não figura como contribuinte. Sua posse, assim, não exterioriza aparência do exercício do domínio.

Desse modo, para intentar ação anulatória do tributo, haveria de ser autorizada a tal pelo locador, pois do contrário também não se enquadrará nas hipóteses do art. 121, inciso II, do Código Tributário Nacional.

Sem essa autorização nem mesmo poderá impugnar o valor do tributo, em face do art. 135 do mesmo Código Tributário Nacional, que está a invalidar seja o efeito de lei do contrato oposto à Fazenda Pública. A autorização da impugnação, assim, seria uma outorga de poderes para que viesse, em nome do locador, postular a anulação do tributo. Não havendo essa autorização, embora tenha interesse, não está a possuir a locatária direito subjetivo próprio, de modo a lhe dar legitimidade (arts. 3º e 6º do CPC).

A r. sentença, pois, deve ser confirmada, mas mudando-se o fundamento e a parte dispositiva, para extinção do processo, sem apreciação do mérito, nos termos do art. 267, inciso VI, do Código de Processo Civil.

Diante do exposto, nega-se provimento ao recurso, prejudicado o exame do mérito.

Presidiu o julgamento, com voto, o Juiz PAULO HATANAKA e dele participou o Juiz REMOLO PALERMO (revisor).

São Paulo, 25 de abril de 1995

ANTONIO DE PÁDUA FERRAZ NOGUEIRA
Relator

IPTU. PROGRESSIVIDADE. AÇÃO DIRETA DE
INCONSTITUCIONALIDADE. IMPROCEDÊNCIA.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ACÓRDÃO

EMENTA

IPTU - Progressividade de alquotas, graduadas conforme o valor dos imóveis - Distinção entre imóveis destinados exclusivamente à residência e demais casos - Constitucionalidade de um e de outro critério - Ação direta de inconstitucionalidade improcedente. Votos vencidos.

Não viola a Constituição; antes a ela dá cumprimento a progressividade de alíquotas do IPTU, graduada conforme o valor dos imóveis.

A distinção entre imóveis destinados exclusivamente a residência e demais casos não viola o princípio da isonomia tributária.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI nº 14.927-0/8, da Comarca de SÃO PAULO, em que é requerente o PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA e requerido o MUNICÍPIO DE SÃO PAULO:

ACORDAM, em Sessão Plenária do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por votação unânime, rejeitar as preliminares e, majoritariamente, julgar improcedente a ação, vencidos os Desembargadores SILVA LEME, REBOUÇAS DE CARVALHO, MÁRCIO BONILHA, RENAN LOTUFO, OETTERER GUEDES, CUBA DOS SANTOS, VISEU JÚNIOR e ÁLVARO LAZZARINI, de conformidade com o relatório e voto do Relator, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Participaram do julgamento os Desembargadores YUSSEF CAHALI (Presidente, sem voto), LAIR LOUREIRO, CUNHA CAMARGO, BUENO MAGANO, CUNHA BUENO, NÉLSON FONSECA, NÉLSON SCHIESARI (com declaração de voto), DJALMA LOFRANO, JOSÉ OSÓRIO, GENTIL LEITE e JOSÉ CARDINALE, com votos vencedores e SILVA LEME, REBOUÇAS DE CARVALHO, MÁRCIO BONILHA, RENAN LOTUFO (com declaração de voto), OETTERER GUEDES, CUBA DOS SANTOS, VISEU JÚNIOR e ÁLVARO LAZZARINI, vencidos, em parte.

São Paulo, 7 de junho de 1995

YUSSEF CAHALI
Presidente

SALLES PENTEADO
Relator

VOTO Nº 8124

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 14.927-0/8 -
SÃO PAULO

RCTE.: PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA

RCDO.: MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

Vistos.

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, proposta pelo Exmo. Sr. Procurador Geral de Justiça, que visa à declaração da inconstitucionalidade da Lei nº 11.152, de 30 de dezembro de 1991, na parte em que alterou a redação dos artigos 7º e 27, com os respectivos incisos e parágrafos, da Lei Municipal de São Paulo nº 6.989, de 29 de dezembro de 1966, com a redação que deram as Leis de nºs 10.394, de 20 de novembro de 1987; 10.805, de 27 de dezembro de 1989 e 10.921, de 20 de dezembro de 1990.

O primeiro dos dispositivos impugnados refere-se ao imposto predial.

O outro, ao imposto territorial urbano.

Este último, pela redação originária da Lei nº 6.989, de 1966, tinha alíquotas progressivas, conforme a situação do imóvel.

Aquele tinha uma alíquota única, de 1,2% do valor venal do imóvel.

A Lei nº 10.394, de 1987, instituiu a progressividade, graduada pelo valor venal do imóvel, seja para um, seja para outro dos impostos, distinguindo, quanto ao predial, entre imóveis destinados exclusivamente a residência e "demais casos".

A alíquota mínima, quanto aos primeiros, ficou em 0,8%, para os imóveis de valor até 30 UFM e a máxima em 2,0% para os de valor superior a 1.000 UFM.

Quanto aos "demais casos", os de valor até 80 UFM ficaram sujeitos a uma alíquota de 1,2% do valor e os de valor superior a 1.000 UFM, a uma de 2,2%.

A Lei nº 10.805, de 27 de dezembro de 1989, manteve o sistema da progressividade.

Os imóveis residenciais de valor até 200 UFM ficaram sujeitos a uma alíquota de 0,20% e os de valor acima de 8.300 UFM, a uma de 1,40% do valor.

Quanto aos "demais casos", a alíquota mínima era de 0,20% sobre o valor e de 1,80%, a máxima: aquela incidia quando o imóvel valesse até 80 UFM e esta, quando tivesse valor superior a 21.000 UFM.

O imposto territorial ficou com uma alíquota mínima de 0,40%, se o imóvel valesse até 50 UFM e com uma alíquota máxima de 5%, se o valor superasse 9.000 UFM.

A Lei nº 10.921, de 30 de dezembro de 1990, continuou com o sistema de alíquotas progressivas sobre o valor do imóvel, fixando-a em 0,08%, se valesse até 200 UFM e em 0,80%, se superasse 15.000 UFM.

Isto, relativamente aos imóveis residenciais.

Quanto aos "demais casos", havia uma alíquota mínima de 0,13%, se o imóvel valesse até 80 UFM; se o valor superasse 15.000 UFM, a alíquota era de 1,60%.

O imposto territorial urbano não sofreu alteração.

Finalmente, a Lei nº 11.152, de 30 de dezembro de 1991, continuando com o sistema de alíquotas progressivas, conforme o valor do imóvel, classificando-os em cinco graduações, se residenciais, fixou uma alíquota mínima de 0,2%, para os imóveis de valor até 550 UFM e de 1%, se o valor supera 15.000 UFM.

Os imóveis de destinação não residencial classificaram-se em oito graduações, com uma alíquota mínima de 0,60%, se o valor vai até 80 UFM e uma de 2,40% máxima, se o valor supera 10.000 UFM.

O imposto territorial ficou com uma alíquota mínima de 0,75%, se o valor é até 50 UFM e com uma de 5%, se supera 9.000 UFM.

Sustenta a inicial que este sistema de alíquotas progressivas e que a distinção entre imóveis destinados exclusivamente à residência e os "demais casos" violam os artigos 160, § 1º; 163, inciso II; 111 e 144 da Constituição do Estado.

A progressividade, graduada pelo valor do imóvel, viola, diz-se, o artigo 160, § 1º, da Constituição do Estado, porque este texto constitucional exige que a graduação do imposto se faça "segundo a capacidade econômica do contribuinte", estatuidando que esta se avalie, não por um único imóvel, mas sim, por todo o patrimônio, pelos rendimentos e pelas atividades econômicas do contribuinte.

A graduação das alíquotas, pelo valor somente do imóvel, valor que já constitui a base de cálculo do tributo, faz com que este assumam caráter confiscatório.

A distinção entre imóveis destinados exclusivamente à residência e "demais casos", acrescenta-se, viola o princípio da isonomia tributária, consagrado pelo inciso II do artigo 163 da Constituição do Estado, que proíbe tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente e distinção, "em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida".

Os dispositivos impugnados, por outro lado, enfrentariam o artigo 111 da Constituição do Estado, que institui princípios, entre outros, da obediência à moralidade e ao interesse público, pela administração direta, indireta ou fundacional de quaisquer dos Poderes do Estado, o que se comprova pelos protestos generalizados, que se seguiram à publicação da última das leis mencionadas, como se vê dos recortes de imprensa, que instruem a inicial.

O artigo 144 da Constituição do Estado teria sido, também, malferido, porque ele obriga a submissão da Lei Orgânica de cada Município aos princípios da Constituição Federal e dela própria.

A decisão de fls. 67-68, do Exmo. Sr. Presidente desta Corte, deferiu liminar, para a "suspensão cautelar da eficácia do artigo 1º da Lei

Municipal de São Paulo nº 11.152, de 30.12.91, na parte que altera a redação dos artigos 7º e 27 e respectivos parágrafos da Lei nº 6.989, de 29.12.66 e suas posteriores modificações, por quarenta dias, ressalvando, contudo, a exigência da obrigação tributária, pela alíquota inicial de 0,2%, fixada no aludido dispositivo legal", determinando o recálculo do tributo.

Citado para o processo, o Exmo. Sr. Procurador Geral do Estado pediu sua exclusão dele, argumentando que a espécie não configura hipótese na qual lhe incumba a defesa do ato impugnado, a ele atribuída "no que couber" pelo § 2º do artigo 90 da Constituição do Estado.

A liminar foi impugnada por um agravo regimental (fls. 95-108).

O recurso não obteve provimento, ficando vencidos os eminentes Desembargadores BUENO MAGANO e FREITAS CAMARGO, que o proviam (fls. 121-144).

A Municipalidade ajuizou uma reclamação perante o Colendo Supremo Tribunal Federal, sustentando que o Município recebe sua competência tributária, em plenitude, diretamente da Constituição da República, de modo que não há como confrontar sua legislação tributária com a Constituição Estadual, que dela, de resto, não cuida; que inexistente ação direta de inconstitucionalidade de lei municipal perante a Constituição da República, de modo que, repetindo os preceitos da Constituição Estadual, tidos como violados, outros idênticos, da Lei Magna da República, na realidade, a ação é de inconstitucionalidade perante esta última, faltando à ação proposta possibilidade jurídica e legitimidade "ad causam" ativa ao demandante; que falta a este Egrégio Tribunal competência para processar e julgar ações de inconstitucionalidade, perante a Constituição Federal; que carece o Procurador Geral de Justiça do Estado de legitimação ativa para ação de inconstitucionalidade, argüida perante a Constituição Federal, tanto que foi declarada a inconstitucionalidade da anterior Constituição deste Estado, em V. Acórdão confirmado pelo Colendo Supremo Tribunal Federal (RTJ, 124/266) e que na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 374-0, decisão liminar suspendeu a vigência do inciso XI do artigo 74 da atual Carta Paulista.

A reclamação tomou o nº 383-3, no Colendo Supremo Tribunal Federal.

Dela foi Relator o eminente Ministro MOREIRA ALVES, que examinou todas as questões suscitadas e, em longo, profundo e erudito voto, terminou por tomar conhecimento da reclamação e por julgá-la improcedente (fls. 524-563).

A questão foi objeto de divergência e submetida a estudo acurado, também, dos demais e eminentes Ministros, terminando por prevalecer o voto do Relator, julgada improcedente a reclamação, ficando vencidos os eminentes Ministros FRANCISCO REZEK, CARLOS VELLOSO, CELSO DE MELLO e SEPÚLVEDA PERTENCE (fls. 493-685).

Consignou-se ser admissível a "propositura da ação direta de inconstitucionalidade perante o Tribunal de Justiça local, com possibilidade de recurso extraordinário, se a interpretação da norma constitucional estadual que reproduz a norma constitucional federal de observância obrigatória pelos Estados, contrariar o sentido e o alcance desta" (fls. 493).

As informações, prestadas pela então Senhora Prefeita do Município de São Paulo e pela Fazenda Pública do mesmo Município repetiram, como preliminar, a matéria que serviu de fundamento à reclamação e acrescentaram outra, esta de inépcia da inicial, sustentando que a capacidade contributiva só se pode avaliar "in concreto", relativamente a cada contribuinte, e não, de forma abstrata, tendo em vista somente o texto argüido de inconstitucional e a própria Constituição, como necessariamente se deve fazer, na ação direta da inconstitucionalidade.

No mérito, repetindo que a competência tributária do Município é recebida diretamente da Constituição da República, de modo que não há como confrontar a legislação tributária do Município com a Constituição Estadual, sustenta aquela peça a compatibilidade entre os dispositivos legais impugnados e os textos constitucionais, tidos como violados, todos repetitivos de outros da Constituição da República.

A eficácia da liminar foi prorrogada até o julgamento final desta ação (fls. 449).

Vindo para os autos o V. Acórdão proferido na reclamação, a douta Procuradoria Geral de Justiça voltou a se manifestar.

Em apenso, estavam os autos de outra ação direta de inconstitucionalidade, tendo por objetivo os mesmos dispositivos legais aqui impugnados.

O apensamento foi determinado pelo respeitável despacho de fls. 149 daqueles autos, consideradas conexas as ações.

Determinei que os autos fossem novamente separados, tendo em vista a fase diversa em que se encontram os processos e a fundamentação daquela demanda na Constituição Federal.

O objetivo foi não retardar mais o andamento deste feito.

É o relatório.

Passo a proferir o voto.

Indefiro, conforme se tem feito em casos semelhantes, o pedido de exclusão do processo, formulado pelo Exmo. Sr. Procurador Geral do Estado.

S. Exa. manifestar-se-á, a qualquer tempo, caso venha a considerar cabível a manifestação, dando-se-lhe ciência de todos os atos processuais.

A questão preliminar de carência da ação, por receber o Município toda sua competência tributária diretamente da Constituição Federal, de modo a não ser possível confrontar sua legislação tributária com a Constituição do Estado, não foi decidida na reclamação.

Entendeu o eminente Relator do Acórdão nesta proferido que esta matéria não poderia ser objeto de reclamação (cf. fls. 539-540).

Rejeito, porém, a preliminar.

E o faço, pelos fundamentos do voto do eminente Desembargador CESAR DE MORAES, proferido no julgamento do Agravo Regimental, "verbis" (fls. 128-129):

"Labora a Agravante em manifesto equívoco. Ao Estado sobra a competência residual, concedida pelo artigo 25, parágrafo 1º, da Constituição da República: "são reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição".

Contrariamente ao que sustenta a Agravante, a Constituição Federal

só reservou à União, por via de lei complementar, a disciplina sobre conflitos de competência, em matéria tributária entre as entidades de Direito Público Interno, as limitações ao direito de tributar e as normas gerais em matéria de legislação tributária. Nada mais (artigo 146).

Respeitadas essas ressalvas e respeitada a autonomia dos Municípios, a Constituição Estadual poderia editar normas de caráter suplementar ao sistema instituído pela Constituição da República.

No artigo 144 da Constituição do Estado se dispôs que os Municípios deveriam atender aos princípios estabelecidos assim na Constituição da República, como na própria Constituição do Estado, de forma que o caráter pessoal dos impostos (artigo 160, parágrafo 1º), a vedação à violação do princípio da isonomia, na imposição tributária (artigo 163, inciso II), a obediência aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, razoabilidade, finalidade, motivação e interesse público deviam, como devem, nortear a legislação municipal, em todos os contornos."

Rejeito, também, a preliminar de inépcia, fundada no argumento segundo o qual a capacidade econômica só se pode verificar "in concreto", relativamente a cada contribuinte.

É possível que o próprio texto da lei tributária viole o princípio que determina a graduação dos impostos segundo a capacidade econômica do contribuinte.

Basta imaginar, para assim concluir, lei que elevasse, de forma tão violenta a alíquota, de forma a importar em verdadeiro confisco.

A inicial atribui aos artigos 7º e 27 da Lei Municipal em causa este efeito confiscatório, por não ter respeitado elementos, cuja concomitância considera necessária, para a verificação da capacidade contributiva, de forma a se ter atribuído ao imposto, em desrespeito à Constituição, efeito confiscatório.

Se tem ou não razão, é matéria de mérito.

Rejeito, pois, todas as preliminares.

No mérito, a primeira consideração que se impõe é a relativa ao artigo 144 da Constituição do Estado.

Este dispositivo, prevendo a auto-organização dos Municípios através de Lei Orgânica de cada um e ressalvando a eles autonomia política, legislativa, administrativa e financeira, submete-os aos princípios estabelecidos na Constituição Federal e na própria Constituição Estadual.

A remessa à Constituição da República não pode ser considerada aqui, pois a ação tornar-se-ia de inconstitucionalidade da lei municipal em causa, perante aquela Carta Magna, o que é juridicamente impossível.

A inicial, aliás, não faz referência a dispositivo constitucional federal.

Quanto à submissão da legislação municipal, ainda que tributária, aos princípios da Constituição do Estado, já se viu acima que ela deve ser considerada eficaz.

Os preceitos constitucionais estaduais, ainda que repetitivos de federais, como ressaltou o eminente Ministro MOREIRA ALVES, no voto proferido na Reclamação nº 383-3, ajuizada pela Municipalidade, têm eficácia própria, inaplicável no Brasil o princípio do direito alemão, segundo o qual o direito federal suprime (lit. quebra; destrói - "bricht") o direito estadual.

Os princípios da Constituição Estadual, de observância obrigatória pelos Municípios, tidos como violados pela inicial, são os do artigo 160, § 1º (a progressividade das alíquotas do imposto predial e do imposto territorial urbano violaria o mandamento da graduação dos impostos segundo a capacidade econômica do contribuinte); do artigo 163, II (a diferenciação entre imóveis com destinação exclusivamente residencial e os outros enfrentaria o princípio da isonomia tributária) e do artigo 111 (ter-se-ia desrespeitado os princípios da moralidade e do interesse público, que devem reger a administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes do Estado).

Os apontados textos constitucionais estaduais correspondem, na Constituição Federal, respectivamente, aos artigos 145, § 1º; 150, § 2º e 37, este último sem referência ao interesse público, interesse que, porém, está insito em todo direito público, especialmente constitucional.

Direito público, segundo o velho texto de ULPIANO, é o que interessa ao povo (D. I, 1, 1, 2). "Ius publicum" é direito do povo; "ius publicum" é o mesmo que "ius populicum".

O bem comum ("populicum") supremo, de cuja defesa o Estado deve cuidar, é o da justiça.

Estado sem justiça é, diria SANTO AGOSTINHO, uma grande quadrilha de ladrões homicidas - "Remota ita que justitia, quid sunt regna, nisi magna latrocinia"? ("De Civ. Dei", IV, 4).

De que espécie de justiça se cuida, quando o tema é imposto?

Da justiça geral, isto é, na classificação aristotélica, da justiça que regula o que deve o súdito ao Estado, denominada também legal, pois se rege por disposições de lei.

Como se vê do inciso I do artigo 150 da Constituição da República, a exigência e o aumento de tributos têm de estar fundados em lei.

O Estado partilha bens e ônus entre os súditos por justiça distributiva.

Esta, então, impõe limites à justiça legal, que sem ela se tornaria despótica e, portanto, injusta, tornando o Estado "magnum latrocinium".

A justiça distributiva se faz por critérios de proporção geométrica, diria ainda Aristóteles.

Esta proporção, completa um autor cristão já clássico, se o tema é a distribuição de bens sociais, é o mérito de cada um; se é a de ônus são seus bens ou sua capacidade de resistência (Cf. CATHREIN, "Philosophia Moralis", pg. 140; Ed. Herder; Barcelona, 1945 e "FILOSOFIA DEL DERECHO - EL DERECHO NATURAL Y EL POSITIVO", pg. 49; Inst. Ed. Reus; Madrid, 1950).

Estes princípios de ética foram incorporados pela Constituição Federal de 1988 e pela Constituição Estadual de 1989.

Se esta última diz, no artigo 111, que a administração pública deve obedecer ao princípio do interesse público e se este princípio está insito na

Constituição da República, está aí um dever de justiça legal do administrador e do legislador ao Estado, superando interesses partidários (cf. JOHANNES MESSNER, "Ética Social", pg. 419; Ed. Quadrante; São Paulo, s.d.).

Se, por outro lado, o direito de propriedade é garantido (Constituição Federal, artigo 5º, inciso XXII), não se pode recusar o proprietário a fazer com que a propriedade atenda à sua função social (Constituição cit., artigo 5º, inciso XXIII).

Além disso, o § 1º do artigo 156 da Constituição da República, dirigindo-se aos Municípios, dispõe, de modo a que o Estado não pode deixar de aceitar, que o imposto predial e territorial urbano, "poderá ser progressivo, nos termos de lei municipal, de forma a assegurar o cumprimento da função social da propriedade".

O verbo "poder" deste texto constitucional deve ser interpretado como "dever". O imposto deverá ser progressivo, pois o Município não pode deixar de assegurar a função social da propriedade, estatuída pelo inciso XXIII do artigo 5º.

De resto, todo imposto deve, sempre que possível, ter caráter pessoal e ser graduado "segundo a capacidade econômica do contribuinte".

Dí-lo o artigo 145, § 1º, da Constituição Federal e repete-o o artigo 160, § 1º, da Estadual.

Ora, graduar imposto é fazê-lo progressivo.

"Tributos graduados", ensina ALIOMAR BALLEIRO, em obra clássica ("Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar", pg. 355; nº 94, 2ª ed.; Forense, 1960), "são progressivos, ou sejam, aqueles cuja alíquota cresce à medida que se eleva a quantidade ou o valor da coisa tributada, em contraste com a relação constante dos impostos simplesmente proporcionais".

Estes são princípios de ética incorporados; tornados jurídicos, pela Constituição da República e pela do Estado.

Não podem, nem o Estado, nem os Municípios desobedecê-los.

Assim, se a lei municipal aqui em causa estatui a progressividade da alíquota, isto é, se ela "cresce à medida que se eleva a quantidade ou o valor da coisa tributada" (cf. BALEEIRO, trecho citado acima), cumpre-se princípio de moralidade, isto é, de justiça distributiva, segundo o qual os ônus sociais distribuem-se, conforme o patrimônio e a capacidade do súdito.

Nisto, aliás, constitui o princípio da capacidade econômica.

Referindo-se a este princípio, escreve o Prof. GERALDO ATALIBA, em artigo doutrinário, que ele "verbis":

"Traduz-se na exigência de que a tributação seja modulada de modo a adaptar-se à riqueza dos contribuintes. Implica que cada lei tributária tenha por efeito atingir manifestações, ou aspectos dessa riqueza, sem destruir sua base criadora" (RDP, 93/233).

A destruição da base criadora é impedida pela proibição constitucional de utilização do imposto com efeito de confisco (Constituição da República, artigo 150, inciso IV).

Não será, porém, pela não utilização de todos os dados mencionados pelo § 1º do artigo 145 da Constituição da República e pelo § 1º do artigo 160 da Constituição do Estado, que se concluirá ter assumido o imposto caráter confiscatório.

Quando os textos constitucionais facultam ao legislador *identificar* o patrimônio do contribuinte, para tornar efetivo o princípio da adequação do imposto à sua capacidade econômica, não lhe impõe que se valha de todo o patrimônio.

O que importa, aqui, são as manifestações ou aspectos da riqueza do contribuinte, como se vê do trecho acima citado, do prof. GERALDO ATALIBA.

Aliás, se os textos constitucionais permitem ao legislador que *identifique* o patrimônio do contribuinte, para tornar efetivo o princípio da capacidade econômica, autoriza-o a individualizar bens deste mesmo patrimônio.

Identificar é individualizar; é verificar que notas caracterizam cada bem. É, portanto, separar cada bem do conjunto do patrimônio.

De resto, não se poderia valer o legislador municipal de todo o patrimônio de cada contribuinte, para graduar a progressividade das alíquotas dos impostos aqui em causa, porque assim instituiria um imposto sobre o patrimônio, excluído de sua competência tributária.

A Constituição Federal prevê a instituição de um imposto sobre todo o patrimônio; sobre grandes patrimônios, mas reserva-o à competência tributária da União (artigo 153, inciso VII).

“Efetivamente”, escreve ainda o Prof. GERALDO ATALIBA (“Hipótese de Incidência Tributária”, pg. 117, n. 43.12; 2ª ed.; 3ª tiragem; Ed. RT, 1981) fica evidente a posição central da base imponible relativamente à hipótese de incidência pela circunstância de ser impossível que um tributo, sem se desnaturar, tenha por base imponible uma grandeza que não seja insita na hipótese de incidência”.

Assim, para respeitar o princípio da isonomia tributária, estatuído pela Constituição da República, no artigo 150, inciso II e pela Constituição do Estado, no artigo 163, inciso II; princípio que veda tratamento idêntico a contribuintes que não estejam em situação equivalente; princípio no qual se insere o da adequação do imposto à capacidade econômica do contribuinte; princípio que exige a graduação, isto é, a progressão das alíquotas, não poderia o legislador municipal se valer senão do valor de cada imóvel; base imponible de cada imposto predial ou territorial urbano.

Já se vê, pois, que a lei impugnada pelo douto autor desta ação, ao estabelecer a progressão das alíquotas, não violou, antes respeitou, o princípio da moralidade da administração pública, estatuído pelo artigo 111 da Constituição Estadual e pelo artigo 37 da Federal, em texto obrigatório para todas as Unidades da Federação, inclusive pelos Municípios, que não são apenas circunscrições territoriais, no interior de cada Estado, mas que são, também, unidades da própria Federação (artigo 1º da Constituição da República).

Foi respeitado o mencionado princípio, em várias de suas manifestações, em ambas as Constituições: na Federal e na Estadual, todas manifestações da justiça distributiva e da justiça geral ou legal.

Quanto a esta última, obedece a lei impugnada, especialmente, o

mandamento fundamental da Constituição da República, que atribui função social à propriedade (artigo 5º, inciso XXIII).

Esta função obrigatória da propriedade se assegura, dentre outros modos, pela progressividade do imposto predial e do imposto territorial urbano, prevista no artigo 156, § 1º, da Constituição da República, cujos destinatários são, diretamente, os Municípios e que, portanto, não poderá ser ignorado na decisão desta causa.

O verbo *poder*, ali empregado, como já notamos, tendo em vista o § 1º do artigo 145, deve ser interpretado como *dever*.

O imposto não só *poderá*, como *deverá* ser progressivo, para assegurar a função social da propriedade, função que não pode ser dispensada.

Argumenta-se, porém, que o artigo 156, § 1º, da Constituição da República deve ser conjugado com o artigo 182, cujo § 2º diz cumprir a propriedade urbana "sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor" e cujo § 4º prevê a progressividade, como punição do proprietário, por desobediência ao plano diretor, quando deixa o solo urbano não edificado, sub-utilizado ou não utilizado.

"Pensar de forma diversa", lê-se em comentários ao artigo 156, § 1º, da Constituição da República, da lavra do Prof. IVES GANDRA MARTINS ("Comentários à Constituição do Brasil"; vol. 6º; t. I, pg. 551; Ed. Saraiva, 1990), "é entender que o Constituinte, sobre ser repetitivo, prolixo e desconhecedor da técnica legislativa, fosse, fundamentalmente, um contumaz defensor das contradições, ao dizer que tanto os imóveis que cumprem a sua função social quanto aqueles que não a cumprem seriam punidos pelo princípio da progressividade, punição expressa para estes e implícita para aqueles. Mais do que isto: apesar de ter gasto espaço e palavras com a explicitação dos casos em que o princípio da progressividade poderia ser aplicado, haveria de se entender que, fora daqueles casos expressos, em todos os outros casos o princípio da progressividade poderia ser aplicado".

O argumento, "data venia", não colhe.

Não colhe, porque a progressividade, prevista no § 4º, inciso II, como punição, é progressividade no tempo.

Veja-se, a este respeito, a explicação do Prof. CELSO RIBEIRO BASTOS, em outro volume da mesma obra (vol. 7º, pg. 225), "verbis":

"progressividade no tempo, é dizer, cada ano o imposto poderá ter uma alíquota maior".

Aqui não se cuida disto, mas sim, de alíquotas, mantidas as mesmas no tempo, mas graduadas progressivamente pelos imóveis, conforme o seu valor.

Leia-se, a tal respeito, ainda uma vez o que escreve o Prof. GERALDO ATALIBA, no artigo doutrinário já citado (RDP, 93/235-236):

"Fica claro que a progressividade no tempo é impedida sem obediência ao artigo 182. Mas, a circunstância de o próprio artigo 182 prever que pode ser estimulada, induzida - se não mesmo forçada - a edificação e a adequada utilização de imóveis urbanos, mediante a aplicação de um IPTU "progressivo no tempo", já mostra que as demais razões de progressividade (razões que não digam respeito à disciplina urbana), bem como outros critérios (que não sejam o tempo), são perfeitamente tolerados. Em outras palavras: veda-se esta progressividade extra fiscal (de fins urbanísticos), sem observância, pelo Município, dos pressupostos do artigo 182. Não se proíbe a progressividade fiscal".

Aliás, entender de outro modo, como bem observa agora o Prof. ALCIDES JORGE DA COSTA, em parecer publicado também no vol. 93 da RDP (pg. 240), levaria a concluir "que a função social dos imóveis urbanos construídos é irrelevante para a Constituição".

Esta função social, sem distinção, a Constituição da República a exige para toda espécie de propriedade (artigo 5º, inciso XXIII).

No sentido da distinção entre as duas espécies de progressividade do IPTU e da necessária progressividade não punitiva, desconsiderado o tempo, já se manifestou nesta causa, ao apreciar a Reclamação nº 383-3-SP, o eminente Ministro CELSO DE MELLO (cf. fls. 564).

Falta ainda uma referência ao princípio da obediência ao interesse público, que o douto autor desta demanda diz ter sido desrespeitado pela lei que impugna, o que se comprovaria pelo clamor do próprio público, noticiado pela imprensa.

Se, porém, foi respeitado o princípio da moralidade (e já se demonstrou sobejamente que o foi), não pode ter sido desrespeitado o do interesse público.

O clamor público nem sempre prova o interesse público.

Ele pode ser dirigido pelos meios de comunicação social.

Ainda que numerosas, por outro lado, as manifestações contrárias à progressividade, lembradas pelo ilustrado autor desta ação, não configuram elas manifestação do público.

Por outro lado, a progressividade das alíquotas graduada pelo valor do imóvel, não se iniciou com a Lei nº 11.152, de 1991.

Iniciou-se, muito antes, sem "clamor público", com a Lei nº 10.394, de 1987.

Resta, por último, outra questão que examinar.

Sustenta a inicial que a distinção entre imóveis destinados exclusivamente à residência e "demais casos" fere o princípio da isonomia, tanto mais que a Constituição Estadual (artigo 163, inciso II), neste ponto repetitiva do artigo 150, inciso II, da Federal, proíbe que se distingam contribuintes, "em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida".

Mas, a isonomia, como se vê dos textos referidos, se exige entre contribuintes "que se encontrem em situação equivalente".

Se não há equivalência de situações, o tratamento, até, tem de ser desigual.

Ora, não há equivalência entre a utilização do imóvel, para a satisfação de uma necessidade primária, como a da residência e outra, especialmente se lucrativa.

A capacidade econômica, é o próprio autor quem o diz, para a graduação (e, portanto, para a progressividade das alíquotas) deve ser aferida pelos "rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte" (artigo 160, inciso I, da Constituição Estadual, correspondente ao artigo 145, § 1º, da Federal).

Eis aqui uma aplicação deste critério, sem violação da necessária correlação entre a base imponible e a hipótese de incidência.

Meu voto, por estes fundamentos, rejeitadas as preliminares, julga improcedente a ação.

SALLES PENTEADO
Relator

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCEDOR

AÇÃO DIRETA DE INCONST. DE LEI Nº 14.927-0/8

SÃO PAULO

O Doutor Procurador Geral de Justiça ajuizou ação direta de inconstitucionalidade do art. 1º da Lei Municipal de São Paulo nº 11.152 de 30 de dezembro de 1991, na parte que alterou a redação dos arts. 7º e 27 e respectivos parágrafos da Lei 6.989 de 29 de dezembro de 1966, com a redação que lhe foi conferida pelas Leis nºs 10.394 de 20 de novembro de 1987, 10.805 de 27 de dezembro de 1989 e 10.921 de 30 de dezembro de 1990, do Município de São Paulo.

Pela nova redação, o art. 7º da Lei Municipal nº 6.989 de 29 de dezembro de 1966 passou a dispor: "o imposto calcula-se sobre o valor venal do imóvel, utilizado exclusiva ou predominantemente como residência, em razão de alíquotas progressivas em correspondência com o valor venal dos imóveis, considerado em UFM". Em outros casos previstos no art. 27, passou também a incidir sobre o valor venal do imóvel em razão de alíquotas progressivas.

O Doutor Procurador Geral de Justiça entendeu que tal progressivi-

dade de alíquota sobre o valor venal do imóvel violava os arts. 160, § 1º, 163, incs. II, III e 144 da Constituição do Estado de São Paulo, que incorporam expressamente princípios constitucionais limitadores das entidades políticas dos Municípios.

O Relator Des. Salles Penteado julgava improcedente a ação, enquanto o Eminentíssimo Desembargador Renan Lotufo julgava procedente.

Deferia o pedido de exclusão formulado pelo Dr. Procurador Geral do Estado, uma vez que a Constituição não lhe atribuiu a função de defender a Constitucionalidade de Leis Municipais. Esta função devem ter os Procuradores de cada Município.

Antes de a ação ser ajuizada, o 1º Tribunal de Alçada Civil vinha decidindo que a Lei Municipal questionada, instituindo a progressividade, era constitucional. Nesse sentido, acórdão relatado por Wanderley Racy, no Mandado de Segurança 479.705; no mesmo sentido, MS 479.706-2, MS 479.707-9, MS 479.708-6, MS 479.709-3. Decidiu-se no mesmo sentido, na Apelação nº 491.487, relatada pelo então Juiz Scarance Fernandes, na Apelação 418.226-7, relatada pelo então Juiz Alexandre Germano, na Apelação nº 385.561/88, relatada por Paulo Bonito e na Apelação nº 421.097-1, relatada por Celso Bonilha.

A liminar concedida feria, *data venia*, jurisprudência naquele Tribunal. Agora está se julgando mérito, o adiamento trouxe o brilhante voto do Des. Renan Lotufo em confronto com o bem fundamentado voto do Culto Des. Salles Penteado.

O art. 160, § 1º da Constituição do Estado dispõe: "Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte". O art. 163, inc. II, declara que é vedado ao Estado "instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente". Nesses artigos estão proclamados, respectivamente, os princípios da capacidade contributiva e da isonomia tributária.

Por sua vez, o art. 156, no § 1º, da Constituição Federal, dispõe: "O imposto previsto no inciso I (IPTU) poderá ser progressivo nos termos da lei municipal, de forma a assegurar o cumprimento da função social da propriedade."

Os artigos da Constituição Estadual – capacidade contributiva e isonomia tributária, artigos que repetem textos iguais da Constituição Federal - § 1º do art. 145 (capacidade contributiva), pertencem à mesma Família, caracterizando o fenômeno indicado por Canotilho: “Conjunção de Normas” – cf. Direito Constitucional – Almedina – 1993, pág. 206.

Tais normas são densificadas em sua aplicação pelo sentido da Justiça Distributiva, que busca dar a cada um o que é seu – “suum cuique tribuere” – no interior de uma comunidade em que são consideradas as prerrogativas de cada um, medidas adequadamente, para que receba o que lhe toca, ou suporte o encargo que lhe atinge no grupo social. Não se cuida da justiça comutativa ou daquela que considera credor e devedor isoladamente. A Justiça distributiva é realizada considerando uma comunidade de homens, para que cada um receba sua porção justa, quer de benefício, quer de encargo - Cf. Michel Villey, *Leçons d'Histoire de la Philosophie du Droit*, pág. 118; Aristóteles - *Da Justiça*.

No campo tributário, a justiça distributiva é realizada pela isonomia tributária e pelo princípio da capacidade contributiva. Por este princípio, os impostos serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte - art. 160, § 1º da Constituição Estadual; pela isonomia tributária deve haver igualdade no tratamento dos contribuintes, na desigualdade inc. II, do art. 163 da Constituição Estadual, interpretado “a contrario sensu”. Isto é, o princípio da igualdade de todos perante a lei exige ônus iguais para condições iguais. Aquele que tem maior capacidade para ser tributado deve receber maior carga fiscal que aquele que a tem em menor grau. Fica então garantido o princípio de Justiça Distributiva em termos tributários. Maior gravame sofrerá quem tiver maior riqueza, e menor e até nenhum aquele que na escala econômica atingir determinado percentual a ser fixado pela lei até zero. Bernardo Ribeiro de Moraes, em seu *Compêndio de Direito Tributário*, pág. 409, expõe conceitos que legitimam tal conclusão. Assim sendo, se encontra insita nos princípios da capacidade contributiva e da isonomia tributária, o princípio da Justiça Distributiva e será através deles que a progressividade é densificada no campo de sua aplicação ou decisão, conforme expressão de Canotilho, ou recebe sua concreção normativa, na expressão de Miguel Reale - teoria da tridimensionalidade.

Ocorre que veio à discussão para justificar a progressividade do IPTU, a ligação ideológica entre aquele princípio e a função social da pro-

priedade. A Constituição Federal os ligou em duas ou três hipóteses. Trata de uma no § 1º do art. 156, dispondo: "O imposto previsto no inciso I (IPTU) poderá ser progressivo nos termos da Lei Municipal, de forma a assegurar o cumprimento da função social da propriedade. Em outro a progressividade foi inserida no conceito de uso da propriedade, de acordo com o Plano Diretor Urbanístico. A função social da propriedade adquire em tal contexto uma conotação normativa e punitiva, endereçado o texto aos proprietários que a utilizam em desacordo com o Plano Diretor da Comunidade. E assim dispõe o § 2º do art. 182 da Constituição Federal: "A propriedade cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressa no plano diretor". E completa tal fragmento, o § 4º, 'sic'. É facultado ao Poder Público Municipal, mediante lei específica para área incluída no Plano Diretor, exigir, nos termos de lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de nº I - parcelamento etc. nº II - imposto sobre propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo. Na hipótese destes dispositivos, a progressividade do imposto tem natureza extrafiscal, ou seja, o imposto progressivo é utilizado para o proprietário cumprir a função social da propriedade com seu aproveitamento adequado, conforme o Plano Diretor da cidade. A extrafiscalidade ganha o sentido de sanção para obter do proprietário uma conduta consentânea com os fins urbanísticos da cidade. A partir daí surge a questão: "O § 1º, do art. 156 da Constituição Federal, dispondo que o IPTU poderá ser progressivo, nos termos da lei municipal, de forma a assegurar o cumprimento da função social de propriedade, enuncia a função social como conceito extrafiscal para obrigar o proprietário a assumir determinada conduta com relação ao seu bem? Ou enuncia esta função, ligada à capacidade contributiva do proprietário, e ao princípio de isonomia tributária ou ao direito de propriedade que, segundo a Constituição, deve ter função social? O Eminente Desembargador Lotufo em seu erudito e belo voto menciona a opinião de Elizabeth Nazar Carrazza que expôs o assunto com muita proficiência. E diz a Eminente Tributarista: "Procurou-se demonstrar que em matéria de progressividade do IPTU existem três situações distintas, a saber: a) o princípio de capacidade contributiva exige alíquotas diferenciadas, em razão da variação do valor dos imóveis urbanos decorrentes de suas características particulares, por força do disposto no art. 145, § 1º, c.c. o art. 150, II, ambos da Constituição Federal; b) o § 1º do art. 156, da Constituição Federal, autoriza a progressividade das alíquotas do IPTU, em função das conveniências locais, expressas no Plano Diretor (função social da propriedade); c) o § 4º

do art. 182, da Constituição Federal, autoriza a progressividade das alíquotas do IPTU, no tempo que pode culminar até na expropriação (compulsória) do imóvel sem prévia e justa indenização em função da inobservância das regras do Plano Diretor do Município", cf. IPTU e PROGRESSIVIDADE.

O § 1º do art. 156 da Constituição Federal é omissivo em relação ao sentido do termo função social da propriedade. Ele tem uma plurissignificação, e neste caso, seguindo a orientação de Canotilho, em face de normas polissêmicas ou plurissignificativas, deve dar-se preferência à interpretação que lhe dê um sentido em conformidade com a Constituição - cf. op. cit. pág. 229. O Eminentíssimo Relator Salles Penteado parece não considerar aquela progressividade submetida ao art. 182, prevendo uma progressividade no tempo. Ela persevera até que obtenha uma determinada conduta do proprietário, colocando sua propriedade em função do Plano Diretor. O Eminentíssimo Relator liga-a à garantia do direito de propriedade como função social, remetendo ao art. 5º da Constituição Federal, onde aquela garantia é mencionada. Na realidade, parece que o § 1º do art. 156 refere-se à função social da propriedade, no âmbito extrafiscal, demarcado pelo art. 182, da Constituição Federal, e não referido ao direito individual. Depois da polêmica entre Michel Villey e J. Dabin - v. Revista Archive de Philosophie du Droit - ficou demonstrado que os direitos individuais podem ter função social, o que é reconhecido pela Constituição. Todavia, a progressividade não está ligada somente à hipótese do art. 182, como querem certos autores mencionados pelo Des. Renan Lotufo. Há outra progressividade, ligada à capacidade contributiva, prevista no art. 160, § 1º da Constituição Estadual e no § 1º do art. 145 da Constituição Federal, e ao princípio da isonomia tributária e da Justiça Distributiva acima citada. E diante dela é que o Dr. Procurador Geral de Justiça pediu a inconstitucionalidade da lei municipal de São Paulo. Entre a função social da propriedade - garantia - e a Justiça Distributiva, em que se funda a isonomia tributária, há uma relação ideológica no sentido de que aquela Justiça obriga o uso social da propriedade. Meu voto todavia dispensa tal conexão, que poderia ser invocada não obstante o voto do Desembargador Lotufo insistir que inexistente tal ligação entre a progressividade e a função social de propriedade. Retomando o mesmo enfoque deste Eminentíssimo Desembargador, sustento que a Constituição admitiu a progressividade em função mesmo do princípio da isonomia tributária e da Justiça Distributiva contido no dispositivo invocado pelo Procurador Geral de Justiça. O Desembargador Lotufo lê o art. 163, II, cortado do princípio que o informava. Faz uma leitura que neutraliza seu próprio sentido.

Por isso, a lei municipal ao instituir alíquotas diferentes e progressivas não violou o inc. II do art. 163, mencionado pelo Procurador, considerando que houve tratamento desigual entre os contribuintes em condições economicamente diversas, considerando os tipos em confronto de imóveis residenciais e suas características. O próprio Ilustre Professor Ives Gandra que assumiu a defesa da liminar sustentou alhures que a destinação do imóvel pode representar elemento diferenciador das alíquotas a serem aplicadas - v. meu voto, nestes autos, rejeitando a liminar concedida. Outrossim, recentemente foi julgada improcedente Ação de Inconstitucionalidade nº 21.094-0/1, relatada pelo Douto Desembargador Maurílio Leite, onde se aplicou o princípio de isonomia tributária para justificar a diferenciação de alíquotas e de isenções, concedidas, em relação a imóveis, situados em São Vicente, sendo o acórdão encaminhado à Jurisprudência por proposta do Des. Renan Lotufo.

É certo que nem sempre o proprietário de imóvel residencial com característica luxuosa pode ter a capacidade contributiva indicada pelo bem. Todavia, neste caso, deve recorrer administrativamente, e não impugnar a lei que adotou critérios de progressividade a partir de dados objetivos. Por outro lado, se a Doutra Procuradoria de Justiça se insurgiu contra tal critério, porque não ajuizou ação de inconstitucionalidade com relação à lei que institui o IPVA progressivo, considerando os tipos e anos de fabricação dos carros?

Lamentavelmente, a improcedência da ação não anulará os efeitos da liminar, e a atual decisão poderá revoltar os contribuintes que ficarão sobrecarregados com a carga tributária que esperavam não pagar em face da mesma liminar. Porém o erro de uma decisão, segundo meu ponto-de-vista, pois para outros foi correta, não poderá impedir que o Tribunal cumpra a Constituição e atenda a sua missão jurisdicional.

Ante o exposto, julgava improcedente a ação, acompanhando o Eminent Relator, com o devido respeito que merecem meus pares.

Bueno Magano

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCIDO

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 14.927-0/8

SÃO PAULO

Quanto à matéria preliminar meu voto acompanha integralmente o do nobre relator.

Quanto a questão de mérito, "data máxima vênia", divirjo da premissa a partir da qual é desenvolvida o voto pela improcedência.

É que s. excia. entende como impositivo de dever o texto do art. 156, § 1º da Constituição Federal, que dispõe:

"Art. 156 - Compete aos Municípios instituir impostos sobre:

I - propriedade predial e territorial urbana;

II -

§ 1º - O imposto previsto no inciso I poderá ser progressivo, nos termos de lei municipal, de forma a assegurar o cumprimento da função social da propriedade."

É o que expressamente diz a fls. 15 de seu voto:

"O verbo "PODER" deste texto constitucional deve ser interpretado como "DEVER". O imposto deverá ser progressivo, pois o Município não pode deixar de assegurar a função social da propriedade, estatuída pelo inciso XXIII do art. 5º."

Tal colocação apriorística não me parece consentânea com o texto constitucional, nem foi o que acudiu a toda doutrina tributária nacional.

O texto ao referir à possibilidade de o tributo ser progressivo, visou permitir a aplicação de tal tipo de tributação, sem definir qual o tipo de progressividade, pois a mesma pode ser em função do valor, em função do

espaço, em função do equipamento urbano utilizado, etc. Logo, não se pode admitir, aprioristicamente, que aí se tenha um dever, posto que os deveres têm que ter precisão para poderem ser exigidos.

Por outro lado o eminente relator relaciona o dispositivo com o Art. 5º, XXIII, da Constituição.

Ainda uma vez ousou divergir.

É verdade que o direito individual de propriedade, garantido pelo inciso XXII, deve atender a sua função social, mas o tributo de que se está tratando, o IPTU não incide exclusivamente sobre a propriedade. Assim é que o art. 2º, da Lei Municipal nº 6.989, dispõe:

"Art. 2º - Constitui fato gerador do Imposto Predial a propriedade, o domínio útil ou a posse de bem imóvel construído, localizado na zona urbana do Município."

A função social a que se remete o IPTU, tem dividido a doutrina tributária, como se pode ver dos debates levados a efeito no período de elaboração legislativa, como no de discussão da liminar neste feito.

Nenhuma vez, porém, se viu invocada a função social restrita ao direito individual, mesmo porque este só seria invocável a favor do contribuinte, não contra o mesmo, e, em princípio, toda legislação tributária cria obrigação e, portanto, invade a esfera de liberdade do cidadão.

Isto permite desde logo espancar dúvida que assaltou o público, ou seja, de que a progressividade é prevista a nível constitucional e, portanto, em si não contém qualquer violação.

KIYOSHI HARADA, em sua obra "Sistema Tributário do Município de São Paulo", 2ª ed. RT, diz à pág. 24:

"... A Constituição Federal admite duas espécies de tributação progressiva: aquela graduada segundo a capacidade econômica do contribuinte (§ 1º, do art. 145), que tem natureza fiscal, e aquela de natureza extrafiscal para assegurar o cumprimento da função social da propriedade (§ 1º, do art. 156), bem como, para exigir o adequado aproveitamento do imóvel cuja área esteja incluída no Plano Diretor da cidade, hipótese em que a progres-

ividade somente poderá fundar-se no fator temporal (§ 4º, do art. 182). ...”

É de se frisar que toda a doutrina sempre admitiu a progressividade nos tributos, antes mesmo da presente Constituição.

O que se tem aqui, neste feito, é saber se a progressividade instituída pela legislação municipal está conforme os contornos constitucionais.

De acordo com ELIZABETH NAZAR CARRAZZA, em sua obra “IPTU e PROGRESSIVIDADE - Igualdade e Capacidade Contributiva”, a progressividade não está restrita à função social, podendo ser instituída a partir do princípio da capacidade econômica. Seu trabalho, monográfico, afirma a possibilidade de três hipóteses de progressividade do IPTU, como se vê de fls. 103, do mesmo:

“Procurou-se demonstrar que em matéria de progressividade do IPTU existem três situações distintas, a saber: a) o princípio da capacidade contributiva exige alíquotas diferenciadas, em razão da variação do valor dos imóveis urbanos, decorrentes de suas características peculiares, por força do disposto no art. 145, § 1º c.c. o art. 150, II, ambos da C.F.; b) o § 1º, do art. 156, da C.F. autoriza a progressividade das alíquotas do IPTU, em função das conveniências locais, expressas no plano diretor (função social da propriedade); e, c) o § 4º, do art. 182, da Constituição Federal autoriza a progressividade das alíquotas do IPTU, no tempo, em função da inobservância das regras do plano diretor do Município, que pode culminar até na expropriação (compulsória) do imóvel sem prévia e justa indenização (seu caráter sancionatório é patente, já que esta desapropriação não é nem mesmo precedida da justa indenização em dinheiro).”

Para se ter a exata posição da eminente autora, que tem a seu lado outros eminentes tributaristas, como GERALDO ATALIBA, ALCIDES JORGE COSTA, verifica-se que parte do princípio da igualdade, que se exercita através da lei: *“5. Para que se obedeça ao princípio da igualdade não é suficiente que todos sejam tratados de igual modo perante a lei, é mister que ela, em seu próprio conteúdo, não discrimine os iguais, tratando-os de maneira desigual.*

5.1. A lei deve distinguir sempre que houver desigualdade e, mais do que isso, o Estado deve atuar no sentido de dar cabo às desigualdades exis-

tentes, em razão de fatores sócio-econômicos."

A igualdade, no plano tributário, segundo a autora, só se concretiza através da progressividade:

"10. A progressividade das alíquotas tributárias, longe de atritar com o sistema jurídico, é a única forma possível de se afastarem as injustiças tributárias, vedadas pela Constituição Federal. Sem tributação progressiva não se atinge a igualdade tributária.

10.1 A tributação meramente proporcional é insuficiente para que se atenda à isonomia. Sem progressividade não há proporcionalidade.

24. O IPTU - como todo e qualquer imposto - deve obedecer ao princípio da capacidade contributiva. Dessa forma, deve ser proporcionalmente mais tributado o proprietário de imóvel de maior valor que o proprietário de imóvel de menor valor. Tal proporcionalidade traduz-se na progressividade das alíquotas, na exata medida do valor mais elevado do imóvel urbano tributado."

Assim, se tem que a fundamentação é diversa da desenvolvida pelo eminente relator, ainda que se tenha a conclusão de constitucionalidade da progressividade.

Esta visão abrangente, no entanto se choca com a posição de outros autores, que não vêem a progressividade dos impostos como embutida no princípio da capacidade contributiva, mas, sim, como forma impositiva que há de vir expressa a nível constitucional.

Portanto, uma interpretação muito mais restritiva da capacidade tributária.

É o que se tem em MARCO AURÉLIO GRECO, HAMILTON DIAS DE SOUZA, AIRES FERNANDINO BARRETO e BERNARDO RIBEIRO DE MORAES.

As argumentações estão em livros e revistas especializadas.

Basicamente tais autores afirmam que a progressividade do imposto predial e territorial urbano está vinculada à função social da propriedade, ou seja, na forma de uso do bem imóvel.

Tal colocação decorre de exame mais restrito do texto constitucional do que o acima aludido.

Tal exame me parece mais convincente e consentâneo com a interpretação da Constituição Federal.

Em primeiro lugar a Constituição ao atribuir a competência tributária aos municípios quanto ao IPTU fê-lo de forma claramente restritiva:

"Art. 156 – Compete aos Municípios instituir impostos sobre:

I – propriedade predial e territorial urbana;

...

§ 1º – O imposto previsto no inciso I poderá ser progressivo, nos termos da lei municipal, de forma a assegurar o cumprimento da função social da propriedade".

Logo, a Constituição limitou a competência do legislador municipal, não lhe conferiu carta branca para instituir o tributo.

A limitação clara é de que se quiser instituir a progressividade, pode, mas desde que assegure o cumprimento da função social da propriedade.

Fora desta hipótese não há que se falar em possibilidade de tributar fiscalmente com apoio só no princípio genérico da capacidade contributiva.

Como diz AIRES FERNANDINO BARRETO:

"... o imposto poderá ser progressivo, quando essa progressão vise à assegurar o cumprimento da função social da propriedade. A progressividade deve ter por objetivo, apenas e tão só, o de servir como instrumento da manutenção e do uso da propriedade, em consonância com a função social que lhe foi constitucionalmente atribuída." em "Curso de Direito Tributário" coord. Ives Gandra da Silva Martins – vol. 2, pág. 300.

Ou, como diz MARCO AURÉLIO GRECO:

"O prestígio constitucional da cláusula da "função social" traz em seu

bojo o reconhecimento de que, sobre a propriedade, há uma confluência de interesses, sendo uns de cunho exclusivamente individual e outros de caráter coletivo. Na função, tem-se, em última análise, uma atividade pela qual alguém cuida de interesses alheios, mediante a realização de atos sobre bens que esteja ao seu alcance material. ...

...

Em se tratando dos impostos, a competência municipal foi alterada. Na Constituição de 1967 com a EC 1/69 os Municípios tinham competência para instituir apenas o IPTU e o ISS. Na nova Constituição, eles não só ganharam novas competências, como também houve mudança na disciplina dos impostos existentes. O primeiro deles, que é o IPTU, não sofreu, a meu ver, praticamente nenhuma alteração no tocante ao respectivo fato gerador. Ou seja, a norma de competência do IPTU continua a mesma. A grande novidade, trazida pelo texto, refere-se à sua progressividade, prevista no § 1º do dispositivo respectivo.

Duas observações iniciais devem ser feitas.

A primeira é a de que não havia necessidade de o Constituinte referir-se à progressividade vinculando-a ao IPTU. Ao fazê-lo, no entanto, impôs uma determinada disciplina a essa figura que só encontrará fundamento de validade se atender aos requisitos e parâmetros previstos na CF. ...

A segunda observação é a de que a progressividade é expressamente prevista como uma forma de assegurar o cumprimento a função social da propriedade. ...” em “IPTU – PROGRESSIVIDADE – FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE”, na Rev. de Dir. Tributário 52, págs. 110 a 121.

É de se ver que se não quisesse a restrição o constituinte não teria feito a ligação imediata, evidentemente limitadora.

Ao assim dispor conferiu contorno restrito ao legislador municipal.

Não podia este pretender tirar do conceito geral, quando a competência específica foi limitada.

Ainda que se possa admitir o caráter isonômico da progressividade, e defendê-la como princípio impositivo, não se pode, juridicamente, deixar

de constatar que o constituinte buscou vincular a mesma à função social, inadmitindo outro critério.

Bem por isso JOSÉ AFONSO DA SILVA, ao se referir, no seu "Curso de Direito Constitucional Positivo", Ed. RT – 6ª ed. ao princípio da progressividade remete ao que dispõe quanto ao plano diretor como veiculador de função social vinculada ao fim extra-fiscal.

"1º) PRINCÍPIO DA PROGRESSIVIDADE, referido expressamente ao imposto sobre a renda (art. 153, § 3º, I) e ao imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana (arts. 156, § 1º, 182, § 4º, II). Imposto progressivo é aquele cuja alíquota aumenta à medida que aumenta o ingresso ou base imponible." (pág. 598).

Assim, é claro que a lei municipal de São Paulo, que fixa a progressividade sobre o valor dos imóveis, pura e simplesmente, fá-lo em desacordo com a Constituição, porque deixa de lado o limite que lhe foi dado para buscar uma fixação além de sua competência.

Procede, pois a ação, porquanto a lei instituidora do tributo atentou contra os limites de sua competência e violou os artigos 111, 144 e 160, § 1º, da Constituição do Estado de São Paulo, bem como ao disposto nos arts. 156 § 1º e 182, § 2º da Constituição Federal.

É o meu voto, com a devida vênia do inclito relator.

Renan Lotufo

VOTO Nº 8.750, Des. NELSON SCHIESARI

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCEDOR

1. De logo acompanho o em. Des. Relator no que pertine à rejeição das preliminares suscitadas, de carência da ação e de inépcia da inicial. No que tange à pretendida exclusão do dr. Procurador Geral do Estado entendo que nada resta a ser apreciado, uma vez que a ressalva "no que couber", contida no art. 90, § 2º, da Carta estadual, é dirigida a S. Exa., que, entretanto, optou por não intervir no feito.

2. Refletido estudo no *meritum causae* convenceu-me da inconsistência da peça inaugural, oriunda do Órgão de cúpula do Ministério Público, em fevereiro de 1992. Busca, a inicial, a declaração de inconstitucionalidade da Lei municipal paulistana, nº 11.152, de 30 de dezembro de 1991, na parte em que alterou os arts. 7º e 27, incisos e parágrafos da Lei do mesmo município, de nº 6.989, de 29 de dezembro de 1966, e modificações posteriores, ali apontadas, versando os dispositivos sobre o imposto predial e o imposto territorial urbanos, respectivamente. Bem lembrou o em. Relator Salles Penteado que o imposto territorial no Município adotara a progressividade das alíquotas desde a Lei revogada, de 1966, há perto de uma década, portanto, ao passo que o predial previa alíquota única de 1,2% sobre o valor venal do imóvel. Enfim, a Lei nº 10.394, de 1987, instituiu a progressividade para ambos os tributos, distinguindo, quando ao predial, os imóveis residenciais dos "demais casos". Na Lei ora questionada as alíquotas variam, conforme o valor do imóvel, estabelecendo 5 (cinco) graduações, se residenciais, que variam de alíquota entre 0,2% e 1,0%. E os "demais" em 8 (oito) graduações, de 0,6 a 2,4%. Outrossim, o imposto territorial se situa entre 0,75% e 5%.

3. Pretende o requerente convencer este Eg. Tribunal de Justiça de que o sistema de alíquotas progressivas, de um lado, e de que a distinção estabelecida na Lei municipal entre imóveis residenciais e os "demais casos" afrontam os arts. 160, § 1º, 163, II, 111 e 144, todos da Constituição do Estado de São Paulo.

4. Reza o primeiro daqueles diplomas que:

"Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultado à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte".

Como se pode perceber, o *punctum saliens* desse extenso dispositivo reside na necessidade de graduação do ônus tributário segundo a capacidade econômica do contribuinte. Ora, salta aos olhos que a Lei subsume-se claramente ao comando constitucional, porquanto distribui as alíquotas, crescentemente, na conformidade da escala crescente do poder aquisitivo

do contribuinte: à medida que o valor da propriedade sobe, sobe, na mesma proporção, o imposto respectivo, por força da adequação da alíquota à realidade econômica do proprietário. Vale dizer, os que têm muito pagarão mais, os que têm menos pagarão menos e os que não tem patrimônio imobiliário significativo nada pagarão. Note-se, por oportuno, que a Lei questionada contempla elevado número de pequenos proprietários (cerca de 550.000) com isenção integral do pagamento do tributo (fls.), número muitíssimo mais elevado do que as poucas empresas ou pessoas físicas que ingressaram em juízo contra a nova sistemática legal, e que tanto sensibilizaram o então Chefe do Ministério Público.

5. Analisando a Lei Municipal ora questionada, escreveu, recentemente, o eminente tributarista ROQUE CARRAZZA, que "Em relação aos impostos sobre a propriedade (imposto territorial rural, imposto predial e territorial urbano, imposto sobre a propriedade de veículos automotores etc.), a capacidade contributiva revela-se com o próprio bem, porque a riqueza não advém apenas da moeda corrente, mas do patrimônio, como um todo considerado. Se uma pessoa tem, por exemplo, um apartamento que vale um milhão de dólares, ela tem capacidade contributiva, ainda que nada mais possua. Apenas sua capacidade contributiva está imobilizada. A qualquer tempo, porém, esta pessoa poderá transformar em dinheiro aquele bem de raiz" (Curso de Direito Constitucional Tributário, SP, 1991, pág. 60), que conclui que isto é assim "Porque a propriedade de imóvel luxuoso encerra uma presunção absoluta de que o contribuinte possui capacidade contributiva" (*ibidem*, pág. 65, nota n. 47). Aliás, a hipótese figurada por CARRAZZA contraria frontalmente a sustentação da inicial de que a Lei paulistana ameaça o contribuinte de confisco. O argumento da inicial é, *data venia*, especioso, pois, como bem anota TOSHIO MUKAI, "O confisco, por sua vez, não é qualquer tributação excessiva. Mister se faz, para que se configure, o fato de que o contribuinte, para fazer face à tributação, tenha que se despojar da própria propriedade tributada". (Cadernos de Direito Municipal, in RDP-93/244, *in fine*). Anote-se que a Constituição fala em capacidade econômica, não em capacidade financeira. Outro não é o pensamento de EMÍLIO GIARDINA invocado em artigo de GERALDO ATALIBA, alhures apontado, para quem impõe-se considerar a "potencialidade econômica" do contribuinte, anotando o tributarista peninsular, depois de assinalar que a maioria da doutrina e a predominante jurisprudência, administrativa e judicial, convergem para determinado conceito, para concluir que "Sobretudo na acepção usual e na tradição doutrinária, capacidade contributiva significa possi-

bilidade econômica de pagar, ou seja, a posse de uma riqueza, em medida suficiente a fazer frente à exigência fiscal" (*Le Basi Teoriche Del Principio della Capacità Contributiva*, Milano, 1961, pag. 434).

6. Por outro lado, a mesma Lei descreveu a hipótese de incidência de forma completa, como o exige o art. 97 do CTN. "Em outras palavras - observa YOSHIKI ICHIHARA, tributarista e magistrado conceituado - tanto a alíquota como a base de cálculo estão previstas na lei, sem qualquer possibilidade de a administração ter que preencher as lacunas ou omissões da realização do lançamento. Não deixou, assim, a norma, qualquer campo de discricionariedade ao Executivo no exercício do ato privativo do lançamento a que se refere o art. 142 do CTN" (Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas, nº 1. pág. 94).

7. Alega a inicial que o texto legal do Município de São Paulo infringe, outrossim, o art. 163, § 2º, da Carta Paulista, que preceitua o seguinte:

"Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado ao Estado:

.....
II - instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos".

Em palavras objetivas, cuida-se de respeitar-se o princípio jurídico de isonomia.

8. Velha lição de RUY, inspirada certamente no pensamento do clássico ARISTÓTELES, "a justiça consiste em tratar desigualmente os desiguais, na medida em que se desigualem". A reflexão, de grande sabedoria e inspiração, se constitui no cerne mesmo da igualdade jurídica, pois a lei de modo algum pode tratar igualmente os desiguais, ou desigualmente os iguais. Nisso reside a verdadeira Justiça. Observe-se que o art. 150, II, da Magna Carta, colocada topograficamente sob o Título VI - do Sistema Tributário Nacional, ultrapassa, em rigor, o art. 5º, *caput*, de caráter genérico. Enquanto este fala em que "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza", aquele especifica que ao Estado é vedado "ins-

tituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente". Fica, pois, muito claro que não se trata de uma igualdade abstrata, genérica, meramente formal, aritmética, ou teórica, mas de igualdade real, concreta, substancial, geométrica, palpável. Atente-se que tal preceito é endereçado ao próprio Estado, isto é, ao Legislativo, ao Executivo e ao Judiciário, não havendo como ignorar-se o comando normativo de nível máximo, estabelecido pelo constituinte por delegação da própria Coletividade, que assim quer proclamar a legitimidade do sistema. Nem tem sentido diverso a lição exposta por CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, no primoroso trabalho titulado "Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade", *in verbis*:

"Ora o princípio da isonomia preceitua que sejam tratadas igualmente as situações iguais e desigualmente as desiguais, donde não há como desequiparar pessoas e situações quando nelas não se encontram fatores desiguais. E, por fim, consoante averbado insistentemente, cumpre ademais que a diferenciação do regime legal esteja correlacionada com a diferença que se tomou em conta" (pág. 45, Ed. RT, 1978).

Logo, não há violação alguma do princípio de isonomia jurídica, ostentando a Lei impugnada rigorosa harmonia com o art. 150, II, da Constituição da República antes transcrito.

9. Enfim, quer o dr. Procurador Geral de Justiça que a Lei n. 11.152/91 viola também os arts. 111 e 144 da Constituição do Estado. Preceitua aquele que:

"A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes do Estado, obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, razoabilidade, finalidade, motivação e interesse público"

O art. 144 dispõe que

"Os Municípios, com autonomia política, legislativa, administrativa e financeira se auto-organizarão por Lei Orgânica, atendidos os princípios estabelecidos na Constituição Federal e nesta Constituição".

10. Pelo teor da petição a insurgência se dirige a suposto menosca-

bo dos princípios da moralidade, da finalidade e do interesse público. Nada mais equivocado. A moralidade administrativa, princípio que independentemente da ordem constitucional está hoje consagrado em norma constitucional positiva, mas não se refere à moralidade geral ou social, senão à moralidade que deve inspirar a prática administrativa, postura, bem se vê, que se espera de todo e qualquer órgão público, em qualquer nível dos três Poderes. HELY LOPES MEIRELLES explicita noção posta por HAURIUO, sistematizador do tema - e segundo quem "o agente administrativo, como ser humano dotado da capacidade de atuar, deve, necessariamente, distinguir o Bem do Mal, o honesto do desonesto. E, ao atuar, não pode desprezar o elemento ético de sua conduta. Assim, não terá que decidir somente entre o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, o oportuno e o inoportuno, mas também entre o honesto e o desonesto" (Direito Administrativo Brasileiro, RT, 3ª ed., pág. 69). Ora, é o caso de se perguntar, então, que tipo de moralidade será esse que defende que as pessoas abonadas da sociedade paguem tanto ou menos que os mais limitados, ensejando que de alguma forma vivam, aqueles, às custas destes? O justo é que cada qual pague sua própria conta, conforme os benefícios que aufera da sociedade que integra. E não se trata aqui de preocupação assistencial, senão da mera prática de elementar justiça.

11. Restam, ainda, algumas observações a respeito da progressividade adotada na Lei *sub judice*. Leitura atenta e sem prevenção evidencia que há na Constituição federal duas diferentes espécies de progressividade: uma, prevista no art. 156, § 1º, denominada progressividade fiscal. Diz aí a Carta:

"O imposto previsto no inciso I poderá ser progressivo, nos termos de Lei municipal, de forma a assegurar o cumprimento da função social da propriedade".

É exatamente aquela espécie aplicada à Lei tida como inconstitucional. Mas há outra espécie no art. 182, § 4º, que dispõe assim:

"É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de:

I - parcelamento ou edificação compulsórios;

II - imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo; e

III - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública, etc.”.

Esta modalidade nada tem a ver com aquela. Nada mesmo. Aquela (que pode ser chamada de progressividade no espaço) tem caráter estritamente fiscal, arrecadatório, e depende, como se viu, somente da edição de lei ordinária municipal. Exatamente isto é a lei aqui apontada como transgressora da Lei Maior. Est'outra progressividade se constitui como um mecanismo de administração do desenvolvimento da urbe, do ordenamento de sua vida econômica e social, tendo em conta seu desenvolvimento harmônico. É a chamada progressividade extra-fiscal, porque não tem objetivos arrecadatórios. Tem caráter temporal, porquanto pela desobediência do munícipe à disciplina imposta pela adoção do chamado plano diretor o infrator será, aí sim, punido com sanções crescentemente severas, já mencionadas: o parcelamento ou edificação compulsórios; se insuficiente, sobrevém o IPTU crescente no tempo, vale dizer, a cada exercício financeiro se agravará; e, se ainda insuficiente, restará a expropriação mediante o pagamento com títulos públicos. É o que estabelece o art. 182 da Constituição da República. Não há, pois, confundir, uma progressividade com outra. Esta depende de lei federal, aquela de lei municipal. Esta é punitiva, aquela arrecadatória. Esta é instrumento de ordenação urbanística, aquela de recolhimento da contribuição devida pelos contribuintes, com base no valor venal da propriedade, que outra coisa não é senão o seu valor de mercado! Assim também sustentam o mencionado GERALDO ATALIBA e ALCIDES JORGE COSTA (cf. Cadernos de Direito Municipal, RDP n° 93, fls. 233/238 e 239/242, respectivamente).

12. IVES GANDRA DA SILVA MARTINS sustenta que “em relação ao IPTU, deve-se lembrar que esse imposto sobre o patrimônio poderia ser progressivo mesmo que a Constituição não o dissesse” (*in* Sistema Tributário da Constituição de 1988, Saraiva, 1988, pág. 256), aduzindo, noutra publicação, que se “Caracteriza a progressividade no espaço pela utilização de alíquotas diferenciadas, consoante a região em que se situe o imóvel, construído ou não” (cf. IVES GANDRA e AIRES BARRETO, Manual do

Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana, RT, 1985, pág. 124). Em estudo sobre a progressividade do IPTU o conceituado tributarista JOSÉ SOUTO MAIOR BORGES, Professor da Universidade Federal de Pernambuco, aborda frontalmente o regime jurídico tributário atual no Município de São Paulo, e, após examinar todos os aspectos essenciais do problema, arremata da seguinte forma:

"Concluo, pois, que é constitucional a Lei nº 11.152/91, editada pelo Município de São Paulo" (*in* Revista de Direito Tributário nº 59/94).

Enfim, proclamam MACHADO DERZI e SACHA CALMOM NAVARRO COELHO:

"Por progressividade entende-se a majoração da alíquota, à medida que cresce o valor da matéria tributável. Não é incompatível com o princípio da igualdade e da proporcionalidade. Ao contrário, é hoje aceita, e segundo relata Uckmar, da Alemanha à Áustria, da França à Itália, da Holanda à Suíça, da Inglaterra à Dinamarca, à Suécia, à Noruega, à Espanha, aos Estados Unidos, ao Canadá, ao México, à Austrália, ao Japão, pode-se dizer que não existiu um estado onde no fim do século passado ou no princípio do presente, não existissem impostos com alíquotas progressivas" (*in* Do Imposto sobre a Propriedade Predial e Territorial Urbana, Saraiva, 1982, pág. 68).

13. Segue-se, do quanto exposto, que a Lei paulistana, longe de ferir normas constitucionais, está em plena harmonia com elas porque respeita a capacidade econômica do contribuinte, promove a justiça fiscal, preserva o princípio de isonomia e assegura o cumprimento da função social da propriedade. Dessa forma fortalece o maior Município do Brasil, contribuindo para esse saudável equilíbrio federativo. Eis o *desideratum* do constituinte e do legislador municipal. Não pode, então, o intérprete, muito particularmente o Juiz, amesquinhar os elevados propósitos do Poder Constituinte, sob pena de colocar o Poder Judiciário - perante a História - na triste perspectiva de retardador da modernização da Administração Pública e do almejado desenvolvimento da sociedade brasileira.

14. Ressalve-se, contudo, que qualquer contribuinte poderá, a todo tempo, invalidar, em Juízo, lançamento do imposto que evidencie erro, abuso de poder ou desvio de finalidade.

15. Com tais ponderações, meu voto *julga improcedente* a presente ação direta de inconstitucionalidade da Lei Municipal de São Paulo nº 11.152, de 30 de dezembro de 1991, na parte em que alterou os arts. 7º e 27, incisos e parágrafos, da Lei nº 6.989/66 e modificações posteriores, em harmonia com os corretos votos do Relator Des. SALLES PENTEADO e do Des. BUENO MAGANO.

NELSON SCHIESARI

ISS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE SAÚDE.
HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA.
AÇÃO DECLARATÓRIA. IMPROCEDÊNCIA*.

PRIMEIRO TRIBUNAL DE ALÇADA CIVIL DO
ESTADO DE SÃO PAULO

ACÓRDÃO

Imposto – ISS – Empresa integrante de plano de saúde – Regime de convênio – Incidência do tributo – Impossibilidade de subsunção ao sistema de seguros – Ausência dos requisitos próprios – Atividade que constitui prestação de serviços. Recurso provido.

* Com trânsito em julgado

Vistos, relatados e discutidos estes autos de APELAÇÃO nº 553.124-2, da Comarca de SÃO PAULO, sendo recorrente JUÍZO DE OFÍCIO, apelante MUNICIPALIDADE DE SÃO PAULO e apelado SAÚDE MÉDICA INTERNACIONAL LTDA.

ACORDAM, em Quarta Câmara Especial de julho/95, do Primeiro Tribunal de Alçada Civil, por votação unânime, dar provimento ao recurso.

1) Por meio de apelação (fls. 257 e ss.), volta-se a Municipalidade interessada contra sentença (fls 251 e ss.), que declarou indene ao ISS a atividade econômica da recorrida, que se dedica à prática de seguro saúde. Sustenta que: a entidade presta serviços; não está ela submetida ao regime especial sobre seguros privados, por falta de implemento aos requisitos próprios; sua atividade encontra-se, ao revés, listada; houve violação da Constituição e do sistema tributário com a decisão recorrida; o sistema de convênio submete-se, conforme doutrina que menciona, ao regime geral de serviços postos à disposição da comunidade, estando, assim, sujeito à tributação; a jurisprudência apóia a tese que defende. Postula a modificação da orientação singular.

Recebido (fl. 267), foi o recurso processado, sem resposta da parte adversa (fl. 267 v.).

É o relatório.

2) Assiste razão à Prefeitura interessada, que, ao exigir o tributo da empresa em questão, simplesmente exerce direito que lhe assegura o sistema legal vigente (CF, art. 156 e Lei 56/87, item 6 da lista).

Com efeito, o ISS é imposto incidente sobre "serviços de qualquer natureza prestados por profissional ou por empresa (Dec. Lei 406/68, arts. 8º e ss.), respeitadas as idéias básicas de organização e de habitualidade no exercício, como tem sido entendido na doutrina e na prática judiciária.

Ora, sendo a empresa recorrida instituição integrante do regime de convênio médico, tem sua atividade básica concentrada em realizar serviços para os interessados, que podem, assim, dispor de atendimento em hospitais, consultórios e profissionais integrantes da rede (cfr. Carlos Alberto Bittar: "Contratos civis", p. 245 e ss.).

Não se trata, pois, de atividade de caráter securitário, esta privativa de empresas que, instituídas sob forma legal própria (sociedades anônimas), são autorizadas para tanto, compondo regime legal específico (Dec. lei 73/66) sobre seguros privados. Não há prova alguma nesse sentido (CPC, art. 333, I).

Não desfruta a recorrida, pois, dos requisitos exigidos para a inserção no referido sistema, de sorte que é contribuinte do tributo em causa, cumprindo-lhe arcar com o respectivo pagamento.

Mostra-se, desse modo, improcedente a ação de declaração, merecendo, assim, florescer o apelo.

3) Face ao exposto, dá-se provimento ao recurso com a inversão dos ônus da sucumbência.

Presidiu o julgamento, com voto, o juiz OCTAVIANO LOBO e dele participou o juiz FRANCO DE GODOI (revisor)

São Paulo, 02 de agosto de 1995.

CARLOS BITTAR
Relator

ISS. PROMOÇÃO DE BAILES DE CARNAVAL
POR ASSOCIAÇÃO DESPORTIVA E SOCIAL
SEM FINS LUCRATIVOS. AÇÃO
DECLARATÓRIA DE ISENÇÃO.
IMPROCEDÊNCIA.*

PRIMEIRO TRIBUNAL DE ALÇADA CIVIL DO ESTADO
DE SÃO PAULO

ACÓRDÃO

EMENTA: ISS - Associação Portuguesa de Desportos - Ação declaratória de isenção - Bailes de carnaval - Atividade sujeita ao tributo - Ao cobrar ingressos do público, nos bailes, a requerente atua como qualquer casa de diversões, sujeitando-se, portanto, à exação do fisco - Recurso improvido.

* Com trânsito em julgado

Vistos, relatados e discutidos estes autos de APELAÇÃO Nº 534.086-5, da Comarca de São Paulo, sendo apelante ASSOCIAÇÃO PORTUGUESA DE DESPORTOS e apelada MUNICIPALIDADE DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Décima Câmara Especial de Janeiro de 1995 - B do Primeiro Tribunal de Alçada Civil, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

Ação declaratória julgada improcedente, pela r. sentença de fls. 147/150, cujo relatório se adota.

Apela, a autora, pleiteando a isenção da obrigação de pagar ISS, uma vez que preenche os requisitos para obter a imunidade. Pede, alternativamente, que a fixação do valor do ISS, seja com base no valor total de bilheteria (fl. 89).

Recurso regularmente processado, respondido e efetuado o preparo.

É o relatório.

A apelante enfatiza que atende a todos os requisitos legais para ser titular do direito de imunidade tributária, pela prestação de serviços de diversões públicas, com cobrança de ingressos. A despeito disso, não levando em consideração esse direito, a apelada decidiu cobrar-lhe o ISS, referente ao ano de 1992.

O MM. Juiz firmou entendimento de que a apelante ao realizar bailes de Carnaval, mesmo em ocasiões especiais, desviou-se de sua finalidade, sendo passível de tributação.

Dispunha o art. 19, III, "c", da anterior Constituição Federal, ser vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, instituir imposto sobre instituições de "assistência social", observados os dispositivos legais. Os requisitos de lei foram estabelecidos pelo Código Tributário Nacional (CTN), na combinação dos arts. 9º e 14, destacando-se entre outros, a inexistência de fins lucrativos (n.l) e a necessidade de haver relação direta com os objetivos institucionais das entidades (§ 2º).

Com a promulgação da Constituição Federal, em 5 de outubro de

1988, a União perdeu a competência de conceder isenções de impostos estaduais e municipais (artigo 51, inciso III).

Além disso, no art. 150, VI, "c", repetiu-se a proibição acima mencionada, usando a mesma expressão "assistência social", exigindo expressamente a inexistência de "fins lucrativos", e no § 4º, explicitou que a imunidade tributária, além de alcançar apenas as instituições de assistência social, sem fins lucrativos, em relação a estas restringe-se ao patrimônio, à renda e aos serviços, desde que - mais uma restrição - digam com as respectivas "finalidades essenciais".

É instituição de assistência social entidade mantida por empresa para prestar, gratuitamente, serviços de assistência a diretores, empregados e dependentes destes, uma vez que, além de preencherem os requisitos do art. 14, do CTN, auxiliam o Estado na prestação de assistência social aos que necessitam dela, embora em área circunscrita (RTJ 87/684).

Em decisão do STF, ficou esclarecido:

"É instituição de assistência social, e goza, portanto, de imunidade tributária a fundação de fins previdenciários e de assistência social que objetiva distribuir benefícios a empregados e administradores das organizações patrocinadoras dela. Entidades dessa natureza auxiliam o Estado na prestação de assistência social aos que necessitam dela, embora em área circunscrita" (RE 115.970-7-RS).

A recorrente persegue o direito à isenção, ou seja, a dispensa de tributo, que o Estado concede a alguém, exonerando-o, momentaneamente, de obrigação tributária que específica, por considerações de política econômica ou social, a seu critério (Manoel Lourenço dos Santos, "Direito Tributário" FGV, 3ª ed. págs. 84/85). A imunidade tributária é um privilégio. E todos os privilégios devem ser interpretados restritivamente (RT 694/179).

Os bailes de carnaval não se enquadram nas atividades usuais e próprias do clube, embora possam ter a finalidade de recreação. Aos sócios se assegura o direito de freqüência às dependências do clube e de suas atividades, com a obrigação única de quitar aquelas sociais (fl. 29), e em especial as contribuições pecuniárias.

Nem há dúvida que as contribuições dos sócios constituem a recei-

ta ordinária, e aquelas oriundas da cobrança de ingressos em bailes, as denominadas "extraordinárias".

De outra banda, já decidiu este Egrégio Tribunal:

"Dispõe o artigo 8º do Decreto-lei 406, de 31.12.68, que "O imposto, de competência dos Municípios, sobre serviços de qualquer natureza tem como fato gerador a prestação, por empresa ou profissional autônomo, com ou sem estabelecimento fixo, de serviço constante de lista anexa".

O Decreto-lei 56, de 15.12.87, deu nova redação à Lista de Serviços a que se refere o artigo 8º do Decreto-lei 406/68, e no item 60, letra "d", consta que o ISS é devido sobre diversões públicas referentes a bailes.

Por outro lado, o Decreto Municipal nº 26.120, de 7.6.88, que regulamentou Lei Municipal, contém a Lista de Serviços passíveis de ISS, e no item 59, letra "d", consta, "bailes, shows", etc. como diversões públicas.

O recolhimento do ISS, portanto, é inarredável, incidindo a atividade da apelante na Lista de serviços dos diplomas legais mencionados" (Apel. 483.836-4, Comarca de São Paulo, 8ª C., v.u., rel. Juiz TOLEDO SILVA).

De ressaltar, ainda, que a isenção do IPTU não se confunde com o ISS, porque diversos os fatos geradores.

Nega-se provimento ao recurso.

Presidiu o julgamento, o Juiz FERRAZ NOGUEIRA e dele participaram os Juízes REMOLO PALERMO (Revisor) e PAULO HATANAKA.

São Paulo, 07 de março de 1995

SOUSA OLIVEIRA
Relator

LOTEAMENTO CLANDESTINO. ESFERA PENAL. PROTEÇÃO DE
DIREITO ADMINISTRATIVO LIGADO À COMPETÊNCIA.
INTERESSE DE AGIR DA MUNICIPALIDADE PARA ATUAR
COMO ASSISTENTE DE ACUSAÇÃO.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de APELAÇÃO CRIMINAL nº 155.980-3/9, da Comarca de SÃO PAULO, em que são apelantes VALTO CORREIA LIMA, SOLANGE TEUDSCHBEIN ARAUJO, JOSÉ ROBERTO DE SOUZA, PEDRO SCHUNCK, MARIA MARINA BONANO SCHUNCK, LUIZ GONZAGA SCHUNCK, ELOÁ MARINI SCHUNCK, ARLINDO SCHUNCK, MÁRCIA APARECIDA ROSCHEL SCHUNCK, SOELI BUENO DE ARAUJO ALMEIDA, LOURIVAL VICHI DE ALMEIDA, SONIA BUENO

DE ARAUJO, MARLI BUENO DE ARAUJO e VALTER BUENO DE ARAUJO,
sendo apelada a JUSTIÇA PÚBLICA:

ACORDAM, em Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por votação unânime, rejeitada a matéria preliminar, negar provimento aos recursos.

A r. sentença julgou procedente, em parte, ação penal movida pela Justiça Pública, contra Olinda Bueno de Araujo, Pedro Schunck, Maria Marina Bonano Schunck, Luiz Gonzaga Schunck, Márcia Aparecida Roschel Schunck, Soeli Bueno de Araujo Almeida, Lourival Vichi de Almeida, Sonia Bueno de Araujo, Valter Bueno de Araujo, Solange Teudschbein Araujo, Valto Correia Lima, Alcides Chaves da Silveira e José Roberto de Souza, condenando-os, como incurso nas penas do artigo 50, parágrafo único, inciso I, c.c. o artigo 51, ambos da Lei Federal nº 6.766/79, à pena de um ano de reclusão e o pagamento de dez salários mínimos.

Julgou, também, improcedente, para absolver os réus Ubimar Cezar Carmo Versiani e Marco Aurélio Correia Lima, do crime que lhes é imputado nos termos do artigo 386, inciso IV, do Código de Processo Penal.

Olinda Bueno de Araujo teve extinta a punibilidade em virtude de seu falecimento.

Da mesma forma, extinta a punibilidade (fls. 1.567) de Alcides Chaves da Silveira, pela prescrição, pois é maior de setenta anos.

Irresignados, apelam os réus condenados, com as seguintes alegações, em síntese.

Arlindo Schunck, Pedro Schunck, Márcia Aparecida Roschel Schunck, Soeli Bueno de Araujo Almeida, Lourival Vichi de Almeida, Eloá Marini Schunck, Valter Bueno de Araujo, Maria Marina Bonano Schunck, Marli Bueno de Araujo, Sonia Bueno de Araujo e Luiz Gonzaga Schunck, argumentam que nunca procuraram transferir para o responsável da imobiliária a implantação de um loteamento em terreno de propriedade deles e sim, que pelo contrato, o representante legal daquela empresa assumiu a responsabilidade pela implantação de um condomínio fechado, com todos os ônus e riscos, sem qualquer obrigação por parte deles, se não, abrirem mão de 60% do valor auferido na venda das quotas.

O fato de um dos apelantes haver assinado contratos em julho de 1988, também não caracteriza o crime imputado, porque, além do empreendimento ainda não ter sido interditado pela municipalidade o representante da imobiliária asseverava que era legal e estava sendo regularizado, o que é confirmado pela prova, embora sem sucesso.

Finalmente, não há prova de que os apelantes agiram com o necessário dolo e devem ser absolvidos por insuficiência probatória.

José Roberto de Souza, o "zé prefeito", como é conhecido, afirma que não cometeu ilícito nenhum, apenas por ter liderança na região e, na oportunidade, estar à frente da Associação Amigos de Bairro do Jardim Virgínia, foi procurado por várias pessoas que haviam invadido uma gleba na localidade e lhe pediam que desse uma solução, quando lhes aconselhou a entrar em entendimento com o proprietário do terreno, sendo que estava presente o representante do proprietário, que solicitou o salão da entidade a fim de que se reunissem para fixar valores, o que foi cedido.

Todavia, não teve interesse comercial algum e não intermediou a venda de nada, apenas procurou ajudar a solucionar o impasse decorrente da invasão do terreno.

Ademais, mesmo que se pretendesse atribuir-lhe a intermediação de alguma transação, não teria agido com o necessário dolo, porque, leigo, desconhecia as particularidades da lei do parcelamento do solo e, como líder comunitário, tinha por dever defender os interesses dos invasores, carentes de moradia, nunca dos proprietários.

Houve contra-razões do Ministério Público e da assistente da acusação, nas quais enfatiza-se que todos os apelantes agiram com dolo, os proprietários porque assinaram os compromissos sabendo que era irregular o negócio, quando competia-lhes estar à frente da empreitada e sua regularização além de firmarem contrato com a imobiliária para venda dos lotes, sem cláusula prevendo a regularização nos órgãos próprios para a autorização do loteamento, nos termos da Lei 6.766/79. Firmaram, anteriormente, uma carta em que pregavam claramente a implantação de um loteamento.

Valto Correia Lima, perante este Tribunal de Justiça, nos termos do art. 600, do Código de Processo Penal, aduz, como preliminar, que o feito

deve ser anulado, desde o despacho que admitiu a municipalidade de São Paulo, indevidamente, como assistente de acusação, inclusive a sentença, que se baseou em argumento da Procuradoria do Município, pois cabe ao Ministério Público atuar em nome do Poder Público.

No mérito, que não agiu com dolo, mero corretor de imóveis, seguindo orientação do co-réu, advogado Alcides Chaves da Silveira, para solucionar situação emergencial, a gleba havia sido invadida e a intenção era simplesmente acomodar os sem-teto, resolução que lhe pareceu acertada e legal, como ainda entende ser, mesma tese defendida em processo semelhante, referente à propriedade sua, contígua a essa, cuja sentença reconheceu a atipicidade da imputação, já que não se trata de parcelamento do solo, loteamento, mas sim da instituição de um condomínio horizontal, com negociação de parcelas ideais, tudo de acordo com a lei civil, conduta não incriminada na Lei 6.766/79.

Arremata, que mesmo constando na proposta o número do lote, a quadra e a metragem, não se descaracteriza o condomínio, podendo os adquirentes, a qualquer tempo, receber as escrituras definitivas de suas parcelas ideais, tornando-se co-proprietários.

Houve novas contra-razões do Ministério Público, sustentando a improcedência da preliminar por ausência de prejuízo e quanto ao mérito, que o apelante Valto, corretor de imóveis, com amplo conhecimento do ramo, foi quem assumiu a responsabilidade pela venda dos lotes, tinha inteiro conhecimento da irregularidade do loteamento e os negociou, evidenciando-se o dolo.

A douta Procuradoria de Justiça manifestou-se pelo improvimento dos recursos, sob o argumento, quanto à prejudicial de mérito, de que a municipalidade tem legitimidade para figurar como assistente de acusação e, tangente ao merecimento, que não se pode falar em atipicidade do fato por carência de provas do elemento subjetivo da conduta dos apelantes, quer indireto ou eventual e que o loteamento era clandestino, sem autorização da Prefeitura Municipal, da Secretaria de Estado da Habitação e Desenvolvimento Urbano e da CETESB.

É o relatório.

Não procede a preliminar argüida pelo réu Valto, pelo que é rejeitada.

Com efeito, a municipalidade tem interesse para atuar como assistente de acusação, pois o faz em defesa de direito diverso do Ministério Público, este defendendo o interesse público de ordem geral da sociedade e interesses difusos, enquanto que aquela objetiva proteger direito administrativo diretamente ligado a sua competência, v.g. o valor do imposto predial e territorial urbano, em eventual processo criminal, ao passo que o Parquet almeja a punição do infrator e aplicação da lei penal, não importando esse valor.

Não pudesse agir no caso como assistente, certamente teria cerceado o seu direito de poder demonstrar, muitas vezes, até, com mais propriedade, em virtude da ligação mais profunda entre o fato criminoso e a administração, o seu direito.

Neste sentido, a bem lembrada, pela ilustre Procuradora do Município oficiante, lição de Hugo Nigri Mazzilli: "Com efeito, não há confundir o interesse do bem geral (interesse público primário) com o interesse da administração (interesse público secundário), ou seja, o modo como os órgãos governamentais vêem o interesse público. Essa distinção evidencia que nem sempre, ao contrário, está a coincidir, respectivamente, o interesse primário com o secundário. E é pelo primeiro deles que deve sempre zelar o Ministério Público. E, nesse sentido, o interesse público primário (bem geral) pode ser identificado com o interesse social, o interesse da sociedade ou da coletividade, e mesmo com os mais autênticos interesses difusos (o exemplo, por excelência, do meio ambiente). Já o interesse coletivo é aquele que atinge uma categoria determinada ou pelo menos determinável de indivíduos, como a dos consumidores lesados no uso de algum produto". ("O Ministério Público na Constituição de 1988", pág. 48).

Na mesma direção, "O município, quando for o ofendido, pode intervir como assistente do Ministério Público. Ponderável corrente de opinião entende que ao Poder Público é defeso habilitar-se como assistente, sob a alegação de que o Ministério Público atua em seu nome, sendo superfetação a ingerência.

"O Ministério Público, porém, atua em nome do Estado, genericamente

mente considerado, na defesa do que ele entende seja interesse juridicamente tutelado, e essa avaliação poderá não combinar com o que a Administração Pública julgue do seu interesse contraste sempre possível de se manifestar face à dualidade entre o titular da ação (Ministério Público) e direito do ofendido (Município).

“Assim é que o Promotor Público poderá requerer o arquivamento das peças que lhe foram encaminhadas pelo Município, deixar de requerer a produção de provas indicadas ou pedir absolvição do réu.

“Negar ao Município o direito de habilitar-se seria conceder-lhe menos do que a lei estende a qualquer pessoa ofendida pelo delito e proibir o concurso de quem dispõe das melhores condições para provar ou facilitar a produção da prova da infração.

“Ademais, a intervenção das entidades públicas não é novidade desde a edição do Dec.-lei 201/67.

“O mesmo se poderia dizer dos Estados e do Distrito Federal, mas cada um destes têm seu Parquet e dispõem de instrumentos administrativos para fazerem presentes seus interesses, razão pela qual, dificilmente ocorrerá a hipótese da habilitação” (Ruy Rosado de Aguiar Júnior, “Normas Penais sobre o Parcelamento do Solo Urbano”, in Direito do Urbanismo – Uma Visão Sócio-Jurídica, coordenação de Álvaro Pessoa, IBAM/SP, 1981, pág. 213), in “Leis Penais Especiais e sua Interpretação Jurisprudencial”, coordenação de Alberto Silva Franco, “Parcelamento do Solo”, autor responsável, Rui Stocco, pág. 1.340).

Assim, rejeita-se a preliminar argüida pelo réu Valto.

Segundo se depreende dos autos, os apelantes não promoveram a aprovação do loteamento junto à Prefeitura Municipal de São Paulo (Certidão de fls. 213), em desobediência ao artigo 12, da Lei 6.766/79, que dispõe sobre o parcelamento do solo urbano.

Além disso, os apelantes feriram, outrossim, as posturas e normas estaduais que regulam a matéria.

A Lei do Parcelamento do Solo, Lei 6.766/79, em seu artigo 50, I, define como crime contra a Administração Pública, dar início, de qualquer

modo, ou efetuar loteamento ou desmembramento do solo para fins urbanos sem autorização do órgão público competente, ou em desacordo com as disposições desta lei ou das normas pertinentes do Distrito Federal, Estados e Municípios, e no artigo 51, dispõe que quem de qualquer modo, concorra para prática desses crimes incide nas mesmas penas.

Na Região Metropolitana da Grande São Paulo, a Lei Estadual 898/75 disciplina o uso do solo para a proteção dos mananciais, cursos e reservatórios de água e demais recursos hídricos de seu interesse e em seu artigo 3º, dispõe sobre as áreas de proteção e que nessas a execução de arruamentos, loteamentos, edificações e obras, dependem de aprovação prévia da Secretaria dos Negócios Metropolitanos e manifestação favorável da Secretaria de Obras e Meio Ambiente, mediante parecer da Companhia Estadual de Tecnologia de Saneamento Básico e de Defesa do Meio Ambiente – CETESB.

A Lei Estadual 1.172/76 delimita as áreas de proteção relativas às regiões a que se refere a Lei Estadual 898/75 e em seu artigo 2º, III, institui faixas de primeira categoria ou de maior restrição, onde, segundo o artigo 9º, permite-se, tão-somente, pesca, excursionismo, natação, esportes náuticos ou outros que não importem em instalações permanentes.

No artigo 3º, estabelece faixas de segunda categoria, ou de menor restrição, àquelas situadas nas áreas de proteção e que não se enquadrem nas de primeira categoria.

Segundo o laudo técnico de fls. 103/112, instruído com levantamento aerofotogramétrico da região, tem-se que a implantação do loteamento se deu sem a prévia aprovação, sendo que encontra-se em região protegida pela Lei Estadual 898/75, artigo 2º, I, reservatório Billings e a área é classificada parte de primeira categoria e parte de segunda categoria classe "C", não se permitindo àquela nenhuma atividade, a não ser as já referidas e na outra somente se admitindo o parcelamento, loteamento ou arruamento, se satisfeitas as exigências do artigo 16, da Lei Estadual 1.172/76.

Não se observou a exigência de nenhuma das duas categorias, pois segundo o referido laudo, com as fotografias de fls. 107/109 e 111/112, houve movimentação de terra junto ao córrego, canalização e aterro e não existe a demonstração de que cumpriram o referido artigo 16.

Desta forma, está patenteado que houve infringência ao artigo 12, da Lei 6.766/79, aos artigos 9º, 10, 11, 16, 19, 20, 24 e 25 da Lei Estadual 1.172/76, e a tipificação do delito do artigo 50, da referida Lei Federal.

Argumenta-se no apelo encabeçado por Arlindo Schunck, que nunca procuraram transferir para o responsável da imobiliária a implantação de um loteamento, mas de um condomínio fechado.

No entanto, quando interrogados, Pedro, fls. 652/652 v., Luiz Gonzaga, fls. 655/655 v., Arlindo, fls. 657/657 v., Soeli, fls. 659/659 v., e Sonia, fls. 661/661 v., disseram que a intenção primeira era de lotear o imóvel e por isto, a falecida Olinda Bueno de Araujo procurou a imobiliária Nacional Imóveis Ltda., pertencente ao apelante Valto para que procedesse ao loteamento.

Nos mesmos atos, sempre que se referem ao empreendimento, falam em loteamento.

A correspondência de fls. 1.097/1.098, datada de 09.05.88, remetida pela Nacional Imóveis Ltda., que embora não assinada, não foi impugnada, dirigida ao Sr. Luiz Gonzaga Schunck (em 30.07.88, nomeado procurador dos proprietários), embora refira-se a condomínio fechado, procura encobrir loteamento, pois refere-se a cem áreas delimitadas vendáveis e mais na planta de fls. 366, 525 e 526, do "Condomínio Olinda", há referência expressa a "parcelamento em sistema de condomínio".

Ora, parcelar, segundo Aurélio Buarque de Holanda, in "Novo Dicionário da Língua Portuguesa", significa dividir, que por seu turno, na mesma obra significa partir, separar as diversas partes, desunir, o que é incompatível com o conceito de condomínio.

Da mesma forma, "o contrato de prestação de serviço e concessão de vendas", firmado com a imobiliária para a venda do imóvel, embora refira-se a condomínio fechado, não consegue encobrir a verdadeira intenção de lotear a gleba, pois em sua cláusula 2ª consta que "contratam com a segunda nomeada – Nacional Imóveis S/C Ltda. – aqui designada simplesmente Contratada, todos os serviços e as diligências necessárias ao desdobro do terreno".

Desdobrar, segundo ainda o mestre Aurélio, também tem a acepção

de fracionar ou dividir em grupos.

Tanto as propostas de fls. 898, firmada em 12.07.88 e de fls. 899, firmada em 13.07.88, como nos inúmeros compromissos de venda e compra firmados pelos apelantes, menciona-se a área delimitada, ou seja, lotes.

As duas referidas "Proposta de Compra de Imóvel", a demonstrar a má-fé com que agiram os apelantes, foram feitas, como já se viu, em 12.07.88 e 13.07.88, e seus respectivos compromissos de venda e compra firmados na mesma data (fls. 31/33 e 27/29), estes últimos já assinados por procuração por Luiz Gonzaga Schunck, muito embora o instrumento de mandato apenas tenha sido lavrado no dia 30.07.88. Obviamente para regularizar a situação que era, evidentemente, do conhecimento de todos.

Observe-se que tendo sido a procuração outorgada em 30.07.88, em Tabelião, com fé pública, não colhe aos apelantes o argumento de que somente após a morte de Olinda é que teria ocorrido a invasão, pois no ato ela consta como outorgante.

Destarte, a procuração já foi assinada com prévio conhecimento para a venda dos lotes a seus ocupantes. Está mais do que caracterizado o dolo com que os proprietários agiram.

Além disso, todas as testemunhas que adquiriram o imóvel, José dos Santos Pereira (fls. 886/886 v.), Antonio Geraldo dos Santos (fls. 888/888 v.), Carmelita Neves dos Santos (fls. 890/890 v.), Eraldo Tibúrcio de Lima (fls. 891/891 v.), Edízio Braga dos Santos (fls. 893/893 v.) e Paulo Dias Braga (fls. 894/895), referem-se a lotes e loteamentos.

Ainda que assim não fosse, o citado laudo de fls. 103/112 demonstra claramente que, como proprietários, infringiram a legislação estadual e conseqüentemente a federal.

Com relação ao recurso de José Roberto de Souza, o "zé prefeito", também não merece acolhida.

Embora tenha negado o seu interesse comercial, de alguma forma participou da empreitada, presidindo reunião da associação de bairro e incentivando seus liderados na aquisição dos lotes.

É o que se depreende dos depoimentos de Eraldo Tibúrcio de Lima, fls. 891/891 v., “‘zé prefeito’ disse que era para quem quisesse comprar não teria problema, pois o loteamento não era clandestino”.

Antonio Geraldo dos Santos, fls. 888/888 v., afirmou que a “reunião era presidida pelo ‘zé prefeito’ e tratava-se da compra de terrenos” e, mais adiante, que o depoente “escolheu e adquiriu seus lotes, pois já havia arruamento”.

Paulo Dias Braga, fls. 894/895, ao infirmar a declaração de “zé prefeito”, de que não tinha interesse comercial, asseverou “tem condições de apontar compradores de lotes do ‘zé prefeito’”.

Inegável, pois, que José Roberto de Souza de qualquer modo concorreu para a prática do crime.

Alega, ainda, que não agiu com dolo, por ser leigo, não conhecendo os detalhes da Lei do Parcelamento do Solo, porém, isto não lhe favorece, pois o desconhecimento da lei é inescusável, sua ignorância ou má compreensão, não pode ser argüida por quem tem condições de conhecê-la e, o apelante, sendo líder no bairro, presidente da associação, sem dúvida o tem.

Tangente a Valto Correia Lima, também seu recurso deve ser improvido.

A tese principal de sua defesa, da atipicidade da conduta, por não se tratar de loteamento clandestino, mas de condomínio horizontal, não vinga.

Como já demonstrado acima, o empreendimento era mesmo um loteamento, com ruas abertas, aliás, irregularmente, desobedecendo as leis de proteção aos mananciais e bacias hídricas, com venda de lotes delimitados e determinados em plantas que, expressamente, referem-se a parcelamento e a simples mudança do nome lote, para fração ideal, não tem o condão de alterar o investimento para condomínio.

O próprio Valto em seu interrogatório (fls. 646) declarou “que foram feitos contratos de venda de lotes” e a testemunha por ele arrolada, Florêncio Afonso de Oliveira, em seu depoimento (fls. 1.027), diz que “não soube de problemas no loteamento”, referindo-se à área.

Concernente ao dolo, como já visto, não pode o apelante aduzir desconhecimento da lei, pois, corretor de imóveis há várias décadas, tinha a obrigação de conhecer a legislação, como, aliás, conhecia desde que Nelson Neves Ivarosk, testemunha arrolada pela defesa de co-réu absolvido, declarou (fls. 1.023), que "conheceu o réu Valto Correia Lima porque levou trabalho ao réu Ubimar no escritório; Valto levou ao escritório uma planta de loteamento para ser regularizada a situação, reconhecendo a planta de fls. 348 dos autos, como sendo aquela. No mesmo sentido o depoimento de Ana Maria Gomes Carmo (fls. 1.024).

Posto isso, nega-se provimento aos recursos.

Participaram do julgamento os Desembargadores SEGURADO BRAZ (Presidente) e GONÇALVES NOGUEIRA (Revisor).

São Paulo, 16 de outubro de 1995.

LINNEU CARVALHO
Relator

OCUPAÇÃO DE PRAÇA PÚBLICA.
RESPONSABILIDADE DE FUNCIONÁRIOS
MUNICIPAIS. AÇÃO POPULAR. IMPROCEDÊNCIA. *

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de APELAÇÃO CÍVEL Nº 113.812-1, da comarca de SÃO PAULO, em que é recorrente o Juízo "Ex Officio", sendo apelantes ANÍSIO DOS SANTOS PONTES e OUTROS e apelados a MUNICIPALIDADE DE SÃO PAULO e OUTROS:

* Com trânsito em julgado

ACORDAM, em Primeira Câmara Civil do Tribunal de Justiça, por votação unânime, negar provimento ao recurso oficial e prover, em parte, o dos autores.

1. Cuida-se de ação popular, mediante a qual os autores intentam responsabilizar agentes e servidores de favela em certo local destinado à praça pública. O pedido inicial está formulado no sentido de ser afastada do local a favela, assentada com a cooperação de servidores do Município de São Paulo.

A sentença julgou improcedente e condenou os autores no pagamento das custas do processo e honorários de advogado, arbitrados em Cz\$ 15.000,00 para cada um dos demandantes (fls. 375).

Apelação dos autores (fls. 379) que pedem provimento ao recurso, com a devolução da praça pública a quem de direito (fls. 382). O recurso foi respondido (fls. 384 e 389). A douta Procuradoria Geral de Justiça, pela manutenção da conclusão firmada em primeiro grau, salvo no tocante aos efeitos da sucumbência (fls. 402).

2. O loteamento Vila Henrique Cunha Bueno reservou três áreas para praças, destacando-se a chamada Praça Intermediária. Sobre os lotes os adquirentes foram construindo as suas moradias. E eles vinham insistindo com a Prefeitura para que no local previsto para a chamada Praça Intermediária se instalasse efetivamente a praça, e chegaram a plantar árvores e a cimentar duas vielas. Em 1982 às suas expensas solicitaram o serviço de terraplanagem, sendo que "em princípio os moradores imaginaram que estes serviços destinariam a implantação da praça pública". Mas passaram a ouvir boatos de que a co-ré Raquel (que seria a Dra. Raquel Biava, lotada na Secretaria do Bem Estar Social e Secretaria Municipal de Defesa Social, v. fls. 228) estaria mobilizando pessoas para ali instalar favelas. E a instalação, passados alguns dias (cerca de um mês e pouco após a terraplanagem), acabou ocorrendo (v. fotos de fls. 17/25).

Entendeu-se que a terraplanagem foi feita com o intuito de implantar a indigitada favela e ainda houve cooperação por parte do poder público municipal, pois foram vistos caminhões transportando para o local madeira, usada, para construir os barracos.

O ato lesivo impugnado está justamente na implantação de uma favela em uma praça pública. A existência da favela é incontestável. A prova não se mostrou convincente no tocante ao fato de ter sido feita a terraplanagem para a implantação da favela e que a madeira, transportada por caminhões da Prefeitura, o foi para a construção dos barracos. A respeito, a testemunha Clélia como ressaltado na sentença, num primeiro momento, afirmou que os caminhões da Prefeitura para lá transportaram madeira a fim de construir os barracos da favela que se instalou, no segundo, afirmou que "não sabe a razão determinante do transporte de madeira pela Prefeitura" e "não sabe informar se a terraplanagem foi feita com a finalidade de instalar a favela" (fls. 325). E em tudo isso, sob aspecto subjetivo, há referências apenas à co-ré Raquel e à Prefeitura. E a seguir, ficou salientada a conduta omissiva da Prefeitura, tanto que a testemunha Sandra Alves Teixeira chega a afirmar que o poder público nada tem feito em benefício da praça, nem dos favelados (fls. 324) e acrescente-se, nem dos moradores, vizinhos à citada praça.

Apreciando-se o ato impugnado, não se pode cogitar de incompetência, desde que não comprovada a origem da cooperação na instalação da favela; nem de vício de forma, uma vez que o ato impugnado se manifestou na modalidade que se pode denominar de atos materiais; nem tampouco na existência ou inexistência de motivos e em desvio de finalidade, atribuível a qualquer um dos réus. Poder-se-ia cogitar de ilegalidade do objeto, porquanto se permitiu que particulares se instalassem com barracos em um próprio municipal.

Sem mencionar expressamente, a sentença acolheu a chamada teoria das circunstâncias excepcionais, o chamado direito da crise. A respeito escreve Araújo Cintra: na história dos povos, há situações anormais em que a observância das regras jurídicas ordinárias seria impossível ou tornaria ineficaz a atuação da Administração Pública, com graves danos para o interesse coletivo. Nessas situações de calamidade pública, guerra, desordens sociais, etc. deve a Administração Pública se omitir ou deve agir arbitrariamente para atender àquele interesse geral? A alternativa acertada segundo o citado autor, é a preconizada pelo Conselho de Estado francês, assim descrita pelo Rivero: "ele admite que as situações excepcionais autorizam a Administração a infringir leis às quais ela normalmente deveria se curvar; mas se os atos praticados nessas circunstâncias escapam à legislação ordinária, continuam submetidos ao direito; apenas a um direito espe-

cial, diferente daquele que se aplica em tempo ordinário" (Droit Administratif, p. 86). É o tempo de aplicar o chamado direito da crise, que, na realidade, constitui uma exceção ao princípio da legalidade, aplicável normalmente (Motivo e Motivação de Ato Administrativo, n° 15, p. 62).

Da leitura da r. sentença se verifica que a preocupação do magistrado foi a de aplicar o chamado direito da crise, envolvendo favelados e o problema da falta de moradia, não sem antes acentuar a anormalidade da situação. Nesse ponto foi secundado pela douta Procuradoria Geral de Justiça, que acrescentou um outro argumento a justificar a improcedência proclamada: qual se extrai do pedido que explicitamente formularam, os ora apelantes visavam, com o emprego deste remédio jurídico-processual, a compelir a Administração à escolha de uma dessas virtuais soluções, a do desfavelamento (*verbis*: "o remanejamento da favela para local da Prefeitura, retornando a praça ao estado anterior e impedindo a construção de novos barracos no local") (fls. 6, item 10), conferindo-lhes visos de cominatoriedade, incompatível com seu feitiço específico e sua destinação peculiar. Não poderiam, à evidência, ser atendidos.

Mantém-se, portanto, a sentença de improcedência, com fundamento na insuficiência de provas. Mas os autores devem ficar exonerados na verba honorária, de acordo com a jurisprudência "mais esclarecida" e mais consentânea com a finalidade da ação popular (RTJ, 58/878, 73/913, 116/570, etc.), orientação que a atual Constituição consagra (art. 5°, LXIII).

Assim, dá-se provimento, em parte, à apelação dos autores, tão-só no tocante aos honorários de advogado.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores LUIZ DE AZEVEDO e LUÍS DE MACEDO, com votos vencedores.

São Paulo, 28 de março de 1989

ROQUE KOMATSU
Presidente e Relator

LUÍS DE MACEDO
Vencedor, conf. declaração de voto em separado

DECLARAÇÃO DE VOTO VENCEDOR

APELAÇÃO CÍVEL Nº 113.812-1

SÃO PAULO

No principal, mantenho a sentença, nos exatos termos dos votos já proferidos, dos emitentes relator e revisor, para o fim de julgar improcedente a ação popular.

Consta que favelados que tiveram seus barracos destruídos se mudaram para o espaço que, em loteamento regular, era reservado a uma praça. Vizinhos dessa praça, moradores adquirentes de lotes do mesmo loteamento, ajuizaram a ação popular, primeiramente frente à Prefeitura Municipal, depois frente a responsáveis administrativos, em litisconsórcio passivo, pleiteando "o remanejamento da favela para local da Prefeitura, retornando a praça ao estado anterior e impedindo a construção de novos barracos no local" (fls. 5, item 10). Entre outras coisas, disseram que a Municipalidade cooperou com os favelados para a ocupação do bem público.

Em primeiro lugar, é de anotar-se que não ficou provada essa colaboração da Municipalidade para o fim alcançado; concordo com o MM. Juiz na sua observação de que "não há elementos seguros de convicção, suficientes para que se possa atribuir a qualquer dos réus, condutas comissivas hábeis a fazer crer tenham incentivado a formação do núcleo habitacional em área de uso comum do povo" (sentença, fls. 374).

Segunda nota a destacar-se é que a ação popular é inadequada para o objetivo visado; se é certo, como frisado acima, não se poder aceitar a afirmação de que a Municipalidade, ou os co-réus, colaboraram para o evento - está-se da mesma forma concluindo que não há ato da Administração, ou de seus agentes, lesivo ao patrimônio público. Bem salientou o parecer da Procuradoria da Justiça, assinado pelo Dr. Paulo de Tarso Barbosa Duarte: "Surgida espontaneamente em espaço reservado a logradouro público, por conta de mecanismos de acomodação suscitados pelas adversas condições de vida de largos setores da população marginalizada, a favela também espontaneamente teve expandidos e desfocados os seus limites, sem que a Administração dispusesse de recursos eficientes para evitá-lo ou contê-lo. Em tal contingência, a ação articulada dos órgãos

administrativos incumbidos do trato com a questão havia de obedecer a razões de conveniência e oportunidade no encaminhamento possível de soluções, nem sempre a contento de todos os interessados" (fls. 402/403).

Compreende-se o inconformismo dos apelantes. É certo que, soubessem da atual destinação da área em questão, jamais teriam adquirido os lotes onde instalaram suas moradas; ou, então, outro preço, bem menor, teriam pago por eles. Em tese, criticável também a posição da Municipalidade, que no mínimo tolera o uso por particulares de bem público de uso comum de todo o povo. Mas outros remédios legais haverá de ter os demandantes para solucionar o problema ou amenizar seus efeitos.

LUÍS DE MACEDO

TRÂNSITO. COMPETÊNCIA SUPLETIVA MUNICIPAL
PARA LEGISLAR. CINTO DE SEGURANÇA.
MANDADO DE SEGURANÇA.
ORDEM DENEGADA

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de APELAÇÃO CÍVEL nº 278.206-2/1, da Comarca de SÃO PAULO, em que é recorrente o JUÍZO "EX OFFICIO", sendo apelante PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO e apelado MÁRCIO KAYATT:

ACORDAM, em Oitava Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por votação unânime, dar provimento aos

recursos, de conformidade com o relatório e o voto do Relator, que ficam fazendo parte do acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RAPHAEL SALVADOR (Presidente) e TOLEDO SILVA, com votos vencedores.

São Paulo, 20 de Março de 1996.

WALTER THEODÓSIO
Relator

VOTO Nº 1.639

APELAÇÃO CÍVEL Nº 278.206.2/1 - SÃO PAULO

APELANTES: PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO E OUTRO

APELADO: MÁRCIO KAYATT

MUNICÍPIO - competência para legislar sobre trânsito decorre do comando direto da Constituição Federal, artigo 30, I, II, quando presente o "interesse local."

VEÍCULO - uso do cinto de segurança no trânsito - a exigência de seu uso se insere no conceito de "interesse local"- jurídica sua exigência.

VEÍCULO - uso do cinto de segurança - o motorista tem o dever de situar-se em termos de ciência das exigências de tráfego nas cidades em que dirige veículo - arguição de desconhecimento de morador de outra cidade não afasta a constitucionalidade da lei municipal.

INCONSTITUCIONALIDADE - Lei Municipal nº 11.659/95 - uso de cinto de segurança - assunto de interesse local - despicienda a discussão sobre competência supletiva do Município, em legislar sobre trânsito - recursos providos.

MÁRCIO KAYATT impetrou mandado de segurança em face do Prefeito Municipal de São Paulo e do Diretor do Departamento de Operações do Sistema Viário - DSV, objetivando a sustação dos efeitos da Lei Municipal nº 11.659, de 04.11.95, com pedido de liminar.

Alegou o impetrante que, com o advento da Lei 11.659/95, que determinou o uso do cinto de segurança pelos passageiros de veículos automotores no banco dianteiro, houve violação de direitos individuais agasalhados constitucionalmente.

Por despacho de sua Excelência o Terceiro Vice Presidente do Tribunal de Justiça, foi excluído da lide o Prefeito do Município de São Paulo, com redistribuição dos autos, fls. 18.

A liminar pretendida foi indeferida, fls. 20.

Houve pedido de reconsideração da concessão de liminar, o que foi, novamente, negado, fls. 35, com interposição de agravo de instrumento pelo impetrante, 39.

A Municipalidade de São Paulo requereu sua intervenção como assistente litisconsorcial.

Arguiu as preliminares da incompetência do juízo por constar no polo passivo o Sr. Prefeito Municipal e a carência da ação por estar o "mandamus" a atacar lei em tese.

Informações de autoridade coatora a fls. 40/49; manifestação do Ministério Público local a fls. 71/76.

A r. sentença rejeitou as preliminares argüidas pela Municipalidade; concedeu a segurança para subtrair o autor da exigência expressa na Lei Municipal nº 11.659/94, reconhecendo sua inconstitucionalidade.

A Municipalidade de São Paulo interpôs apelo, argumentando que as questões relativas à circulação urbana e tráfego local são de interesse do Município, cabendo-lhe legislar, supletivamente, sobre estas matérias.

Invocou o artigo 30, incisos I e II, da Constituição Federal.

Processado o recurso, colhidas as contra-razões, remeteram-se os autos a este Egrégio Tribunal.

À subida dos autos a Procuradoria Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. José Luiz Gavião de Almeida, manifestou-se pelo provimento dos recursos.

É o relatório.

A lide em discussão envolve, primacialmente, o tema da competência legislativa sobre matéria de trânsito.

A Federação Brasileira, diversamente daquela que lhe serviu de inspiração, não de modelo completo, a dos Estados Unidos da América do Norte, guarda natureza orgânica.

Lá, nos Estados Unidos da América do Norte, treze Estados independentes, conseqüência da independência das colônias inglesas, fizeram surgir a Federação, em movimento tipicamente centrípeto, com aglutinação de treze parcelas em uma unidade múltipla.

Originariamente, Estados soberanos, os Estados federados norte americanos, inscreveram amplo repertório na faixa dos poderes reservados.

Assim, como se sabe, legislam eles sobre direito comercial e direito processual, salvo as matérias de sentido federal, estas a cargo da União.

E os municípios, que nenhuma referência mereceram da Constituição norte-americana, receberam, pela via da tradição, "law of the land", poderes para gerir sua vida própria.

No Brasil, tudo se passou diferentemente.

O Estado unitário imperial transformou-se em República, com subdivisão em Estados-membros.

Assim, houve em plano lógico-temporal, dois movimentos sucessivos: o primeiro centrífugo (o Estado unitário imperial fragmenta-se), e o segundo centrípeto (os fragmentos reúnem-se na unidade múltipla da Federação).

Todavia, tais Estados-membros surgem, tão-somente, no segundo movimento, o centrípeto.

Antes, eram, apenas, pedaços de um Estado unitário, o imperial.

Não estavam, pois, esse Estados-membros, à sua chegada à Federação, adornados de poderes próprios da soberania, que nunca tiveram.

Assim, dentro da natureza das coisas, a União, típica sucessora do Estado unitário imperial, dispôs sobre seus poderes, no campo do ordenamento jurídico, fixando o que poderiam legislar os Estados-membros.

Na verdade, ao invés de reserva de poderes, os Estados-membros recebiam esses poderes através da Constituição que formalizava a Federação. Melhor se afigura, como acentuam os doutrinadores, falar-se em poderes remanescentes, isto é, o que escapa da competência da União.

Os municípios, rigorosamente não integrantes do pacto federal originário, hoje figuram como entes políticos na Constituição. E desta receberam poderes, pela via legislativo-formal, em substituição ao fenômeno da tradição.

Averbe-se que a autonomia municipal foi objeto de afirmação já na primeira constituição Republicana, 1891, sob a alteração do seu artigo 6º, II, "f" ditada pelas Emendas de 1926.

No Brasil, mercê de tais vicissitudes, apura-se que a síntese do ordenamento jurídico-positivo, está descrito na Constituição.

Revela-se truismo, verdadeiro axioma, a afirmativa da supremacia da Constituição, estribada na "Grundnorm" figurada por Kelsen.

A Constituição, no Brasil, enumera minudentemente, a competência legislativa.

O seu artigo 22, XI, que se refere a legislar sobre trânsito, está na esfera de competência privativa da União.

A própria Carta Magna Federal afugenta os dissabores da construção doutrinária em torno das figuras da competência privativa e da competência exclusiva.

O parágrafo único do artigo 22 da Constituição Federal diz expressamente:

"Lei Complementar poderá autorizar os Estados a legislar sobre questões específicas das matérias relacionadas neste artigo".

Quanto ao Município, não há referência dessa perspectiva legislativa por obra da Constituição.

Vem, então, ao campo da discussão, o conceito de "interesse local", território jurídico submetido à competência do Município por comando direto da Constituição (artigo 30, I), bem como a suplementação da legislação federal e estadual, no que couber (artigo 30,II).

Na Constituição Federal vigente, o Município brasileiro veio a ser dotado de poderes de organização própria, nos termos do seu artigo 29, através de lei orgânica, hoje denominada constituição municipal.

A expressão anterior que indicava o universo de sua competência legislativa, "peculiar interesse", ficou substituída por "interesse local".

O município brasileiro legisla, com energia jurídica recebida diretamente da Constituição Federal, sobre assunto de interesse local.

O conceito de interesse local é mais amplo do que o de peculiar interesse, como se apreende da literalidade de ambas as expressões.

Na história da jurisprudência em torno do antigo "peculiar interesse", está o reconhecimento de que esse conceito abrange as funções próprias do município, em relação ao "trânsito", envolvendo controle, fiscalização, regulamentação do uso de vias públicas, do sentido de circulação de veículos, limites de velocidade, peso, áreas de estacionamento ou sua proibição, etc.

O cinto de segurança diz respeito à segurança do motorista e dos passageiros, no complexo do território da saúde.

Trata-se de evidente providência salutar, com resultados benéficos à comunidade.

A exigência de seu uso, no trânsito, estaria inserida no conceito de

"interesse local", a tornar jurídica a sua imposição pelo Município?

A interrogação merece resposta afirmativa.

O interesse local, em seu sentido, pode ser extraído em face do interesse dos demais municípios.

Torna-se fácil apurar-se que a medida não se mostra necessária em municípios de pequeno porte, com tráfego reduzido.

Num município como São Paulo, com tráfego intensíssimo, próprio das grandes cidades, a medida pode inserir-se naquilo que é interesse local.

O tráfego da capital paulista, mercê da presença de milhares de veículos em movimento, com vias rápidas, exige providências que não são pertinentes a outros municípios.

É do interesse local, em São Paulo, em razão da realidade em que vive, tomar providências que minimizem os efeitos das freqüentes colisões, embates e acidentes de toda ordem que envolvem veículos automotores.

A população local sofre tais conseqüências, em termos de lesões corporais e mortes, a justificar a providência legislativa municipal.

Admitida a inclusão da lei municipal em tela, no que se entende por "interesse local", não há que se trazer a lume o artigo 22, XI, da Constituição Federal, para afirmar-se a competência privativa da União, nesse território jurídico.

O artigo 30, I, da mesma constituição Federal, dá suporte jurídico-constitucional ao Município, no caso, por traduzir-se o uso obrigatório de cinto de segurança, nos veículos automotores, assunto de interesse local.

E não se argumente, "data venia", com eventuais situações de motoristas de outros municípios que, ignorando a exigência em foco, possam sofrer a sanção correspondente à multa.

O motorista tem o dever de situar-se em termos de ciência das exigências de tráfego nas cidades em que dirige veículo, como mãos de direção, áreas de estacionamentos, etc., e assim cabe-lhe saber da exigência em tela.

Ademais, tal exigência é hoje notória, com avisos nas estradas que dão acesso à Capital de São Paulo.

Tal eventualidade, o desconhecimento de morador de outra cidade, não serve de escora para afastar-se a constitucionalidade da lei municipal.

Diante do quadro exposto, não se pode recusar ao Município o poder decorrente da Constituição de legislar sobre assunto de interesse local, em que se insere a exigência do uso de cinto de segurança, nos veículos automotores que circulam em suas vias públicas.

Em V. Acórdão relatado pelo eminente Desembargador REBOUÇAS DE CARVALHO, a Egrégia Plenária deste Tribunal, não examinou o mérito de pretensão de declaração de inconstitucionalidade da lei municipal em foco, por ter sido a impetração dirigida contra a lei em tese.

Mas, no texto do V. Acórdão, o ilustre relator faz constar que, no exame desse mérito, daria pela legalidade de a Municipalidade, supletivamente, legislar em questão de matéria de trânsito (JTJ, volume 174/255).

Conquanto se desemboque no mesmo resultado, averba-se que, reconhecido ser de interesse local a normatização do uso de cinto de segurança, a legislação municipal tem respaldo direto na Constituição (artigo 30, I), relevando-se despicie da discussão da competência supletiva do município, para legislar sobre trânsito.

Isto posto, dá-se provimento aos recursos, para julgar improcedente o pedido, denegada a ordem, respondendo o impetrante pelas custas e despesas do processo, sem honorários advocatícios (Súmula 512 do STF).

WALTER THEODÓSIO
Relator