PARECER

Constitucionalidade de lei municipal que autoriza a concessão de uso de bens públicos de uso comum do povo em loteamento a associação de moradores dos adquirentes de lotes, a realização de serviços de manutenção destes bens e outros de interesse dos moradores, bem como a construção de portarias para identificação de pessoas que por eles transi-

tem ou deles usufruam com vistas à preservação da segurança dos moradores do loteamento.

A CONSULTA

A Congregação dos Associações da Serra da Cantareira, entidade que representa 18 associações de moradores dos loteamentos da

Serra da Cantareira no Município de Mairiporã, por intermédio de seu Diretor-Presidente, senhor Gian Paolo Daverio, nos esclarece preliminarmente o seguinte:

— o Município de Mairiporã aprovou, além da Lei nº 1.796, de 16 de outubro de 1997, diversas outras de conteúdo idêntico ao desta por meio das quais desafetou e transferiu da categoria de bens de uso comum do povo para a de bens dominicais as vias e praças públicas localizadas no Loteamento denominado Alpes da Cantareira e Beverly Hills Park, implantado e registrado muitos anos antes, e nos outros 18 loteamentos representados também por associação de moradores com base nas respectivas leis autorizativas;

— a mesma lei municipal autorizou ainda o Poder Executivo Municipal a firmar contrato de concessão gratuita de uso das referidas à ALBEV — Associação de Proprietários nos Loteamentos Alpes da Cantareira e Beverly Hills Park pelo prazo de 30 anos;

— Nos termos de seu art. 3º, a mesma lei municipal tornou a referida associação

“... responsável pelo desempenho de serviços, que em princípio competiriam à Prefeitura de Mairiporã, tais como organizar o serviço civil de bombeiros (formação de corpo de voluntários), promover a coleta de lixo domiciliar, o assentamento de guias e sarjetas, limpeza e conservação de vias e praças públicas, controle do trânsito e tráfego interno, pavimentação e calçamento, construção de galerias de águas pluviais, na área do loteamento, com a observância das normas técnicas adequadas e emprego de material apropriado, qualitativa e quantitativamente, assim como proteger as áreas cujo uso lhe é concedido contra invasão, turbacão e degradação do meio ambiente”;

— além disto, constou da mesma lei que tais serviços seriam prestados gratuitamente, cabendo à mesma associação *“... organizar o sistema de vigilância na área do loteamento, com o objetivo de preservar os bens e equipamentos públicos, assim como a tranquilidade e segurança dos moradores, podendo para tanto implantar sistemas de portarias, com portões e/ou cancelas para o controle de*

acesso sem prejuízo do poder de polícia da União, Estado e Município”;

— Os parágrafos primeiro e segundo do art. 4º da mesma lei estabeleceram expressamente:

“Art. 4º ...

§ 1º — Em nenhuma circunstância será proibido o trânsito de qualquer pessoa nas referidas áreas.

§ 2º — O descumprimento do disposto no parágrafo anterior implica no cancelamento da presente concessão.”

— determinou mais a mesma lei que, em caso de dissolução da concessionária, sem sucessão por qualquer outra com os mesmos objetivos, no prazo de 90 dias da extinção, tornar-se-á finda a presente concessão, passando a integrar o patrimônio municipal toda e qualquer obra realizada nas referidas áreas, independente de qualquer indenização, seja a que título for;

— na justificativa do respectivo projeto de lei, dentre outras assertivas, o senhor Prefeito Municipal esclarece:

“O Município de Mairiporã tem uma configuração diversa dos demais municípios brasileiros, porquanto é constituído de bairros insolados, que são freqüentados por amantes da natureza sendo cobertos de matas naturais, com diversidade de víveres, animais, aves e com cobertura exuberante, que deve ser preservada.”

— a despeito desta e de outras leis municipais com idêntico conteúdo referentes a outros loteamentos na Serra da Cantareira, o Ministério Público do Estado de São Paulo ingressou com ação civil pública, alegando que a associação de moradores destes loteamentos colocou cancelas e guardas para interceptar, identificar, fiscalizar e até impedir o ingresso e a circulação dos cidadãos ao loteamento, inclusive fixando horários para o ingresso de veículos de carga e que este comportamento deveria ser coibido por ser absolutamente ilegal;

— esta ilegalidade teria ocorrido por não ser admissível o arruamento privado ou mesmo a rua particular em zona urbana uma vez que todo sistema viário de uma cidade é de uso comum do povo, o que afasta a possibi-

lidade jurídica de vias urbanas particulares, nem que a associação intercepte ou identifique os cidadãos que transitam pelas vias públicas de Mairiporã, o que contraria a liberdade de locomoção assegurada pela Constituição Federal;

— com estes argumentos, o Ministério Público requereu o reconhecimento da procedência de seu pedido para obrigar a associação de moradores e a Prefeitura de Mairiporã a remover todas as portarias e todos os obstáculos nelas existentes e manter as entradas do loteamento livres de quaisquer restrições e obstáculos à circulação de pedestres sob pena de pagamento de multa diária de elevado valor.

Diante deste contexto, a consulente indaga se a Lei Municipal nº 1.796, de 16 de outubro de 1997, é inconstitucional e se os fatos acima narrados configuram alguma ilegalidade.

PARECER

O Município deve zelar pelo crescimento urbano ordenado, pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e bem-estar de seus habitantes como determina o art. 182, “caput”, da Constituição Federal.

Para fazê-lo, o Município goza de autonomia administrativa assegurada expressamente no art. 18 da Constituição Federal com tal vigor que sua inobservância pelo Estado Federado pode acarretar a intervenção federal neste último para restaurá-la, conforme expressamente autoriza a alínea “c” do inciso VIII do art. 34 da Constituição Federal.

Além de poder auto-organizar-se mediante a aprovação de Lei Orgânica própria pela Câmara Municipal (art. 29 da Constituição Federal de 1988) — o que até aquele ano não era possível, pois a organização municipal era determinada pelo Estado Federado mediante lei complementar estadual —, o art. 30, inciso I, do mesmo texto constitucional determinou que *competes expressamente ao Município legislar sobre assuntos de interesse local*.

Como posiciona-se hoje no mesmo nível hierárquico do Estado Federado e da União, não sendo hierarquicamente subordinado a

qualquer deles, o Município, em sua atuação administrativa e legislativa, deve observar primordialmente a Constituição Federal e sua própria Lei Orgânica. Isto, sem prejuízo da observância da legislação federal e estadual editada, na forma e no conteúdo, legitimamente de acordo com a Constituição Federal.

Como ensina o saudoso e ainda festejado mestre Hely Lopes Meirelles:

“A Constituição Federal de 1988 mantém, em seu texto, além da autonomia política do Município (composição de seu governo e legislação local), a administração própria no que concerne ao interesse local, mais a organização e execução dos serviços públicos de sua competência e a ordenação urbanística de seu território (art. 30, incisos IV, V, VI, VII, VIII e IX).

O conceito de administração própria não oferece dificuldades de entendimento e delimitação — é a gestão dos negócios locais pelos representantes do povo do Município, sem interferência dos poderes da União ou do Estado-membro.” (cf. *Direito Municipal Brasileiro*, 6ª ed. atualizada, São Paulo, Malheiros, 1993, p. 98).

Outro constitucionalista renomado, o Prof. José Afonso da Silva, ensina no mesmo sentido ao referir-se às funções administrativas municipais nos seguintes termos:

“As segundas — as funções administrativas do Prefeito — observem grande parte de sua atividade. Dentre elas sobrelevam a execução das leis, pondo em movimento a máquina administrativa, a nomeação e exoneração de seus auxiliares, o provimento de cargos públicos municipais, a expedição de atos referentes à vida funcional dos servidores locais, a arrecadação e guarda das rendas municipais, tomando providências sobre sua aplicação, autorizando pagamentos; a gestão do patrimônio e bens municipais, enfim, supervisionando todos os serviços locais, executando obras públicas reclamadas pelo desenvolvimento da comunidade local.” (cf. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 10ª ed. revista, São Paulo, Malheiros, 1995, p. 595)

Portanto, no interior do conceito de autonomia municipal, encontra-se a autonomia ad-

ministrativa por meio da qual, dentre outras atividades, a Prefeitura Municipal executa as leis aprovadas pela Câmara Municipal, administra os bens públicos e os serviços municipais. Tais poderes executivos autorizam a Prefeitura a conceder o uso de bens públicos sejam estes de uso comum do povo ou dominicais ou a delegar a particulares a execução de determinadas obras ou serviços municipais atendendo ao interesse público local. Do mesmo modo, a Câmara Municipal pode aprovar lei desafetando bens públicos, mudando sua afetação ao uso comum do povo para o patrimônio dominical do Município.

Tais comportamentos do Poder Público Municipal não são ilegais nem, menos ainda, inconstitucionais. Pretender que o Município não possa, mediante lei municipal, desafetar bens destinados ao uso comum do povo seja para aliená-los, seja para conceder a particulares o seu uso atendendo ao interesse público significa infringir a autonomia municipal e, portanto, o disposto no art. 18 da Constituição Federal.

Defender esta impossibilidade implica manietar e engessar a administração municipal, impedindo-a de atender ao interesse público local, que somente ela tem o poder de definir em face das singularidades de cada Município. Os Municípios apresentam realidades muito diferentes uns dos outros em razão do que o interesse público local deve variar em função das circunstâncias específicas de cada um. Não se pode uniformizá-lo abstrata e genericamente, pois isto tornaria rígida e inflexível a gestão municipal.

Cada Município deve exercer seu juízo discricionário para determinar o que possa representar o interesse público local em seu território sem intromissões indevidas dos demais níveis de governo ou de quem quer que seja. O limite constitucional para a determinação do interesse local surge quando o impacto de uma matéria de interesse local possa afetar a população de outros municípios, o que não é o caso objeto deste parecer.

Aliás, neste caso concreto, o loteamento foi realizado com plena observância dos preceitos legais aplicáveis. Apenas, muito mais tarde, com o passar dos anos, diante do agrava-

mento dos problemas de segurança e de deterioração ambiental é que a administração municipal e os moradores chegaram a um acordo com vistas a garantir a primeira e impedir a segunda.

Dentro desta perspectiva, considerou-se a distância em relação ao centro urbano do Município, os custos elevados que o Município tem que suportar para atender minimamente as demandas sempre intensas da população local e suas escassas disponibilidades financeiras. Concluiu-se, então, com plena aprovação da Câmara Municipal, que seria melhor para todos os munícipes e para a própria Prefeitura a delegação de determinadas obras e serviços municipais a associação de moradores dos adquirentes de lotes em situações como o do loteamento a que alude este parecer e de outros similares.

Assim procedendo, a própria municipalidade, que, com seus poucos recursos humanos e financeiros, não disporia de meios para manter serviços adequados em todos os quadrantes do território municipal, passaria a contar com a colaboração da própria população interessada para preservar a boa qualidade ambiental e manter sempre nas melhores condições e perfeito funcionamento os serviços municipais de proteção ambiental, de limpeza pública, de escoamento de águas pluviais, de limpeza e conservação de vias públicas, digase de passagem, de interesse dos próprios moradores.

Tudo isto foi idealizado e executado, preservando-se o interesse público. De um lado, as obras e serviços municipais delegados seriam executados pela associação de moradores às suas próprias expensas sem qualquer ônus financeiro para o erário público municipal (vide § 2º do art. 3º da Lei Municipal nº 1.796, de 16.10.97). De outro lado, sem perda da possibilidade de uso público dos bens públicos cujo uso foi concedido à associação de moradores, assegurou-se, portanto, o livre acesso de qualquer munícipe aos referidos bens para seu uso e desfrute (vide § 1º do art. 4º da Lei Municipal nº 1.796, de 16.10.97).

Conseqüentemente, não se infringiu qualquer dispositivo da legislação federal sobre licitações e contratos administrativos, pois a

associação de moradores não foi contratada pela Prefeitura para a execução dos serviços delegados nem como concessionária do uso dos bens públicos integrantes do loteamento. Tanto os serviços, quanto as obras e a própria concessão de uso foram transferidos à associação de moradores sem qualquer ônus ou encargos financeiro para a Prefeitura, isto é, gratuitamente, cabendo exclusivamente à associação arcar com todas as despesas necessárias para mantê-los permanentemente em boas condições de limpeza e uso.

Trata-se, sob este aspecto, de hipótese de inexigibilidade de licitação autorizada no "caput" do art. 25 da Lei Federal nº 8.666/93 porque inviável a competição neste caso. De fato, tal concessão de uso somente poderia ser dada à associação de moradores do loteamento porque, além de serem os maiores beneficiários, são também os maiores interessados em manter os serviços em perfeita ordem e adequação.

Não tem sentido pretender obrigar o Poder Público Municipal a licitar a concessão para, ao final do processo, contratar o vencedor, eventualmente um terceiro que não seja morador do loteamento, que certamente exigiria remuneração em contrapartida pela realização dos serviços exigidos para a concessão.

A licitação só tem sentido quando possível a comparação entre duas ou mais propostas diferentes para a seleção da mais vantajosa. No caso em apreço, a licitação somente possibilitaria a obtenção de proposta menos vantajosa do que a concedida à associação de moradores do loteamento.

Aliás, a própria Lei Orgânica do Município de Mairiporã, no § 4º do art. 100, ao dispor sobre a concessão de uso de bem imóvel municipal a terceiros, autoriza expressamente que a lei municipal autorizativa da concessão de uso, além de fixar o prazo da concessão e sua gratuidade ou remuneração, dispense a licitação no caso de destinatário certo, havendo interesse público manifesto. Sua palavra textuais melhor expressam este conteúdo:

"Art. 100. — ...

§ 4º — *A lei estabelecerá o prazo da concessão e a sua gratuidade ou remuneração, podendo dispensar a licitação, no caso de*

destinatário certo, havendo interesse público manifesto."

Embora a lei municipal tenha usado impropriamente a palavra dispensa quando o correto seria inexigir, a hipótese em apreço consiste em destinatário certo, não havendo outro em melhores condições para satisfazer o interesse público e este é verdadeiramente manifesto.

Em suma, a Prefeitura não contratou a associação de moradores para que lhe prestasse serviços ou realizasse obras ou recebesse a concessão de uso remuneradamente.

Para que todos estes benefícios fossem realizados, a Municipalidade de Mairiporã entendeu necessária a desafetação ou, em outras palavras, a mudança de destinação das vias e praças do loteamento da categoria de bens de uso comum do povo para a de bens dominicais. Esta mudança legal de destinação não era indispensável porque bens de uso comum do povo também podem ter seu uso concedido a terceiros por razões de interesse público. De qualquer modo, a atitude da Municipalidade mostra o cuidado, a diligência e a prudência com que se houve neste caso.

Ao proceder a esta desafetação, o Município de Mairiporã não infringiu qualquer preceito legal ou constitucional. Muito ao contrário, agiu no pleno e legítimo exercício de suas prerrogativas constitucionais expressamente asseguradas no art. 18 da Constituição Federal. Não procede, por ser destituída de fundamento jurídico, a alegação de que, assim agindo, estaria infringindo o disposto no inciso VII do art. 180 da Constituição do Estado de São Paulo que, inconstitucionalmente, proíbe a alteração, em qualquer hipótese, da destinação das áreas definidas em projeto de loteamento como áreas verdes e institucionais.

O absurdo deste preceito da Constituição Estadual fica evidente quando se pensa que, se válido fosse o seu conteúdo proibitivo, seria impossível e ilegal qualquer obra de reurbanização de grande porte, pois certamente sua realização implicaria a mudança de localização da vias públicas, áreas verdes e institucionais até então existente ou a simples modificação de sua destinação originária para

tornar possível a concretização do interesse público superveniente com a reurbanização.

As comparências expressamente atribuídas na Constituição Federal a um nível de governo não podem ser desrespeitadas pelos demais sob pena de infração aos preceitos constitucionais que determinam a adoção da forma federativa de Estado (art. 1º) e a autonomia de cada qual em relação aos demais (art. 18). Destarte, não pode o Estado Federado fixar na Constituição Estadual preceito cujo conteúdo se insira no âmbito do interesse local, que a Constituição Federal expressamente reservou ao Município.

É bem verdade, que o art. 29 da CF/88 determinou ao Município que, no momento da aprovação de sua Lei Orgânica, observasse os princípios eventualmente inseridos na Constituição Estadual, obviamente, cujo conteúdo estivesse situado no âmbito da competência estadual. Contudo, a Constituição Federal reservou aos Estados Federados a disciplina legal das matérias de interesse da população de um ou mais municípios situados em seu território.

Ora, assim sendo, os princípios aos quais os Municípios devem obediência em sua Lei Orgânica são aqueles cujos conteúdos reflitam as questões, matérias ou problemas de impacto intermunicipal. Em consequência, os Municípios não devem obediência a preceitos da Constituição Estadual cujo conteúdo diga respeito ao interesse local de cada Município. O simples fato de a disposição constitucional estadual infratora da autonomia municipal ser redigida de modo genérico e abstrato, sem referência específica a algum município, não basta para assegurar o respeito à autonomia municipal. É indispensável que a matéria legislada na Constituição Estadual espelhe interesses coletivos cujos efeitos ultrapassem o território de cada município.

E mais, o destinatário da prescrição de observância dos princípios da Constituição Estadual é a Câmara Municipal quando elabore ou modifique a Lei Orgânica Municipal. Somente esta poderá descumpri-los. Não cabe, portanto, a aplicação direta de preceito inconstitucional da Constituição Estadual sem, antes, a declaração judicial de inconstitucio-

nalidade de preceito da Lei Orgânica que, eventualmente, tenha infringido princípio da Constituição Estadual aplicável aos Municípios, sob pena de infração à autonomia municipal. Portanto, tais preceitos da Constituição Estadual não são auto-executáveis, como restou demonstrado.

Assim sendo, o Município, desde 1988, deixou de ser pessoa jurídica de direito público interno criada e organizada pelo Estado Federado mediante lei orgânica estadual, que determinava as competências municipais desde que respeitada a autonomia que lhe era constitucionalmente assegurada para atender ao seu peculiar interesse. Naquele momento, o Município brasileiro, diferentemente do que ocorre em todos os demais Estados Nacionais que adotaram o federalismo como forma de Estado, foi elevado à condição de membro integrante do pacto federativo nacional, conforme consta expressamente dos arts. 1º e 18 da Constituição Federal de 1988.

Juridicamente, o Município não é subordinado ao Estado Federado nem à União. Assim como qualquer pessoa física ou jurídica, o Município só está obrigado ao cumprimento das leis estaduais que forem legitimamente editadas, nos termos do art. 24 da Constituição Federal, para atendimento das peculiaridades estaduais e, portanto, intermunicipais, cujo conteúdo não ultrapasse o campo que a Constituição Federal reservou ao Estado Federado.

As competências municipais estão estabelecidas na própria Constituição Federal, que deu ao Município o poder de auto-organização mediante Lei Orgânica própria. A ele cabe o atendimento do interesse local (art. 30 da CF) e ao Estado Federado compete, no plano legislativo, o atendimento de suas peculiaridades (§ 3º do art. 24 da CF) e, no plano executivo, o exercício, nos termos da lei, das competências que não lhe tenham sido vedadas pela Constituição, mas tudo isto sem prejuízo das demais competências que são outorgadas ao Município e à União ao longo do texto constitucional.

Neste momento, é importante considerar a posição do Estado Federado no contexto do federalismo brasileiro, especialmente refle-

tindo sobre o que justificaria sua existência neste sistema. Sem dúvida, o campo próprio da atuação do Estado Federado situa-se no equacionamento e solução dos problemas coletivos que afetem as populações de dois ou mais municípios, assim como o do Município na solução das questões coletivas que atinjam apenas a população de seu território e o da União localiza-se no enfrentamento dos problemas nacionais que afetem a totalidade da população brasileira ou a de dois ou mais Estados Federados.

Este entendimento é perfeitamente coerente e compatível com a existência de matérias simultaneamente atribuídas à competência destes níveis de governo, pois, como regra geral, nesta hipótese, cada um deles deve restringir sua atuação ao seu próprio campo, sem sufocar ou invadir o dos outros entes federativos.

No âmbito legislativo, são discriminadas as matérias da competência legislativa concorrente e, no executivo, as matérias da competência comum. Não se confunda competência concorrente com competência comum. São conceitos distintos. O que o legislador constituinte pretendeu com esta distinção foi dar maior flexibilidade ao sistema constitucional de repartição de competências, estimular a capacidade de iniciativa dos Estados Federados e Municípios e possibilitar, em caso de omissão, a ação supletiva do nível de governo interessado para atendimento de interesse coletivo comum.

Adotando este complexo sistema de distribuição de competência, o legislador constitucional privilegiou a obtenção de resultados, o alcance efetivo do interesse público pelo nível de governo que estivesse concretamente em melhores condições de realizá-lo em detrimento da determinação burocrática de compartimentos estanques de atribuições. Entretanto, cada um deles, ao exercê-las, deve buscar o alcançar o interesse público que lhe cabe precipuamente cuidar em função de sua posição no seio do sistema federativo brasileiro: a União deve perseguir o interesse nacional ou interestadual; o Estado Federado, o interesse estadual ou intermunicipal e o Município, o interesse local ou municipal.

Agora chegou o momento de retornar à demonstração da inconstitucionalidade do inciso VII do art. 180 da Constituição do Estado de São Paulo, que prescreve:

"Art. 180. ... o Estado e os Municípios assegurarão:

VII — as áreas definidas em projeto de loteamento como áreas verdes ou institucionais não poderão, em qualquer hipótese, ter sua destinação, fim e objetivos originariamente estabelecidos alterados."

A primeira inconstitucionalidade deste dispositivo da Constituição do Estado relaciona-se com o disposto no art. 29 da Constituição Federal que, além de determinar que o Município observe em sua Lei Orgânica os princípios estabelecidos na Constituição Federal, prescreveu também que o Município observe, em sua Lei Orgânica, os *princípios fixados na Constituição do respectivo Estado*.

Ora, torna-se indispensável elucidar o significado jurídico-constitucional do vocábulo *princípios* no contexto em que foi utilizada. Trata-se de saber qual o seu conteúdo, limites e extensão.

Em primeiro lugar, princípio constitucional não se confunde com mera norma de conduta. O constitucionalista Luís Roberto Barroso distingue as normas-princípio das normas-disposição:

"As normas-disposição, também referidas como regra, têm eficácia restrita às situações específicas às quais se dirigem. Já as normas-princípio, ou simplesmente princípios, têm, normalmente, maior teor de abstração e uma finalidade mais destacada dentro do sistema." (Interpretação e Aplicação da Constituição, Editora Saraiva, São Paulo, 1996, p. 141)

Ainda o mesmo autor, na mesma obra, assim se manifesta:

"O ponto de partida do intérprete há que ser sempre os princípios constitucionais, que são o conjunto de normas que espelham a ideologia da Constituição, seus postulados básicos e seus fins.

Os princípios constitucionais consubstanciam as premissas básicas de uma dada ordem jurídica, irradiando-se por todo o sistema."

(idem, op. cit., p. 141 e 143)

Este autor procede a uma análise percuciente dos princípios constitucionais, chegando a classificá-los em princípios fundamentais, princípios gerais e princípios setoriais ou especiais e a uma extensa enumeração de cada qual. O disposto no inciso VII do art. 180 da Constituição do Estado de São Paulo não se enquadra em qualquer das classificações do ilustre constitucionalista por não ser um princípio constitucional.

O administrativista Celso Antonio Bandeira de Mello leciona no mesmo sentido do constitucionista acima citado:

“Princípio — já averbamos alhures — é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia por diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico positivo.” (Curso de Direito Administrativo, Malheiros Editores, São Paulo, 1996, 8ª ed. rev. e ampliada, p. 545/546) (os grifos são nossos)

Sob o pretexto do estabelecimento de diretrizes e normas relativas ao desenvolvimento urbano, o inciso VII do art. 180 pretendeu proibir que os Municípios do Estado de São Paulo autorizassem, mediante lei municipal, a alteração da destinação, fim e objeto originariamente estabelecidos das áreas definidas em projeto de loteamento como áreas verdes ou institucionais. Como se sabe, o Município é entidade pública de direito público interno situada, constitucionalmente, no mesmo nível hierárquico do Estado de São Paulo e, portanto, não lhe é subordinado.

Ora, esta formulação não configura um princípio constitucional estadual capaz de vincular o Município na aprovação de sua Lei Orgânica nos termos autorizados no “caput” do art. 29 da Constituição Federal. Não se enquadra no conceito de princípio constitucional, conforme compreendido por juristas de renome como os acima citados.

Assim sendo, há que, forçosamente, concluir: o legislador constituinte paulista praticou uma ilegalidade, ou melhor, uma inconstitucionalidade, perante a Constituição Federal de 1988, ao pretender impor aos Municípios paulistas a referida proibição, porque esta Carta — vale repetir — não o autoriza senão a estabelecer verdadeiros princípios constitucionais para sujeitar o Poder Legislativo Municipal na elaboração e aprovação de sua Lei Orgânica Municipal.

Portanto, resulta evidente de toda a argumentação ora desenvolvida, que a *Constituição Federal não autoriza que a Constituição Estadual estabeleça falsos princípios com o objetivo de obrigar os Municípios, situados no território estadual, ao seu cumprimento qualquer que seja o pretexto invocado, inclusive o de estabelecer objetivos e diretrizes*. O Município não é mais entidade pública organizada pelo Estado Federado.

A segunda inconstitucionalidade decorre do fato de que, ao fixá-los, além de infringir o art. 29 da Constituição Federal, a Constituição Estadual, no inciso VII do art. 180, afrontou o princípio constitucional da autonomia municipal previsto no art. 18 e na alínea “c” do inciso VII do art. 34 ambos da Constituição Federal.

A propósito, em nota de rodapé, o saudoso mestre Hely Lopes Meirelles posiciona-se expressamente sobre inciso VII do art. 180 da Constituição do Estado de São Paulo nos seguintes termos:

“A *Constituição do Estado de São Paulo, de 5.10.89, ao cuidar do desenvolvimento urbano, dispôs que ‘as áreas definidas em projeto de loteamento como ‘áreas verdes ou institucionais’ não poderão, em qualquer hipótese, ter sua destinação, fim e objetivos originariamente estabelecidos alterados’ (art. 180, VII). Com a devida vênia, consideramos inconstitucional a restrição constante desse item, quando veda, em qualquer hipótese, alteração da destinação de área verde ou institucional, constante de projeto de loteamento, pelo Município, visto que ofende a sua autonomia para a ordenação do território. Ocorre que, em muitos casos, a destinação originária pode deixar de atender, no futuro,*

às necessidades ou conveniências do traçado urbano." (idem, op. cit., p. 231)

Neste ponto, o mestre foi brilhante em gênero, número e grau. O inciso VII do art. 180 da Constituição do Estado de São Paulo é inconstitucional por ofender a autonomia municipal, prevista nos arts. 18, 30 e 34 da Constituição Federal, tanto para a ordenação do território quanto para a administração dos bens públicos municipais da maneira que melhor consulte ao interesse público local.

No mesmo sentido e a propósito do mesmo art. 180 da Constituição Estadual manifestou-se outro conceituado jurista:

*"As operações de afetação e desafetação são da competência única e exclusiva da pessoa política proprietária do bem, a quem também se reconhece a competência exclusiva para dizer se e quando um bem que integra seu patrimônio poderá ser afetado ou desafetado. Essas competências são expressões da autonomia que a Constituição outorgou a cada uma das entidades componentes da Federação. Se assim não for, de que vale a autonomia se a proprietária não pode afetar ou desafetar bens segundo o interesse que lhe cabe perseguir? Por tudo isto, entendemos inconstitucional a regra consubstanciada no inciso VII do art. 180 da Constituição de São Paulo, que veda toda alteração, sob qualquer pretexto, na destinação, no fim e nos objetivos originariamente estabelecidos para as áreas verdes e institucionais definidas em projeto de loteamento. No mesmo sentido é a inteligência de Adilson de Abreu Dallari, expressada no nº 4 mar. 1990 da Revista Informativo Municipalista, p. 9. Destarte, não nos parece a melhor inteligência, data vênua, a professada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo (ADIn 17.067-0/4) e que considerou inconstitucional lei municipal de São José dos Campos que desafetou área verde constante do Loteamento Cidade Jardim — Seção Bosque dos Eucaliptos e contrariou o citado dispositivo da Lei Maior de São Paulo." (cf. Gasparini, Diógenes. *Direito Administrativo*. 4ª ed. revista e ampl., São Paulo, Saraiva, 1995, p. 476)*

Assim sendo, alterar a destinação, fim e objetivos originariamente estabelecidos de

áreas definidas em projeto de loteamento como áreas verdes ou institucionais significa alterar a destinação de bens públicos municipais de uso especial ou de uso comum do povo. De fato, esta alteração da destinação de bens públicos por desafetação, mediante lei municipal, constitui matéria de direito administrativo pertencente exclusivamente ao Município. Portanto, a possibilidade desta alteração encontra-se contida no âmbito da autonomia administrativa municipal.

O mestre Hely Lopes Meirelles ensina com a sua proverbial clareza:

"Ao Município incumbe a administração de seus bens, no uso regular da autonomia constitucional que lhe é assegurada para cuidar de tudo que é de seu interesse local (art. 30, I)." (Direito Municipal Brasileiro, Malheiros Editores, São Paulo, 1993, 6ª edição atualizada, p. 230)

Tanto é assim que o Supremo Tribunal Federal, em acórdão proferido na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 927-3 — RS, considerou inconstitucionais, suspendendo sua eficácia, as prescrições das alíneas "b" e "c" do inciso I e das alíneas "a" e "b" do inciso II ambos do art. 17 da Lei nº 8.666/93 (lei federal que institui normas gerais sobre licitações e contratos).

Tais dispositivos foram considerados inconstitucionais por afrontarem a autonomia dos Estados e Municípios quanto à disposição de bens públicos. O entendimento foi que, sendo estes os proprietários destes bens, cabe-lhes dispor a respeito e não à lei federal sobre licitações e contratos sob o pretexto de instituir normas gerais sobre esta matéria. Em outras palavras, cabe a cada um destes níveis de governo estabelecer para quem querem doar ou permutar bens imóveis.

Ora, se a lei federal não pode intrometer-se na alienação de bens mediante doação ou permuta por Estados ou Municípios com maior razão cabe exclusivamente a estes determinar como querem administrar seus bens, inclusive quando, em que condições e para quem desejam conceder o uso de seus bens.

Para melhor elucidação da questão, torna-se oportuno transcrever trecho do referido acórdão a respeito:

"A alínea "b" do aludido inciso I do art. 17 se constitui em outra situação de usurpação de competência inserta na autonomia dos Estados e Municípios. O legislador federal não tem competência para aniquilar com a autonomia dos Estados e Municípios de dispor de seus bens, conferida pela Constituição Federal." (vide Mukai, Toshio. *O novo estatuto jurídico das licitações e contratos públicos*. 3ª ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1994, p. 37)

De igual modo, é destituída de fundamento eventual argumentação calcada no art. 22 da Lei Federal nº 6.766, de 19.12.1979, pois este apenas disciplina a transferência de domínio sobre as áreas reservadas para uso público do loteador privado para o Poder Público Municipal mas não regula a alteração posterior da destinação das áreas reservadas para uso público em loteamento.

Além de a Lei nº 6.766/79 ser lei ordinária hierarquicamente inferior à Constituição Federal, sua interpretação não pode contrariar o preceito constitucional da autonomia municipal. A par disto, estes preceitos legais são dirigidos ao loteador.

O art. 17 da mesma lei também dirige-se ao loteador e não ao Poder Público Municipal ao proibir que este altere unilateralmente a destinação das áreas reservadas para uso público em loteamento. Muito ao contrário, o art. 28 da Lei nº 6.766/79 permite expressamente a alteração parcial ou total de loteamento registrado, o que inclui inevitavelmente a possibilidade de alteração não só da localização mas também da destinação das áreas reservadas para uso público.

Aliás, o jurista Marco Aurélio S. Viana em estudo monográfico sobre o tema vai mais longe do que a Municipalidade de Mairiporã. Esta admitiu a concessão de uso das vias públicas, praças e áreas verdes e institucionais, com a construção de portarias e cancelas na entrada do loteamento sem prejuízo de seu uso por qualquer cidadão mesmo que não seja morador na área loteada. O referido autor, todavia, considera absolutamente legal o chamado "loteamento fechado" no qual as vias públicas, praças e áreas verdes do loteamento, embora permaneçam como bens públicos, são

entregues em concessão de uso para desfrute exclusivo dos moradores do loteamento fechado.

Suas próprias palavras bem esclarecem a questão:

"Mas loteamento fechado tem sido o termo escolhido por alguns para indicar o loteamento constituído na forma da Lei nº 6.766/79, por ela regido, mas que se afasta do loteamento tradicional por que as vias de circulação e os logradouros públicos, que passam ao domínio público, têm sua utilização assegurada apenas aos proprietários dos lotes, o que se faz mediante permissão ou concessão de uso." (cf. Loteamento fechado e loteamento horizontal. Rio de Janeiro, AIDE, 1991, p. 29)

"A concessão de uso é o meio adequado para que as ruas, praças e demais espaços públicos que integram o loteamento fechado, passem à utilização privativa dos proprietários. O tráfico da vontade encontra trânsito relativo, o que enseja sejam estabelecidas condições favoráveis para os contratantes. Questões como a coleta de lixo, manutenção das vias para citar apenas dois casos, encontram condições favoráveis de solução. Nos loteamentos localizados em distâncias maiores do centro, que dificultariam os serviços que cumpre ao Município prestar, encontram nessa modalidade de loteamento solução pronta e satisfatória para todos." (idem, op. cit., p. 63)

Finalmente, também não foi infringido nenhum direito ou garantia individual do cidadão, especialmente, pelo fato de ter sido instalada portaria com cancela na entrada do loteamento. Não implicou qualquer desrespeito à livre locomoção de quem quer que seja pelas vias públicas, praças e áreas verdes do loteamento.

A portaria foi instalada para identificação de pessoas e veículos que queiram transitar pelo interior do loteamento. Jamais se impediu a entrada e a passagem de quem quer que seja pelas vias públicas do loteamento. De qualquer maneira, se tal tivesse ocorrido o adequado seria tomar as medidas judiciais para assegurar o direito à livre locomoção sem

que tais medidas impliquem a demolição da portaria e da cancela.

O art. 1º da Lei Municipal nº 1.796, de 16.10.97, expressamente determina:

“Art. 4º. ...

§ 1º — Em nenhuma circunstância será proibido o trânsito de qualquer pessoa nas referidas áreas.

§ 2º — O descumprimento do disposto no parágrafo anterior implica cancelamento da presente concessão.”

Aliás, exigir a identificação para o ingresso em edifícios públicos ou particulares constitui prática corriqueira nos dias de hoje sem qualquer restrição ao direito de locomoção. Não se conhece qualquer caso que tenha sido levado ao Poder Judiciário, questionando esta prática com base nesta argumentação e, menos ainda, qualquer decisão judicial que a considere inconstitucional. Em outras palavras, a mera identificação por razões de segurança não implica qualquer restrição ao direito de livre locomoção assegurando às pessoas pelo inciso XV do art. 5º da Constituição Federal.

Portanto, concluindo, a Lei Municipal de Mairiporã nº 1.796, de 16 de outubro de 1997,

é perfeitamente constitucional, não se configurando nela qualquer ilegalidade capaz de manchar os atos praticados com base em seus termos.

A desafetação foi feita no pleno exercício da autonomia constitucionalmente assegurada no art. 18 ao Município para atendimento de interesse local que, nos termos do art. 30 da Constituição Federal, consiste no conceito nuclear determinador da competência municipal.

A concessão de uso foi efetuada em perfeita obediência à Lei Federal nº 8.666/93 (art. 25, “caput”) e à Lei Orgânica do Município de Mairiporã.

A construção de portaria com cancela na entrada do loteamento, por si só, não implica qualquer infração ao direito de livre locomoção dos cidadão assegurado no inciso XV do art. 5º da Constituição Federal e, menos ainda, a prática do crime de constrangimento ilegal. Exigir a simples identificação do interessado para ingresso no loteamento não significa impedi-lo.

É o parecer, s.m.j.

São Paulo, 22 de abril de 1998

Toshio Mukai