

PARECER

Zona residencial. Construção, instalação e ampliação de estabelecimentos penais ou correccionais. Proibição. Constitucionalidade.

O ilustre advogado dr. José Ricardo Biazzo Simon relata o que segue formulando a seguinte CONSULTA

“1. Vigora no Município de São Bernardo a lei nº 4.864, de 30 de maio de 2.000, do seguinte teor:

“Art. 1º - Fica terminantemente proibida a construção, instalação e ampliação de estabelecimentos penais e/ou correccionais nas zonas residenciais e corredores comerciais do Município, descritos e caracterizados na lei municipal nº 4.446, de 12 de agosto de 1996.

Parágrafo único - As obras de reforma dos instalações já existentes deverão ser precedidas de alvará expedido pela Prefeitura.

Art. 2º - Para efeito desta lei, entende-se como estabelecimentos penais e correccionais aqueles destinados, ao aguardo de julgamento, cumprimento de prisão temporária, detenção, reclusão e unidades educacionais destinadas à internação de menores; e adolescentes autores de atos infracionais graves de acordo com o Código Penal.

Art. 3º - Esta lei entra em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário”.

2. Apesar do estabelecido nesta lei, a Secretaria de Administração Penitenciária do Estado dispôs-se a erigir um *Centro de Detenção Provisória* vertical em terreno sito na região central de São Bernardo, em área classificada como Zona Residencial Tipo Dois. Referido terreno é parte de uma área maior, que o Município doara ao Estado para instalação de uma escola e que veio a ser desdobrada em dois lotes. Em um deles, ao invés de escola, foi instalada uma Penitenciária. No outro, ora ocupado como estacionamento, é que o Estado pretende construir o Centro de Detenção Provisória.

3. Os moradores da região circunvizinha, atemorizados com a ampliação desta utilização do imóvel como abrigo de pessoas perigosas, assim com a conseqüente progressiva deterioração do destino urbanístico da zona e de sua desvalorização, com base nas disposições

da lei municipal referida, buscaram explicações do Poder Público Estadual. Demandaram a motivação da escolha do local e, arrimados em estudos que encomendaram, indicaram à Secretaria de Administração Penitenciária locais alternativos nos quais esta poderia vantajosamente instalar o projetado Centro de Detenção Provisória, pois o faria sem ofensa à lei municipal e sem os inconvenientes apontados.

A mencionada Secretaria ignorou inteiramente as manifestações dos moradores, não ofereceu motivação alguma para a decisão questionada, concluiu o processo licitatório armado ao propósito de contratar empresa para a construção em apreço, adjudicou o objeto ao concorrente vencedor, contratou-o e a obra foi iniciada, ignorando-se, em seguida, a determinação municipal de embargo”.

4. Ante os fatos expostos indaga:

“I – Procederia o entendimento de que a referida lei municipal legislou sobre “Direito Penitenciário”, invadindo, pois, matéria de competência alheia ou pelo contrário, manteve-se em esfera de sua legítima alçada?

II – Como a proteção de segurança pública e a instalação de estabelecimentos prisionais são de competência do Estado, caberia entender que estaria havendo, no caso em pauta, um conflito entre interesses inclusos na esfera de atribuições do Município e interesses pertinentes ao campo de atribuições do Estado, devendo, então, prevalecer os inclusos na órbita da pessoa jurídica responsável pelos interesses de maior abrangência, vale dizer, os estaduais ?

III – É legítimo o comportamento da Secretaria de Administração Penitenciária de omitir a explicitação dos motivos que fundamentaram sua opção pelo local em apreço, mesmo tendo sido instalada pelos interessados a decliná-los ?

IV - É legítima ou, inversamente, revela-se arbitrária e ostensivamente afrontosa ao direito a conduta estadual de ignorar o embargo da obra determinado pelos poderes municipais?”

Às indagações da Consulta respondo nos termos que seguem.

Parecer

1. Das questões formuladas pode ser dito o mesmo que o eminente ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal, OROZIMBO NONATO, disse de outra cuja resposta era igualmente evidente: “O mesmo é propor a questão que lhe dar resposta negativa”. Sem embargo, como jamais teriam sido propostas se não fora por ter havido intelecção controversa, cumpre desenvolver, ainda que sumariamente, o tema posto “sub consulta”.

Para exibir o disparate contido na suposição implicada na primeira pergunta, melhor não há a fazer senão contestá-la com outras perguntas, cujas respostas óbvias forçarão incontestavelmente a entender, pelo paralelismo lógico, o chocante absurdo de imaginar-se que o Município, ao legislar interditando a construção ou ampliação de penitenciárias em dada área, estaria legislando sobre direito penitenciário.

2. Ao legislar, proibindo a instalação de casas de comércio em dadas zonas urbanas, estará o Município legislando sobre direito comercial? Ao legislar, proibindo a instalação de bancos em zonas estritamente residenciais, está o Município legislando sobre direito bancário? Ao legislar, proibindo a instalação de escolas nesta mesma zona, está o Município legislando sobre ensino? Ao legislar, proibindo a instalação de chácaras na área urbana, estará o Município legislando sobre direito agrário? E ao proibir a instalação de indústrias em certas zonas, estaria legislando sobre direito industrial?

Por sem dúvida, qualquer pessoa assistida de rudimentares conhecimentos de Direito responderia negativamente às indagações “supra” arroladas. Diria, certamente, que em todos os casos mencionados o Município estaria legislando sobre direito urbanístico.

3. Com efeito, é reconhecível, de imediato, que referidas normas estariam a traduzir a previsão do artigo 30 da Constituição Federal, de acordo com cujos termos:

“Compete ao Município:

I – legislar sobre assuntos de interesse local;

.....

VIII – promover, no que couber, adequado ordenamento territorial, mediante planejamento e controle do uso do parcelamento e da ocupação do solo urbano;

.....
 ”

Ninguém hesitaria em afirmar que nas hipóteses figuradas o Município mais não estaria fazendo senão disciplinar os usos cabíveis nos diferentes espaços urbanos, em perfeita sintonia, aliás, com o disposto no art. 182 da Constituição Federal, segundo cujos termos:

“A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei,

tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes”.

Sendo assim - como assim é - ressalta, por iguais subjacentes razões, o absurdo, o rotundo dislate, que residiria na suposição de que ao vedar a construção ou obras de ampliação de penitenciárias em dados espaços urbanos, estaria o município legislando sobre o direito penitenciário. Com efeito, não é a remissão da lei a determinado objeto o que a converte em norma integrante de tal ou qual ramo do Direito, mas a circunstância de ter como objeto próprio a disciplina das relações jurídicas ao sobredito objeto. A localização urbana de instalações penitenciárias obviamente não interfere com as relações jurídicas que se processam naquela intimidade.

4. É de conhecimento corrente, moente e absolutamente pacífico no meio jurídico, que ao município compete disciplinar a utilização dos espaços urbanos, dividindo-os em zonas de uso distintas, de sorte a atenderem diferentes funções urbanísticas quais, a residencial, a industrial, a comercial, a de serviços, a institucional ou mesmo funções mistas.

Este generalizado conhecimento sobre a competência municipal na matéria advém não só do fato de estar amparada em normas constitucionais explícitas e de meridiana clareza, como as transcritas mas também pela história e a larguíssima tradição do exercício que o Município sempre fez de tal competência, a qual concerne, paradigmaticamente, a “assuntos de interesse local” ou, consoante terminologia dantes adotada pela Lei Maior, de seu “peculiar interesse”.

Restaria, então, saber se os bens de outras pessoas jurídicas de capacidade política, quais os de União e Estados, também se assujeitariam às normas urbanísticas municipais ou se delas escapariam.

Sitos no território onde se estende a ação política do Município, sua destinação ao uso tal ou qual, como ocorre com quaisquer outras propriedades, submete-se também à legislação municipal.

5. Não há conflito entre poder político e destino urbanístico da propriedade, seja ela de particular ou de pessoa pública. Qualquer imóvel está sujeito às disposições urbanísticas e edilícias do município. É natural que assim seja. Os privilégios das pessoas públicas não lhes são atribuídos pela ordem jurídica em homenagem a sua condição própria. Só na fase que precedeu o Estado de Direito as prerrogativas regalengas cabiam ao rei por ser rei. Hodiernamente, todos os benefícios atribuídos pelo sistema normativo às pessoas de direito público lhes cabem, unicamente, como providências de defesa ou de instrumentação ao fim público – transcendente, portanto, ao interesse particular – que lhes incumbe atingir.

Os bens da União ou de Estados, se recebem proteção peculiar - de resto: análoga a dos bens de Município - não é para entrar a realização do interesse público que

a uns e outros compete fazer cumprir em suas respectivas órbitas de competência. Além disto, tal peculiar proteção cifra-se à Inalienabilidade, Imprescritibilidade e Impenhorabilidade. Afora estas, não há qualquer outra peculiar proteção Constitucional ou legalmente conferida aos bens públicos.

6. Ademais, se ditos bens não estivessem sujeitos à legislação urbanística municipal, estariam insubmissos a qualquer legislação? Desfrutariam, acaso, de uma condição “supra” jurídica que lhes seria comunicada pelo sujeito a que pertencem?

Para que tal se desse seria preciso antes admitir - o que ninguém faria - que as pessoas jurídicas de direito público de capacidade política pairam acima do Direito, isto é, que se sobrepõem à ordem jurídica. Deveras, como é universalmente sabido, o específico do Estado do Direito é a submissão do próprio Estado - e assim, também, obviamente, de todas as suas projeções personalizadas **às normas jurídicas**.

Logo, jamais seria de admitir que bens estaduais, pelo fato de o serem, ficariam liberados do assujeitamento às regras que o poder competente, no caso, o Município, houvesse expedido para regular as diversas utilizações suscetíveis de serem dadas aos bens nas distintas zonas urbanas.

Eis, pois que a norma municipal por força da qual fica interdita a construção, instalação e ampliação de estabelecimentos penais e/ou correccionais nas zonas residenciais e corredores comerciais do Município está perfeitamente ajustada ao seu âmbito competencial, nela não existindo qualquer invasão de competência alheia.

7. Note-se que seria ingenuamente falaciosa (ou pior que isto maliciosa) a mera invocação das respectivas atribuições constitucionais para fins de opor-se à operatividade de norma municipal sob o argumento de que suas competências são pertinentes a uma esfera de interesses mais ampla (como as da União e Estados em relação a Municípios), razão supostamente suficiente para fazer prevalecer seus propósitos quando contrastados com lei municipal disciplinadora da ordenação urbana.

Deveras, para que tal argumento pudesse apresentar a consistência que supostamente teria, seria necessário, preliminarmente, averiguar se a regra municipal em causa **inibe ou torna, gratuita e desarrazoadamente onerosa, a atuação de alguma competência alheia**. Se isto não ocorre, não há porque invocar as próprias atribuições constitucionais expressadas na competência tal ou qual para contrapô-las ao regular exercício de uma competência municipal.

Se Estado ou União para cumprir interesses públicos de suas alçadas podem localizar seus estabelecimentos em locais distintos dos que são vedados ao tipo de uso a que se propõem sem sacrificio do normal cumprimento das finalidades que lhes correspondem, não há, verdadeiramente, real conflito de interesses e atribuições públicas.

Pode até haver alguma comodidade que União ou Estado pretendam absorver, em seu prol ou em prol dos respectivos agentes, ao localizarem estabelecimentos seus na zona tal ou qual. É óbvio, todavia, que dita comodidade não pode sobrepujar o interesse público local que a norma do Município esteja a acautelar.

Então, mesmo que o Estado de São Paulo pudesse argüir, por exemplo, um interesse econômico em erigir o Centro de Detenção Provisória em área que já é de sua propriedade, tal fato não significaria a presença de um interesse público capaz de contrastar com o interesse da boa ordenação dos espaços municipais em favor do bem estar dos munícipes. É que, em casos desta ordem o que está em causa é um interesse secundário de pessoa de direito público em contraste com um interesse público, propriamente, de outra pessoa de direito público.

8. Com efeito, é preciso não confundir o interesse público, propriamente dito, também chamado de interesse público primário, com os interesses ditos secundários que o Estado, independentemente de sua natureza de entidade de direito público, pode possuir à moda de qualquer outra pessoa jurídica, pelo simples fato de ser um centro subjetivado de interesses.

Este discrimen, conhecidíssimo no direito italiano, foi muito bem exposto por RENATO ALESSI, ao colecionar lições de CARNELUTT e PICARDI. O eminente administrativista contrasta, então, o interesse público propriamente dito, que, segundo entende é “formado pelo complexo dos interesses individuais prevalentes em determinada organização jurídica da coletividade” com outra ordem de interesses que o Estado possui meramente como subjetivação de uma organização, vale dizer, como pessoa - tal como qualquer outra entidade. Daí que poderia considerar de seu interesse a obtenção de vantagens, de comodidades, de benefícios econômicos, inclusive, e a liberação de encargos e deveres, pois isto corresponderia a um proveito para o aparelho estatal. Estes interesses todavia, seriam meramente de sua unidade subjetiva, isto é, daquele “centro” personalizado. Manifestar-se-ia no Estado como se manifesta em qualquer outra pessoa. Ocorre que tais interesses não legitimamente defensáveis quando descoincidentes com a verdadeira razão de existir do Estado: satisfazer interesses públicos e com pleno respeito à ordem jurídica.

ALESSI exemplifica com as seguintes hipóteses elucidativas: considerado apenas como pessoa, centro de interesses subjetivados, o Estado teria interesse em pagar o mínimo possível a seus servidores, mantendo-os apenas no limite indispensável à sobrevivência, pois, destarte, pouco sangraria seus recursos. Teria interesse em tributar desmedidamente os administrados, pois, assim, abarrotaria seus cofres.

Poderíamos acrescentar que seria concebível um interesse da pessoa Estado consistente em recusar administrativamente - e até a questionar em juízo, se convocado aos

pretórios - responsabilidade patrimonial atos lesivos a terceiros, mesmo que os houvesse causado. Teria interesse em pagar valor ínfimo nas desapropriações, isto é, abaixo do justo, inobstante o preceito constitucional. Com todos estes expedientes, muitos dos quais infelizmente (e injustamente) adota, resguardaria ao máximo seu patrimônio, defendendo interesses à moda de qualquer outro sujeito, mas agrediria a ordem normativa.

Todos estes interesses a que se vem de aludir são interesses secundários. Não são interesses públicos propriamente. Não respondem à razão última de existir própria das pessoas governamentais em geral. Daí que, como bem observou o renomado autor, o interesse secundário só pode ser perseguido se e quando coincidente com o interesse público primário que é, em rigor, o único interesse público; portanto, o único que pode ser buscado por um ato administrativo ¹.

9. “In casu”, acresce, ainda, que os receios manifestados pelos moradores ante a ampliação das atividades de custódia no local são perfeitamente razoáveis e certamente mais razoáveis do que a opção do Estado por uma área central, vizinha a habitações e comércio e *interdita*, por lei, à destinação pretendida.

Com efeito, sobretudo nos dias atuais, que o Estado, como é público e notório, mostra-se literalmente incapaz de oferecer aos cidadãos um nível de segurança minimamente aceitável em que as pessoas recolhidas em estabelecimentos prisionais dali mesmo comandam práticas criminosas externas, como tem sido noticiado pelos meios de comunicação, em que, demais disto, têm ocorrido fugas coletivas em presídios, parece temerário acumular pessoas perigosas em um ponto tão central do Município e vizinho a habitações e comércio. Isto tudo autoriza considerar dita opção como ao menos suspeita de carente de razoabilidade, suspeita esta que deve ser havida como bem fundada enquanto persistir a recusa em declinar os fundamentos da escolha do local.

Agregue-se, além disto, que uma vez externados só poderiam prevalecer se, de um lado, fossem sólidos o suficiente para espancar de maneira cabal os receios dos moradores e de outro pudessem exibir (o que, todavia, se afigura desde logo impossível) a inviabilidade do atendimento da lei municipal, por não haver, naquele Município, qualquer outro modo de cumprir o interesse a cargo do Estado, senão confrontando a referida lei.

Assinale-se, ainda, que, de acordo com o art. 4º da lei nº 10.177, de 30.12.98, que regula o processo (o procedimento) administrativo no âmbito da Administração Pública Estadual:

“A Administração Pública atuará em obediência aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, **razoabilidade**, finalidade, interesse público e **motivação** dos atos administrativos.

¹ Tudo cf. Renato Alessi, in Sistema Istituzionale Del Diritto Amministrativo Italiano cit., A. Giuffrè Ed., 3ª ed. revista e ampliada 1960, p.197 e ss., inclusive notas de rodapé nº 3 e 4.

Dessarte, as considerações estampadas neste último tópico não se fundamentam tão só em razões extraídas do sistema jurídico administrativo como um todo (o que já seria mais do que bastante), mas respaldam-se também em texto expresso do direito positivo estadual.

10. De acordo com art. 5º, XXXIII da Constituição Federal:

“todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado”.

De seu turno, o inciso XXXIV do mesmo artigo estabelece que a todos são assegurados independentemente do pagamento de taxas:

“ a) direito de petição aos Poderes Públicos, em defesa de direitos e esclarecimento de situações de interesse pessoal”.

Evidentemente tal direito pressupõe o dever da autoridade responder à petição, tanto porque ninguém imaginaria que tão somente para pedir fosse necessária uma consagração constitucional expressa, como também porque o texto fala em “ esclarecimento de situações” , evento que só pode ocorrer em havendo resposta ao peticionado.

11. De outro lado, é notório que a Administração Pública está submetida ao princípio da motivação. Ao respeito dele, em obra teórica, escrevemos:

“ Dito princípio implica para Administração o dever de justificar seus atos, apontando-lhes os fundamentos de direito e de fato, assim como a correlação lógica entre os eventos e situações que deu por existentes e a providência tomada, nos casos em que este último esclarecimento seja necessário para aferir-se a consonância da conduta administrativa com a lei que lhe serviu de arrimo”².

E logo adiante:

“ O fundamento constitucional da obrigação de motivar está – como se esclarece de seguida – implícito tanto no art. 1º, inciso II, que indica a cidadania como um dos fundamentos da República, quanto no parágrafo único deste preceptivo, segundo o qual todo o poder emana do povo, como ainda no art.5º, XXXV, que assegura o direito à apreciação judicial nos casos de ameaça ou lesão de direito. É que o princípio da

² Curso de Direito Administrativo, Malheiros Eds., 14ª ed. , 2.002, pág.94.

motivação é reclamado, quer como afirmação do direito político dos cidadãos ao esclarecimento do “porquê” das ações de quem gere negócios que lhes dizem respeito por serem titulares últimos do poder, quer como direito individual a não se assujeitarem a decisões arbitrárias, pois só têm que se conformar às que forem ajustadas às leis.

Por isso Ramón Real disse que o dever de motivar é exigência de uma administração democrática³ - e outra não se concebe em um Estado que se declara “Estado Democrático de Direito” (art.1º caput) - , pois o mínimo que os cidadãos podem pretender é saber as razões pelas quais são tomadas as decisões expedidas por quem tem de servi-los.

De outra parte, não haveria como assegurar confiavelmente o contraste judicial eficaz das condutas administrativas com os princípios da legalidade, da finalidade, da razoabilidade e da proporcionalidade se não fossem contemporaneamente a elas conhecidos e explicados os motivos que permitiriam reconhecer seu afinamento ou desafinamento com aqueles mesmos princípios. Assim, o administrado, para insurgir-se ou para ter elementos de insurgência contra atos que o afetem pessoalmente, necessita conhecer as razões de tais atos na ocasião em que são expedidos⁴.

Ainda ao respeito do tema averbamos:

“.....se os próprios julgamentos proferidos pelo Poder Judiciário devem ser fundamentados, pena de nulidade (art.93 IX, da Constituição e Código de Processo Civil, art. 458, II), e as decisões administrativas dos Tribunais terão de ser motivadas (inc.X do citado art.93), a fortiori deverão sê-lo os atos administrativos oriundos de quaisquer dos outros Poderes”⁵.

12. De resto, a precitada lei estadual nº 10.177, de 31.12.1998, estatui em seu art.

8º:

“São inválidos os atos administrativos que desatendam os pressupostos legais e regulamentares de sua edição, ou os princípios da Administração, especialmente nos casos de:

³ Alberto Ramón Real, “ La fundamentación del acto administrativo”, RDP 6/17.

⁴ Curso de Direito Administrativo cit., pág 95.

⁵ Op.cit.pag.356

- I- incompetência da pessoa jurídica, órgão ou agente de que emane;
- II- omissão de formalidades ou procedimentos essenciais;
- III- impropriedade do objeto;
- IV- inexistência ou impropriedade do motivo de fato ou de direito;
- V- desvio de poder;
- VI- falta ou insuficiência de motivação”.**

O art. 9º esclarece qual terá de ser o conteúdo da motivação: “ A motivação indicará as razões que justifiquem a edição do ato, especialmente a regra de competência, os fundamentos de fato e de direito e a finalidade objetivada”.

Eis, pois, que a omissão administrativa, em exarar os motivos, mesmo instada pelos particulares interessados, de sua opção pelo local onde se propôs a efetuar edificação em desacordo com a lei municipal, constitui-se em ilegalidade flagrante.

13. Sendo certo que em seu âmbito territorial o Município exerce os poderes públicos concernentes às competências que lhe foram constitucionalmente outorgadas, pelo quanto já se expôs resulta claro que deles não escapam as demais pessoas jurídicas de direito público que ali operem. Donde, como entre os poderes municipais atinentes à matéria urbanística e edilícia insere-se o de embargar obra que esteja sendo executada sem prévio atendimento aos requisitos legais, é desnecessária qualquer consideração adicional para concluir-se que o comportamento estadual de ignorar a determinação de embargo da obra constitui-se em conduta de audaciosa ilegalidade.

14. Isto tudo posto e considerado, às indagações da Consulta respondo:

I- Seria radicalmente impropriedade e até mesmo grotesco o entendimento de que a lei municipal nº 4.864, de 30 de maio de 2.000, legislou sobre “direito penitenciário”, invadindo, dessarte, matéria de competência alheia, ao proibir a construção, instalação e ampliação de estabelecimentos penais e ou correccionais nas zonas residenciais e corredores comerciais do Município descritos e caracterizados na lei municipal nº 4.446, de 12 de agosto de 1.966. Pelo contrário, a lei municipal em causa espelha legítimo exercício das competências constitucionais que correspondem ao Município.

II- De modo algum cabe entender que no caso “sub consulta” estaria ocorrendo conflito entre legítimos interesses públicos de duas esferas de pessoas jurídicas de direito público de capacidade política, a ser solvido pela prevalência daqueles

inclusos na esfera de competência estadual, por ser a entidade responsável pelos interesses de maior abrangência. Dito conflito só existiria se a lei municipal houvesse anteposto incontornáveis óbices ao cumprimento, no território do Município, de atividades da alçada do Estado, o que, à toda evidência não ocorreu, pois o Estado podia e pode construir e instalar Centro de Detenção Provisória em outro local que não seja incompatível com as regras de zoneamento do Município.

III- É flagrantemente ilegítimo o comportamento da Secretaria de Administração Penitenciária em omitir a explicitação dos motivos, mesmo tendo sido instada pelos interessados a decliná-los, que fundamentaram sua opção pelo local onde se propôs a efetuar edificação em desacordo com a lei municipal.

IV- É ilegítima, arbitrária e ostensivamente afrontosa ao direito a conduta estadual de ignorar o embargo da obra determinado pelos poderes municipais.

É o meu parecer.

São Paulo, 19 de agosto de 2002

Celso Antônio Bandeira de Mello

Prof. Titular de Direito da Universidade Católica de São Paulo

