

24 a 26.09 – Curso Capacitação de Ouvidores do Estado de São Paulo.

26 e 27.09 – Curso Gestão Tributária dos Contratos Terceirizados com a Administração Pública para a Prevenção de Responsabilidades.

02 a 04.10 – II Congresso Internacional de Direito do Estado.

09 a 11.10 – IX Congresso Brasileiro de Direito Previdenciário.

15 a 18.10 – XXXIX Congresso Nacional de Procuradores do Estado.

30.10 a 02.11 – 17º Congresso Brasileiro de Advocacia Pública, 5º Congresso Sul-Americano de Direito do Estado.

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DA 4ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DA CAPITAL – FAZENDA PÚBLICA

AÇÃO CIVIL PÚBLICA Nº 053.10.005707-4

REQUERENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

REQUERIDOS: SECRETARIA DE ESTADO DA CULTURA DO ESTADO DE SÃO PAULO E OUTROS

A **FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO**, por sua procuradora que esta subscreve, nos autos acima indicados, vem respeitosamente, apresentar a sua manifestação, nos termos do art. 2º, da Lei Federal nº 8.437/92, pelo que passa a expor e a requerer a Vossa Excelência o seguinte:

1 – A Lide Posta em Juízo

Trata-se de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo em face da Secretaria de Estado da Cultura do Estado de São Paulo, Município de São Paulo, J. S., Construtora C. S/A, Conselho Municipal de Preservação do Patrimônio Histórico, Cultural e Ambiental da Cidade de São Paulo (CONPRESP) e Conselho de Defesa do Patrimônio Histórico, Arqueológico, Artístico e Turístico do Estado de São Paulo (CONDEPHAAT), com o objetivo de obter tutela jurisdicional que:

a) imponha aos Réus a obrigação de não fazer consistente em não executar as obras de restauro, reforma e construção de edificações previstas no projeto básico elaborado pelo escritório P. M. da R. Arquitetos Associados, bem como no projeto de restauro concebido pelo escritório P. B. Arquitetos Associados, nos termos previstos no procedimento de concorrência 010/2009;

b) condene os Réus J. S. e Construtora C. S/A, solidariamente, ao ressarcimento da Fazenda do Estado de São Paulo de todas as verbas despendidas em razão do procedimento de concorrência 010/2009;

c) imponha aos Réus J. S. e Construtora C. S/A a obrigação de fazer consistente em desfazer as obras que venham a ser executadas no Complexo Industrial do Gasômetro do Brás, especialmente no conjunto denominado Casa das Retortas, que “alte-

rem a concepção e legibilidade originais do conjunto, interna e externas, retornando o conjunto à situação da data do ajuizamento desta ação e excluindo quaisquer *acumulações* que descaracterizem sua *ambiência* original e sua natureza de documento arquitetônico de valor histórico e cultural, mediante liquidação de sentença”;

d) condene o Réu J. S. ao pagamento de multa equivalente a 50% (cinquenta por cento) do valor do suposto dano causado, a ser apurado em liquidação de sentença;

e) imponha aos Réus Município de São Paulo e Secretaria da Cultura do Estado de São Paulo a obrigação de fazer consistente em proceder à *restauração e conservação* do Complexo Industrial do Gasômetro do Brás, “disponibilizando-o para a população como equipamento cultural e de lazer, sem a construção de edificações no entorno e no seu interior que possam descaracterizar a sua *ambiência* e *visualidade*, preservando o monumento na sua integridade, mediante conclusão de consenso entre entidades representativas da sociedade civil”;

f) anule o procedimento de concorrência 010/2009, objeto do processo administrativo 122725, bem como o contrato dele decorrente, sem ônus para o erário, determinando-se, ainda, a devolução de verbas eventualmente já pagas;

g) anule as decisões proferidas pelo CONPRESP, nos processos administrativos 2009-0.157.737-1 e 2009-0.028.399-4, e pelo CONDEPHAAT, no processo administrativo 58.879/09 – Ata 1534.

A demanda, na qual foram deduzidos os pedidos acima alinhados, diz respeito ao imóvel localizado nesta cidade, conhecido como Complexo Industrial do Gasômetro do Brás, formado pela Casa das Retortas e Conjunto da Figueira.

2 – O Pedido de Concessão de Medida Liminar

O Autor da ação civil pública pleiteou a concessão de tutela de urgência para que se determine à Ré Secretaria de Estado da Cultura que:

a) mantenha suspensas até final decisão judicial todas as obras de restauro, reforma e construção de edificações no Complexo Industrial do Gasômetro do Brás, sob pena de cominação de multa diária de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), podendo, caso se entenda conveniente, ser ordenada a realização de uma audiência de justificação, com a oitiva de representantes da sociedade civil e testemunhas arroladas na petição inicial;

b) não efetue desembolsos de quantias relativas ao contrato acima mencionado.

Previamente à apreciação do pedido de concessão de medida liminar, determinou-se a manifestação do Estado de São Paulo e do Município de São Paulo, na forma estabelecida no art. 2º da Lei Federal nº 8.437/92.

3 – A Necessidade de Retificação do Polo Passivo

Antes de tratar do pedido de concessão de medida liminar, cumpre ressaltar que a demanda foi equivocadamente deduzida, entre outros, em face da Secretaria de Estado da Cultura e do CONDEPHAAT, órgãos da Administração Pública Estadual, e do CONPRES, órgão do Município de São Paulo, todos eles sem personalidade jurídica.

Como órgãos que são, não têm eles capacidade para exercer direitos e assumir obrigações, razão pela qual não podem figurar no polo passivo da relação processual.

É sabido que a Administração Pública, para melhor desempenhar as suas atividades, pode dividir-se internamente, criando unidades menores de atuação, que representam o fenômeno que se convencionou tratar por desconcentração do exercício da função administrativa.

Contudo, a titularidade de direitos e obrigações não se transfere às unidades que surgem em razão da desconcentração administrativa.

Portanto, impõe-se consignar, desde logo, a necessidade de retificação do polo passivo, a fim de que dele constem apenas pessoas – que podem ser naturais ou jurídicas, públicas ou privadas – com capacidade jurídica própria.

4 – O Projeto de Implantação do Museu da História do Estado de São Paulo

A ideia de implantação de um museu relativo à história do Estado de São Paulo tomou corpo no Governo Estadual no início de 2008.

Em 19 de dezembro daquele ano, foi publicado no Diário Oficial despacho do Senhor Governador do Estado autorizando fosse ouvido o pronunciamento do Senhor Secretário de Estado da Cultura sobre a formalização de convênio entre o Estado de São Paulo e a Fundação Patrimônio Histórico da Energia e Saneamento, para gerenciar a implantação do mencionado museu.

O museu ocupará o conjunto arquitetônico denominado Casa das Retortas, que, originariamente, abrigou uma usina de gás a carvão, desativada há vários anos.

Em 1980, o imóvel passou à titularidade da EMURB (Empresa Municipal de Urbanização) e, em 29 de janeiro de 2009, foi publicado o Decreto Estadual nº 53.974/2008, que o declarou de utilidade pública para fins de desapropriação.

No citado imóvel, o Governo do Estado de São Paulo, por intermédio de sua Secretaria da Cultura, pretende implantar um museu que visa a contar a história do Estado de São Paulo, desde a chegada dos primeiros colonizadores até os dias atuais.

Para tanto, foi iniciado o processo de intervenção nº 58.879/09, que foi submetido à análise da Unidade de Preservação do Patrimônio Histórico (UPPH) do CONDEPHAAT.

Após a manifestação dos técnicos da UPPH, no sentido da viabilidade das intervenções pretendidas, que incluem a demolição de algumas edificações “de rasa qualidade construtiva que não agregam qualquer qualidade estética ao conjunto, construções apêndices espúrios das mais diversas formas, além de péssimo estado de conservação”, conforme manifestação da UPPH, que instrui esta manifestação.

O processo foi encaminhado ao CONDEPHAAT, que deliberou condicionar a apreciação do plano de demolição à apresentação das diretrizes do projeto arquitetônico proposto para a área em questão.

Atendida a solicitação, o CONDEPHAAT deliberou pela aprovação do plano de demolições, destacando a necessidade de apresentação posterior do plano de desenvolvimento do projeto de implantação do museu.

Em seguida, a Secretaria de Estado da Cultura apresentou ao CONDEPHAAT o projeto de arquitetura visando à adequação do bem aqui tratado à implantação do Museu da História do Estado de São Paulo, que mereceu parecer favorável da relatora, no sentido de que o projeto “não conflita, nesse estágio de desenvolvimento, com as disposições da resolução de tombamento”. Por tal razão, a relatora votou pela sua aprovação, consignando: “a) que nos espaços em que se tratar do histórico da Casa das Retortas não sejam esquecidas as conexões deste núcleo com o dos Balões, situado em quadra próxima, que também integra o Complexo Industrial do Gasômetro do Brás; b) que o projeto detalhado de arquitetura venha acompanhado do projeto de restauro”.

Em 08 de junho de 2009, o CONDEPHAAT aprovou o voto da relatora, favorável ao projeto de adaptação do Conjunto e Edifícios das Retortas para a implantação do Museu da História do Estado de São Paulo.

Por sua vez, o CONPRESP, em 16 de julho de 2009, manifestou-se “favorável ao projeto de reforma com aumento de área e mudança de uso, em imóvel situado à Rua do Gasômetro, 100, com as diretrizes e recomendação constantes do ofício nº 565/CONPRESP/2009.

Procedeu-se, também, a procedimento licitatório, na modalidade concorrência, para a contratação de empresa apta a realizar as obras e serviços necessários à implantação do Museu da História do Estado de São Paulo.

Ainda com relação ao projeto de implantação do Museu da História do Estado de São Paulo, deve-se ressaltar que com ele se busca contribuir para a formação da consciência histórica da população, mediante o desenvolvimento, por equipe multidisciplinar, de ações educativas, que envolverão exposições, visitas monitoradas, publicações especializadas, elaboração de materiais didáticos multissensoriais, etc.

Além disso, pretende-se criar um centro de documentação e memória, denominado SPDOC, que envolverá a instalação de uma biblioteca especializada na história de São Paulo e de um arquivo histórico.

Trata-se, pois, de projeto de grande envergadura, que busca congrega cultura, história, educação e lazer, além de contribuir para a revitalização urbanística da área em que será implantado.

5 – A Ausência de Requisitos para a Concessão de Medida Liminar

O art. 12, caput, da Lei Federal nº 7.347/85 estabelece que “poderá o juiz conceder mandado liminar, com ou sem justificação, em decisão sujeita a agravo”.

É certo, pois, que a legislação admite, nas ações civis públicas, a concessão de medida liminar.

Contudo, como leciona CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO¹, a adoção de tal providência exige que se verifique, no caso concreto, a presença dos requisitos autorizadores dos provimentos de urgência, quais sejam, o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*:

“A Lei da Ação Civil Pública estabelece que ‘o juiz poderá conceder mandado liminar, com ou sem justificação prévia’ (lei nº 7.347, de 24.7.85, art. 12). Não fala em requisito algum, mas se uma justificação pode ser necessária, é porque necessária é também a presença dos requisitos da urgência e da probabilidade; além disso, o contrário equivaleria a desconsiderar o devido processo legal. Mais técnico e explícito, o Código de Defesa do Consumidor dispõe que ‘sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder tutela liminarmente ou após justificação prévia, citando o réu’. E, como esses dois estatutos se interpenetram mediante recíproca aplicação das normas de um ao processo regido pelo outro (LACP, art.

1 A nova era do processo civil. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 108.

21 e CDC, art. 90), as exigências do Código de Defesa do Consumidor, como requisito para antecipar a tutela, impõem-se também na área regida pela Lei da Ação Civil Pública.”

Também HUGO NIGRO MAZZILLI² destaca que a concessão de medida liminar, nas ações civis públicas, está condicionada à caracterização da “plausibilidade do direito invocado como fundamento do pedido” (*fumus boni iuris*) e da “dificuldade ou até impossibilidade de reparação do dano, diante da demora normal para obter a solução definitiva do processo” (*periculum in mora*).

Feitas estas considerações, passa-se a demonstrar que, no caso dos autos, não estão presentes os requisitos legalmente exigidos para a concessão de medida liminar.

5.1 – A Ausência de *fumus boni iuris*

O Ministério Público entende que o projeto de implantação do museu é inviável porque implicaria suposta descaracterização de sítio histórico.

Segundo a petição inicial, haveria a violação de comandos contidos na Constituição Federal, em documento internacional e em normas infraconstitucionais.

Não é, porém, o que ocorre.

As obras previstas resultam de sólidos estudos, como indicam os documentos que instruem em inquérito civil juntado aos autos com a petição inicial.

O projeto foi aprovado pelo CONPRESP e pelo CONDEPHAAT, que são os órgãos competentes para tanto.

Ficam aqui rechaçados veementemente todos os ataques à idoneidade e à legitimidade dos referidos órgãos colegiados.

O CONDEPHAAT foi criado pela Lei Estadual nº 10.247, de 22 de outubro de 1968, e, desde então, exerce de modo irretocável a sua missão de proteger, valorizar e divulgar o patrimônio cultural no Estado de São Paulo, dando a máxima efetividade ao comando contido no art. 261 da Constituição Estadual.

Nos termos do art. 137 do Decreto Estadual nº 50.941/2006, com a redação dada pelo Decreto Estadual nº 53.571/2008, o CONDEPHAAT é composto por representantes da Secretaria de Estado da Cultura, do Meio Ambiente, de Esporte, Lazer e Turismo, da Justiça e da Defesa da Cidadania, da Economia e Planejamento,

2 A defesa dos interesses difusos em juízo. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 472.

da Procuradoria Geral do Estado, das Universidades Estaduais (USP, UNICAMP e UNESP), do Instituto do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional (IPHAN), da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil, do Instituto dos Arquitetos do Brasil e do Museu de Arqueologia e Etnologia da Universidade de São Paulo.

Trata-se, pois, de órgão colegiado dotado de conhecimentos e aptidão técnica para atuar na defesa do patrimônio cultural.

O mesmo ocorre com o CONPRESP, criado pela Lei Municipal nº 10.032, de 27 de dezembro de 1985, alterada pelas Leis Municipais nºs. 10.236/1986 e 14.516/2007, e composto por membros da Administração Pública Municipal, do Instituto dos Arquitetos do Brasil, da Ordem dos Advogados do Brasil e do Conselho Regional de Engenharia e Arquitetura (Seção de São Paulo).

É fato notório que a conduta de ambos os órgãos colegiados vem sendo, há longos anos, pautada pela irrestrita defesa do patrimônio cultural, não se admitindo insinuações de que agem eles em favor de supostos interesses pessoais de quem quer que seja.

Neste passo, deve-se repelir, também, a assertiva de que o projeto em tela viola o princípio da gestão democrática dos bens ambientais.

No Estado Democrático de Direito, a participação popular deve ocorrer na forma prevista em lei, que, para a hipótese ora tratada, não estabelece a realização de audiências públicas.

No caso dos autos, a forma legalmente prescrita é aquela que foi observada pelo Estado de São Paulo, qual seja, a apreciação do projeto por órgãos colegiados competentes, integrados por representantes da Administração Pública e da sociedade civil.

A existência de dissenso dentro de tais órgãos não pode ser usada para desqualificar a decisão final tomada pela maioria, decisão esta que, tanto no CONDEPHAAT, quanto no CONPRESP, foi favorável ao projeto de adequação do imóvel para a implantação do Museu da História do Estado de São Paulo, na forma pretendida pela Administração Estadual.

Calcados em sua capacitação tecnicamente e legitimados como representantes da coletividade, o CONDEPHAAT e o CONPRESP aprovaram projeto que atende a toda a legislação aplicável ao caso, além de estar solidamente motivado e não revelar a ocorrência de desvio de finalidade.

Com efeito, como a atuação estatal respeitou as normas que regem a preservação do patrimônio cultural, bem como aquelas que disciplinam as contratações

feitas pelo Poder Público, não se pode falar em infringência dos princípios insculpidos no art. 37 da Constituição Federal.

Também não há qualquer violação ao disposto nos arts. 215, 216 e 225 do Texto Maior, tendo em vista que o Poder Público está atuando na defesa do patrimônio cultural, com a implantação de empreendimento que, ao contrário do que se afirmou na petição inicial, não destruirá nem descaracterizará o complexo imobiliário da Casa das Retortas, já que o projeto segue todos os padrões técnicos exigidos, conforme aprovação dos órgãos competentes.

Também não há que se falar em desobediência ao disposto na Carta Internacional Sobre a Conservação e Restauração de Monumentos e Sítios (Carta de Veneza), que veicula diretrizes fixadas no II Congresso Internacional de Arquitetos e Técnicos dos Monumentos Históricos, em 1964.

O art. 6º do citado diploma normativo estabelece que “a conservação de um monumento implica a preservação de um esquema em sua escala. Enquanto subsistir, o esquema tradicional será conservado, e toda construção nova, toda destruição e toda modificação que poderiam alterar as relações de volumes e de cores serão proibidas”.

O projeto aprovado pelos órgãos competentes não prevê a alteração da relação de volumes e cores.

De seu turno, o art. 13 da Carta de Veneza, também mencionado na peça vestibular, refere-se especificamente a “restauro de monumentos”, vedando, quando possível, os acréscimos no próprio monumento restaurado. Assim, tal disposição não se aplica à construção de um anexo ao museu, como ocorre no caso dos autos.

Deve-se observar, outrossim, que a construção de anexos a museus é permitida pelo art. 3º da Lei Federal nº 11.904/2009 (Estatuto de Museus), a qual preceitua, ainda, que “todo museu deverá dispor de instalações adequadas ao cumprimento das funções necessárias, bem como ao bem-estar dos usuários e funcionários”.

O anexo atacado na petição inicial visa justamente a dar efetividade ao comando legal por último mencionado.

Cumprе salientar que o ordenamento jurídico não veda que se edifique no entorno de bens tombados, desde que, como se deu neste caso concreto, o projeto seja previamente aprovado pelo órgão competente (art. 137 do Decreto Estadual nº 13.426/1979, com a redação da pelo Decreto nº 48.137/2003).

Neste passo, deve-se ponderar que o estilo arquitetônico proposto para o anexo do museu não afeta a Casa das Retortas, que permanece íntegra em suas características.

O que ocorre, no projeto arquitetônico ora debatido, é uma justaposição de estilos, que – diga-se – não representa novidade alguma, como prova a construção da moderna pirâmide de vidro junto ao clássico imóvel que abriga o Museu do Louvre, em Paris. Tal realização, que inicialmente provocou grande controvérsia, é atualmente saudada como uma bem-sucedida fusão de elementos antigos e modernos.

De tudo quanto ficou dito, pode-se concluir que o projeto aqui tratado representa o estabelecimento de um diálogo entre passado e presente, aproximando um bem cultural, que é reminiscência de tempos idos, de outro bem cultural, representativo da atualidade, reforçando às presentes e futuras gerações a ideia de que “a produção cultural funciona por acumulação”, sendo certo que “o patrimônio cultural serve como uma espécie de alicerce sobre o qual a civilização como um todo se edifica e evolui”³.

5.2 – A Ausência de *periculum in mora*

A execução do projeto de implantação do Museu de História do Estado de São Paulo não acarreta risco de lesão a qualquer direito.

Ao contrário, o empreendimento garante a conservação de importante sítio histórico e promove a sua integração com elementos modernos, criando para a população um espaço de lazer e cultura, que também revitaliza a região central da cidade de São Paulo.

Como se demonstrou, o projeto atende todas as normas que o disciplinam, não se podendo falar na possibilidade de ocorrência de danos, que supostamente autorizariam a paralisação de sua execução.

É oportuno, aqui, trazer a lição de PAULO DE BESSA ANTUNES⁴ sobre a aplicação do princípio da precaução, no sentido de que tal postulado “não determina a paralisação da atividade, mas que ela seja realizada com os cuidados necessários, até mesmo para que o conhecimento científico possa avançar e a dúvida ser esclarecida”.

3 MARCHESAN, Ana Maria Moreira. *A tutela do patrimônio cultural sob o enfoque do direito ambiental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007, p. 49.

4 *Direito ambiental*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 35.

Na hipótese em debate, a implantação do empreendimento, como demonstra o projeto arquitetônico, foi planejada e será executada com todos os cuidados necessários à garantia da preservação do meio ambiente cultural.

Assim, não se sustenta o fundamento trazido pelo Autor para caracterizar o *periculum in mora*.

Ressalte-se, por importante, que eventual concessão da medida liminar (admitida para argumentar, mas sem ceder), acarretará o *periculum in mora* ao reverso, ou seja, haverá sério dano ao interesse que se pretende proteger.

Isto porque retardará, de modo injustificado, a recuperação de bem cultural que se encontra atualmente sem condição de visitação e de aproveitamento pela população.

6 – Considerações Finais

De tudo quanto ficou dito, resta evidenciado que a concessão da medida liminar requerida pelo Autor impossibilitará o Poder Público de dar continuidade a um projeto de inegável importância histórica, cultural e urbanística.

Por outro lado, foram cumpridos os trâmites legais necessários ao início da execução do projeto, sendo certo que o Autor não apresentou forte evidência técnica que pudesse abalar a presunção de legalidade e legitimidade dos atos administrativos praticados na implementação do empreendimento.

Além disso, não há a comprovação de que a execução do projeto signifique risco de lesão ao meio ambiente cultural e à coletividade.

Em nível de cognição sumária, não se mostra pertinente determinar a paralisação de um projeto lastreado em sólidos estudos, aprovado pelos órgãos competentes e cujo conteúdo não restou abalado pelas alegações feitas na petição inicial.

Ao tratar da tutela de urgência na seara ambiental, MARCELO BUZAGLO DANTAS⁵ leciona:

“Veja-se, por exemplo, a hipótese de pleito de liminar em ação coletiva intentada com vistas à paralisação de obra ou atividade devidamente licenciada pelo órgão competente, integrante do Sisnama (Lei nº 6.938/1981, art. 10, caput e parágrafos). Ora, em que pese existir casos em que o licenciamento ambiental não seja bem conduzido, levando à expedição de um ato autorizativo contrário à legislação em vigor, esta, contudo, não é a regra. Desse modo, como ato administrativo que é, a licença

5 Tutela de urgência nas lides ambientais. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2006, p. 69-70.

ambiental goza de presunção de legitimidade e, como tal, deve ser prestigiada, salvo a existência de robustos elementos de convicção em sentido contrário.

Acerca do tema, colhe-se interessante passagem da obra de Rodolfo de Camargo Mancuso, calcado em lição doutrinária de Alcebíades da Silva Minhoto Júnior nos seguintes termos:

‘De qualquer forma, não nos parece compatível com a *mens legis* autorizar, de maneira indiscriminada, o Judiciário a arrasar a atividade administrativa, nas suas origens, fulminando projetos oriundos, muitas vezes, de estudos complexos e responsáveis. Em uma palavra, a utilização da liminar, sem critérios profundamente meditados, pode ensejar, sem dúvida, a ocorrência de um mal maior ou, pelo menos, tão grave quanto o próprio ato que se inquina de lesivo, em detrimento do interesse público que a demanda visa a proteger.’”

A respeito da matéria, assim se pronunciou o Egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região⁶, em ação civil pública promovida pelo Ministério Público Federal:

“ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DIREITO AMBIENTAL. LIMINAR PARA PARALISAÇÃO DAS ATIVIDADES DA EMPREENDEDORA. REQUISITOS. NÃO PREENCHIMENTO. 1. Cassada a liminar que determinou a paralisação das atividades de implantação do projeto ‘Porto da Barra’. O Juiz pode tomar esse tipo de providência a qualquer tempo, se entender necessário, mas, no caso dos autos, houve autorização do FATMA e do IBAMA, mediante expedição de Licença Ambiental Prévia (LAP) e de Licença Ambiental de Instalação (LAI); razão pela qual é inviável a pretendida paralisação, já que as atividades foram iniciadas face à expedição de ato administrativo cuja presunção de legalidade não foi desfeita. 2. Toda a atividade humana pode causar danos ao meio ambiente, não há ‘poluição zero’, de forma que a ideia de natureza intocada é um mito moderno. Por outro lado, a área em discussão sofre pressão populacional crescente, e a ocupação desordenada pode ser ainda mais degradante ao meio ambiente. Dessa forma, não há necessidade de paralisação das atividades, pois, no transcorrer da Ação Civil Pública, haverá meios para que, com o auxílio de profissionais, chegue-se a uma solução menos degradadora do meio ambiente. Essa orientação está em conformidade com a ideia de que as normas constitucionais, nesse assunto, tem o objetivo de preservação de um mínimo de ‘ponderação ecológica’. 3. O perigo na demora e a grave lesão de difícil reparação podem ser verificados no fato de que o empreendedor direcionou recursos para a atividade, de modo que se ela for inviabilizada, o investimento será redirecionado para outras atividades, com o que a comunidade é prejudicada. 4. Agravo provido. (TRF4, AG 1998.04.01.016742-3, Terceira Turma, Relatora Marga Inge Barth Tessler, DJ 02/09/1998)”

⁶ Decisão disponível em www.trf4.gov.br. Acesso em 03.08.2009.

O julgado que se acaba de invocar foi mantido pelo C. Superior Tribunal de Justiça, que não conheceu do recurso especial interposto pelo Ministério Público Federal.

Apesar de ter prevalecido o não conhecimento do recurso, a questão de fundo chegou a ser debatida, merecendo transcrição algumas das ponderações feitas pela eminente Ministra Eliana Calmon⁷, que se referem à preservação do meio ambiente natural, mas que, *mutatis mutandis*, adequam-se ao caso aqui tratado:

“O Ministério Público afirma que existe uma possibilidade de haver dano ao meio ambiente. Todos os órgãos especializados dizem que pode haver a construção.

Duas questões me chamaram a atenção no parecer do Ministério Público: a primeira trata da possibilidade de haver dano ao meio ambiente; a segunda, que a UNIÃO fez doação de terras suas sem a devida autorização, ou com autorização irregular.

O primeiro aspecto, o da possibilidade, tem de vir assegurado em algum parecer, alguma evidência técnica, porque o problema é eminentemente técnico, **não se trata de releitura ideológica do ato administrativo**. Tenho de estar segura de que existe algum fato que determine essa possibilidade. Vai haver dano ao meio ambiente, mas o RIMA avalia se o custo/benefício para a sociedade há de ser efetivamente aplicado e suportado. Tenho o documento máximo para a construção de qualquer empreendimento.

O segundo aspecto é o econômico, pois se trata de um empreendimento de grande monta, resultado de empréstimos estrangeiros, com pagamentos previstos em dólar e está tudo paralisado, porque os empréstimos são feitos e os órgãos estrangeiros só os fazem depois de todas as licenças necessárias (IBAMA, Universidade Federal, ISA-FAM, Prefeitura e Secretaria do Patrimônio Federal). **Todos autorizaram. Estarão todos errados?**

Data venia, não posso aceitar. A questão das possibilidades é que está dando o problema do custo Brasil, da insegurança que se tem. Observem que esses empreendimentos foram feitos à vista de todos os documentos. Isso aconteceu com a Marina da cidade de Salvador. O Ministério Público indeferiu, mas a Marina está lá.

Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins, sei como V. Exa. é cuidadoso, mas já tive muita experiência em questões ligadas ao meio ambiente, nas quais **existe, por trás de todos os aspectos de legalidade, o problema ideológico**, o problema de manter o *status quo* da natureza. Ora, se assim fosse, estaríamos ainda, no Brasil, com os índios vestindo penas. Lógico que a vida e as necessidades mudam. É preciso fazer uma avaliação do custo/benefício.”

7 REsp nº 247.961-SC. Disponível em www.stj.gov.br, Acesso em 05.03.2010, negrito da transcrição.

Os entendimentos acima reproduzidos amoldam-se à hipótese dos autos, na medida em que também aqui há um projeto regularmente aprovado pelos órgãos competentes, sendo certo que a sua paralisação traria danos ao interesse que se pretende proteger.

Ante o exposto, o Estado de São Paulo requer seja denegada a medida liminar pleiteada na petição inicial e aguarda a sua citação, observado o disposto no art. 6º, V, da Lei Complementar Estadual nº 478/86.

Consignando que o projeto de adequação do imóvel para a implantação do museu consta do inquérito civil já trazido aos autos, fica requerida a juntada dos seguintes documentos: a) apresentação sintética do projeto do Museu da História de São Paulo; b) manifestações do CONDEPHAAT e do CONPRESP favoráveis à adequação do imóvel para a implantação do empreendimento; c) informações prestadas pela UPPH a respeito do projeto aqui debatido.

São Paulo, 05 de março de 2010.

MARIA DE LOURDES D'ARCE PINHEIRO
Procuradora do Estado
OAB/SP Nº 126.243

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE SÃO PAULO

FORO CENTRAL – FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES 4ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

CONCLUSÃO

Em 16 de março de 2010, faço estes autos conclusos ao MM. Juiz de Direito Dr. Marcos Pimentel Tamassia. Eu (Marcia Laiz, Escrevente-Chefe).

DECISÃO

Processo nº: 053.10.005707-4

Classe – Assunto Ação Civil Pública – Anulação

Requerente: Ministério Público do Estado de São Paulo

Requerido: Secretaria de Estado da Cultura do Estado de São Paulo e outros
Controle 336/10

Juiz(a) de Direito: Dr(a). Marcos Pimentel Tamassia

Vistos.

Pretende o autor sustar o início das obras de restauro, reforma e construção de edificações no sítio histórico conhecido como “Casa das Retortas”, destinado por seu proprietário, o Estado de São Paulo, a abrigar o Museu da História de São Paulo.

Alega o Ministério Público que não foi levada em consideração sua recomendação a respeito da obra no sentido de suspender os atos administrativos tendentes à contratação do projeto executivo e a própria execução das obras, inclusive o projeto de restauro, até que estudos completos fossem realizados e revistos os projetos, sob o argumento de que o patrimônio histórico e o interesse ambiental do local seriam prejudicados, tanto pela obstrução da visão do conjunto de prédios históricos como pela competição entre os edifícios existentes e os a serem construídos e também por corte de árvores no imóvel.

Não vislumbro, no entanto, condições para ser concedida a liminar, que fica indeferida.

É que os projetos foram aprovados pelo CONPRES P e pelo CONDEPHAAT, órgãos a quem legalmente é atribuída a tarefa de autorizar obras em bens protegidos.

Nesse sentido, em hipótese semelhante, o v. acórdão relatado pelo Des. Reynaldo Miluzzi, na Apelação nº 994.05.059172-6:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA – Tombamento – Ação movida por associação de direito privado, com o fim de obstar a construção de edifício de apartamento na área de proteção de 300m do bem tombado (Instituto Butantã), bem assim que seja determinada a proibição de novas autorizações nesse sentido – Concessão, pelo Município de São Paulo nos limites de sua competência (art 30, VIII, do CF), da licença para construção, cujo projeto se amolda aos ditames da Lei de Zoneamento então vigente, que precedeu ao tombamento – Ademais, há decisão técnica favorável ao projeto, emitida pelo CONDEPHAAT, que concluiu pela inexistência de prejuízo à visibilidade do bem tombado – Faculdade discricionária do órgão, que deve atender ao fim colimado no art. 137 do Decreto Estadual nº 13.426/79, que é o de evitar prejuízo à visibilidade ou destaque do referido sítio ou edificação – Resolução SC/113 do Secretário de Cultura do Estado de São Paulo que fixa gradações máximas para novas construções no local – Não ocorrência de ilegalidade ou invalidade dos atos impugnados – Precedente desta Corte – Recurso não provido 2 – LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ – Não ocorrência – Não pode ser considerado litigante de má-fé quem persegue em juízo um direito de que se diz possuidor e nos estritos limites das regras processuais vigentes – Recurso adesivo não provido. (grifei)

Em dez dias, emende-se a petição inicial, para regularizar o polo passivo, que incluiu entes que não são dotados de personalidade jurídica própria.

Int.

São Paulo, 22 de março de 2010.

MARCOS PIMENTEL TAMASSIA
Juiz de Direito

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 990.10.149792-1, da Comarca de São Paulo, em que é agravante MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO sendo agravados SECRETARIA DE ESTADO DA CULTURA DE SÃO PAULO, PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO, JOÃO SAYAD, CONSTRUTORA CVS S/A, CONSELHO MUNICIPAL DE PRESERVAÇÃO DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO, CULTURAL E AMBIENTAL DE SÃO PAULO CONPRESP e CONSELHO DE DEFESA DO PATRIMÔNIO HISTÓRICO, ARQUEOLÓGICO, ARTÍSTICO E TURÍSTICO DO ESTADO – CONDEPHAAT.

ACORDAM, em 9ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “NEGARAM PROVIMENTO AO RECURSO. V. U.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores DÉCIO NOTARANGELI (Presidente sem voto), DE PAULA SANTOS E GONZAGA FRANCESCHINI.

São Paulo, 22 de setembro de 2010.

OSWALDO LUIZ PALU

Relator

VOTO Nº 1.731

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 990.10.149792-1

COMARCA: SÃO PAULO

AGRAVANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

AGRAVADOS: SECRETARIA DE ESTADO DA CULTURA DO ESTADO DE SÃO PAULO E OUTROS

AGRAVO DE INSTRUMENTO. Ação Civil Pública – Pretensa concessão de liminar visando a suspensão das obras de restauro, reforma e construções de edificações no sítio histórico conhecido como “Casa das Retortas”. Indeferimento da liminar – Decisão mantida – Ausência de demonstração, em cognição sumária, de prova inequívoca da verossimilhança das alegações – Negado provimento ao recurso.

I . RELATÓRIO

1. Cuida-se de Agravo de Instrumento com pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal aforado pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO

PAULO em confronto à r. decisão reproduzida a fls. 89/90 que, em ação civil pública proposta pelo agravante, denegou a liminar postulada com o fito de que fossem obstadas as obras de restauro, reforma e construção de edificações no sítio histórico conhecido como “Casa das Retortas”.

2. Com efeito, consoante se infere da peça inaugural do presente recurso (fls. 02/38) e documentos a ela acostados (fls. 39 e seguintes), o Estado de São Paulo assumiu a administração da chamada “Casa das Retortas” visando implantar no local o MUSEU DE HISTÓRIA DO ESTADO DE SÃO PAULO, por meio da Secretaria de Estado da Cultura. A “Casa das Retortas” é composta por um conjunto de edifícios que formam o chamado ‘Complexo Industrial do Gasômetro do Brás’. Todo o conjunto, dado seu valor histórico e cultural, fora tombado pelo CONDEPHAAT e pelo CONPRESP. Para fins de implantação do mencionado museu, a Secretaria de Estado da Cultura contratou projetos de obras civis de reforma, restauro e construções de edificações no sítio histórico. Segundo alegou o Ministério Público na peça exordial da ação civil pública intentada (fls. 39/82), os projetos elaborados desrespeitam gravemente as normas internas e internacionais de conservação de monumentos e sítios históricos. Por essa razão, ingressou em juízo o ente ministerial objetivando, em síntese, impugnar todo o procedimento que levou à aprovação da realização das obras na “Casa das Retortas”. Pugnou na inaugural da ação civil pública a concessão de medida liminar de modo a sustar o início das obras. Indeferida a liminar pleiteada (fls. 89) insurgiu-se o Ministério Público por meio do presente agravo de instrumento, postulando a reversão da r. decisão hostilizada, concedendo-se a liminar requerida, e obstando-se o início da execução das obras. Argumenta a título de razões recursais, em síntese, que o projeto elaborado para a implantação do Museu de História de São Paulo prevê a construção no entorno e no interior das edificações que compõem o complexo que abriga a “Casa das Retortas”, de modo que haverá a descaracterização do patrimônio paisagístico, arquitetônico, urbanístico e cultural de sítio histórico; afirma que os órgãos técnicos incumbidos da proteção do patrimônio cultural, quais sejam o CONPRESP e o CONDEPHAAT desatenderam as recomendações e pareceres de seus próprios técnicos e que esses órgãos não estão imunes ao controle jurisdicional. Inclinando-se pela possibilidade de risco de dano de difícil reparação, assevera que a obra já foi licitada e está na iminência de ser iniciada, e que seu custo é de aproximadamente cinquenta milhões de reais. Houve pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal.

3. Recebido o recurso e denegado o pedido de antecipação dos efeitos da tutela recursal (fls. 233/238), sobrevieram as informações do juiz da causa a fls. 247/248, as contraminutas da Fazenda do Estado de São Paulo a fls. 256 e seguintes e da Municipalidade de São Paulo, intempestiva, a fls. 385 e seguintes,

tendo se manifestado a douta Procuradoria de Justiça a fls. 381/383 opinando pelo provimento do recurso. É o relatório.

II. FUNDAMENTO E VOTO

4. Ar . decisão agravada é de ser mantida.

5. Por primeiro, afasto a preliminar aventada pela Fazenda do Estado de São Paulo em contraminuta, posto que prescindível, no caso, a intimação da Construtora C. e J. S. para responder ao recurso.

6. O julgamento do presente recurso restringe-se, a rigor, à verificação da presença ou não dos requisitos ensejadores à concessão da liminar, no caso em Ação Civil Pública. E o que se constata com a análise de tudo o quanto alegado nos autos deste agravo de instrumento e, notadamente, da farta documentação coligida, é que a concessão da liminar não se justifica porquanto o *fumus boni iuris* não restou caracterizado.

7. Com efeito, na hipótese dos autos, como já colocado na decisão de fls. 233/238, os órgãos técnicos aprovaram o empreendimento cultural, fixando algumas diretrizes, que devem ser atendidas, obviamente. Com o agravo não vieram elementos (ainda que provisórios e eventualmente, até, superficiais) para impugnação minimamente segura dos pareceres técnicos dos referidos órgãos especializados. Anote-se que, como disse, as diretrizes dos referidos órgãos devem ser atendidas, inclusive o que constou sobre o restauro das construções e edificações do sítio histórico.

7.1. Apenas como ‘*obiter dictum*’, a atuação estatal tem, em grande parte, um grau discricionário de escolha do objeto do ato administrativo (obviamente não absoluto) e que, em alguns casos como o dos autos, liga-se ao que Renato Alessi chama de discricionariedade técnico-administrativa⁸. Opções irrazoáveis poderão

8 “Igualmente sucede quando a questão seja única, porém deva resolver-se não só com apoio em critérios técnicos, mas também administrativos, de maneira que a questão seja técnica e administrativa a um mesmo tempo. Tal sucede em todos os casos nos quais a atividade administrativa deva desenvolver-se através de uma atividade de natureza técnica: construção de obras públicas, adoção de aparatos, mecanismos, dispositivos, instrumentos, todos eles de natureza técnica; atividade técnica de pessoas (médicos, engenheiros, mecânicos e outros). Em tais casos, a atividade técnica constitui o meio para a satisfação do interesse público. Agora bem, esta atividade técnica deve desenvolver-se naturalmente com apoio em critérios técnicos e através da solução de questões técnicas, porém para tudo o que se compreenda dentro do conceito geral de eleição do meio técnico, ao tratar-se de eleição do meio para satisfazer um interesse público, os critérios a utilizar não serão puramente técnicos, senão também administrativos. Por isso, quando se refere a eleição dos critérios para a construção de obras públicas, a eleição de dispositivos, mecanismos, aparatos, máquinas, etc; a eleição dos técnicos (médicos, engenheiros, etc.) , assim como a eleição dos critérios gerais a seguir pelos mesmos, tratando-se de valorar comparativamente o interesse público concreto e o meio para sua satisfação, com o fim de eleger o meio a adotar, os critérios a seguir não são unicamente técnicos,

ser anuladas pelo Poder Judiciário, obviamente. Mas, a priori e liminarmente, não parece ser o caso.

8. Ademais, inexistente ilegalidade na r. decisão agravada a ser combatida, razão pela qual a mesma deve prevalecer. Cumpre trazer à tona trechos de julgamentos proferidos quanto à matéria:

“...somente se demonstrada a ilegalidade do ato de deferimento ou negatório da liminar ou o abuso de poder do magistrado, e isto de forma irrefutável, seria admissível a substituição de tal ato vinculado ao exercício do livre convencimento do juiz, por outro da instância superior”. (Al nº 316.545-5/4, Rel. Des. Christiano Kuntz)

“O exame dos requisitos ensejadores da medida liminar está afeto ao juízo monocrático; à instância recursal revisora compete reapreciá-lo desde que a situação dos autos possa indicar exemplo teratológico não resolvido por aquele”. (Al nº 92.010-5/2, Rel. Des. Vallim Belocchi, v.u. de 11.11.98 e Al nº 315.636-5/2, Rel. Des. Coimbra Schmidt, v.u. de 10.03.03)

Como lembra DINAMARCO (Nova Era do Processo Civil, p. 72, Malheiros, 3 ed.) “para antecipar a tutela, basta a probabilidade e, obviamente, não se exige a certeza; mas sempre é indispensável observar uma linha de equilíbrio com o qual o juiz leve em conta os males a que o interessado na medida se mostra exposto e também os que poderão ser causados a outra parte se ela vier a ser concedida. Tal é o juízo do mal maior, indispensável tanto em relação às antecipações de tutela quanto às medidas cautelares. Quanto mais intensa for a medida sobre os direitos da parte contrária, tanto mais cuidadoso deve ser o juiz, mas a variação de intensidade dos efeitos invasivos não é determinada rigidamente pela natureza antecipatória ou cautelar...” dizendo em que seguida que “o juízo do mal maior associa-se ao juízo do direito mais forte, que deve aconselhar o juiz a ponderar adequadamente as repercussões que da medida que concederá, redobrando os cuidados antes de determinar providências capazes de atingir valores de tão elevada expressão econômica, política ou humana, que somente em casos extremos devem ser sacrificados.”

senão também administrativos, em quanto a autoridade encarregada da eleição deve ter em conta também as exigências do interesse público, adaptando a este os ditames da técnica, pelo que a questão é técnica e administrativa, de maneira que aqui também uma revisão da solução dada à questão encerraria a revisão da solução de uma questão administrativa com base no uso de critérios administrativos e, portanto, definitivamente, uma revisão da valoração do interesse público feita pela Administração pública. Em todos os casos expostos em que os critérios técnicos estão ligados a critérios administrativos, pode falar-se de uma discricionariedade técnico-administrativa, que constitui uma verdadeira e própria discricionariedade e produz todos os seus efeitos.” ALESSI, Renato. ‘Instituciones de derecho administrativo’. Bosch, Barcelona, 1970, p. 198.

Claro que os termos do art. 273, do Código de Processo Civil exprimem o que a doutrina aduz serem conceitos indeterminados em que a palavra, por ser um signo, supõe um significado; logo, tem-se que aceitar, por irrefragável imposição lógica, que, mesmo que conceitos vagos, fluidos ou imprecisos têm algum conteúdo mínimo indiscutível. De qualquer deles se pode dizer que compreendem uma ‘zona de certeza positiva’, dentro da qual ninguém duvidaria do cabimento da aplicação da palavra que os designa e uma ‘zona de certeza negativa’ em que seria certo que por ela não estaria abrigada. As dúvidas só têm relevância no intervalo entre ambas as áreas. No interregno, entra a prudência judicial.

9. Ante o exposto, pelo meu voto, nego provimento ao recurso, mantendo-se incólume a r. decisão agravada.

OSWALDO LUIZ PALU

Relator