

Nº de ordem do processo na sessão de julgamento Não informado

Registro: 2022.0000080973

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Direta de Inconstitucionalidade nº 2232093-66.2021.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE ITAPECERICA DA SERRA, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE ITAPECERICA DA SERRA.

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "JULGARAM A AÇÃO PROCEDENTE EM PARTE. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente), TORRES DE CARVALHO, LUCIANA BRESCIANI, ELCIO TRUJILLO, DÉCIO NOTARANGELI, MATHEUS FONTES, GUILHERME G. STRENGER, FERNANDO TORRES GARCIA, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, ADEMIR BENEDITO, CAMPOS MELLO, VIANNA COTRIM, FÁBIO GOUVÊA, CRISTINA ZUCCHI, JACOB VALENTE, JAMES SIANO, CLAUDIO GODOY E MOREIRA VIEGAS.

São Paulo, 9 de fevereiro de 2022.

COSTABILE E SOLIMENE

RELATOR

Assinatura Eletrônica

Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2232093-66.2021.8.26.0000

Autor: Prefeito de Itapecerica da Serra

Voto n. 53.118

Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei 2.890, de 14/9/2021, de Itapecerica da Serra, que dispõe sobre o “programa conecta Itap” nas praças, parques, pontos turísticos em todos os espaços públicos de Itapecerica da Serra, promulgada pelo Poder Legislativo do Município de Itapecerica da Serra. Procedência em parte. Acolhimento apenas para declarar inconstitucional a expressão “por intermédio de convênios e parcerias público-privadas (P.P.P)”, do parágrafo 1º, do artigo 1º, bem como dos artigos 3º a 6º, da Lei nº 2.890, de 14 de setembro de 2021, do município de Itapecerica da Serra. Edilidade que, especificamente nestes pontos, invadiu as esferas de competências constitucionais do Poder Executivo e de sua respectiva chefia, afrontando a cláusula de separação de poderes.

O Prefeito Municipal de Itapecerica da Serra promoveu a presente ação direta para que seja declarada a inconstitucionalidade da lei n. 2.890 de 14 de setembro de 2021. O teor da norma impugnada está a fls. 2/4, 12/14 e 70/72.

Afirma-se a ocorrência de invasão de competência de iniciativa de lei, reservada ao Prefeito consoante disposto na lei orgânica municipal (artigo 58, VI), porque o texto em comento é de iniciativa de Vereador (conforme fl. 12 *in limine*).

Este relator, em 1º/10/2021, deferiu antecipação de

tutela para suspender a eficácia do diploma legal em comento (fls. 32/34).

A Câmara Municipal sustentou a constitucionalidade do texto, sob o argumento de ausência de competência privativa do Poder Executivo, bem como a necessidade de o Poder Público contribuir de modo mais concreto para a resolução de problemas de atendimento das necessidades sociais (fls. 40/61).

Citada, a d. Procuradoria-Geral do Estado ficou em silêncio (fl. 64).

A Subprocuradoria-Geral de Justiça é pela procedência parcial (consoante fls. 68/75).

É o relatório.

Voto n. 53.118

-1-

Mera invocação de um texto normativo que se acha inserido em lei orgânica municipal (consoante fls. 5 e 6) *per se* não invalida a propositura desta ADI.

De todo o modo, é oportuno rememorar que, em demandas de controle de constitucionalidade, servem de paradigmas de contraposição tão-somente a Constituição Federal, quando o *imbróglio* versar sobre normas de reprodução obrigatória (CE, artigo 144), ou, então, dispositivos da Constituição Estadual (CF, artigo 125, §2º).

Feitos os destaques iniciais, considerando a argumentação do Prefeito, nos foi dado conferir que, pelo menos em parte do texto impugnado, é **verificável violação ao disposto nos artigos 5º, 24, § 2º, 2, e 47, II, XIV e XIX, a, da Constituição Estadual.**

Explico: não se há dizer inconstitucional o texto só porque, através dele, ao que se deduz do seu artigo 2º¹, o Poder Legislativo local buscou materializar política pública que está nacionalmente consagrada no artigo 7º do Marco Civil da Internet (lei federal n. 12.965, de 23/4/2014), confira-se: “*O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os*

¹ Artigo 2º O "Programa Conecta ITAP" tem finalidade instrumentalizar a inclusão digital assegurando o exercício da cidadania, nos termos do art. 7º do Marco Civil da Internet, e visa os seguintes objetivos (...)

seguintes direitos” (verbis).

Pode sim o Poder Legislativo estabelecer políticas públicas, porém, contudo, **desde que respeite a delimitação constitucional de separação de poderes.**

A situação ficou bem esclarecida quando da edição da tese de repercussão geral, por ocasião do Tema 917 do Excelso Pretório (*verbis*):

“Não usurpa competência privativa do Chefe do Poder Executivo lei que, embora crie despesa para a Administração, não trata da sua estrutura ou da atribuição de seus órgãos nem do regime jurídico de servidores públicos (art. 61, § 1º, II, “a”, “c” e “e”, da Constituição Federal)”.

E *per relationem* aqui também cabe recordar importante excerto extraído do r. parecer do e. Dr. Wallace Paiva Martins Junior, Subprocurador-Geral de Justiça:

“(…) atendendo-se à natureza e à extensão da divisão

funcional do poder, é lícito ao Poder Legislativo – assim como ao Poder Executivo pelos instrumentos normativos à sua disposição – instituir políticas públicas desde que não tangencie o núcleo da reserva de iniciativa legislativa do Chefe do Poder Executivo (organização e funcionamento da Administração; atribuição de competências a órgãos do Poder Executivo com geração de despesas; servidores públicos e seu regime jurídico etc.) ou da reserva da Administração (direção superior das atividades administrativas; organização e funcionamento da Administração; atribuição de competências a órgãos do Poder Executivo sem geração de despesas; prática de atos da Administração etc.).

(...)

Em outras palavras, ao Poder Legislativo será consentido estabelecer o que (o Poder Executivo) pode ou deve fazer, mas não como fazê-lo, porque, salvo competências constitucionalmente vinculadas, remanesce ao Poder Executivo, como órgão de governo, a escolha dos meios de cumprimento das obrigações fixadas pelo Parlamento, e que se rende ao âmbito de sua discricionariedade (escolhas, opções, alternativas) – simples ou técnica - à luz da realidade e da

possibilidade da medida dos recursos (humanos, materiais) disponíveis, da influência da técnica, da ciência e da tecnologia, das condicionantes do ordenamento jurídico inteiro, e dos aspectos econômicos, financeiros e orçamentários (...)".

-2-

Do mesmo modo, o problema não está no que diz respeito à dotação orçamentária, sabido de todos que eventual ausência de recursos conduz à ineficácia do dispositivo, senão ao retardo de sua efetivação material, nunca, no entanto, sua inconstitucionalidade.

-3-

Ao que parece, pese as melhores intenções da Edilidade, em certos tópicos a lei ora impugnada provocou contradições em relação a enunciados constitucionais que predicam reservas para iniciativa legislativa atribuída à Administração.

Nesses exatos termos, então, exurgiu embaraço,

destacadamente no tocante à feita de convênios.

Desde logo remetemos à leitura do artigo 6º da lei n. 2.890, de 14/9/2021, segundo o qual o Município está autorizado pela Edilidade a celebrar convênios, contratos ou parcerias.

E ainda a respeito das *parcerias*, pedimos igual atenção para os artigos 1º, 3º e 5º, que literalmente mencionam existências de parcerias público-privadas.

Observo de antemão não ter relevância o caráter meramente *autorizador* da lei impugnada, na medida em que o Prefeito não precisa de autorização do Legislativo para o exercício de atos de sua exclusiva competência. Vale dizer, em verdade a norma impugnada contém indisfarçável “determinação”. Esse modelo interpretativo, noutra caso, já serviu para obstar situação assemelhada, confira-se o resultado da ADIN n, 0283820-50.2011, relator o Desembargador Walter de Almeida Guilherme, j. 25/04/2012.

Tratando da repartição de atividades entre o Executivo e o Legislativo, acerca da separação de poderes, bem esclarece o magistério de Hely Lopes Meirelles:

“(...) em sua função normal e predominante sobre as demais, a Câmara elabora leis, isto é, normas abstratas, gerais e obrigatórias de conduta. Esta é sua função específica, bem diferenciada da do Executivo, que é a de praticar atos concretos de administração. [Repita-se] (...) o Legislativo provê ‘in genere’, o Executivo ‘in specie’; a Câmara edita normas gerais, o prefeito as aplica aos casos particulares ocorrentes. Daí não ser permitido à Câmara intervir direta e concretamente nas atividades reservadas ao Executivo, que pedem provisões administrativas especiais manifestadas em ordens, proibições, concessões, permissões, nomeações, pagamentos, recebimentos, entendimentos verbais ou escritos com os interessados, contratos, realizações materiais da Administração e tudo o mais que se traduzir em atos ou medidas de execução governamental (...) A Câmara não administra o Município; estabelece, apenas, normas de administração. Não executa obras e serviços públicos; dispõe, unicamente, sobre sua execução (...)” (Direito Municipal Brasileiro, 17ª edição, atualizada por Adilson Abreu Dallari (Coordenador), Malheiros Editores, p. 631).

E a nossa jurisprudência repete mesma orientação:

“(…) a competência da Câmara Municipal se circunscreve à edição de normas gerais e abstratas, ficando a cargo do Chefe do Poder Executivo a direção superior da administração, disciplinando situações concretas e adotando medidas específicas de planejamento, organização e execução de serviços públicos” (ADI nº 2072130-27.2018.8.26.0000. Relator: Des. Renato Sartorelli, j. 15/08/2018).

Data vênua, na esteira do retro devidamente destacado, a instituição pelo parlamento municipal de *obrigação* para o Executivo (*confira-se o teor do artigo 6º da lei, vide fl. 13*) resulta em indevida interferência na estrutura administrativa do Poder Executivo, em desatenção aos princípios da separação dos Poderes e da reserva da Administração. O Poder Legislativo não pode impor, sequer “autorizar”, o Poder Executivo a celebrar convênios e/ou parceria público-privadas. Trata-se de atos de gestão, vale dizer, atribuição do próprio Executivo.

Então, aquela iniciativa parlamentar invadiu reservas da Administração vulnerando a separação dos poderes e o pacto federativo. A confirmar nossa propositura, os recentes julgamentos neste colendo Órgão Especial recomendam repetição de critérios, vide ADI 2297375-85.2020.8.26.0000, relator o Desembargador James Siano, em 18/8/2021 e ADI 2138640-17.2021.8.26.0000, relator o Desembargador Ferreira

Rodrigues, em 20/10/2021.

-4-

Ante o exposto, propomos ao colendo Órgão Especial que julgue procedente em parte a presente ação direta, para afirmar inconstitucionais não apenas a expressão “por intermédio de convênios e parcerias público-privadas (P.P.P.)”, do parágrafo 1º, do artigo 1º, como também dos artigos 3º, 4º, 5º e 6º da Lei nº 2.890, de 14 de setembro de 2021, do município de Itapecerica da Serra.

Não se há falar em modulação.

Costabile-e-Solimene, relator