



CÂMARA MUNICIPAL DE SÃO PAULO

Secretaria Geral Parlamentar
Secretaria de Documentação
Equipe de Documentação do Legislativo

PARECER Nº 749/2018 DA COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO, JUSTIÇA E LEGISLAÇÃO PARTICIPATIVA SOBRE PROJETO DE LEI Nº 0874/17.

Trata-se de projeto de lei, de iniciativa do nobre Vereador Ricardo Teixeira, que autoriza o Poder Executivo a dispor sobre a obrigatoriedade de as prestadoras de serviços públicos realizarem o recapeamento das vias, e dá outras providências.

Segundo a propositura, fica autorizado ao Poder Executivo dispor sobre a obrigatoriedade de as prestadoras de serviços públicos, contratadas e permissionárias ou concessionárias, que por razão de seus serviços, danificarem o asfaltamento ou calçamento das vias públicas, realizar o recapeamento do local, asfaltamento ou calçamento do pavimento retirado em até 72 h (setenta e duas horas), após o término dos serviços.

A reparação da área danificada deverá ser por meio de recapeamento, asfaltamento ou realizado o calçamento do pavimento em dimensão 50% (cinquenta por cento) maior, em relação às dimensões constantes do art. 6º, inciso I, b e c, do Decreto nº 46.921, de 18 de janeiro de 2006.

Não obstante os elevados propósitos de seu autor, a propositura não reúne condições para prosseguir em tramitação, haja vista que, sob o ponto de vista estritamente jurídico, afronta a iniciativa privativa do Prefeito para projetos de lei que regulem tal matéria.

Com efeito, ao criar obrigação a ser observada no âmbito da delegação de serviços públicos municipais, a propositura caracteriza-se como ato concreto de administração, perdendo a abstração e generalidade de que se devem revestir os mandamentos legais.

Nos termos dos artigos 37, § 2º, IV e 70, XIV, ambos da Lei Orgânica do Município, a iniciativa de projeto de lei que disponha sobre organização administrativa, bem como sobre a estrutura, a organização e o funcionamento da administração municipal competem exclusivamente ao Sr. Prefeito.

Ainda a corroborar a competência privativa do Executivo relativamente à matéria veiculada no presente projeto, tem-se o art. 69, IX, da Lei Orgânica, que fixa a iniciativa privativa do Prefeito, para projetos versando o regime de concessão ou permissão de serviços públicos.

Em definição, concessão é contrato administrativo por meio do qual a Administração delega ao particular a gestão e a execução, por sua conta e risco, de uma atividade definida como serviço público.

Segundo o doutrinador Hely Lopes Meirelles “sendo a concessão um contrato administrativo de colaboração como é, fica sujeita a todas as imposições da Administração para os ajustes dessa natureza, especialmente à autorização por lei, à regulamentação por decreto e à escolha do concessionário em concorrência” (Licitação e Contrato Administrativo, 11ª Ed., Malheiros Editores, 1996, pág. 270 – grifo nosso).

Vê-se, portanto, que o pretendido pela propositura é matéria de iniciativa legislativa privativa do Executivo, na qualidade de poder concedente da prestação do serviço público.

Neste sentido, novamente mencionamos as lições de Hely Lopes Meirelles:

“Entende-se sempre reservado ao concedente o poder de regulamentar e controlar a atuação do concessionário, desde a organização da empresa até sua situação econômica e

financeira, seus lucros, o modo e a técnica da execução dos serviços, bem como fixar as tarifas em limites razoáveis e equitativos para a empresa e para os usuários.

(...)

Toda concessão, portanto, fica submetida a duas categorias de cláusulas: as de natureza regulamentar e as de ordem contratual. As primeiras disciplinam o modo e a forma de prestação de serviço; as segundas fixam as condições de remuneração do concessionário; por isso, aquelas são denominadas leis do serviço, e estas, cláusulas econômicas ou financeiras.

(...)

Consideram-se cláusulas regulamentares ou de serviço todas aquelas estabelecidas em lei, regulamento ou no próprio contrato visando à prestação do serviço adequado.

(...)

O poder de regulamentar as concessões é inerente e indisponível do concedente. Cabe ao Executivo aprovar o regulamento do serviço e determinar a fiscalização de sua execução, pela forma conveniente.” (Licitação e Contrato Administrativo, 11ª Ed., Malheiros Editores, 1996, págs. 272/275, grifos nossos)

Veja-se que a imposição de obrigação concreta e pormenorizada, estabelecendo até mesmo aspectos de dimensão do calçamento do pavimento (art. 4º), interfere diretamente na economia interna do contrato administrativo de concessão ou permissão de serviço público, podendo até mesmo afetar seu equilíbrio econômico-financeiro (fato do príncipe) e arrefecer a objetivada modicidade das tarifas. É justamente essa intervenção na equação econômica do contrato administrativo que o legislador pretende evitar ao estabelecer iniciativa reservada ao Chefe do Executivo para normas relativas ao regime de concessão e de permissão de serviços públicos: se a execução de serviços públicos depende da alocação de recursos e, sendo esses recursos administrados pelo Poder Executivo, nada mais razoável do que reservar ao administrador a deflagração de procedimento tendente a estabelecer normas que afetem cláusulas econômicas dos contratos de delegação dos respectivos serviços.

Corroborando o quanto até aqui exposto, transcreve-se abaixo segmento de duas decisões do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo em sede de Ação Direta de Inconstitucionalidade acerca do tema:

“INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE - Lei nº 914, de 27 de junho de 2011, do Município de São Manuel, que dispõe sobre a concessão da gratuidade aos portadores de deficiência física e seu acompanhante no transporte público municipal de passageiros - Legislação que versa questão atinente ao regime jurídico de concessão de serviços públicos, afeta à competência privativa do Chefe do Poder Executivo local - Inobservância da iniciativa reservada conferida ao Prefeito que acabou por implicar em afronta ao princípio da separação dos poderes - Previsão legal, ademais, que acarreta o evidente incremento das despesas do Município com a remuneração do contrato, sem que se tivesse declinado a respectiva fonte de custeio — Vícios de inconstitucionalidade que, destarte, ficaram evidenciados na espécie, por afronta aos preceitos contidos nos artigos 5º, 25, 47, inciso XVIII, e 144, todos da Constituição do Estado de São Paulo – Precedentes desta Corte - Arguição de inconstitucionalidade julgada procedente (Relator(a): Paulo Dimas Mascaretti; Comarca: São Manuel; Órgão julgador: Órgão Especial; Data do julgamento: 05/02/2014; Data de registro: 10/02/2014).”

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Art. 128 da Lei Orgânica do Município, que dispõe sobre a proibição da concessão de serviço de abastecimento de água e de esgoto à iniciativa privada- Violação à regra de separação de poderes contida nos artigos 5º, 144, todos da Constituição Estadual – Ação procedente. (Relator(a): Antonio Carlos Malheiros; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: Órgão Especial; Data do julgamento: 27/01/2016; Data de registro: 02/02/2016).”

Cumpra consignar que o fato de o texto veicular autorização ao Executivo para que este obrigue as prestadoras de serviços públicos a realizarem o recapeamento das vias não consistir terminologicamente em uma determinação, não retira sua natureza impositiva e não sana o vício de iniciativa, consoante entendimento doutrinário e jurisprudencial corrente.

Exatamente neste sentido encontramos as ponderações do Prof. Sérgio Resende de Barros:

“Autorizativa é a “lei” que - por não poder determinar - limita-se a autorizar o Poder Executivo a executar atos que já lhe estão autorizados pela Constituição, pois estão dentro da competência constitucional desse Poder.

Fixar competência dos Poderes constituídos, determinando-os ou autorizando-os, cabe ao Poder Constituinte no texto da constituição por ele elaborada. A ordem constitucional é que fixa as competências legislativa, executiva e judiciária. Pelo que, se uma lei fixa o que é próprio da Constituição fixar, pretendendo determinar ou autorizar, um Poder constituído no âmbito de sua competência constitucional, essa lei é inconstitucional. Não é só inócua ou rebarbativa. É inconstitucional, porque estatui o que só o Constituinte pode estatuir, ferindo a Constituição por ele estatuída. O fato de ser mera autorização não elide o efeito de dispor, ainda que de forma não determinativa, sobre matéria de iniciativa alheia aos parlamentares. Vale dizer, a natureza teleológica da lei - o fim: seja determinar, seja autorizar - não inibe o vício de iniciativa. A inocuidade da lei não lhe retira a inconstitucionalidade. A iniciativa da lei, mesmo sendo só para autorizar, invade competência constitucional privativa.” (extraído da página <http://www.srbarros.com.br>, acesso em 19/05/09, grifamos)

Nos dizeres de João Trindade:

“Não se pode, obviamente, autorizar o Executivo a exercer função que já lhe é constitucionalmente conferida, sob pena de se ter uma verdadeira “lei didática”, algo incompatível com o próprio instrumento da lei e com o princípio da legalidade (art. 5º, II). Desse modo, é preciso evitar que o Legislativo, para escapar de uma possível inconstitucionalidade, por vício de iniciativa, incida em outra, por editar uma lei despicienda e, mais que isso, inócua e desprovida de qualquer efeito prático.” (CAVALCANTE FILHO, João Trindade. Processo Legislativo Constitucional. 3 ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2017. p. 325).

A jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo acolhe o mesmo entendimento:

“Há razoabilidade, in casu, do direito invocado, pois a lei ‘autorizativa’ examinada (f. 14), ao dispor sobre a direção de serviço da Municipalidade, tratou de tema que lhe afeta, na exata medida que incide acerca da aludida invasão competência (...)

São, portanto, inconstitucionais, as leis autorizativas, como a que constitui o objeto da presente ação, por vício de iniciativa, ao usurpar a competência material do Poder Executivo, ferindo o princípio da independência e harmonia entre os Poderes.” (ADI 151.207-0/2-00, julg. 24/10/07, grifamos)

“EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – ATO NORMATIVO MUNICIPAL DE INICIATIVA DE VEREADOR E QUE DISPÕE SOBRE AUTORIZAÇÃO AO EXECUTIVO PARA A CRIAÇÃO DE DOIS TURNOS DE TRABALHO NAS CRECHES MUNICIPAIS. No quanto o cenário dos autos apresenta, o Legislativo Municipal, ao arrepio do mandamento constitucional, interferiu em matéria privativa do Chefe do Executivo, o que não poderia ocorrer. Nem se diga que por se tratar de mera lei autorizativa, estaria superado o vício, porquanto as chamadas “autorizações” são, em verdade, determinações, implicando, sem sombra de dúvida, usurpação da competência material do Executivo.” (ADI 164.819-0/5-00, julg. 22/10/08, grifamos)

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Ação visando a declaração de inconstitucionalidade da Emenda nº 27 à Lei Orgânica do Município de Cotia, que “dá nova redação aos artigos”, inciso XIX e alíneas “a” e “b”, 59, II, 2, “b”, e 97, XXIX, 43, 59 e 97 da Lei Orgânica do Município – Normas que violam a separação de poderes e tratam de matérias submetidas à reserva de Administração, e que prescindem de prévia autorização legislativa – Atividades inserida na esfera do poder discricionário da administração – Violação dos arts. 5º, 47, II e XIV, da CE, aplicáveis aos Municípios por força do art. 144 da CE – Inconstitucionalidade inciso XIX e alíneas “a” e “b”, 59, II, 2, “b”, e 97, XXIX, 43, 59 e 97 da Lei Orgânica do Município de Cotia, com a redação dada pela Emenda 27, declarada. Ação julgada procedente.” (ADI 2154230-73.2017.8.26.0000. J. 04.04.2018).

Cumpra observar ainda que nesse sentido é o Precedente Regimental nº 02/93 que, fundamentado na violação do Princípio da Separação entre os Poderes, concluiu pela necessidade de restituir os projetos autorizativos impróprios ao autor, nos termos do art. 212, inciso I, do Regimento Interno.

Desta forma, o projeto viola o princípio da Independência e Harmonia entre os Poderes, consagrado pelos artigos 2º da Constituição Federal, 5º da Constituição Estadual e 6º da Lei Orgânica Municipal.

Pelo exposto, somos pela INCONSTITUCIONALIDADE, sem prejuízo do prosseguimento deste projeto na hipótese de recurso provido pelo Plenário desta Casa, nos termos do art. 79 do Regimento Interno.

Sala da Comissão de Constituição, Justiça e Legislação Participativa, em 23/05/2018.

Aurélio Nomura - PSDB - Presidente

André Santos - PRB

Caio Miranda Carneiro - PSB

Celso Jatene - PR

Cláudio Fonseca - PPS

Edir Sales - PSD

Fabio Riva - PSDB

Reis - PT

Sandra Tadeu - DEM - Relatora

Este texto não substitui o publicado no Diário Oficial da Cidade em 24/05/2018, p. 83

Para informações sobre o projeto referente a este documento, visite o site www.camara.sp.gov.br.