

Registro: 2019.0000610659

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Direta de Inconstitucionalidade nº 2229881-14.2017.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SANTO ANDRÉ, é réu PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE SANTO ANDRÉ.

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

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores ARTUR MARQUES (Presidente), VICO MAÑAS, PINHEIRO FRANCO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, CARLOS BUENO, FERRAZ DE ARRUDA, RICARDO ANAFE, ALVARO PASSOS, BERETTA DA SILVEIRA, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, GERALDO WOHLERS, ELCIO TRUJILLO E CRISTINA ZUCCHI.

São Paulo, 31 de julho de 2019.

JACOB VALENTE
RELATOR
Assinatura Eletrônica

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE n°

2229881-14.2017.8.26.0000

Autor: PREFEITO DO MUNICÍPIO DE SANTO ANDRÉ
Réu: PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE SANTO ANDRÉ

VOTO N° 30.549

*AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Inciso V do artigo 8º da Lei Orgânica do Município de Santo André, que estabelece a autorização prévia legislativa para hipóteses de concessão de serviços públicos - Alegação de usurpação da competência privativa do Poder Executivo, violando a separação dos poderes e o pacto federativo – Parecer da Procuradoria Geral de Justiça no intuito de declaração da inconstitucionalidade por outro fundamento, ou seja, de que a norma municipal não pode disciplinar regras gerais de licitações e contratos contida no inciso XXVII do artigo 22 da CF – PACTO FEDERATIVO – Constituição Federal que expressamente fixou a competência dos Municípios, entes federados, a organização e prestação dos serviços públicos no seu território, diretamente ou sob regime de concessão/permissão, dentro de certos parâmetros (artigos 30, inciso V, e 175, parágrafo único, inciso I) – Distribuição dessas atribuições entre os Poderes Executivo e Legislativo Municipais, no âmbito da sua Lei Orgânica, que não fere o pacto federativo, mas deve ser analisada à luz do princípio da separação dos poderes, inexistindo, ainda, na norma impugnada qualquer alusão ao regramento geral de licitações e contratos – REGIME DE CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS – Necessidade de distinção entre os conceitos de 'outorga', na qual há transferência de titularidade do serviço, daquele da mera 'delegação' da sua execução, mediante concessão, permissão ou autorização – Situação em que o exame da norma impugnada com o regramento nos artigos 106, parágrafo único e 107, § 1º, da indigitada LOM permite inferir relativa confusão entre os institutos, sem ressalva da necessidade de outorga ou concessão, por lei, aos entes da administração indireta (autarquias, sociedades de economia mista, fundações) ou paraestatais – INICIATIVA – Atribuição privativa do Chefe do Poder Executivo no envio de projetos de lei sobre concessão e permissão de serviços públicos, conforme regramento no artigo 47, inciso XVIII, da C.E., aplicável de forma remissiva aos Municípios (artigo 144) –

Situação de necessidade de interpretação harmônica com a disciplina do artigo 2º da Lei 9.074/95, regulamentadora do inciso I do parágrafo único do artigo 175 da CF, conforme preceitos dos artigos 29, inciso XI; 30, inciso V e 70 da Constituição Federal e os artigos 47, inciso XVIII e 144 da Constituição Estadual, para estabelecer que a necessidade de autorização legislativa fica restrita aos casos de delegação da execução dos serviços públicos para entidades da administração indireta, ou paraestatais, do Município de Santo André, com o arrasto da expressão 'enquanto a concessão só será feita com autorização legislativa' contida no § 1º do artigo 107 da referida LOM, para sua conformação nessas bases – MODULAÇÃO – Aplicação de efeitos 'ex nunc' na forma do artigo 27 da Lei 9.868/99, considerada que a norma é dos idos de 1990 – Ação parcialmente procedente, com observação.*

1 - Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade manejada pelo Prefeito do Município de Santo André contra a redação do inciso V do artigo 8º da Lei Orgânica daquele Município, no qual se estabelece a competência da Câmara Municipal, com posterior sanção do alcaide, para autorizar a concessão de serviços públicos.

Sustenta-se, em síntese, a violação frontal a princípio da separação dos Poderes, na medida em que a concessão de serviços públicos é matéria que diz respeito à organização da Administração, de iniciativa exclusiva do Chefe do Executivo, sem necessidade de prévia autorização legislativa. Aponta-se a transgressão dos artigos 5º, 47, incisos II e XIV, e 144 da Constituição Estadual.

Negou-se a tutela cautelar (fls. 554/555), decisão que foi mantida por este Colendo Órgão Especial no julgamento do Agravo Regimental nº 2229881-14.2017.8.26.0000/50000 (fls. 35/44 e 60/64, no apenso).

Após regular citação, o Procurador Geral do Estado alega que os dispositivos das leis

impugnadas versam sobre matéria exclusivamente local, razão pela qual declinou do interesse na promoção da defesa dos atos (fls. 4579/4580).

O Presidente da Câmara Municipal, devidamente notificado, ofertou as informações de fls. 4582/4591, sustentando, em síntese, que não houve ofensa ao princípio da separação dos poderes, porque no artigo 175 da Constituição Federal, regulamentado pela Lei 9.074/95, há exigência de lei específica autorizando a concessão de serviços públicos para terceiros. Diz, ainda, que a Câmara tem como função natural a fiscalização e o controle externo do Poder Executivo.

A douta Procuradoria Geral de Justiça, no seu parecer de fls. 4648/4657, opina pela procedência da ação, mas por outro fundamento, considerando que o pedido das ações diretas é 'aberto', ou seja, que em verdade há invasão no pacto federativo, porque cabe exclusivamente à União dispor regras gerais sobre licitação e contratos nos termos do artigo 22, inciso XXVII, da CF e artigo 2º da Lei Federal 9.074/95, não havendo qualquer impedimento do controle de constitucionalidade pela remissão do artigo 144 da CE, na forma do Tema 484 em repercussão geral no S.T.F..

É o sucinto relatório.

2 - DA AUTORIZAÇÃO LEGISLATIVA 'PRÉVIA' PARA A CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS MUNICIPAIS

Leitura da inicial revela a intenção de declaração de inconstitucionalidade circunscrita ao inciso V do artigo 8º da Lei Orgânica do Município de Santo André (fls. 22):

Artigo 8º - Cabe à Câmara, com a sanção do Prefeito, dispor sobre as matérias de competência do Município e especialmente:

[...]

V - autorizar a concessão de serviços públicos;

Pois bem. A Constituição da República consagrou o Município como entidade indispensável ao pacto federativo, integrando-o na organização político-administrativa, com garantia de autonomia, ou seja, capacidade de auto-organização, normatização própria e autogoverno, dentro das balizas que o constituinte derivado estabeleceu nos seus artigos 29 a 31, entre elas a promulgação de uma Lei Orgânica como uma espécie de 'constituição local' que regulará a política na cidade, sem muito espaço para inovações além da legislação estadual e federal (cf. **Alexandre de Moraes, Direito Constitucional, 11ª edição, Atlas, pp. 273/280**).

Nesse escopo, está absolutamente claro que Lei Orgânica Municipal apenas estabelece as regras de organização geral do ente federativo municipal, com a distribuição das funções político-administrativas, dentro das balizas verticais estabelecidas pela Constituição Estadual e Federal. Não se confunde, portanto, com lei específica ou suplementar para regular licitações e contratos, na forma do artigo 22, inciso XXVIII, da Constituição Federal, como aventado pela Procuradoria Geral de Justiça.

Caso o preceito em análise contivesse regramento em detalhamento geral sobre 'licitações', não haveria nenhuma dúvida acerca da sua inconstitucionalidade, conforme decidido na **ADIN 2260696-57.2018.8.26.0000**, julgada em 24/04/2019, com aderência deste subscritor ao voto condutor do Des. Ricardo Anafe, assim ementado:

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - Lei nº 1.969, de 31 de outubro de 2018, do Município de Analândia, que "dispõe sobre os procedimentos e limites a serem observados pelo Poder Executivo Municipal nos casos de concessão e permissão de utilização, administração e/ou exploração de bens públicos de uso comum, dominicais e de uso especial previstos nos artigos 98 e 100 da Lei Orgânica da Estância Climática de Analândia, e dá outras providências" - Normas gerais de licitação e contratação - Usurpação de competência legislativa privativa da União

(artigo 22, inciso XXVII, da Constituição Federal) - Ato normativo de autoria parlamentar que dispõe sobre as contratações do Poder Executivo - Matéria relativa à Administração Municipal, de iniciativa reservada ao Chefe do Poder Executivo - Inconstitucionalidade - Ofensa ao princípio da harmonia e independência dos Poderes - Violação aos artigos 1º, 5º, 47, incisos II e XIV, e 144, da Constituição do Estado de São Paulo - Pedido procedente."

Por outro lado, no âmbito municipal a outorga de concessão de serviços públicos é balizada pela Constituição Federal nos seus artigos 30, inciso V, e 175, parágrafo único:

CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Artigo 30 - Compete aos Municípios: (EC no 53/2006)

[...]

V - organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial;

Artigo 175 - Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único - **A lei** disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

Essa disposição está refletida na Lei Orgânica do Município de Santo André nos seus artigos 3º, inciso IV, 8º, inciso V (a impugnada), 42, inciso IV e 58, inciso XIV (fls. 15/108):

Artigo 3º - Ao Município compete, além das atribuições contidas nas Constituições Federal e Estadual, prover a tudo quanto respeite aos assuntos de interesse local, tendo por objetivo o pleno desenvolvimento de suas funções sociais, garantindo o bem-estar de sua população, cabendo-lhe privativamente:

[...]

IV - dispor sobre organização, administração e execução dos serviços públicos locais;

Artigo 8º - Cabe à Câmara, com a sanção do Prefeito, dispor sobre as matérias de competência do Município e especialmente:

[...]

V - autorizar a **concessão** de serviços públicos;

Artigo 42 - É da competência exclusiva do Prefeito a iniciativa dos projetos de lei que disponham sobre:

[...]

IV - serviços públicos;

Artigo 58 - Ao Prefeito compete, entre outras atribuições:

XIV - permitir ou autorizar a execução de serviços públicos, por terceiros, em conformidade com a lei;

Assim, a LOM de Santo André estabelece, em interpretação harmônica entre estes dispositivos, que cabe ao Chefe do Poder Executivo local a iniciativa de leis que tenham o propósito de concessão ou permissão de serviços públicos, o que não contrasta com o preceito do **artigo 47, inciso XVIII, da Constituição Estadual** que estabelece competir privativamente ao Governador enviar à Assembleia Legislativa projeto de lei sobre essa matéria:

Artigo 47 - Compete privativamente ao Governador, além de outras atribuições previstas nesta Constituição:

[...]

XVIII - enviar à Assembleia Legislativa projeto de lei sobre o regime de concessão ou permissão de serviços públicos.

Há, portanto, na referida Lei Orgânica, em princípio, respeito à remissão estabelecida no artigo 144 da Constituição Bandeirante. No entanto, o assunto merece maior aprofundamento porque a transferência da execução de serviços públicos para terceiros é forma de 'descentralização' que se faz por duas modalidades básicas: **outorga ou delegação**.

Na primeira modalidade, a Administração Pública Direta cria ou autoriza a criação de uma entidade integrante da Administração Pública Indireta (autarquias, fundações, sociedades de economia mista e empresas públicas), através de uma lei editada especialmente para esse fim, na qual também haverá a previsão da capacidade administrativa específica, isto é, da competência para atuar numa área determinada.

Nesse caso entende-se que a 'outorga' implica na transferência da titularidade do serviço público ao novo ente criado. De toda forma, é certo que o serviço público outorgado será prestado, em regra, por prazo indeterminado pela pessoa jurídica criada para esta finalidade ou até que uma nova lei determine a retomada de tal serviço pelo ente federado, o que pode ocasionar até mesmo a extinção da entidade da Administração Indireta.

Segundo Hely Lopes Meirelles, serviço público é todo o serviço essencial à sociedade que tem de ser prestado a ela, direta ou indiretamente, pelo Poder Público ou outra pessoa de direito público ou privado. Nesse sentido:

"(...) não é a atividade em si que tipifica o serviço público, visto que algumas tanto podem ser exercidas pelo Estado, quanto pelos cidadãos, como objeto da iniciativa privada, independentemente de delegação estatal, a exemplo do ensino, que, ao lado do oficial, existe o particular, sendo aquele um serviço público e este, não." (in Direito Administrativo Brasileiro, 27ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p.317)

Um exemplo que traduz com clareza a descentralização mediante outorga é a criação da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT), em 1969. À época, vigia a Constituição de 1967 que conferia à União, no seu artigo 8º, inciso XI, a competência de 'manter o serviço postal e o Correio Aéreo Nacional', exatamente como faz a Constituição de 1988, em seu artigo 21, inciso X. Assim, com vistas a desempenhar de modo mais aprimorado essa incumbência, a União, através do Decreto-Lei nº 509/69 instituiu a ECT, na forma de empresa pública, que executa e controla os serviços postais em todo o território nacional em regime de monopólio.

Dito isso, se pela outorga se adquire a titularidade sobre determinado serviço público, é possível que apenas sua execução seja objeto de delegação para terceiros, por meio de concessão, permissão ou autorização.

A possibilidade de 'delegação', no entanto, deve estar prevista em lei (artigo 2º da Lei n.º 9.074/95), não sendo necessário, assim, que haja autorização em cada caso de transferência da prestação do serviço.

Por outro lado, no artigo 2º, incisos II e IV, da Lei 8.987/95, há definição clara do que se entende por 'concessão' e 'permissão' de serviço público:

II - concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado;

[...]

IV - permissão de serviço público: a delegação, a título precário, mediante licitação, da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco.

Especificamente no que tange à concessão, espécie de delegação da execução de serviços públicos, o

mestre Hely Lopes Meirelles define bem o seu escopo jurídico:

"é a delegação contratual da execução do serviço, na forma autorizada e regulamentada pelo Executivo. O contrato de concessão é ajuste de Direito Administrativo, bilateral, oneroso, comutativo e realizado intuitu personae. Com isso se afirma que é um acordo administrativo (e não um ato unilateral da Administração) com vantagens e encargos recíprocos, no qual se fixam as condições de prestação do serviço, levando-se em consideração o interesse coletivo na sua obtenção e as condições pessoais de quem se propõe a executá-lo por delegação do poder concedente. Sendo um contrato administrativo, como é, fica sujeito a todas as imposições da Administração necessárias à formalização do ajuste, dentre as quais a autorização governamental, a regulamentação e a licitação." (in Direito Administrativo Brasileiro, 27^a ed., São Paulo: Malheiros, 2002, pp. 363/364)

E na definição de José dos Santos Carvalho Filho:

"é o contrato administrativo pelo qual a Administração Pública transfere à pessoa jurídica ou a consórcio de empresas a execução de certa atividade de interesse coletivo, remunerada através do sistema de tarifas pagas pelos usuários. Nessa relação jurídica, a Administração Pública é denominada de concedente e, o executor do serviço, de concessionário" (in Manual de Direito Administrativo, 25^o ed., São Paulo: Atlas, 2012, p. 367).

Com tais definições é possível estabelecer o seguinte quadro em relação à descentralização de serviços públicos:

OUTORGA	<p>→ transfere-se a titularidade e a execução dos serviços públicos;</p> <p>→ é exclusiva para as pessoas da Administração indireta de direito público</p>
----------------	--

	(autarquias, sociedades de economia mista e fundações de direito público; → realiza-se por meio de lei.	
	→ transfere-se somente a execução dos serviços públicos	
DELEGAÇÃO	→ realiza-se por lei	> para a administração indireta: empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas
	→ por contrato administrativo	> aos particulares, por meio das concessões e permissões
	→ por ato administrativo	> aos particulares, somente no caso de autorização.

Com base nesse quadro sinótico, observemos como a Lei Orgânica do Município de Santo André estabelece o regramento para a execução de obras e serviços em seu território (fls. 43):

CAPÍTULO V
DAS OBRAS E SERVIÇOS MUNICIPAIS

Artigo 106 - A execução das obras públicas municipais deverá ser precedida de projeto elaborado, mediante planilhas de custos circunstanciadas, acompanhadas de demonstração detalhada de preços, obedecendo à legislação edilícia e urbanística cabível, e às normas técnicas em âmbito nacional, sob pena de suspensão da despesa ou de invalidade da contratação.

Parágrafo único - As obras e serviços públicos poderão ser executados **diretamente** pela Prefeitura, por suas autarquias e entidades paraestatais e, indiretamente, por terceiros, mediante licitação.

Artigo 107 - Incumbe ao Município, respeitadas as legislações federal e estadual, a prestação de serviços públicos, **diretamente** ou sob regime de concessão ou

permissão, através de licitação.

§ 1º - A permissão de serviço público, sempre a título precário, será outorgada por decreto após edital de chamamento de interessados, para escolha do melhor pretendente, enquanto a concessão só será feita com autorização legislativa, mediante contrato, precedido de concorrência.

§ 2º - Serão nulas de pleno direito as permissões, as concessões, bem como quaisquer ajustes feitos em desacordo com o estabelecido neste artigo.

§ 3º - Os serviços permitidos ou concedidos ficarão sempre sujeitos à regulamentação e fiscalização do Município, incumbindo, aos que os executem, sua permanente utilização e adequação às necessidades dos usuários.

§ 4º - O Município poderá retomar, sem indenização, os serviços permitidos ou concedidos, desde que executados em desconformidade com o ato ou contrato, bem como aqueles que se revelarem insuficientes para o atendimento dos usuários.

§ 5º - As concorrências para a concessão de serviço público deverão ser precedidas de ampla publicidade, mediante edital ou comunicado resumido.

Artigo 108 - As tarifas dos serviços públicos e de utilidade pública, inclusive a remuneração da fase de atacado dos serviços públicos de abastecimento de água potável e de esgotamento sanitário, deverão ser fixadas por entidade de regulação designada pelo Executivo, tendo em vista a justa remuneração e interesse social, e em observância à legislação específica.

§1º O exercício da regulação não poderá contrariar as diretrizes fixadas por decisão de entidade metropolitana, quando houver.

§2º Para fins do §1º, entende-se por decisão de entidade metropolitana a decisão de órgão colegiado instituído por lei complementar estadual e na qual não haja preponderância de interesses exclusivos do estado, conforme decisão do Supremo Tribunal Federal – STF no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.842-RJ.

§3º Enquanto não for designada a entidade de regulação, a fixação das tarifas e de outros preços públicos dar-se-á pelo Executivo, mediante decreto.

Artigo 109 - Ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços e alienações serão contratados mediante processo de licitação que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam as obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta nos termos da lei, a qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Parágrafo único - É vedada à administração pública direta ou indireta, inclusive fundações instituídas ou mantidas pelo Poder Público, a contratação de serviços e obras de empresas que não atendam às normas relativas à saúde e segurança no trabalho.

Artigo 110 - O Município poderá realizar obras e serviços de interesse comum, mediante consórcios com outros municípios.

Parágrafo único - Os consórcios manterão um Conselho Consultivo do qual participarão os municípios integrantes, além de uma autoridade executiva e um Conselho Fiscal composto por munícipes não pertencentes ao serviço público.

Artigo 111 - O Município não poderá paralisar a execução de obras e serviços de caráter intermunicipal já iniciados, salvo por deliberação de dois terços dos membros da Câmara.

Portanto, dentro desse escopo, a técnica legislativa de produção da norma não estabeleceu com a clareza necessária os limites do que seria a **outorga** da titularidade de serviços, por se referir a 'diretamente' a prestação feita por autarquias e entidades paraestatais, enquanto 'indiretamente' o seria por particulares (artigo 106, parágrafo único).

E, dentro desse contexto, 'equivocadamente' designou por 'outorga' a delegação de serviço para permissionário, enquanto para a 'concessão' fez remissão à necessidade de prévia 'autorização'

legislativa (artigo 107, § 1º).

Desse modo, a LOM de Santo André, nos seus artigos 106 e 107 prevê apenas a hipótese de concessão da execução dos serviços para particulares, nesse caso, mediante prévia autorização legislativa (artigo 8º, inciso V), ora em discussão. No entanto, há um vácuo interpretativo teleológico em relação à hipótese da execução destes serviços pelas autarquias e sociedades paraestatais, sem a necessária concessão por meio de lei, e, nesse caso, passando pelo crivo do legislativo.

Retomando: o fundamento constitucional para a concessão de serviços públicos encontra-se no artigo 175 da Constituição Federal, regulamentado nos idos de fevereiro de 1995 pela Lei Federal nº 8.987, a qual, inicialmente, não havia previsto a necessidade de autorização legislativa para a concessão, exigindo-se apenas ato prévio do Poder Executivo, nos termos do seu artigo 5º, assim redigido: "*O poder concedente publicará, previamente ao edital de licitação, ato justificando a conveniência da outorga de concessão ou permissão, caracterizando seu objeto, área e prazo.*"

Se o exame de constitucionalidade da norma em comento fosse feito naquela época, não haveria dúvida da sua incompatibilidade com o regramento federal.

No entanto, alguns meses depois sobreveio a **Lei Federal nº 9.074, de 7 de julho de 1995**, que previu em seu artigo 2º, *caput*, a necessidade de autorização legislativa para a concessão de serviços públicos a todos os entes da Federação: '*É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios executarem obras e serviços públicos por meio de concessão e permissão de serviço público, sem lei que lhes autorize e fixe os termos, dispensada a lei autorizativa nos casos de saneamento básico e limpeza urbana e nos já referidos na Constituição Federal, nas Constituições Estaduais e nas Leis Orgânicas do Distrito Federal e Municípios, observado, em qualquer caso, os termos da Lei nº 8.987, de 1995.*'

Assim, a partir da vigência da Lei Federal nº 9.074/95, passou-se a exigir de todos os entes federados a edição de lei autorizativa para a concessão de serviços públicos. Essa exigência é corroborada pela doutrina, como acentua Celso Antônio Bandeira de Mello:

"A Lei 8.987, de 13.2.95, não menciona a

necessidade de lei autorizadora; nem por isto poder-se-ia prescindir de tal exigência. Cumpre referir, entretanto, que a Lei 9.074, de 7.7.95, em seu art. 1º, fez um arrolamento de serviços passíveis de serem concedidos, e no art. 2º deixou estampadamente claro ser vedado à União, Estados, Distrito Federal e Municípios outorgarem concessão ou permissão sem lei que as autorize e fixe os respectivos termos, ressaltando apenas as autorizações já constantes seja das Constituições ou das respectivas Leis Orgânicas." (in Curso de Direito Administrativo, 25ª ed., São Paulo: Malheiros, 2008, p. 703)

O mestre **Hely Lopes Meireles** comunga do mesmo entendimento (in **Direito Municipal Brasileiro. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 654**):

"Tais atos representam encargos extraordinários e delegações de serviços do Município e, por isso, não podem ser validamente realizados sem a intervenção dos órgãos do governo local, isto é, sem que a Câmara autorize o Prefeito a praticá-los"

e arremata

"Convém relembrar que a Câmara nunca praticará esses atos in concreto, limitando-se a autorizar, ou não, sua prática pelo prefeito. Não é a Câmara que concede autorização a terceiros para a realização de qualquer ato, obra ou serviço no Município; ela somente autoriza o prefeito a praticar o ato administrativo que dependa da concordância da Edilidade. Ao chefe do Executivo é que incumbe, sempre e sempre, praticar concretamente o ato autorizado pela Câmara, dando-lhe a forma administrativa conveniente. A Câmara autoriza; o prefeito executa."

Nos casos das Parcerias-Público-Privadas, por exemplo, em que a Administração arque com mais de 70% do custo de subvenção, há expressa necessidade de prévia autorização legislativa (artigo 10, § 3º, da Lei 11.079/2004).

O problema passa, em princípio, em saber se a palavra 'autorização' contida no inciso V do artigo

8º da LOM em comento, também citada em outros incisos, é interpretada como a 'primeira declaração de vontade', vinda do Poder Legislativo, a ser submetida à 'segunda declaração' (sanção) pelo Poder Executivo, ou se a ideia é de apenas um processo legislativo prévio para que a concessão possa se desenvolver mediante o necessário processo licitatório. Além disso, o simples 'olhar' do emprego 'concessão' em todo artigo 8º permite inferir, em princípio, seu uso indiscriminado para várias espécies de transferência de serviços ou simples execução para outrem.

Aliás, esse é o ponto nodal que ensejou o ajuizamento da presente ADIN pelo Prefeito Municipal, eis que nos termos do artigo 19 da Lei Municipal nº 7.846/97 houve a 'concessão' da operação dos serviços de transporte coletivo à SATRANS, empresa pública municipal (portanto, da administração indireta), pelo período de 30 anos, a qual 'subconcedeu', em parte, à empresa particular Expresso Guarará, que veio a falir, razão pela qual teria que em meados de dezembro/2017 promover nova concessão, o que seria inviabilizado pelo recesso da Câmara Municipal (fls. 11/12). Assim, em verdade, a impugnação não nasceu do convencimento de usurpação ou violação ao princípio de separação dos Poderes, mas da necessidade do Poder Executivo 'contornar' a deliberação do Poder Legislativo para promover, em caráter de urgência, nova concessão de parte dos serviços de transporte municipal, e, neste caso, restituindo integralmente a outorga/delegação feita à empresa pública municipal, e não para particulares.

Assim, no nosso sentir, como a LOM de Santo André foi editada nos idos de **1990**, acabou por dar à palavra 'concessão' conceito muito mais elástico do que aquela que viria a ser definida pela citada Lei 8.987/95, cinco anos após, ou seja, naquele Município 'concessão' é adotada como outorga/delegação quando o deveria ser apenas umas das espécies de delegação, segundo o quadro sinótico acima, estabelecendo a competência exclusiva do Chefe do Poder Executivo, precedido de processo licitatório, a autorização para celebração do contrato concessivo.

Portanto a solução tem que passar, no nosso sentir, em relação ao Município de Santo André, pelas seguintes hipóteses: **a-)** no caso de 'outorga' da titularidade e execução dos serviços para autarquia municipal ou entidade paraestatal, deve haver autorização legislativa prévia, na esteira exemplificativa do inciso

XI do artigo 21 da Constituição Federal; **b-)** no caso de 'delegação' apenas da execução dos serviços, se o delegatário for autarquia municipal ou entidade paraestatal (existente ou a ser criada), deve haver prévia autorização legislativa; se for simples 'concessão' ou 'permissão' para particulares, o ato é privativo do Chefe do Poder Executivo, que tem a competência de administrá-los.

Note-se que a exigência de 'sanção' do Prefeito estabelecida no *caput* do artigo 8º da LOM em comento não é garantia da não 'ingerência' do Poder Legislativo em qualquer caso, porque qualquer alteração no projeto no curso do processo legislativo, por emendas de parlamentares, ainda que objeto de 'veto' pelo Poder Executivo, é passível de superação pelo plenário daquele, ensejando possível e futura controvérsia sobre a extensão desse requisito sancionatório.

Obviamente isso não quer dizer que o preceito é de todo inconstitucional, porque a concorrência de vontades dos Poderes sempre é o alvo maior de uma verdadeira democracia.

Aliás, há preceito idêntico na Lei Orgânica do Município de São Paulo, também vigente desde 1990, no seu artigo 13, inciso VII, de plena eficácia (<https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/uplo/ad/educacao/cme/LOM.pdf>), sendo fato notório de que inúmeros serviços municipais operam sob regime de concessão e há interesse da atual Administração para avançar em seu programa de desestatização.

Importante ressaltar que as competências estabelecidas no artigo 8º da LOM de Santo André são relativas aos processos legislativos submetidos ao seu crivo, e não aquelas matérias 'privativas' elencadas no seu artigo 9º (fls. 22). Se o fosse, não haveria dúvida acerca da sua inconstitucionalidade, na esteira do quanto decidido pelo Supremo Tribunal Federal na ADI 472/BA, relator Ministro Moreira Alves (DJ 20/08/1997), acerca de disposição semelhante na Constituição Estadual da Bahia.

E também não se confunde com a inconstitucionalidade já declarada neste Órgão Especial em relação ao inciso XII do citado artigo 8º da LOM de Santo André, que dizia sobre a 'autorização de convênios com entidades públicas ou particulares e consórcios com outros municípios', no bojo da ADIN 149.484-0/5-00, relator Des. Armando Toledo, julgada aos 27/02/2008, não

obstante existir semelhante disposição, vigente, na Carta Bandeirante (artigo 20, inciso XIX).

De tudo isso, sem reduzir o texto do inciso V do artigo 8º em comento, cabe a interpretação de que o legislador quis estabelecer a necessidade prévia de lei para a concessão dos serviços, mas pecou em não claramente estabelecer em quais hipóteses e da necessidade, sempre, de iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo. Nesse caso, se no próprio corpo da LOM não contiver o regramento sobre a prestação de determinado serviço público, cabe a edição de lei específica para eventual outorga/delegação, no escopo do citado artigo 2º da Lei 9.074/95.

Em remate: a norma impugnada, isoladamente, não vulnera princípios federativos ou de independências de poderes, além de não disciplinar, ainda que genericamente, normas gerais de licitações. Eventual inconstitucionalidade adviria de lei específica para delegação de determinado serviço público, de iniciativa parlamentar, de modo que a interpretação da constitucionalidade da norma impugnada deve ser feita 'conforme' os parâmetros acima elencados, ficando anotada essa observação.

Assim, mesmo a Procuradoria Geral de Justiça pugnano pela adoção do princípio da 'causa petendi aberta', para atrair para a discussão eventual violação ao preceito constitucional sobre a edição de normas gerais sobre contratos e licitações, eis que também supera a pertinência de autorização legislativa prévia circunscrita aos projetos de lei de iniciativa do Poder Executivo para harmonizar à fiscalização do Poder Legislativo, não há como se declarar a total procedência da ação intentada, no nosso sentir, por não se poder retirar do crivo do legislativo a hipótese de concessão dos serviços públicos para entidades da administração indireta ou mesmo se confundir com a hipótese de celebração de convênios e outros, de natureza bilateral e sinalagmática, exclusiva à Administração.

Por exemplo, no caso que motivou o ajuizamento desta ADIN, a renovação da 'outorga' para a Empresa Pública de Transportes Santo André (SATRANS) deve, necessariamente, passar pelo crivo do Poder Legislativo a partir de projeto de iniciativa privativa do Poder Executivo, enquanto que a simples subconcessão da prestação dos serviços daquela para empresas particulares se dá mediante ato administrativo exclusivo

do Poder concedente, sem prévia autorização legislativa.

3 - ANÁLISE FINAL

Estabelecida a fundamentação analítica determinada pelo artigo 489, § 1º, do Novo C.P.C., pelo meu voto: **a-) declaro** a constitucionalidade **parcial** do inciso V do artigo 8º da Lei Orgânica do Município de Santo André em interpretação **conforme** os artigos 29, inciso XI; 30, inciso V; 70; 175, inciso I, da Constituição Federal e os artigos 47, inciso XVIII e 144 da Constituição Estadual, harmonizando-se com o artigo 2º da Lei Federal nº 9.074/95, para estabelecer que a necessidade de autorização legislativa 'prévia' fica restrita aos casos de delegação da execução dos serviços públicos para entidades da administração indireta, ou paraestatais, do Município de Santo André, sempre por projeto de iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo; **b-) declaro**, por arrasto, a inconstitucionalidade parcial da expressão 'enquanto a concessão só será feita com autorização legislativa' contida no § 1º do artigo 107 da referida LOM, para sua conformação ao item 'a'; **c-) atribuo** efeitos 'ex nunc' na forma do artigo 27 da Lei 9.868/99, considerando que a norma é dos idos de 1990 e não foi atualizada após a edição da Lei 8.987/95.

4. Destarte, nos termos acima especificados, **julga-se parcialmente procedente a ação, com observação.**

JACOB VALENTE
Relator