



CÂMARA MUNICIPAL DE SANTO ANDRÉ

Processo nº 6527/2019

Interessado: Comissão de Justiça e Redação

Autoria do Projeto: Vereador Professor Minhoca

Assunto: VETO TOTAL ao Projeto de Lei CM nº 157/2019, que dispõe sobre a concessão para exploração de uso dos lagos dos parques municipais para exploração do serviço de barcos tipo pedalinho, mediante remuneração e processo licitatório e dá outras providências.

À

Comissão de Justiça e Redação

Senhor Presidente,

1. RELATÓRIO

Em análise o veto total de fls., apresentado pelo Prefeito através do PC nº 159.10.2020, referente ao Autógrafo nº 62/2020, em relação ao Projeto de Lei CM nº 157/2019, que dispõe sobre a concessão para exploração de uso dos lagos dos parques municipais para exploração do serviço de barcos tipo pedalinho, mediante remuneração e processo licitatório e dá outras providências.

Conforme consta da justificativa, o presente projeto de lei visa reduzir gastos do Poder Público com a manutenção e a limpeza de lagos existentes nos parques municipais, além de proporcionar benefícios à população, com uma nova opção de lazer.

E ainda, existem parques que possuem lagos que não são utilizados para lazer, sendo que a exploração de pedalinhos irá permitir uma nova dimensão de lazer.

Aduz que, trata-se de **concessão de uso de bem público, precedida de licitação, com contrato administrativo onde se atende ao interesse público e do particular que poderá explorar essa atividade.**

Alega que, é prevista a responsabilidade da concessionária quanto à segurança dos usuários da embarcação, devendo aquela disponibilizar coletes salva-vidas,





CÂMARA MUNICIPAL DE SANTO ANDRÉ

barcos com no máximo três anos de fabricação, equipe de segurança e apólice de seguro vigente durante todo o período de concessão.

Aduz que, a manutenção do lago e seu entorno ficará a cargo da concessionária, o que significa uma economia para a administração pública quanto à limpeza, desassoreamento, poda de vegetação, etc.

Por fim, a presente concessão não se aplica aos Parques Natural do Pedroso e Guaraciaba, o primeiro por existir a captação de água em seus lagos e o segundo pelo risco de morte que impossibilita qualquer atividade esportiva.

Após a regular tramitação do Projeto de Lei CM nº 157/2019, pelo Parlamento Municipal, o mesmo foi aprovado, e seu texto enviado para preparar o Autógrafo e encaminhar ao Chefe do Poder Executivo Municipal, que houve por bem vetá-lo totalmente, nos termos do §1º, do art. 46, da Lei Orgânica do Município, em face da sua inconstitucionalidade.

Em suas argumentações, o Alcaide alega que a Constituição Federal prevê em seu art. 2º que são poderes da União independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Aduz que, isso significa dizer que cada um dos poderes tem seu campo de atuação delimitado por meio da repartição constitucional de competências que lhes são atribuídas em função de alcançar sempre o interesse comum.

E ainda, num sistema de freios e contrapesos, o princípio da separação dos poderes busca limitar as competências para garantir a democracia, impedindo que um poder se sobreponha a outro.

Alega que, o presente autógrafo viola regra constitucional da iniciativa do processo legislativo e representa indevida afronta ao princípio da separação dos poderes e ainda viola o disposto nos incisos III e VI, art. 42, da LOM, que assim estabelecem:





CÂMARA MUNICIPAL DE SANTO ANDRÉ

“Art. 42. É da competência **exclusiva** do Prefeito a iniciativa dos projetos de lei que disponham sobre:

.....

III - organização administrativa do Executivo;

.....

VI - criação, estruturação e atribuições das secretarias e órgãos da Administração.” (negritos do Executivo)

Argumenta que, além da questão de impor vários ônus e obrigações ao Executivo, como podemos observar nos arts. 2º, 5º, 7º, 8º, 9º e 11 do referido Autógrafo, cabe destacar que quanto ao contido no inciso VIII do art. 2º, que dispõe sobre poda e capinação da vegetação, informo que a Administração possui departamento competente para fins de fiscalização das diretrizes para arborização urbana e disciplina a gestão e manejo das áreas verdes e logradouros arborizados no Município de Santo André, conforme Capítulo VIII - Da Supressão, da Poda e da Substituição das Árvores, da Lei nº 8.628, de 01 de junho de 2004.

Ao final resolve vetar totalmente a propositura, em face da inconstitucionalidade e contrariedade ao interesse público, devolvendo a matéria para deliberação da Casa Legislativa.

É breve o relatório.

Passemos à análise.

2. ANÁLISE JURÍDICA

2.1. Da Regularidade do Veto

Quanto à regularidade do veto parcial oposto, o §1º do art. 46 da Lei Orgânica do Município de Santo André, prescreve que:





CÂMARA MUNICIPAL DE SANTO ANDRÉ

“Art. 46. Aprovado o projeto de lei, na forma regimental, será enviado ao Prefeito que, aquiescendo, o sancionará.

*§1º Se o Prefeito considerar e julgar o projeto, no todo ou em parte, **inconstitucional** ou **contrário ao interesse público**, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de quinze dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de quarenta e oito horas, ao Presidente a Câmara, os motivos do veto.”*

Vê-se, assim, que o veto poderá resultar de um juízo de reprovação concernente à compatibilidade entre a lei e a Constituição (entendimento de que há inconstitucionalidade formal ou material da lei) ou de um juízo negativo do conteúdo da lei quanto a sua conveniência aos interesses da coletividade, ou à oportunidade de sua edição (contrariedade ao interesse público), por parte do Prefeito. No primeiro caso (inconstitucionalidade), estaremos diante do chamado veto jurídico; no segundo (contrariedade ao interesse público), do veto político.

O veto constitui ato político do Chefe do Poder Executivo, insuscetível de ser enquadrado no conceito de ato do Poder Público, para o fim de controle judicial. Assim, não se admite o controle judicial das razões do veto, em homenagem ao postulado da separação de Poderes (essa restrição aplica-se tanto ao denominado veto político quanto ao veto jurídico), dessa forma, as formalidades legais foram atendidas, a teor do disposto no §1º do art. 46 da Lei Orgânica do Município de Santo André.

2.2. Da Inconstitucionalidade alegada

Em suas razões de veto, o Alcaide argumenta que a Constituição Federal prevê em seu art. 2º que são poderes da União independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Aduz que, isso significa dizer que cada um dos poderes tem seu campo de atuação delimitado por meio da repartição constitucional de competências que lhes são atribuídas em função de alcançar sempre o interesse comum.





CÂMARA MUNICIPAL DE SANTO ANDRÉ

E ainda, num sistema de freios e contrapesos, o princípio da separação dos poderes busca limitar as competências para garantir a democracia, impedindo que um poder se sobreponha a outro.

Alega que, o presente autógrafo viola regra constitucional da iniciativa do processo legislativo e representa indevida afronta ao princípio da separação dos poderes e ainda viola o disposto nos incisos III e VI, art. 42, da LOM, que assim estabelecem:

*“Art. 42. É da competência **exclusiva** do Prefeito a iniciativa dos projetos de lei que disponham sobre:*

.....

III - organização administrativa do Executivo;

.....

VI - criação, estruturação e atribuições das secretarias e órgãos da Administração.” (negritos do Executivo)

Argumenta que, além da questão de impor vários ônus e obrigações ao Executivo, como podemos observar nos arts. 2º, 5º, 7º, 8º, 9º e 11 do referido Autógrafo, cabe destacar que quanto ao contido no inciso VIII do art. 2º, que dispõe sobre poda e capinação da vegetação, informo que a Administração possui departamento competente para fins de fiscalização das diretrizes para arborização urbana e disciplina a gestão e manejo das áreas verdes e logradouros arborizados no Município de Santo André, conforme Capítulo VIII - Da Supressão, da Poda e da Substituição das Árvores, da Lei nº 8.628, de 01 de junho de 2004.

Entretanto, pelas razões de veto apresentadas, não se consegue vislumbrar qual é a inconstitucionalidade da propositura (não se presume, tem que ser demonstrada), tendo em vista que a argumentação foi realizada de forma genérica (violou o princípio da separação e independência dos poderes), sem indicar de forma objetiva, quais são os dispositivos constitucionais (Constituição Federal e/ou Constituição do Estado de São Paulo), que concretamente foram infringidos.





CÂMARA MUNICIPAL DE SANTO ANDRÉ

O Alcaide precisaria indicar qual é o dispositivo constitucional que atribui ao Chefe do Poder Executivo, a competência legislativa privativa alegada, e como ele foi violado (princípio da motivação – indicação dos fundamentos fáticos e jurídicos que justificam o alegado).

Os únicos dispositivos normativos supostamente violados, que foram mencionados de forma objetiva e concreta, foram os incisos III e VI, do art. 42, da Lei Orgânica do Município de Santo André, entretanto, não é juridicamente possível aferir-se inconstitucionalidade de uma “lei municipal em face da sua Lei Orgânica”¹, a teor da exegese do disposto nos arts. 102, I, “a” e 125, §2º, ambos da Constituição Federal.

2.2.1. Teoria da Inconstitucionalidade

Podemos verificar que os argumentos apresentados não possuem relação com a teoria de inconstitucionalidade de uma lei ou ato normativo.

Nos Estados dotados de Constituições escritas do tipo rígidas, a alteração do texto constitucional exige um procedimento especial, estabelecido pelo próprio constituinte originário, mais difícil do que o exigido para a produção do direito ordinário (subconstitucional).

A primeira consequência - sobremaneira relevante - dessa exigência de formalidades especiais para a reforma da Carta Política é que nos ordenamentos de Constituição rígida vigora o princípio da supremacia formal da Constituição. Vale dizer, nesses sistemas jurídicos que adotam Constituição do tipo rígida, as normas elaboradas pelo poder constituinte originário são colocadas acima de todas as outras manifestações de direito.

Para que se compreenda com clareza essa decorrência da rigidez constitucional é suficiente notar que, nos sistemas jurídicos de Constituição flexível, a inexistência de diferenciação entre os procedimentos de elaboração das leis ordinárias e de modificação das normas constitucionais faz com que toda produção normativa jurídica tenha

¹ A mesma premissa teórica aplica-se em relação a utilização, como parâmetro, de uma norma infraconstitucional, como por exemplo a Lei Complementar nº 101/2000 (LRF), ou outra lei municipal.





CÂMARA MUNICIPAL DE SANTO ANDRÉ

o mesmo status formal, ou seja, as leis novas derrogam ou revogam todas as normas anteriores com elas incompatíveis, mesmo que estas sejam normas constitucionais².

Assim, em um sistema de constituição flexível - o da Inglaterra, por exemplo - descabe cogitar de impugnação de inconstitucionalidade, sendo o parlamento poder legislativo e constituinte ao mesmo tempo. As decisões do parlamento não podem ser de modo algum atacadas perante os tribunais; somente os atos praticados em decorrência de ato do parlamento é que podem ser examinados pelo Judiciário, a fim de se verificar se não excederam os poderes conferidos.

Esse ponto constitui a segunda consequência importante da rigidez constitucional (e mais diretamente do princípio da supremacia da Constituição): somente nos ordenamentos de Constituição escrita e rígida é possível a realização do controle de constitucionalidade das leis e atos normativos da forma como o conhecemos. Unicamente nesses sistemas jurídicos podemos falar, propriamente, em normas infraconstitucionais que, como tais, devem respeitar a Constituição.

Significa dizer que para uma norma ter validade dentro desses sistemas há que ser produzida em concordância com os ditames da Constituição, que representa seu fundamento de validade. A Constituição situa-se no vértice do sistema jurídico do Estado, de modo que as normas de grau inferior somente valerão se forem com ela compatíveis.

Destarte, se a Constituição é do tipo rígida, há distinção hierárquica entre ela e as demais normas do ordenamento jurídico, estando ela em posição de superioridade relativamente a estas (que são, por isso, ditas infraconstitucionais ou subconstitucionais). **A Constituição passa a ser o parâmetro para a elaboração de todos os demais atos normativos estatais, devendo estes respeitar os princípios e regras nela traçados e o próprio processo constitucionalmente previsto para sua elaboração, sob pena de incorrer-se em insanável vício de inconstitucionalidade. Havendo confronto entre norma ordinária e texto constitucional, tanto do ponto de vista formal (respeito ao processo legislativo) quanto do material (compatibilidade com o conteúdo das**

² Constituição flexível é aquela cujos dispositivos podem ser alterados pelos mesmos procedimentos exigidos para a elaboração das leis ordinárias, ou seja, não existe um processo legislativo diferenciado, mais laborioso,





CÂMARA MUNICIPAL DE SANTO ANDRÉ

normas constitucionais), deverá ser declarada a nulidade da norma inferior, em respeito à supremacia da Constituição³.

Ao mesmo tempo, para que se possa falar, efetivamente, em Estado de Direito, é necessário que exista pelo menos um órgão estatal independente do órgão encarregado da produção normativa, ao qual a própria Constituição atribua competência para verificação da conformidade das normas ordinárias com seus princípios e regras. Essa é outra decorrência relevante do princípio da supremacia constitucional: a necessidade de separação de poderes.

Para compreensão dessa assertiva, basta constatar que em um Estado no qual todas as funções (poderes) estejam concentradas nas mãos de um déspota, não existe qualquer possibilidade de que um provimento deste venha a ser declarado ilegítimo, contrário ao direito. Simplesmente, não existirá nenhum órgão com poder para realizar tal verificação.

Destarte, para que se tenha um efetivo sistema de controle de constitucionalidade dos comportamentos, leis e atos, normativos ou concretos, faz-se insofismável a necessidade de que se determine quem é competente para analisar e decidir se houve ou não ofensa à Constituição, como também qual o processo que deve ser utilizado para se anular uma conduta ou ato inconstitucional. É a própria Constituição que estabelece os órgãos encarregados de exercer tais competências e procedimentos especiais, que variam de um regime constitucional para outro e que consubstanciam o que denominamos controle de constitucionalidade.

Dessa forma, podemos afirmar que são 02 (dois) os pressupostos para o controle de constitucionalidade: (a) a existência de uma Constituição do tipo rígida; (b) a previsão constitucional de um mecanismo de fiscalização da validade das leis.

para a modificação do texto constitucional.

³ Conforme esclarece o Ministro do STF, Alexandre de Moraes: "A ideia de intersecção entre controle de constitucionalidade e constituições rígidas é tamanha que o Estado onde inexistir o controle, a Constituição será flexível, por mais que a mesma se denomine rígida, pois o Poder Constituinte ilimitado estará em mãos do legislador ordinário".



Autenticar documento em <http://camarasempapel.cmsandre.sp.gov.br/autenticidade> com o identificador 330033003000300036003A00540052004100, Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001, que institui a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP - Brasil.



CÂMARA MUNICIPAL DE SANTO ANDRÉ

É ainda relevante destacar que ao mesmo tempo em que uma Constituição do tipo rígida é pressuposto da existência do controle de constitucionalidade, não é menos verdade que esse mesmo controle é pressuposto e garantia de uma Constituição rígida. Isso porque, caso não haja órgão com a função de exercer o controle de constitucionalidade, a Constituição ficará sem meios de fazer valer a sua supremacia em face de condutas afrontosas ao seu texto.

Podemos sintetizar essas breves considerações sobre a teoria da inconstitucionalidade e o controle de constitucionalidade da seguinte forma:

- a) a noção contemporânea de controle de constitucionalidade das leis e atos normativos tem como pressuposto a existência de uma Constituição do tipo rígida;**
- b) a rigidez da Constituição tem como consequência imediata o princípio da supremacia formal da Constituição;**
- c) o princípio da supremacia formal da Constituição exige que todas as demais normas do ordenamento jurídico estejam de acordo com o texto constitucional;**
- d) aquelas normas que não estiverem de acordo com a Constituição serão inválidas, inconstitucionais e deverão, por isso, ser retiradas do ordenamento jurídico;**
- e) há necessidade, então, de que a Constituição outorgue competência para que algum órgão (ou órgãos), independente do órgão encarregado da produção normativa, fiscalize se a norma inferior está (ou não) contrariando o seu texto, para o fim de retirá-la do mundo jurídico e restabelecer a harmonia do ordenamento; e**
- f) sempre que o órgão competente realizar esse confronto entre a lei ou ato normativo e a Constituição, estará ele efetivando o denominado "controle de constitucionalidade".**

Como já mencionado, os argumentos apresentados pelo Alcaide não fazem qualquer menção de incompatibilidade entre o texto do projeto de lei, com





CÂMARA MUNICIPAL DE SANTO ANDRÉ

dispositivos da Constituição Federal e/ou Estadual, pois a argumentação está genérica (violação ao princípio da separação e independência entre os poderes), portanto, não podemos, de forma correta e objetiva, saber qual é a suposta inconstitucionalidade.

O Alcaide precisaria indicar qual é o dispositivo constitucional que atribui ao Chefe do Poder Executivo, a competência legislativa privativa alegada, e como ele foi violado (princípio da motivação – indicação dos fundamentos fáticos e jurídicos que justificam o alegado).

Os únicos dispositivos normativos supostamente violados que foram mencionados de forma objetiva e concreta, foram os incisos III e VI, do art. 42, da Lei Orgânica do Município de Santo André, entretanto, não é juridicamente possível aferir-se inconstitucionalidade de uma “lei municipal em face da sua Lei Orgânica”⁴, a teor da exegese do disposto nos arts. 102, I, “a” e 125, §2º, ambos da Constituição Federal, portanto, as razões do veto estão juridicamente equivocadas, pois a infringência a tais dispositivos da Lei Orgânica poderia gerar no máximo uma ilegalidade, e não uma inconstitucionalidade.

A Procuradoria-Geral de Justiça, através da Subprocuradoria-Geral de Justiça Jurídica, do Ministério Público do Estado de São Paulo, nos autos da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2200660-15.2019.8.26.0000, proposta pelo Prefeito do Município de Santo André, em face da Lei Municipal nº 9.985, de 25 de setembro de 2017, que institui a operação Bota-fora no Município de Santo André, para coleta residencial programada de materiais sem utilidade para os munícipes, emitiu o seu parecer com o seguinte entendimento, após a apresentação das Informações pelo Legislativo Andreense:

“(…)

Preliminarmente, registre-se que é vedado o contraste da lei impugnada com a Lei Orgânica Municipal, bem como com norma infraconstitucional, como

⁴ A mesma premissa teórica aplica-se em relação a utilização, como parâmetro, de uma norma infraconstitucional, como por exemplo a Lei Complementar nº 101/2000 (LRF), ou outra lei municipal.





CÂMARA MUNICIPAL DE SANTO ANDRÉ

dispositivos da Lei de Responsabilidade Fiscal, sendo a advertência oportuna porque houve menção à essa compatibilidade na inicial.

Qualquer alegação fundada em norma infraconstitucional não merece cognição, tendo em vista que é “inviável a análise de outra norma municipal para aferição da alegada inconstitucionalidade da lei” (STF, AgR-RE 290.549-RJ, 1ª Turma, Rel. Minº Dias Toffoli, 28-02-2012, m.v., DJe 29-03-2012), e “a pretensão de cotejo entre o ato estatal impugnado e o conteúdo de outra norma infraconstitucional não enseja ação direta de inconstitucionalidade” (STF, AgR-ADI 3.790-PR, Tribunal Pleno, Rel. Minº Menezes Direito, 29-11-2007, v.u., DJe 01-02-2008).

(...).⁵ (g/n)

Se o veto do Chefe do Poder Executivo fosse considerado um mero ato administrativo, **este seria considerado nulo, nos termos do art. 2º, parágrafo único, “b” e “d”, da Lei nº 4717/1965 (Lei da Ação Popular)⁶**, entretanto, como o Supremo Tribunal Federal entende ser o veto um ato jurídico/político, a análise quanto a sua legitimidade é de competência dos membros do Parlamento, mantendo ou rejeitando, não sendo possível controle jurisdicional.

2.2.2. Delineamento do regime jurídico dos bens públicos

Conforme a justificativa que acompanha a propositura, trata-se o presente de **concessão de uso de bem público, precedida de licitação, com contrato administrativo onde se atende ao interesse público e do particular que poderá explorar essa atividade.**

Primeiramente cabe analisar a quem cabe deflagrar o processo legislativo. Trata-se de matéria disciplinada de maneira clara na Lei Orgânica do Município de Santo André, no seu art. 96, senão vejamos:

⁵ Ministério Público do Estado de São Paulo, Parecer na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2200660-15.2019.8.26.0000, da lavra do Subprocurador-geral de Justiça Jurídico, Drº Wallace Paiva Martins Júnior, em 08/11/2019.

⁶ Art. 2º, parágrafo único: *b) o vício de forma consiste na omissão ou na observância incompleta ou irregular de formalidades indispensáveis à existência ou seriedade do ato; d) a inexistência dos motivos se verifica quando a*





CÂMARA MUNICIPAL DE SANTO ANDRÉ

“Art. 96. Cabe ao Prefeito a administração dos bens municipais, respeitando a competência da Câmara quanto àqueles utilizados em seus serviços”.

Segundo a Lei Orgânica do Município, a competência para deflagrar o processo legislativo é concorrente, a depender da natureza e finalidade do bem público municipal.

Dessa forma, superada a questão da iniciativa legislativa, cabe explicitar que o Código Civil Brasileiro conceitua os bens públicos como sendo aqueles pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno, fazendo ainda uma divisão tripartite, classificando-os em 03 (três) diferentes espécies.

Vejamos:

“Art. 98. São públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem.

Art. 99. São bens públicos:

I – Bens de uso comum do povo: mares, rios, estradas, ruas, praças;

II – Bens de uso especial: edifícios ou terrenos aplicados a serviço ou estabelecimento Federal, Estadual ou Municipal, inclusive de suas autarquias (ex. hospitais e escolas);

III – Bens dominiais: que constituem o patrimônio das pessoas jurídicas de direito público, como objeto de direito pessoal, ou real, de cada dessas entidades”.

No caso dos bens de uso comum do povo, observe-se que o Código Civil não conceituou o que seriam tais bens, mas apenas exemplificou alguns locais que se enquadram em tal classificação. De forma prática, podemos dizer que esses bens servem para o uso geral das pessoas, não possuindo uma finalidade específica em sua utilização.

matéria de fato ou de direito, em que se fundamenta o ato, é materialmente inexistente ou juridicamente inadequada ao resultado obtido;”



Autenticar documento em <http://camarasempapel.cmsandre.sp.gov.br/autenticidade> com o identificador 330033003000300036003A00540052004100, Documento assinado digitalmente conforme MP nº 2.200-2/2001, que institui a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP - Brasil.



CÂMARA MUNICIPAL DE SANTO ANDRÉ

Ponto interessante é o fato de o uso poder ser gratuito ou oneroso, pois, ainda que se pague uma taxa, não haverá a descaracterização do bem, ou seja, ele continuará sendo considerado de uso comum do povo.

No tocante aos bens de uso especial, esse tipo de bem possui uma finalidade específica. Por exemplo, uma escola pública estadual é um bem público (pertencente ao Estado) usado especialmente para a educação. Pode existir, nessa categoria, o enquadramento tanto de bens imóveis (ex.: prédios da prefeitura, de um hospital público e do Tribunal de Justiça) quanto de bens móveis (ex.: carros da polícia). Por fim, cabe observar que nem sempre a Administração será a usuária direta dos bens. Cite-se o caso das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios, que, segundo a jurisprudência, são enquadradas como bens de uso especial em virtude da necessidade de preservação da área. Nesse caso, temos os chamados bens de uso especial indireto.

De forma simples, podemos classificar os bens dominicais como aqueles pertencentes às pessoas jurídicas de direito público que, entretanto, não estão sendo usados para nenhuma finalidade, seja genérica ou específica.

Podemos concluir que o critério desta classificação é o da destinação ou afetação dos bens. Todo bem público possui sua destinação de acordo com o seu uso e utilização. De bom alvitre trazer à tela os dizeres do administrativista José Cretella Júnior, que assim conceitua os institutos da afetação e desafetação:

“é o instituto de direito administrativo mediante o qual o Estado, de maneira solene, declara que o bem é parte integrante do domínio público. É a destinação da coisa ao uso público. A operação inversa recebe o nome de desafetação, fato ou manifestação do poder público mediante o qual o bem público é subtraído à dominialidade estatal para incorporar-se ao domínio privado do Estado ou do particular⁷.”

Tem-se assim, que afetação é a atribuição a um bem público, de uma destinação específica, podendo ocorrer de modo explícito ou implícito. Entre os meios de afetação explícita estão a lei, o ato administrativo e o registro de projeto de loteamento. Implícitamente a afetação se dá quando o poder público passa a utilizar um bem para certa

⁷ CRETELLA JR, José. **Curso de Direito Administrativo**. 7ª ed., Rio de Janeiro, 1983, pg.





CÂMARA MUNICIPAL DE SANTO ANDRÉ

finalidade sem manifestação formal, pois é uma conduta que mostra o uso do bem, exemplo: uma casa doada onde foi instalada uma biblioteca infantil.

De modo contrário, a desafetação é a mudança de destinação do bem.

Geralmente, a desafetação visa a incluir bens de uso comum do povo ou bens de uso especial na categoria de bens dominicais para possibilitar a alienação. A desafetação também pode advir de maneira explícita, como no caso de autorização legislativa para venda de bem de uso especial, na qual está contida a desafetação para bem dominical, ou decorre de conduta da Administração, como na hipótese de operação urbanística que torne inviável o uso de uma rua próxima como via de circulação.

O Estado tem o poder-dever de gerir os bens integrantes do seu patrimônio, sendo responsável por administrá-los e definir sua utilização conforme sua natureza e destinação. Trata-se de poder-dever conferido à Administração Pública, porque o ente público tem o poder de gerir sua utilização, mas tem o dever de guarda, cuidado e conservação dos seus bens, sob pena de se responsabilizar pela deterioração indevida e má utilização.

Em determinadas situações, os bens são utilizados pelo próprio Estado, por meio de seus agentes, mormente, quando se trata da utilização de bens de uso especial. Todavia, os bens públicos também podem ser destinados à utilização dos particulares em geral, situações nas quais, a gestão pelo poder público se torna mais difícil. Considerando-se a natureza dos bens públicos, a utilização pode ser normal ou comum, mas também pode ser anormal ou especial.

A utilização normal do bem público ocorre todas as vezes que o bem atende à sua finalidade originária, sendo usufruído por toda a coletividade, sem distinção entre os usuários. Pode-se citar como exemplo, a utilização de vias públicas para a circulação de automóveis, a utilização das praias para passeio.

Ocorre que, em determinadas situações, o particular pretende dar destinação diversa a esses bens. Suponha então que, ao invés de passear na praia, um casal pretende realizar sua festa de casamento na praia, ou um grupo pretende fechar a via pública para





CÂMARA MUNICIPAL DE SANTO ANDRÉ

uma festa de confraternização dos vizinhos. Nesses casos, está-se diante de utilização anormal ou especial.

A utilização normal dos bens públicos não depende de manifestação do ente estatal, já que esses bens são de uso livre da população em geral.

A utilização especial se divide em: **utilização especial remunerada e utilização especial privativa:**

a) utilização especial remunerada ocorre quando o ente público exige o pagamento de determinado valor para a utilização do bem pela sociedade, como, por exemplo, a entrada para assistir a um espetáculo em um teatro público, ou o pedágio cobrado para transitar em uma estrada, ou ainda o pagamento de um ticket para visitação de praça. Para determinados doutrinadores, trata-se de utilização comum, afinal, o bem está sendo utilizado em sua destinação originária.

b) utilização especial privativa ocorre quando o particular precisa fazer uso do bem sem a interferência de outras pessoas. É o caso de uma festa de casamento realizada em uma praia, na qual as pessoas não convidadas estão impedidas de utilizar o bem, durante todo o tempo de utilização especial. Nessas situações, a utilização anormal (chamada de "utilização especial") desses bens fica dependendo da manifestação do Estado que, discricionariamente, deve analisar se a utilização diferenciada de um indivíduo não vai obstar a utilização normal deste bem pelo restante da coletividade.

Com efeito, considerando que o bem deixa de estar à disposição da coletividade, dando ao particular a possibilidade de utilização não compartilhada, **a utilização especial depende de instrumento jurídico específico e válido que manifeste consentimento do poder público.** Como regra geral, esse consentimento é manifestado por meio de institutos precários que admitem a retomada do bem pelo Estado, no entanto, em determinadas situações, o consentimento pode-se manifestar por meio de contrato administrativo, com prazo de duração determinado e garantias ao particular.





CÂMARA MUNICIPAL DE SANTO ANDRÉ

A Lei Orgânica do Município de Santo André, sobre a matéria assim disciplina:

“Art. 103. O uso de bens municipais por terceiros poderá ser feito mediante concessão, permissão ou autorização, a título precário e por tempo determinado, conforme o caso e o interesse público exigir:

§1º A concessão administrativa dos bens públicos de uso especial e dominicais dependerá de lei e concorrência, e se fará mediante contrato, sob pena de nulidade do ato. A concorrência poderá ser dispensada, mediante lei, quando o uso se destinar a concessionária de serviço público, a entidade assistencial, ou quando houver interesse público relevante, devidamente justificado.

§2º A concessão administrativa de bens públicos de uso comum do povo poderá ser outorgada para finalidades escolares, turísticas ou de assistência social, mediante autorização legislativa.

§3º A permissão, que poderá incidir sobre qualquer bem público, será feita a título precário, por decreto.

§4º A autorização, que poderá incidir sobre qualquer bem público, será feita por portaria, para atividades ou usos específicos e transitórios, pelo prazo máximo de noventa dias, salvo quando para o fim de formar canteiro de obra pública, caso em que o prazo corresponderá ao da duração da obra.” (g/n)

A Concessão de uso trata-se de contrato administrativo que permite o uso de bem público de forma anormal ou privativa, usado para situações mais perenes, permanentes e que dependem de maior investimento financeiro do particular. Não é precária - por ter natureza contratual - tem prazo determinado e requer procedimento licitatório prévio, salvo as hipóteses de dispensa e inexigibilidade. Por exemplo, a utilização de box em um determinado mercado municipal ou de restaurante em uma universidade pública.

Conforme exposto, a concessão de uso é contrato administrativo e, como tal, segue as normas estipuladas na lei 8666/93, com a possibilidade de inserção de cláusulas exorbitantes, cobrança de garantias, entre outras regras. Como todo contrato administrativo, ela pode ser rescindida antes do termo final, por motivo de interesse público, ensejando,





CÂMARA MUNICIPAL DE SANTO ANDRÉ

nesses casos, direito à indenização ao particular contratado. Mais uma vez, pode ser realizada a título gratuito ou oneroso, e requer autorização legislativa.

A Permissão de uso é ato discricionário e precário, dependente de licitação prévia, por meio da qual o Estado permite a utilização anormal ou privativa de um bem público pelo particular, concedida eminentemente no interesse público. Os exemplos a serem citados passam por Stands em feiras de artesanatos ou bancas de revistas em calçadas, em que estão presentes os interesses de difusão de cultura ou direito à informação.

Não obstante sua natureza jurídica de ato administrativo, sempre que possível, a permissão de uso deve ser precedida de procedimento licitatório e, se o ato previr termo final, perde o caráter de precariedade, porque o prazo enseja garantia de duração ao particular. Dessa forma, caso seja extinta antes do prazo apostado, no próprio ato, enseja indenização ao particular. É o que se denomina permissão condicionada.

A Autorização de uso é ato discricionário e precário, independente de licitação prévia, por meio da qual o Estado permite a utilização anormal ou privativa de um bem público pelo particular, concedida eminentemente no interesse deste, desde que, por óbvio, não cause prejuízos ao interesse da coletividade. Podem ser citados, como exemplos, o fechamento de uma rua para eventos festivos ou a utilização da praia para realização de casamento ou festa privada.

A característica da discricionariedade decorre do fato de que este ato é realizado pelo ente público, no exercício do poder discricionário, com margem de escolha, dentro dos limites da lei, por meio de critérios de oportunidade e conveniência administrativas. Ou seja, compete ao agente público, no caso concreto, analisar se a utilização anormal ora admitida não causará transtornos ao resto da coletividade.

A característica da precariedade enseja a possibilidade de extinção de tal ato, por motivo de interesse público, sem a necessidade de indenização ao particular beneficiado. O ato de autorização não depende de procedimento licitatório prévio e pode ser feito a título gratuito ou oneroso.





CÂMARA MUNICIPAL DE SANTO ANDRÉ

Além das formas acima descritas, é possível a utilização de bens públicos por meio de instrumentos privados de uso como a enfiteuse e a locação civil, o comodato, etc. Esses instrumentos são matéria de estudo do direito civil. Para a doutrina majoritária, essa utilização de bens, nos moldes do direito privado será admitida somente para bens dominicais.

No caso do Projeto de Lei CM nº 157/2019, o que se pretende é **autorizar a concessão de uso de bem público, precedida de licitação, com contrato administrativo onde se atende ao interesse público e do particular que poderá explorar o uso dos lagos dos parques municipais, do serviço de barcos tipo pedalinho, mediante remuneração**, conforme se depreende do art. 1º da propositura.

Como dispõe o art. 103, §2º, da Lei Orgânica Municipal, a autorização legislativa prévia funciona como condição de validade das decisões tomadas pelo poder Executivo, no caso, a concessão de uso do bem público, de tal maneira que a falta de deliberação formal do Legislativo torna inconstitucional os atos editados pelo Executivo. Isso equivale a dizer que a decisão administrativa só poderá ser tomada se for precedida da manifestação favorável do Legislativo.

Portanto, nesta hipótese, a primeira observação a fazer é que a autorização legislativa prévia se encartam na função fiscalizadora que a Câmara Municipal exerce sobre alguns atos do Poder Executivo, oportunidade em que os Edis verificam a conveniência, a oportunidade e a utilidade das medidas a serem tomadas pelo Prefeito no exercício de suas atividades, bem como sua repercussão no interesse da coletividade.

Dessa forma, a propositura **não se trata das denominadas “leis autorizativas”**, que, em regra, carecem de valor normativo em sentido substancial, enquanto limitam a dar vida a uma relação entre o legislador e outro órgão da Administração Pública ou a uma entidade pública, **para permitir o desenvolvimento de uma atividade ou prática de ato de gestão extraordinária**, ou seja, ato de competência do órgão ou entidade autorizada.





CÂMARA MUNICIPAL DE SANTO ANDRÉ

2.2.3. Da infringência ao art. 42, III e VI, da Lei Orgânica do Município de Santo André – Vício de Iniciativa

Alega o Alcaide a ocorrência de vício de iniciativa por infringência ao art. 42, III e VI, da Lei Orgânica do Município de Santo André, que possui a seguinte redação:

*“Art. 42. É de competência **exclusiva** do Prefeito a iniciativa dos projetos de lei que disponham sobre:*

(...)

III – organização do Poder Executivo;

(...)

VI – criação, estruturação e atribuições das secretarias e órgãos da Administração.” (grifos do Executivo)

A Constituição da República de 1988, assim como as Cartas Políticas anteriores, abraçou a consagrada teoria de Montesquieu, na clássica obra O espírito das Leis, sobre a separação dos Poderes, conforme preconiza o seu art. 2º.

O Barão de Montesquieu propôs a criação de órgãos distintos e independentes uns dos outros para o exercício de certas e determinadas atividades.

Foi observando a sociedade que o autor verificou a existência de 03 (três) funções básicas: uma, produtora do ato geral; outra, produtora do ato especial e uma terceira solucionadora de controvérsias. As duas últimas aplicavam o disposto no ato geral. Seus objetivos, porém, eram diversos: uma, visando a executar, administrar, a dar o disposto no ato geral para desenvolver a atividade estatal; outra, também aplicando ato geral, mas com vistas a solucionar controvérsias entre os súditos e o Estado ou entre os próprios súditos.

Por essas razões é que a doutrina constrói a concepção da criação de órgãos independentes, uns dos outros, para o exercício daquelas funções. E, ainda, esses órgãos,





CÂMARA MUNICIPAL DE SANTO ANDRÉ

bem como os seus integrantes, submetiam-se ao disposto no ato geral que, por sua vez, haveria de ser fruto da “vontade geral”.

O mérito da doutrina de Montesquieu está na proposta de um sistema em que cada órgão desempenhasse função distinta e, ao mesmo tempo, que a atividade de cada qual caracterizasse forma de contenção da atividade de outro órgão do poder. É o sistema de independência entre os órgãos do poder e inter-relacionamento de suas atividades. É a fórmula dos “*freios e contrapesos*” a que alude a doutrina americana.

Tem-se, portanto, que o ordenamento constitucional pátrio pauta-se, expressamente, na importância capital de se observar e preservar os limites de competência entre os órgãos do Estado, permanecendo, desse modo, assegurado o respeito, dentro dos postulados constitucionalmente assentados, ao princípio da independência e harmonia dos Poderes. Conseqüência disso é que cada Poder instituído possui um rol de competências próprias quanto ao exercício de suas funções.

No âmbito municipal, ainda que não figurando o Poder Judiciário em sua composição, é de se assentir que, de igual modo, a independência e harmonia entre os Poderes concretiza-se mediante o entrelaçamento dos Poderes Executivo e Legislativo, quer participando o Executivo da feitura de leis através de atos próprios, quer fiscalizando a Câmara os atos daquele.

A Constituição da República estabelece expressamente as matérias cuja competência privativa é atribuída ao Chefe do Poder Executivo, sendo as demais, em regra, integrantes da iniciativa concorrente quanto à competência (Poderes Executivo e Legislativo). É o que está expresso no art. 61, § 1º, II, “a”, “c” e “e”, da Carta Política.

Portanto, caberá privativamente ao Poder Executivo propor projetos de leis que versem sobre, **criação ou extinção e atribuições aos órgãos ou entidades da Administração Pública; criação de cargos, funções e empregos públicos, fixação e aumento de sua remuneração e o regime jurídico dos servidores e organização administrativa.**





CÂMARA MUNICIPAL DE SANTO ANDRÉ

Cabe ressaltar, que a regra de iniciativa reservada foi acolhida pela Lei Orgânica do Município de Santo André, em seu art. 42, II, III e VI, em decorrência da aplicação do princípio da simetria constitucional.

O princípio da simetria constitucional é o princípio federativo que exige uma relação simétrica entre os institutos jurídicos da Constituição Federal, das Constituições Estaduais e das Leis Orgânicas Municipais.

Sahid Maluf⁸, em sua obra Teoria Geral do Estado, afirma:

*"Tornou-se a federação brasileira, cada vez mais, uma federação orgânica, de poderes sobrepostos, na qual **os Estados-membros devem organizar-se à imagem e semelhança da União; suas constituições particulares devem espelhar a Constituição Federal, inclusive nos seus detalhes de ordem secundária, e suas leis acabaram subordinadas, praticamente, ao princípio da hierarquia.**" (g/n)*

Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior⁹, ensinam:

*"O princípio da simetria, segundo consolidada formulação jurisprudencial, determina que **os princípios magnos e os padrões estruturantes do Estado, segundo a disciplina da Constituição Federal, sejam tanto quanto possível objeto de reprodução nos textos das constituições estaduais.**" (g/n)*

Esse princípio, de relevante importância em nossa federação, estabelece que o ente da federação deve organizar-se de forma harmônica e compatível ao texto constitucional, reproduzindo, se necessário, os princípios e diretrizes trazidas na Lei Maior, em razão de sua supremacia e superioridade hierárquica.

⁸ MALUF, Sahid. **Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 1999. pg. 170.

⁹ ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **Curso de direito constitucional**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002. pg. 215.





CÂMARA MUNICIPAL DE SANTO ANDRÉ

O princípio da simetria é um norteador dos entes federados na elaboração de suas Cartas ou Leis Orgânicas, deste modo, as mesmas limitações impostas à União devem ser estabelecidas aos Estados e Municípios.

No caso dos Municípios, esse princípio é trazido no art. 29 da Constituição Federal, que reza, *in verbis*, o seguinte:

*“Art. 29. O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, **atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes preceitos:**”*
(g/n)

A Constituição, ao conceder a autonomia político-administrativa aos Municípios, limitou esse poder à obediência das diretrizes constitucionalmente estabelecidas, evidenciando a necessidade de se obedecer ao princípio da simetria na elaboração das Leis Orgânicas Municipais.

A Lei Orgânica Municipal deve, portanto, ser construída à imagem e semelhança da Carta Política, não devendo, em hipótese alguma, se distanciar das diretrizes nela estabelecidas, sob pena de tornar-se flagrantemente inconstitucional.

A natureza jurídica da Norma Fundamental da República traduz a noção de aplicabilidade para todas as entidades federadas. Seu caráter estrutural é estabelecido para a Federação e, conseqüentemente, para todos os entes federados, União, Estados-membros, Distrito Federal e Municípios.

Note-se, também, que a necessidade imperiosa de observância ao método de elaboração normativa é característica formal da estruturação do Direito como complexo de regras de conduta.





CÂMARA MUNICIPAL DE SANTO ANDRÉ

E a reserva de iniciativa foi um dos caminhos encontrados para fortalecer o preceito constitucional da harmonia entre os Poderes que, não obstante independentes, devem caminhar paralelamente e voltados para o fim precípua do Estado: o bem comum.

Importante frisar que a iniciativa privativa possui uma dupla faceta em face do sistema constitucional de separação de poderes, ao mesmo tempo em que é garantia de um Poder contra ingerência de outro é uma excepcionalidade no sistema. Interpretar seu modo de aplicação é, portanto, conciliar sua dupla natureza.

Ao mesmo tempo em que o intérprete tem que perceber a importância da mesma para a manutenção da estabilidade constitucional, deve perceber que o aumento desmedido no que considera de “iniciativa privativa” gera um desequilíbrio no sistema correndo o risco de transformar o que é excepcional em uma regra.

É inquestionável, portanto, que a matéria objeto da proposta legislativa em apreço é de iniciativa *legiferante* privativa do Alcaide Municipal, por tratar-se de normas-disposições que disciplinam sobre **organização administrativa (gestão de bens públicos municipais), nos termos do art. 96, da Lei Orgânica do Município de Santo André.**

Segundo Hely Lopes Meirelles:

“O administrador do Município – o prefeito – tem, portanto, o poder de utilização e o dever de conservação dos bens municipais. Daí por que, para utilizá-los e conservá-los segundo sua normal destinação, não precisa de autorização especial da Câmara, mas para mudar a destinação, alienação ou destruí-los dependerá de lei autorizativa.

(...)

Cabe ao prefeito a administração dos bens municipais, respeitada a competência do presidente da Câmara quanto aos utilizados nos serviços da Edilidade; mas, mesmo no que toca a estes bens, somente os atos de uso e conservação é que competem ao presidente, visto que os de alienação e aquisição devem ser realizados pelo Executivo, como representante do Município.”¹⁰

¹⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Municipal Brasileiro**. 17ª ed., São Paulo: Malheiros, 2013, pg. 317/318.





CÂMARA MUNICIPAL DE SANTO ANDRÉ

Não restam dúvidas de que, sob esse aspecto, a matéria contida na proposta legislativa é inconstitucional e ilegal, por vício de iniciativa.

3. CONCLUSÃO

Diante do exposto, com fundamento nos argumentos de autoridade acima colocados, entendemos que o Projeto de Lei CM nº 157/2019, é **inconstitucional e ilegal**.

Entretanto, a deliberação quanto à rejeição ou manutenção do veto total oposto ao projeto de lei é exclusiva dos nobres Parlamentares.

Quanto ao processo legislativo e ao *quórum* atinentes à matéria, prevê o § 4º do art. 46 da Lei Orgânica Municipal que **“o veto será apreciado em sessão única, dentro de trinta dias a contar de seu recebimento, só podendo ser rejeitado pelo voto da maioria absoluta dos Vereadores”**.

É o nosso parecer de natureza meramente opinativa e informativa, que submetemos a superior apreciação dessa Douta Comissão de Justiça e Redação, sem embargo de opiniões em contrário, que sempre respeitamos.

Santo André, 23 de novembro de 2020.

Ivan Antonio Barbosa
Diretor de Apoio Legislativo
OAB/SP 163.443

