



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

Registro: 2021.0000649072

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Direta de Inconstitucionalidade nº 2204527-79.2020.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são réus PREFEITO DO MUNICÍPIO DE CUBATÃO e PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE CUBATÃO.

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

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PINHEIRO FRANCO (Presidente), FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, FERRAZ DE ARRUDA, ADEMIR BENEDITO, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI, CRISTINA ZUCCHI, JACOB VALENTE, JAMES SIANO, CLAUDIO GODOY, SOARES LEVADA, MOREIRA VIEGAS, COSTABILE E SOLIMENE, CAMPOS MELLO, FÁBIO GOUVÊA, ELCIO TRUJILLO, LUIS SOARES DE MELLO, RICARDO ANAFE, XAVIER DE AQUINO, DAMIÃO COGAN, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES E EVARISTO DOS SANTOS.

São Paulo, 11 de agosto de 2021

JOÃO CARLOS SALETTI

RELATOR

Assinatura Eletrônica



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2204527-79.2020.8.26.0000

REQUERENTE - PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.
 REQUERIDOS - PREFEITO DO MUNICÍPIO DE CUBATÃO e PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE CUBATÃO.

V O T O n.º 33.200

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei n.º 4.080, de 28 de maio de 2020, do Município de Cubatão, que “dispõe sobre o funcionamento do 'Shopping da Comunidade', Praça Antunes de Farias, e dá outras providências” – Lei impugnada, de autoria parlamentar, que autoriza o Poder Executivo “a permitir o uso do espaço público, aos comerciantes instalados nos boxes”, situados no “Shopping da Comunidade”, e a “emitir Alvará de Funcionamento”; impõe fiscalização do Executivo a esses comerciantes; cria a “taxa de licença e autorização para o exercício da atividade”; cria regras quanto à manutenção, preservação, perda e transferência de titularidade do espaço e regras quanto à desistência ou renúncia da permissão de uso, e assim também penalidades, e estabelece que os horários de funcionamento serão definidos em conjunto com os comerciantes e a Secretaria Municipal de Finanças – Lei determinante de atuação administrativa a ser implementada, posta em prática e cumprida pelo Poder Executivo e pelas suas Secretarias, além de estabelecer regras para os comerciantes permissionários instalados nos boxes do “Shopping da Comunidade” – Diploma que incidiu em usurpação da iniciativa legislativa do Executivo e exorbitou dos poderes que lhe foram atribuídos pelo legislador constitucional – Violação dos princípios da separação dos poderes e da reserva de administração (arts. 4.º; 24, § 2.º, 2; 47, II, XIV e XIX, a, da Constituição do Estado, aplicáveis aos Municípios por força do art. 144 da mesma Carta) – Precedentes – Inconstitucionalidade declarada.

MODULAÇÃO DE EFEITOS da declaração – Necessidade, tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, e para evitar solução de continuidade ou prejuízo de serviços essenciais – Efeitos da declaração a produzir-se ao cabo de cento e vinte (120) dias contados da data do julgamento, nos termos do voto.

Ação julgada procedente, com modulação.

O libelo inaugural veicula pedido de declaração de inconstitucionalidade em face da Lei n.º 4.080, de 28 de maio de 2020, do Município de Cubatão.

Afirma o proponente, consoante a síntese lançada na ementa da petição



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

inicial:

“CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI Nº 4.080, DE 28 DE MAIO DE 2020, DO MUNICÍPIO DE CUBATÃO. LEI DE INICIATIVA PARLAMENTAR. AUTORIZAÇÃO AO PODER EXECUTIVO PARA OUTORGA DE PERMISSÃO DE USO DE BENS PÚBLICOS E FIXAÇÃO DE REGRAS E CONDIÇÕES. INVASÃO DA RESERVA DA ADMINISTRAÇÃO. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES.

1. Encontra-se na reserva da administração e na iniciativa legislativa reservada do Chefe do Poder Executivo a gestão do patrimônio público e a disciplina do uso de bens públicos.

2. Violação dos arts. 5º e 47, II e XIV, CE/89, aplicáveis aos Municípios por força do seu art. 144”.

O Presidente da Câmara Municipal prestou informações (fls. 117/122), sustentando: **a)** nas justificativas apresentadas pelo autor da propositura, consta que o projeto de lei visa “(...) assegurar a regularização dos camelódromos do 'Shopping da Comunidade', que se encontram atualmente em situação irregular, em virtude da omissão do Poder Executivo acerca do tema”; e que há mais de vinte anos foram instalados 102 boxes em área pública pertencente ao município, cujos comerciantes atuavam sem alvará de funcionamento; **b)** a vontade pública, portanto, clamava por uma solução, o que forçou o parlamento a tomar uma providência (art. 1º, parágrafo único, CF); **c)** a lei impugnada não invadiu a esfera de atuação reservada ao Chefe do Executivo, pois a própria LOM (art. 18, IX) determina competir à Câmara Municipal, com a sanção do Prefeito, autorizar ou permitir o uso de bens imóveis municipais por terceiros, o que afasta a alegação de ofensa ao art. 47, II, XIV e XIX, “a”, da CE; **d)** ademais, a lei não criou cargos, empregos ou funções públicas, não dispôs sobre servidores públicos, nem sobre seu regime jurídico e não criou órgãos nem secretarias municipais, não havendo violação do § 2º do art. 24 da CE, que dispõe sobre as matérias de iniciativa exclusiva do Chefe do Executivo; **e)** por essas razões, não houve ofensa aos arts. 5º; 24, § 2º; 47, II, XIV e XIX, “a”, CE; **f)** em caráter subsidiário, se declarada a inconstitucionalidade, por razões de segurança jurídica e de excepcional interesse social, faz-se necessária a modulação (art. 27 Lei 9.868/1999), pois devem ser levados em consideração os investimentos financeiros feitos pelas pessoas de boa-fé, atingidas por eventual declaração de inconstitucionalidade. Requer seja a ação julgada improcedente. Subsidiariamente, requer a modulação dos efeitos de eventual declaração de inconstitucionalidade, para que a decisão surta seus efeitos somente após o decurso do prazo de 12 meses contados a partir do trânsito em julgado.

O Prefeito do Município prestou informações (fls. 129/131). Aduz: **a)** o projeto de lei que deu origem à norma impugnada é de autoria parlamentar, não foi sancionado pelo Executivo, mas não houve o veto da matéria; **b)** o Ministério Público de Cubatão acompanha um inquérito civil que discute a necessidade de regularização dos boxes comerciais existentes no imóvel público denominado popularmente como “shopping da comunidade”; **c)** isso porque alguns permissionários participaram de um sorteio realizado há muitos anos para a permissão de uso dos boxes e outros adquiriram de terceiros; **d)** assim, o Poder Executivo estudava meios para regularizar a situação dos referidos boxes comerciais, considerando o interesse social e também a necessidade da



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

adoção de critérios impessoais para a sua ocupação; e) também estudava a regularização das demais obrigações fiscais perante o Município, entre as quais a definição de critérios para expedição de alvará de licença para funcionamento e localização, expedição de taxas, permissão de uso, etc.; f) a lei impugnada é autorizativa, disciplinando os critérios para a ocupação dos referidos boxes comerciais e estabelecendo a forma de tributação e cobrança pela utilização do espaço público; g) ocorre que, diante dos argumentos trazidos pela PGJ, entende que eventual declaração de inconstitucionalidade da norma municipal em questão poderá ocasionar a necessidade de imediata interrupção das atividades comerciais existentes no local, o que certamente ocasionará problemas de ordem social em decorrência da perda de renda de muitas famílias que exploram os boxes há muitos anos; h) caso a demanda seja julgada procedente, necessária a modulação dos efeitos do julgamento pelo prazo de, pelo menos, 120 dias, a fim de que o Executivo tenha tempo hábil para elaborar e encaminhar novo projeto de lei ao Legislativo; caso contrário, o imediato fechamento do “shopping da comunidade” ocasionará a perda de muitos empregos e de renda, situação que se agrava em razão do atual momento onde a economia se recupera lentamente dos efeitos da pandemia do Covid-19. Requer “seja deferido o ingresso do Município nos autos, na qualidade de terceiro interessado”.

Certificou-se o decurso do prazo para manifestação da douta Procuradoria Geral do Estado (fls. 136).

A douta Procuradoria Geral de Justiça manifestou-se pela procedência do pedido (fls. 139/143).

É o relatório.

1. Indefiro a pretendida intervenção do Município de Cubatão, pretendida pelo Prefeito Municipal, eis que não admitida na ação direta de constitucionalidade, como expressa o artigo 7º da Lei 9.868/99. Assim o afirmou o C. Supremo Tribunal Federal, v.g. no julgamento da ADI 0000295-26.2015.1.00.0000, j. 27.04.2021.

2. A Lei nº 4.080, de 28 de maio de 2020, do Município de Cubatão, que “dispõe sobre o funcionamento do ‘Shopping da Comunidade’, Praça Antunes de Farias, e dá outras providências”, estabelecendo (fls. 12/13)

“**Art. 1º.** Fica o Poder Executivo Municipal autorizado a permitir o uso do espaço público, aos comerciantes instalados nos boxes registrados no Processo Administrativo nº 8.108/1999 da Prefeitura Municipal de Cubatão, situados à Avenida Nove de Abril, nº 2.318, Centro, Cubatão/SP, conhecido como “Shopping da Comunidade”.

“**Parágrafo Único** – O uso dos imóveis descritos no *caput* será permitido aos comerciantes cadastrados no ano de 2018, perante a Secretaria Municipal de Finanças – SEFIN.

“**Art. 2º.** Fica o Poder Executivo Municipal autorizado a emitir



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

Alvará de Funcionamento, nos termos da legislação vigente, para os comerciantes mencionados no artigo anterior.

“Parágrafo Único – Ficam os comerciantes sujeitos à fiscalização do Poder Executivo Municipal, quanto o uso objetivado por esta Lei.

“Art. 3º. Fica criada a taxa de licença e autorização para o exercício da atividade, no valor de 100 (cem) UFIR’s a serem pagos mensalmente, após a regularização do Alvará.

“§ 1º - Os valores cobrados mensalmente dos espaços, conforme previsto no *caput* deste artigo, serão destinados às despesas com consumo de água e energia elétrica do 'Shopping da Comunidade'.

“§ 2º - A responsabilidade pela manutenção e preservação das instalações do 'Shopping da Comunidade', inclusive a expedição do Auto de Vistoria do Corpo de Bombeiros (AVCB), será totalmente dos respectivos permissionários, representados pela Associação dos Ambulantes de Cubatão (ASAC).

“Art. 4º. O comerciante que não usar o espaço concedido, na forma desta Lei, perderá o direito de exploração e haverá a imediata substituição por outro comerciante, perdendo o direito de solicitar um novo espaço a qualquer tempo.

“Art. 5º. O comerciante não poderá ceder, transferir ou alugar para terceiros.

“Art. 6º. Em caso de falecimento do Titular da permissão de uso, os herdeiros do permissionário assumirão automaticamente e sem custo de transferência de titularidade, devendo os sucessores comunicar o óbito à Secretaria Municipal de Finanças – SEFIN, para alteração cadastral.

“Parágrafo Único – Os herdeiros dos permissionários são considerados os: cônjuge, filhos e companheiro com união estável reconhecida.

“Art. 7º. Havendo por parte do Titular ou seus herdeiros desistência ou renúncia da permissão de uso, o 'box' será disponibilizado aos demais interessados, que estejam devidamente cadastrados perante à Secretaria Municipal de Finanças – SEFIN.

“Art. 8º. O descumprimento de normas previstas na legislação em vigor acarretará em advertência e, no caso de reincidência do fato, haverá rescisão da permissão de uso e a substituição do comerciante por outro devidamente cadastrado na Secretaria Municipal de Finanças – SEFIN.

“Art. 9º. Os dias e horários de funcionamento para o público do 'Shopping da Comunidade' serão definidos em conjunto pelos comerciantes e a



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Secretaria Municipal de Finanças – SEFIN, devendo ser observado o horário de funcionamento do comércio local.

“Art. 10. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.”

3. A norma, como posta, contraria frontalmente o disposto nos artigos 5º; 24, § 2º, 2; e 47, II, XIV e XIX, da Constituição Estadual, aplicáveis aos Municípios por força do seu art. 144, que assim dispõem:

“Artigo 5º. São Poderes do Estado, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

“§ 1º. É vedado a qualquer dos Poderes delegar atribuições.

“§ 2º. O cidadão, investido na função de um dos Poderes, não poderá exercer a de outro, salvo as exceções previstas nesta Constituição”.

“Artigo 24. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Assembleia Legislativa, ao Governador do Estado, ao Tribunal de Justiça, ao Procurador-Geral de Justiça e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.

“(…)

“§ 2º. Compete, exclusivamente, ao Governador do Estado a iniciativa das leis que disponham sobre:

“(…)

“2 – criação e extinção das Secretarias de Estado e órgãos da administração pública, observado o disposto no artigo 47, XIX; “

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

“(…)

II – exercer, com o auxílio dos Secretários de Estado, a direção superior da administração estadual;

“(…)

XIV – praticar os demais atos de administração, nos limites da competência do Executivo;”

“(…)

“XIX – dispor, mediante decreto, sobre:

“a) organização e funcionamento da administração estadual, quando não implicar aumento de despesa, nem criação ou extinção de órgãos públicos;

“(…)”



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

“**Artigo 144.** Os Municípios, com autonomia política, legislativa, administrativa e financeira se auto-organizarão por Lei Orgânica, atendidos os princípios estabelecidos na Constituição Federal e nesta Constituição”.

4. Ensina HELY LOPES MEIRELLES (*Direito Municipal Brasileiro*, Malheiros, 17ª edição/2014, Malheiros Editores), a propósito do tema central em debate, que

“Leis de iniciativa da Câmara ou, mais propriamente, de seus vereadores são todas as que a lei orgânica municipal não reserva, expressa e privativamente, à iniciativa do prefeito. As leis orgânicas municipais devem reproduzir, dentre as matérias previstas nos arts. 61, § 1º, e 165 da CF, as que se inserem no âmbito da competência municipal. São, pois, de iniciativa exclusiva do prefeito, como chefe do Executivo local, os projetos de leis que disponham sobre criação, estruturação e atribuição das secretarias, órgãos e entes da Administração Pública Municipal; matéria de organização administrativa e planejamento de execução de obras e serviços públicos; criação de cargos, funções ou empregos públicos na Administração direta, autárquica e fundacional do Município; regime jurídico e previdenciário dos servidores municipais, fixação e aumento de sua remuneração; plano plurianual, diretrizes orçamentárias, orçamento anual e créditos suplementares e especiais. Os demais projetos competem concorrentemente ao prefeito e à Câmara, na forma regimental” (p. 633).

5. O cotejo do diploma impugnado com o ensinamento clássico e, sobretudo, com as normas constitucionais, revela ter o legislador local extrapolado suas atribuições para adentrar o campo da iniciativa reservada ao Chefe do Poder Executivo.

A lei impugnada (Lei nº 4.080/2020, do Município de Cubatão), autoriza o Poder Executivo “*a permitir o uso do espaço público, aos comerciantes instalados nos boxes*”, situados no “*Shopping da Comunidade*”, e a “*emitir Alvará de Funcionamento*”; impõe fiscalização do Executivo a esses comerciantes; cria a “*taxa de licença e autorização para o exercício da atividade*”; cria regras quanto à manutenção, preservação, perda e transferência de titularidade do espaço e regras quanto à desistência ou renúncia da permissão de uso, além de criar penalidades e dispor que os horários de funcionamento serão definidos em conjunto pelos comerciantes e a Secretaria Municipal de Finanças.

Fácil perceber que se está diante de lei determinante de atuação administrativa a ser implementada, posta em prática e cumprida pelo Poder Executivo e pelas suas Secretarias. Ainda, estabelece regras para os comerciantes permissionários instalados nos boxes do “Shopping da Comunidade”.

Não há dúvida, por conseguinte, de se tratar de diploma legal que nitidamente dispõe sobre a atividade administrativa, importando manifesta invasão da esfera constitucional de iniciativa e atuação do Poder Executivo, o que importa ofensa ao princípio da separação de poderes e ao princípio da reserva de iniciativa (arts. 5º; 24, § 2º, 2; e 47, II, XIV, e XIX, *a*, da Constituição Estadual, de obediência obrigatória pelos Municípios, por força do art. 144 da mesma Carta).



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Neste sentido decidiu este C. Órgão Especial, em situação assemelhada:

“Ação direta de inconstitucionalidade. Lei Municipal nº 10.257/2008, de São José do Rio Preto, emanada de proposição do Legislativo. Estabelecimento de regramento para o exercício do comércio e prestação de serviços ambulantes no Município. Vício de iniciativa. Matéria relativa à Administração Municipal, de iniciativa reservada ao chefe do Poder Executivo. Violação dos arts. 5º, 47, II e 144, da Constituição do Estado. Inconstitucionalidade declarada. Ação procedente.” (ADI nº 174.001-0/0-00, atual nº 0000876-43.2009.8.26.0000, Relator Desembargador JOSÉ ROBERTO BEDRAN, j. 29.07.2009). **(negritei)**

Perfilhando o mesmo entendimento, e referindo esse v. aresto, julgado mais recente:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Lei nº 7.477, de 24 de abril de 2016, do Município de Guarulhos, admitindo a transmissão da licença para o comércio ambulante em caso de divórcio judicial ou extrajudicial. Lei de iniciativa parlamentar. Inadmissibilidade.

Vício de iniciativa. Ocorrência. Cabe, privativamente, ao Executivo a iniciativa legislativa de projetos que interfiram na gestão administrativa. Tal é o caso de regras sobre a expedição de autorização ou transferência de licença para o exercício de comércio ambulante. Precedente deste Eg. Órgão Especial.

Afronta a preceitos constitucionais (arts. 5º; 47, incisos II, XI, XIV e XIX; e 144 da Constituição Estadual).

Ação procedente.” (ADI 2161380-42.2016.8.26.0000, Relator Designado Desembargador EVARISTO DOS SANTOS, j. 22.03.2017).

O voto condutor desse julgamento, da lavra do Desembargador EVARISTO DOS SANTOS assinalou que,

*“Embora não se admita interpretação extensiva de regra de exceção (“Matérias sujeitas à iniciativa legislativa reservada ao Chefe do Poder Executivo taxativamente previstas nos arts. 24, § 2º, 47, incisos XVII e XVIII, 166 e 174, da Constituição Estadual, não comportando qualquer ampliação, máxime por decorrência da atividade do legislador local” – ADIn nº 0.035.438-64.1998.8.26.0000 – Rel. Des. PAULO DIMAS MASCARERTTI), **não** é possível **restringir** a ressalva constitucional instituída retirando dela a amplitude lá assegurada. A ela deve ser conferido o âmbito constitucional em prestígio à prerrogativa de Poder.*

*“De sua parte, o **Colendo Supremo Tribunal Federal** tem entendido afrontado referido preceito constitucional em casos como (1) da Lei municipal nº 11.015/2015, de Juiz de Fora/MG, ao criar o serviço de arquitetura e engenharia públicas (RE nº 601.861/MG – DJ-e de 27.11.09 – Rel. Min. CARMEN LÚCIA); (2) DA Lei municipal nº 12.604/98, de São Paulo, ao*



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

obrigar a manutenção de programas e serviços de atenção à terceira idade (RE nº 505.476/SP – DJ-e de 09.09.11 – Rel. Min. **DIAS TOFFOLI**); **(3)** da Lei municipal nº 12.617/98, de São Paulo, ao prever a introdução da matéria 'cidadania' nos currículos escolares da rede municipal de ensino e da rede privada, modificando o serviço e criando atribuições aos órgãos responsáveis pela educação (RE nº 395.912 AgR/SP – j. em 06.08.13 – Rel. Min. **DIAS TOFFOLI**), dentre outros.

“(...)

“A norma local – **Lei Municipal nº 7.477/16** – ao admitir, satisfeitos certos requisitos, a transmissão da licença para o comércio ambulante em caso de divórcio judicial ou extrajudicial, **invadiu** inequivocamente, seara privativa do Executivo, caracterizando **vício formal subjetivo** a ensejar o acolhimento da pretensão (ADIn nº 2.101.616-96.2014.8.26.0000 – v.u. j. de 12.11.14 – Rel. Des. **XAVIER DE AQUINO**).

“Com efeito, as regras referentes ao desempenho de atividades de interesse da comunidade, tal como a expedição de autorização ou transferência de licença para o exercício do **comércio ambulante**, devem ficar a cargo do **Poder Executivo**.

“Trata-se de atividade **tipicamente administrativa**, sendo **inadmissível** iniciativa parlamentar em lei sobre o tema.

“Cumpra assinalar que a matéria já foi aqui enfrentada anteriormente, tendo este **Eg. Órgão Especial** reconhecido o **vício de iniciativa**. Confira-se:

*“Ação direta de inconstitucionalidade. Lei Municipal nº 10.257/2008, de São José do Rio Preto, emanada de proposição o Legislativo. **Estabelecimento de regramento para o exercício do comércio e prestação de serviços ambulantes no Município. Vício de iniciativa. Matéria relativa à Administração Municipal, de iniciativa reservada ao chefe do Poder Executivo. Violação dos arts. 5º, 47, II e 144, da Constituição do Estado. Inconstitucionalidade declarada. Ação procedente.**”*

(...)

“... a Lei nº 10.257, de 12 de dezembro de 2008, de São José do Rio Preto, ao estabelecer 'regramento para o exercício do comércio e prestação de serviços ambulantes no Município' (fls. 18) afronta, indubitavelmente, normas constitucionais relativas à competência legislativa e aos limites traçados pelo artigo 144 da Constituição do Estado de São Paulo ...”

(...)

*“Desse modo, **se ao Executivo cabe a função administrativa, somente a seu representante caberia a iniciativa ao projeto de lei visando ao 'regramento para o exercício e prestação de serviços ambulantes no Município'**” (...)*

“Houve, pois, clara violação ao princípio constitucional



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

separação dos poderes, com indevida ingerência do Legislativo em assuntos indelegáveis, próprios e privativos do Chefe do Executivo, porque atinentes à administração municipal.” (grifei – ADIn nº 0.000.876-43.2009.8.26.0000 – v.u. j. de 29.07.09 – Rel. Des. JOSÉ ROBERTO BEDRAN).

“Tal é o caso dos autos.

“Além do mais, como **bem** observou a D. Procuradoria:

““O ato normativo impugnado não cuidou do estabelecimento de normas gerais e abstratas relativas ao comércio ambulante, ao contrário, disciplinou a transferência da 'licença', subtraindo do Executivo atividade administrativa que lhe é própria.”

““Insere-se os atos de gestão administrativa a concessão e eventual transferência de licença para o desempenho de atividades de interesse da comunidade. Não pode tal atribuição conferida ao poder executivo ser afastada por lei qualquer, muito menos de iniciativa parlamentar”.

(...)

““Na hipótese de administração ordinária, cabe ao Legislativo o estabelecimento de normas gerais, diretrizes globais, jamais pontuais e específicos. Os atos administrativos relativos ao credenciamento e autorização para exercício de atividades de interesse coletivo incumbe ao Poder Executivo, não podendo tal atribuição ser afastada ou limitada pelo Poder Legislativo.”

““A autorização para concessão e transferência de licença de comércio ambulante é um ato de gestão administrativa, atribuição exclusiva do Poder Executivo.”

(...)

““O diploma impugnado, na prática, invadiu a esfera da gestão administrativa, que cabe ao Poder Executivo, e envolve o planejamento, a direção, a organização e a execução de atos de governo, no caso em análise representados pela atividade de consentir execução por ex-cônjuge da licença para o comércio ambulante.”

“Haveria, em outros termos, ofensa ao **princípio constitucional da 'reserva de administração'**. Ele, segundo o **Pretório Excelso**, “... impede a ingerência normativa do Poder Legislativo em matérias sujeitas à exclusiva competência administrativa do Poder Executivo.” (RE nº 427.574-ED – j. de 13.12.11 – Rel. Min. **CELSO DE MELLO** – DJE de 13.02.12 e ADI nº 3.343 – j. de 01.09.11 – Plenário – Rel. p/ o Ac. Min. **LUIZ FUX** – DJE de 22.11.11, dentre outros no mesmo sentido).



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

“Inequívoco o **vício de iniciativa** a macular a norma em questão”.

No mesmo sentido acórdão de relatoria do signatário: ADI 2262094-39.2018.8.26.0000 (j. 24.04.2019), e ainda outro, do Desembargador FRANCISCO CASCONI, trazido à colação no parecer da douta Procuradoria Geral de Justiça, adiante e em parte transcrito.

Não há cogitar, por outra parte, de aplicar ao caso o Tema 917 de Repercussão Geral, definido pelo C. Supremo Tribunal Federal, porquanto o diploma em foco invade a “*competência privativa do Chefe do Poder Executivo para administrar o Município*”.

Bem ressalta a douta Procuradoria Geral de Justiça (fls. 1/10 e 139/143):

“A Lei nº 4.080/2020, do Município de Cubatão, veiculou autorização ao Poder Executivo no que toca à utilização e à permissão de uso de espaço público que fora já destinado ao “Shopping da Comunidade”. Estabeleceu, além disso, diversas normas para os permissionários, inclusive no que tange à sua responsabilidade e à transmissão da titularidade do direito de permissão a herdeiros, após a sua morte, bem como consignou atribuições a órgão público municipal – Secretaria de Finanças.

“O ato normativo impugnado é, por conseguinte, verticalmente incompatível com o ordenamento constitucional por violar o princípio da separação de poderes, previsto nos arts. 5º, 24, § 2º, 2, e 47, II, XIV e XIX, *a*, da Constituição do Estado, aplicáveis aos Municípios por força do art. 144 da Carta Paulista.

“A gestão do patrimônio público e a disciplina do uso de bens públicos são assuntos da administração ordinária do Município, estando no círculo da reserva da Administração, consistente nas matérias que são da alçada privativa do Chefe do Poder Executivo e, destarte, imunes à intervenção do Poder Legislativo.

“A inconstitucionalidade decorre da violação da regra da separação de poderes, prevista na Constituição Paulista e aplicável aos Municípios.

“Nesse sentido, pronunciou-se esse Tribunal de Justiça em casa análogo:

““AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE –
 LEI Nº 13.188, DE 22 DE ABRIL DE 2019, DO MUNICÍPIO DE SÃO JOSÉ DO RIO PRETO/SP, QUE 'DISPÕE SOBRE A IMPLANTAÇÃO DE BOCAS DE LOBO INTELIGENTES PARA PREVENIR OS PROBLEMAS CAUSADOS PELAS CHUVAS EM SÃO JOSÉ DO RIO PRETO – SP – INICIATIVA ORIUNDA DO PODER LEGISLATIVO LOCAL – INVIABILIDADE – INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL CARACTERIZADA – LEI QUE DISPÕE SOBRE TRATAMENTO DE



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

BENS PÚBLICOS INVADINDO MATÉRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, COM INSTITUIÇÃO DE ATRIBUIÇÕES E REFLEXOS DIRETOS NA ESTRUTURA ADMINISTRATIVA LOCAL – INICIATIVA CABE EXCLUSIVAMENTE AO CHEFE DO EXECUTIVO – TESE FIXADA EM REPERCUSSÃO GERAL NO ÂMBITO DO C. STF – TEMA Nº 917 – ARE 878.911/RJ – VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES – OFENSA AOS ARTIGOS 5º, 24, § 2º, ITEM 2, 47, INCISOS II E XIV, E 144, DA CONSTITUIÇÃO BANDEIRANTE – PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS – NATUREZA 'AUTORIZATIVA' DA NORMA QUE NÃO IMPEDE O RECONHECIMENTO DE NULIDADE – PEDIDO INICIAL JULGADO PROCEDENTE” (TJSP, Órgão Especial, ADI 2137747-94.2019.8.26.0000, Rel. Des. Francisco Casconi, 16-12-2019).

“Ainda que se imagine que havia necessidade de disciplinar por lei alguma matéria típica de gestão municipal, a iniciativa seria privativa do Chefe do Poder Executivo, mesmo quando ele não posa discipliná-la por decreto nos termos do art. 47, XIX, *a*, da Constituição Estadual.

“E nem se alegue que a lei contém mera autorização. **A natureza de lei autorizativa não desabona a conclusão de sua inconstitucionalidade.**

“A autorização legislativa não se confunde com lei autorizativa, devendo aquela primar pela observância da reserva de iniciativa. Ainda que a lei contenha autorização (lei autorizativa) ou permissão (norma permissiva), padece de inconstitucionalidade. Em essência, houve invasão manifesta da gestão pública, assunto da alçada exclusiva do Chefe do Poder Executivo, violando sua prerrogativa de análise da conveniência e da oportunidade das providências previstas na lei.

“Enfatiza-se, **a lei que autoriza o Poder Executivo a agir em matérias de sua iniciativa privada implica, em verdade, uma determinação, sendo, portanto, inconstitucional.**

“Registre-se, por fim, não incidir o Tema 917 de repercussão geral, pois neste precedente apenas se tratou de caso de vício de iniciativa e não de hipótese em que o ato normativo impugnado tenha avençado na reserva da administração, como na espécie.”

Tanto basta para acolher o pedido inicial, ante a flagrante inconstitucionalidade de que se reveste o diploma questionado.

6. Acolhido o pedido, é preciso modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade.

Estabelece a Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999 (que “dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal”), em seu art. 27:



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
 São Paulo

“Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado”.

Agora, para garantir segurança jurídica e de excepcional interesse social, como está na lei de regência, é preciso modular os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, para possibilitar à Administração municipal ajustar-se à nova realidade emanada dessa declaração.

A necessidade de que assim se proceda avulta neste caso diante da assertiva, seja do Presidente da Câmara Municipal, seja do Prefeito Municipal, de que o local há vários anos é ocupado por ambulantes, alguns com licença obtida lá atrás, outros, que a adquiriram no passado, e outros, ainda, em situação irregular. Será preciso, diz o Prefeito Municipal, que a regularização buscada pela lei em foco, seja objeto de projeto de lei que satisfaça o interesse público, que se quer preservar com esta demanda, sem causar o dano social imediato de grande perda de postos de trabalho.

Desse modo, e de conformidade com a orientação fixada por este Órgão Especial, o caso é de estabelecer que os efeitos da declaração de inconstitucionalidade se farão produzir ao cabo de cento e vinte (120) dias contados da data deste julgamento.

7. Ante o exposto, julgo procedente a ação, com modulação.

É meu voto.

JOÃO CARLOS SALETTI
Relator
 assinado digitalmente