

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR PRESIDENTE DO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

Protocolado SEI nº 29.0001.0008710.2019-60

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE.
CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. URBANÍSTICO.
PARÁGRAFO ÚNICO DO ART. 123 DA LEI ORGÂNICA
MUNICIPAL E LEI Nº 830, DE 30 DE MAIO DE 2000, AMBAS DO
MUNICÍPIO DE HORTOLÂNDIA. VIOLAÇÃO À COMPETÊNCIA
LEGISLATIVA DA UNIÃO PARA DISCIPLINAR NORMAS GERAIS
SOBRE LICITAÇÕES PÚBLICAS. DISPENSA DE LICITAÇÃO PARA
A CONCESSÃO DE USO DE BEM PÚBLICO. LOTEAMENTO.
DESAFETAÇÃO. ALIENAÇÃO. IMPESSOALIDADE.
PARTICIPAÇÃO POPULAR. EXIGÊNCIA DE LICITAÇÃO.**

1. Usurpa competência legislativa da União (art. 22, XXVII, CF) a legislação local, por inovar no tocante às hipóteses de licitação dispensada, imiscuindo-se em matéria de norma geral de licitação e contratação.

2. É também inconstitucional a lei municipal que dispõe sobre a desafetação de bem de uso comum do povo e autoriza o Poder Executivo a outorgar a concessão de uso sobre tal bem imóvel, sem participação popular no processo legislativo (art. 180, II, CE/89).

3. É inválida a lei municipal que dispõe sobre a desafetação de áreas institucionais em loteamentos (art. 180, VII, CE/89).

4. É inválida a lei municipal por autorizar o Poder Executivo a conceder direito de uso de bem público dominial sem licitação para o particular. Violação à regra geral de licitação e aos princípios da administração pública, sobretudo, o da impessoalidade (arts. 111, 117 e 144, CE/89).

○ **PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**, no exercício da atribuição prevista no art. 116, inc. VI, da Lei Complementar Estadual nº 734, de 26 de novembro de 1993, e em conformidade com o disposto no art. 125, § 2º, e no art. 129, inc. IV, da Constituição da República, e ainda no art. 74, inc. VI, e no art. 90, inc. III, da Constituição do Estado de São Paulo, com amparo nas informações colhidas no incluso protocolado (SEI nº 29.0001.0008710.2019-60), vem perante esse Egrégio Tribunal de Justiça promover a presente **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE** em face do **parágrafo único do art. 123 da Lei Orgânica Municipal e da Lei nº 830, de 30 de maio de 2000, ambas do Município de Hortolândia**, pelos fundamentos expostos a seguir:

I - OS ATOS NORMATIVOS IMPUGNADOS

A Lei Orgânica do Município de Hortolândia possui, no que interessa ao desfecho da presente ação, a seguinte redação, *verbis*:

Art. 123. A concessão de direito real de uso sobre bem imóvel do Município dependerá de prévia avaliação, autorização legislativa e licitação.

Parágrafo único. Lei municipal poderá dispensar a licitação quando o uso tiver destinatário certo e em havendo interesse público manifesto.

Por sua vez, a Lei nº 830, de 30 de maio de 2000, também do Município de Hortolândia, que “dispõe sobre a desafetação de duas áreas de terreno da

classe de bens de uso comum e sua transferência para a de bens patrimoniais e autoriza concessão de direito real de uso”, assim dispõe, *in verbis*:

Art. 1º Ficam desafetadas da classe de bens de uso comum do povo e transferidas para a de bens patrimoniais do Município as áreas de terrenos a seguir descritas:

a) praça pertencente ao loteamento Jardim Nossa Senhora de Fátima, neste Município, medindo: 80,90m de frente para a Rua 29; 42,50m do lado direito de quem da Rua 29 olha para o imóvel, confrontando com o Sistema de Recreio nº 04 do loteamento Jardim Santa Izabel; 37,10m do lado esquerdo, confrontando com o Sistema de Recreio nº 03 do loteamento Jardim Santa Izabel; 134,90 nos fundos, confrontando com os lotes de 01 à 14 da quadra 49, quarteirão 564 do loteamento Jardim Nossa Senhora de Fátima; encerrando área total de 3.260,00m².

b) área denominada Sistema de Recreio nº 03 do loteamento denominado Jardim Santa Izabel, neste Município, medindo: 19,80m de frente para a Rua Armelinda Espúrio da Silva (antiga rua 20); 38,22m nos fundos onde confronta com a Praça do loteamento Jardim Nossa Senhora de Fátima; 16,06m do lado direito de quem da Rua Armelinda Espúrio da Silva olha o imóvel, confrontando com a Rua Erwin Maier (antiga rua 06); 14,13m em arco de concordância na confluência das Ruas Armelinda Espúrio da Silva e Erwin Maier, encerrando área total de 343,00m².

Art. 2º Fica o Poder Executivo autorizado a outorgar concessão de direito real de uso das áreas descritas no artigo 1º ao Clube de Veteranos Independentes (CVI).

§ 1º A concessão autorizado por este artigo poderá ser revogada a qualquer tempo.

§ 2º A concessão aqui autorizada será outorgada independentemente de licitação, nos termos do parágrafo único do artigo 123 da Lei Orgânica do Município de Hortolândia.

Art. 3º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 4º Revogam-se as disposições em contrário.

Conforme restará demonstrado no curso desta exordial, o parágrafo único do art. 123 da Lei Orgânica Municipal e a Lei nº 830, de 30 de maio de 2000, ambas do Município de Hortolândia, são verticalmente incompatíveis com a nossa ordem constitucional.

II – O PARÂMETRO DE FISCALIZAÇÃO ABSTRATA DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Em suma, os atos normativos impugnados se revelam contrários à Constituição do Estado de São Paulo, à qual está subordinada a produção normativa municipal ante a previsão dos arts. 1º, 18, 29 e 31, da Constituição Federal.

Os preceitos da Constituição Federal e da Constituição do Estado são aplicáveis aos Municípios por força do art. 29 daquela e do art. 144 desta, que assim rezam:

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: (...)

Artigo 144 - Os Municípios, com autonomia política, legislativa, administrativa e financeira se auto-organização

por lei orgânica, atendidos os princípios estabelecidos na Constituição Federal e nesta Constituição.

Pois bem, o parágrafo único do art. 123 da Lei Orgânica Municipal, do Município de Hortolândia, ao criar nova hipótese de licitação dispensada para alienação de bens públicos imóveis, é incongruente com o art. 144 da Constituição Estadual na sua remissão ao princípio federativo e à repartição de competências, em especial o art. 22, XXVII, da Constituição Federal:

Art. 22. Compete **privativamente** à União legislar sobre:

(...)

XXVII – **normas gerais de licitação** e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III;”

Por sua vez, a Lei nº 830, de 30 de maio de 2000, também do Município de Hortolândia - ao desafetar bens públicos de uso comum do povo em loteamentos (praça pertencente ao loteamento Jardim Nossa Senhora de Fátima e área denominada Sistema de Recreio nº 03 do loteamento denominado Jardim Santa Izabel) e autorizar o Poder Executivo a conceder a outorga de direito de uso a pessoa jurídica de direito privado específica (Clube de Veteranos Independentes) - é incompatível com os seguintes preceitos da Constituição Estadual:

Artigo 111 – A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes do Estado, obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, razoabilidade, finalidade, motivação, interesse público e eficiência.

(...)

Artigo 117 - Ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública, que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

(...)

Artigo 180 – No estabelecimento de diretrizes e normas relativas ao desenvolvimento urbano, o Estado e os Municípios assegurarão:

(...)

II – a participação das respectivas entidades comunitárias no estudo, encaminhamento e solução dos problemas, planos, programas e projetos que lhes sejam concernentes;

(...)

VII - as áreas definidas em projetos de loteamento como áreas verdes ou institucionais não poderão ter sua destinação, fim e objetivos originariamente alterados, exceto quando a alteração da destinação tiver como finalidade a regularização de:

a) loteamentos, cujas áreas verdes ou institucionais estejam total ou parcialmente ocupadas por núcleos habitacionais de interesse social destinados à população de baixa renda, e cuja situação esteja consolidada ou seja de difícil reversão;

- b) equipamentos públicos implantados com uso diverso da destinação, fim e objetivos originariamente previstos quando da aprovação do loteamento;
- c) imóveis ocupados por organizações religiosas para suas atividades finalísticas.

III - FUNDAMENTAÇÃO

A. VÍCIO FORMAL. USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DA UNIÃO PARA A DISCIPLINA DE NORMAS GERAIS DE LICITAÇÃO E CONTRATAÇÃO

Com efeito, a ordem constitucional vigente adotou o princípio da predominância do interesse para definir a repartição de competências na federação brasileira.

Nessa toada, a competência para dispor sobre assuntos de interesse nacional ou predominantemente geral foi atribuída à União, ao passo que o tratamento das matérias de interesse predominantemente local ficou a cargo do Município, restando aos Estados a competência residual.

Dessa forma, é pertinente assentar que, diante do sistema federativo e da repartição constitucional de competências, quando se contraria uma regra de competência estabelecida pela Lei Maior, mais que se descumprir uma simples norma, o que se está a fazer, verdadeiramente, é desrespeitar uma das mais evidentes manifestações do princípio federativo – e, assim, a violar frontalmente a CE/89.

Nos termos do art. 22, inc. XXVII, da Constituição Federal, o constituinte reservou a disciplina das **normas gerais** de licitação e contratação para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios:

Art. 22. Compete **privativamente** à União legislar sobre:

(...)

XXVII – **normas gerais de licitação** e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III;

A referida regra de competência determinou a observância do art. 37, inc. XXI, CF, que estabelece, como regra, a **licitação pública** para a contratação de obras, serviços, compras e alienações:

Art. 37. (...)

(...)

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

A mesma regra é repetida na Constituição Estadual:

Artigo 117 - Ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação

técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

A exigência de procedimento licitatório para a contratação pela Administração Pública, portanto, é verdadeiro princípio constitucional estabelecido, que deve, obrigatoriamente, ser observado pelos Estados e Municípios.

No exercício da competência privativa que lhe é assegurada (art. 22, inc. XXVII da CF), a União editou a Lei nº 8.666/93 para a disciplina infraconstitucional da matéria.

Com relação à hipótese de **concessão de uso**, a Lei nº 8.666/93 exige **licitação**:

Art. 2º As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, **concessões**, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta Lei.

Não há, na Lei nº 8.666/93, qualquer dispositivo que albergue a dispensa de licitação para a concessão de uso de bem público, também denominada concessão administrativa de uso de bem público, instituto conceituado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro como “contrato de direito público, sinalagmático, oneroso ou gratuito, comutativo e realizado intuitu personae” (Di Pietro, Maria Sylvia Zanella, em Direito Administrativo, 19ª ed., Atlas, pág. 661), “pelo qual a Administração confere ao particular a execução remunerada de serviço público ou de obra pública, ou lhe cede o uso de bem público, para que o explore por sua conta e risco, pelo prazo e nas condições regulamentares e contratuais” (Di Pietro, Maria Sylvia Zanella, em Direito Administrativo, 10ª ed., pág. 239. No mesmo sentido: Cretella Junior, Hely Lopes Meirelles, Themístocles Brandão Cavalcanti, Guimarães Menegali e Edmir Netto de Araújo).

Distingue-se a concessão de uso de bem público da concessão de direito real de uso, tratando-se, este, de “instituto previsto no art. 7º do Decreto-lei 271, de 28.2.1967, com a redação que lhe foi dada pela MP 335, de 23.12.2006, convertida na Lei 11.481, de 31 de maio de 2007. Diferentemente da concessão de uso de bem público, a concessão de direito real de uso “é o contrato pelo qual a Administração transfere, por tempo certo ou por prazo indeterminado, como direito real resolúvel, o uso remunerado ou gratuito de terreno público para que seja utilizado com fins específicos de regularização fundiária de interesse social, urbanização, industrialização, edificação, cultivo da terra, aproveitamento sustentável de várzeas, preservação das comunidades tradicionais e seus meios de subsistência ou outras modalidades de interesse social.” (Bandeira de Mello, Celso Antônio, em Curso de Direito Administrativo, 32ª ed., Malheiros, p. 955)

A distinção sobremaneira importa ao caso, já que ao tratar da alienação – expressão utilizada em sentido amplo, compreendendo tanto a alienação no sentido próprio e técnico como também outros institutos que possibilitam a outro sujeito o uso e a fruição parcial ou temporária de bens e de direitos de titularidade da Administração Pública (Justen Filho, Marçal, em Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 14ª ed. Dialética, p. 225) – a Lei nº 8.666/93 estabelece hipóteses de dispensa de licitação para a concessão de direito real de uso, silenciando no tocante à concessão administrativa de uso.

É o que se extrai do art. 17, sobretudo do inciso I, letras f, h e i, da Lei nº 8.666/93:

Art. 17. A alienação de bens da Administração Pública, subordinada à existência de interesse público devidamente justificado, será precedida de avaliação e obedecerá às seguintes normas:

I - quando imóveis, dependerá de autorização legislativa para órgãos da administração direta e entidades autárquicas e fundacionais, e, para todos, inclusive as

entidades paraestatais, dependerá de avaliação prévia e de licitação na modalidade de concorrência, dispensada esta nos seguintes casos:

(...)

f) alienação gratuita ou onerosa, aforamento, **concessão de direito real de uso**, locação ou permissão de uso de bens imóveis residenciais construídos, destinados ou efetivamente utilizados no âmbito de programas habitacionais ou de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgãos ou entidades da administração pública;

(...)

h) alienação gratuita ou onerosa, aforamento, **concessão de direito real de uso**, locação ou permissão de uso de bens imóveis de uso comercial de âmbito local com área de até 250 m² (duzentos e cinquenta metros quadrados) e inseridos no âmbito de programas de regularização fundiária de interesse social desenvolvidos por órgãos ou entidades da administração pública;

i) alienação e **concessão de direito real de uso**, gratuita ou onerosa, de terras públicas rurais da União e do Incra, onde incidam ocupações até o limite de que trata o § 1º do art. 6º da Lei nº 11.952, de 25 de junho de 2009, para fins de regularização fundiária, atendidos os requisitos legais;

e

Trata-se de silêncio eloquente, significando que, no tocante à concessão de uso, não há exceção à regra que exige licitação.

E, de qualquer forma, admitindo, por amor ao argumento, que o caso dos autos versasse sobre concessão de direito real de uso, conforme denominado pelo

legislador municipal, é certo que as mencionadas regras (letras f, h e i do inciso I do art. 17), que autorizam a dispensa de licitação, **não se aplicariam ao caso dos autos**, pois se relacionam a **programas habitacionais e de regularização fundiária de interesse social**.

No caso das leis objurgadas, houve a criação de nova hipótese de licitação dispensada para a concessão de uso de bens públicos municipais e a autorização de concessão de uso **em favor do Clube de Veteranos Independentes (CVI)**, independentemente de prévia licitação (parágrafo único do art. 123 da Lei Orgânica e § 2º do art. 2º da Lei nº 830/2000), ao arrepio, portanto, da regra estabelecida na Lei nº 8.666/93.

Dessa forma, o parágrafo único do art. 123 da Lei Orgânica Municipal, bem como a Lei nº 830, de 30 de maio de 2000, ambas do Município de Hortolândia, verdadeiramente **estabeleceram uma nova hipótese de licitação dispensada**, o que não lhes competia, nos termos da repartição constitucional de competências, uma vez que as normas gerais de licitação constituem tema de competência privativa legislativa da União, sendo, por isso, ofensiva ao art. 144 da Constituição Estadual.

Vale enfatizar que a jurisprudência tem reafirmado que as exceções à licitação (inexigibilidade, dispensa, dispensabilidade e proibição) constituem matérias da essência das normas gerais de licitações e contratações públicas, não sendo lícito aos Municípios disciplinarem o assunto em lei para além das prescrições contidas em lei federal. Neste sentido:

“Ação direta de inconstitucionalidade: L. Distrital 3.705, de 21.11.2005, que cria restrições a empresas que discriminarem na contratação de mão-de-obra: inconstitucionalidade declarada. 1. **Ofensa à competência privativa da União para legislar sobre normas gerais de licitação** e contratação administrativa, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais de todos os entes da Federação (CF,

art. 22, XXVII) e para dispor sobre Direito do Trabalho e inspeção do trabalho (CF, arts. 21, XXIV e 22, I). 2. Afronta ao art. 37, XXI, da Constituição da República - norma de observância compulsória pelas ordens locais - segundo o qual a **disciplina legal das licitações** há de assegurar a 'igualdade de condições de todos os concorrentes', o que é incompatível com a proibição de licitar em função de um critério - o da discriminação de empregados inscritos em cadastros restritivos de crédito -, que não tem pertinência com a exigência de garantia do cumprimento do contrato objeto do concurso" (STF, ADI 3.670-DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, 02-04-2007, v.u., DJe 18-05-2007).

Dessa forma, a alínea "c" do inciso I do artigo 97 da Lei Orgânica Municipal e a Lei nº 2.967, de 29 de junho de 2015, ambas do Município de Nova Odessa, afrontaram o artigo 144, CE, invadindo a competência da União para instituir normas gerais acerca de licitação e contratação (art. 22, XXVII, CF).

B. VIOLAÇÃO AO ART. 180, II, CE

Ainda que fosse válida a desafetação de áreas de uso comum do povo de loteamento, assim como a alteração da destinação quanto a autorização para alienação haveria de ser submetidas à participação popular, o que não ocorre na espécie.

Por afetar a qualidade de vida de seus munícipes, a validade e a legitimidade de legislação urbanística pressupõe a participação das entidades comunitárias no estudo, encaminhamento e solução dos problemas, planos, programas e projetos que lhes sejam concernentes (art. 180, II, CE).

Por outras palavras, o planejamento urbano deve ser sensível às necessidades e aspirações da comunidade, e tal sensibilidade há de ser captada pela via democrática direta, não pela representativa.

É o que reiteradamente afirmado este E. Tribunal de Justiça. Confirmam-se os precedentes recentes:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Leis Complementares nº 1.531 e 1.532, ambas de 14 de dezembro de 2016 e do Município de Lins (que dispõem sobre a desafetação de áreas institucionais de loteamento) – Alteração legislativa de área institucional efetivada sem participação popular - Afronta ao art. 180, caput e inciso II, da Constituição Estadual – Precedentes; - Lei Complementar nº 1.539, de 16 de março de 2017, do mesmo Município (que autoriza o Poder Executivo a realizar permuta de bem imóvel, após desafetação, sem qualquer referência à licitação ou sua dispensa) - Hipótese de violação à regra da licitação e usurpação de competência privativa da União para legislar sobre normas gerais acerca de licitação e contratos administrativos – Ofensa aos princípios da repartição constitucional de competências, regra geral da licitação e o da impessoalidade e, bem assim, aos arts. 111, 117 e 144 da Constituição Estadual e art. 22, XXVII, da Constituição Federal – Precedentes deste C. Órgão Especial. Ação procedente” (TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 2184011-43.2017.8.26.0000; Relator (a): Salles Rossi; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo - N/A; Data do Julgamento: 28/02/2018; Data de Registro: 02/03/2018)

“DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Lei Complementar nº 282/2015, do Município de Suzano. **Norma responsável por desafetar bens municipais**, de uso comum e/ou especial, com o fim de aliená-los sem dar destinação específica ao produto da venda. Vício formal de inconstitucionalidade. **Conexão com matéria de jazé urbanística. Processo**

legislativo não contemplou a necessária participação popular previsto no art. 180, II, da Constituição Bandeirante. Mácula procedimental irremediável.

Alteração da destinação de áreas municipais (verdes e institucionais) fora das hipóteses excepcionais previstas no art. 180, VII, da Constituição Paulista. Inconstitucionalidade reconhecida. Ação procedente, com modulação". (TJSP, ADIn 2067470-58.2016.8.26.0000, Desembargador Relator Péricles Piza, julgamento no dia 30 de novembro de 2016, grifos nossos)

No caso, o processo legislativo da Lei Municipal nº 830/2000 (fls. 101/111) evidencia que não foram realizadas audiências públicas com a finalidade de participação das entidades comunitárias no estudo, encaminhamento e solução dos problemas, durante a tramitação do projeto de lei.

Diante de tal quadro, cumpre reconhecer que a Lei nº 830, de 30 de maio de 2000, do Município de Hortolândia, ora impugnada, ao promover a desafetação de área de uso comum do povo de loteamento e autorizar a sua alienação, sem qualquer participação comunitária, viola o art. 180, II, da Constituição Estadual.

C. VIOLAÇÃO AO ART. 180, VII, CE

Desponta clara a afronta ao artigo 180, VII, da Constituição Estadual, pois o ato normativo acima referido possibilitou a alteração de destinação de área institucional de loteamento, para hipótese que não se enquadra nas exceções arroladas nas alíneas "a", "b" e "c" do citado dispositivo.

Predica a Constituição Estadual no tocante ao desenvolvimento urbano o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e a garantia do bem-estar de seus habitantes. A dotação de áreas verdes ou institucionais no parcelamento do solo objetiva exatamente atender essa diretriz normativa, sendo reforçada,

ademais, com a exigência de criação e manutenção de áreas de especial interesse urbanístico e ambiental.

Quando a Constituição Estadual excepcionalmente dispensa a alteração de áreas verdes ou institucionais, subordina-a às situações taxativamente descritas nas alíneas do inciso VII do art. 180, e nenhuma delas se encontra presente nas disposições da lei municipal objurgada.

É remansosa a jurisprudência dessa e. Corte a respeito da violação do inciso VII do art. 180 da CE por lei que permite a desafetação de área de uso institucional de loteamento:

“INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE - Município de Caçapava - Lei Complementar Municipal n° 101/1998 - **Normas que dispuseram sobre a desafetação de bem de uso comum do povo, área institucional (praça) integrante de loteamento urbano e autorizaram sua permuta com imóvel de propriedade particular** - Afronta aos arts. 180, VII e 144, ambos da Carta Constitucional Paulista - Incidente acolhido, inconstitucionalidade total decretada” (TJSP; Arguição de Inconstitucionalidade 0056648-83.2012.8.26.0000; Relator (a): Alves Bevilacqua; Órgão Julgador: Órgão Especial; Foro de Caçapava - 2ª. Vara Judicial; Data do Julgamento: 12/09/2012; Data de Registro: 01/10/2012)

“ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. Lei n°. 133, de 17 de novembro de 2011, do Município de Guarujá, que dispõe sobre desafetação de áreas públicas e dá outras providências. **Sendo áreas públicas a desafetação se justificaria nas hipóteses expressa e excepcionalmente admitidas nas Constituição Bandeirante (art. 180, inc. VII).** Não há possibilidade de alteração fora do texto constitucional. Norma, aliás, que transmite impacto negativo

no meio ambiente. Ofensa ao artigo 255 da Carta Regente.
- Arguição de inconstitucionalidade julgada procedente”
(TJSP; Arguição de Inconstitucionalidade 0020312-
41.2016.8.26.0000; Relator (a): Péricles Piza; Órgão
Julgador: Órgão Especial; Foro de Guarujá - 4ª Vara Cível;
Data do Julgamento: 22/06/2016; Data de Registro:
23/06/2016)

Nesses termos, é inconstitucional o parágrafo único do art. 123 da Lei Orgânica Municipal e a Lei nº 830, de 30 de maio de 2000, ambas do Município de Hortolândia, por ofensa ao art. 180, VII, da Constituição Estadual.

D. AUTORIZAÇÃO PARA A CONCESSÃO DE USO DE BEM PÚBLICO SEM PRÉVIA LICITAÇÃO. IMPESSOALIDADE. MORALIDADE.

Não bastasse o vício formal em que incorre a Lei nº 830, de 30 de maio de 2000, do Município de Hortolândia, também viola a própria obrigatoriedade do regime licitatório contemplada pelo art. 117 da Constituição Estadual.

No caso de alienação de bem público, gênero ao qual pertence a concessão de uso de bem público, como se disse, a Administração deve observar a obrigatoriedade do certame licitatório. Nesse sentido, vale citar precedente recente desse e. Tribunal de Justiça:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Pretensão que envolve a Lei nº 5.540, de 20 de setembro de 2013, que "dispõe sobre a alteração de finalidade e autoriza o Poder Executivo a ceder à Igreja Evangélica Assembleia de Deus – Ministério Raiz de Jessé, mediante contrato de **concessão de uso**, a área que especifica" – Controle concentrado que possui causa de pedir aberta – Possibilidade de controle concentrado das normas, ainda que possuam efeitos concretos – Flexibilização da jurisprudência para analisar a norma de forma abstrata diante da existência de discussão de sua legitimidade

perante os preceitos constitucionais – Inconstitucionalidade – Configuração – Desafetação e concessão de uso que não atendem aos princípios constitucionais destinados à atuação da Administração Pública – Inexistência de indicação do interesse público específico – Hipótese de alteração da destinação originária da área institucional que não se enquadra nas exceções do art. 180, VII e § 1º, da Constituição Estadual, não se tratando de quadro de regularização de situação consolidada – **Concessão de uso de imóvel integrante do patrimônio municipal para destinatário específico – Afronta ao princípio da licitação ao não realizar previamente o respectivo procedimento – Violação dos princípios da isonomia, da impessoalidade e da moralidade – Ofensa aos arts. 111, 117 e 144 da Constituição do Estado de São Paulo – Ação procedente.**”

(TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 2120132-62.2017.8.26.0000; Relator (a): Alvaro Passos; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo - N/A; Data do Julgamento: 08/11/2017; Data de Registro: 09/11/2017)

“Ação direta de inconstitucionalidade Lei nº 8.992, de 10 de dezembro de 2015, do Município de Presidente Prudente. Desafetação e autorização para alienação de áreas localizadas no loteamento Residencial Século XXI, por meio de investidura. Áreas institucionais. Alteração vedada. Não configuração das exceções expressamente elencadas na Constituição Bandeirante. **Nos casos de alienação de bens públicos, a municipalidade deve observar, além das exigências administrativas e financeiras previstas no ordenamento jurídico, a necessidade do certame licitatório. Violação** aos artigos 180, inciso VII, 144 e 117 da Constituição Estadual. Precedentes. Ação julgada procedente”.

(TJSP, ADIn 2236991-98.2016.8.26.000, Desembargador Relator Sérgio Rui, julgamento no dia 21 de junho de 2017, grifos nossos).

O ato normativo impugnado criou exceção à licitação, prestigiada no art. 117 da Constituição Estadual ao favorecer, como concessionário de uso de bem público e de serviço público, pessoa jurídica de direito privado que não se investiu nessa qualidade a partir de processo seletivo objetivo, público e imparcial, o que significa, ainda, afronta à competência legislativa da União para normas gerais sobre licitação e contrato administrativo (arts. 22, XXVII, 37, XXI, e 175, Constituição Federal), patenteando, novamente, ofensa à competência normativa alheia, sindicável por força do art. 144 da Constituição Estadual.

As exceções à licitação (inexigibilidade, dispensa, dispensabilidade, proibição) constituem matérias da essência das normas gerais de licitações e contratações públicas, não sendo lícito aos Municípios disciplinarem o assunto em lei para além das prescrições contidas em lei federal.

A autorização legislativa conferida foi destinada a beneficiar instituição privada, qual seja, o Clube de Veteranos Independentes (CVI), constituindo-se em ato de privatização da coisa pública, **atentatória ao princípio de moralidade administrativa**.

Como ensina Hely Lopes Meirelles “*o certo é que a moralidade do ato administrativo juntamente com sua legalidade e finalidade, além da sua adequação aos demais princípios, constituem pressupostos de validade sem os quais toda atividade pública será ilegítima*” (Direito Administrativo Brasileiro, com Délcio Balestero Aleixo e Jose Emmanuel Burle Filho, Ed. Malheiros, 40^a ed., p. 92). E acrescenta, “*o que o princípio da finalidade veda é a prática de ato administrativo sem interesse público ou conveniência para a Administração, visando unicamente satisfazer a interesses privados, por favoritismo ou perseguição dos agentes governamentais, sob a forma de desvio de finalidade*” (obra citada pág. 95).

In casu, a lei local indicou o particular beneficiário específico da concessão.

Ao assim proceder, nada mais houve do que a **privatização de um espaço público**, sem processo licitatório, satisfazendo unicamente interesses privados, em flagrante violação aos princípios da administração pública, em especial à **moralidade administrativa** (art. 111, CE/89).

Ademais, a lei municipal não contém qualquer dispositivo que justifique a impossibilidade de oportunizar a concessão de uso dos imóveis a pessoas outras que pudessem atender aos interesses da Administração Pública.

Não bastasse, a Lei nº 830, de 30 de maio de 2000, do Município de Hortolândia afronta o **princípio da impessoalidade** previsto no art. 111 da Constituição do Estado (art. 37, *caput*, CF), aplicável ao Município por força do já referido art. 144, na medida em que indica o particular beneficiário específico da concessão.

A respeito do **princípio da impessoalidade**, anota Edmir Netto de Araújo que seu sentido é o da “imparcialidade, significando que a Administração não pode agir motivada por interesses particulares, interesses políticos, de grupos, por animosidades ou simpatias pessoais, políticas, ideológicas, etc., implicando sempre em regra de agir objetiva para o administrador” (*Curso de direito Administrativo*, São Paulo, Saraiva, 2005, p. 56).

Ou então, como pontua Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “o princípio estaria relacionado com a finalidade pública que deve nortear toda a atividade administrativa. Significa que a Administração não pode atuar com vistas a prejudicar ou beneficiar pessoas determinadas, uma vez que é sempre o interesse público que tem que nortear o seu comportamento” (*Direito administrativo*, 19^a ed., São Paulo, Atlas, 2006, p. 85).

É assente no e. STF ser imperativo o respeito aos princípios constitucionais da Administração, tendo ficado assentado que:

"A Administração Pública é norteada por princípios conducentes à segurança jurídica — da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência. A variação de enfoques, seja qual for a justificativa, não se coaduna com os citados princípios, sob pena de grassar a insegurança." (MS 24.872, voto do Min. Marco Aurélio, julgamento em 30-6-05, DJ de 30-9-05).

"Não podem a lei, o decreto, os atos regimentais ou instruções normativas, e muito menos acordo firmado entre partes, superpor-se a preceito constitucional, instituindo privilégios para uns em detrimento de outros, posto que além de odiosos e iníquos, atentam contra os princípios éticos e morais que precipuamente devem reger os atos relacionados com a administração pública. O art. 37, XXI, da CF, de conteúdo conceptual extensível primacialmente aos procedimentos licitatórios, insculpiu o princípio da isonomia assecuratória da igualdade de tratamento entre todos os concorrentes, em sintonia com o seu caput — obediência aos critérios da legalidade, impessoalidade e moralidade — e ao de que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza." (MS 22.509, Rel. Min. Maurício Corrêa, julgamento em 26-9-1996, Plenário, DJ de 4-12-1996.)

"Recurso extraordinário. Ação direta de inconstitucionalidade de artigos de lei municipal. Normas que determinam prorrogação automática de permissões e autorizações em vigor, pelos períodos que especifica. (...) Prorrogações que efetivamente vulneram os princípios da legalidade e da moralidade, por dispensarem certames licitatórios previamente à outorga do direito de exploração de serviços públicos" (RE 422.591, Rel. Min. Dias Toffoli, julgamento em 1º-12-2010, Plenário, DJE de 11-3-2011.)

E mutatis mutandis, os princípios constitucionais da Administração Pública são aplicáveis ao Poder Legislativo quando da elaboração de leis. Não é aceitável que determinado diploma legal estabeleça cláusulas que permitam o

favorecimento a particular determinado, sob pena de violar os princípios da moralidade, impessoalidade e igualdade.

Daí a inconstitucionalidade da Lei nº 830, de 30 de maio de 2000, do Município de Hortolândia, também por afronta ao art. 111 da Constituição do Estado (art. 37, *caput*, da Constituição Federal).

Acórdão recente deste Tribunal de Justiça Paulista julgou procedente ação direta de inconstitucionalidade proposta pela Procuradoria-Geral de Justiça com objeto e causa de pedir **similares**:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Alínea c do inciso I do artigo 98 da Lei Orgânica do Município de Nova Odessa, e Lei municipal nº 2.967/2015, da mesma cidade. Criação de nova hipótese de dispensa de licitação e desafetação de bem imóvel institucional, de uso comum do povo, tornando-o bem dominical, com posterior outorga de concessão de direito real de superfície a pessoa jurídica de direito privado.

Temática preliminar suscitada pelos requeridos. Leis municipais que não são em sua inteireza de efeitos concretos, pois também disciplinam relações jurídicas em abstrato. Ação Direta de Inconstitucionalidade que, in casu, constitui meio adequado para impugnar citados atos normativos. Preliminar rejeitada.

Mérito. Previsão na Lei Orgânica municipal de hipótese de dispensa de licitação que não encontra correspondência na Lei federal nº 8.666/1993. Competência para legislar sobre normas gerais de licitação privativa da União. Poder Legislativo local que invadiu esfera de atuação específica do legislador federal. **Afronta ao artigo 22, inciso XXVII, da Constituição federal**, bem como ao artigo 144, do Supremo Pacto deste Estado-membro.

Lei municipal nº 2.967/2015, que desafeta bem imóvel institucional. Matéria urbanística. Cerceamento à participação popular e comunitária durante o processo legiferante respectivo. **Ofensa ao artigo 180, inciso II, da Constituição bandeirante.** Inconstitucionalidade formal configurada. Inconstitucionalidade material também caracterizada, porquanto a desafetação do aludido imóvel não encontrou amparo nas hipóteses taxativamente previstas no artigo 180, inciso VII, do Texto Constitucional paulista. Concessão de direito real de superfície do citado bem a determinada pessoa jurídica de direito privado sem prévio procedimento licitatório. **Ofensa também aos artigos 111 e 117, da Constituição estadual.** Ação procedente.” (TJSP, ADI n. 2252429-96.2018.8.26.0000, Relator Geraldo Wohlers, disponibilizado em 02.05.2019)

IV - PEDIDO

Diante de todo o exposto, aguarda-se o recebimento e o processamento da presente ação declaratória, para que, ao final, seja ela julgada procedente, reconhecendo-se a inconstitucionalidade parágrafo único do art. 123 da Lei Orgânica Municipal e da Lei nº 830, de 30 de maio de 2000, ambas do Município de Hortolândia.

Requer-se ainda que sejam requisitadas informações ao Prefeito e ao Presidente da Câmara Municipal de Hortolândia, bem como posteriormente citado o Procurador-Geral do Estado, protestando por nova vista para apresentação de parecer final.

Termos em que, pede deferimento.

São Paulo, 24 de junho de 2019.

Gianpaolo Poggio Smanio
Procurador-Geral de Justiça

kb/mam

SEI nº 29.0001.0008710.2019-60

Interessada: 3ª Promotoria de Justiça de Hortolândia

Assunto: análise de ação direta de inconstitucionalidade do parágrafo único do art. 123 da Lei Orgânica Municipal e da Lei nº 830, de 30 de maio de 2000, ambas do Município de Hortolândia.

1. Distribua-se a petição inicial da ação direta de inconstitucionalidade em face do parágrafo único do art. 123 da Lei Orgânica Municipal e da Lei nº 830, de 30 de maio de 2000, ambas do Município de Hortolândia.
2. Oficie-se à 3ª Promotoria de Justiça de Hortolândia informando a propositura da ação, com cópia da petição inicial.

São Paulo, 24 de junho de 2019.

Gianpaolo Poggio Smanio
Procurador-Geral de Justiça

kb