



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

fls. 148

Registro: 2021.0000146867

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Direta de Inconstitucionalidade nº 2125913-60.2020.8.26.0000, da Comarca de São Paulo, em que é autor PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO, são réus PREFEITO DO MUNICÍPIO DE CARAGUATATUBA e PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE CARAGUATATUBA.

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

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores PINHEIRO FRANCO (Presidente), JAMES SIANO, CLAUDIO GODOY, SOARES LEVADA, MOREIRA VIEGAS, COSTABILE E SOLIMENE, TORRES DE CARVALHO, ARTUR MARQUES, LUIS SOARES DE MELLO, RICARDO ANAFE, XAVIER DE AQUINO, ANTONIO CARLOS MALHEIROS, MOACIR PERES, FERREIRA RODRIGUES, EVARISTO DOS SANTOS, MÁRCIO BARTOLI, JOÃO CARLOS SALETTI, FRANCISCO CASCONI, RENATO SARTORELLI, FERRAZ DE ARRUDA, ADEMIR BENEDITO, ANTONIO CELSO AGUILAR CORTEZ, ALEX ZILENOVSKI E CRISTINA ZUCCHI.

São Paulo, 17 de fevereiro de 2021.

JACOB VALENTE
RELATOR
Assinatura Eletrônica

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE n°
2125913-60.2020.8.26.0000**

Autor: PROCURADOR GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Réus: PREFEITO e PRESIDENTE DA CÂMARA MUNICIPAL DE CARAGUATATUBA

VOTO N° 32.368

***AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei 2.246, de 18 de setembro de 2015, do Município de Caraguatatuba,** que inverteu fase de procedimento licitatório, consistente na abertura de todos os envelopes das propostas junto com a fase de habilitação, vulnerando o preceito do artigo 43, inciso II e III, da Lei 8.666/93 - PACTO FEDERATIVO – Constituição Federal que expressamente reservou para a União a competência para legislar sobre normas gerais de licitações (artigos 22, inciso XVII e 37, inciso XXI), cuja tutela pode ser exercida diretamente pelos Tribunais de Justiça (Tema 484 em repercussão geral no S.T.F.) – Situação que a inversão proposta pelo município implica em vulneração, também, dos princípios da impessoalidade, finalidade e igualdade estabelecidos nos artigos 111 e 117 da Constituição Bandeirante, de remissão obrigatória aos Municípios (artigo 144) – Precedentes do Órgão Especial do TJSP - Ação julgada procedente.*

1 – Trata-se de ação ajuizada pelo douto Procurador Geral de Justiça de São Paulo a pretender a declaração de inconstitucionalidade integral da **Lei n° 2.246**, de 18 de setembro de 2015, do Município de Caraguatatuba, a qual revogou a de n° 1.835/2010 e estabeleceu a *'inversão de fases nos procedimentos licitatórios realizados no âmbito do Município'*, adentrando em regra geral de licitação cuja competência é privativa da União (artigo 22, inciso XXVII, CF).

Não houve pedido de tutela em caráter cautelar.

Após regular citação (fls. 104), a Procuradoria Geral do Estado não se manifestou (fls. 132).

O Presidente da Câmara Municipal, devidamente notificado, ofertou as singelas informações de fls. 114, sustentando, em síntese, ausências de vícios durante o trâmite legislativo.

O Prefeito Municipal, por sua vez, não ofertou qualquer manifestação (fls. 133).

A douta Procuradoria Geral de Justiça, no seu parecer de fls. 136/142, opina pela procedência da ação, reiterando os argumentos lançados na inicial.

É o sucinto relatório.

2 - DA COMPETÊNCIA DA UNIÃO PARA LEGISLAR SOBRE NORMAS GERAIS DE LICITAÇÕES

Leitura da inicial revela a intenção de declaração de inconstitucionalidade da Lei 2.246, de 18 de setembro de 2015, originada do projeto de lei nº 0035/2015, de autoria do Chefe do Poder Executivo (fls. 116), o qual, segundo justificativa da mensagem enviada à Casa Legislativa, corrigiria 'o equívoco ocorrido na redação contida na lei revogada (1835/2020) no que tange a abertura somente dos três envelopes de habilitação, situação que, na prática, tem causado transtornos na condução dos trabalhos, havendo a necessidade de análise dos documentos de habilitação de todos os participantes visando a classificação geral dos mesmos e, por consequência, economia processual em caso de necessidade de contratação dos subsequentes classificados' (fls. 117).

Nesse ínterim, o referido projeto de lei, copiado as fls. 118/119, estabeleceu a abertura simultânea de todos os envelopes de propostas dos concorrentes, a verificação da sua conformidade com os requisitos exigidos no Edital e viabilidade econômica, classificando as admitidas e devolvendo os envelopes, fechados, aos desclassificados (artigo 1º), regulamentando os

casos omissos por decreto (artigo 2º). Esse projeto tramitou sem alterações, foi promulgado e sancionado sob a Lei 2.246/2015.

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

Nesse escopo, está absolutamente claro que leis municipais apenas estabelecem as regras de organização do ente federativo municipal, dentro das balizas verticais estabelecidas pela Constituição Estadual e Federal. Não pode adentrar, portanto, na seara específica ou suplementar para regular licitações e contratos, na forma do artigo 22, inciso XXVII, da Constituição Federal:

CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Artigo 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;

Artigo 37 - A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

[...]

XXI – ressaltados 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.

Portanto, no desenho constitucional está absolutamente claro que compete à União estabelecer as normas **gerais** de licitações, e, **nessa norma**, especificar quais os casos de obras, serviços, compras e alienações que, eventualmente, são dispensáveis de concorrência pública, eis que esta é a regra geral, ainda que não fosse escrita.

O constituinte de 1988 não elencou entre as competências do **Município** a possibilidade de 'suplementar' legislação cuja competência seja privativa da União, algo que caberia ao Estado Federado (artigo 24, §§ 2º e 3º), mas apenas aquelas **legislações ordinárias** em que caberia aperfeiçoamento em face de **interesse local** (artigo 30, inciso II).

Ora, não há nenhuma dúvida de que se a regra matriz é a concorrência aberta e ampla, excepcionando-se a dispensa licitatória, algo muito bem desenhado no escopo da Lei Federal 8.666/93, absolutamente impertinente de que o ente municipal faça 'adaptações' daquela norma geral a seu bel prazer e interesse político. É nítida a usurpação nesse caso.

E essa tutela pode ser diretamente exercida nos Tribunais de Justiça, segundo o **Tema 484**, em repercussão geral no S.T.F.:

"Recurso Extraordinário. Repercussão Geral. Ação direta de inconstitucionalidade estadual. Parâmetro de controle. Regime de subsídio. Verba de representação, 13º salário

e terço constitucional de férias.

1. Tribunais de Justiça podem exercer controle abstrato de constitucionalidade de leis municipais utilizando como parâmetro normas da Constituição Federal, desde que se trate de normas de reprodução obrigatória pelos Estados. Precedentes.

2. O regime de subsídio é incompatível com outras parcelas remuneratórias de natureza mensal, o que não é o caso do décimo terceiro salário e do terço constitucional de férias, pagos a todos os trabalhadores e servidores com periodicidade anual.

3. A "verba de representação" impugnada tem natureza remuneratória, independentemente de a lei municipal atribuir-lhe nominalmente natureza indenizatória. Como consequência, não é compatível com o regime constitucional de subsídio.

4. **Recurso parcialmente provido.** (RE 650898/SP, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, Rel. p/ Acórdão Min. ROBERTO BARROSO, j.01/02/2017, DJe 23/08/2017)

Na espécie, a lei objurgada, bem como a anterior que foi revogada, estabelecem as fases do procedimento licitatório, regra de natureza geral prevista no artigo 43, incisos II e III, da Lei 8.666/93, que disciplina:

Artigo 43 - A licitação será processada e julgada com observância dos seguintes procedimentos:

[...]

II - Devolução dos envelopes fechados aos concorrentes inabilitados, contendo as respectivas propostas, desde que não tenha havido recurso ou após sua denegação;

III - abertura dos envelopes contendo as propostas dos concorrentes habilitados, desde que transcorrido o prazo sem interposição de recurso, ou tenha havido desistência expressa, ou após o julgamento dos recursos interpostos;

Portanto, a devolução dos envelopes fechados aos concorrentes inabilitados deve ocorrer **antes** da abertura dos envelopes contendo as propostas daqueles habilitados, e não o contrário como estipula a lei objurgada, justamente para que uma proposta que pareça vantajosa economicamente não advenha de alguém que não tenha capacidade da sua execução.

Notadamente, o Município de Caraguatatuba, por seus Poderes Executivo e Legislativo, exorbitou a legislação federal, invertendo regra geral contida na Lei 8.666/1993, o que, de moço evidente, usurpa a competência da União para legislar sobre o assunto.

Nesse sentido, é pacífico o entendimento deste Colendo Órgão Especial, sendo que no último dos referenciados houve a participação deste subscritor na sessão de julgamento:

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - LEI Nº 13.813, DE 10 DE JUNHO DE 2016, DO MUNICÍPIO DE RIBEIRÃO PRETO QUE 'ESTABELECE A OBRIGATORIEDADE DE GARANTIA PELAS EMPRESAS QUE PRESTAREM OU EXECUTAREM SERVIÇOS OU OBRAS COM O PODER EXECUTIVO MUNICIPAL' - ATO NORMATIVO DE AUTORIA PARLAMENTAR - AUSÊNCIA DE VÍCIO DE INICIATIVA - USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO PARA LEGISLAR SOBRE NORMAS GERAIS DE LICITAÇÃO - RECONHECIMENTO - OFENSA AO ARTIGO 22, INCISO XXVII, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL - VIOLAÇÃO AO PACTO FEDERATIVO E AOS ARTIGOS 1º E 144, AMBOS DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL - AÇÃO PROCEDENTE". 'Por se tratar de limitações ao poder de instauração do processo legislativo, as hipóteses previstas no texto constitucional devem ser interpretadas restritivamente, não havendo óbice à iniciativa de lei parlamentar que disponha sobre regras especiais para processos licitatórios no âmbito municipal, de acordo com as peculiaridades locais, porquanto o constituinte não restringiu o âmbito de sua titularidade, cuidando-se, isto

sim, de competência concorrente'. 'A edição de lei, por determinado ente da federação, que contrarie frontalmente critérios mínimos legitimamente veiculados pela União, em sede de normas gerais, ofende diretamente o texto constitucional. Precedentes do E. STF'. 'É inconstitucional a lei municipal que, em matéria inserida na competência legislativa da União para editar regras gerais, utiliza-se do argumento do interesse local para restringir ou ampliar as determinações contidas em texto normativo de âmbito nacional'. 'O Município pode 'legislar sobre assuntos de interesse local' e 'suplementar a legislação federal e a estadual no que couber' (artigo 30, incisos I e II, da Constituição Federal), devendo suas leis guardar compatibilidade vertical com as normas editadas pelos demais entes da federação, não havendo espaço para inovações naquilo que a União já definiu e esgotou no exercício de sua competência privativa, sob pena de violação ao princípio federativo' (ADIN nº 2194122-23.2016.8.26.0000, rel. Des. Renato Sartorelli, j.08/02/2017)

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Lei nº 5.142, de 15 de dezembro de 2017, do Município de Rio Claro, que 'veda a participação em licitação e contratação de empresas cujos sócios ou proprietários tenham condenação por improbidade administrativa, crimes contra a Administração Pública ou outros ilícitos que impliquem malversação de recursos públicos' – Texto que estabelece critérios para a participação (ou exclusão) em processos licitatórios e celebração de contratações públicas como um todo – Característica de generalidade de seu conteúdo – Usurpação de competência privativa da União para legislar sobre normas gerais de licitação e contratação (artigo 22, inciso XXVII, da Constituição da República) e afronta ao artigo 144 da Carta Magna Paulista – Precedentes. AÇÃO PROCEDENTE." (ADIN nº 2038573-49.2018.8.26.0000, rel. Des. Xavier de Aquino, j.08/08/2018)

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Lei nº 6.694/2018, da cidade de Lins e de iniciativa parlamentar, que disciplina o procedimento para locação de imóveis pelo Prefeito. Norma que prevê condições para contratação de locação de imóveis que não se harmonizam com a 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 que também disciplina assuntos concernentes à atividade administrativa do Município. Imposição de prática de atos concretos de administração, sem respeitar a discricionariedade cabente ao chefe do Poder Executivo local. Vício de iniciativa configurado. Matéria privativa do Prefeito Municipal, nos termos do artigo 47, incisos II e XIV, da Constituição estadual. Ofensa ao princípio da separação dos poderes (artigo 5º, da Carta paulista). Ação procedente." (ADIN nº 2046163-43.2019.8.26.0000, rel. Des. Geraldo Wohlers, j. 31/07/2019)

Note-se, ainda, que a inversão de fase no procedimento de habilitação de propostas durante licitação pública também implica na afronta direta aos comandos dos artigos 111 e 117 da Constituição Bandeirante (princípios da impessoalidade, finalidade e igualdade), este último artigo que apenas reproduz aquele do citado artigo 37, inciso XXI, da CF, de modo que ambos são de remissão obrigatória aos Municípios (artigo 144 da CE/89).

Portanto, indeclinável a declaração de inconstitucionalidade da norma objurgada frente aos dispositivos constitucionais acima referenciados.

3 - ANÁLISE FINAL

Estabelecida a fundamentação analítica



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

fls. 157

determinada pelo artigo 489, § 1º, do Novo C.P.C., pelo meu voto: declaro a inconstitucionalidade da Lei 2.2469, de 18 de setembro de 2015, do Município de Caraguatatuba, por confronto vertical com os artigos 22, inciso XXVII, e 37, inciso XXI, da Constituição Federal, artigos 111, 117 e 144 da Constituição Bandeirante, com parâmetro no Tema 484 em repercussão geral no Supremo Tribunal Federal.

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

JACOB VALENTE
Relator