

CÂMARA MUNICIPAL DE PORTO ALEGRE
PROCURADORIA

PROC. Nº 0043/18
PLCL Nº 001/18

PARECER Nº 151/18.

É submetido a exame desta Procuradoria, para parecer prévio, o Projeto de Lei Complementar em epígrafe, que inclui art. 22-A na Lei Complementar nº 275, de 6 de abril de 1992 - que dispõe sobre a proteção do Patrimônio Histórico, Cultural e Natural do Município de Porto Alegre -, condicionando à autorização legislativa o estabelecimento de parceria público-privada relativa a imóveis comerciais geradores de emprego que sejam tombados.

O processo vem instruído com cópia da Lei Complementar nº 275 que se pretende alterar.

É o breve relatório.

Boa parte da doutrina entende inafastável a autorização legislativa para a delegação, por concessão ou permissão, de serviço público por decorrência do que estabelecido na própria Constituição Federal. Neste sentido, vale transcrever o entendimento da Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha¹:

“Como o serviço público é atividade titularizada por uma das entidades públicas dotadas de capacidade política, vale dizer, é de competência primária e intransferível de pessoa política somente pelo mecanismo inspirado no sistema de checks and balances se pode cogitar da sua transferência de execução ao particular concessionário ou permissionário. É que a execução do serviço é um dos momentos do exercício daquela competência; constitui o instante em que a atividade é entregue ao particular. Logo, o Poder executivo, ao qual compete primária ou tipicamente a atividade administrativa estatal (em cujo seio repousa aquele serviço), não pode decidir política e isoladamente pela forma de sua prestação indireta, entregando sua execução ao particular, sem que antes se submete ao controle de outro dos poderes- no caso, o Poder legislativo-. Em cuja sede reside e se exerce a competência para definir, em nível infraconstitucional, as atividades inseridas no rol dos serviços públicos.

A autorização legislativa prévia para a transferência de atribuição controlada de prestação indireta de serviço público pelo particular é um instrumento do sistema de freios e contrapesos, adotado nas democracias contemporâneas. Por esse instrumento, impede-se que o Estado, por qualquer de suas pessoas políticas, ausente-se de serviços públicos que devam ser diretamente prestados e apresente-se em atividades que poderiam, sem qualquer dificuldade ou embaraço, ser bem prestadas por particulares interessados em colaborar com a Administração Pública. Ademais, a atividade de opção pela forma de prestação de serviço público é de natureza político-governamental, e esse desempenho não está a cargo exclusivo do poder Executivo nos modelos contemporâneos, senão que entregue à ação conjunta dos poderes harmônicos do Estado.” - grifei.

Celso Antonio Bandeira de Melo², que comunga do mesmo entendimento afirma que:

¹ Estudo sobre Concessão e Permissão de Serviço Público no Direito Brasileiro. São Paulo. Saraiva. 1996. p. 117.

² Curso de Direito Administrativo, 13. ed. São Paulo, Malheiros, 2000, p. 634.

“Não pode o Executivo, por simples decisão sua, entender de transferir a terceiros o exercício de atividade havida como peculiar ao Estado. É que, se se trata de um serviço próprio dele, quem deve, em princípio, prestá-lo é a Administração Pública. Para isto existe.”

Há, inclusive previsão na Lei nº 9.074/95, que estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos neste sentido³. No entanto, o STF no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 462/BA reconheceu, por unanimidade, a inconstitucionalidade de dispositivo da Constituição baiana que estabelecia a necessidade de autorização da Assembleia Legislativa para concessão de serviço público por violação ao princípio da independência e harmonia entre os poderes. E o TJ/RS não diverge dessa orientação conforme precedente assim ementado:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO DE URUGUAIANA. CONDICIONAMENTO À PRÉVIA AUTORIZAÇÃO LEGISLATIVA PARA QUE O PREFEITO MUNICIPAL CELEBRE CONVÊNIOS COM A UNIÃO, ESTADO, MUNICÍPIOS E COM ENTIDADES PÚBLICAS OU PARTICULARES, ALÉM DA CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO, BEM COMO A ALTERAÇÃO DE VALORES DE ALUGUÉIS E TAXAS NÃO PREVISTAS EM CONTRATO. ATOS DE GESTÃO ADMINISTRATIVA. ATRIBUIÇÃO DE COMPETÊNCIA PRIVATIVA DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO. O dispositivo da Lei Orgânica Municipal que condiciona à realização de convênios com a União, Estado, Municípios e com entidades públicas ou particulares, além da concessão de serviço público, bem como a alteração de valores de aluguéis e taxas não previstas em contrato à aprovação do Poder Legislativo, é inconstitucional porque ofende ao princípio da separação dos poderes. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADA PROCEDENTE. UNÂNIME. (Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 70028391506, Tribunal Pleno, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alzir Felipe Schmitz, Julgado em 19/10/2009)

Particularmente, penso que este tipo de decisão extrapola as competências puramente administrativas, conforme pondera Marçal Justen Filho⁴, a outorga de uma concessão envolve decisão séria e grave, pertinente a interesses de diversa ordem, inclusive com potenciais efeitos sobre direitos e garantias individuais, de modo que a escolha de produzir a outorga de concessão deveria envolver a manifestação do Poder Legislativo. A autorização legislativa não configura na hipótese ingerência indevida do Poder Legislativo no Executivo conforme esclarece Hely Lopes Meirelles⁵:

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

No caso, a autorização proposta envolve as chamadas parcerias público-privadas disciplinadas pela Lei nº 11.079/2005, que instituiu duas modalidades de parceria público-privada: a concessão patrocinada e a concessão administrativa.

³ Art. 2º É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios executarem obras e serviços públicos por meio de concessão e permissão de serviço público, sem lei que lhes autorize e fixe os termos, dispensada a lei autorizativa nos casos de saneamento básico e limpeza urbana e nos já referidos na Constituição Federal, nas Constituições Estaduais e nas Leis Orgânicas do Distrito Federal e Municípios, observado, em qualquer caso, os termos da Lei nº 8.987, de 1995.

⁴ Teoria Geral das Concessões de Serviço Público. São Paulo, Dialética, 2003, p.173.

⁵ Direito Municipal Brasileiro, Malheiros, 16º ed., 2008, p. 699.

A concessão patrocinada, conforme esclarece Marçal Justen Filho⁶, *consiste numa concessão de serviço público, subordinada genericamente às regras da Lei 8.987/1995, em que o poder concedente se responsabiliza parcialmente pela remuneração devida ao concessionário, o que constitui objeto de garantias especiais por parte do Poder Público. Já, a concessão administrativa é um contrato administrativo em sentido restrito, de objeto complexo e duração continuada, que impõe a um particular obrigações de dar e fazer direta ou indiretamente em favor da Administração Pública, mediante remuneração total ou parcialmente proveniente dos cofres públicos e objeto de garantias diferenciadas. A hipótese de concessão administrativa, segundo o autor, não configura delegação do serviço público. Ao contrário das modalidades de concessão (comum e patrocinada), o particular não assumirá o dever de desempenhar as atividades em nome próprio perante os usuários. Atuará sempre em prol da Administração Pública. Em outras palavras, seus atos serão atribuídos à Administração.*

Se na concessão administrativa não há delegação do serviço público não há também por conseguinte necessidade de autorização legislativa? Em princípio, sim. Ocorre que o § 3º do artigo 10º da Lei nº 11.079/2005 exige autorização legislativa específica na hipótese de concessão patrocinada em que o valor a ser desembolsado pela Administração Pública seja superior a 70%. O que indicaria, segundo alguns entendimentos, apesar da falta de previsão na norma, que na concessão administrativa em que os recursos serão integralmente suportados pela Administração Pública também seria necessária a autorização legislativa.

De qualquer forma, a necessidade de autorização legislativa decorreria da Constituição Federal ou mesmo da legislação federal, conforme visto acima, não havendo, em princípio, espaço para o legislador local exigi-la. No entanto, admitida a necessidade de autorização, conforme sustentado por alguns, não me parece haver óbice que a lei local reproduza obrigação que já decorre da Constituição ou da legislação federal. É de se observar, contudo, que a jurisprudência do STF e do TJ/RS, conforme visto acima, estão a indicar que a proposição em questão violaria o princípio da independência e harmonia entre os poderes.

É o que nos pareceu relevante informar.

Em 26 de abril de 2018.


Fábio Nyland
Procurador – Geral
OAB/RS 50.325

⁶ Curso de Direito Administrativo, 10ª ed., RT, 2014, p. 827, 830 e 831.