CÂMARA MUNICIPAL DE PORTO ALEGRE
PROCURADORIA

PROC. Nº 1330/18
PLE Nº 011/18

PARECER Nº 617/18.

É submetido a exame desta Procuradoria, para parecer prévio, o Projeto de Lei Complementar em epígrafe, de iniciativa do Prefeito que autoriza o Poder Executivo a conceder os serviços de operação, administração, conservação, manutenção, implantação, reforma, ampliação ou melhoramento, bem como o uso, de praças e parques urbanos.

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 Rocha[1]:

> *"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.

---

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

Celso Antonio Bandeira de Melo[2], que comunga do mesmo entendimento afirma que:

> "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 sentido[3]. **No entanto, o STF no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 462 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 Felippe Schmitz, Julgado em 19/10/2009)*

Particularmente, penso que **este tipo de decisão extrapola as competências puramente administrativas, conforme pondera Marçal Justen Filho**[4], *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 Meirelles[5]:

---

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

[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.

"Convém relembrar 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 requerida é bastante genérica e envolve além da concessão de serviços públicos comum de que trata a Lei no 8.987/95 também a concessão simples de uso de bem público e 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.

A concessão patrocinada, conforme esclarece Marçal Justen Filho[6], *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.*

Nesse passo, vale observar, que a proposição em questão, trata hipóteses diferentes, ou seja, em que há concessão de serviço público (concessão comum e concessão patrocinada) e aquelas em que não ocorre tal, como na concessão administrativa e na concessão simples de uso de bem público, como se fosse tudo a mesma coisa. E não são. Possuem disciplina e características próprias. Por exemplo, os arts. 4º , 5º e 6º não se ajustam a todas as formas de concessão de que trata o projeto em análise. Também não nos parece possível, em princípio, a concessão de uso, por exemplo, da integralidade do Parque Farroupilha (Redenção), conforme estaria a permitir o § 2º do artigo 2º do projeto em questão, enquanto os serviços descritos no art. 1º podem, por óbvio, envolver todo o Parque.

Mas voltando a questão da autorização legislativa, se na concessão administrativa, conforme visto acima, não há delegação do serviço público não há também, por conseguinte, necessidade de autorização legislativa? Em princípio, sim. Ocorre, contudo, 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

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

em que os recursos serão integralmente suportados pela Administração Pública também seria necessária a autorização legislativa.

Se necessária a autorização legislativa ela pode ser genérica ou deve ser caso a caso? Se necessária a autorização sempre haverá de ser, ao nosso ver, caso a caso. Caso contrário, o Poder Legislativo estaria delegando a competência de a cada caso examinar a oportunidade e conveniência da delegação do serviço público. É verdade que os serviços de operação, administração, conservação, manutenção, implantação, reforma, ampliação ou melhoramento de praças e parques urbanos pode ser entendido como um serviço específico. E, portanto, se poderia entender que a proposição em questão atende essa exigência de ser específica. Por outro lado, o projeto em questão apresenta tantas possibilidades e diz tão pouco sobre como efetivamente a delegação se dará que, ao nosso ver, é discutível se ela apresenta grau suficiente de especificidade para o caso de se entender, de fato, necessária a autorização legislativa.

Quanto a requerida autorização para concessão de simples uso de bem público entendo que conflita com a Lei Orgânica que não prevê o uso de bens municipais por terceiros mediante tal modalidade. Eis o que diz a Lei Orgânica:

> *"Art. 13 _ O Município utilizará seus bens dominais como recursos fundamentais para a realização de políticas urbanas, especialmente em habitação popular e saneamento básico, podendo, para essa finalidade, vendê-los ou permutá-los.*
>
> *§ 1º – Enquanto os bens dominiais municipais não tiverem destinação definitiva, não poderão permanecer ociosos, devendo ser ocupados em permissão de uso, nos termos da lei.*
>
> *§ 2º – Em casos de reconhecido interesse público e caráter social, o Município também poderá realizar concessões reais de uso de seus bens dominiais, contendo elas sempre cláusulas de reversão desses bens.*
>
> *§ 3º – O Município revogará as doações que tiverem destinação diversa da ajustada em contrato ou as que não cumpriram as finalidades no prazo de quatro anos.*
>
> *(...)*
>
> *Art. 15 – O uso de bens municipais por terceiros poderá ser feito mediante concessão, permissão ou autorização, conforme o caso, atendido o interesse público, coletivo ou social, nas seguintes condições:*
>
> *I – a concessão de direito real de uso de bens dominiais para uso especial dar-se-á mediante contrato, sob pena de nulidade do ato, e será sempre precedida de concorrência pública;*
>
> *II – a concessão de direito real de uso de bens de uso comum somente poderá ser outorgada mediante lei e para finalidade de habitação e educação ou assistência social;*
>
> *III – a permissão será feita por decreto;*
>
> *IV – a autorização será feita, por decreto, pelo prazo máximo de noventa dias.*
>
> *Parágrafo único – Em qualquer hipótese, o Poder Público promoverá ampla discussão com a comunidade local."*

Alternativa próxima é a permissão de uso qualificada. Explico. A permissão de uso, pode ser gratuita ou onerosa, bem como por tempo certo ou determinado. Ou seja, a permissão pode ser simples ou qualificada. A permissão qualificada, vale dizer, é dotada

da mesma estabilidade de que se reveste a concessão de uso, pois no ato de outorga, não haverá o traço da precariedade. De modo que a troca, aparentemente, atende as finalidades da proposição.

É o que nos parece relevante observar nesse exame prévio.

Em 16 de dezembro de 2018.

Fábio Nyland
Procurador – Geral
OAB/RS 50.325