

# A (DES)NECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO LEGISLATIVA PARA A CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS

*The (unn)ecessity of a public service concession authorization bill*

Graziella Moliterni Benvenuti<sup>1</sup>

## SUMÁRIO

Introdução. 1. Concessão de serviço público. 2. Legislação aplicável. 2.1. Art. 175 da Constituição Federal. 2.2. Lei nº 8.987/95. 2.3. Lei nº 9.074/95. 2.4. Lei nº 9.491/1997 - Plano Nacional de Desestatização – PND. 2.5. Lei nº 11.079/2004. 2.6. Lei nº 13.334/2016 - Programa de Parcerias de Investimentos – PPI. 2.7. A legislação do estado de São Paulo. 2.7.1. A Constituição Estadual. 2.7.2. Leis do estado de São Paulo: nº 7.835/92, nº 9.361/96 - Programa Estadual de Desestatização – PED e nº 11.688/2004 – Programa de Parcerias Público-Privadas. 3. Da desnecessidade de autorização legislativa para a concessão de serviços públicos. 3.1. Ausência de exigência constitucional. 3.2. Princípio federativo. 3.3. Separação dos poderes. 3.3.1. Jurisprudência. 3.4. Princípio da legalidade. Conclusão. Referências.

## RESUMO

Não é necessária a edição de lei autorizativa prévia para a concessão de serviço público. A prestação de serviço público sob regime de concessão será feita sempre por meio de licitação. A essência da concessão comum é sua autossuficiência econômica, sem a utilização de patrimônio público. Não é possível extrair da redação do art. 175, da CF/88, a obrigatoriedade de lei autorizativa prévia. Nas hipóteses em que a Constituição Federal tratou sobre a necessidade de lei autorizativa, ela o fez de maneira explícita. A Constituição Federal discriminou quais serviços públicos são de competência de cada ente federativo. Cada ente tem autonomia para organizar a prestação de serviço de sua competência. A exigência de autorização legislativa para outorga de concessão fere o princípio da separação de poderes, pois se trata de controle prévio de um poder sobre o outro. O princípio da legalidade não é desrespeitado se são observadas as leis que disciplinam a matéria.

**Palavras-chave:** Concessão de serviço público. Autorização legislativa prévia.

## ABSTRACT

It is not necessary a prior authorization bill for the concession of a public service. The operation of a public service under a concession regime will always be done through bidding. The essence of the common concession is its economic self-sufficiency, without the use of public assets. It is not possible to extract from Brazilian Constitution the mandatory prior authorization bill. When the Federal Constitution demanded an authoritative law, it did so explicitly. The Federal Constitution discriminated which public services are the responsibility of each federative entity. Each entity has the autonomy to organize the services within its competence. The requirement for legislative authorization to grant a concession violates the principle of separation of powers, because it is a prior control of one branch over the other. The principle of legality is not disregarded if the laws that govern the matter are observed.

**Keywords:** Public service concession. Prior legislative authorization.

<sup>1</sup> Procuradora do Estado de São Paulo. Pós-graduada em Direito Processual Civil e Direito do Estado pela ESPGE-SP. Graduada em Direito pela Universidade de São Paulo.

## INTRODUÇÃO

A ideia de desenvolver este trabalho veio da elaboração do recurso de apelação em ação popular que pleiteia a anulação do Edital de Concorrência Internacional nº 01/2017, da Secretaria de Transportes Metropolitanos de São Paulo, para a concessão onerosa de prestação de serviço público de transporte de passageiros da Linha 15 – Prata da Rede Metroviária de São Paulo.

Um dos argumentos dos autores populares consistia na ausência de autorização legislativa para realizar a concessão da operação da linha de Metro. Tal alegação foi acolhida pelo juízo de primeiro grau, que entendeu necessária lei autorizativa prévia para a realização de concessão de serviço público, com fundamento no art. 2º da Lei nº 9.074/95.

A partir do desenvolvimento do recurso, comecei a estudar o tema e decidi expandir a pesquisa para a monografia do curso de pós-graduação em Direito do Estado na Escola Superior da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo.

Dessa forma, este artigo tem o objetivo de demonstrar que não é necessária lei autorizativa prévia e específica para a realização de concessão de serviço público.

No primeiro tópico, faremos uma breve análise do instituto da concessão de serviço público. Em seguida, iremos analisar os diplomas legais aplicáveis às concessões de serviço público, inclusive as leis de parceiras público-privadas, e as previsões relativas à lei autorizativa prévia.

Também estudaremos a Constituição do Estado de São Paulo e as leis estaduais, considerando que se trata de trabalho desenvolvido no âmbito do curso de pós-graduação em Direito do Estado na Escola Superior da Procuradoria do Estado de São Paulo.

Além disso, como dito anteriormente, a ideia deste estudo partiu de uma necessidade prática de se analisar uma concessão de transporte público do Estado de São Paulo, motivo pelo qual se mostrou imprescindível a análise da legislação paulista sobre o tema.

Por fim, analisaremos os argumentos jurídicos a respeito da desnecessidade de autorização legislativa prévia para a realização de concessões de serviço público, quais sejam: (i) a ausência de exigência constitucional; (ii) o princípio federativo; (iii) a separação de poderes; e (iv) o princípio da legalidade.

Para o desenvolvimento deste trabalho, foram consultadas a doutrina de Direito Administrativo e Constitucional, as leis federais e estaduais sobre o tema e decisões do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal de Justiça de São Paulo pertinentes à questão tratada

### 1. CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO

A característica principal da concessão de serviços público é que se trata de uma delegação, em que o Estado delega a um ente privado a gestão e a organização de um certo serviço público: “nada mais caracteriza a concessão de serviços

públicos que não seja a transferência, a um particular, da obrigação de prestar determinado serviço, organizando-o e gerindo-o de forma a alcançar certas finalidades previamente fixadas” (SCHIRATO, 2016, p. 36).

Por se tratar de uma delegação da gestão e da organização de um serviço público, não há mudança no regime jurídico de prestação do serviço público, pois a titularidade permanece sendo do Estado<sup>2</sup>. O particular fará as vezes da Administração Pública em face dos usuários do serviço. Como explica Marçal Justen Filho:

É que, na concessão, o Estado continua a ser o titular do poder de prestação do serviço. Transfere-se a um particular uma parcela da função pública, mas o núcleo da competência permanece na titularidade do Estado. Assim, o Estado não está renunciando ao poder de prestar o serviço, nem abre mão do poder de disciplinar as condições de sua prestação. O concessionário atua perante terceiros como se fosse o próprio Estado (JUSTEN FILHO, 2003).

Dessa forma, para cumprir sua função de prestar determinado serviço público, a Administração Pública pode utilizar a concessão, atribuindo ao particular o dever de gerir o serviço, “conferindo a ele os direitos e as prerrogativas que façam necessário para dar cabo dessa atribuição” (MARQUES NETO, 2015, p. 127).

Com a promulgação da Lei nº 11.079/2004 (BRASIL, 2004), distinguiram-se três tipos de concessão de serviço público: (i) concessão de serviço público comum; (ii) concessão patrocinada; e (iii) concessão administrativa.

A concessão de serviço público comum, ordinária ou tradicional, é aquela disciplinada pela Lei nº 8.987/95 (BRASIL, 1995), cuja remuneração decorre da tarifa paga pelos usuários e/ou da receita decorrente da exploração do serviço. Não há contraprestação pecuniária do parceiro público.

A Lei nº 11.079/04 definiu o gênero parceria público-privada como “o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa”, de modo que a concessão patrocinada é aquela remunerada pela tarifa e contraprestação pecuniária da Administração Pública; e a concessão administrativa consiste no contrato de prestação de serviços em que o Poder Público é o usuário direto ou indireto, cuja contraprestação é paga pelo parceiro público.

---

<sup>2</sup> Sobre a titularidade estatal de determinada atividade, explica Floriano de Azevedo Marques Neto: “(...) há outra maneira de se entender a titularidade estatal: não como um direito especial de exclusão, mas como uma obrigação, um dever imposto pela ordem jurídica no sentido de oferecer ou desenvolver, direta ou indiretamente, uma atividade de interesse comum. A titularidade prevista na Constituição ou na lei sobre uma atividade para um ente estatal seria o correspondente à atribuição de uma competência que acarreta um dever de atuar, associado a poderes (prerrogativas) necessários ao exercício daquela atividade titularizada. Nessa outra acepção, a titularidade se afasta da ideia de privilégio estatal (visão predominantemente *ex pars principis*) e se aproxima da de função, competência, de um dever perante os administrados (visão *ex pars populi*)” (MARQUES NETO, 2015, p. 126).

O instituto da concessão não perdeu sua essência diante da possibilidade de aporte de verba pública com a edição da Lei nº 11.079/04, pois ainda que haja a utilização de recurso público, haverá a delegação do serviço.

É o serviço público que será objeto da concessão que irá definir qual será a melhor forma de constituição da delegação. Uma concessão de serviço rodoviário é diferente de uma concessão de transporte público, de modo que a modelagem deve ser adequada ao caso específico:

A multiplicidade de objetos e situações que podem compor um arranjo de concessão de serviço público exige maior flexibilidade, de forma que o caso concreto determine qual a melhor forma de remuneração a ser fixada para o particular e qual a parcela de risco a ele alocada (SCHIRATO, 2016, p. 36).

Nesse sentido, explica Vera Monteiro: “é o objeto concedido, aliado à forma como o ente público responsável organiza a parceira com terceiros (modelo do negócio), que determina o formato da concessão para o caso concreto” (MONTEIRO, 2010, p. 129).

Diante da complexidade envolvida na modelagem de uma concessão de serviço público, evidente que se trata de um contrato diverso de um contrato administrativo comum, considerando que deve equalizar a busca pelo lucro do ente privado e a prestação de um serviço público com eficiência e qualidade.

É por isso que Marçal Justen Filho afirma que o contrato de concessão possui natureza organizacional, de maneira que não se pode considerar o ajuste como um contrato comutativo comum:

O contrato de concessão apresenta natureza organizacional, por meio do qual se institui uma estrutura de bens e um conjunto de pessoas visando ao desempenho de atividade de interesse comum das partes. Trata-se, portanto, de um contrato plurilateral, de cunho associativo, também em relação ao concessionário (JUSTEN FILHO, 2003).

Essencialmente o concessionário de serviço público comum será remunerado pela tarifa paga pelos usuários, que pode ser fixada pela proposta vencedora da licitação ou pelo poder concedente, nos casos em que a licitação será definida pelo valor da oferta da outorga ou pela definição da proposta técnica (DI PIETRO, 2017, p. 126-127)<sup>3</sup>.

Prevê a Lei nº 8.987/95 (BRASIL, 1995) a possibilidade de outras fontes de receitas de acordo com as peculiaridades de cada serviço público (art. 11).

Dessa maneira, a essência da concessão comum é que ela é economicamente autossuficiente, ou seja, não depende da utilização de patrimônio público. Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

---

<sup>3</sup> Por exemplo, o edital da concessão da operação da Linha 15 do Metro de São Paulo definia qual seria a tarifa de remuneração do futuro concessionário (R\$ 1,70), estabelecendo como critério da licitação o valor da outorga fixa.

(...) cabe observar que a remuneração paga pelo usuário é uma ideia inerente ao instituto da concessão em sua forma original, constituindo a própria razão de ser dessa forma de gestão do serviço público, já que permite ao poder público prestar serviços de grande porte sem precisar recorrer aos cofres públicos. (DI PIETRO, 2017, p. 127).

Esse aspecto da concessão comum é relevante acerca da necessidade de autorização legislativa prévia, considerando que não gera impacto orçamentário a delegação de determinado serviço que se financia com as tarifas pagas pelos usuários e eventuais receitas acessórias.

Coloca-se a questão: por que o Poder Legislativo deveria autorizar a delegação de determinado serviço que não dependerá de repasse de recurso público?

## 2. LEGISLAÇÃO APLICÁVEL

### 2.1. Artigo 175 da Constituição Federal

O art. 175, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), dispõe que cabe ao Poder Público diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos:

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado.

José Afonso da Silva, ao comentar o artigo 175, elucida que o modo de gestão dos serviços públicos de competência da União, estados, Distrito Federal e municípios entra no regime da discricionariedade organizativa. Ou seja: cabe à Administração escolher se o faz diretamente, ou por delegação a uma empresa estatal (pública ou de economia mista), ou a uma empresa privada por concessão ou permissão (DA SILVA, 2012, p. 740).

Acrescenta, ainda, que o contrato de concessão e o de permissão “têm como pressuposto de validade submeter-se a prévia licitação (...), tudo nos termos da Lei de Licitações” (DA SILVA, 2012, p. 741).

Ademais, o parágrafo único desse dispositivo constitucional deve ser interpretado conforme as regras de competência legislativa fixadas na CF/88. A União

tem competência legislativa para a edição de normas gerais de licitação e contratação (art. 22, XVII, CF/88), sendo que os Estados e municípios exercem sua competência legislativa própria para se auto-organizar e suplementar nessa matéria (art. 24, § 2º, e art. 30, I e II, CF/88) (MONTEIRO, 2010, p. 117-118)<sup>4</sup>.

Pela leitura do artigo, também não se pode afirmar que as expressões “na forma da lei” e “a lei disporá” dizem respeito a uma única lei geral e federal sobre concessão de serviço público: “a Constituição Federal não exigiu que a lei referida no art. 175 fosse lei federal, nem mesmo ‘geral’” (MONTEIRO, 2010, p. 119)<sup>5</sup>.

Como se verá a seguir, são várias as leis que disciplinam a delegação de serviços público a entes privados.

Da leitura do dispositivo constitucional, verifica-se que não há exigência de autorização legislativa específica para a concessão de serviço público. Essa omissão constitucional será mais desenvolvida no próximo tópico.

## 2.2. Lei nº 8.987/95

Diante da referida previsão constitucional, foi editada em 13 de fevereiro de 1995 a Lei nº 8.987<sup>6</sup>, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços previsto no art. 175 da Constituição Federal (BRASIL, 1988).<sup>7</sup>

<sup>4</sup> No mesmo sentido: “a competência legislativa, nessa matéria, cabe à União, no que diz respeito às normas gerais, e aos Estados e Municípios, no que se refere às normas suplementares, com base no § 3º do art. 24 e no art. 30, inciso II, respectivamente. Por outras palavras, trata-se de matéria de competência concorrente da União, estados e municípios” (DI PIETRO, 2017, p. 85).

<sup>5</sup> Maria Sylvia Zanella Di Pietro explicita a evolução da legislação sobre concessões: “A Constituição Federal, no artigo 175, à semelhança do artigo 167 da Constituição de 1967, previu lei que viesse disciplinar a concessão e permissão de serviço público. No estado de São Paulo, a matéria foi regulamentada pela Lei nº 7.835, de 8/5/92, que ‘dispõe sobre o regime de concessão de obras públicas, de concessão e permissão de serviços públicos e dá outras providências correlatas’. Na esfera federal, a matéria disciplinada pela Lei nº 8.987, de 13/2/95, que ‘dispõe sobre o regime de concessão e permissão de serviços públicos previsto no artigo 175 da Constituição Federal, e dá outras providências’, e pela Lei nº 9.074, de 7/7/95, que ‘estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências’, ambas alteradas parcialmente pela Lei nº 9.648, de 27/5/98. Subsidiariamente, aplica-se a Lei nº 8.666, de 21/6/93, por força do que determina seu artigo 124. Existem ainda leis específicas disciplinando a concessão de determinados serviços públicos, como a Lei nº 9.427, de 26/12/96, sobre a concessão de energia elétrica, e as Leis nºs 9.295, de 19/7/96, e 9.472, de 16/7/97, sobre telecomunicações. A Lei nº 11.079/04, dispondo sobre parcerias público-privadas, sem revogar ou derogar a atual lei de concessões, prevê formas de contratos que acrescentam ao direito positivo modelos de concessão com contornos um pouco diferentes, quanto a novas formas de remuneração da concessionária e a garantias a serem oferecidas pelo poder público” (DI PIETRO, 2009, p. 294).

<sup>6</sup> Como explica Vitor Rhein Schirato: “As concessões de serviços públicos passaram a contar com um tratamento jurídico a partir do ano de 1995, com a edição da Lei nº 8.987 e da Lei nº 9.074, de 7 de julho, a qual, além de alterar dispositivos da primeira lei, criou regras específicas para as concessões dos serviços públicos de energia elétrica. O objetivo primordial de referidas leis — principalmente da Lei nº 8.987/95 — foi permitir ao governo federal outorgar em concessão serviços de energia elétrica, bem assim a administração de trechos rodoviários federais” (SCHIRATO, 2016, p. 33-34).

<sup>7</sup> Sobre o caráter geral da lei, discorre Vera Monteiro: “(...) como pretendeu traçar regime de concessão para todos os serviços públicos, ela dá a falsa impressão de ser uniforme e geral. O que ela faz é esta-

Importante pontuar que o parágrafo único do art. 1º da citada lei dispõe que “a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios promoverão a revisão e as adaptações necessárias de sua legislação às prescrições desta Lei, buscando atender as peculiaridades das diversas modalidades dos seus serviços”, o que demonstra que a lei não tem a intenção de constituir lei geral obrigatória nos moldes da Lei nº 8.666/93 (BRASIL, 1993). Há espaço para os entes federativos disciplinarem a concessão de serviço público de acordo com suas características próprias.

Como bem observa Maria Sylvia Zanella Di Pietro: “Essa ressalva na parte final do dispositivo indica a reserva de certa margem de maleabilidade para a legislação estadual e municipal” (DI PIETRO, 2017, p. 85).

Ao disciplinar a formalização da concessão, a lei não traz nenhuma exigência de aprovação de lei autorizativa.

De acordo com o referido diploma legal, a concessão é formalizada mediante contrato, após a realização de licitação, na modalidade concorrência, de maneira que o edital estabelece o objeto e regulação da concessão.

### 2.3. Lei nº 9.074/1995

A Lei nº 9.074 foi editada em 7 de julho de 1995 (BRASIL, 1995) e estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos.

A previsão mais polêmica desta lei está no art. 2º, *caput*, que dispõe sobre a necessidade de lei autorizativa para a realização de concessões e permissões de serviço pelos entes federativos:

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.

Se o citado dispositivo legal previu a necessidade de lei autorizativa, é porque o legislador infraconstitucional partiu do pressuposto de que a Constituição não a exigiu (BELSITO; TANNURE, 2018, p. 358):

---

belecer regras para uma espécie de concessão: a que tem por objetivo um serviço público com certas características que admitem que a remuneração do concessionário se dê por meio de pagamento de tarifa feita diretamente pelo usuário do serviço. Ela simplesmente não trata de outros modelos de gestão” (MONTEIRO, 2010, p. 121).

Primeiro, caso a exigência de lei autorizativa decorresse diretamente do texto constitucional, não faria sentido que a lei expressamente a determinasse, na linha da regra geral prevista no *caput* do art. 2º. Segundo, ainda que se argumente que o art. 2º, *caput*, é meramente redundante, por reproduzir exigência já prevista na Constituição, mostra-se forçoso reconhecer que não seria admissível que lei ordinária derogasse regra constitucional, na linha do que é feito expressamente para as exceções especificadas no dispositivo em tela, quais sejam: (a) para os serviços de saneamento básico e limpeza urbana; (b) para os serviços cuja dispensa de lei autorizativa constar expressamente da Constituição Federal, constituições estaduais e leis orgânicas do Distrito Federal e municípios; (c) para os serviços que sejam objeto de processos de delegação iniciados entre as datas de publicação das leis nº 8.987/1995 e 9.074/1995; e (d) para as hipóteses de serviços previstos nos §§ 2º e 3º. (BELSITO; TANNURE, 2018, p. 358).

Segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, o art. 2º da citada lei padece de diversas falhas, inclusive de inconstitucionalidade. A autora relaciona quatro: (i) a exigência de autorização legislativa fere o princípio da separação de poderes, pois se trata de controle prévio de um poder sobre o outro. A Constituição Federal relaciona os atos que devem ser autorizados pelo Congresso Nacional; (ii) o § 1º do art. 2º, que prevê que não é necessária a autorização legislativa para os processos de contratação já iniciados, é inócuo diante do princípio da irretroatividade das leis; (iii) a parte final do art. 2º, *caput*, acerca da dispensa nas hipóteses de concessão referidas nas constituições e lei orgânica, é inócua, além de reconhecer de que a competência para decisão é do ente; (iv) a referência aos serviços de limpeza urbana é imprópria, pois não se trata de concessão de serviço pública remunerada por tarifa paga pelo usuário (DI PIETRO, 2017, p. 86-87).

No próximo tópico será debatido se a citada norma federal poderia estabelecer a obrigatoriedade de os estados e municípios editarem lei autorizativa prévia para a concessão de serviços.

#### **2.4. Lei nº 9.491/1997 - Plano Nacional de Desestatização – PND**

A União editou a Lei do Programa Nacional de Desestatização – PND, Lei nº 9.491/1997 (BRASIL, 1997), que tem como um de seus objetivos “permitir que a Administração Pública concentre seus esforços nas atividades em que a presença do Estado seja fundamental para a consecução das prioridades nacionais” (art. 1º, V).

De acordo com o art. 2º, III, da citada lei, poderão ser objeto de desestatização os serviços públicos objeto de concessão, permissão ou autorização, sendo que se considera desestatização, nesse caso, “a transferência, para a iniciativa privada, da execução de serviços públicos explorados pela União, diretamente ou através de entidades controladas, bem como daqueles de sua responsabilidade” (art. 2º, § 1º, “b”).

Essa lei cria o Conselho Nacional de Desestatização – CND, que consiste no órgão superior do PND, diretamente subordinado ao presidente da República (art. 5º).

Compete ao Conselho Nacional de Desestatização recomendar, para aprovação do presidente da República, os serviços públicos que serão incluídos no PND (art. 6º, I). E a sua inclusão será feita mediante a publicação de decreto do presidente da República, nos termos do art. 18 do Decreto nº 2.594/1998 (que instituiu o regulamento do PND).

Conclui-se que de acordo com essa lei federal, cabe ao presidente da República, assessorado pelo CND, a decisão de quais serviços públicos serão objeto de concessão. Em síntese, o PND:

(...) funcionava como uma lei-quadro, disciplinando o programa federal de desestatizações, dispondo sobre a estrutura de governança aplicável para a execução e o acompanhamento de tais projetos, os procedimentos a serem seguidos pelos atores estatais envolvidos e outros temas relevantes. O que é importante destacar é que a lei explicitou a existência de um espaço amplo de decisão para o Poder Executivo, corporificado nas figuras do Conselho Nacional de Desestatização (CND) e, principalmente, do presidente da República, a quem competia a palavra final a respeito da desestatização de determinado ativo – decisão essa a ser consubstanciada em decreto. Essa fórmula se manteve inalterada ao longo do tempo, tendo sido aplicada reiteradas vezes para a privatização de companhias estatais e a concessão de serviços públicos (BELSITO; TANNURE, 2018, p. 359-360)

## 2.5. Lei nº 11.079/2004

Em 30 de dezembro de 2004 editou-se a Lei nº 11.079 (BRASIL, 2004), que trata das parcerias público-privadas (PPP). É a lei das PPPs.

Apesar de parte da doutrina entender que sempre foi possível a realização de concessão de serviço público com parte da remuneração subsidiada por recurso público, a edição de lei regulando tal modelagem de concessão trouxe mais segurança jurídica.

De acordo com o art. 10, I, da citada lei, a abertura de processo licitatório está condicionada à autorização da autoridade competente, com base em estudo técnico que demonstre: (i) a conveniência e a oportunidade da contratação, mediante identificação das razões que justifiquem a opção pela forma de parceria público-privada; (ii) que as despesas envolvidas observam a Lei de Responsabilidade Fiscal (BRASIL, Lei Complementar nº 101, 2000).

Por haver contraprestação pecuniária da Administração, mostra-se relevante ao referido diploma legal a gestão fiscal responsável, “tendo em vista que o compromisso de pagamento assumido pela Administração perdurará no longo prazo e fatalmente impactará orçamentos futuros” (PINTO JUNIOR, 2006).

Acerca da necessidade autorização do Poder Legislativo, prevê o art. 10, § 3º: “as concessões patrocinadas em que mais de 70% (setenta por cento) da remuneração

do parceiro privado for paga pela Administração Pública dependerão de autorização legislativa específica”.

Da leitura desse dispositivo legal, depreende-se que a regra geral é de que as concessões patrocinadas não necessitam de autorização legislativa específica.

O artigo estabelece como motivo da obrigatoriedade de autorização legislativa a proporção de recurso público para o pagamento da remuneração do parceiro privado.

Dessa forma, para as concessões comuns, em que não há contraprestação da Administração Pública, não haveria razão para a autorização legislativa, porque não existe envolvimento de gasto público.

O dispositivo se mostra contraditório, pois estabelece a obrigatoriedade de autorização legislativa para as concessões patrocinadas em que mais de 70% da remuneração seja pública, mas não exige a autorização das concessões administrativas, em que 100% da remuneração do ente privado é oriunda de recurso público.

Todavia, Mário Engler Pinto explica a razão da necessidade de lei autorizativa para a concessão patrocinada na hipótese descrita no art. 10, § 3º, da Lei de PPPs (BRASIL, Lei nº 11.079, 2004):

É interessante observar que o legislador pretendeu limitar a liberdade do Poder Executivo para calibrar o subvencionamento do concessionário, conforme se depreende do § 3º do artigo 10 da Lei das PPPs. O dispositivo faz depender de autorização legal específica, a instituição de concessão patrocinada em que mais de 70% da remuneração do parceiro privado for paga pela Administração. A *ratio essendi* da restrição consiste em desestimular políticas de subsídio tarifário fiscalmente irresponsáveis, impondo que a decisão nesse sentido seja compartilhada com o Poder Legislativo.

Naturalmente, a regra somente se aplica quando for possível, em tese, a cobrança de tarifas dos usuários, tendo em vista a natureza divisível e específica do serviço concedido. Daí por que a mesma limitação não existe em relação à concessão administrativa, não obstante toda a remuneração do parceiro privado tenha origem orçamentária. Não sendo viável a tarifação, também não faz sentido restringir politicamente o poder discricionário da Administração para contratar e comprometer recursos públicos futuros, sendo suficiente a observância dos procedimentos orçamentários e financeiros previstos no próprio artigo 10 da Lei das PPPs.

Respeitada a exigência de benepalácito legislativo para a contratação de concessão com patrocínio estatal superior a 70% da remuneração total auferida pelo concessionário, não haveria impedimento lógico para a supressão total da cobrança tarifária. Em outras palavras, não é ancilar à ideia de concessão patrocinada, que haja algum resíduo de tarifação perante o usuário, conforme sugere a expressão adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, constante do artigo 2º, § 1º, da Lei das PPPs. A interpretação literal pode conduzir a situações artificiais, em que a tarifa instituída possui caráter meramente simbólico.

No entanto, a concessão totalmente patrocinada não se confunde com a concessão administrativa, embora ambas dispensem a arrecadação tarifária. O elemento diferenciador reside na natureza do serviço concedido. No primeiro caso, trata-se de serviço potencialmente tarifável sob o ponto de vista técnico e jurídico, embora não efetivamente tarifado por mera opção política. No segundo caso, o serviço concedido não comporta absolutamente a tarifação, pois, ou se destina ao uso e consumo da própria Administração (usuária direta), ou se reveste de caráter *uti universi*, por beneficiar um conjunto difuso ou indeterminado de pessoas (usuária indireta) (PINTO JUNIOR, 2006).

Para o citado autor, a questão é a possibilidade de o serviço concedido ser tarifável ou não. Caso o serviço seja divisível e sujeito à tarifação, mas politicamente não é interessante a cobrança de tarifa dos usuários, sendo necessária contraprestação pública superior a 70% da remuneração do ente privado, o Poder Legislativo deve fazer parte dessa decisão política.

## 2.6. Lei nº 13.334/2016 – Programa de Parcerias de Investimentos – PPI

A Lei nº 13.334/2016 (BRASIL, 2016) criou o Programa de Parcerias de Investimentos – PPI, no âmbito da Presidência da República, cuja finalidade é “ampliação e fortalecimento da interação entre o Estado e a iniciativa privada por meio da celebração de contratos de parceria para a execução de empreendimentos públicos de infraestrutura e de outras medidas de desestatização” (art. 1º, *caput*). Conforme dispõe o art. 1º, § 1º, III, as medidas do PND integram o PPI<sup>8</sup>.

O art. 4º, II, da referida lei dispõe que “o PPI será regulamentado por meio de decretos que, nos termos e limites das leis setoriais e da legislação geral aplicável”.

Criou-se o respectivo Conselho Programa de Parcerias de Investimentos da Presidência da República - CPPI, que tem como uma de suas atribuições opinar, previamente à deliberação do Presidente da República, para a celebração de concessões de serviço público (art. 7º, I).

O art. 13 do citado diploma prevê que “a licitação e celebração de parcerias dos empreendimentos públicos do PPI independem de lei autorizativa geral ou específica”, com observação ao art. 3º da Lei nº 9.491/97<sup>9</sup> e ao já citado art. 10, § 3º, da

<sup>8</sup> “Recentemente, a criação do Programa de Parcerias de Investimentos (PPI) pela Lei nº 13.334, de 13 de setembro de 2016 (Lei do PPI), não trouxe uma mudança de rota, preservando os objetivos, a sistemática e o reconhecimento de poderes decisórios do Poder Executivo já explicitados na legislação do PND. O art. 4º da lei é especialmente claro a esse respeito” (BELSITO; TANNURE, 2018, p. 360).

<sup>9</sup> Art. 3º - Não se aplicam os dispositivos desta Lei ao Banco do Brasil S.A., à Caixa Econômica Federal, e a empresas públicas ou sociedades de economia mista que exerçam atividades de competência exclusiva da União, de que tratam os incisos XI e XXIII do art. 21 e a alínea “c” do inciso I do art. 159 e o art. 177 da Constituição Federal, não se aplicando a vedação aqui prevista às participações acionárias detidas por essas entidades, desde que não incida restrição legal à alienação das referidas participações.

Lei nº 11.079/04 (BRASIL, 2004), sem qualquer menção ao art. 2º da Lei nº 9.074/95 (BRASIL, 1995).

Assim, para a publicação de edital para concessão de serviço público, basta que o Conselho do PPI opine favoravelmente, por meio de Resolução, com posterior publicação de Decreto pelo presidente da República.

Recentemente, em 07/11/2019, a União, por meio da ANTT, publicou o Edital de Concessão nº 02/2019, na modalidade de Concorrência Internacional, para a celebração de contrato de concessão de serviço público para a exploração da BR-101/SC, entre Paulo Lopes (km 244+680) e a divisa SC/RS (km 465+100). De acordo com o Edital, o Conselho do Programa de Parcerias de Investimentos da Presidência da República – PPI, opinou favoravelmente pela celebração de contrato de parceria relativamente ao Sistema Rodoviário, nos termos da sua Resolução nº 10, de 7 de março de 2017, e o Decreto nº 9.059, de 25 de maio de 2017 (BRASIL, 2017), publicado pelo presidente da República, inseriu a concessão do trecho rodoviário no âmbito do PPI. Não houve edição de lei autorizativa para essa concessão pelo Congresso Nacional.

Veja-se que não há a necessidade de lei autorizativa específica para a celebração de um contrato de concessão de serviço público no âmbito federal, sendo certo que a própria União não observa o disposto no art. 2º, *caput*, da Lei nº 9.074/95 (BRASIL, 1995), considerando a edição das citadas Leis nº 9.491/1997 e nº 13.334/2016:

(...) percebe-se que, no âmbito federal, a autorização legislativa para a realização de concessões não é verificada na prática (em que pese o disposto no art. 2º da Lei nº 9.074/1995). No máximo, pode-se entender que tais autorizações estão subentendidas de forma genérica e ampla nas leis que disciplinam os programas federais de desestatização e de parcerias de investimentos, além, é claro, da legislação que disciplina especificamente o instituto das concessões.

Toda essa legislação mencionada nitidamente corrobora o entendimento de que há um espaço decisório amplo para a atuação do Poder Executivo, mas, ainda assim, limitado em seus objetivos, procedimentos e obrigações nos termos da legislação. Dessa forma, observando-se, portanto, o que diz a legislação federal (inclusive a que trata de normas gerais), entende-se reforçada a percepção de que a tese a respeito da exigência constitucional de lei autorizativa se mostra, no mínimo, contrafática. (BELSITO; TANNURE, 2018, p. 361).

## 2.7. A legislação do estado de São Paulo

### 2.7.1. A Constituição do Estadual

A Constituição do Estado de São Paulo, de 5 de outubro de 1989 (SÃO PAULO, Constituição Estadual, 1989), ao dispor sobre as competências da Assembleia Legislativa, prevê que é necessária a autorização legislativa nos casos de alienação de bens

imóveis do Estado, cessão de direitos reais e cessão ou concessão de uso de bens imóveis do Estado para particulares<sup>10</sup>.

De maneira esparsa, a CE/89 (SÃO PAULO, Constituição Estadual, 1989) prevê que a exploração dos serviços de gás canalizado e a operação do transporte coletivo de caráter regional podem ser feitos mediante concessão<sup>11</sup>.

Não há disposição constitucional estadual que exija a autorização legislativa prévia para a concessão de determinado serviço público.

### **2.7.2. Leis do Estado de São Paulo: nº 7.835/92, nº 9.361/96 - Programa Estadual de Desestatização – PED e nº 11.688/2004 – Programa de Parcerias Público-Privadas**

Como dito anteriormente, o art. 175 da CF/88 deve ser lido de acordo com as competências legislativas, aplicando-se o art. 24, § 3º, da CF/88, de maneira que na ausência de lei federal de normas gerais, os entes federativos têm competência legislativa plena.

Assim, como havia ausência de normas gerais federais sobre a concessão de serviço público, o Estado de São Paulo editou a Lei nº 7.835/92 (MONTEIRO, 2010, p. 117).

De acordo com o art. 1º da citada lei paulista, o regime de concessão de obras públicas, de concessão e permissão de serviços públicos serão regidas por ela e “pelo disposto nos regulamentos, editais de licitação e respectivos contratos ou atos de permissão”.

E o art. 3º, parágrafo único, da Lei estadual nº 7.835/1992, delegou ao chefe do Poder Executivo a tomada da decisão final a respeito da autorização da concessão

---

<sup>10</sup> Artigo 19. Compete à Assembleia Legislativa, com a sanção do governador, dispor sobre todas as matérias de competência do Estado, ressalvadas as especificadas no art. 20, e especialmente sobre:

(...)

IV - autorização para a alienação de bens imóveis do Estado ou a cessão de direitos reais a eles relativos, bem como o recebimento, pelo Estado, de doações com encargo, não se considerando como tal a simples destinação específica do bem;

V - autorização para cessão ou para concessão de uso de bens imóveis do Estado para particulares, dispensado o consentimento nos casos de permissão e autorização de uso, outorgada a título precário, para atendimento de sua destinação específica; (...)

<sup>11</sup> Artigo 122. Os serviços públicos, de natureza industrial ou domiciliar, serão prestados aos usuários por métodos que visem à melhor qualidade e maior eficiência e à modicidade das tarifas.

Parágrafo único - Cabe ao estado explorar diretamente, ou mediante concessão, na forma da lei, os serviços de gás canalizado em seu território, incluído o fornecimento direto a partir de gasodutos de transporte, de maneira a atender às necessidades dos setores industrial, domiciliar, comercial, automotivo e outros.

Artigo 158 - Em região metropolitana ou aglomeração urbana, o planejamento do transporte coletivo de caráter regional será efetuado pelo estado, em conjunto com os municípios integrantes das respectivas entidades regionais. Parágrafo único - Caberá ao estado a operação do transporte coletivo de caráter regional, diretamente ou mediante concessão ou permissão.

dos serviços públicos de competência estadual, o que ocorre por meio da edição de um Decreto estabelecendo os termos em que a futura concessão deverá ser realizada:

Artigo 3º - A concessão de obra e de serviço público, subordinada à existência de interesse público previamente justificado, será sempre precedida de licitação, na modalidade de concorrência.

Parágrafo único - O governador do Estado, mediante ato próprio ou por delegação, definirá o objeto, a área de atuação, o prazo e as diretrizes que deverão ser observados no edital de licitação e no contrato, inclusive as situações de eventual ocorrência de subconcessão de serviços.

Em 5 de julho de 1996, editou-se a Lei estadual nº 9.361/96 (SÃO PAULO, 1996) que criou o Programa Estadual de Desestatização - PED, cujo objetivo é regular todo o procedimento de tomada de decisão de desestatização de todos os setores<sup>12</sup>.

Nos termos do art. 2º, I, dessa lei, estão incluídas no PED “a execução dos serviços e obras públicas, objeto de concessão, permissão ou autorização, observado o disposto nesta lei e na Lei nº 7.835, de 8 de maio de 1992”. E é uma modalidade de projeto de desestatização a concessão, a permissão ou a autorização de serviços públicos (art. 3º, VIII).

De acordo com as diretrizes fixadas pela Lei estadual nº 9.631/96 (SÃO PAULO, 1996), o PED é gerido por um Conselho Diretor (CDPED), composto pelas mais altas por autoridades do Poder Executivo do Estado, diretamente subordinado ao governador do estado, possuindo, dentre outras, as competências de (i) constituir grupos de trabalho, integrados por servidores da Administração Direta e Indireta, para o fim de prover apoio técnico à implementação das desestatizações e (ii) recomendar, para posterior aprovação do governador do estado, a adoção de todos os aspectos (técnicos, jurídicos, econômico-financeiros etc.) dos projetos de desestatização (arts. 5º e 6º).

Dessa forma, nenhum projeto de desestatização do estado de São Paulo é processado sem a prévia apreciação pelo Conselho Diretor do PED, o qual organiza todo o procedimento prévio ao edital e ao contrato, bem como sua publicação.

O art. 7º da Lei do PED estabelece que a determinação do preço mínimo dos projetos de desestatização levará em conta estudos de análise das condições econômico-financeiras e da perspectiva de rentabilidade, de maneira que deve haver um estudo técnico acerca da viabilidade da concessão de serviço público.

<sup>12</sup> Apesar de a ementa dessa lei dizer: “cria o Programa Estadual de Desestatização - PED, sobre a Reestruturação Societária e Patrimonial do Setor Energético”, o diploma legal não se limita a tratar sobre o setor energético, porque regula os projetos de desestatização no estado de São Paulo, por meio de alienação de ações, abertura de capital etc., e concessão, permissão ou autorização de serviços públicos. Da leitura da Lei estadual nº 9.631/96, verifica-se que quando pretende dispor sobre o setor energético, ela o faz expressamente (ex.: Capítulo IV - Da Reestruturação Societária e Patrimonial das Empresas do Setor Energético). Portanto, de acordo com o conteúdo completo do diploma legal, conclui-se que a lei criou o PED e dispôs sobre a Reestruturação Societária e Patrimonial do Setor Energético.

Por fim, de acordo com art. 11, cabe ao poder concedente de cada serviço (i) estabelecer as condições gerais e os regulamentos específicos a serem observados pelo concessionário, submetendo-os ao governador do estado, ouvido o Conselho Diretor; e (ii) iniciar e dar seguimento ao processo de licitação.

A Lei Estadual nº 11.688, de 19 de maio de 2004 (SÃO PAULO, 2004), por sua vez, instituiu o Programa de Parceiras Público-Privadas (PPP) no Estado de São Paulo.

A referida lei criou o Conselho Gestor do PPP, vinculado ao Gabinete do Governador, ao qual cabe aprovar os projetos de parceiras público-privadas e recomendar ao governador a inclusão no programa dos projetos aprovados (art. 3º, § 5º).

Nos termos do art. 3º, § 9º, “o Conselho Gestor remeterá para a Assembleia Legislativa, semestralmente, relatório detalhado das atividades desenvolvidas no período e de desempenho dos contratos de parceria público-privadas”, e o § 10 dispõe que o presidente do Conselho Gestor e o secretário de Economia e Planejamento devem comparecer, também semestralmente, à Assembleia Legislativa, para prestar esclarecimentos sobre as atividades do órgão e apresentar os **resultados das parceiras no período, em reunião conjunta** das Comissões de Economia e Planejamento, de Serviços e Obras Públicas e de Fiscalização e Controle.

O art. 4º do diploma legal estabelece as condições para a inclusão de projetos no programa:

Artigo 4º. São condições para a inclusão de projetos no PPP:

I - efetivo interesse público, considerando a natureza, relevância e valor de seu objeto, bem como o caráter prioritário da respectiva execução, observadas as diretrizes governamentais;

II - estudo técnico de sua viabilidade, mediante demonstração das metas e resultados a serem atingidos, prazos de execução e de amortização do capital investido, bem como a indicação dos critérios de avaliação ou desempenho a serem utilizados;

III - a viabilidade dos indicadores de resultado a serem adotados, em função de sua capacidade de aferir, de modo permanente e objetivo, o desempenho do ente privado em termos qualitativos e quantitativos, bem como de parâmetros que vinculem o montante da remuneração aos resultados atingidos;

IV - a forma e os prazos de amortização do capital investido pelo contratado;  
V - a necessidade, a importância e o valor do serviço ou da obra em relação ao objeto a ser executado.

Parágrafo único - A aprovação do projeto fica condicionada ainda ao seguinte:

1 - elaboração de estimativa do impacto orçamentário-financeiro;

2 - demonstração da origem dos recursos para seu custeio;

3 - comprovação de compatibilidade com a lei orçamentária anual, a lei de diretrizes orçamentárias e o plano plurianual.

Veja-se que não há obrigatoriedade de autorização legislativa nos casos de concessão patrocinada em que mais de 70% da remuneração do ente privado for contraprestação da Administração, até porque a lei paulista é meses anterior à lei federal.

Todavia, observa-se que a lei paulista das PPPs prevê que os projetos devem demonstrar sua viabilidade financeiro-orçamentária e adequação com as leis orçamentárias, bem como estabelece mecanismos de prestação de contas do governo com o Poder Legislativo local a fim de que esse exerça o controle e a fiscalização.

### **3. DA DESNECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO LEGISLATIVA PARA A CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS**

#### **3.1. Ausência de exigência constitucional**

Da leitura do art. 175, da CF/88 (BRASIL, 1998), não é possível extrair que é necessária prévia autorização legislativa para cada concessão de serviço público.

O parágrafo único do dispositivo constitucional aponta que a lei irá dispor sobre diversos aspectos da concessão (regime do concessionário, contrato, direitos dos usuários, política tarifária e adequação do serviço), sendo certo que não há a obrigatoriedade de autorização legislativa prévia pelo Poder Legislativo.

De acordo com artigo específico sobre o tema:

A expressão “na forma da lei”, conforme prevista nesse dispositivo, deve ser, na realidade, entendida como a disciplina normativa geral e abstrata, aduzida por meio de lei formal (embora não necessariamente uma única lei) e que disponha sobre a prestação de serviços públicos pelo poder público – a qual poderá ser executada direta ou indiretamente.

(...)

Cabe notar que a expressão “na forma da lei” não trata de uma disciplina geral e abstrata aplicável apenas à prestação indireta. O que essa expressão preconiza é que o poder público, independentemente da estratégia estatal definida para a prestação de serviços públicos (se direta ou indireta), deve observar o que diz a lei – a qual deve dispor sobre os temas previstos nos quatro incisos constantes do parágrafo único do art. 175. Essa leitura é reforçada pela realidade legislativa verificada hoje: há leis que tratam especificamente do regime jurídico aplicável apenas às delegações de serviços públicos (art. 175, parágrafo único, inc. I) e também há aquelas que disciplinam outros assuntos afetos à prestação de serviços públicos, pautando indistintamente a prestação direta e indireta.

Portanto, observando-se os limites textuais contidos no art. 175 da Constituição, o entendimento que se reputa o mais adequado é o de que a expressão “na forma da lei” não enseja a obrigatoriedade de edição de uma lei de efeitos concretos, por meio da qual a contratação de uma concessão fica subordinada à prévia aprovação legislativa. Entende-se que essa visão ganha força quando se analisa a redação do dispositivo em tela com mais cuidado, verificando-se que a necessidade de disciplina legal prevista em

seu *caput* se aplica não só às concessões, mas também à prestação direta de serviços públicos. (BELSITO; TANNURE, 2018, p. 352/353).

E o art. 175, da CF/88, deve ser interpretado a luz do disposto nos demais dispositivos constitucionais.

Entre as competências relacionadas do Congresso Nacional nos artigos 48 e 49, da CF/88, não constam a autorização prévia para a outorga de concessão de serviço público.

Sobre concessão, o art. 49, XII, dispõe que é da competência exclusiva do Congresso Nacional apreciar os atos de concessão e renovação de concessão de emisoras de rádio e televisão, não havendo qualquer referência de autorização para concessão ou delegação de serviço público.

Nas hipóteses em que a Constituição Federal tratou sobre a necessidade de lei autorizativa, ela o fez de maneira explícita:

Art. 37. (...)

XIX - somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, nesse último caso, definir as áreas de sua atuação;

XX - depende de autorização legislativa, em cada caso, a criação de subsidiárias das entidades mencionadas no inciso anterior, assim como a participação de qualquer delas em empresa privada.

Art. 150. (...)

§ 6º - Qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos a impostos, taxas ou contribuições, só poderá ser concedido mediante lei específica, federal, estadual ou municipal, que regule exclusivamente as matérias acima enumeradas ou o correspondente tributo ou contribuição, sem prejuízo do disposto no art. 155, § 2º, XII, g.

Art. 166 (...)

§ 8º - Os recursos que, em decorrência de veto, emenda ou rejeição do projeto de lei orçamentária anual, ficarem sem despesas correspondentes poderão ser utilizados, conforme o caso, mediante créditos especiais ou suplementares, com prévia e específica autorização legislativa.

Art. 167. São vedados:

(...)

V - a abertura de crédito suplementar ou especial sem prévia autorização legislativa e sem indicação dos recursos correspondentes;

VI - a transposição, o remanejamento ou a transferência de recursos de uma categoria de programação para outra ou de um órgão para outro, sem prévia autorização legislativa;

(...)

VIII - a utilização, sem autorização legislativa específica, de recursos dos orçamentos fiscal e da seguridade social para suprir necessidade ou cobrir déficit de empresas, fundações e fundos, inclusive dos mencionados no art. 165, § 5º; IX - a instituição de fundos de qualquer natureza, sem prévia autorização legislativa.

Art. 182. (...)

§ 4º - É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de: (...)

(grifo nosso).

Como se vê, a Constituição Federal não exige a prévia autorização específica do Poder Legislativo para concessão de serviço público, mas tão-somente a realização de licitação.

O e. STF, em mandado de segurança que questionava o Decreto presidencial de 16/7/2008 que incluiu no PND as linhas de serviço de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros, entendeu que é “possível a desestatização de serviços públicos já explorados por particulares, de responsabilidade da União, conforme disposto no art. 2º, § 1º, ‘b’, parte final, da Lei nº 9.491/97”, devendo-se observar apenas a necessidade de observância do devido processo licitatório (STF, MS 27.516, relatora: min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, julgado em 22/10/2008).

Nesse julgamento, houve a discussão entre os ministros se o Decreto presidencial burlava o disposto no art. 175 da CF (BRASIL, 1988), e tal entendimento não prevaleceu, conforme voto do min. Cezar Peluso: “a Lei nº 9.491 permite, textualmente, a submissão de qualquer serviço, objeto de concessão, permissão ou autorização, ao sistema por ela introduzido, então, a meu ver, estão preenchidos os dois requisitos constitucionais do artigo 21, II, e, e do artigo 175, *caput*”.

E como já descrito anteriormente, a Constituição do Estado de São Paulo (CE/89), ao dispor sobre as concessões de serviço público, também não exige lei autorizativa específica.

Da mesma maneira que fez a Constituição Federal, a Constituição Estadual quando tratou da necessidade de lei autorizativa, ela o fez de maneira explícita.

Por exemplo, o artigo 115, inciso XXI, da CE/89 (SÃO PAULO, 1989), dispõe que a “criação, transformação, fusão, cisão, incorporação, privatização ou extinção das sociedades de economia mista, autarquias, fundações e empresas públicas depende de prévia aprovação da Assembleia Legislativa” (grifo nosso)<sup>13</sup>.

<sup>13</sup> Também exigem de forma explícita autorização legislativa os artigos 115, incisos XI, XXI e XXII, 140, § 8º, 175, § 5º, e 176, incisos III, V, VI, VIII e IX, da Constituição do Estado de São Paulo.

Como visto, não há reserva de lei específica para a autorização de concessão ou delegação de serviço público.

Portanto, da interpretação dos dispositivos constitucionais sobre o tema, não é possível afirmar que a Constituição Federal, ou a Estadual, impõe a necessidade de autorização específica do Poder Legislativo para a concessão de serviço público.

### 3.2. Princípio federativo

A doutrina cita que o art. 2º, *caput*, da Lei federal nº 9.074/1995 (BRASIL, 1995), dispõe sobre a obrigatoriedade de autorização legislativa prévia para a concessão de serviço público, porém pouco se questiona: poderia uma lei federal determinar a obrigatoriedade de elaboração de ato normativo pelo Poder Legislativo estadual ou municipal?

De acordo com o art. 22, XXVII, da CF/88, compete privativamente a União legislar sobre “normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para a administração pública, direta e indireta”.

Floriano de Azevedo Marques Neto aponta três argumentos para afastar a ideia de que a União tem competência para editar normas gerais de concessão: (i) o referido inciso do art. 22 faz referência ao art. 37, XXI, da CF/88 (BRASIL, 1988), que trata dos contratos de obra, compras e serviços, e não contratos de delegação; (ii) as normas gerais dizem respeito a licitação e contratação (ato de contratar), e não aos contratos administrativos em si; e (iii) o art. 175 da CF/88 (BRASIL, 1988) não faz referência a uma lei em sentido amplo e não menciona se deveria ser uma lei nacional ou de normas gerais (MARQUES NETO, 2015, p. 175-176). Sobre o art. 175 da CF/88 (BRASIL, 1988), ainda completa o autor:

(...) a Carta deixa entender que essa lei deve ser editada no âmbito de cada ente da federação em relação aos serviços de sua competência, pois tal lei versará inclusive sobre política tarifária (art. 175, parágrafo único, inc. III) e nada na Constituição autoriza a entrever uma competência da União para disciplinar política tarifária para os serviços públicos dos outros entes. (MARQUES NETO, 2015, p. 176).

Conclui o autor que a Lei nº 8.987/95 (BRASIL, 1995), em sua essência, não é uma lei nacional de normas gerais, mas sim uma lei federal, aplicável às concessões de serviços públicos de titularidade da União (MARQUES NETO, 2015, p. 176). Partindo desse raciocínio, a Lei nº 9.074/95 (BRASIL, 1995) também pode ser considerada uma lei federal, e não nacional com normas gerais.

A Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1988) adotou o sistema de repartição de competências, que consiste na enumeração dos poderes da União, com poderes remanescentes para os Estados e poderes definidos indicativamente para os Municípios, havendo matérias passíveis de delegação e atuação concorrente (DA SILVA, 2012, p. 248).

E nos termos do art. 18 da CF/88, os entes federativos têm autonomia para organizar a forma de prestação de serviços públicos de sua competência, o que não se confunde com a competência privativa da União para legislar sobre normas gerais de licitação e contratação (MONTEIRO, 2010, p. 118).

Dessa forma, “norma geral” em matéria de licitação e contratação não significa “norma uniforme”, pois o art. 22, XXVII, da CF/88, não exige que exista um regime jurídico único para essa matéria, válido para todos os entes federativos (MONTEIRO, 2010, p. 118-119).

Considerando a redação do art. 175 da CF/88 e a autonomia federativa, pode-se concluir que cada ente tem a competência de organizar a prestação de serviço indireta com a edição de lei que regule essa prestação.

A Constituição Federal (BRASIL, 1988) discrimina quais serviços públicos são de competência da União, Estados e Municípios, de maneira que cada ente organiza a sua prestação como entender melhor, dentro de suas características próprias.

Assim, o 175, parágrafo único, da CF/88 (BRASIL, 1988), deixa aberta a possibilidade de o ente federativo editar norma sobre a concessão de serviço público, apenas sendo obrigatória a realização de licitação<sup>14</sup>.

Como visto no capítulo anterior, o Estado de São Paulo editou leis sobre o regime de concessão de serviços públicos e sobre o Programa Estadual de Desestatização, sendo que, em matéria de autorização para realização de concessão, definiu que será o Governador do Estado que definirá o objeto de concessão (art. 3º, parágrafo único, da Lei estadual nº 7.835/1992). Da mesma maneira, cabe ao Governador do Estado a inclusão de projeto no programa estadual de parcerias público-privadas.

Diante da complexidade de definição do modelo de negócio que será adotado para a concessão de determinado serviço, é fundamental o respeito à autonomia federativa de cada ente para definir o processo decisório para essa definição:

---

<sup>14</sup> Ainda que se entenda que é necessária a edição de lei autorizativa, pode-se interpretar o art. 2º da Lei nº 9.074/1995 no sentido de que cabe ao legislador local definir como a autorização será dada, podendo optar por uma autorização geral ou específica. De acordo com Marçal Justen Filho: “Reputa-se que o tema se enquadra no âmbito da autonomia federativa. Cada ente federativo dispõe de competência para disciplinar a organização e o funcionamento de seus serviços. Incumbir-lhe-á, como decorrência, optar por solução detalhada ou genérica, sendo inviável extrair da Constituição outra solução, que não a de prestigiar a Federação. Isso significa adotar o entendimento de que, se tal for a opção do ente federativo, será suficiente autorização legislativa genérica, remetendo à Administração a explicitação das condições reputadas como adequadas para a delegação” (JUSTEN FILHO, 2003, p. 173, *apud* ALMEIDA, 2009, p. 496). No mesmo sentido, discorre Vera Monteiro: “(...) cabe à lei da pessoa política competente autorizar o ato de outorga do serviço público, do uso de bem público ou de qualquer atividade sob responsabilidade pública, permitindo o uso da técnica da concessão, permissão ou autorização. Uma vez editada a lei autorizativa, cabe ao Executivo decidir pela exploração direta ou indireta, pois é de natureza administrativa a decisão sobre a melhor alternativa de exploração. Não significa, todavia, que a lei aqui tratada precise ser específica para cada caso. As pessoas políticas podem fazê-lo de modo genérico, como fez a União com a edição da lei que trata do Plano Nacional de Desestatização (Lei nº 8.031/1990)” (MONTEIRO, 2010, p. 120-121).

(...) não há um projeto constitucional único em relação ao modo como o estado deve prestar serviços à coletividade ou autorizar o uso de seu patrimônio por particulares. As esferas federativas têm ampla margem de liberdade para decidir quanto ao melhor e mais conveniente modelo para cumprimento de suas obrigações, a começar pela decisão de prestar direta ou indiretamente determinada atividade. (MONTEIRO, 2010, p. 122).

O contrato de concessão é muito complexo, pois deve organizar a prestação de um serviço público, de modo que o processo decisório também é, o que gera o questionamento se o Poder Legislativo teria capacidade para análise de concessão de serviço público.

### 3.3. Separação dos poderes

Conforme já exposto anteriormente, de acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro acerca do disposto no art. 2º, *caput*, da Lei nº 9.074/97 (BRASIL, 1997), a exigência de autorização legislativa para outorga de concessão fere o princípio da separação de poderes, previsto no art. 2º da CF/88<sup>15</sup>, pois se trata de controle prévio de um poder sobre o outro (DI PIETRO, 2017, p. 86).

De acordo com José Afonso da Silva, a independência dos Poderes significa que “no exercício das atribuições que lhes sejam próprias, não precisam os titulares consultar os outros, nem necessitam de sua autorização” (DA SILVA, 2012, p. 46).

Para o exercício das funções estatais (funções legislativa, executiva e jurisdicional), a Constituição Federal que define quais são as competências que cada órgão, seu grau de independência e de colaboração com os demais órgãos estatais (PEDRA, 2013). E “se qualquer órgão estatal praticar um ato que não esteja no rol das suas competências, esse ato será inválido, irregular por incompetência (ou conforme os casos, incompetência *stricto sensu*, usurpação de poder ou, ainda de certa ótica, desvio de poder)” (PEDRA, 2013).

Dessa forma, a Constituição Federal (BRASIL, 1988) repartiu as competências dos entes federativos, sendo que a competência para a prestação de serviços é material, ou seja, do Poder Executivo e não Legislativo (artigos 21, 25 e 30 da CF/88)<sup>16</sup>.

<sup>15</sup> Art. 2º. São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário (BRASIL, 1988).

<sup>16</sup> Nesse sentido: “deve-se destacar que a obrigação de prestar um serviço público, com base no desenho constitucional de repartição de atribuições, consiste em competência essencialmente material, isto é, uma obrigação que incumbe precipuamente ao Poder Executivo, entendido aqui como o conjunto de entes e órgãos administrativos capitaneados por um mandatário político. Portanto, cabe ao Poder Executivo definir as políticas públicas e os respectivos meios e estratégias para implementá-las, observando, idealmente, um planejamento de ações de longo prazo (naturalmente, se existente)”. (BELSITO; TANNURE, 2018, p. 362).

Ademais, a Constituição Federal prevê hipóteses de controle entre os órgãos estatais, dentro do chamado sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*), como por exemplo a nomeação de ministro do Supremo Tribunal Federal pelo presidente da República.

Dentro desse sistema de freios e contrapesos, estão inseridas as previsões de edição de lei autorizativa prévia pelo Congresso Nacional, como por exemplo, o disposto no art. 37, XIX e XX, da CF/88 (BRASIL, 1988).

E como já descrito anteriormente, a Constituição Federal relaciona os atos que devem ser autorizados pelo Congresso Nacional e a concessão de serviço público não consta como um ato a ser autorizado pelo Poder Legislativo (DI PIETRO, 2017, p. 86).

Dessa forma, a mesma análise feita do art. 2º, *caput*, da Lei nº 9.074/95 (BRASIL, 1995), se aplica ao art. 10, § 3º, da Lei nº 11.079/04 (BRASIL, 2004), porque lei ordinária não poderia estabelecer controle de um Poder sobre o outro sem previsão constitucional.

Ainda que se argumente que a necessidade de lei autorizativa prévia para as concessões patrocinadas em que mais de 70% da remuneração do parceiro privado for paga pela Administração Pública decorre de controle político do Poder Legislativo sobre eventual gestão fiscal responsável do Poder Executivo, é necessária disposição no texto constitucional.

Com efeito, o controle financeiro e orçamentário das atividades do Poder Executivo é exercido pelo Poder Legislativo, com auxílio do Tribunal de Contas, *a posteriori*, e não de forma prévia (RIBEIRO, 2013).

Dessa maneira, apenas é possível o exercício de controle prévio nos casos expressamente autorizados pela Constituição Federal:

À luz da análise do mecanismo de Controle de Contas, que integra o sistema de freios e contrapesos que visa garantir a independência e a harmonia dos Poderes, é permitido concluir-se já fazer mais de 50 anos que, no Brasil, não é possível veicular, seja por meio de lei ordinária, ou mesmo por dispositivos de Constituições estaduais e Leis Orgânicas municipais, exigências de caráter prévio e condicional à validade de atos inseridos no âmbito das atividades administrativas, conferidas que são ao Poder Executivo, com exclusividade, em observância à sua expertise institucional e espaço de atuação.

Dessa feita, previsão infraconstitucional que imponha tal interferência não se harmoniza com o arranjo de Poderes constitucionalmente balanceado na Carta de 1988. A saber, é de todo *inconstitucional* a fixação de exigência legal que confira ao Poder Legislativo o exercício de um amplo *controle prévio* que veicula uma ação “quase administrativa”, engessando as atividades do Poder Executivo, como que remontando a sistema de controle que se encontra superado desde a Carta de 1967. (RIBEIRO, 2013).

### 3.3.1. Jurisprudência

A jurisprudência do STF firmou-se no sentido de que a exigência de prévia autorização legislativa para a realização de convênios, convenções, acordos ou contratos de concessão de serviços públicos viola o artigo 2º da CF/88.

Na ADI 462/BA, questionava-se a constitucionalidade de dispositivos da Constituição Estadual da Bahia que previam que caberia a Assembleia Legislativa autorizar convênios, convenções e acordos celebrados pelo governo do estado e aprovar previamente contratos a serem firmados pelo Poder Executivo destinados a concessão e permissão para exploração de serviços públicos. Havia um dispositivo que dispunha que a concessão de serviços públicos dependeria de prévia autorização legislativa.

O Tribunal Pleno do STF entendeu que tais dispositivos seriam inconstitucionais, sob o fundamento de que violam o art. 2º da Constituição Federal (BRASIL, 1988):

Ação Direta de Inconstitucionalidade. Incisos XIII, XXIX e XXX do artigo 71 e § 1º do artigo 15, todos da Constituição do Estado da Bahia, promulgada em 5 de outubro de 1989. - Os incisos XIII e XIX do artigo 71 da Constituição do Estado da Bahia são ofensivos ao princípio da independência e harmonia dos Poderes (artigo 2º da Constituição Federal) ao darem à Assembleia Legislativa competência privativa para a autorização de convênios, convenções ou acordos a ser celebrados pelo Governo do Estado ou a aprovação dos efetivados sem autorização por motivo de urgência ou de interesse público, bem como para deliberar sobre censura a Secretaria de Estado. - Violam o mesmo dispositivo constitucional federal o inciso XXX do artigo 71 (competência privativa à Assembleia Legislativa para aprovar previamente contratos a ser firmados pelo Poder Executivo e destinados a concessão e permissão para exploração de serviços públicos) e a expressão “dependerá de prévia autorização legislativa e” do § 1º do artigo 25 (relativa à concessão de serviços públicos), ambos da Constituição do Estado da Bahia. Ação julgada procedente em parte, para declarar a inconstitucionalidade dos incisos XIII, XXIX e XXX do artigo 71 e a expressão “dependerá de prévia autorização legislativa e” do § 1º do artigo 25, todos da Constituição do Estado da Bahia, promulgada em 5 de outubro de 1989.

(...)

Também com relação a esses dois dispositivos tenho-os por inconstitucionais, uma vez que ofendem o artigo 2º da Constituição Federal.

Com efeito, em ambos se estabelece uma autorização prévia do Poder Legislativo (...) que se torna um pressuposto de validade das concessões e permissões para a exploração de serviços públicos, e, portanto, uma forma de participação na formação desses atos, o que evidentemente, não se compadece com o poder de fiscalização *a posteriori* que, pela Constituição Federal, incumbe ao Poder Legislativo com relação ao exercício da direção

da administração que cabe ao Poder Executivo. (STF, ADI 462, relator(a): min. Moreira Alves, Tribunal Pleno, julgado em 20/8/1997)<sup>17</sup>.

O Acórdão da Ação Direita Inconstitucionalidade nº 2034972-98.2019.8.26.0000 do Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP) discorre sobre a evolução da jurisprudência do STF sobre essa questão:

De fato, a jurisprudência do Colendo Supremo Tribunal Federal alterou-se a partir do julgamento da ADI 331/PB, de relatoria do ministro Gilmar Mendes que, em 3 de abril de 2014, reconheceu a constitucionalidade do inciso XXII do artigo 54 da Constituição do Estado da Paraíba (...)

Com base no precedente referido (ADI nº 331/PB), seguiram-se vários julgados do Supremo Tribunal Federal, todos de relatoria do ministro Marco Aurélio, sob o entendimento de que “não contraria o princípio da separação de poderes, considerada a simetria constitucional, preceito local que submete a celebração de acordos e convênios à autorização do Poder Legislativo” (Cf. RE 1.159.814/SP, decisão monocrática de 26/02/2019). Na mesma linha: RE 602.458/SP, decisão monocrática de 2/4/2019; RE 974.493/MT, decisão monocrática de 17/4/2018.

Todavia, no julgamento do Agravo de Instrumento nº 721.230/MG, o relator ministro Roberto Barroso, decisão monocrática de 4 de dezembro de 2018, filiando-se à jurisprudência tradicional da Suprema Corte, reafirmou o entendimento de “que viola o princípio da separação dos Poderes dispositivo de lei que atribua ao Poder Legislativo a competência para autorização de convênios, concessões ou acordos celebrados pelo Poder Executivo.”

Assim, *data venia*, diante do julgamento dos citados precedentes, não se pode dizer que a Suprema Corte tenha assentado uma orientação definitiva sobre o assunto, ao revés, formaram-se duas teses na composição atual do colendo Supremo Tribunal Federal sobre a matéria.

Conquanto em acórdãos mais recentes, a posição daquela Corte tenha sido alterada, foi de modo a aceitar a previsão de lei autorizativa em casos excepcionais na hipótese de oneração relevante do patrimônio público. No julgamento da ADI 331/PB, foi assentado que “acordos ou convênios que podem gerar encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio estadual podem ser submetidos à autorização do legislativo local, sem violar o princípio da separação dos poderes”. No mesmo sentido, no julgamento do RE 488.065 AgR/SP, a ementa do acórdão proferido destaca: “Não contraria o princípio da separação de poderes preceito local que submete a celebração

<sup>17</sup> No mesmo sentido: ADI 676/RJ, relator ministro Carlos Veloso, Tribunal Pleno, DJ 29/11/1996; ADI 462/BA, relator ministro Moreira Alves, Tribunal Pleno, DJ 18/2/2000; ADI 342/PR Paraná, STF, Tribunal Pleno, rel. min. Sydney Sanches, j. 6/2/2003 e Agravo de Instrumento nº 755.058/MG, relator ministro Gilmar Mendes, decisão monocrática de 5/3/2013.

de convênios pelo Executivo à autorização do Legislativo. Precedente: ação direta de inconstitucionalidade nº 331/PB, acórdão publicado no Diário da Justiça de 2 de maio de 2014.”

(TJSP; Direta de Inconstitucionalidade 2034972-98.2019.8.26.0000; relator (a): Ricardo Anafe; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo - N/A; Data do Julgamento: 31/7/2019; Data de Registro: 8/8/2019). (grifos nossos)

A ação tratava sobre a Lei nº 4.491, de 4 de janeiro de 2018 (SÃO PAULO (GUARUJÁ), 2018), do município de Guarujá, que autorizava o Poder Executivo municipal a outorgar concessão serviço público referente à prestação de serviços de guincho, remoção e depósito de veículos automotores, que foi julgada procedente, sob o fundamento de que “a dependência de autorização legislativa para a concessão de serviço público ofende o princípio da separação de Poderes, por representar ingerência indevida em atividade típica do Poder Executivo”.

De acordo com o voto do relator, “a regra, no ordenamento constitucional é a existência de poderes independentes e harmônicos entre si, só se justificando a interferência de um Poder em outro nas hipóteses expressamente previstas na Carta Federal”<sup>18</sup>.

Em Ação Direta de Inconstitucionalidade sobre artigos que previam a autorização legislativa para concessões da Lei Orgânica do Município de São Sebastião (SÃO SEBASTIÃO, 1999), também julgada procedente pelo Órgão Especial do tribunal paulista, entendeu-se que as condutas relacionadas à concessão de serviços públicos são típicas matérias administrativas, “que se enquadram dentro da gestão que é de competência exclusiva do Poder Executivo, de modo que submeter as suas decisões (...) à autorização do Poder Legislativo figura como clara afronta à separação de poderes”<sup>19</sup>.

---

<sup>18</sup> No mesmo sentido: “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Pretensão que envolve a Lei nº 5.966/2015 do município de Jacareí, que trouxe normas acerca de concessão de serviço de iluminação – Elaboração de lei pela Câmara Municipal – Competência exclusiva do Poder Executivo para a organização dos serviços públicos – Vício formal de iniciativa – Ofensa ao princípio da separação de poderes – Inviabilidade da criação, pelo Poder Legislativo, de lei autorizativa para atuação administrativa do Poder Executivo – Configuração da inconstitucionalidade – Ação procedente” (TJSP; Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2266339-98.2015.8.26.0000; relator (a): Alvaro Passos; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo - N/A; Data do Julgamento: 3/8/2016; Data de Registro: 4/8/2016).

<sup>19</sup> TJSP; Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2059874-86.2017.8.26.0000; relator (a): Alvaro Passos; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo - N/A; Data do Julgamento: 30/8/2017; Data de Registro: 31/8/2017. No mesmo sentido: “Art. 74, § 2º, da Lei Orgânica do município de Taubaté. Arguição de inconstitucionalidade. Exigência de prévia autorização parlamentar para a concessão de serviços públicos. Não se tratando de concessão de uso de imóvel, incabível a exigência (art. 19, V, c.c. o art. 144, ambos da CE). Afronta ao art. 5º da Constituição Estadual e ao princípio da separação e independência entre os Poderes. Ação procedente”. (TJSP; Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 0003112-60.2012.8.26.0000; relator (a): Luiz Pantaleão; Órgão Julgador: Órgão Especial; Tribunal de Justiça de São Paulo - N/A; Data do Julgamento: 3/10/2012; Data de Registro: 23/10/2012).

### 3.4. Princípio da legalidade

De acordo com o princípio da legalidade, “a Administração Pública só pode fazer o que a lei permite” (DI PIETRO, 2009, p. 63), o que ensejaria a necessidade de autorização legislativa para a delegação de serviço público.

No já citado acórdão do MS 27.516, do STF, em que se discutia legalidade do Decreto presidencial que incluía no Programa Nacional de Desestatização as linhas de serviço de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros, o ministro Carlos Britto proferiu voto no sentido de que o art. 175 da CF/88 (BRASIL, 1988) prevê que incumbe ao Poder Público a prestação de serviços públicos, de maneira que para o particular exercer tal função é preciso lei, que nomine expressamente o serviço público.

Porém, o ministro Cezar Peluso pontuou que “a Lei nº 9.491 permite, textualmente, a submissão de qualquer serviço público, objeto de concessão, permissão ou autorização, ao sistema por ela introduzido”, sendo certo que estão preenchidos os dois requisitos constitucionais dos artigos 21 e 175 da CF/88.

Veja-se que a discussão nesse caso é essencialmente sobre o que o princípio da legalidade exige no caso de concessão de serviço público.

Conforme lição de Marçal Justen Filho sobre o tema:

O princípio da legalidade não significa a exigência de disciplina legal literal e expressa. A disciplina jurídica é produzida pelo conjunto das normas jurídicas, o que demanda compreender que, mesmo sem existir dispositivo literal numa lei, o sistema jurídico poderá impor restrição à autonomia privada e obrigatoriedade de atuação administrativa. (JUSTEN FILHO, 2018, p. 116).

Como visto no ponto anterior, há uma base normativa extremamente ampla acerca da concessão de serviços públicos, que prevê como serão tomadas as decisões para a delegação do serviço, de maneira que a desnecessidade de lei autorizativa específica não viola o princípio da legalidade.

O princípio da legalidade hoje é lido como princípio da juridicidade<sup>20</sup>, sendo que a Administração Pública deve observar o bloco de legalidade:

(...) Administração Pública deve respeito ao bloco de legalidade, i. e., ao ordenamento jurídico como um todo. Seus atos devem necessariamente se coadunar com os princípios, normas, leis formais e práticas informativas

---

<sup>20</sup> Nesse sentido, a lição de Gustavo Binbenjoni: “A ideia de juridicidade administrativa, elaborada a partir da interpretação dos princípios e regras constitucionais, passa, destarte, a englobar o campo da legalidade administrativa, como um de seus princípios internos, mas não mais altaneiro e soberano como outrora. Isso significa que a atividade administrativa continua a realizar-se, via de regra, (i) segundo a lei, quando esta for constitucional (atividade *secundum legem*), (ii) mas pode encontrar fundamento direto na Constituição, independente ou para além da lei (atividade *praeter legem*), ou, eventualmente, (iii) legitimar-se perante o direito, ainda que contra a lei, porém com fulcro numa ponderação da legalidade com outros princípios constitucionais (atividade *contra legem*, mas com fundamento numa otimizada aplicação da Constituição)” (BINENBOJM, 2006).

do regime jurídico-administrativo. Apenas com essa premissa em mente faz-se possível conciliar os múltiplos interesses públicos e as competências tão díspares que incumbe à Administração tutelar. (SCHIRATO; DE PALMA, 2009).

Do exposto anteriormente, a Constituição Federal prevê que a lei deve dispor sobre diversos aspectos da concessão de serviço público e que a competência material para organização da prestação do serviço é do Poder Executivo.

A partir das disposições constitucionais, a União e os entes federativos (neste trabalho abordou-se o estado de São Paulo) desenvolveram um arcabouço legal para a disciplina da delegação de serviços a entes privados, com a instituição de conselhos e formas de controle e fiscalização da prestação de serviços.

Portanto, o princípio da legalidade não é desrespeitado se não há lei autorizativa prévia para a delegação de determinado serviço público, por meio de concessão, se são observadas as leis que disciplinam a matéria.

## CONCLUSÃO

1. A essência da concessão comum é que ela é economicamente autossuficiente, ou seja, não depende da utilização de patrimônio público, pois o serviço é mantido exclusivamente pelas receitas tarifárias e/ou acessórias.
2. Se não há impacto orçamentário a delegação de determinado serviço, não há razão de ser a necessidade de autorização prévia pelo Poder Legislativo.
3. O parágrafo único do art. 175, da CF/88 (BRASIL, 1988), aponta que a lei irá dispor sobre diversos aspectos da concessão de serviço público, não sendo possível extrair do dispositivo a obrigatoriedade de autorização legislativa prévia pelo Poder Legislativo
4. A Lei nº 8.987/95 (BRASIL, 1995) não traz nenhuma exigência de aprovação de lei autorizativa.
5. O art. 2º, *caput*, da Lei nº 9.074/95 (BRASIL, 1995), dispõe sobre a necessidade de lei autorizativa, o que demonstra que o legislador infraconstitucional partiu do pressuposto de que a Constituição não a exigiu.
6. A Lei nº 11.079/04, que trata das parcerias público-privadas, prevê que as concessões patrocinadas em que mais de 70% (setenta por cento) da remuneração do parceiro privado for paga pela Administração Pública dependerão de autorização legislativa específica, do que se conclui que a regra geral é de que as concessões patrocinadas não necessitam de autorização legislativa específica.
7. Se apenas as concessões patrocinadas com mais de 70% da remuneração financiada por verba pública devem ser autorizadas pelo Poder

- Legislativo, as concessões comuns também não necessitam de autorização, pois não dependem de repasse de verba pública.
8. Com a edição das leis nº 9.491/1997 e nº 13.334/2016, que instituíram o Programa Nacional de Desestatização e o Programa de Parceiras de Investimentos, respectivamente, não são promulgadas leis autorizativas de concessões de serviço público no âmbito federal, pois é o presidente da República que inclui a concessão de serviço público no programa, mediante decreto, após aprovação do Conselho respectivo.
  9. O art. 13, da Lei nº 13.334/2016, prevê expressamente que as parcerias do PPI não dependem de lei autorizativa geral ou específica, com observação ao art. 10, § 3º, da Lei nº 11.079/04, sem qualquer menção ao art. 2º da Lei nº 9.074/95.
  10. No âmbito do estado de São Paulo, a Constituição Estadual não exige a autorização legislativa prévia para a concessão de determinado serviço público.
  11. Em razão da edição de leis estaduais que tratam sobre a concessão de serviço público e programas de desestatização e de parcerias público-privadas (leis nº 7.835/92, nº 9.361/96 e nº 11.688/2004), o estado de São Paulo possui um sistema normativo robusto que disciplina a tomada de poder para a outorga de concessão comum ou patrocinada.
  12. Nas hipóteses em que a Constituição Federal tratou sobre a necessidade de lei autorizativa, ela o fez de maneira explícita. Da mesma maneira, a Constituição do Estado de São Paulo também não exigiu a edição de lei autorizativa para a concessão de serviço público.
  13. Cada ente tem a competência de organizar a prestação de serviço indireta com a edição de lei que regule essa prestação.
  14. A competência para a prestação de serviços é essencialmente material, não legislativa, constituindo função do Poder Executivo.
  15. A Constituição Federal prevê hipóteses de controle entre os órgãos estatais, dentro do sistema de freios e contrapesos, e a concessão de serviço público não consta como um ato a ser autorizado pelo Poder Legislativo.
  16. A jurisprudência do STF e do Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo firmaram-se no sentido de que a exigência de prévia autorização legislativa para a realização de convênios, convenções, acordos ou contratos de concessão de serviços públicos viola o princípio da independência e harmonia dos Poderes.
  17. Há uma base normativa extremamente ampla acerca da concessão de serviços públicos, que prevê como serão tomadas as decisões para a delegação do serviço, de maneira que a desnecessidade de lei autorizativa específica não viola o princípio da legalidade.

**REFERÊNCIAS**

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Necessidade de autorização legislativa para concessão de serviços públicos**. De Jure, Belo Horizonte, v. 12, p. 488-498, 2009. Disponível em: <[https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/154/Necessidade%20aautoriza%C3%A7ao%20legislativa\\_Almeida.pdf?sequence=1](https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/154/Necessidade%20aautoriza%C3%A7ao%20legislativa_Almeida.pdf?sequence=1)>.

BELSITO, Bruno Gazzaneo; TANNURE, Ricardo Tomaz. **Discussão sobre a necessidade de autorização legislativa para concessões de serviços públicos**. R. BNDES, Rio de Janeiro, v. 25, nº 50, dez. 2018, p. 345-400. Disponível em: <[https://web.bnDES.gov.br/bib/jspui/bitstream/1408/16862/3/PRArt\\_Autorizacao%20legislativa%20para%20concessoes%20de%20servicos%20publicos\\_compl\\_BD.pdf](https://web.bnDES.gov.br/bib/jspui/bitstream/1408/16862/3/PRArt_Autorizacao%20legislativa%20para%20concessoes%20de%20servicos%20publicos_compl_BD.pdf)>.

BINENGOJM, Gustavo. A constitucionalização do direito administrativo no Brasil: um inventário de avanços e retrocessos. **Revista Brasileira de Direito Público - RBDP** Belo Horizonte, nº 14, ano 4 Julho/Setembro 2006 Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=37252>>.

DA SILVA, José Afonso. **Comentário Contextual à Constituição**. 8ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia. **Parcerias na Administração Pública**. 11ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

\_\_\_\_\_. **Direito Administrativo**. 22ª. ed., São Paulo: Atlas, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. As Diversas Configurações da Concessão de Serviço Público. **Revista de Direito Público da Economia**, Belo Horizonte, Fórum, nº 1, p. 95-136, jan./mar. 2003. Disponível em: <<http://justenfilho.com.br/wp-content/uploads/2008/12/mjf60.pdf>>.

\_\_\_\_\_. **Curso de Direito Administrativo**. 13ª. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomas Reuters Brasil, 2018.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões**. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

MONTEIRO, Vera. **Concessão**. São Paulo: Malheiros: 2010.

PEDRA, Anderson Sant'Ana. **Por uma “separação de poderes” à brasileira: Constituição de 1988 e a teoria tripartite de Montesquieu: uma conta que não fecha**. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 15, nº 78, mar./abr. 2013. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=92571>>.

PINTO JUNIOR, Mario Engler. Parceria Público-Privada. Antigas e novas modalidades contratuais, **Revista de Direito Público da Economia \_ RDPE**, Belo Horizonte, ano 4, nº 13, p.175-198, jan./mar. 2006. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=34592>>. Acesso em: 31 jan. 2020.

RIBEIRO, Leonardo Coelho. **Transferência de concessão de serviço público e inconstitucionalidade da exigência de autorização legislativa prévia**. Interesse Público – IP, Belo Horizonte, ano 15, nº 80, jul./ago. 2013. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=96898>>.

SCHIRATO, Vitor Rhein. **As concessões de serviços públicos em evolução**. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 15, nº 180, p. 27-43, dez. 2016. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=246255>>.

\_\_\_\_\_; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Consenso e legalidade: vinculação da atividade administrativa consensual ao direito, **Revista Brasileira de Direito Público – RBDP**, Belo Horizonte, ano 7, nº 27, out./dez. 2009. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/PDI0006.aspx?pdiCntd=64611>>.