

4. TÉCNICAS

4.1 MANIFESTAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS – NECESSIDADE DE LEI AUTORIZATIVA

ELAINE MARTINS PARISE
Procuradora de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais
Coordenadora de Controle da Constitucionalidade
Especialista em Direitos Difusos e Coletivos – PUC/MG

GREGÓRIO ASSAGRA DE ALMEIDA
Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Minas Gerais
Assessor especial do CEAF
Mestre em Direito Processual Civil – PUC/SP
Doutor em Direito Difusos e Coletivos - PUC/SP
Coordenador e Professor do Mestrado da Universidade de Itaúna/MG

EXCELENTÍSSIMO SENHOR RELATOR DESEMBARGADOR XXXXXX

CORTE SUPERIOR DO TJMG

ADI nº XXX

Comarca de origem: XXX

Requerente: XXX

Requerido: XXX

Espécie: MANIFESTAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE MINAS
GERAIS

Objeto: Lei Orgânica do Município de XXXXXXXXX que determina que a concessão
de serviço público somente será feita com autorização legislativa, mediante contrato.

1. Do objeto e do sucinto relatório

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Senhor Prefeito Municipal
de XXXX em face do art. XXX da Lei Orgânica Municipal, o qual condicionou a
concessão de serviço público à prévia autorização legislativa. O representante alegou,
em suma, que a exigência afronta o princípio da separação dos Poderes e viola os arts.
6º e 173, ambos da CEMG e, ao final, pede que seja declarada a inconstitucionalidade
da expressão *só será feita com autorização legislativa*.

A liminar cautelar pleiteada foi deferida por Vossa Excelência (fl. XXX) e
oportunamente ratificada pela Corte Superior deste Tribunal (fl. XXX). A Câmara

Municipal de XXXX prestou informações nas fls. XXXXX, aduzindo, em síntese, que compete ao Poder Legislativo autorizar o Poder Executivo abrir o processo licitatório para a concessão de serviços públicos.

Os autos vieram com vista à Procuradoria-Geral de Justiça para parecer.

É o relato do necessário. Manifesta-se.

2. Do mérito da presente ADI

2.1 Da apresentação das duas correntes sobre a constitucionalidade ou não da autorização legislativa em concessões e permissões para outorga de serviço público

A autorização legislativa em casos de concessões e permissões de serviços públicos é questão polêmica, havendo quem sustente sua constitucionalidade e outros que pugnam pela sua inconstitucionalidade. Com efeito, ambas as correntes possuem bons argumentos a justificar o seu respectivo ponto de vista, contando com a abalizada opinião de juristas, aplicadores do direito e doutrinadores de peso. Vejamos cada uma delas.

2.1.1 Dos que defendem a sua inconstitucionalidade: Ofensa ao princípio da separação e à harmonia entre os Poderes

Segundo o entendimento jurisprudencial da Corte Superior deste Egrégio Tribunal, é inconstitucional a disposição de lei que vincula a concessão de serviços públicos à prévia autorização legislativa, por ofender o postulado da separação e harmonia entre os Poderes e representar uma ingerência indevida do Legislativo no Executivo (CEMG, arts. 6º e 173). Nesse sentido, citam-se alguns precedentes:

EMENTA: Ação Direta de Inconstitucionalidade. Concessão de serviço público. Licitação. Autorização. Poder Legislativo. Inadmissibilidade. A dependência de autorização legislativa para a concessão ou permissão de serviço público, prevista em Lei Orgânica Municipal, após o processo licitatório, ofende o princípio da separação de poderes, por representar ingerência indevida em atividade típica do Executivo. Acolhe-se a representação e declaram-se inconstitucionais as expressões "...com autorização da Câmara Municipal e" do art. 124 da Lei Orgânica do Município de Elói Mendes.(TJMG, Corte Superior, ADI nº 1.0000.00.336625-9/000, Rel. Des. Almeida Melo, j. 31.03.2004, DJ 05.05.2004).

EMENTA: “AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - LEI ORGÂNICA - A previsão contida em Lei Orgânica Municipal de prévia autorização legislativa para outorga de concessão de serviço público após regular processo licitatório ofende o princípio da separação, independência e harmonia dos Poderes, consagrado no art. 173 da Constituição Mineira, por representar ingerência indevida do Poder Legislativo em atividade típica do Executivo.” (TJMG, Corte Superior, ADI nº 1.0000.00.193483-5/000, Rel. Des. Bady Curi, j. 12.09.2001, DJ 28.09.2001).

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - LEI ORGÂNICA MUNICIPAL. A previsão contida em Lei Orgânica municipal de prévia autorização legislativa para outorga de concessão de serviço após regular processo licitatório, bem como para celebração de convênio, ofende o princípio da separação, independência e harmonia dos Poderes, consagrado nos artigos 6º e 173 da CEMGE. (TJMG, Corte Superior, ADI nº 1.0000.00.321444-2/000, j. 25.08.2004, DJ 15.09.2004).

EMENTA: ADIN - LEI ORGÂNICA - PERMISSÃO DE SERVIÇO DE UTILIDADE PÚBLICA - CONDICIONAMENTO À AUTORIZAÇÃO DO PODER LEGISLATIVO - INCONSTITUCIONALIDADE QUE SE DECLARA. - Por violar o princípio da separação dos poderes, consagrado nos artigos 6º e 173 da Constituição Estadual, é inconstitucional a norma inserta na Lei Orgânica que condiciona a permissão de serviço de utilidade pública à prévia autorização legislativa. (TJMG, Corte Superior, ADI nº 1.0000.00.326281-3/000, Rel. Des. Francisco Figueiredo, j. 25.03.2004, DJ 23.04.2004).

O Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da ADI 462/BA, entendeu que:

EMENTA: 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 05 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 Assembléia 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 Assembléia 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 05 de outubro de 1989. (STF, Pleno, ADI nº 462/BA, Rel. Min. Moreira Alves, j. 20.08.1997, DJ 18.02.2000, p. 54).

O entendimento jurisprudencial acima esposado atesta a prescindibilidade da autorização legislativa a fim de que seja celebrado o respectivo contrato administrativo para a delegação do serviço público, depois de finalizado o certame. Para os adeptos dessa corrente, seriam inconstitucionais as disposições constantes na legislação extravagante infraconstitucional que exigem a referida autorização do Poder Legislativo nesses casos. Entretanto, há outras questões jurídicas que merecem ser analisadas na matéria em pauta, especialmente em relação à corrente que sustenta a constitucionalidade da autorização legislativa.

2.1.2 Dos que defendem a sua constitucionalidade: observância do princípio da legalidade

A CF/88, em seu art. 175, *caput*, dispõe que: “Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.” O dispositivo acima transcrito dispõe que a execução de serviços públicos pode ser efetivada de maneira indireta, ou seja, por intermédio de descentralização, que nas palavras de Carvalho Filho¹ “[...] é o fato administrativo que traduz a transferência da execução da atividade estatal a determinada pessoa, integrante ou não da Administração”.

Por seu turno, a descentralização pode ser efetivada mediante lei ou através de negócio jurídico de direito público, incluído nesta última modalidade, o regime de concessão ou permissão a particulares, também entendido como *delegação negocial de serviços públicos* (CARVALHO FILHO, 2004, p. 288). O autor escreve a esse respeito:

¹ *Manual de Direito Administrativo*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 286.

Quando se trata de pessoas integrantes da própria Administração, a descentralização enseja a *delegação legal*, ao contrário do que acontece quando a execução dos serviços é transferida a pessoas da iniciativa privada através de atos e contratos administrativos, hipótese que constitui a *delegação negocial* (CARVALHO FILHO, 2004, p. 307).

Marcos Juruema Villela Souto anota que a autorização legislativa, nos casos de concessão ou permissão de serviço público, está intimamente ligada ao Princípio da Legalidade, justificando-se, sobremaneira, a adoção de tal medida quando o serviço público for delegado ao particular, o qual possui poucos vínculos com a Administração Pública ². Cita-se:

Quanto à exigência de autorização legislativa para a delegação por concessão, parte da doutrina entende seja inafastável, pois, se o serviço incumbe ao corpo central, Administração Centralizada, quando se descentraliza o serviço, conferindo-o a um prolongamento seu, ou a entidade criada para esse fim, deverá fazê-lo por intermédio de lei, nada mais acertado que, considerando o Princípio da Legalidade, ao transferir o exercício para o particular, que tem menos vínculos com a Administração do que uma entidade da Administração indireta, na concessão, deverá delegar também com prévia autorização legislativa (SOUTO, 2004, p. 47-48).

Souto (2004, p. 48) aponta, ainda, que esse mesmo setor da doutrina, que defende a constitucionalidade da autorização legislativa nos casos de concessão de serviço, sustenta que se “[...] para a encampação³, há necessidade de lei, na delegação feita no início da concessão também deve haver, já que seria de muito maior importância”. Comunga desse entendimento Mello (2000, p. 634), para quem “[...] a outorga do serviço (ou obra) em concessão depende de lei que a autorize”. Aduz o autor:

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.

² SOUTO, Marcos Juruema Villela. *Direito administrativo das concessões*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 48.

³ Nos termos do art. 37 da Lei nº 8.987/1995, “Considera-se encampação a retomada do serviço pelo poder concedente durante o prazo da concessão, por motivo de interesse público, mediante lei autorizativa específica e após prévio pagamento da indenização, na forma do artigo anterior”.

Para Mello (2000, p. 634), em observância ao Princípio da Legalidade, o ato administrativo da concessão deve ser fundamentado com base em lei, mesmo que essa “[...] lei faculte, genericamente, a adoção de tal medida em relação a uma série de serviços que indique”.

2.2 Do novo posicionamento da Procuradoria-Geral de Justiça Adjunta Jurídica: constitucionalidade da autorização legislativa

Depois de fazermos novas reflexões sobre o tema, mudamos o nosso entendimento. Agora pensamos que assiste razão à corrente que sustenta a constitucionalidade da autorização legislativa para as concessões e permissões de serviços públicos. Longe de haver a proclamada violação ao princípio da separação e harmonia entre os Poderes, a participação do Poder Legislativo possibilitará uma maior segurança aos cidadãos em relação à qualidade e lisura da futura outorga do serviço público.

Segundo a lição de Justen Filho, autorização legislativa é o “[...] ato jurídico específico, dotado de configuração própria, que precede o surgimento da concessão e sem o qual a outorga é inviável. Inúmeras outras formalidades devem ser obrigatoriamente respeitadas como requisito de validade da formalização da concessão”⁴.

Pode-se dizer que é até mesmo recomendável que o ato jurídico de delegação nesses casos tenha natureza jurídica de ato complexo, exigindo-se a autorização *em abstrato* do Legislativo e a sua concreção pelo Executivo, mediante a realização do procedimento licitatório e a celebração do ajuste final, vale dizer, do contrato administrativo.

Isso porque, explica Meireles⁵, “Tais atos representam encargos extraordinários e delegações de serviços do Município e, por isso, não podem ser validamente realizados sem a intervenção dos órgãos do governo local, isto é, sem que a Câmara autorize o Prefeito a praticá-los”

A delegação de serviços públicos é medida de considerável importância dentro do contexto do município, sendo certo que a má execução desse ato poderá afetar negativamente todos os cidadãos locais. Por isso, nada impede que o Poder Legislativo também participe de seu processo de efetivação.

No mesmo sentido, aduz Justen Filho (2001, p. 173) que 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”. E conclui o jurista: “Daí se segue a impossibilidade de reputar-se a decisão de produzir a outorga

⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 173.

⁵ MEIRELES, Hely Lopes. *Direito Municipal Brasileiro*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 654.

como abrangida nas competências puramente administrativas. A escolha de produzir a outorga de concessão envolve a manifestação do Poder Legislativo.”

Outrossim, a realização desses contratos administrativos representa gasto para o Erário, impactando nas finanças e orçamentos do ente municipal. A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial do Município, quanto à legalidade, legitimidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, é prerrogativa constitucionalmente conferida à Câmara de Vereadores (CF/88, art. 29, XI e 70). Assim, nada impede que o Poder Legislativo local exerça esse controle de forma preventiva, por meio da autorização legislativa prévia, evitando-se qualquer prejuízo ao patrimônio público e a outros direitos difusos e coletivos, no caso de uma possível concessão ou permissão outorgada fora dos parâmetros legais.

Há quem afirme ser ato meramente de gestão do Executivo a concessão de serviços públicos. Entretanto, não se pode concordar com tal orientação, haja vista que a outorga de serviços públicos a particulares é, na verdade, ato de competência vinculada do Executivo em relação ao Legislativo, dada a magnitude do seu objeto.

Não se trata, portanto, de atividade discricionária do Executivo, pois, como defende Justen Filho (2003, p. 177), “[...] a outorga de concessão não se configura ato puramente administrativo. Há nítida diferença entre os demais contratos administrativos e a outorga de serviços públicos à gestão por particulares”, uma vez que o “[...] contrato administrativo comum retrata atividade puramente administrativa sujeita apenas a limitações genéricas”. Por isso,

[...] a concessão apresenta-se muito mais como um ato estatal do que como manifestação exclusivamente administrativa. Daí haver nítida redução da discricionariedade administrativa no campo das licitações para concessões e permissões, se comparada a situação com as demais licitações. O edital deverá ser elaborado nos estritos limites da lei que autorizou a licitação e estabeleceu as condições para outorga dos serviços aos particulares (JUSTEN FILHO, 2003, p. 177).

Como já ressaltado, a decisão acerca da transferência da gestão do serviço público para particulares envolve interesses muito relevantes e de natureza transcendente. Concordamos com Justen Filho (2003, p. 176) ao lecionar que “Não se trata de decisão inserida na órbita de competência do Poder Executivo. Depende do exame, aprovação e regulamentação do Poder Legislativo, por meio de cuja manifestação retrata-se a concordância do povo à alternativa adotada”. Veja-se:



A referência do art. 175 à edição de lei para delegação de serviço público se relaciona não apenas com o princípio da legalidade do art. 5º. Trata-se de reconhecer que o povo, por via do legislativo, é o único titular das escolhas acerca da forma de gestão dos serviços públicos. É que esses serviços se destinam a assegurar o bem do povo, a eliminação das carências individuais e regionais e a institucionalização de um Estado Democrático de Direito. Por isso não se admitem decisões provenientes apenas do Poder Executivo – ainda que também esse seja integrado por representantes do povo. Mas o conjunto de órgãos destinados a vocalizar a vontade popular é especificamente o Poder Legislativo (JUSTEN FILHO, 2003, p. 176).

Por isso, Justen Filho (2003, p. 176) é contundente em afirmar que “Não é possível, portanto, admitir que a outorga de concessões e permissões derive exclusivamente de ato administrativo, sem prévia autorização e regulação por meio de lei. Interpretação distinta distorce a estrutura fundamental do Estado brasileiro e torna vazia a regra do art. 175 da Constituição”. Não procede, também, a tese de que a autorização legislativa configura ingerência indevida do Poder Legislativo no Poder Executivo. Explica Meirelles (2001, p. 654):



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.



Além disso, tal autorização legislativa deve ser prévia, de modo a evitar eventuais fraudes e prejuízos. De acordo com Justen Filho (2003, p. 178), “Não se admite, portanto, que o Executivo desencadeie licitação para concessão sem a existência da autorização legislativa. Nem seria viável argumentar com a possibilidade de ratificação posterior dos atos administrativos, com efeito retroativo”. Nesse passo, explica o autor não se tratar de “[...] formalismo excessivo, mas de se evitar o risco de situações fáticas irreversíveis”, diante da possibilidade de serem conferidas concessões absurdas e fraudulentas. E conclui afirmando que “[...] a autorização legislativa deve ser prévia e sem ela os atos praticados pelo Executivo deverão ser reputados nulos”. E mais:

Essa interpretação deriva do princípio da legalidade, que exclui a possibilidade de o agente administrativo atuar sem a prévia autorização legislativa, nas hipóteses em que as suas



competências foram vinculadas. Não é casual, por isso, que a Lei determine a nulidade das licitações quando determinada autorização legislativa, indispensável para a contratação, não estiver presente no momento da instauração da licitação. O exemplo mais evidente é o da previsão orçamentária, indispensável para o aperfeiçoamento de certos contratos e que se constitui em requisito para o desencadeamento da licitação.

Assim, seja por um, seja por outro fundamento, reputamos constitucional a exigência de autorização legislativa em relação à concessão de serviços públicos. Vejamos, agora, qual o embasamento legal de tal disposição.

2.3 Da fundamentação legal para a exigência de autorização legal nos casos de concessão ou permissão de serviços públicos

Em se tratando de licitações e contratação, a CF/88 em seu art. 22, XXVII, dispõe ser esta matéria de competência concorrente entre a União, Estados, Distrito Federal e Municípios. É que embora prevista no artigo competência privativa da União, vê-se, na verdade, que caberá à União apenas editar, de forma privativa, normas gerais sobre licitações e contratos. Assim, o legislador dos demais entes federativos poderá apenas complementar aquilo que a União dispuser na norma geral, obedecendo-se, contudo, a principiologia normativa básica. Isso pode ser comprovado a partir da leitura do art. 175 da CF/88 ao indicar que *lei* posterior iria dispor sobre a matéria.

A própria Constituição Federal é que determina que o sistema de concessão será sistematizado de acordo com as necessidades de cada ente federativo, observadas as peculiaridades do caso concreto e os limites encontrados na norma geral. Para Justen Filho (2003, p. 173), a necessidade de autorização legislativa estaria explicitada no art. 175, *caput*, e sem seu parágrafo único, da CF/88. Podemos concluir que toda disposição de lei infraconstitucional que restringir a necessidade de autorização legislativa será, portanto, inconstitucional, vez que se a CF não faz qualquer distinção, não cabe ao legislador infraconstitucional fazê-lo.

Explica esse autor que a autorização legislativa pode ser genérica ou específica. Para ele, cada ente federativo poderia dispor da forma que melhor lhe aprouver sobre os contornos da concessão e permissão, no âmbito de sua autonomia federativa. Cita-se:

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).

O único raciocínio que não pode ser tolerado é no sentido de dispensar a autorização legislativa para algum tipo de concessão de serviço público, já que, como decorrência do comando constitucional previsto no art. 175 da CF/88, a delegação de tal função a particulares é ato do qual participam tanto o Executivo, enquanto agente que irá concretizar a medida, e o Legislativo, na função de fiscalização e, até mesmo, assessoramento na gestão da coisa pública.

A LOM de XXXXX – e de tantos outros Municípios mineiros – determina em seu art. XXXX a regra da autorização legislativa prévia e específica para qualquer tipo de concessão que envolva a delegação de serviços públicos. Assim, a cada nova concessão de serviço público, o legislador municipal de XXXX deverá editar lei própria para aquele caso específico. Souto (2004, p. 48) aponta a viabilidade de tal disposição legal, ao comentar os aspectos da Lei nº 9.074/1995. Veja-se:

Ultrapassado esse aspecto, há que se indagar se a autorização legislativa deve ser específica, para cada tipo de concessão, ou se pode ser genérica, autorizando, em tese, qualquer concessão.

Ora, se o objetivo do legislador federal foi devolver ao legislador o poder decisório, a este cabe a definição.

No âmbito federal, para dar aplicabilidade ao art. 175, *caput*, da CF/88, foi editada a Lei nº 8.987, de 13.02.1995 e, posteriormente, a Lei nº 9.074, de 07.07.1995, que além de complementar e alterar a primeira, também dispôs especificamente sobre os serviços de energia elétrica e a reestruturação dos serviços concedidos. A Lei nº 8.987/1995 nada dispôs sobre a necessidade de autorização legislativa para deflagrar o procedimento licitatório ou celebração do contrato administrativo respectivo.

Entretanto, Mello (2000, 635) anota que a “Lei 8.987, de 13.2.95, não menciona a necessidade de lei autorizativa; nem por isso poder-se-ia prescindir de tal exigência”. Vale dizer que a Lei nº 9.074/1995, em seu art. 2º, explicitou a necessidade de lei autorizativa para a instituição de novas concessões ou permissões, ressalvando, contudo, 3 situações em que a aludida autorização seria desnecessária: a) nos casos de saneamento básico e limpeza urbana; b) nos casos já referidos na Constituição Federal, Constituições Estaduais e nas Leis Orgânicas do Distrito Federal e Municípios e, por

fim, c) nos processos iniciados com base na Lei nº 8.987/1995, entra a data de sua publicação e a publicação da presente Lei (9.074/1995).

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.

§ 1º A contratação dos serviços e obras públicas resultantes dos processos iniciados com base na Lei no 8.987, de 1995, entre a data de sua publicação e a da presente Lei, fica dispensada de lei autorizativa.

Sobre as ressalvas contidas na lei, colhe-se o entendimento de Justen Filho (2003, p. 177) no sentido de serem elas inconstitucionais:

Logo, a regra de autorização legislativa prévia deriva da Constituição. Logo, a regra do art. 2º da lei 9.074 é meramente explicitadora da previsão constitucional. Não pode inovar, ampliando ou restringindo, a Constituição. Isso significa que as hipóteses de dispensa da autorização legislativa albergadas no art. 2º são inconstitucionais. Todas as concessões e permissões de serviços públicos necessitam de prévia autorização legislativa, inclusive nos casos de saneamento básico e limpeza urbana. A regra aplica-se após a vigência da Constituição de 1988, o que torna inválida a liberalidade pretendida no § 1º.

Por fim, em relação às concessões eventualmente empreendidas sem a necessária autorização legislativa, Justen Filho (2003, p. 178) aponta duas saídas para o problema. Com apoio nas lições de Bielsa., anota que “Se o trâmite da autorização é prévio e não foi cumprido, a concessão é irregular, mas deve assim ser declarada em via jurisdicional”. Por outro lado, Justen Filho (2003, p. 178) pondera que o desfazimento da concessão há anos já outorgada poderia gerar “[...] efeitos maléficos de tal intensidade que a única solução seria consolidar os fatos”. Mesmo assim, adverte:

Num caso desse, o Poder Legislativo acabaria por constranger-se a ratificar os atos já praticados. Mas a solução dessa ordem apenas pode ser admitida quando inevitável. Por isso e enquanto tal for faticamente possível, deverá obstaculizar-se

a instauração de licitação ou formalização de outorga sem a autorização legislativa.

2.4 Da constitucionalidade do art. XXX da LOM de XXXXX

Em último tópico, convém apenas deixar claro que o art. XXX da LOM de XXXX é constitucional, na medida em que apenas explicita regra constitucional que tem o condão de potencializar a fiscalização nos procedimentos de concessão ou permissão de serviços públicos. O que a LOM determinou foi que a cada nova licitação tendente à concessão de serviço público, tal decisão passasse também pelo crivo do Poder Legislativo, que poderia exercer o controle, fiscalização e assessoramento que lhe é inerente e foi constitucionalmente outorgado a esse órgão.

Portanto, em se tratando de concessão de serviço público, o procedimento licitatório somente poderá ter início após autorização legislativa, sendo necessário que o edital que vier a regular o certame siga estritamente o que foi deliberado pelo órgão legiferante e constou na respectiva lei autorizativa. Em relação aos aspectos materiais e formais dessa lei, transcreve-se a lição de Meirelles (2001, p. 6565), com a qual, passamos à parte final deste parecer:

As concessões para exploração de serviços de utilidade pública devem também ser autorizadas por lei especial, na qual a Câmara delimite o âmbito do contrato a ser firmado entre o Município, representado pelo prefeito, e o concessionário. As leis orgânicas dos Municípios deverão dispor sobre o *quorum* e o número de discussões para a aprovação da lei autorizadora. Tais exigências, com é bem de ver, podem ser aumentadas ou reduzidas, a critério da legislação de cada Município. O que convém se grave é que tais contratos não podem ser firmados sem prévia autorização da Câmara de Vereadores, por importar delegação de poderes do Município a terceiros para a exploração de determinado serviço de interesse público local.

3. Conclusão

Diante do exposto, manifestamos pelo julgamento improcedente do pedido formulado na presente ação direta de inconstitucionalidade, tendo em vista que a autorização legislativa prévia para a concessão de serviços públicos é prerrogativa que decorre da vontade do próprio constituinte (art. 175 da CF/88) e atividade da qual participam tanto o Executivo quanto o Legislativo, no limite de suas competências.

Belo Horizonte, XX de XX de XX.