

Comentário à Jurisprudência

NECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO LEGISLATIVA PARA CONCESSÕES DE SERVIÇOS PÚBLICOS

GREGÓRIO ASSAGRA DE ALMEIDA

Promotor de Justiça do Ministério Público de Minas Gerais, atualmente,
Diretor do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional

1. Acórdão escolhido

O acórdão por nós escolhido trata da polêmica acerca da necessidade ou não de autorização legislativa para que o Chefe do Executivo formalize concessões de serviço público no âmbito da sua competência administrativa.

Vejamos a ementa do julgado:

TJMG – Apelação Cível nº 1.0107.06.900007-6/001(1)
6ª Câmara Cível

Relator: MAURÍCIO BARROS

Data do Julgamento: 28/08/2007

Data da Publicação: 09/10/2007

DIREITO ADMINISTRATIVO - CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO - NECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO LEGISLATIVA - COMPETÊNCIA FISCALIZATÓRIA DA CÂMARA MUNICIPAL - SUPRIMENTO DA AUTORIZAÇÃO DO LEGISLATIVO PELO JUDICIÁRIO - PEDIDO JURIDICAMENTE IMPOSSÍVEL - PROCESSO EXTINTO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO.

1- Sendo função natural do Poder Legislativo a fiscalização e o controle externo do Poder Executivo, a exigência de lei que autorize a concessão de serviço público municipal, nos termos da Lei Orgânica, constitui expressão da competência constitucional da Câmara de Vereadores, com fulcro nos art. 30, I c/c art. 31 e art. 29, XI, todos da Constituição Federal.
2- Consistindo o pedido vestibular em substituição da Câmara Legislativa pelo Poder Judiciário, em ato da legítima competência daquela e por ela já justificadamente exercido, acolhe-se preliminar de impossibilidade jurídica do pedido, por violação do princípio da separação dos poderes.

2. Comentários

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. Vejamos cada uma delas.

2.1.1. Dos que defendem a inconstitucionalidade do ato normativo autorizador

Entre aqueles que defendem a inconstitucionalidade da exigência, sustenta-se a ofensa ao princípio da separação e harmonia entre os Poderes. Essa posição é a defendida sobremaneira pelos Tribunais, de um modo geral.

Segundo o entendimento jurisprudencial da Corte Superior do Egrégio Tribunal de Justiça de Minas Gerais, 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, são vários os precedentes:

EMENTA: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DISPOSITIVOS DA LEI ORGÂNICA DO MUNICÍPIO DE CAMBUQUIRA. PERMISSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO A TÍTULO PRECÁRIO CONDICIONADO A AUTORIZAÇÃO LEGISLATIVA. INCONSTITUCIONALIDADE. FUNÇÃO TIPICAMENTE ADMINISTRATIVA. MATÉRIA DE EXCLUSIVA ALÇADA DO EXECUTIVO. COMPETÊNCIA DO LEGISLATIVO RESTRITA À FISCALIZAÇÃO DO AJUSTE E SUA EXECUÇÃO. PROCEDÊNCIA DA REPRESENTAÇÃO. 1. Consoante orientação jurisprudencial deste eg. Tribunal de Justiça, 'é inconstitucional o dispositivo de Lei Orgânica Municipal que vincula a concessão de serviços públicos à prévia autorização legislativa. 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'. 2. Julga-se procedente a representação. (TJMG, Corte Superior, ADI nº

1.0000.06.440339-7/000, Rel. Des. Célio Cesar Paduani, j. 23.01.2008, DJ 28.03.2008).

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).

O Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento da ADI 462/BA, também 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 ao princípio da legalidade

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:

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).

O autor 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 encampação¹, há necessidade de lei, na delegação feita no início da concessão também deve haver, já que seria de muito maior importância” (SOUTO, 2004, p. 48).

Comunga desse entendimento Celso Antônio Bandeira de Mello (2000, p. 634), para quem, “[...] a outorga do serviço (ou obra) em concessão depende de lei que a autorize”. Aduz, ainda, 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” (MELLO, 2000, p. 634).

Para Celso Antônio Bandeira de Mello (2000, p. 634-635), 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”.

¹ 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”.

2.2. Do entendimento doutrinário sobre o tema: Da constitucionalidade da autorização legislativa

Parte da doutrina especializada 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 Marçal Justen Filho (2003, p. 173), 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”.

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 Hely Lopes Meireles (2001, p. 654), “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 Marçal Justen Filho (2003, 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 como abrangida nas competências puramente administrativas. A escolha de produzir a outorga de concessão envolve a manifestação do Poder Legislativo”.

Pela mesma razão, foi destacado no corpo do acórdão que a autorização legislativa representaria, de fato, a própria fiscalização do povo nas decisões e no controle dos Poderes:

No Estado Democrático de Direito, o controle e a fiscalização do Poder Executivo, pelo Legislativo, tem o significado da

participação do povo nas decisões e no controle do poder. Tradicionalmente, é o Parlamento o representante, por excelência, da 'vontade geral', de modo que exerce o controle de determinados atos e contratos do Poder Executivo, através de autorização prévia ou aprovação posterior, função essa considerada essencial e 'conseqüência da natureza mesma das Câmaras Legislativas', conforme MANUEL ANDREOZZI ('Facultades Implícitas de Investigación Legislativa y Privilegio Parlamentarios'), citado por HELY LOPES MEIRELES em sua obra 'Direito Municipal Brasileiro', editora Malheiros, 13ª edição, 2003, p. 588).

Citando Beckert, Hely Lopes Meireles ensina que "Nos regimes democráticos, o povo delega poderes, não só de legislação, mas e sobretudo de fiscalização, a seus mandatários nas Câmaras, para que assegurem um governo probo e eficiente." (2001, p. 588).

Outrossim, a realização desses contratos administrativos representa gasto para o erário, impactando nas finanças e nos 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 Marçal 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". E ainda:

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 Marçal 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, Marçal 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 Hely Lopes Meirelles (2001, p. 654):

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

Além disso, tal autorização legislativa deve ser prévia, de modo a evitar eventuais fraudes e prejuízos. De acordo com Marçal 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. (JUSTEN FILHO, 2003, p. 178).

Por fim, transcreve-se a lição de Hely Lopes Meirelles (2001, p. 656):

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.

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 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 suplementar aquilo que a União dispuser na norma geral, obedecendo-se, contudo, à principiologia

normativa básica. Isso pode ser comprovado a partir da leitura do art. 175 da CF/88, o qual indica 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 Marçal Justen Filho (2003), a necessidade de autorização legislativa estaria explicitada no art. 175, *caput* e parágrafo único, da CF/88. Disso, podemos concluir que toda disposição de lei infraconstitucional que restringir a necessidade de autorização legislativa será, portanto, inconstitucional, uma vez que, se a CF não faz nenhuma distinção, não cabe ao legislador infraconstitucional fazê-la.

Explica esse autor que a autorização legislativa pode ser genérica ou específica. Para ele, cada ente federativo poderia dispor da forma que melhor lhe aprouvesse 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, quanto o Legislativo, na função de fiscalização e, até mesmo, de assessoramento na gestão da coisa pública.

Por exemplo, a lei orgânica de um Município pode determinar 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 deverá editar lei própria para aquele caso específico.

Marcos Jurema Villela Souto 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. (SOUTO, 2004, p. 48).

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, Celso Antônio Bandeira de Mello (2000, p. 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, três 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, nas 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 (nº 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 Marçal 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, Marçal Justen Filho 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”. (JUSTEN FILHO, 2003, p. 178. Nota de rodapé).

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”.

3. Conclusão

Diante do exposto, acerca da necessidade de autorização legislativa nos casos de concessão de serviço público, embora haja forte entendimento jurisprudencial pela inconstitucionalidade dessa disposição, parte da doutrina especializada afirma que tal exigência decorre do princípio da legalidade, sendo manifestação legítima do Estado Democrático de Direito que prevê a participação popular, por meio de seus representantes, nas decisões políticas do Estados. ♦

Referências:

JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Dialética, 2003.

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

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SOUTO, Marcos Juruema Villela. *Direito Administrativo das Concessões*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.