do of. 1522/SEHAB-G/2017 (TID 17146085)

Folha de informação nº 37
em 29 / 11 / 2017

CLAUDIA IOANNOU A. DE SOUZA
AGPP - RF 647.074.2
PGM-AJC

EMENTA Nº 11.804

Contrato. Parceria Público-Privada para desenvolvimento de programa habitacional. Lei autorizativa. Art. 13, inc. VII, da L.O.M.. Desnecessidade. Não caracterização do objeto em questão como 'serviço público'. Art. 3º, inc. II, da Lei municipal nº 14.517/07 que já contempla autorização para prestação de serviços públicos mediante PPP. Precedentes desta Procuradoria e do TCM. Necessidade de análise pela origem quanto à suficiência ou não da dispensa de autorização legislativa para alienação de imóveis prevista no art. 112, §1º, inc. I, 'a' da L.O.M..

INTERESSADO: SECRETARIA MUNICIPAL DE HABITAÇÃO

ASSUNTO : Necessidade de autorização legislativa específica para desenvolvimento de programa de PPP de habitação.

Informação nº 1.698/2017 – PGM.AJC

COORDENADORIA GERAL DO CONSULTIVO
Senhor Coordenador Geral

A COHAB questiona, por meio da Secretaria a qual é vinculada, acerca da necessidade de lei autorizativa específica para o desenvolvimento de uma parceria público-privada no setor de habitação, para produção de unidades habitacionais tipo HIS e HMP.

No ofício inaugural, a companhia municipal elaborou um diagnóstico da situação atual, das metas, do papel do Município e propôs a utilização de parcerias público-privadas como medida estratégica para complementar os programas e ações atualmente existentes. Relatou que já existe autorização legal para alienação de algumas áreas municipais, que poderiam ser utilizadas no programa, e que também poderiam ser empregados outros imóveis, de propriedade da COHAB, que prescindem de autorização

CLAUDIA IOANNOU A. DE SOUZA
AGPP - RF 647.074.2
PGM-AJC

legislativa para alienação. Ponderou, porém, que "*para a consistência do programa a longo prazo a permissão para alienar áreas públicas é condição necessária, mas não suficiente*". Anexou, por fim, anteprojetos de lei para criação do programa em questão e para alterar o art. 112 da L.O.M., para dispensar de autorização legislativa os bens imóveis incluídos em programas habitacionais.

É o relato do necessário.

Como não há manifestação jurídica encartada no expediente, não está clara a razão pela qual poderia ser necessária autorização legislativa para o desenvolvimento do programa em questão.

A Lei Orgânica Municipal prevê a necessidade de autorização legislativa para algumas ações de gestão específicas. Assim, no art. 13, inc. VII, prevê que compete à Câmara "*autorizar a concessão de serviços públicos*", e, no inc. X, a L.O.M. prevê que lhe compete "*autorizar a alienação de bens imóveis municipais, excetuando-se as hipóteses previstas nesta Lei Orgânica*".

Discutiu-se no Município, algumas vezes, a necessidade de autorização legislativa para parcerias público-privadas quando seu objeto envolvia, ou poderia envolver, um serviço público, considerando o disposto no art. 13, inc. VII, supratranscrito. Na Informação nº 1.001/2014-PGM/AJC (retroencartada, por cópia), esta Procuradoria concluiu que, mesmo que a parceria público-privada tenha como objeto um serviço público, seria desnecessária autorização legislativa específica em função do que estabelece o art. 3º, inc. II, da Lei municipal nº 14.517/07 – que já autoriza que parcerias público privadas tenham como objeto serviços públicos. Nos termos da referida manifestação anterior deste órgão:

> *"1.3. A autorização para utilização de Parcerias Público-Privadas como meio para concessão de serviços públicos prevista na Lei municipal nº 14.517/07.*
>
> *Ainda que admitíssemos a constitucionalidade da disposição do art. 13, VII, da L.O.M.; e ainda que admitíssemos que o conceito de serviço público ali previsto abarcaria o serviço universal de iluminação pública; ainda assim daí não se*

ASSESSORIA JURÍDICA DE SOUZA
AGPP - RF 647.074.2
PGM-AJC

extrairia a necessidade de lei autorizativa específica, uma vez que o suposto requisito de especificidade não se encontra em lugar algum da lei orgânica.

As Parcerias Público-Privadas, embora consistam em modalidades concessórias, são regulamentadas especificamente na Lei municipal nº 14.517/07. Nos termos do art. 3º do diploma legal:

"Art. 3º. Poderão ser objeto do Programa Municipal de Parcerias Público-Privadas:
I - a implantação, ampliação, melhoramento, reforma, manutenção ou gestão de infra-estrutura pública;
II - a prestação de serviço público;
III - a exploração de bem público;
IV - a execução de obra para alienação, locação ou arrendamento à Administração Pública Municipal;
V - a construção, ampliação, manutenção, reforma e gestão de bens de uso público em geral, incluídos os recebidos em delegação do Estado ou da União."

O art. 3º, inc. II, da Lei municipal nº 14.517/07, autoriza, portanto, a celebração de PPPs para a prestação de serviços públicos, de modo que há previsão legal para a celebração de contrato de PPP versando sobre serviços públicos – esta, ao menos, é a única interpretação que conseguimos depreender do dispositivo supratranscrito.

Tanto é assim que em nenhum dos projetos anteriores de Parcerias Público-Privadas foi suscitada a necessidade de outra lei autorizativa, nem mesmo pelo TCM, que acompanhou de perto os projetos pretéritos (para a arrecadação das tarifas de transporte, para a construção de creches, e para a construção de hospitais) e fez, quanto a eles, inúmeras observações.

O único momento em que a Lei municipal nº 14.517/07 fala em lei específica é no §2º do art. 3º, quando dispõe 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". O dispositivo municipal, em verdade, repete os termos da lei federal de PPPs[1]. No caso em questão, vale relembrar, tratamos de concessão administrativa, e não patrocinada.

[1] V. art. 10, §3º, da Lei federal nº 11.079/04, verbis: *"§ 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".*

CLAUDIA HOMMOU A. DE SOUZA
AGPP - RF 647 074 2

> *Não concordamos com a afirmação da comissão de que "parece demais supor que uma lei possa transferir de modo geral à Administração uma competência outorgada à Edilidade". A uma porque, conforme já sustentamos, a competência originaria para gerir os serviços públicos é do Executivo, segundo os parâmetros e diretrizes legais. A duas porque a Edilidade exerceu, efetivamente, a competência que lhe foi prevista pela L.O.M., dispondo sobre o que poderia e o que não poderia ser objeto de PPP. Ao dispor, portanto, na Lei municipal nº 14.517/07 que serviços públicos podem ser executados por meio de PPPs, a Câmara não declinou ou delegou a sua competência – ao revés, exerceu-a. Em terceiro, o STF tem aceito autorizações legais gerais para uma série de atos do Executivo, como a alienação de imóveis públicos[2] e a desestatização de empresas estatais[3]."*

Referido entendimento foi corroborado pelo TCM, que, em acórdão proferido no processo TC 72.000.577-15-07, após longo debate entre os conselheiros, seguiu o posicionamento das áreas técnicas do Tribunal e concluiu pela desnecessidade de autorização legislativa para concessão administrativa do serviço de iluminação pública (PPP da iluminação):

> *"O Plenário do Tribunal decidiu, por maioria, com voto de desempate desta Presidência, conhecer da Representação, e, no mérito, julga-la improcedente, posto entender que a Concessão Administrativa dos Serviços e Ativos relacionados com a Iluminação Pública, mediante Parceria Público Privada, prescinde de autorização legislativa específica, desde que respeitados os requisitos e restrições estabelecidos na Lei Federal 11.079/2004 e na Lei Municipal 14.517/2007, vencidos os nobres Conselheiros Edson Simões e Domingos Dissei."*

---

[2] Uma série de leis federais prevêem autorizações genéricas para alienação de imóveis públicos federais.

[3] ADI 3.578-MC/DF (Pleno, j. em 14/09/05). Confira trecho da ementa do julgamento: *"II. Desestatização de empresas públicas e sociedades de economia mista: alegação de exigência constitucional de autorização legislativa específica, que - contra o voto do relator - o Supremo Tribunal tem rejeitado; caso concreto, ademais, no qual a transferência do controle da instituição financeira, do Estado-membro para a União, foi autorizada por lei estadual (conforme exigência do art. 4º, I, a, da MPr 2.192-70/01 - PROES) e a subseqüente privatização pela União constitui a finalidade legal específica de toda a operação; indeferimento da medida cautelar com relação ao art. 3º, I, da MPr 2.192-70/01, e ao art. 2º, I, II e IV, da L. 9.491/97."*

CLAUDIA IANNICELLI DE SOUZA
AGPP - RF 647.074.2
PGM-AJC

Convém reproduzir o voto do conselheiro relator sobre o tema (grifos no original):

> *"Para a concessão patrocinada, cuja prestação do parceiro público seja de tal dimensão que ultrapasse 70% da remuneração do parceiro privado, a norma de regência impõe a necessidade de autorização legislativa, como forma de estabelecer uma chancela popular para autorizar a participação econômica do Estado. A exigência vem prescrita pelo § 3º, do artigo 10, da Lei 11.079/2004.*
>
> *Porém, o legislador não destacou a necessidade de autorização legislativa para as concessões administrativas. Denota-se que a autorização legislativa é uma exceção à regra da Separação de Poderes, sendo um imperativo de sua ocorrência a expressa previsão legal, sendo vedada qualquer interpretação extensiva.*
>
> *O Ministro Gilmar Mendes, em decisão monocrática no Agravo de Instrumento n.º 755.058 Minas Gerais (apresentado pela AJCE nas folhas 50), destacou:*
> *"ADIN – ARTIGO 179, da Lei Orgânica do Município de Ubá, que condiciona a concessão ou permissão de serviço público à prévia autorização do Legislativo – **Violação ao princípio da separação, independência e harmonia dos poderes** – CF, art. 173 – Inconstitucionalidade parcial declarada, relativa à expressão 'com autorização da Câmara Municipal (...)'"*
>
> *O próprio Supremo Tribunal Federal já se manifestou sobre o tema no julgamento da **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 462/BA**, quando reconheceu, por unanimidade, a inconstitucionalidade de dispositivo da Constituição baiana que previa a necessidade de autorização da Assembleia Legislativa para concessão e permissões de serviço público.*
>
> *Na mesma linha de entendimento pacificou o Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo ao decretar a inconstitucionalidade de autorização legislativa para a concessão de serviços públicos, conforme julgado na ADI n.º 3112-60.2012.8.26.0000 – que declarou a inconstitucionalidade do parágrafo segundo, do art. 74, da Lei Orgânica do Município de Taubaté.*
>
> *Por oportuno, cumpre consignar que o modelo de Parceria Público-Privada, na especialidade de concessão administrativa, é perfeitamente aceitável para prestação de*

PGM-AJC
AGPP - RF 697.974-2

*serviço e execução de obras, nas áreas de educação, saúde, segurança pública, **iluminação pública**, dentre outros, em conformidade com a Lei nº 11.079/04. Este, inclusive, o entendimento desta Egrégia Corte de Contas quando do julgamento do TC **n.º 72.001.182.08.67.***

*Naquele julgado, restou decidido que, por meio da PPP, na forma de Concessão Administrativa, pode ser contratada a construção de creches, presídios, estações metroviárias, exploração do **serviço de iluminação pública**, construção de hospitais, escolas etc., por exemplo, com a exploração de serviços das atividades-meio, como forma de devolver ao parceiro privado o investimento na infraestrutura e/ou construção do equipamento que será utilizado pela Administração na prestação do serviço público.*

Essa modalidade de PPP – Concessão Administrativa não requer autorização do legislativo, mediante lei especial ou requisitos outros, senão aqueles previstos na Lei Geral das PPPs – Lei Federal nº 11.079/04 ou mesmo na Lei Municipal que rege esta modalidade de contratação no Município de São Paulo, Lei nº 14.517/07.

*A Procuradoria Geral do Município de São Paulo também apresentou uma tese de sensível análise, qual seja: considerando que a concessão em tela está sendo prevista mediante a celebração de Parceria Público-Privada, **o artigo 3º, inciso II, da Lei Municipal n.º 14.517/07** – que regulamenta essa modalidade de contratação – já concede autorização para a sua utilização nos contratos que tenham por objeto a **prestação de serviço público**, in verbis:*

"Art. 3º. Poderão ser objeto do Programa Municipal de Parcerias Público-Privadas:
(...)
II - a prestação de serviço público;"

Assim, imperioso ressaltar que a Lei Municipal 14.517/07 cumpriu a determinação expressa na Lei Orgânica do Munício, expressamente no artigo 3º, inciso II, ao outorgar a autorização necessária para o Executivo contratar serviços públicos mediante concessão na modalidade de Parceria Público-Privada.

Assim, destaco meu entendimento no sentido da possibilidade efetiva de adoção do modelo de Concessão Administrativa na forma de Parceria Público-Privada, escolhido para prestação do serviço de Iluminação Pública,

CLAUDIA FERNANDA DE SOUZA
AGPP - RF 647.074.2
PGM-AJC

> *sem a necessidade de autorização prévia da Câmara Municipal para realização de seu certame e consequente contratação.*
>
> *Ante o exposto e com fundamento nas manifestações da Procuradoria Geral do Município, da Douta Procuradoria da Fazenda Municipal e dos Órgãos Técnicos deste Tribunal,* ***CONHEÇO*** *da presente Representação, uma vez presentes seus pressupostos de admissibilidade, e quanto ao mérito,* ***JULGO-A IMPROCEDENTE***."

No caso em análise, a bem da verdade, sequer seria necessário ingressar em tal debate, eis que não se trata de serviço público *stricto sensu*, uma vez que a construção de moradia popular, agregada ou não a serviços condominiais, de zeladoria e outros acessórios, não se considera como atividade de titularidade estatal – tanto assim que é livremente prestada pelo mercado, que pode construir e vender moradias populares sem necessidade de autorização e, muito menos, concessão do Estado[4]. Atualmente, na maioria dos programas habitacionais, o Estado atua como 'mero' fomentador, por meio de financiamento, subsídio, ou outras formas nas quais compete ao privado a execução direta da atividade.

Segundo manifestação desta Procuradoria no bojo da Informação nº 1.312/12 – PGM.AJC:

> *De fato, o objeto da concessão em questão – construção e operação de terminal logístico e distribuição de cargas – não envolve a prestação de qualquer serviço público propriamente dito. Trata-se de mero serviço de interesse público, na medida em que trará benefícios para o Município.*
>
> *Sabe-se que o conceito de serviço público é fluido. Estivéssemos na França no início do século XX, quando criava raízes a École du service publique, talvez a atividade em questão pudesse ser qualificada como tal, já que, na época, empregava-se o termo "serviço público" para abranger todas as atividades estatais. Com o tempo percebendo-se a insuficiência do conceito, ele foi sendo restringido, tanto lá*

[4] Ressalte-se que os contratos de parceria público-privada (sejam concessões administrativas, sejam patrocinadas) podem ter como objeto não apenas serviços públicos em sentido estrito, mas também outros objetos complexos que podem envolver obras, fornecimentos, exploração de equipamentos, etc., agregados à prestação de serviços em geral (não necessariamente 'serviços públicos').

CLAUDIA IOANNOU A. DE SOUZA
AGPP - RF 647.074.2
PGM-AJR

como aqui. No direito europeu, por exemplo, a noção de serviço público chegou a ser substituída pelo conceito de atividades de interesse geral.

Atualmente, no Brasil, prevalece, na jurisprudência dos Tribunais Superiores, o entendimento de que serviço público é a atividade de interesse público cuja titularidade foi, legalmente, outorgada ao Estado, muito embora boa parte da doutrina restrinja um pouco mais o conceito, para abarcar apenas serviços uti singuli de natureza econômica, consistente no fornecimento de bens economicamente mensuráveis à população[5]; bem como para limitar as atividades que poderiam ser publicizadas pela Lei, considerando o princípio constitucional da livre iniciativa, o da subsidiariedade, e o da dignidade das pessoas.

Ora, não tratamos, aqui, de nenhuma atividade de titularidade estatal. Nenhuma lei retirou, da iniciativa privada, a atividade logística de recepção, movimentação e distribuição de cargas e a transferiu para o Estado. A iniciativa privada pode exercê-la livremente, independentemente de qualquer título conferido pelo Poder Público.

Por isso, não há, na presente hipótese, prestação de serviço público, cuja delegação a terceiro dependeria de um contrato de concessão de serviço público e de lei autorizativa, nos termos do art. 13, VII, da L.O.M."

Assim, para concluir, não é necessária autorização legislativa – baseada no art. 13, inc. VII, da L.O.M. – para a realização da PPP mencionada por duas razões: (1) o dispositivo da L.O.M. demanda autorização legislativa para concessão de serviço público, sendo que, no caso em questão, não há que se falar em serviço público na medida em que não se cuida de atividade de titularidade estatal (que é a principal circunstância que marca os serviços públicos, de acordo com a jurisprudência do STF); (2) ainda que se tratasse de um serviço público, o art. 3º, inc. II, da Lei municipal nº 14.517/07, já contempla autorização para a concessão de serviços públicos mediante parceria público-privada.

[5] Este, aliás, foi o entendimento desta Procuradoria Geral no parecer ementado sob o nº 11.512-PGM, de lavra do i. Procurador Luiz Paulo Zerbini Pereira. Na referida manifestação, dentre as questões propostas, foi analisada a (des)necessidade de lei autorizativa para concessão administrativa dos serviços do sistema de arrecadação centralizada das tarifas públicas do sistema estadual de transportes coletivos. Entendeu-se que os serviços públicos referidos pela L.O.M. seriam os chamados "serviços públicos em sentido estrito", abrangendo apenas aqueles prestados aos usuários mediante cobrança de tarifas e, portanto, *uti singuli*.

CLAUDIA CANNOVA DE S
AGPP - RF 647.074.2
PGM-AJC

Entretanto, lembre-se, por oportuno, que o mesmo art. 3º da Lei municipal nº 14.517/07 prevê, em seu §2º, 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*". Não há, entretanto, elementos no expediente para avaliar se o projeto de PPP proposta enquadrar-se-ia no referido dispositivo.

Outro enfoque, completamente diverso do anterior, é a respeito da necessidade de lei autorizativa considerando o art. 13, inc. X, e art. 112, §1º, da L.O.M., que prevêem a necessidade de anuência da Câmara para a alienação de imóveis. Se o projeto em questão envolver a alienação de imóveis, em tese seria necessária autorização legal (isso se já não existir alguma lei autorizando, obviamente). Mas há algumas considerações a serem feitas.

Primeiro, como já adiantado por COHAB, é desnecessária lei autorizativa para a alienação de imóveis de propriedade da Companhia, de forma que, se o projeto for por ela conduzido, não haveria referido impedimento. Em segundo lugar, o art. 112, §1º, inc. I, 'a', dispensa de autorização legislativa e de licitação a alienação "*de imóveis construídos e destinados ou efetivamente utilizados no âmbito de programas habitacionais de interesse social desenvolvidos por órgãos ou entidades da administração pública criados especificamente para esse fim*".

A pasta interessada deve perquirir, portanto, se a autorização prevista no referido dispositivo legal já lhe serviria para as finalidades do projeto em questão, ou se de fato seria necessária uma autorização mais ampla. Em sendo necessária autorização mais ampla, seria, de fato, necessário o envio de projeto de lei.

Por fim, convém registrar que a desnecessidade de autorização legislativa não implica dizer em proibição de encaminhamento de projeto de lei contemplando diretrizes básicas do programa, tratando-se de avaliação política a ser feita pelo gestor público. Em se optando pelo envio de peça legislativa, convém que seja aberta o suficiente para que possa comportar

possíveis mudanças ao longo do tempo, sem necessidade de nova proposta legislativa. Convém apontar, ademais, que nos anos de 2011 e 2012 a COHAB desenvolveu projeto em alguns pontos similar ao que se pretende desenvolver ('HIS – Barra Funda'), adotando a modalidade de concessão de obra pública, de forma que pode convir que sejam resgatados os estudos então apresentados, uma vez que eventualmente poderão auxiliar no desenvolvimento do projeto pretendido.

São Paulo, 23 / 11 /2017.

RODRIGO BRACET MIRAGAYA
Procurador Assessor – AJC
OAB/SP nº 227.775
PGM

De acordo.

São Paulo, 23 / 11 /2017.

TICIANA NASCIMENTO DE SOUZA SALGADO
Procuradora Assessora Chefe - AJC
OAB/SP 175.186
PGM

ANA JOANNOU A. DE SOUZA
AGPP - RF 647.074.2
PGM-AJC

PREFEITURA DA CIDADE DE
SÃO PAULO

PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO
Coordenadoria Geral do Consultivo

Folha de informação nº 47
do of. 1522/SEHAB-G/2017 (TID 17146085) em 29/11/2017

CLAUDIA IOANNOU A. DE SOUZA
AGPP - RF 647.074.2
PGM-AJC

INTERESSADO: SECRETARIA MUNICIPAL DE HABITAÇÃO

ASSUNTO : Necessidade de autorização legislativa específica para desenvolvimento de programa de PPP de habitação.

Cont. da Informação nº 1.698/2017 – PGM.AJC

PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO
Senhor Procurador Geral

Encaminho, a Vossa Senhoria, manifestação da Assessoria Jurídico-Consultiva desta Coordenadoria Geral do Consultivo, que acompanho, no sentido de que: (1) não é necessária autorização legislativa – baseada no art. 13, inc. VII, da L.O.M. – para a realização da Parceria Público-Privada mencionada, considerando que, nos termos de precedentes desta Procuradoria e do TCM, (i) o objeto em questão não se enquadra como 'serviço público' e que, (ii) mesmo que fosse considerado como tal, o art. 3º, inc. II, da Lei municipal nº 14.517/07 já contempla autorização para prestação de serviços públicos mediante PPP; (2) é, em tese, necessária autorização legislativa para a alienação de imóveis pelo Município, cabendo à pasta interessada verificar quanto à suficiência ou não da dispensa de autorização legislativa para alienação de imóveis prevista no art. 112, §1º, inc. I, 'a' da L.O.M..

São Paulo, 29/11/2017.

TIAGO ROSSI
Coordenador Geral do Consultivo
OAB/SP 195.910
PGM

PREFEITURA DA CIDADE DE
SÃO PAULO

PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO
Coordenadoria Geral do Consultivo

Folha de informação nº 48

do of. 1522/SEHAB-G/2017 (TID 17146085) em 29/11/2017

CLAUDIA IOANNOU A. DE SOUZA
AGPP - RF 647.074.2
PGM-AJC

INTERESSADO: SECRETARIA MUNICIPAL DE HABITAÇÃO

ASSUNTO : Necessidade de autorização legislativa específica para desenvolvimento de programa de PPP de habitação.

Cont. da Informação nº 1.698/2017 – PGM.AJC

SECRETARIA MUNICIPAL DE HABITAÇÃO
Senhor Secretário

Encaminho, a Vossa Senhoria, manifestação da Coordenadoria Geral do Consultivo, que acolho, no sentido de que: (1) não é necessária autorização legislativa – baseada no art. 13, inc. VII, da L.O.M. – para a realização da Parceria Público-Privada mencionada, considerando que, nos termos de precedentes desta Procuradoria e do TCM, (i) o objeto em questão não se enquadra como 'serviço público' e que, (ii) mesmo que fosse considerado como tal, o art. 3º, inc. II, da Lei municipal nº 14.517/07 já contempla autorização para prestação de serviços públicos mediante PPP; (2) é, em tese, necessária autorização legislativa para a alienação de imóveis pelo Município, cabendo à pasta interessada verificar quanto à suficiência ou não da dispensa de autorização legislativa para alienação de imóveis prevista no art. 112, §1º, inc. I, 'a' da L.O.M..

São Paulo, / /2017.

RICARDO FERRARI NOGUEIRA
PROCURADOR GERAL DO MUNICÍPIO
OAB/SP nº 175.805
PGM

RBM
PPP habitação – necessidade lei autorizativa – alienação de imóveis TID 17146085