

A NATUREZA JURÍDICA DO SERVIÇO DE ZONA AZUL E SUA FORMA DE DELEGAÇÃO NO MUNICÍPIO DE SALVADOR

THE LEGAL NATURE OF THE BLUE ZONE SERVICE AND ITS FORM OF DELEGATION IN THE MUNICIPALITY OF SALVADOR

Georges Louis Hage Humbert

Advogado e professor titular da Unijorge. Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Coimbra, Portugal. Doutor e Mestre em Direito do Estado pela PUC-SP. Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros.

Edvan dos Santos Souza

Bacharel em Direito pela Unijorge.

Sumário: 1 Introdução; 2 Das hipóteses de dissolução parcial; 2 Regime jurídico dos serviços públicos no Direito brasileiro e o enquadramento da exploração de área de estacionamento público para veículos: da natureza jurídica da "Zona Azul" no município de Salvador; 3 Forma de exploração de terceiros de área de estacionamento público: concessão ou permissão de serviços públicos; 3.1 Hipóteses de exclusão extrajudicial; 4 Autorização e serviço público autorizado: o caso do município de Salvador, BA; 5 Considerações finais; Referências.

Contents: 1 Introduction; 2 The legal regime of public services in the Brazilian law and the framework of public parking area for vehicles: the legal nature of the "Blue Zone" in the city of Salvador; 3 Form of third party exploitation of public parking area: concession or permission of public services; 4 Authorization and public service authorized: the case of the municipality of Salvador; 5 Final considerations; References.

Resumo: A presente pesquisa tem por objetivo identificar a natureza jurídica do sistema de estacionamento rotativo pago de Salvador (Zona Azul), a sua forma de delegação para o particular colaborador, seja ele pessoa física ou jurídica, a partir do estudo do caso da autorização conferida pela Municipalidade para que o Sindicato dos Guardadores e Lavadores de Carros de Salvador (Sindguarda) explorasse as áreas/serviços de Zona Azul em Salvador Para se compreender o problema revelado, o trabalho de pesquisa desenvolveu-se mediante coleta de dados em fontes doutrinária e legal. Dessa forma, as hipóteses levantadas foram cotejadas em face da Constituição Federal de 1988, da Constituição do Estado da Bahia, da Lei Orgânica do Município de Salvador, entre outras leis de âmbito local e nacional, e do profícuo trabalho da doutrina nacional, afim de que ajudassem a esclarecer o tema em pesquisa. Ao final, conclui-se que a Zona Azul tem natureza de serviço público, e, como tal, quando de sua delegação a ente particular, deve se submeter ao instituto da permissão, mediante procedimento licitatório e formalizado por contrato administrativo regido pelo regime jurídico de direito público.

Palavras-chave: Natureza legal. Serviço público. Zona Azul. Delegação. Permissão.

Abstract: This research aims to identify the legal nature of the paid parking system of Salvador (Blue Zone), its form of delegation to the individual collaborator, whether individual or legal entity, from the study of the case of authorization granted by the Municipality to the Salvagers and Carwashers' Union of Salvador (Sindguarda) explored the Blue Zone areas/services in Salvador To understand the problem revealed, the research work was done by data collection in doctrinal and legal sources. Thus, the hypotheses raised were compared with the Federal Constitution of 1988, the Constitution of the State of Bahia, the Organic Law of the Municipality of Salvador, among other local and national laws, and the useful work of the national doctrine, in order to help clarify the topic in research. At the end, it is concluded that the Blue Zone has the nature of a public service, and, as such, when delegating to a private entity, must submit

to the permitting institute, through a bidding procedure and formalized by an administrative contract governed by the legal regime of public right.

Keywords: Legal Nature. Public service. Blue Zone. Delegation. Permission.

1 Introdução

A instituição e a regulamentação do sistema de estacionamento rotativo pago em Salvador, também conhecido como Zona Azul, ocorreram nos primeiros anos da década de 1980 pela edição da Lei municipal nº 3.286, de 2 de setembro de 1983, e do Decreto nº 6.987, de 3 de outubro de 1983.

Por esses Diplomas ficou estabelecido que a Secretaria de Transportes Urbanos teria a competência para definir, delimitar e sinalizar as áreas em que o sistema de estacionamento funcionaria, além de fixar a política tarifária e a natureza do serviço oferecido. Ficou definido também que caberia à Empresa de Transportes Urbanos (Transur) a exploração e operação dos estacionamentos a serem instalados em vias, praças e logradouros públicos.

Pouco tempo depois, ainda nos primeiros anos da década de 1990, o Poder Municipal, por meio da Lei nº 4.377, de 5 de setembro de 1991, e do Decreto nº 9.285, de 7 de janeiro de 1992, resolveu delegar a exploração das áreas destinadas ao estacionamento rotativo pago para o Sindicato dos Guardadores Autônomos de Automóveis de Salvador (Sindguarda). Para tanto, a referida lei dispôs que a delegação de operação do sistema se daria por autorização de uso, sem, contudo, fazer qualquer referência a procedimento prévio de licitação pública.

Ocorre que mais tarde o Poder Municipal editou a Lei nº 5.355, de 29 de janeiro de 1998, que, dispondo sobre os procedimentos de terceirização dos serviços operacionais de trânsito do Município, trouxe em seu texto novas disposições acerca da delegação de seu exercício para ente particular, compatibilizando assim suas disposições com as contidas no texto da Lei Orgânica do Município de Salvador quando

disciplina a transferência do exercício das atividades públicas disponíveis a terceiro particular, exigindo expressamente para todos os casos regime de concessão ou permissão, sempre mediante procedimento prévio de licitação pública.

A partir do exposto, tem-se com a presente pesquisa o objetivo inicial de identificar, enquanto hipótese secundária, se o serviço de Zona Azul pode ser considerado serviço público e qual a forma de transferência do mesmo ao particular para sua exploração.

Em seguida, estabelecidos esses pressupostos, enfrenta-se a hipótese básica objeto da presente pesquisa, a saber, se a transferência da exploração de área pública de estacionamento, denominada “Zona Azul”, ao Sindguarda, levada a efeito pelo município de Salvador, atende ou não aos requisitos, formais e materiais, conformados pelo ordem jurídica vigente, a partir de uma análise sistemática, finalística e principiológica das normas postas pela Lei Orgânica do Município de Salvador, a Lei Municipal nº 5.355/1988, assim como a Constituição Federal e a do Estado da Bahia, bem como a lei geral de licitações e contratações públicas, de nº 8.666, de 21 de junho de 1993.

Ao final, apresentam-se as definições e soluções encontradas a partir da análise descritiva desenvolvida ao longo do trabalho, colhida, fundamentalmente, do cotejamento da doutrina, legislação e jurisprudência selecionadas e referenciadas ao cabo desta pesquisa.

2 Regime jurídico dos serviços públicos no Direito brasileiro e o enquadramento da exploração de área de estacionamento público para veículos: da natureza jurídica da “Zona Azul” no município de Salvador

Ao se propor a definir a natureza jurídica de determinada figura, deve o pesquisador buscar identificar os elementos essenciais que a integram e a que categoria normativa pertence, “apontando em que categoria se enquadra e ressaltando as teorias explicativas de sua existência” (GAGLIANO, 2014, p. 231).

No entendimento de Maria Helena Diniz, natureza jurídica consiste na "afinidade que um instituto tem em diversos pontos, com uma grande categoria jurídica, podendo nela ser incluído o título de classificação" (DINIZ, 2005, p. 66).

A natureza jurídica da Zona Azul é de serviço público. Isso porque as leis municipais n^{os} 3.286/83 e 5.355/98 a definem textualmente como serviço público. Tomando-se como parâmetro a lição de José dos Santos Carvalho Filho, tem-se que para a definição de serviço público há de se identificar um elemento subjetivo, qual seja a presença do Estado na execução do serviço, ou objetivo, que vem a ser a atividade em si. Além desses aspectos subjetivo e objetivo manifestamente presentes na referida lei, também é possível identificar a natureza de serviço público no sistema de estacionamento Zona Azul pela presença dos seguintes caracteres: a) sujeito estatal, pois criado, regulamentado e fiscalizado pelo Poder Público; b) interesse coletivo, na medida em que visa atender às primordiais demandas sociais; e c) regime de direito público, pois há preponderância do direito público.

A Constituição Federal vigente prevê a existência de dois grandes campos de atuação: o Domínio Econômico – arts. 170 a 174 - e o Serviço Público - arts. 175 e 176. Campo próprio de iniciativa privada, o domínio econômico é área de atuação do particular. Para Mello (2013), o fundamento do domínio do econômico pelo particular tem fulcro na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa. Já o setor específico de competência do Estado, denominado serviço público, é área de atuação pública. É o que interessa a esta pesquisa, e que doravante se passa a explorar.

No Brasil, o tema serviço público não está, a rigor, sustentado apenas pelo objeto – prestação do serviço público. Na verdade, é a partir do regime jurídico e da prestação do serviço, e de quem tem legitimidade para tanto, que se identifica o que realmente é serviço público. Para o renomado publicista brasileiro Hely Lopes Meirelles, "Serviço público é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas

e controle estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniência do Estado.” (MEIRELLES, 2004, p. 294).

No entender de José dos Santos Carvalho Filho, o conceito de serviço público deve conter os diversos critérios relativos à atividade pública, consistindo em “Toda atividade prestada pelo Estado ou por seus delegados, basicamente sob regime de direito público, com vistas à satisfação de necessidades essenciais e secundárias da coletividade.” (CARVALHO FILHO, 2014, p. 329).

Baseado nos argumentos doutrinários outrora estabelecidos, entende-se que serviço público vem a ser todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas de direito administrativo e controle estatal, para atender necessidades ou comodidades da coletividade.

Os serviços públicos, não somente os essenciais, subdividem-se em dois grandes grupos, segundo o administrativista Hely Lopes Meirelles (2004). No primeiro grupo tem-se os serviços públicos prestados de forma abstrata, difusa, a toda a coletividade, sem particularização ou individualização da prestação, chamados “*uti universi*”, de utilização ou utilidade universal. São eles os serviços de abastecimento de água, prevenção de doenças, iluminação pública, pavimentação de ruas, limpeza pública, coleta de lixo, calçamento e outros. Esses serviços são um dever do Estado. São remunerados por via tributária.

Por outro lado, os serviços singulares (“*uti singuli*”) são os que têm usuários determinados e utilização particular e mensurável para cada destinatário. São exemplos mais comuns os serviços de telefonia, abastecimento de água e energia elétrica domiciliar, entre outros.

Apesar de os serviços públicos constituírem funções do Estado, há formas raras de atuação do particular em sua prestação. O particular somente poderá prestar um serviço público quando houver delegação estatal, haja vista que “serviços delegáveis

são aqueles que, por sua natureza ou pelo fato de assim dispor o ordenamento jurídico, comportam ser executados pelo Estado ou por particulares colaboradores” (CARVALHO FILHO, 2014, p. 331).

Assim, é o Estado que decide franquear a prestação de serviços públicos aos particulares, sem que, contudo, abra mão do controle quanto à efetividade dos resultados e à fiscalização. Desse modo, vez que serviço público é uma utilidade ou comodidade material fruível singularmente, que satisfaz necessidades coletivas que o Estado assume como tarefa sua, podendo prestá-lo de forma direta ou indireta, seguindo regime jurídico de direito público total ou parcial, já é possível se estabelecer que o sistema Zona Azul de estacionamento rotativo é um serviço público, pois criado e regido por norma de direito público¹ e operado por pessoa de direito público, no caso desta pesquisa, pelo município de Salvador.

No que importa à definição da natureza jurídica do serviço de Zona Azul para a presente pesquisa, acredita-se que, se corretamente apresentada, constitui importante passo para se identificar a que regime jurídico se submete o aludido serviço.

Desse modo, afirma-se que o serviço de Zona Azul tem natureza jurídica de serviço público², pois previsto e submetido à norma de direito público³, e apresenta dois sentidos fundamentais que caracterizam um serviço público, um subjetivo (leva-se em conta os órgãos do Estado, responsáveis pela sua execução) e outro objetivo (diz respeito à atividade em si, prestada pelo Estado e seus agentes).

Ocorre que há serviços prestados por entidades diversas das pessoas federativas. Essa execução indireta de serviço público traduz a chamada descentralização institucional, na

1 A Lei de Salvador, de nº 3.286/83, que criou o sistema de estacionamento rotativo pago Zona Azul, atribuiu-lhe várias características de serviço público: aspecto formal, pois criado e regulamentado por norma de direito público; e aspecto material, pois inicialmente operado por empresa pública do município.

2 Como já se viu, serviço público é uma utilidade ou comodidade material fruível singularmente, que satisfaz necessidades coletivas que o Estado assume como tarefa sua, podendo prestá-lo de forma direta ou indireta, seguindo regime jurídico de direito público total ou parcial.

3 A Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997 (Código de Trânsito Brasileiro - CTB), prevê, em seu art. 24, X, que compete aos órgãos de trânsito municipal “[...] implantar, manter e operar sistema de estacionamento rotativo pago nas vias”.

qual o serviço pode ser prestado por pessoa jurídica própria, de caráter administrativo ou particular. Nesse contexto, são serviços delegáveis aqueles que, por sua natureza ou pelo fato de assim dispor o ordenamento jurídico, comportam ser executados pelo Estado ou por particular colaborador (CARVALHO FILHO, 2014).

A delegação negocial, que se dá por força de negócio jurídico de direito público, reporta-se à mera transferência da execução do serviço público, que se materializa pelo instrumento do contrato. No caso específico de delegação negocial a particular colaborador, a transferência do serviço público deve ocorrer nos termos do art. 175 da Constituição Federal, que se refere aos institutos da concessão de serviço público ou permissão de serviço público, sendo tais normas de reprodução obrigatória nas Constituições dos estados e essas nas Leis Orgânicas dos municípios. A concessão formaliza-se por contrato administrativo⁴, enquanto, nos termos do art. 40 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, a permissão se formaliza por contrato de adesão⁵.

Nesse ponto, é importante verificar a legalidade de cobrança pelo estacionamento na via pública, sua natureza e os motivos determinantes que levam o órgão gestor de trânsito do município a estabelecer a rotatividade de vagas. A relevância do esclarecimento dessa questão ocorre por dois motivos: para verificar se os pressupostos que autorizam a cobrança de estacionamento na forma desse sistema de Zona Azul em Salvador estão atendidos; para identificar a veracidade do entendimento, sustentado por alguns autores em suas obras (ARAUJO, 2006), de que a cobrança pelo estacionamento se justifica pelo uso particular, ainda que transitório, do espaço público.

Quanto à origem da remuneração do serviço público, poderá ocorrer de duas formas. Mediante tarifa, quando for parte dos deveres do usuário em uma dada relação jurídica de

4 Instituto destinado à livre manifestação da vontade, o contrato é usado toda vez que o Estado-Administração, figurando em um dos polos da relação contratual, firma compromissos recíprocos com terceiros (CARVALHO FILHO, 2014).

5 Por força da autonomia da vontade, cabe ao contratado aceitar ou não contratar com a Administração Pública. Em caso afirmativo, as cláusulas do contrato não poderão ser alteradas ou suprimidas (DI PIETRO, 2016).

prestação do serviço. Ou mediante taxa, quando integrar uma relação jurídica de natureza tributária, como manifestação do poder de polícia numa relação de prestação de serviço público envolvendo o Estado (SABBAG, 2015).

Assim pode-se aduzir que os serviços delegados, prestados aos usuários de forma onerosa, são remunerados mediante tarifa, e que toda remuneração auferida pela Administração por conta da prestação direta de serviços públicos é taxa.

Baseado na doutrina de Hely Lopes Meirelles, tem-se que:

O serviço concedido deve ser remunerado por tarifa (preço público), e não por taxa (tributo). E a tarifa deve permitir a justa remuneração do capital, o melhoramento e a expansão do serviço, assegurando o equilíbrio econômico e financeiro do contrato. (MEIRELLES, 2004, p. 377).

As tarifas remuneratórias distinguem-se das taxas porque não são compulsórias, mas cobradas somente dos usuários que efetivamente utilizem os serviços públicos, se e quando entenderem necessário, ao passo que as taxas são devidas pelo contribuinte desde que o serviço, de utilização obrigatória, esteja à sua disposição (MEIRELLES, 2004).

Há serviços públicos nos quais a prestação é específica, mensurável e individual, apresentando-se de forma mais concreta ao usuário, resultando em direito subjetivo de prestação. São assim específicos e divisíveis, e o seu uso, seja efetivo ou potencial, pode ser aferido individualmente. Esses serviços serão remunerados por taxas de serviços ou por tarifas, já que podem ser objeto de delegação a particular.

As tarifas são preços praticados pelo Estado por intermédio de empresas públicas, sociedades de economia mista ou mesmo empresas particulares, que recebem delegação do Estado, mediante contrato de concessão ou permissão, para executar um serviço público. Como já anteriormente visto, as delegações de serviço público poderão ser feitas em duas modalidades: a

concessão e a permissão, regulamentadas pela Lei nº 8.987/95 e pelos arts. 22, XXVII, e 175 da Constituição Federal de 1988.

Pelo exposto, resta esclarecido que o elemento autorizador da cobrança dos serviços públicos sempre é a lei, fruto do Poder de Império do Estado e da natureza econômica da comodidade ofertada. No caso específico do serviço de estacionamento Zona Azul prestado pelo Executivo do município de Salvador, fruto da competência conferida pelo Código de Trânsito Brasileiro⁶.

Logo, insiste-se, não parece correta a linha de pensamento que atribui a cobrança pelo estacionamento nas vias públicas ao simples uso do bem/espço público, v.g., como no ato de autorização administrativa para que uma banca de jornal ocupe, a título precário, um espaço público. Esse, como já visto, é mero ato administrativo específico, que se submeterá à política de Ordenamento do Uso e da Ocupação do Solo⁷ adotada pelo município.

Portanto, conclui-se que a denominada área de estacionamento “Zona Azul”, do município de Salvador, trata-se, em regra, de serviço público, pois prestado enquanto utilidade pública, em área do Poder Público, sob sua exploração direta ou de particulares contratados, criada e regida por regime jurídico de direito público⁸ e sob a incidência dos princípios constitucionais da Administração estatal, insculpidos no art. 37, fruível, mediante pagamento de preço público, singularmente por usuários, munícipes ou visitantes do município de Salvador.

3 Forma de exploração de terceiros de área de estacionamento público: concessão ou permissão de serviços públicos

Uma vez definida a natureza do serviço de Zona Azul como serviço público, passa-se, na continuidade, a pesquisar a que

6 “Art. 24. Compete aos órgãos e entidades executivos de trânsito dos Municípios, no âmbito de sua circunscrição: [...] X - implantar, manter e operar sistema de estacionamento rotativo pago nas vias; [...]”.

7 Nova Louos – Lei nº 9.148, de 13 de setembro de 2016.

8 A Lei de Salvador, de nº 3.286/83, que criou o sistema de estacionamento rotativo pago Zona Azul, atribuiu-lhe várias características de serviço público: aspecto formal, pois criado e regulamentado por norma de direito público; e aspecto material, pois inicialmente operado por empresa pública do município.

tipo de delegação negocial ele se amolda, a saber, autorização, concessão ou permissão de serviço público.

De acordo com o art. 175 da Constituição, incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre por meio de licitação, a prestação de serviços públicos⁹. Apesar da separação ideal entre o Estado e a sociedade, entre o serviço público e a atividade privada, o crescimento da Administração Pública forçou a participação do particular na prestação de determinados serviços públicos mediante delegação do Poder Público.

Para definição dessas premissas, de rigor investigar a doutrina e as leis geral federal (8.666/93) e específica (8.987/95) que regem a matéria.

Importa, nesse passo, distinguir precisamente os institutos da concessão e da permissão e delinear o seu conceito, características, objeto e área de aplicação. Assim sendo, em torno da concessão, fica-se com o entendimento de Celso Antônio Bandeira de Mello, segundo o qual

[...] é o instituto através do qual o Estado atribui o exercício de um serviço público a alguém que aceite prestá-lo em nome próprio, por sua conta e risco, nas condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Poder Público, mas sob garantia contratual de um equilíbrio econômico-financeiro, remunerando-se pela própria exploração do serviço, em geral e basicamente mediante tarifas cobradas diretamente dos usuários do serviço (MELLO, 2013, p. 720).

Trata-se, portanto, de contrato firmado entre a Administração Pública e uma empresa particular, pelo qual o governo transfere à segunda a execução de um serviço público, para que o exerça em seu próprio nome e por sua conta e risco, mediante tarifa paga pelo usuário, em regime de monopólio ou não.

⁹ Da mesma forma os arts. 24 da Constituição da Bahia e 117 da Lei Orgânica de Salvador, por consistirem em reprodução, pelo constituinte, de normas da Constituição da República, de observância obrigatória por parte das unidades federadas.

Do conceito apresentado e da legislação vigente, podem-se extrair algumas características principais da concessão, são elas: ter natureza contratual, ser estabelecida de forma não precária e possuir prazo determinado.¹⁰

A delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado, submete-se a processo de licitação pública, na modalidade de concorrência. É sempre formalizada por contrato administrativo¹¹, bilateral, por prazo determinado, cuja rescisão antecipada pode ensejar o dever de indenizar. Frise-se que há preponderância do interesse público.

Já a permissão de serviço público, pela análise da legislação geral e da específica, e adotando-se a doutrina de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, consiste em “ato unilateral, discricionário e precário, pelo qual o Poder Público transfere a outrem a execução de um serviço público, para que o exerça em seu próprio nome e por sua conta e risco, mediante tarifa paga pelo usuário” (DI PIETRO, 2016).

Ora, a permissão de uso de bens é ato administrativo discricionário, unilateral e precário, e será necessariamente precedida de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas em lei. Nessas bases, e na disciplina do art. 22 da Lei nº 9.636, de 15 de maio de 1998, a permissão pode ser definida como a delegação de serviço público, a título precário, mediante licitação e o chamado contrato de adesão, conforme exigência da Lei nº 8.987/95, feita pelo Poder Público à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e seu risco (MELLO, 2013).

Para Hely Lopes, trata-se de “ato negocial, unilateral, discricionário e precário através do qual a Administração faculta ao particular a utilização individual de determinado bem público”, desde que haja interesse da coletividade, sem o qual

¹⁰ Lei nº 8.987/95, art. 2º, II.

¹¹ Art. 4º da Lei nº 8.987/95.

o uso não deve ser permitido nem concedido, mas tão somente autorizado (MEIRELLES, 2009, p. 533). Referido ato prescinde de autorização legislativa, mas a Lei nº 8.666/93, em seu art. 2º, prevê a necessidade de licitação prévia para a sua delegação.

Sobre a polêmica que se estabeleceu em torno da distinção conceitual desses institutos, vale citar o ensinamento de Marçal Justen Filho:

Concessão de Serviço Público e Concessão de Uso de Bem Público A manifestação mais simples e superficial de diferenciação entre concessão de serviço público e concessão de uso de bem público refere-se ao objeto sobre o qual versam, traduzido nas próprias denominações. Enquanto uma tem por objeto um serviço público, a outra envolve o uso de bem público. Mas a diferença entre os institutos é muito mais extensa, talvez a ponto de inviabilizar a recondução de ambos a um único gênero. A concessão de serviço público consiste na delegação temporária da prestação de serviço público a um particular, que passa a atuar por conta e risco próprios (na acepção acima indicada). Portanto, a concessão de serviço público conduz a uma alternativa organizacional para a prestação dos serviços públicos fundada na concepção de associação entre interesse público e iniciativa privada para atendimento a necessidades coletivas de grande relevância. Já a concessão de uso de bem público consiste na atribuição temporária a um particular do direito de uso e fruição exclusivos de certos bens públicos. Essa transferência tanto pode fazer-se para que o particular valha-se do bem para satisfação de seus interesses próprios e egoísticos como também poderá propiciar exploração empresarial, com o desenvolvimento de atividades econômicas lucrativas em face de terceiros. De modo genérico, a concessão de uso de bem público não exige, necessariamente, a instrumentalização do bem objeto da concessão para a realização do interesse público, ainda que tal não possa ser excluído de modo absoluto. Assim, é possível que a concessão de uso recaia sobre bens ociosos para a

Administração, os quais não teriam qualquer outra destinação mais apropriada para satisfação de necessidades coletivas. Nesse caso, a Administração poderá obter uma remuneração a ser paga pelo concessionário, o que legitimará a decisão de atribuir o bem à utilização privativa de um certo particular, o qual se valerá do bem para intentos próprios. Mas também não haverá impedimento a que a concessão de uso seja uma via para propiciar a implantação de empreendimentos de interesse social ou coletivo. Assim, pode imaginar-se a concessão de uso de uma área deserta, visando à edificação de prédios e outras acessões, de modo a incentivar a atividade econômica, a criação de empregos e assim por diante. Nesse caso, o bem público será utilizado para fins de desenvolvimento de atividade econômica por um particular, sem que se configure própria e diretamente satisfação de interesses coletivos ou difusos. Mas também se pode utilizar a concessão de uso para esses outros fins. Assim, pode ceder-se o uso privativo de certas áreas no âmbito de prédios públicos para o estabelecimento de restaurantes, por exemplo. (JUSTEN FILHO, 2003, p. 105).

Hely Lopes Meirelles (2009, p. 372) ensina que a permissão, enquanto vigente, assegura ao permissionário o uso especial e individual do bem público conforme fixado pela Administração e gera direitos subjetivos defensáveis pelas vias judiciais, inclusive ações possessórias para proteger a utilização na forma permitida.

Por sua vez, a autorização é, em regra, ato administrativo discricionário, unilateral e precário, "pelo qual o Poder Público torna possível ao pretendente a realização de certa atividade, serviço ou utilização de determinados bens particulares ou públicos, de seu exclusivo ou predominante interesse, que a lei condiciona à aquiescência prévia da Administração " (MEIRELLES, 2009, p. 190).

Ora, consoante visto, qualquer bem municipal pode ser utilizado por particular mediante permissão de uso especial, desde que essa utilização seja também do interesse da coletividade que irá fruir de certas vantagens desse uso, que se

assemelha a serviço de utilidade pública, tal como ocorre com as bancas de jornais em praças, vestiários em praias e outras instalações particulares convenientes em logradouros públicos, ou mesmo autorização, em caráter precário e discricionário, a exemplo de eventos, feiras e outras explorações transitórias em ruas, calçadas e praças.

Além dessas hipóteses, existe a possibilidade de concessão do direito real de uso, que, nos termos da lei,

[...] é o ajuste que se dá entre a Administração, tida como concedente, e um particular, visto como concessionário, em que aquela outorga a este a utilização exclusiva de um bem de seu domínio, para que o explore por sua conta e risco, respeitando a sua específica destinação, bem como as condições avençadas com a Administração, tais como prazo, preço a ser cobrado do público, entre outras.

No caso do estacionamento público no sistema Zona Azul, sabe-se que acontece em áreas públicas, em maior medida nas ruas, praças, avenidas, que são bens de uso comum, acompanhado, ressalte-se, da fiscalização, guarda e controle do espaço, para que o usuário possa ter acesso igualitário e periódico ao bem, dado o especial interesse da Administração de ordenar e controlar o trânsito e a acessibilidade via diversos modais públicos, coletivos, particulares e individuais de transporte e circulação de pessoas.

A um primeiro olhar, descartada por absoluto a autorização – dada a sua precariedade e discricionariedade incompatíveis com a gestão e exploração de bem e serviço públicos –, na espécie, seria permissão de uso, enquanto meio-termo entre a informal autorização e a contratual concessão – pois é menos precária que aquela, sem atingir a estabilidade desta –, a via jurídica apta para os fins de transferência dos estacionamentos públicos a terceiros.

Todavia, restou, na espécie, demonstrada a existência de interesse da comunidade e a indisponibilidade do bem, daí porque se apontou, no tópico anterior, a natureza jurídica de

verdadeiro serviço público do fornecimento de estacionamento público no âmbito do sistema Zona Azul, confirmando-se a concessão desse serviço – não a chamada e citada concessão do bem – como o ato jurídico adequado a formalizar esse modo de relação entre Poder Público e terceiro.

Por essas razões, considerando-se os elementos declinados, sustenta-se que, em eventual processo de delegação desse serviço público para particular colaborador, o instituto da concessão de serviço público¹² seria o instrumento ideal.

4 Autorização e serviço público autorizado: o caso do município de Salvador, BA

Verificadas as premissas gerais e hipóteses secundárias ínsitas à adequada análise e solução do problema proposto e da hipótese básica a ser sustentada, e concluindo-se que o estacionamento público é um serviço e, com essa natureza, deve ser transferido via concessão, cabe, neste tópico, o enfrentamento do instrumento legal usado quando da edição da Lei municipal de Salvador nº 4.377/91, que, pelo instituto da autorização¹³, delegou a execução dos serviços de Zona Azul ao Sindguarda.

De logo, cumpre esclarecer que as primeiras leis¹⁴ que dispunham sobre Zona Azul em Salvador, vinculavam o serviço ao uso particular dos bens de uso comum do povo (ruas, vias e logradouros) ou bens de uso especial (prédios ou estruturas

12 Alguns autores e decisões judiciais entendem ser a permissão por adesão o modo adequado de delegação desse serviço para particular colaborador. Para Maria Sílvia Zanella Di Pietro, contrato de adesão é aquele em que “todas as cláusulas dos contratos administrativos são fixadas unilateralmente pela Administração” (DI PIETRO, 2016, p. 313). Além de ser uma “nova figura”, entende-se, pelos motivos já esposados, notadamente a natureza jurídica do objeto negociado, que a forma jurídica correta para essa delegação é a concessão.

13 Que se caracteriza como ato administrativo por meio do qual a Administração Pública possibilita ao particular a realização de alguma atividade de predominate interesse desse, ou a utilização de um bem público.

14 Decreto nº 6.918, de 23 de maio de 1983 e Lei municipal nº 3.286/83.

públicas), afastando-se da noção de serviço público¹⁵. Dessa forma, cobrava-se pelo uso particular do bem público¹⁶.

Ao que parece, pela análise do plexo legislativo mencionado e dos atos administrativos regulamentares e de efeitos concretos, aplicou-se, na espécie, o entendimento de que se delegava ao particular colaborador a mera autorização de exploração de um bem ou espaço público, como ocorre na autorização para instalação de bancas de, v.g., jornais e revistas na calçada das ruas¹⁷.

Para se vislumbrar a legalidade e validade dessa posição vigente no Município objeto da pesquisa, de rigor conhecer e dominar aspectos fundamentais da autorização administrativa e quais os serviços públicos autorizados, para, em seguida, demonstrar que esses institutos não se aplicam à delegação do serviço de Zona Azul, objeto do presente estudo.

Para parte dos doutrinadores¹⁸, a autorização de serviço público encontra guarida no art. 21, incisos XI e XII, da Constituição de 1988. Contudo, há mesmo outros tantos que a entendem incabível, em face do que preconiza o art. 175 da mesma Carta, porque teria o denominado autorizatário uma delegação do Estado, mas não para prestação de serviço público, e sim a que permite que a entidade desenvolva atividade de interesse público¹⁹, justificando-se, por essa razão, a necessidade de autorização estatal.

15 O entendimento extraível do art. 2º da Lei nº 3.286/83 é que o pagamento se devia pelo uso particularizado do bem/espço público e pelo serviço público de guarda e segurança do veículo. Diferentemente do entendimento adotado nos dias de hoje, no qual a tese é de que se cobra apenas para se estimular a rotatividade de vagas (TJ-RS, Apelação Civil: AC 70051349231 RS, Rel(a): Marilene Bonzanini Bernardi, Nona Câmara Cível, DJ de 14/12/2012).

16 “Código Civil – “Art. 103. O uso comum dos bens públicos pode ser gratuito ou retribuído, conforme for estabelecido legalmente pela entidade a cuja administração pertencerem.” (Grifo nosso).

17 Lei Orgânica de Salvador – “Art. 10 A alienação de bens municipais, subordinada à existência de interesse público devidamente justificado, será sempre precedida de avaliação e obedecerá as seguintes normas: I - quando imóveis, será precedida de autorização legislativa, dispensada a concorrência nos casos de doação, permuta, investidura, dação em pagamento e integralização ao capital da empresa pública ou sociedade de economia mista de que o Município seja majoritário; [...]” (Grifo nosso).

18 V.g. Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Hely Lopes Meyrelles.

19 “Até porque esse objetivo é inarredável para a Administração.” (CARVALHO FILHO, 2014, p. 1191).

Ora, com apoio na doutrina de Carvalho Filho, compreende-se a autorização como sendo ato administrativo discricionário e precário pelo qual a Administração consente que o particular desempenhe atividade de seu predominante ou exclusivo interesse, afastando assim sua caracterização como serviço público (CARVALHO FILHO, 2014). Há de se afirmar, de pronto, que não há autorização para prestação de serviço público. O que se pode observar na pesquisa é que o instituto da autorização é muito utilizado para outorga dos bens públicos para particulares, concedendo o seu uso privativo em caráter precário e de forma temporária (MAZZA, 2013).

José dos Santos Carvalho Filho reforça essa ideia quando afirma que “a atividade quando for autorizada, há de refletir interesse exclusivo ou predominante de seu titular, ou seja, haverá na atividade autorizada interesse meramente privado, ainda que traga alguma comodidade a um grupo de pessoas” (CARVALHO FILHO, 2014, p. 451), o que, a toda evidência, não é o caso de estacionamento público, sendo certo que, na hipótese, se o serviço se caracteriza como público deve ser consentido por concessão ou permissão (art. 175, CF).

Nesse diapasão, resta esclarecido que os efeitos da lei de Salvador²⁰ que delegou a exploração dos estacionamentos públicos da cidade (Zona Azul) ao Sindguarda devem ser anulados, tendo em vista serem eivados de flagrantes inconstitucionalidades e ilegalidades, aperfeiçoadas e exteriorizadas pela forma de autorização, em afronta ao art. 175 da Constituição Federal, repetido pela do Estado da Bahia e pela Lei Orgânica do Município de Salvador, que elegem a forma de concessão como a juridicamente válida na espécie, bem como ao art. 37 da Constituição, também em parte repetido pela do Estado da Bahia, notadamente no princípio da legalidade estrita ali encartado.

Demais disso, confronta a própria natureza do interesse jurídico público envolvido, pois que, tratando-se a espécie de serviço público, consoante já delineado, não pode ser transferido

²⁰ Art. 1º da Lei municipal de Salvador nº 4.377/91.

por terceiro de forma discricionária e precária, como é da essência do ato de autorização. Muito menos sem observar o devido processo legal cabível, no caso, pela via do procedimento licitatório, constituindo, assim, na espécie, também violação aos já citados artigos constitucionais e seu conteúdo jurídico, bem como ao direito fundamental individual à segurança, com respectivas garantias à segurança jurídica quanto à validade dos atos administrativos como o que se encontra em debate, os quais poderão ser objeto, inclusive, de múltiplas demandas como no caso de ação popular, oponível por qualquer cidadão interessado, para controle de sua higidez.

Finalmente, insta destacar que, para se corrigir os vícios apontados da legislação municipal de Salvador que autorizou a transferência ao Sindguarda da exploração do serviço de estacionamento público tipo “Zona Azul”, e em qualquer outro caso análogo, podem ser manejadas as devidas ferramentas processuais disponíveis no sistema brasileiro, a saber, o controle concentrado²¹ de constitucionalidade, pela via da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental ou da Ação Direta de Inconstitucionalidade, perante o Tribunal de Justiça do respectivo Estado, mediante atuação dos legitimados, ou mesmo o exercício do controle difuso²², pela já citada Ação Popular ou mesmo por Ação Ordinária Declaratória de Ilegalidade, arguindo-se, no caso, um incidente de inconstitucionalidade.

5 Considerações finais

Por todo o exposto a partir dos fatos, legislação, revisão bibliográfica, análise de jurisprudência e descrição das diversas razões aqui expostas, conclui-se sinteticamente que:

- a) o sistema de estacionamento público rotativo pago de Salvador, denominado de “Zona Azul”, tem natureza de serviço público, submetido a regime de direito

²¹ Vide CF, arts. 102, I, “a” e § 1º, e 125, § 2º.

²² Os arts. 948 a 950 do CPC preveem a sistemática procedimental necessária à declaração incidental da inconstitucionalidade via controle difuso, por meio da instauração de incidente próprio e voltado a essa finalidade.

administrativo, em caráter estável, vinculado, contínuo e com economicidade;

b) nessa condição, sua delegação a particular contratado deve se dar por concessão de serviço público mediante prévio procedimento de licitação, na modalidade de concorrência, devendo ser formalizado por contrato de permissão, não pela via de autorização, que é ato administrativo discricionário, a título precário e inerente a relacionamentos provisórios de interesses públicos que não têm o caráter de serviço contínuo;

c) assim, conclui-se, ainda, que não poderia o município de Salvador, tampouco qualquer outro da República Federativa do Brasil, delegar, via mera autorização administrativa, os serviços referidos a quem quer que seja, como ocorreu na espécie, com base na Lei municipal de nº 4.377/91, qual seja, em flagrante desacordo às disposições da Lei Orgânica de Salvador, à Constituição Federal, arts. 175, 37 e 5º, e à do Estado da Bahia, conquanto contêm, no mesmo sentido, normas idênticas ou de repetição obrigatória;

d) desse modo, devem as disposições da Lei nº 4.377/91, que permitem a delegação do serviço de “Zona Azul” via autorização”, ser declaradas inconstitucionais e ilegais, quando suscitadas judicialmente, ou mesmo pela via da recomendação de controle interno e externo dos atos da Administração Pública;

e) por fim, com a suspensão ou retirada dos efeitos do referido dispositivo, que se aperfeiçoe a delegação do referido serviço no multicitado ente federativo a partir dos ditames de sua Lei Orgânica, combinados com os estabelecidos pela sua Lei municipal de nº 5.355/88, as quais dispõem que os serviços públicos do município, tal qual o de “Zona Azul”, somente podem ser delegados à entidade

particular por concessão, após prévio procedimento de licitação e mediante contrato administrativo.

Referências

ARAUJO, Julyver Modesto de. O estacionamento rotativo pago (zona azul) e a ilegalidade de aplicação da multa baseada em aviso de irregularidade. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1181, 25 set. 2006. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/8966>>. Acesso em: 5 abr. 2017.

BAHIA. **Constituição do Estado da Bahia**. Texto promulgado em 05 de outubro de 1989 e atualizado até a Emenda Constitucional nº 24, de 05 de abril de 2017. 1989. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/70433/CE_Bahia.pdf?sequence=13>. Acesso em: 15 maio 2017.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **DOU de 5.10.1988**. Brasília, DF: Casa Civil da Presidência da República, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 abr. 2017.

_____. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. **DOU de 14.2.1995 (republicado em 28.9.1998)**. Brasília, DF: Casa Civil da Presidência da República, 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987cons.htm>. Acesso em: 5 maio 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 28. ed., rev., ampl. e atual. São Paulo: Atlas, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

DINIZ, Maria Helena. **Direito Civil Brasileiro: Teoria Geral do Direito Civil**. São Paulo: Saraiva, 2005.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2013.

SALVADOR. **Lei Orgânica do Município do Salvador**. Disponível em: <<https://leis.municipais.com.br/lei-organica-salvador-ba>>. Acesso em: 25 maio 2016.

_____. **Decreto nº 11.754, de 03 de outubro de 1997**. Dispõe sobre a localização e funcionamento do comércio e serviços informais em equipamento do tipo banca de chapa, em logradouros públicos do município do Salvador, e dá outras providências [sic]. Disponível em: <<https://leismunicipais.com.br/a/ba/s/salvador/decreto/1997/1176/11754/decreto-n-11754-1997-dispoe-sobre-a-localizacao-e-funcionamento-do-comercio-e-servicos-informais-em-equipamento-do-tipo-banca-de-chapa-em-logradouros-publicos-do-municipio-do-salvador-e-da-outras-providencias>>. Acesso em: 25 maio 2017.

_____. **Lei nº 9.148/2016**. Dispõe sobre o Ordenamento do Uso e da Ocupação do Solo do Município de Salvador. Disponível em: <<http://www.sucom.ba.gov.br/category/legislacoes/louos/>>. Acesso em: 15 maio 2017.

Submetido em: 15 mar. 2017.
Aceito em: 29 mar. 2017.