FGV DIREITO SP
MESTRADO PROFISSIONAL

A CONCESSÃO DE USO COMO INSTRUMENTO DE GESTÃO EFICIENTE DO PATRIMÔNIO PÚBLICO

JHONNY PRADO SILVA

Projeto de pesquisa apresentado ao
Mestrado Profissional da FGV Direito SP.

Versão de 04/07/2022

1. Tema, contexto e modelo de pesquisa predominante

Diante da impossibilidade estatal de arcar com todos os investimentos necessários ao desempenho das suas competências constitucionais, tem surgido a necessidade, cada vez mais premente, da realização de parcerias entre o Poder Público e a iniciativa privada para a construção e operação de equipamentos públicos como forma de viabilizar uma Gestão Pública eficiente.

A dissertação abordará os aspectos jurídicos da Concessão Administrativa de Uso, uma forma aparentemente esquecida por parte dos Gestores Públicos quando da realização de projetos complexos de parcerias com a iniciativa privada. O objetivo central do projeto de pesquisa é demonstrar que a concessão de uso não é apenas um instrumento adequado para pequenos projetos destinados, prioritariamente, à satisfação do particular, mas instituto que pode ser utilizado como um importante mecanismo de gestão patrimonial, por meio de contratos bem elaborados e rentáveis em parceria com a iniciativa privada.

No bojo dessa temática, pretendo delimitar o instituto da concessão de uso, em contraposição às demais formas de delegação de prerrogativas públicas a particulares, sobretudo do instituto da concessão de serviços públicos, demonstrando que, muitas vezes, o instrumento adequado será a concessão administrativa de uso. Com efeito, em regra, ao tranferir um bem à iniciativa privada, o Poder Público procura agregar um pseudo serviço público ao objeto contratual, visando a se utilizar dos procedimentos e mecanismos estabelecidos pelas leis 8.987/95 e 11.079/2004.

Sucede que, quando a Administração Pública pretende realizar a concessão de um Mercado Público, parque, arena, estádios de futebol, dentre outros equipamentos, o que se está a delegar é um bem público, não existindo um serviço público nesse caso. A atividade ali desempenhada é acidentalmente pública, em decorrência da natureza do bem e não do serviço prestado. O trabalho pretende realizar essa delimitação, demonstrando a predominância do instituto da concessão administrativa de uso para esses casos. Pretende, por fim, defender a possibilidade de utilização dos mecanismos consagrados nas concessões de serviços e PPPs, independentemente de previsão legal específica.

O tema, que pretende ser uma resolução de problema, pretende desenvolver o pouco explorado tema do uso privativo de bens públicos por particulares. Propõe-se, além disso, demonstrar que o instituto da concessão de uso é instrumento adequado para que a Administração Pública entabule ajustes complexos com a iniciativa privada para a delegação da gestão dos seus ativos, podendo se transformar em importante fonte de receitas patrimoniais e desoneração do custo estatal, conferindo, ao mesmo tempo, uma maior utilidade do Patrimônio Público à coletividade.

Por fim, pretende-se abordar projetos reais desenvolvidos por diversos entes públicos, demonstrando projetos que bem abordaram e se utilizaram de forma adequada do instituto, bem como projetos que subutilizaram o instituto ou situações em que ocorreram a perda de uma oportunidade (situações, por exemplo, em que um Município concedeu o uso de determinado bem em troca da mera conservação, quando poderia ter adicionado maiores elementos ao objeto contratual exigindo-se contrapartidas mais vantajosas).

2. Quesitos, fontes de pesquisa e formas de acesso

A dissertação será baseada em pesquisa doutrinária, jurisprudencial (do Poder Judiciário e, sobretudo, dos órgãos de controle envolvidos na fiscalização de projetos correlatos) e projetos reais em diferentes setores e entes públicos que se utilizaram do instituto da concessão de uso ou que poderia (deveria) ter se utilizado.

Será analisado, também, o ordenamento jurídico aplicável ao instituto, como a Constituição Federal; Legislação Federal correlata ao tema, tais como a Lei 14.133/21, Decreto-Lei 9.760/1946, lei 9.074/1995, lei 9.636/1998; lei 8.987/1995; lei 11.079/2004; Legislações estaduais e municipais das concessões abordadas no curso do trabalho de Dissertação.

Com base nas fontes acima mencionadas, o trabalho terá a pretesão de estudar e responder às seguintes questões:

1. O que é a concessão administrativa de uso, sua base legal, características e qual sua delimitação no papel de delegação de prerrogativas públicas aos particulares.

2. Quais os motivos que levam à subutilização da concessão administrativa de uso? Em casos como a concessão de um Mercado Público, estádio, arenas, teatros, rodovias, parques, florestas etc. Há a concessão de uso ou de um serviço público?

3. A ausência de uma lei específica sobre a Concessão de uso é motivo suficiente para o *by pass* do instituto? Haveria a necessidade de uma regulamentação nacional? Por se tratar da gestão de patrimônio público, seria constitucional uma lei federal sobre o tema?

4. A concessão de uso, em regra, não exige autorização legislativa prévia. Seria necessária autorização legislativa para a elaboração de um contrato complexo, a exemplo do que ocorre com as concessões de serviços e PPPs? Essa exigência seria compatível com o instituto?

5. A despeito de previsão legal específica, as boas práticas verificadas nas concessões de serviços e PPPs podem ser utilizadas em um contrato de concessão de uso? É possível

que o contrato retire seu fundamento de validade nas leis 8.987/95 e 11.079/04? A lei 14.133/2021 traz algum avanço no tema?

6. Como a concessão administrativa de uso de bens públicos pode se tornar um importante instrumento para a gestão eficiente do patrimônio estatal?

7. Análise fática: Bons exemplos da utilização do instituto e situações em que o instituto poderia ser utilizado para uma Gestão mais eficiente do ativo estatal.

3. Relevância prática, caráter inovador e potencial de impacto

A relevância prática deste trabalho se verifica a partir da ideia de que a reformulação da visão que se tem do instituto da concessão de uso, sobretudo em âmbito municipal, será capaz de torna-lo um grande aliado na transformação da gestão de espaços e equipamentos públicos, tornando-a muito mais eficiente.

Com a implementação de uma nova cultura jurídica, com a qualificação dos projetos e a incorporação dos mecanismos utilizados nos grandes contratos de concessões de serviços públicos, a concessão administrativa de uso de bens públicos pode se tornar mecanismo essencial para que Gestores Públicos consigam se aproximar do aproveitamento ideal de todo o potencial do patrimônio público à disposição.

Com relação ao caráter inovador, embora a Concessão de Uso tenha seu lugar em todo manual de Direito Administrativo, são raros os trabalhos que se propõem a realizar uma análise mais aprofundada do instituto, como acontece, por exemplo, com a concessão de serviços públicos. Além disso, pelo vies que se pretende adotar aqui, como uma forma de parceria entre o Poder Público e a iniciativa privada, embora haja uma gama de contratos pelo Brasil que já adote essa técnica, não tenho conhecimento de estudos com essa abordagem.

Desse modo, o trabalho não reforçará entendimentos já pacificados ou questões amplamente discutidas a respeito do tema.

O potencial de impacto do trabalho se verifica na medida em que ele possibilitará melhorar a prática da celebração de contratos de delegação do uso privativo de bens públicos no Brasil, com ampla possibilidade de utilização. Com efeito, muito maior do que a gama de serviços públicos existentes, é a variedade de bens que faz parte do acervo estatal, de modo que, caso seja dado a eles a atenção adequada, como se tem feito com a delegação de serviços, procurando atribuí-los uma destinação adequada, sobretudo aos bens ociosos ou aqueles com maior potencial de exploração econômica, é possível defender um grande salto de eficiência e economicidade na gestão da máquina pública. Por fim, o estudo que se pretende desenvolver no presente trabalho é replicável por qualquer ente público, inclusive para os menores municípios.

4. Familiaridade do pesquisador com o objeto da pesquisa

A minha familiaridade com o objeto da pesquisa pode ser demonstrada a partir da minha experiência profissional e acadêmica.

Na minha atuação profissional, como Procurador do Município de Porto Alegre, tive a oportunidade de participar da elaboração de diversos projetos de parcerias público-privadas, como Procurador-Chefe da consultoria jurídica da Secretaria de Parcerias Estratégicas do Município de Porto Alegre. No bojo dessa atuação, inclusive, participei de intenso debate jurídico sobre a Concessão do Mercado Público de Porto Alegre, tanto no Poder Judiciário (por meio de ACP proposta pelo Ministério Público), quanto no Tribunal de Contas do Estado do Rio Grande do Sul, em que se debateu profundamente o tema objeto do presente estudo: a escolha do Município por se realizar uma Concessão de Uso, utilizando-se do modelo contratual típico da lei 8987/95, o que, em um primeiro momento, parecia impossível para o TCE e MP, mas foi chancelado pelo Poder Judiciário.

Anteriormente ao meu ingresso na Procuradoria-Geral do Município de Porto Alegre, fui Procurador do Município de Mogi das Cruzes, onde fui Procurador-Chefe do Consultivo Geral, responsável por toda a Consultoria Administrativa daquele ente.

Minha experiência acadêmica com direito público também permite demonstrar minha familiaridade com o objeto da pesquisa que pretendo realizar no Mestrado Profissional. Em 2020, realizei o curso de pós-graduação em Regulação e Concorrência na faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, em coordenação pelo professor Pedro Costa Gonçalves, em que o tema de concessões foi largamente estudado. O referido professor, inclusive, é um dos autores que melhor trabalha com a ideia de Concessões Complexas, conceito que será amplamente utilizado no presente trabalho.

Por fim, dedico-me a escrever sobre o tema dos contratos administrativos, tendo publicado artigos sobre o tema, bem como participações em obras coletivas e um livro autoral (em coautoria), publicado pela editora Saraiva, sobre a nova lei de licitações e contratos.

5. Bibliografia preliminar

SUNDFELD, Carlos Ari. Parcerias Público-Privadas. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
_____. Fundamentos de direito público. 5. Ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Concessões. 1. Ed. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

_____. Bens públicos: função social e exploração econômica. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

_____. Concessão de bens e serviços públicos municipais: imprescindibilidade de lei autorizativa. Revista de Direito Administrativo Aplicado, Rio de Janeiro, v. 16, 1998.

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

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Curso de Direito Administrativo. Rio de janeiro: Forense, 2012.

CÂMARA, Jacintho Arruda. Contratações públicas para projetos de infraestrutura. In: MARCADO, Fernando S. e PINTO JUNIOR, Mari Engler. Direito da infraestrutura. V. 1. São Paulo: Saraiva, 2017.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Serviço público e concessão de serviço público. São Paulo: Malheiros, 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na administração pública. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

_____. Uso privativo de bem público por particular. São Paulo: Atlas, 2010.

AMARAL, Diogo Freitas do. Utilização do domínio público por particulares, 1972.

MEDAUAR, Odete. Direito administrativo moderno. Editora Fórum, 21ª ed. 2018.

SOUTO. Marcos Juruena Villela. Direito Administrativo das concessões, 2004.

RIBEIRO, Maurício Portugal e PRADO, Lucas Navarro. Comentários à Lei de PPP: parceria público-privada, fundamentos econômico-jurídicos. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

MENDONÇA. José Vicente Santos de.; ALMEIDA FILHO. Jorge Celso Fleming. O argumento consequencialista e sua relação com o princípio da eficiência. Revista de direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro. Volume XXIII. Filosofia Constitucional e Teoria do Direito

BINENBOJM, Gustavo. Poder de Polícia, ordenação, regulação: transformações político-jurídicas, econômicas e institucionais do direito administrativo ordenador. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

6. Cronograma de execução

	2022					2023												
Atividade	8	9	10	11	12	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10	11	12	Horas
Pesquisa bibliográfica																		70h
Coleta e análise de contratos																		50h
Redação																		180h
Revisão e ajustes																		50h