



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

ANGÉLICA BRANDÃO DE LIMA

**A UTILIZAÇÃO DOS CONTRATOS DE PARCERIAS PÚBLICO-
PRIVADOS PARA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO DE TRANSPORTE
PÚBLICO DE PASSAGEIROS NO MUNICÍPIO DE SALVADOR**

Salvador
2021

ANGÉLICA BRANDÃO DE LIMA

**A UTILIZAÇÃO DOS CONTRATOS DE PARCERIAS PÚBLICO-
PRIVADOS PARA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO DE TRANSPORTE
PÚBLICO DE PASSAGEIROS NO MUNICÍPIO DE SALVADOR**

Trabalho de conclusão de curso apresentado ao curso de graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Profa. Dra. Rita Tourinho Rehem Almeida Tourinho.

Salvador
2021

**A UTILIZAÇÃO DOS CONTRATOS DE PARCERIAS PÚBLICO-
PRIVADOS PARA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO DE TRANSPORTE
PÚBLICO DE PASSAGEIROS NO MUNICÍPIO DE SALVADOR**

Trabalho de Conclusão de Curso submetido à aprovação da Comissão Examinadora designada pelo Colegiado do Curso de Direito, como requisito para obtenção do título de bacharela em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia.

Aprovado em, _____ de _____ de 2021.

COMISSÃO EXAMINADORA:

Professor(a) Orientador(a) Me. Rita Andrea Rehem Almeida Tourinho

Faculdade de Direito da UFBA

Professor(a) Avaliador(a): Me. Carlos Eduardo Behrmann Rátis Martins

Faculdade de Direito da UFBA

Professor(a) Avaliador(a): Me. Lazáro Alves Borges

Faculdade de Direito da UFBA

AGRADECIMENTOS

A Deus, à minha orientadora por todo o suporte, à minha família pelo amparo e ajuda nos momentos mais difíceis e aos amigos que fizeram parte da minha trajetória.

Sozinha, eu não conseguiria.

LIMA, Angélica Brandão de. **A utilização dos contratos de parceria público-privados para prestação do serviço de transporte público de passageiros no município de Salvador.** 2021. Orientadora: Rita Tourinho Rehem Almeida Tourinho. 72 fls. Trabalho de Conclusão de Curso (Curso de Graduação em Direito) - Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2021.

RESUMO

Diante das recentes transformações no município de Salvador ocorridas a partir da implementação de diversas obras e serviços público por meio dos contratos de concessão no modelo de Parcerias Público-Privadas, torna-se de extrema importância a análise dos diversos aspectos político, sociais econômico inerentes a este instituto jurídico. O cerne do trabalho será o cotejo entre a eficiência e a qualidade das Concessões Especiais frente às Concessões Comuns na prestação do Serviço de Transporte Público. Serão analisados os prejuízos causados à população pela precária e deficiente oferta de transporte coletivo ofertados por meio da Concessões Tradicionais que em alguns casos impede o exercício do direito fundamental ao transporte. Em contrapartida o serviço de transporte coletivo por meio do metrô tem apresentado resultados satisfatórios e vêm se expandindo, não somente através do modal metrô, como também em outros modais que estão em fase de implementação utilizando-se do modelo de concessão PPP.

Palavras-chave: Concessões comuns. Parcerias público-privadas. Serviços Públicos. Transportes.

LIMA, Angélica Brandão de. **The use of public-private partnership contracts to provide public passenger transport services in the city of Salvador**. 2021. Supervisor: Rita Tourinho Rehem Almeida Tourinho. 72 s. Undergraduate Dissertation (Law Degree) – Faculty of Law, Federal University of Bahia, Salvador, 2021.

ABSTRACT

Given the recent transformations in the city of Salvador that have taken place from the implementation of various public works and services through concession contracts in the Public-Private Partnership model, it is extremely important to analyze the various political, social and economic aspects inherent to this legal institute. The core of the work will be the comparison between the efficiency and quality of Special Concessions compared to Common Concessions in the provision of the Public Transport Service. The damage caused to the population by the precarious and deficient offer of public transport offered through the Traditional Concessions, which in some cases prevents the exercise of the fundamental right to transport, will be analyzed. On the other hand, the public transport service through the subway has shown satisfactory results and has been expanding, not only through the subway modal, but also in other modes that are being implemented using the PPP concession model.

Keywords: Common concessions. Public-Private Partnerships. Public services. Transport.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 A EVOLUÇÃO DOS MODELOS DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA IMPLEMENTADOS NO BRASIL	11
2.1 O MODELO DA ADMINISTRAÇÃO IMPERIALISTA AO PATRIMONIALISTA	12
2.2 MODELO BUROCRÁTICO	14
2.2.1 As reformas administrativas	15
2.3 A IMPLEMENTAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO GERENCIAL.....	16
3 SERVIÇOS PÚBLICOS: COMPLEXIDADE, INDEFINIÇÕES E CRISES DE CONCEITO	20
3.1 PRINCÍPIOS DO SERVIÇO PÚBLICO	23
3.2 CLASSIFICAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS	26
3.3 SERVIÇOS PÚBLICOS E DEMAIS FUNÇÕES ESTATAIS.....	28
3.4 TITULARIDADE DOS SERVIÇOS PÚBLICOS	29
3.4.1 Competências para a Execução dos Serviços Públicos	29
3.5 DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS	30
3.5.1 Serviços Públicos e as Atividades Privadas Regulamentadas	30
3.5.2 Formas de delegação de Serviços Públicos: Permissão, Concessão e Autorização	32
4 CONCESSÕES ESPECIAIS: AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS	42
4.1. NOÇÕES INICIAIS	42
4.2 MODALIDADES	44
4.2.1 Aspectos das Concessões Patrocinadas	44
4.2.2 Aspectos das Concessões Administrativas	44
4.3 ASPECTOS JURÍDICOS.....	45
4.4 ESPECIFICIDADES DAS LICITAÇÕES DAS PPPs	46
4.5 CONTROLE DOS SERVIÇOS E OBRAS REALIZADAS POR MEIO DE CONTRATOS DE PPP	47
4.6 CONTROLE E FISCALIZAÇÃO DOS CONTRATOS DAS PPPs PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS.....	49
4.7 VANTAGENS DAS CONCESSÕES ESPECIAIS SOBRE AS CONCESSÕES TRADICIONAIS.....	50
5 TRANSPORTE PÚBLICO.....	53
5.1 TRATATIVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	53
5.2 COMPETÊNCIA DOS ENTES FEDERATIVOS	53
5.3 O TRANSPORTE DE PASSAGEIROS: SERVIÇO PÚBLICO X ATIVIDADE ECONÔMICA.....	54
6 EVOLUÇÃO DO SERVIÇO DE TRANSPORTE PÚBLICO EM SALVADOR.....	56

6.1 O TRANSPORTE PÚBLICO EM SALVADOR POR MEIO DAS CONCESSÕES COMUNS: A FALÊNCIA DE UM MODELO	56
6.2 TRANSPORTE COLETIVO EM SALVADOR E SUAS DEFICIÊNCIAS.....	58
7 LEI ESTADUAL 9.290/04: O SUCESSO DA IMPLEMENTAÇÃO DO METRÔ SALVADOR-LAURO DE FREITAS	61
8 ASPECTOS GERAIS DA CONCESSÃO DO METRÔ SALVADOR-LAURO DE FREITAS.....	63
8.1 CARACTERÍSTICAS DO CONTRATO	64
8.2 DA VANTAJOSIDADE DO MODELO DE PPP SOBRE O DE CONCESSÃO SIMPLES NO TRANSPORTE PÚBLICO DE SALVADOR	65
9 CONCLUSÃO.....	67
REFERÊNCIAS	69

1 INTRODUÇÃO

Os problemas apresentados pelo modelo tradicional de concessões de transporte coletivo por meio de ônibus, há muito vêm prejudicando os usuários do serviço no município de Salvador. A defasagem da frota, a degradação dos veículos, as tarifas elevadas, a falta no cumprimento dos horários, dentre outros problemas, são apenas alguns componentes da situação do sistema que beira ao caos.

Durante muito tempo, pouca atenção foi dedicada às dificuldades de locomoção enfrentados pela população. As repercussões de tamanho desaso têm dimensão para além da sujeição dos populares a um serviço totalmente inadequado. Trata-se, em verdade, do desrespeito a um feixe de direitos da população, neles inclusos, direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana.

Em uma análise mais abrangente do contexto político-econômico em que se insere o modelo de concessões comuns, nota-se que a problemática perpassa pelas dificuldades do Estado em resolver problemas financeiros e orçamentários que afetam o país. Um dos resultados dessa situação é a impossibilidade e a dificuldade estatal em implementar equipamentos e infraestrutura imprescindíveis à promoção do desenvolvimento do país.

Diante da gravidade da situação, tornou-se imprescindível a adoção de soluções modernas capazes de propiciar a resolução da falta de recurso financeiro e propiciar ao Poder Público angariar o necessário capital para incrementar e aumentar as obras e serviços imprescindíveis à satisfação das necessidades da população brasileira.

A escassez financeira que paralisou setores cruciais ao desenvolvimento do país teve início a partir de decisões políticas que propuseram a participação do Estado em quase todas as atividades voltadas ao fornecimento de utilidades públicas à população. O modelo de Estado Social, adotado ocasionou o aumento dos gastos públicos e culminaram na incapacidade de cumprimento de ações que significassem gastos financeiros para a Administração Pública. Durante o seu auge, houve o substancial aumento das atividades desempenhadas pelos entes público, o que causou a sobrecarga da máquina estatal.

A partir da experiência de outros países, as Parcerias-Público Privadas (PPPs) foram adotadas como alternativa potencialmente eficiente para injetar os elevados investimentos necessários ao incremento de obras e serviços de grande porte. O fator atrativo, além de outros mecanismos inéditos na prestação de serviços públicos, foi a possibilidade de obras e serviços poderem ter seu investimento inicial custeado pela iniciativa privada. O Estado desprovido de recursos financeiros, agora, teria a possibilidade de firmar parcerias capazes de cooptar vultosos

valores junto às empresas e concessionárias interessadas em investir e ter a possibilidade de recuperar valor acrescidos do lucro, estando protegido por uma série de garantias. A aprovação da Lei 11.079/04 iniciou, dessa maneira, uma nova realidade na velocidade e eficiência na implementação de obras e serviços no país.

A Bahia foi um dos estados da federação que apostou no sucesso do modelo como uma alternativa contra a estagnação em que se encontravam os equipamentos e serviços voltados às utilidades públicas urgentes para a comunidade. O resultado foi o rápido início das operações necessárias ao funcionamento dos objetos dos contratos celebrados. Diante das mudanças proporcionadas na prestação de diversos serviços no município de Salvador através das parcerias público-privadas, torna-se de elevada importância o entendimento desse instituto jurídico que proporcionou, por exemplo, a tão esperada operação do metrô na região metropolitana, incluído Salvador. Impende mencionar que o sucesso das PPPs, na Bahia, não se restringe ao sistema do metrô, sendo implementado, inclusive, em outros moldes de transporte.

Por tamanho relevo, apresentado por essa modalidade de concessão, este trabalho buscará analisar o processo de implementação e funcionamento das PPPs, restringindo-se, ao Sistema Metroviário Salvador-Lauro de Freitas, porém, buscando abordar o instituto de maneira abrangente através do estudo da Lei 11.079.04. Nesse diapasão serão abordados na pesquisa os contratos de PPPs celebrados entre o ente público estadual e o setor privado; as obras e serviços implementados; os objetivos acordados nas cláusulas contratuais e o objeto da avença, culminando na forma como essas prestações têm sido entregues pelas concessionárias à população. Igualmente, não será dispensada a aferição da necessidade de aprimoramento exigidos pela eficiência e modernização das estruturas necessárias à prestação de serviços adequados.

As obras e serviços públicos que utilizam as parcerias público-privadas possuem contratos de alta complexidade que tratam dos variados aspectos envolvidos nos empreendimentos de grande envergadura que deles são objeto. A sua função precípua é a de possibilitar a execução e acompanhamento de forma precisa dos aspectos técnicos especializados inerentes à avença. Por toda a importância atual das PPPs, a presente pesquisa objetivará debater e apresentar as principais características deste instituto cada vez mais utilizado pela Administração Pública.

A impactante substituição do serviço de transporte coletivo realizado por meio de ônibus pelo metrô impende que seja realizado o estudo comparativo entre as duas modalidades de

concessão com a finalidade de aferição dos ganhos proporcionados pelas concessões especiais. É nesse sentido que o presente trabalho, também, analisará aspectos trazidos por tais mudanças.

Os instrumentos de estudo adotados serão a pesquisa qualitativa para análise dos procedimentos e atividades que tornaram as concessões especiais um instituto capaz de sanar diversos problemas existentes na oferta do serviço do transporte coletivos, na região metropolitana do Estado da Bahia. O método indutivo será utilizado para análise dos dados obtidos a partir da pesquisa bibliográfica, da pesquisa documental e da pesquisa eletrônica nos sítios da internet responsáveis pela publicização do desempenho e resultados obtidos pela PPP, do metrô Salvador-Lauro de Freitas.

A pesquisa inicia-se com a apresentação de um breve histórico da evolução das atividades administrativas estatais voltadas à proporção de utilidades públicas aos cidadãos brasileiros. A partir do Modelo Administrativo Patrimonialista, passando pelo Modelo Burocrático até a adoção do Modelos Gerencial, serão abordados os principais pontos da trajetória marcada por tentativa de mudanças bruscas na forma de execução das prestações públicas. Porém, restará comprovado que a despeitos dos diversos planos e institutos importados de outros países, ainda em dias atuais prevalecem, de forma simultânea, resquícios dos diversos modelos administrativos adotados em diferentes épocas no Brasil.

A seguir, será abordado, quiçá, o instituto jurídico que interliga e fundamenta os demais conceitos abordados na pesquisa, o polêmico conceito de Serviço Público. A partir das considerações de grandes publicistas será apresentado o debate, ainda não ultrapassado, sobre a sua essência. Após a fase da problemática conceitual do Serviço Público, serão abordados seus aspectos legais, suas modalidades, classificações, dentre outros aspectos. E é dentro do contexto da execução de serviços públicos por particulares que será aprofundada a pesquisa referente às Parcerias Público-Privadas comparativamente com as Concessões Simples.

Após o esgotamento das análises comparativas entre as duas modalidades de concessão, suas características serão apreciadas tendo por recorte a substituição do serviço de transporte público por meio de ônibus pelo Metrô Salvador-Lauro de Freitas. Antes, porém, será apresentado o contexto referente aos serviços de transporte público no ordenamento jurídico, seguindo-se, então, para a situação prática no município de Salvador, em momento anterior e posterior à implementação do metrô. Bem assim, as questões jurídicas e doutrinárias que gravitam em torno da problemática principal serão tratadas por se fazerem necessárias a um estudo contextualizado e completo da adoção das PPPs.

Por fim, far-se-á uma necessária análise crítica dos aspectos práticos e dos resultados obtidos com o novo modelo em termos de ganhos de comodidade, eficiência e adequação do

serviço para a população. E por fim, haverá a problematização da necessidade de melhoras e correções ainda pendentes na prestação do Serviço de Transporte Público por meio das Parcerias Público-Privadas em Salvador.

2 A EVOLUÇÃO DOS MODELOS DE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA IMPLEMENTADOS NO BRASIL

O estudo contextualizado das parcerias público-privadas exige o acompanhamento dos principais fatos históricos ligados à forma como foi organizada a gestão da estrutura administrativa no país ao longo do tempo até que se chegasse à adoção do instituto pelo Estado brasileiro. Sua implementação teve por objetivo ofertar recursos ao Estado para a execução de prestações públicas relevantes socialmente. As PPPs foram inseridas no ordenamento jurídico brasileiro por meio da Lei nº 11.079/2004 como um novo instituto capaz de sanar as deficiências na execução das prestações administrativas, visto que o novo modelo priorizava a eficiência e qualidade na entrega de comodidades públicas à população (BRASIL, 2004).

A evolução da máquina administrativa, e as mudanças de perspectiva quanto o que melhor atenderia às necessidades da população brasileira repercutiu na maneira como os serviços públicos eram geridos. Muitas foram as modificações na forma como o Estado definiu o seu papel perante a sociedade; o que repercutiu diretamente na organização das atividades administrativas. Havia a alternância entre a centralização e a descentralização dos serviços administrativos, resultado dessas diferenciadas concepções do papel do Estado levando de roldão os institutos reguladores das atividades governamentais.

Até que fossem adotadas as Concessões Especiais para a execução de serviços e obras públicas, diversos arranjos e forma de fornecimentos de utilidade públicas foram adotados pelo Poder Público. Entre modelos que se sobrepunham, e que pretendiam alcançar milagres, a forma como as atividades administrativas eram executadas mostrou-se problemática e marcada pela adoção de inúmeros projetos ineficientes.

Segundo Di Pietro (2008, p. 30):

A expressão Reforma do Estado designa a tendência, hoje praticamente universal, de reformar o aparelhamento do Estado, em especial, o aparelhamento administrativo, representado pela Administração Pública em sentido amplo abrangendo todos os órgãos, dos poderes, que exercem a função administrativa, bem como as entidades da Administração Indireta.

Antes de adentrar na análise dos modelos adotados pela administração brasileira, faz-se necessário algumas definições concernentes ao tema. A princípio, impede definir a expressão modelo de gestão pública como a junção de métodos e práticas administrativas utilizadas pela administração para o alcance dos objetivos e metas estabelecidos como necessário à execução de atividades voltadas à sociedade. No Brasil, os modelos de gestão públicas utilizados podem ser classificados em patrimonialista, burocrático e gerencial. Sendo que em relação ao último

também pode ser delimitada uma segunda fase denominada nova gestão pública (SANTOS, 2017).

Outro conceito de grande relevância para a abordagem temática é o de administração pública subjetiva que pode ser descrita, dentre outras definições doutrinárias, de maneira bastante sintética, como o conjunto de órgãos e servidores responsáveis pelo atendimento das necessidades da sociedade, ou seja, aqueles que são responsáveis pela gestão da coisa pública e seus desdobramentos (SANTOS, 2017). A importância do aparato administrativo deve-se às implicações que as diferentes formas de prestação dos serviços à população podem repercutir na qualidade dessas atividades. E essas diferentes configurações são resultado das diferentes reformas adotadas conforme as alterações que ocorreram no cenário político em que duas concepções de Estado repercutiam nas decisões tomadas. Ou seja, sistemas de governo liberal e o do Estado do bem-estar social deram o tom das mudanças pelas quais passaram a máquina administrativa no Brasil.

Ressalte-se que não houve um período delimitado, em que um modelo de administração fosse utilizado de forma isolada, o que ocorreu, na verdade, foi uma verdadeira sobreposição de modelos, alguns predominando, se sobrepondo e outros infiltrando-se na estrutura mais profunda da máquina administrativa brasileira. E, não obstante, ter sido despendido um grande esforço para a modernização da administração pública nacional, essa mesclagem de modelos administrativos perdura até os dias atuais, não se delimitando a um dado período histórico. Há convivência de práticas diversas em uma mesma época, existindo, porém, a predominância de uma determinada forma de administração ao longo da história. Mesmo neste cenário de difícil delimitação, dois períodos históricos são considerados marcantes na gestão pública brasileira: parte do período imperial e o período republicano.

Segundo Campelo (2010):

É cediço que as instituições estatais passaram por várias situações de reforma administrativa, podendo ser observado tal fato na vasta literatura a respeito, o que nos conduz à verificação de adoção de modelos de administração e gestão de diferentes formas, em geral, possibilitando a expressão de modelos na administração pública em momentos diversos da nossa recente história de Estado brasileiro, considerando como marcos, parte do período imperial, bem como no modelo republicano, sendo tais momentos históricos o referencial para a identificação dos modelos adotados na Administração Pública brasileira.

2.1 O MODELO DA ADMINISTRAÇÃO IMPERIALISTA AO PATRIMONIALISTA

O desembarque da Coroa portuguesa no Brasil, em 1808, é considerado o marco da construção do Estado Nacional. Porém o evento que marcou a nova forma de administração

pública adotada foi a integração da colônia ao Reino Unido de Portugal (COSTA, 2006). Contudo, no período anterior ao desembarque da família real, já existia um aparato institucional e administrativo, com uma administração ampla, complexa e ramificada. “Tratava-se de um upal de ordenamentos gerais, encargos, atribuições, circunscrições, dispositivos particulares e missões extraordinárias, que não obedeciam a princípios uniformes de divisão do trabalho, simetria e hierarquia.” (COSTA, 2006). Para compreender essa estrutura, é necessário se desvincular das atuais concepções do que significa Estado, esfera pública e privada, níveis de governo e poderes distintos. (PRADO, 2007, p. 19)

A Administração Pública patrimonialista, primeiro modelo administrativo implantado nas atividades administrativas no Brasil originou-se nos Estados Absolutistas dos séculos XVII ao XVIII. Durante seu predomínio não havia a concepção de que a administração pública deveria voltar suas atividades para o atendimento dos interesses sociais. Pelo contrário a ideia consagrada era a de que o patrimônio do monarca se confundia com o patrimônio público, no sentido de que a coisa pública era considerada como propriedade do monarca. Eram regra as práticas que tinham por objetivo satisfazer interesses particulares em detrimento dos interesses públicos.

O modelo predominou no Brasil da época colonial à República Velha. Os cargos eram ocupados por indivíduos vinculados e influenciados pelos governantes. Dessa maneira, não eram utilizados critérios técnicos para a contratação dos quadros de pessoal administrativo. Outra prática prejudicial aos interesses públicos era inexistência de formação de carreiras para a ocupação dos cargos por profissionais competentes para o exercício da função pública. Em tal contexto, eram intensas as práticas corruptas e nepotistas.

Sobre a ótica weberiana, o patrimonialismo apresenta-se como a apropriação de recursos estatais por funcionários públicos, grupos políticos e segmentos privados. Nesse prisma, ele se distancia dos princípios modernos da administração pública, nos quais Estado e mercado estão dissociados, onde o governo segue as orientações da sociedade civil organizada (SORJ, 2000 apud OLIVEIRA; OLIVEIRA; SANTOS, 2011).

Era explícita a utilização do aparelho administrativo estatal para fins outros que não os sociais. Esses eram sobrepujados pelos interesses de governantes e terceiros apadrinhados. As consequências das práticas corruptas que assolavam a administração pública esta passou a ser utilizada como instrumento para a satisfação de interesses individuais, o que causou prejuízos incalculáveis à quantidade e qualidade das prestações de serviços aos cidadãos.

Na Administração Pública Patrimonialista princípios como supremacia do interesse público, impessoalidade dentre outros, eram desrespeitados e desconsiderados sobrepujados por práticas nocivas como o nepotismo, a dilapidação do patrimônio público e a corrupção. O que

havia era uma administração pública que abrigava todo um conjunto de desvios resultando em ineficiência e baixa qualidade das prestações públicas à sociedade.

Em seguida ao modelo patrimonialista, passa a predominar o modelo na tentativa de extirpar as práticas nocivas em uma tentativa de superação dos problemas existente durante o período anterior. Com o objetivo de superar as deficiências da Administração patrimonial é proposto e implantado o modelo administrativo burocrático ou moderno racional-legal, com a finalidade de eliminar as influências políticas na administração pública.

2.2 MODELO BUROCRÁTICO

O modelo administrativo burocrático foi adotado para viabilizar práticas administrativas baseadas na racionalidade, na legalidade, como forma de combater os problemas causados pela corrupção, nepotismo e influências políticas, que perduraram no país durante o período patrimonialista. A Revolução de 1930 representou o marco histórico do aceleração do processo de implementação da burocracia nas práticas administrativas no Brasil, com a instalação do processo de modernização da estrutura e aparelho estatal do país. O governo Vargas estabeleceu mudanças para adequar as práticas administrativas à racionalização burocrática no serviço público, com a padronização, normatização e utilização de mecanismos de controle.

Em 1937, o aparelho do estado teve suas formas e métodos de funcionamento modificados, por meio da criação de órgãos especializados, pela descentralização (empresas estatais). Até 1939, havia sido criados 35 agências estatais; entre 1940 e 1945, surgiram 21 agências, entre empresas estatais, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações (LIMA JUNIOR, 1998 apud).

No governo provisório de Getúlio Vargas se iniciavam as mudanças. Em 1930, foi criada a Comissão Permanente de Padronização (...). A Constituição de 1934 instituiu o princípio do mérito. Em 1935 a criação da Comissão de Econômico-financeira teve por destaque a subcomissão que ficou conhecida como Comissão Nabuco, que teve por objetivo analisar a possibilidade do reajustamento do quadro de serviço público civil (Wahlinch, 1975-10 apud). Como consequência, em 1936, foi promulgada a lei do reajustamento que reclassificou cargos, fixou normas básicas e criou o Conselho Federal do Serviço Público.

O marco da administração burocrática pode ser considerado a criação do Departamento Administrativo do Serviço Público, em 1938. Tendo por finalidade precípua estabelecer políticas para o aprimoramento profissional do funcionalismo civil, com a adoção, por exemplo, da admissão de pessoal por meio de concurso público e o estabelecimento de medidas para sua capacitação.

A implantação do modelo ambicionava promover a efetiva modificação da administração de pessoal, de material e do orçamento, racionalizar os métodos de trabalho e desse modo conseguir modernizar e racionalizar as estruturas administrativas. Foi a primeira tentativa de afastar as práticas patrimonialistas entranhadas no serviço público. Alguns dos instrumentos para essa modificação estrutural foram a centralização, a impessoalidade, a hierarquia, o sistema de mérito e a separação entre o público e o privado.

2.2.1 As reformas administrativas

Em 1956, são formadas duas comissões a Cosb (Comissão de Simplificação da Burocracia) e a Cepa (Comissão de Estudos e Projetos Administrativos). Essas comissões representaram a tentativa de reforma da administração pública. O Cosb teve por meta a promoção de estudos para a implementação da descentralização dos serviços, enquanto a Cepa teria a função de assessoramento nos assuntos afetos aos projetos de reforma administrativa.

“Esse período se caracterizou por uma crescente cisão entre a administração direta, entregue ao clientelismo, e a normas rígidas de controle, e a administração descentralizada dotada de maior autonomia gerencial.” Embora tenha promovido avanços, as práticas clientelistas e a falta de profissionalismo perduraram.

A forma centralizada das atividades administrativas permaneceu durante a Ditadura Militar, com o protagonismo estatal na promoção do desenvolvimento econômico. Em 1967, é implementada a reforma administrativa, durante o governo de Castelo Branco, positivada através do Decreto-Lei nº 200/67. A administração pública foi organizada em administração direta e administração indireta, havendo a descentralização de atividades estatais.

A crise da administração pública burocrática começou ainda no regime militar não apenas porque não foi capaz de extirpar o patrimonialismo que sempre a vitimou, mas também porque esse regime, ao invés de consolidar uma burocracia profissional no país, através da redefinição das carreiras e de um processo sistemático de abertura de concursos públicos para a alta administração, preferiu o caminho mais curto do recrutamento de administradores através das empresas estatais. (PEREIRA, 1996)

A reforma foi tratada como uma espécie de lei orgânica da administração pública com a fixação de princípios, conceitos, estruturas e providências a serem tomadas:

Em primeiro lugar, prescrevia que a administração pública deveria se guiar pelos princípios do planejamento, da coordenação, da descentralização, da delegação de competência e do controle. Em segundo, estabelecia a distinção entre a administração direta — os ministérios e demais órgãos diretamente subordinados ao presidente da República — e a indireta, constituída pelos órgãos descentralizados — autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista. Em terceiro, fixava a estrutura do Poder Executivo federal, indicando os órgãos de assistência imediata do presidente da República e distribuindo os ministérios entre os setores político,

econômico, social, militar e de planejamento, além de apontar os órgãos essenciais comuns aos diversos ministérios. Em quarto, desenhava os sistemas de atividades auxiliares-pessoal, orçamento, estatística, administração financeira, contabilidade e auditoria e serviços gerais. Em quinto, definia as bases do controle externo e interno. Em sexto, indicava diretrizes gerais para um novo plano de classificação de cargos. E finalmente, estatuiu normas de aquisição e contratação de bens e serviços.

As mudanças também almejavam a simplificação das atividades administrativas, com a oferta de serviços voltados a satisfação das necessidades do usuário. O outro objetivo era a diminuição das atividades estatais, através da eliminação de órgãos e entidades consideradas ineficientes. Porém ela não conseguiu corrigir os problemas existentes nas práticas existentes na administração direta e indireta, além de não conseguir promover a profissionalização do seu quadro de pessoal, não logrando êxito em objetivos cruciais.

Entre 1979 e 1982 são implementados programas de reforma que pretendiam realizar a desburocratização e a desestatização de empresas. Sua finalidade era promover formas de executar as atividades administrativas de maneira eficiente e eficaz, além de procurar desenvolver a liberdade empresarial. Assim eram metas do programa de desburocratização:

organização e exploração das atividades econômicas competem preferencialmente à empresa privada, na forma estabelecida na Constituição brasileira. O papel do Estado, no campo econômico, é de caráter suplementar, e visa sobretudo encorajar e apoiar o setor privado; o governo brasileiro está firmemente empenhado em promover a privatização das empresas estatais nos casos em que o controle público se tenha tornado desnecessário ou injustificável; a privatização das empresas estatais, porém, não deverá alcançar nem enfraquecer as entidades que devam ser mantidas sob controle público, seja por motivos de segurança nacional, seja porque tais empresas criem, efetivamente condições favoráveis ao desenvolvimento do próprio setor privado nacional, ou ainda, quando contribuem para assegurar o controle nacional do processo de desenvolvimento (WAHRLICH, 1984, p.54).

2.3 A IMPLEMENTAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO GERENCIAL

A partir da década de 80 a administração pública brasileira passou por uma série de reformas, a partir da inserção do Brasil no processo de Globalização que intensificava pelo mundo. A situação em que o país se encontrava era de crise financeira. O poder público se mostrou incapaz de cumprir com as competências atribuídas pela Constituição de 1988; “Faltava verbas nas áreas de saúde, educação, previdência social, moradia, transporte, segurança; isso para falar apenas nas atividades essenciais.” (DI PIETRO, 2008, p. 28).

Era incontestável a busca por meios de superar os problemas nos quais estavam imersos a nação, através da busca por soluções, novos institutos e inovação. E nesse cenário a Nova Gestão Pública surgiu com o objetivo de promover a eficiência e qualidade da execução dos serviços públicos, mudando o foco das atividades administrativas do atendimento das necessidades da máquina estatal para o atendimento das necessidades dos cidadãos. O modelo

buscou implementar a descentralização, incentivar a competitividade e flexibilizar os modelos contratuais.

Nesse paradigma houve a combinação da utilização de práticas administrativas da iniciativa privada associadas a ideias de estado mínimo e livre mercado. Tal forma de gestão foi adotada com a finalidade de corrigir as disfunções presente nas práticas burocráticas, porém muitas dessas características foram mantidas como a meritocracia e avaliação de desempenho.

buscavam a redução de custos e o aumento da eficiência. Vista como mais eficientes, as práticas do setor privado passam a serem inseridas na administração pública. Em linhas gerais, o gerencialismo tem como principais características: controle por resultados “a posteriori”, maior autonomia e flexibilidade, descentralização, responsabilidade (accountability), orientação para o cidadão, participação social, transparência e eficiência. [...] a administração gerencial moderna, fortemente influenciada pela postura pragmática das megaempresas assim como pela exigência de transparência praticada no mundo anglo-saxônico, desloca o foco de interesse administrativo do Estado para o cidadão, do mesmo modo que, antes, a transição da administração patrimonialista, que caracterizava o absolutismo, para a administração burocrática, já havia deslocado o foco de interesse do Monarca para o Estado. (MOREIRA NETO, 1998, p. 39 apud CAMPELO, 2010, p. 313).

A criação do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado (PDRAE), em 1995 significou a efetivação e o destaque do modelo administrativo gerencial. Segundo Bresser Pereira: os traços marcantes da Administração Pública Gerencial são: o controle de resultados, com base em indicadores de desempenho estabelecidos no contrato de gestão, controle contábil de custos, descentralização e desconcentração das atividades públicas.

Quanto aos princípios preconizados, é possível citar: a impessoalidade e a necessidade do atendimento dos interesses públicos, nesse sentido, os cidadãos passariam a ter participação ativa na condução da coisa pública, fiscalizando e acompanhando as ações governamentais. Resumindo: As atividades do poder público passam a submeter-se às necessidades sociais.

Utilizando ferramentas das instituições privadas, o foco principal passa a ser a qualidade da prestação do serviço público direcionado à satisfação de todos os cidadãos, com enfoque na produtividade. Além disso, as avaliações de desempenho e o seu monitoramento proporcionam a elevação do controle, entrando assim em total contradição com um dos princípios norteadores gerenciais que incentiva a autonomia e flexibilização do gestor de acordo com o contexto social em que está inserido. (SANTOS)

O objetivo almejado pelo governo, com a nova tentativa de modernização do aparato administrativo, foi a diminuição da intervenção estatal nas prestações de serviços à sociedade, numa tentativa de trazer para o setor público as práticas de gestão aplicadas no setor privado. Mas essa transposição de práticas moldadas para esse setor, que possui objetivos diversos dos almejados pelo setor público, trouxe diversas carências no atendimento das necessidades dos cidadãos. O resultado da desenfreada e mal executada mudança da perspectiva do atendimento dos interesses sociais para a tentativa de implementar um Estado liberal no país, fora as

consequências negativas na prestação de serviços à população, ou seja, houve uma excessiva redução da participação estatal na oferta de utilidades públicas à população, o que acabou por afetar a qualidade desses serviços. De acordo com Di Pietro (2008):

a administração pública gerencial emerge na segunda metade do século XX, como resposta, de um lado, à expansão das funções econômicas e sociais do Estado e, de outro, ao desenvolvimento tecnológico e à globalização da economia mundial, uma vez que ambos deixaram à mostra os problemas associados à adoção do modelo anterior. A eficiência da administração pública – a necessidade de restringir custos e aumentar a qualidade dos serviços, tendo o cidadão como beneficiário – torna-se então essencial. A reforma do aparelho do Estado passa a ser orientada predominantemente pelos valores da eficiência e qualidade na prestação de serviços públicos e pelo desenvolvimento de uma cultura gerencial nas organizações.

Assim, como tentativa de solução dos problemas gerados pela adoção do modelo gerencial, foi proposto o modelo denominado Nova Gestão Pública. Nos anos 90 ocorre uma nova atualização da Nova Gestão o PSO- *Public Service Oriented*, que passou considerar a satisfação do usuário cidadão como objetivo principal das atividades administrativas. O modelo priorizava a transparência, *accountability*, equidade, flexibilidade, planejamento estratégico, justiça e participação popular.

Atualmente as práticas gerenciais buscam a igualdade no acesso aos serviços públicos, através do planejamento estratégico das ações, da autonomia gerencial, transparência, foco no cidadão, responsabilidade fiscal, elaboração de indicadores de desempenho e principalmente da avaliação dos resultados. A sociedade civil surge como ator importante na formulação de alternativas aos novos desafios enfrentados pelo Estado, principalmente, através da fiscalização da aplicação dos recursos públicos verificando os quesitos de transparência, eficiência, eficácia, efetividade e ética. Este conjunto de ideias é discutido sob o prisma da chamada “Nova Gestão Pública”. A nova gestão pública pressupõe uma mudança em relação à forma que se busca o alcance dos resultados no âmbito da administração pública, se tornando uma fonte de orientações, métodos e técnicas voltadas ao aperfeiçoamento e modernização da gestão pública.

O modelo foi introduzido no Brasil durante o governo Fernando Collor. Houve a adoção de medidas neoliberais, com o objetivo de diminuir a máquina e gastos públicos. No governo de Fernando Henrique Cardoso, a partir de 1995, iniciou-se a Reforma do Estado, com a criação do Ministério da Administração e Reforma do Estado (MARE), ao qual cabia as diretrizes da reforma administrativa estatal. Houve privatizações, foram criadas agências e a criação da Emenda Constitucional nº 19/98, a emenda da reforma administrativa

Em 1995, o governo de Fernando Henrique começa a efetivar a reforma do Estado, em um contexto de forte crise no país, que teve origem nos anos 80, e se agravou na década de 1990. O cenário era extremamente desfavorável com crise fiscal, social e hiperinflação. Houve o consenso sobre a necessidade de modernização da administração pública.

Como dito anteriormente a Reforma teve início com a criação do MARE. Fernando Henrique nomeia o Ministro José Carlos Bresser Pereira. Este após realizar um diagnóstico sobre a Administração Pública Brasileira apresenta um conjunto de propostas chamado de Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado (PDRAE).

No contexto da elaboração do Plano estava à crise de governança gerada pelo retrocesso burocrático advindo da Constituição de 1988 e a percepção de que o processo de globalização reduzia a importância do Estado. Porém, a ideia de estado mínimo não chegou a ser cogitada, pois a sociedade esperava que o Estado mantivesse a prestação dos serviços existentes, mas cobrava mais eficiência por parte da administração. O Plano Diretor tinha como principal objetivo a implantação do modelo gerencial na administração pública brasileira. (www.nucleodoconhecimento.com.br)

Dentro deste contexto, foi introduzida pela Reforma Administrativa, em consonância com a Constituição Federal de 1988, novas formas de prestação de serviços públicos no ordenamento jurídico. As ações estatais passaram a intentar a implementação de formas de administração as atividades públicas de modo a possibilitar o atendimento ao cidadão, a facilitação do ajuste fiscal e outras ações modernizadoras. A diminuição da atuação estatal seria compensada pela participação da iniciativa privada nos negócios do Estado:

Surge, assim, na seara da administração pública, uma nova alternativa para as contratações com a iniciativa privada, que passa a tomar parte nas decisões e a compartilhar com o Estado os riscos oriundos dessa responsabilidade. As parcerias Público-Privadas (doravante simplesmente denominadas pela sonora e charmosa sigla PPP) foram criadas, então, como uma opção governamental para mitigar o recorrente problema da escassez de recursos públicos. A impossibilidade de o Estado (nas suas três esferas de governo) realizar um volume importante de investimentos em infraestrutura constituiu-se no elemento motivador das PPPs, que se apresentam como alternativa de investimento em contribuição para o aumento do déficit público. Essas parcerias também foram criadas para viabilizar investimentos que, sem a garantia de uma remuneração atrativa por parte do Estado, não seriam feitos pelo setor privado e também para garantir maior eficiência na prestação dos serviços públicos. (FARIAS, 2008)

3 SERVIÇOS PÚBLICOS: COMPLEXIDADE, INDEFINIÇÕES E CRISES DE CONCEITO

Muito se tem afirmado acerca da prestação dos Serviços Públicos pelo Poder Público à população. Diversos são os debates que versam sobre sua qualidade, sobre a obrigatoriedade da sua prestação diretamente pelo Estado, sua importância para a satisfação das necessidades dos indivíduos que compõem a comunidade etc. Enfim a temática é extensa e envolve alguns dos aspectos da vida em sociedade mais importantes. Mas o instituto traz em seu âmago um grande desafio ainda não superado: afinal como definir o que é Serviço Público?

Tão controvertida é a polêmica em torno da expressão Serviço Público que moderno autor francês — JEAN LOUIS DE CORAIL — fazendo exaustivo estudo das metamorfoses por que passou aquela noção e comparando sempre o resultado com o que ocorria, paralelamente, no mundo administrativo francês chegou à conclusão que o que se verificava, de fato, era uma verdadeira crise da noção jurídica do Serviço Público, sendo necessário, pois, abandonar de imediato aquela fugidia e inconstante concepção. Em diferentes alturas de sua monografia, faz o autor francês referências ao assunto, assim resumido no remate da obra: "as conclusões a que chegamos são uma clara condenação dos postulados sobre os quais repousava a doutrina do Serviço Público. As crises sucessivas contribuíram para arruinar uma noção jurídica que, desde a época de seu aparecimento, não lograra convencer de maneira satisfatória. No final deste estudo, cremos poder afirmar que em nosso Direito Administrativo a noção de serviço público não tem mais valor de noção jurídica... A crise da noção do Serviço Público parece confirmar a tradição dos juristas de todos os tempos" u. Para chegar a tal conclusão, JEAN Louis DE CORAIL tomou como ponto de partida a noção de Serviço Público na época em que se achava em pleno apogeu: "Serviço Público é "uma empresa criada pelas autoridades públicas e dotada de meios exorbitantes do direito comum, a fim de satisfazer a uma necessidade de interesse geral".

A doutrina é unânime quanto a dificuldade em se delimitar, com precisão, o conceito de serviço público. As dificuldades com que se deparam os estudiosos deste instituto fundamental para o desenvolvimento das análises que envolvem as atividades estatais voltadas para a população são muitos bem assinaladas por Cretella Junior (1996):

Considerada por alguns como incerta e flutuante, por outros, como não correspondendo, dentro da doutrina que se examina, a um conceito bem delineado, visto ser noção puramente teórica, em desacordo com a realidade, vem constituindo permanente óbice com que lutam quase todos os especialistas da matéria que se esforçam, há muito, para conseguir noção clara e sintética do que se deva entender por Serviço Público.

As dificuldades advêm do fato de lhe ser atribuído diferentes sentidos a depender dos critérios utilizados na articulação dos seus elementos integrantes. Como consequência o instituto, ao longo do tempo tem sido definido de diferentes formas. Segundo Dinorá Grotti (MELLO, 2015 apud GROTTI, XXXX, p. 699):

cada povo diz o que é serviço público em seu sistema jurídico. A qualificação de uma atividade como serviço remete ao plano da concepção do Estado sobre o seu papel. É

o plano da escolha política, que pode estar fixada na Constituição do país, na lei, na jurisprudência e nos costumes vigentes em um dado tempo histórico.

Na França, onde surgiu a Escola de Serviços Públicos, protagonizada pelo publicista francês Leon Duguit, da qual fazia parte, também, Gaston Jèze, Roger Bonnard, Louis Rolland, foi proposta pelo mestre a primeira noção jurídica do instituto. O jurista propôs o afastamento da noção de que o Estado cria o direito, para a de que o Estado está sujeito ao Direito. Para ele, o serviço público fundamenta e limita o poder estatal, que existe e possui poder unicamente para viabilizar a fruição dos serviços públicos imprescindíveis à interdependência da sociedade. A característica fundamental desta teoria é a consideração de todas as atividades do Estado como serviços públicos, sendo essa uma classificação amplíssima do instituto:

Leon Duguit, por exemplo, acompanhado de perto por Roger Bonnard, considerava o serviço público como atividade ou organização, em sentido amplo, abrangendo todas as funções do Estado; ele chegou ao ponto de pretender substituir a noção de soberania pela de serviço público, dizendo que o Estado é uma cooperação de serviços públicos organizados e fiscalizados pelos governantes. Para ele, em torno da noção de serviço público gravita todo o direito público. (DI PIETRO, 2007, p. 282)

A concepção proposta por León Duguit (2005), considerava a noção de Serviço Público a pedra angular do Direito Administrativo, conforme se depreende das suas considerações acerca do tema:

A noção-chave, a ideia central do Direito Administrativo, verdadeiramente capaz de explicar as peculiaridades dos seus institutos e justificar a sua aplicação seria a noção de “Serviço Público”, isto é, de serviços prestados à coletividade pelo Estado, por serem indispensáveis à coexistência social.
O Estado é senão um conjunto de “Serviços Públicos” e aduzia: “nisso se resume a minha Teoria de Estado.”

O conceito de Serviço Público desdobrava-se em uma atividade ou organização a cargo da coletividade, com a finalidade de satisfazer suas necessidades. Essas atividades deveriam, ainda, estender-se aos serviços administrativos. Articulada com a concepção política do Estado do Bem-estar Social a noção de Duguit (2005) pretende que a concepção de serviços públicos articula-se à obrigação do Estado em executar os direitos social, promovendo, assim, os interesses da coletividade e o fomento à solidariedade.

Alguns doutrinadores brasileiros adotaram conceito amplo defendido pela Escola de Serviços Públicos, a exemplo de José Cretella Júnior (1966). Para o autor serviço público é: “toda atividade que o Estado exerce, direta ou indiretamente, para a satisfação das necessidades públicas mediante procedimento típico do direito público”.

Outro grande mestre do direito administrativo que utiliza a noção ampla é Hely Lopes Meirelles (2007, p. 319). Na concepção do autor serviço público seria “todo aquele prestado

pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade, ou simples conveniências do Estado”.

Ressalte-se que o conceito é menos amplo que o Cretella Júnior, vez que a referência é feita à Administração Pública, excluindo as demais funções estatais, mas ainda é amplo por diferenciar poder de polícia dos serviços públicos, todavia inclui todas as atividades da Administração. Odete Medauar (2014, p. 313) também utiliza o sentido amplo de serviço público, que abrange inclusive as atividades dos demais poderes, apresentando a seguinte ressalva:

como um capítulo do direito administrativo, diz respeito a atividade realizada no âmbito das atribuições da Administração Pública, inserida no Executivo e acrescenta que o serviço público refere-se a **atividade prestacional**, em que o poder público propicia algo necessário à vida coletiva, como, por exemplo, água, energia elétrica, transporte urbano.

Edmir Netto de Araújo (2010, p. 123) refere-se ao conceito amplo, segundo ele, adotado por boa parte da doutrina estrangeira e brasileira. Nesse sentido, serviço público “é toda atividade exercida pelo Estado, através de seus Poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário) para a realização direta ou indireta de suas finalidades”

Di Pietro (2007, p.352), propõe três aspectos que podem ser ressaltados na elaboração dos conceitos de serviço público, e que são adotados pelas correntes doutrinárias mais relevantes. A primeira corrente conceitua os serviços públicos como aqueles prestados por órgãos públicos ressaltando o elemento subjetivo na sua formação conceitual. Para a segunda corrente, é serviço público aquele cujo regime disciplinador é o do direito público, ou seja, são caracterizados pelo elemento formal. Por último, existe a corrente doutrinária que considera o critério material, sendo abrangidas pelo conceito as atividades que têm por objetivo o atendimento das necessidades essenciais dos cidadãos.

Há também a forma de conceituação que leva em consideração a amplitude das atividades que são abrangidas pelo conceito, combinadas com seus elementos constitutivos.

Não é tarefa fácil definir serviço público, pois a sua noção sofreu alterações consideráveis transformações no decurso do tempo, quer no que diz respeito aos seus elementos constitutivos, quer no que concerne a sua abrangência. Alguns autores adotam o **conceito amplo**, enquanto outros preferem um **conceito restrito**. Nas duas hipóteses, combinam-se, em geral três elementos para a sua definição: o **material** (atividades de interesse coletivo), o **subjetivo** (presença do Estado) e o **formal** (procedimento do direito público) (DI PIETRO, 2007, p, 365).

Após apresentar a forma como os elementos constitutivos do conceito de serviço público são combinados, nas variadas doutrinas, a autora apresenta a sua definição para o Serviço Público: “será considerado serviço público toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer

concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente de direito público.”

Carvalho Filho (2015), combina dois elementos: o material e o elemento subjetivo, na sua conceituação:

A expressão serviço público admite dois sentidos fundamentais: um *subjetivo* e outro *objetivo*. No primeiro, levam-se em conta os órgãos do Estado, responsáveis pela execução das atividades voltadas à coletividade. Nesse sentido, são serviços públicos, por exemplo, um órgão de fiscalização tributária e uma autarquia previdenciária. No sentido *objetivo*, porém, serviço público é a atividade em si, prestada pelo Estado e seus agentes. Aqui no abstraímos da noção de quem executa a atividade para nos prendermos à ideia da própria atividade.

3.1 PRINCÍPIOS DO SERVIÇO PÚBLICO

Levando-se em consideração a importância que os Serviços Públicos representam para a sociedade, e o fato de que todas as atividades executadas pelo poder público devem ser executadas em consonância com os princípios do direito administrativo, que se irradiam por todo o sistema, essas diretrizes devem ser sempre observadas nas ações da administração pública. A não obediência do que prevê essas verdadeiras réguas de controle das ações do poder público implica na prática de ato eivado de ilegalidade. Nas palavras de Rodolfo Luis Vigo essas normas representam:

(...) um direito que não define nem hipótese nem consequência (...) os “princípios” se tornam mandamentos de otimização (*Alexy*) enquanto determinam a melhor conduta possível de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas. Os “princípios” são direito concentrado que pode ser expressado e justificar diferentes “normas”. (VIGO, apud RIVERA, 2016, p.18)

Os princípios do direito administrativo devem nortear às normas presentes na elaboração e execução dos contratos de concessão, visto que as atividades deles objetos são de titularidade pública. Entretanto, além de tais normas gerais, existem os princípios específicos que levam em consideração as particularidades do instituto. A não obediência desses preceitos implica ato eivado de ilegalidade.

Ainda que não haja consenso entre os autores sobre quais são os princípios inerentes aos Serviços Público, existem aqueles mais aceitos pela maioria deles, podendo serem citados os princípios da Universalidade, da Adaptabilidade, o da Permanência, Continuidade, Uniformidade, Legalidade, Obrigatoriedade e Gratuidade (RIVERA,2016). Entretanto, o art. 6º, § 1º da lei que regulamenta as concessões, positiva os princípios considerados imprescindíveis à adequação das prestações executadas pelos concessionários:

“Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação do serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta lei, nas normas pertinentes e

no respectivo contrato”. Em consonância com o § 1º, “serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas. (DI PIETRO2008, p 456. xx)

No que concerne aos Serviços Públicos, tem-se o grupo de princípio que estão diretamente vinculados ao resultado positivo da sua execução. Assim, indispensável se torna a sua observação, ressaltando-se sempre a obrigatoriedade do respeito aos demais princípios prescritos pelo ordenamento jurídico de maneira mais ampla. Então, podem ser citados como norma que impacta de maneira mais contundente as prestações governamentais tem-se os princípios da continuidade se refere à impossibilidade da interrupção da execução das atividades objeto da concessão pela empresa concessionária, excetuando-se previsões estabelecida na lei ou no contrato.

Já o princípio da mutabilidade, que deve ser obedecido tanto pelo concessionário quanto pelos usuários dos serviços. estabelece que as normas regulamentares do contrato de concessão podem ser modificadas unilateralmente pela Administração Pública quando houver necessidade em razão da proteção aos interesses públicos. tal possibilidade pode atingir os interesses dos usuários ou dos concessionários, não havendo direito adquirido quanto ao regime jurídico que predominou quando da assinatura do contrato. No entanto, tal mudança exige uma adequada motivação por parte do poder público.

O princípio da modicidade é aquele que talvez mais fortemente impacte sobre as concessões de serviços públicos. Ele estabelece que o valor a ser pago pelos usuários das prestações ofertadas pelas concessionárias deverá ter o menor valor possível. Isto porque a função precípua desta norma é possibilitar a universalização do acesso ao serviço pelos populares. Infere-se que a margem de lucro advinda da remuneração a partir desta fonte deverá ser a menor possível, não permitindo grandes margens de lucro para o prestador da atividade.

Porém, a legislação prevê fontes alternativas de remuneração, de modo a compensar essa diminuição da margem de lucro da concessionária. O valor da tarifa possui tanta relevância na oferta de serviços à população que seu valor é utilizado como critério de determinação da empresa ou consórcio vencedor da licitação para essa modalidade delegação. Nas palavras de Alexandre Mazza:

Tal princípio é um instrumento para atender á universalidade na medida em que, quanto menor o valor exigido, maior a quantidade de usuários beneficiados pela prestação. Com o objetivo de reduzirão máximo o valor da tarifa cobrada do usuário, o legislador brasileiro prevê alguns mecanismos especiais, como a existência de fontes alternativas de remuneração do prestador (exemplo: espaço publicitários explorados pelos concessionários ao lado da rodovia). (MAZZA, 2015, p. 607).

Um outro importante princípio, que deve ser obedecido na execução das prestações públicas, é o princípio da universalidade, ou princípio da igualdade. Essa norma exige que os prestadores de serviços públicos ofereçam as condições necessárias para que os usuários dos serviços possam usufruir das comodidades de maneira isonômica. Esse é o fundamento para que se exija das concessionárias a proporção de meios facilitadores aos usuários em condições diferenciadas para que possam usufruir das utilidades públicas.

A emenda constitucional nº 19 acrescentou ao *caput* do art. 37 da Constituição Federal, que trata dos princípios da administração pública, o princípio da eficiência, segundo o qual as atividades realizadas pela Administração Pública deverão buscar a excelência na sua prestação à população. Dessa maneira, a norma deve ser entendida como um dever dos órgãos e entidades pública em prestar serviços público com qualidade e quantidade suficiente. Conforme as lições de Bandeira de Mello:

o dever de eficiência impõe aos agentes público a obrigação de prestar as atividades vinculadas as suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento funcional. Ele também considerava esse o mais moderno princípio da função administrativa, que além de respeitar os preceitos legais devem apresentar resultados positivos e satisfatório no atendimento das necessidades dos usuários da comunidade”. (MEIRELLES, 1997, p. 90)

Nesse sentido, torna-se obrigação da Administração Pública instrumentalizar a máquina para que as prestações entregues à população sejam os mais modernos e produtivos possível, levando-se em consideração a satisfação dos cidadãos, clientes dos serviços ofertados. De acordo com Carvalho Filho (2015, p. 32):

O princípio da eficiência não alcança apenas os serviços públicos prestados diretamente à coletividade. Ao contrário, deve ser observado também em relação aos serviços administrativos internos das pessoas federativas e das pessoas e elas vinculadas. Significa que a Administração deve recorrer à moderna tecnologia e aso métodos hoje adotados para obter a qualidade total da execução das atividades a seu cargo, criando, inclusive, novo organograma em que se destaquem as funções gerencias e a competência dos agentes que devem exercê-las.

Bandeira de Mello (2010, p. 27) assinala que o princípio da eficiência deve ter sua aplicação vinculada aos preceitos estabelecidos pelo princípio constitucional da legalidade que determina que a ações da administração pública devem obedecer aos ditames da lei. O princípio da eficiência significa o desenvolvimento das atividades administrativas da maneira congruente, oportuna e adequada aos interesses públicos, através da escolha dos melhores meios, das melhores oportunidades e na busca da solução mais adequada

O princípio em análise apresenta dois aspectos, um deles leva em conta a conduta do agente público, ou seja, a expectativa de que este a exerça da melhor forma possível buscando os melhores resultado. O outro irá considerar a organização, a estrutura e a disciplina dentro da

Administração Pública, sempre na busca dos melhores resultados na prestação dos serviços públicos. (DI PIETRO, 2007)

3.2 CLASSIFICAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS

A complexidade quanto a determinação do conceito de Serviço Público estende-se à forma como o instituto pode ser agrupado em categorias com características semelhantes. Comumente Pode-se adotar os três critérios mais utilizados para classificá-los: o critério orgânico, o critério funcional e o critério jurídico. O critério orgânico ressalta o ente ou pessoa que executa o serviço público. As diferenças entre os tipos de prestações públicas são feitas a partir do sujeito prestador do serviço. Quando o critério utilizado é o funcional, leva-se em consideração o fato de a prestação da atividade ser ou não executada pelo poder estatal. Por último existe o critério jurídico no qual se ressaltada o fato de a prestação ser submetida a regime jurídica próprio dos serviços públicos.

Existem outras classificações possíveis que podem ser feitas considerando-se: o perfil dos usuários, o exercício da autoridade, o seu aproveitamento, sua importância, à necessidade de sua cobrança de tarifas, a intensidade da concorrência econômica, a titularidade, quanto ao prestador etc. (RIVERA, 2016, p. 86). Jorge Fernández Ruiz separa tais atividades governamentais em duas categorias gerais a partir das quais partem as demais categorias, enquanto ramificações dos dois grandes grupos. Assim, entende-se que há uma divisão geral em serviço público “próprio” ou “impróprios”.

Os serviços públicos classificados como próprios são aqueles que receberam essa designação por determinação do legislador por serem atividades voltadas à satisfação de necessidades sociais. O traço que marca esses tipos de atividades é o fato destas serem desempenhadas pelos Estados por determinação Constitucional. De outra feita, os serviços públicos impróprio, assim como os próprios, são voltados para o oferecimento de soluções às necessidades sociais. O traço que os diferenciam é o fato de não serem prestados pelo Poder Público:

não se trata, assim, de uma condição ou distinção dependente da natureza ou técnica do serviço, posto que no momento que o Estado julga chegado o momento de prestar diretamente ou por concessão um serviço público até o impróprio- por considerar que tal serviço é de interesse geral-, isso já o torna próprio (RIVERA, 2016, p. 83).

A classificação adotada pelo jurista Carvalho Filho (2015) baseia-se no critério da possibilidade ou não de transferência da execução da prestação públicas ao particular. Os são

divididos em Serviços delegáveis, que são os que podem ser executados pelo por particulares, por determinação legal, a exemplo dos serviços de transporte coletivo. Enquanto os serviços indelegáveis são os que só podem ser prestados pelo Estado diretamente, a exemplo dos serviços de defesa nacional e segurança interna.

Contudo, interessante observar que alguns serviços delegáveis são prestados pelo Estado devido simplesmente a uma escolha política, contrastando com os indelegáveis, este sim, insuscetíveis de delegação ao setor privado. Essa classificação, apesar de algumas particularidades, corresponde à classificação de Serviços Próprios e Serviços Impróprios.

O aspecto da essencialidade, apontada por eminentes publicistas, apresenta-se em nosso entender, com linhas de certo modo imprecisas. A essencialidade resulta do reclamo social para atividades reputadas básicas para a coletividade, mas tal caracterização não diz respeito à delegabilidade ou não do serviço. Há serviços públicos essenciais que são delegáveis a particulares, e nada o impede que o sejam, desde que o Poder Público não se abstenha de controlá-los e fiscalizá-los. (CARVALHO FILHO, 2015, p. 340)

Uma outra forma de classificar os serviços públicos proposta pelo autor considera quem são os seus destinatários. Assim, os serviços coletivos são destinados a uma quantidade indeterminada de cidadãos. Enquanto os serviços singulares voltam-se a indivíduos, com a possibilidade de quantificação do uso feito por cada pessoa.

Os primeiros são prestados de acordo com as conveniências e possibilidades administrativas e, desse modo, não têm os indivíduos direitos subjetivos próprio para a sua obtenção, muito embora possam suas associações mostrar à Administração a necessidade de serem atendidos. Os serviços singulares, ao revés, criam direitos subjetivos quando o indivíduo se mostra em condições técnicas de recebê-los. Se o serviço é prestado a outro que esteja na mesma situação jurídica, pode o interessado pleitear que a prestação também o alcance. (CARVALHO FILHO, 2015, p. 341).

Os serviços públicos podem também ser classificados como administrativos ou de utilidade pública. Os serviços administrativos, apesar de diretamente voltados à organização interna das atividades estatais têm seus efeitos voltados para a fruição de utilidades pela coletividade. Os serviços administrativos são utilizados pela Administração Pública para organizar as ações que serão necessárias à efetivação das prestações necessárias á fruição dos direitos fundamentais pela população. Sendo necessárias, também, à ofertar os meios necessários à efetividade de outros direitos afetados ao princípio da dignidade, que irradia sua influência por todo ordenamento jurídico, proporcionando boas condições de vida à população. Já os serviços de utilidade públicas são diretamente voltados à satisfação das necessidades sociais.

Por fim, contudo, sem esgotar o tema, as prestações estatais podem ser agrupadas em serviços sociais e serviços econômicos. Os serviços sociais são realizados para a satisfação das necessidades dos cidadãos pelo Estado. São atendidas por essas atividades necessidades básicas

ou que representem uma comodidade, uma atividade de assistência ou protetiva. Por outro lado, os serviços econômicos que estão enquadrados na categoria serviços públicos, porém são voltados à obtenção de lucro, apresentando características empresariais.

3.3 SERVIÇOS PÚBLICOS E DEMAIS FUNÇÕES ESTATAIS

Ao Estado são atribuídas funções outras, além da oferta prestações voltadas às comodidades necessárias à vida da população. Um bom exemplo são as atividades decorrentes do poder de polícia. O poder de polícia permite ao Estado o condicionamento, a limitação da liberdade e da propriedade na execução de atividades por parte dos cidadãos; evitando que seu exercício entre em colisão com os interesses sociais. Disso decorre que algumas atividades para serem exercidas, por particulares, precisarão de licenças, autorizações ou outorga. Como forma efetivação do controle das atividades, a Administração realiza ações preventivas, fiscalizadoras ou repressivas. (MELLO, 2015).

O fundamento para a necessidade do uso do Poder de Polícia pela Administração advém da necessidade de adequação entre os preceitos legais prescritos para o desempenho das atividades sobre as quais este incide e a concreta adequação da sua execução por àqueles que as desempenham. Ou mesmo a Administração Pública pode considerar discricionariamente a utilidade pública do uso desse tipo de controle. Importante atentar para o fato de que nem toda atividade econômica realizada por particular está sujeita ao consentimento do poder público para a sua execução, bastando, apenas, que se compatibilizem com os interesses da sociedade:

Enquanto o serviço público visa a *ofertar* ao administrado uma utilidade, *ampliando*, assim, o seu desfrute de comodidades, mediante *prestações* feitas em prol de cada qual, o poder de polícia, inversamente (conquanto para a proteção do interesse de todos), visa *restringir, limitar, condicionar*, as possibilidades de sua atuação livre, exatamente para que seja possível um bom convívio social. Então, a polícia administrativa constitui-se em uma atividade orientada para a *contenção* dos comportamentos dos administrados, ao passo que o serviço público, muito ao contrário, orienta-se para a *atribuição* aos administrados de comodidades e utilidades materiais. (MELLO, 2015, p. 712)

A expressão também é utilizada para designar as atividades industriais e comerciais desempenhadas pelo Estado, dispostas no art. nº 173 da CF. São atividades regulamentadas pelo regime de direito privado, não possuem os atributos caracterizadores dos serviços públicos, mas que, todavia, são atribuídas constitucionalmente ao poder público em caráter excepcional, por questão de segurança nacional ou porque são de relevante interesse coletivo: “Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade

econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.” (BRASIL, 1988)

Existem ainda as atividades exercidas pelos particulares que por força de lei, precisam de autorização de órgãos públicos para serem exercidas. São exceção à regra da livre execução de das atividades econômicas. Conforme o Art. 170 da CF: “é assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independente de autorização de órgãos públicos, salvo nos **casos previstos em lei**” (BRASIL, 1988, grifos nossos).

3.4 TITULARIDADE DOS SERVIÇOS PÚBLICOS

3.4.1 Competências para a Execução dos Serviços Públicos

O plexo de atividades desenvolvidas pelas entidades e órgãos governamentais ainda é bastante amplo, a despeito das medidas tomadas nas últimas Reformas realizadas no aparelho administrativo, na tentativa de retirar do Estado a incumbência do desempenho de prestações de serviços. No que concerne à organização dessas prestações, a Constituição Federal estabelece, expressamente e de forma não exaustiva a repartição das competências para realização dos serviços entre os membros da federação. Essa divisão estabelecida na Carta Magna confere aos entes federativos, parcelas competências públicas. em simultaneidade com as atividades de competência comum. Conforme pertinente afirmação de Alexandre Mazza (2015):

O serviço público só pode, por definição, ser titularizado por pessoa jurídica do direito público. Assim, observada a repartição de competência determinada pela Constituição e pelo legislador a titularidade de serviços públicos somente pode ser atribuída à União, Estados, Distrito Federal, Municípios, Territórios, autarquias, associações públicas ou fundações públicas.

As competências atribuídas aos membros da federação deverão ser exercidas de maneira privativa ou de forma comum. Podem ser citados, a título exemplificativo, exemplos de atribuições conferidas a cada membro federativo. Os serviços de emissão de moedas, o serviço postal, polícia marítima e aérea que são atribuídos de forma privativa à União. Conforme previsto no (art. 21, VII, X e XXII, CF); enquanto o serviço de distribuição de gás canalizado é privativo dos Estados (art. 25, § 2º, CF); tem-se, também, a arrecadação de tributos municipais e transporte coletivo intramunicipal conferidos aos municípios (art.30, III, e V, CF). Quanto aos serviços comuns, o art. 23, referindo-lhe expressamente a competência à União, aos

Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios (MELLO, 2015, p. 342). Alexandre Mazza (2015, p. 605)) cita prestações sua positivação presente na Constituição:

Cabe lembrar que existem serviços públicos de **titularidade comum** entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios como saúde, educação, previdência social e assistência social. Tais serviços chamados ainda de serviços sociais também, **podem ser prestados por particulares** mediante autorização estatal. Porém serão considerados serviços públicos propriamente ditos quando prestados pelo Estado.

Ainda que apresente uma vasta lista de atividades titularizadas pelos entes estatais, quis o legislador possibilitar que uma vasta gama de serviços públicos pudesse ter sua execução atribuída a particulares, retirando do encargo da Administração Pública a execução de uma grande quantidade de atividades, mantendo, contudo, a titularidade estatal. Segundo Bandeira de Mello:

Com efeito, cumpre distinguir, de um lado, os serviços públicos privativos do Estado – que são os referidos no art. 21, XI, XII, bem como quaisquer outros cujo exercício supunha necessariamente a prática de atos de império, os devem ser prestados pela União, diretamente mediante *autorização, concessão ou permissão* – e, de outro lado, os *serviços públicos não privativos do Estado*. Nesta última categoria ingressam os serviços que o Estado deve desempenhar, imprimindo-lhes regime de Direito Público, sem, entretanto, proscrever a livre iniciativa do ramo de atividades em que se inserem. Aos particulares é lícito desempenhá-los, independentemente de concessão. (MELLO, 2015, p. 715)

3.5 DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS

3.5.1 Serviços Públicos e as Atividades Privadas Regulamentadas

O aumento da carência por serviços sociais, por parte da comunidade, passou a pressionar o Poder Público para que aumentasse a oferta de utilidades públicas para a população. Como forma de permitir a sua maior oferta o Estado passou a utilizar-se do instrumento da delegação para permitir que particulares oferecessem os serviços que a administração pública já não era capaz de ofertar:

A demanda, cada vez maior de comodidades e utilidades públicas por parte dos administrados e a constante assunção do Estado a atividades antes da responsabilidade dos particulares, aliadas à falta de recursos públicos têm tornado menos operantes os esforços diretos da Administração Pública para propiciar à coletividade bons serviços ou serviços adequados, como quer a Lei federal n. 8.987/95, chamada de Leis das Concessões e Permissões de Serviços Públicos. Embora seja assim, essa é a regra (Diógenes Gasparini, 2015, p. 283)ale

Cabe regularmente ressaltar que a titularidade dessas prestações continua a pertencer ao Estado. O que se transfere, nos casos em que se fazem adequadas ao interesse público, é a execução pelo particular através do instrumento da delegação. Existe, além disso, a possibilidade de o próprio Estado executar diretamente a atividade. Tais são os casos de

prestação direta dos Serviços Públicos pela Administração Pública. (ALEXANDRINO; PAULO, 2011).

Merece explanação a diferença entre a titularidade do Serviço Público (atributo estatal) e sua execução, que pode ser concedida a agentes externos à administração pública nas circunstâncias legalmente permitidas. Quando se concretiza essa hipótese haverá controle e fiscalização estatal das prestações entregues pelos particulares. O entendimento do jurista Celso Bandeira de Mello (2015) corrobora tal significado da titularidade e execução dos Serviços Públicos:

O fato de o Estado (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) ser titular de serviços públicos, ou seja, de ser o sujeito que detém a “senhoria” sobre eles (a qual, de resto, é, antes de tudo, um dever em relação aos serviços que a Constituição ou as leis puseram ou venham a pôr a seu encargo) não significa que deva obrigatoriamente *prestá-los* por si ou por criatura sua quando detenha a titularidade exclusiva do serviço.

É no mesmo sentido o entendimento de CARVALHO, xxxx no que se refere à possibilidade da transferência da execução da atividade voltada à sociedade para a iniciativa privada:

Os serviços delegáveis podem ser executados pelo Estado ou por particulares, em decorrência da sua natureza ou porque assim o determinou o ordenamento jurídico. Enquanto os serviços indelegáveis caracterizam-se por de serem exclusivamente prestado pelo Estado de forma direta ou por suas entidades indiretas, preceito decorrente das diretrizes políticas ou administrativa estatais. (CARVALHO FILHO, 2015)

As hipóteses de delegação de serviços públicos estão previstas em lei qual, e só serão possíveis após a verificação do adequado preenchimento de requisitos normativos, excetuando-se os casos em que seja possível a escolha discricionária pela Administração Pública em conceder a delegação, sempre respeitando-se os interesses públicos, sem descuidar da imprescindível fiscalização quanto a obediência aos preceitos normativos por parte dos delegatários. Dispositivo legal. “Em qualquer caso, se as atividades particulares vierem a se desenvolver de modo desconforme com as normas legais, a Administração, nos termos da lei, reprimirá a agressão à norma, através de multas, embargos e interdições.” (MELLO, 2015, p. 712)

Visando a um interesse público, os serviços públicos se incluem como um dos objetivos do Estado. É por isso que são eles criados e regulamentados pelo Poder Público, a quem também incumbe a fiscalização. É claro que as relações sociais e econômicas modernas permitem que o Estado delegue a particulares a execução de certos serviços públicos. No entanto, essa delegação não descaracteriza o serviço como público, vez que o Estado sempre reserva o poder jurídico de regulamentar, alterar e controlar o serviço. Não é por outra razão que a Constituição atual dispõe no sentido de que é ao Poder Público que incumbe a prestação dos serviços públicos. (CARVALHO, 2015, p. 337)

3.5.2 Formas de delegação de Serviços Públicos: Permissão, Concessão e Autorização

Com o intuito de disciplina os institutos previstos na Carta Magna, a saber: as permissões, concessões, em 13 de fevereiro de 1995 foi promulgada a Lei 8.987/95. As autorizações possuem regramento no constitucional. O diploma legal das permissões e concessões desempenhou importante papel nas reformas colocadas em práticas pelo Estado ao dispor sobre as principais normas necessárias à delegação da execução de serviços públicos à iniciativa privada.

A Administração Pública, sempre que deseja transferir a execução de certa atividade ou serviço público que lhe foi outorgado pelo ordenamento jurídico, utiliza-se de pessoas jurídicas. Tais pessoas são criadas, nos moldes do Direito Privado, pelos particulares (sociedade civil, comercial ou industrial) ou pela Administração Pública (empresa pública, sociedade de economia mista). Aquelas criadas pelos particulares são permissionárias ou concessionárias de serviço público, conforme os termos e condições respectivo contrato. (GASPARINI, 2015. p. 296)

3.5.2.1 Autorizações

A autorização, classifica-se juridicamente como um ato administrativo através do qual a Administração Pública consente que o particular exerça uma atividade ou que utilize um bem público para satisfação das suas próprias necessidades (CARVALHO, 2015, p. 151). É um ato administrativo precário e discricionário. As atividades que precisam de autorização podem ser exercidas pelo particular, entretanto, deverão ser fiscalizadas e controladas pelo Poder de Polícia da Administração Pública. Cumpre ressaltar que a possibilidade da sua execução estará condicionada à adequação ao interesse público.

Na doutrina, a autorização aparece como uma das formas de delegação de serviços públicos. Segundo Di Pietro, o sentido dado às autorizações como ato administrativo que concede a prestação de um serviço ao particular é de:

Ato unilateral e discricionário pelo qual a Administração faculta ao particular o desempenho de atividade material ou prática de ato que, sem esse consentimento, seriam legalmente proibidos. Trata-se da autorização como ato praticado no exercício do poder de polícia. O Art. 21, VI, determina ser da competência da União autorizar e fiscalizar a produção e o comércio de material bélico. (DI PIETRO, 2007, p.134).

Percebe-se que a autorização para prestação de serviços públicos ocorre no caso da atividade na qual prevalece o interesse privado. Assim, seria a situação de produção de energia elétrica para uso próprio constante do art. 10, da Lei nº 9.074/95.

O art. 3º da lei nº 12.966/2014 previu a possibilidade de prestação regular dos serviços de transportes coletivos interestaduais e internacional sob regime de autorização, sem licitação.

Para interpretar a autorização para delegação da prestação de serviço público há os que advogam no sentido de que a concessão e permissão seriam hipóteses onde se possa cogitar de monopólio natural.

3.5.2.2 *Permissões*

Permissão é uma das modalidades delegação que o poder público utiliza para transferir ao particular a prestação de serviços que fazem parte das suas atribuições não exclusivas, a sua outorga é realizada por meio de procedimento licitatório. O parceiro privado que assume essa forma de prestação de serviços público deverá ser remunerado por meio da cobrança de tarifas pagas pelos usuários. As permissões têm como importante característica a sua precariedade contratual. Essa característica confere à da Administração Pública maior flexibilidade na quebra contratual com o permissionário, quando tal medida se fizer necessária ao atendimento dos interesses públicos, estabelecendo a Lei 8.987/95 a possibilidade de revogação da delegação de forma unilateral-

De acordo com as lições de Bandeira de Mello, o conceito de permissão vem se desgastando e perdendo os seus contornos. Para ele existe imprecisão técnica na classificação do instituto no parágrafo único, inciso I, do Art.175 da Constituição Federal. A doutrina majoritária se posiciona no sentido de que as permissões são conceituadas como ato precário, *intuiti personae*, cuja utilidade é possibilitar ao poder público a transferência ao particular da execução de prestações públicas por de outorga, através de licitação, podendo ser gratuita ou onerosa, ou seja, pode-se exigir do permissionário pagamentos como forma de contraprestação ou não.

As permissões são institutos de repasse das atividades estatais para particulares, quando não houver necessidade de grandes investimentos financeiros por parte dos permissionários, e possibilidade de fácil mobilidade dos equipamentos utilizados sem a necessidade de implantação física de aparelhamento de adesão ao solo. Elas tornaram-se atrativas para o particular por haver a perspectiva de os riscos assumidos pelos permissionários serem compensados pela grande rentabilidade do serviço.

Para alguns, a precariedade das permissões representa para o poder permitente a possibilidade de estabelecer alterações ou encerrar a permissão a partir da necessidade exigida pelo interesse público, o que torna o instituto menos complexo em relação aos custos e procedimentos necessários à sua dissolução (MELLO, 2016, p. 788).

3.5.2.3 Concessões de Serviços Públicos: aspectos gerais

As concessões são institutos jurídicos através dos quais o Estado atribui ao particular a execução de um serviço público, que será prestado por sua conta e risco, e em condições unilateralmente estabelecidas pela Administração Pública. No entanto será preservada a garantia, em contrato, da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro e sua remuneração ocorrerá através das tarifas cobradas dos usuários. Nas palavras de Bandeira de Mello:

Concessão é o instituto jurídico através do qual o Estado atribui o *exercício* de um serviço a alguém que aceita 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.

Várias são as teorias que procuram estabelecer qual a natureza jurídica das concessões. A exemplo da Teoria Unilateral, da Bilateral ou Contratual e a Teoria Mista. Dentre as concepções unilaterais:

podemos mencionar, em primeiro lugar, aquela, de origem germânica, que a tem por ato unilateral de soberania. Entende que o objeto da concessão, serviço público, está fora do comércio, e constitui exercício do poder de império. Prende-se também à ideia de inexistência de contrato nas relações 'entre o poder público e os particulares. Outros, na linha da mesma corrente doutrinária, julgam mais acertado haver-se a concessão como resultante de dois atos unilaterais, uma vez que se não pode desconhecer a manifesta intervenção da vontade da outra parte na constituição do negócio. O que ocorre, para os partidários desta concepção, é o encontro de duas vontades diversas, de um lado um ato administrativo e, de outro, um ato de direito privado. Mas essas vontades não se integram, dado que são de natureza diversa.

Por último, impende citar a Teoria Mista do Contrato que considera a concessão um contrato de direito privado, influenciado por preceitos de direito público. A teoria da concessão enquanto contrato público difundiu-se com grande aceitação. Para aqueles que defendem o instituto da concessão enquanto contrato são elementos que ressaltam essa concepção:

Os contratualistas se baseavam na ideia de que, nesses acordos, o Estado se submetia ao Direito Privado. O contrato da Administração com o particular é atividade *iure gestionis*. Quando o poder público contrata — e onde há acordo de vontades há contrato — equipara-se ao particular. Não é aceitável esta teoria, porque é difícil admitir a regência do direito privado na organização e funcionamento de um serviço público como é a concessão, e a disciplina, por esse ramo jurídico, dos poderes que a delegação envolve em favor do concessionário, como os de desapropriação, isenções tributárias e exercício de poder de polícia especial.

Já a concepção moderna de concessão a considera um ato complexo misto, em que se conjugam uma parte contratual com outra parte regulamentar:

Muito difundida é esta teoria, inclusive entre nós. Parte de um conceito mais genérico de contrato, entendendo que as peculiaridades que apresenta a concessão, e que a diversificam dos contratos privados é que dela fazem um contrato disciplinado pelo direito administrativo. Consideram a concessão contrato, porque os elementos gerais constitutivos da noção de contrato nela se integram. Eis como resume a teoria do

contrato de direito público o seu mais ilustre partidário entre nós: "Para os partidários desta corrente, a concessão é contrato, porque os elementos constitutivos desta figura jurídica nela se integram. Mas esse contrato, por sua finalidade, pelo seu objeto, pela natureza das relações que estabelece, não se subordina às normas do direito privado. Pelo contrário, está submetido à regência integral do direito público.

Analisando-se a natureza jurídica das concessões tem-se que esta é de relação jurídica complexa, composta por um ato regulamentar do Estado, e por cláusulas contratuais. O ato-condição irá fixar as condições de funcionamento, de organização e modo de prestação do serviço, de forma unilateral pela Administração Pública. O concessionário se submete voluntariamente a esta situação jurídica:

A regulamentação do instituto abrange o modo de execução do serviço e as utilidades aferidas pelos usuários. Assim, seus elementos integrantes são: as disposições relativas à organização, ao funcionamento do serviço, ao prazo da concessão e às tarifas que serão cobradas, isto é parte mutável na concessão por ato exclusivo do Estado. (MELLO, 2016, p. 741).

No que concerne à sua forma de remuneração, está se dá por meio da cobrança de tarifas dos usuários que é a maior fonte de recursos financeiros para os concessionários. Entretanto poderá ocorrer subsídios por parte do poder concedente, além da possibilidade de existência de fontes alternativas de receita.

Essa modalidade de delegação de serviço público consiste na criação de um direito em favor de um particular para que este, em substituição ao Poder Público, preste o serviço público, em troca de uma contraprestação em dinheiro ou em espécie, com todo o procedimento regulamenta por normas de Direito Público (RIVERA, 2021). Pode-se destacar um aspecto trazido pelo autor que classifica a concessão enquanto um benefício para o concessionário, uma forma de obtenção de ganhos e um direito ao exercício de um empreendimento. Tais variações conceituais são bem explanadas por Miguel Acosta Romero (2006, p. 100):

O conceito de concessão tem apresentado diversas variantes, tanto na doutrina, quanto na prática administrativa dos Estados(...) varia de acordo com as tendências que possam ser apreciadas na atividade do Estado; em um estado liberal, a concessão aparecerá como um contrato, e outorgará ao particular determinados privilégios, em um Estado intervencionista, ou em um Estado tendente ao socialismo, a concessão não será um contrato, mas um ato administrativo e paulatinamente será restrito o regime de concessão para que o Estado se encarregue de atividades que em outros Estados e em outras épocas eram reconhecidas como parte da esfera de atividade dos particulares.

3.5.2.3.1 A Lei 8.987/95: Regramento jurídico das Concessões Comuns

O instituto jurídico Concessão Comum é disciplinado pelo art. 175 da Constituição Federal, pela Lei 8987/95, subsidiariamente pela lei geral das licitações e contratos, pelas normas legais cabíveis e cláusulas dos contratos celebrados entre o Poder Concedente e o

concessionário. Este é o conceito do instituto presente na lei das concessões, art. 2º. Para fins do disposto nesta Lei, considera-se:

II - concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade par o seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado. (BRASIL, 1995).

Para Maria Sylvia Di Pietro (2007), o conceito legal não apresenta todos os elementos caracterizadores do contrato de concessões. Em primeiro lugar não há menção ao enquadramento do instituto como um contrato. Além disso, há a omissão da maior característica do instituto: a remuneração por meio de tarifas paga pelo usuário, entretanto, a despeito de tal incompletude conceitual, essas características podem ser encontradas em outros dispositivos da lei a exemplo do art. 4º que preceitua a necessidade do contrato para a formalização do instituto. No que se refere à tarifa, podem ser mencionados o art. 9º que estabelece preceitos acerca das tarifas. Pode-se acrescentar o art. 18, e o art. 23, inciso IV, que também dispõem sobre tarifas.

Ainda no que concerne ao conceito legal de concessão, (DI PIETRO, 2007) ressalta a existência de formalidades que não estão presentes no conceito doutrinário como a exigência de licitação na modalidade concorrência, além da exigência que o concessionário seja pessoas jurídicas ou consórcio de empresas.

O contrato de concessão refere-se aos serviços públicos destinados à fruição de utilidades pela coletividade, submetido ao poder concedente, e que deve se conciliar os interesses privados com os particulares. O objeto do contrato, os Serviços Públicos, geram diversas consequências para as concessões. Conforme Di Pietro (2007):

Existência de cláusulas regulamentares no contrato;
outorga de prerrogativas públicas ao concessionário;
a sujeição do concessionário aos princípios inerentes à prestação de serviços públicos:
a continuidade, mutabilidade, igualdade dos usuários;
reconhecimento de poderes à Administração concedente, como encampação,
intervenção, uso compulsório dos recursos humanos e materiais da empresa
concessionária, poder de direção e controle sobre a execução do serviço, poder de
decretar sanções e decretar a caducidade;
reversão dos bens da concessionária para o poder concedente afetados à prestação dos
serviços;
natureza pública dos bens da concessionária afetados à prestação do servi
responsabilidade civil regida por normas publicísticas;
feitos trilaterais da concessão de serviços públicos: sobre o poder concedente, o
concessionário e os usuários.

As empresas concessionárias, tem suas atividades voltadas à obtenção de lucros o que caracteriza a natureza contratual da concessão. Outra importante característica corresponde ao direito do concessionário ao equilíbrio econômico-financeiro. Outrossim, o parceiro privado submete-se a um regime jurídico híbrido que conjuga regras do direito privado e regras do direito público.

Ainda no contexto da lei regulamentadora das Concessões Comuns, podem-se destacar o preceito do art. 3º, que determina que a fiscalização da execução das prestações entregues aos cidadãos caberá ao poder concedente, em conjunto com a cooperação da população.

Partindo-se para a análise do art. 5º este preceitua que a Administração Pública deverá publicar, antes do edital da licitação, o ato que justifica a conveniência da outorga, além das suas características (MUKAI, 1995).

Prosseguindo-se na análise dos dispositivos que mais se destacam na Lei 8.987/95, importa ressaltar o art. 6º, § 1, que trata das responsabilidades no oferecimento dos Serviço Público por parte do concessionário. Nesse dispositivo encontra-se a caracterização do que a lei denomina serviço adequado, de cumprimento obrigatório pelo concessionário. Assim, serviço adequado será aquele que ofereça regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua execução, e tarifas módicas.

O concessionário tem suas ações limitadas ao que se estabeleceu no contrato celebrado. Já o poder concedente possui os poderes disciplinados pelo instrumento que regula as concessões, quanto à forma como o serviço será executado e sua fiscalização:

O concessionário, como qualquer agente ou delegado do poder público, desde que arrecada tarifas, se constitui no dever de mostrar ao poder, em cujo nome age, e quando o mesmo exigir, que não saiu da esfera dos poderes recebidos, no modo, na aplicação e na importância das tarifas arrecadadas: trata-se do exercício de um poder soberano, que não é lícito transferir a ninguém mediante contrato e apenas suscetível de delegação dentro de limites e condições postos, os quais cumpre ao delegante, sem exceção, fiscalizar e verificar em nome do bem público, razão e fundamento único de semelhante delegação ao indivíduo ou à empresa (MUKAI, 1995, p. 13)

O concessionário deve cumprir diversos requisitos para que possa contratar com o poder público e executar o objeto do contrato. Assim o particular deverá possuir capacidade técnica para cumprir as prestações, deve, outrossim, possuir idoneidade financeira para suportar os encargos financeiros, capacidade de gestão administrativa para conduzir o empreendimento, além de mostrar-se cumpridora dos seus compromissos.

3.5.2.3.2 Política Tarifária

Conforme disciplina do art. 175 da Constituição Federal, a política tarifária será disciplinada por lei. Em cumprimento ao mandamento constitucional, a Lei 8.987/95 estabelece que a remuneração do concessionário é feita através da cobrança de tarifas dos usuários pelo uso do serviço. A tarifa deve ser suficiente para que seja mantido o equilíbrio econômico-financeiro do contrato celebrado com a Administração, o que impõe a revisão periódica dos valores tarifários:

Em toda tarifa, há elementos-diz ele- essenciais que devem estar presentes, caracterizando-a e que, se ausentes, desnaturam o instituto. José Cretella Jr afirma: E o autor adianta: “entre eles, por sua importância, estão incluídos a igualdade, a certeza e a equidade. A igualdade do ‘do quatum’ que cada usuário pagará se fundamenta no pressuposto jurídico da *igualdade* impositiva e de seu corolário prático, a *uniformidade*. A certeza dá estabilidade ao instituto, devendo para isso revestir-se de publicidade e autorização legal. A equidade de sua determinação é, enfim, o terceiro da tarifa, incluindo-se aqui a conveniência, a oportunidade, a razoabilidade, a justiça e a *modicidade* das remunerações devidas pelos usuários.” (MUKAI, adup, p. 29-31)

A Lei federal n. 8.987/95 estabelece que a tarifa do serviço público prestado pelo concessionário será a fixada na proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nessa lei. no edital licitatório e no contrato de concessão de serviço público. O reajustamento tarifário é provocado pelo outorgado 384em petição. dirigida ao Poder Público, na qual demonstrará a correção do reajuste pleiteado. Esse reajustamento. se correto. não pode. a qualquer título, ser negado pelo Estado (União. Estado-Membro. Distrito Federal. Município), sob pena de indenização se pleiteada pelo prestador do serviço.

É importante que seja feita a diferenciação entre as tarifas pagas pelos usuários àqueles que prestam o serviço público por delegação e os pagamentos realizados pelos serviços ofertados pela Administração Pública, que são taxas enquadradas como tributo. Além dessa categoria, tem-se o preço, contraprestação, constituídas por uma obrigação de dar ou de fazer, pagas por uma das partes do contrato ao outro contratante. (AMARAL, 1996)

No art. 11 da lei das concessões há a previsão da possibilidade de estabelecimento de formas alternativas de renda, em complementação à cobrança de tarifas pelas concessionárias. Tal dispositivo visa à manutenção do lucro a ser aferido pelo particular que presta o serviço ao poder público. Assim dispõe o art. 11:

no atendimento às peculiaridades de cada serviço público, poderá o poder concedente prever, em favor da concessionária, no edital de licitação, a possibilidade de outras fontes provenientes de fontes alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas, observado o disposto no art. 17 desta Lei. (BRASIL, 1995)

3.5.2.3.2.1 Poderes da Administração Pública

A Administração Pública detém poderes, nos contratos de concessão, que a coloca em uma posição de supremacia em relação ao parceiro privado, pelo fato de as atividades executadas no serem voltadas à satisfação dos interesses públicos:

Essa desigualdade é inerente ao regime jurídico administrativo, sempre caracterizado pelo duplo aspecto: prerrogativas necessárias à satisfação do interesse público, e restrições, indispensáveis para salvaguarda dos interesses individuais. No caso dos

contratos administrativos, essa desigualdade entre as partes, decorrente das prerrogativas públicas de que usufrui o poder concedente, é compensada pelo direito do contratado ao equilíbrio econômico-financeiro. (DI PIETRO, 2007, p. 82)

Exemplos de prerrogativas da Administração Pública nos contratos de concessão são: o poder de alteração unilateral das cláusulas regulamentares, as cláusulas exorbitantes, a possibilidade de encampação, a intervenção, a possibilidade de controle da execução da prestação, o poder de sanção, a decretação de caducidade etc.

3.5.2.3.2.2 Cláusulas Exorbitantes

Os contratos administrativos possuem regramento diferenciado, em relação aos contratos do direito privado, na medida em que podem ter seu vínculo com o particular instabilizados pela Administração (MELLO, 2015). Essas prerrogativas são poderes como a alteração unilateral das obrigações do contrato celebrado com o particular, a extinção unilateral do contrato, dentre outras cláusulas.

Tais prerrogativas ou se reputam “implícitas”, na ordenação normativa, seja no bojo do contrato, ou estão realmente “explícitas” na lei ou em cláusulas expressas no contrato. (MELLO, 2015). Em um primeiro momento, pode-se precipitadamente ter a percepção que o poder público detém poderes contratuais que tornariam inviável os interesses de particulares acordarem com a Administração Pública. Porém, a análise mais apurada do regramento do instituto demonstra que os contratantes privados detêm garantias aos seus direitos.

3.5.2.3.2.3 Alteração unilateral do contrato

A alteração do contrato pela vontade Administração é prerrogativa cabível nas circunstâncias que as permitem, como quando houver modificações no projeto ou nas suas especificações, com a finalidade de adequação técnica aos seus objetivos; se houve a necessidade de alteração do valor do contrato em decorrência de acréscimos ou diminuição quantitativa do seu objeto:

9.3Art. 65. Os contratos regidos por esta lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos: I — unilateralmente pela administração: a) quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos; b) quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta lei.

3.5.2.3.2.4 Extinção Unilateral

As formas pelas quais o contrato de concessão pode ser extinto é pela conclusão do seu prazo de duração ou pela conclusão do objeto. O art. 57 da Lei 8.66/95 determina que em regra a duração do contrato administrativo é a da duração do crédito orçamentário a ele destinado. No caso, em que a Administração Pública decida pela rescisão unilateral poderá fazê-la nas hipóteses legais, art. 58 CF, c/c arts. 78 e 79, I), com a devida motivação, e oportunizando a ampla defesa ao particular.

As hipóteses são: razões de interesse público, com fundamentos e justificativas, quando há falta do contratado, sendo devida a esta indenização por prejuízos comprovados. A segunda hipótese ocorre por falta do contratado, com as penalidades previstas em caso de descumprimento de cláusulas contratuais: imediata assunção do objeto, ocupação e utilização do local. Instalações e equipamentos materiais e humanos vinculados à execução do contrato.

Haverá, também, a execução da garantia contratual com o objetivo de ressarcir a Administração, além das multas e indenizações cabíveis. Por último, haverá a retenção dos créditos do contrato até o limite dos prejuízos sofridos pela Administração, conforme preceitua o art.80 do Estatuto das Licitações.

Conforme a doutrina de Mello (2015), poderá ocorrer rescisão unilateral ainda nos casos: de mútuo acordo ou decisão judicial. Embora não expressos em lei, há outras hipóteses como a extinção realizada pela própria Administração, quando esta verificar alguma invalidade na relação, caso em que o princípio da legalidade deve obstar atos ilegais. Ressalvada a possibilidade de convalidação, quando possível.

3.5.2.3.2.5 Garantia dadas pelo particular

A Administração, na busca da proteção dos seus investimentos, pode exigir da outra parte contratante uma garantia. Porém essa exigência deverá constar no instrumento convocatório, tem um valor máximo, que é 5% do valor do contrato, com a exceção de contrato que apresentam grande complexidade técnica, que no caso será de 10%. O contrato administrativo deverá manter o equilíbrio entre a prestação do serviço e o valor devido ao contratado. Essa equação permite a manutenção da atratividade financeira da avença e deverá ser mantido durante toda a execução do contrato. Art. 37, XXI, da CF.

3.5.2.3.2.6 Equilíbrio Econômico-financeiro

No contrato de concessão deverá ser estabelecido um equilíbrio entre os encargos recarregados e os lucros recebidos pelos concessionários. A administração Pública não poderá romper este equilíbrio, ao revés, deverá atuar no sentido de promovê-lo.

Se houver concretização da teoria do fato do príncipe, o poder concedente deverá indenizar integralmente o concessionário por prejuízos que prejudiquem a equação econômico-financeira da concessão que foram causados pela Administração Pública, salvo se houver ônus para todos (MELLO, 2015). Haverá, contudo, situações em que o poder público não terá a obrigação de indenizar o parceiro particular. Como qualquer empreendimento, a concessão é exercida por conta e risco do concessionário. Há diferenças entre os prejuízos que o poder concedente deverá restituir e aqueles que são inerentes à atividade.

Para Caio Tácito (1997), os encargos do concessionário poderão ser agravados pela Administração Pública. Nessa situação haverá, o direito à indenização dos prejuízos eventualmente causados: “O fato do príncipe, a contrário da teoria da imprevisão, conduz à indenização integral, desde que reunidas certas condições essenciais: imputação à coletividade pública contratante; imprevisibilidade da medida administrativa e natureza do gerador do prejuízo”.

Além do fato do príncipe, outras situações extraordinárias podem gerar o desequilíbrio da equação financeira do contrato de concessão (teoria da imprevisão, fatos imprevisíveis e fato da administração – desenvolver).

Saliente-se, no entanto, que os contratos de concessão muitas vezes são acompanhados de “matriz de riscos”, já presente no processo licitatório, na qual são previamente indicados os riscos suportados pelas partes. Assim, em situação de fatos imprevisíveis, é comum que tal risco seja alocado ao concessionário, diversamente do fato do príncipe que, em regra, é risco de responsabilidade do poder concedente.

4 CONCESSÕES ESPECIAIS: AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

4.1. NOÇÕES INICIAIS

O estudo das Parceria Público-Privada apresenta dificuldades decorrente da disseminação do conceito de forma confusa. Essa utilização múltipla do termo PPP não apresenta ponto de convergência nos significados, mesmo em diversos trechos da Constituição Federal e em outros diplomas legais:

A parceria público-privada pode ser apontada como uma modalidade de concessão. Suas tipologias são, de fato, espécies do gênero concessão, como se infere dos termos da Lei 11.079/04. A recondução desses tipos de conceitos de concessão ou a definição do que seja a técnica concessória importa investigar a sua significação jurídica. Isto é: indaga-se qual a tradução jurídica da expressão concessão utilizada pelo legislador para referir ao modelo-base das parcerias público-privada. (GUIMARÃES, 2012).

Maria Silva Di Pietro (2008) conceitua as PPPs como contratos administrativos de concessão cujo objeto é constituído pela execução de um serviço público, precedido ou não de obra pública, remunerado por meio de tarifa que deverão ser pagas pelos usuários, e por contraprestações pagas pelo parceiro público. O outro elemento que compõe o conceito é a prestação de serviço que a Administração Pública seja usuária de forma direta ou indireta, podendo haver ou não a execução de obra e fornecimento e instalação de bens, sendo a contraprestação efetuada pelo parceiro público,

Nota-se que no conceito da autora há a utilização da definição das duas modalidades de parceria público-privada, ou seja, vê-se que a primeira parte do conceito é a definição da modalidade patrocinada da concessão especial, e a parte seguinte constitui o que se denomina concessão administrativa.

Ainda que existam outros conceitos, presentes na doutrina, baseados em critérios diversos, cumpre salientar a definição a partir da legislação que regulamenta as parcerias público-privadas a Lei nº 11.079/04. Nesta conceituação estão presentes diversos elementos referentes às características do instituto:

pode-se definir PPP como: a) contrato administrativo de concessão por prazo certo e compatível com o retorno do investimento privado; b) celebrado pela Administração Pública com certa entidade particular; c) remunera-se o parceiro privado conforme a modalidade de parceria adotada; c) destina-se a regular a prestação de serviços públicos ou a execução de serviços precedidos de obras públicas ou, ainda, a prestação de serviços em que Administração Pública é a usuária direta ou indireta, respeitando sempre o risco assumido. (PEIXINHO; CANEN, 2009)

Roberto Portugal Ribeiro(2007) apresenta em sua doutrina ensinamentos que especificam o instituto, proporcionando, assim, a dissipação de dúvidas quanto ao sentido em

que é aplicada a expressão concessão. Há dificuldade a serem enfrentadas referentes tanto ao significado das PPPs, quanto ao regime jurídico que incide sobre elas. Para o autor, o sentido utilizado pela Lei 11.079/04 define as PPPs como um tipo específico de contrato entre a Administração Pública e o parceiro privado, semelhante ao contrato de concessão, porém, havendo o pagamento pelo poder público de uma forma de subsídio ao particular.

Maurício Portugal Ribeiro (2007) apresenta quais os estudos necessários para implementar uma Parceria Público-Privada. Segundo o autor:

é preciso ser aferida a demanda de usuários, a capacidades destes para o pagamento do serviço, a necessidade do serviço frente a possibilidade de outras alternativas, a possibilidade de existir competitividade entre os interessados, projeção do crescimento da demanda e perdas de pagamentos.

Outro item importante são os elementos do projeto básico, com a especificação do objeto do serviço, os possíveis indicadores de resultados, os investimentos a serem realizados, o projeto de engenharia preliminar, os projetos operacionais que permitam a simulação os custos de investimento para a implantação, melhorias dos níveis de serviço e sua expansão de capacidade, operação e manutenção. Também são importantes os estudos ambientais para aferição dos impactos, e as medidas econômicas e financeira para dirimir tais prejuízos ao meio ambiente

São analisadas a viabilidade econômico-financeira, com a finalidade de proporcionar as projeções das formas e condições para a obtenção dos recursos para o investimento, a operação do serviço, a remuneração dos investidores, financiadores, entre outros agentes contratuais. Além de serem necessários estudos jurídicos referentes aos riscos do projeto. Os estudos supracitados, em geral, são contratados a agentes da iniciativa privada.

Os estudos relativos à conveniência e oportunidade são realizados pelo Poder Público. Neles serão consideradas a necessidade da implantação da PPP, a possibilidade da utilização de alternativas e sua justificativa como projeto adotado. Existem, também, os estudos fiscais que consideram o comprometimento financeiro da Administração Pública e os impactos fiscais.

A adoção das concessões especiais pelo poder público, como forma de execução de serviços públicos, abordada ressaltando-se diferentes aspectos. Politicamente a concessão pode ser entendida como uma forma usada pela Administração Pública para a redistribuição de ganho com a reorganização da máquina pública, além do fato de que a desconcentração das atividades leva à diminuição de custos ao encargo do Estado.

4.2 MODALIDADES

4.2.1 Aspectos das Concessões Patrocinadas

Essa modalidade de concessão representa uma importante forma de realização de comodidades para os cidadãos, pois o particular investirá e implementará a obra, arcando com os valores iniciais, muitas vezes indisponíveis no orçamento público, ao longo do período estabelecido no contrato, para a prestação do serviço, ressarcido com a cobrança de tarifas, além das contraprestações devidas pela Administração:

Configura-se como uma concessão (comum) de obra (execução de obra pública seguida de serviços exploráveis economicamente pelo concessionário) ou de serviços públicos (delegação da gestão de serviço público remunerada por tarifas pagas pelos usuários, precedidas ou não da execução de obra) desde que adicionada à receita tarifária cobrada dos usuários contraprestações pecuniárias do parceiro público ao parceiro privado (GUIMARÃES, 2012).

Fala-se que a concessão patrocinada se assemelha a concessão simples, com a presença do poder concedente, concessionário e usuário do serviço, esse incumbido do pagamento de tarifas, diferenciando-se do modelo constante da Lei 8.987/95 em virtude da remuneração paga pelo parceiro privado.

4.2.2 Aspectos das Concessões Administrativas

A outra modalidade de PPP é a administrativa. Sua definição legal é a de contrato de prestação de serviço, que pode envolver a execução de obra, fornecimento ou instalação de bens e equipamentos utilizados direta ou indiretamente pela Administração Públicas.

Mello (2015) questiona o enquadramento deste tipo de contrato como uma concessão. Para o autor os elementos do instituto não estão presentes, que é a oferta de serviços público por conta e risco do particular e remuneração, por meio de tarifas. Na PPP administrativa a Administração ocupa a posição de usuária, ainda que os serviços sejam, ao final, destinados à população:

Ocorre que é praticamente impossível conceber um serviço que possa ser mantido por meras tarifas nas quais a Administração compareça como simples usuária, mas na quantidade e frequência suficiente para acobertar tais serviços, maiormente se envolverem também a execução de obras ou implantação de bens. Logo o que a Administração teria que pagar para acobertar os dispêndios de prestação de serviço, embora devesse ser uma tarifa, *não seria tarifa alguma, mas uma remuneração contratual como qualquer outra*, o que, evidentemente, descaracterizaria a parceria como uma concessão

O autor denomina as PPPs administrativas como contratação de serviços e não como concessão, ressaltando que o regime é mais vantajoso para o contratado que o adotado nos contratos gerais. Tanto a PPP administrativa, quanto a patrocinada oferecem grandes garantias e vantagens ao particular. Porém são exatamente essas vantagens que possibilitaram o sucesso das parcerias público-privadas na atração de recursos da iniciativa privada. O Estado apresentava escassez de recurso que levam à busca de novas formas de atrair os valores vultosos necessário à melhor prestação de utilidades à população.

O autor apresenta, ainda, uma forte crítica a essa modalidade de concessão. Afirma que as PPPs foram criadas para resguardar os escassos recursos financeiros estatais, no entanto, nessa modalidade, a contraprestação pecuniária aplicada pelo poder público na concessão poderá corresponder até 70% do valor do contrato, podendo, no caso de autorização legislativa, chegar a 100% do valor do contrato. Tal possibilidade representa uma contradição visto que a participação do setor privado nos investimentos em serviços públicos tem por exato motivo angariar recursos que o poder estatal não possui. “seguramente, este não é um modo de acudir à carência de recursos públicos; *antes pressupõe que existam disponíveis*”, acrescenta Bandeira de Mello (BANDEIRA, 2015).

4.3 ASPECTOS JURÍDICOS

Os contratos de PPPs são regidos prioritariamente pela Lei 11.079/04, sujeitando-se de maneira subsidiária à lei dos contratos das concessões e permissões, Lei 8.987/95, outras leis nas disposições em que não conflitivas. Segundos Farias (2008), ainda que possuam aspectos que visam à proporção do incentivo à eficiência e à melhor prestação dos serviços, os contratos de concessão especial estão submetidos às cláusulas exorbitantes, que conferem poderes à Administração Pública.

As cláusulas dos contratos de parceria seguirão o que preceitua o art.23 da Lei nº 8.987/95, no que lhe for compatível, além das que lhe são específicas como: prazo do contrato não inferior a 5 anos, ; cláusula que inova ao prever punição à Administração Pública.

A lei 11.079/04 elenca, no seu art.4º, os princípios que devem nortear as prestações e os contratos realizados por meio de parceria público-privadas. Tais normas complementam os demais princípios existentes em outros diplomas legais e que incidem sobre os serviços e obras por meio executadas por meio de PPPs.. A lei elenca uma série de princípios que devem ser observados durante a elaboração e aplicação dos contratos das parcerias público-privadas, como eficiência, publicidade, segurança jurídica, supremacia do interesse público.

A eficiência, destacada no inciso I, visa assegurar a presteza, a perfeição e o rendimento dos contratos celebrados, não somente em relação, à atividade administrativa como também do emprego dos recursos da sociedade, ou seja, do parceiro privado. Assim, os deveres, que tal princípio impõe, são do cumprimento dos prazos estipulados, da qualidade dos serviços prestados ao longo do tempo e o de impedir a existência de obras inacabadas.

O art. 4º traz, também, as diretrizes a serem observadas na contratação das parcerias público-privada, a exemplo das seguintes: indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras exclusivas do Estado; responsabilidade fiscal na celebração e execução das parcerias; repartição objetiva dos riscos entre as partes, dentre outras importantes orientações a serem cumpridas e respeitadas durante o contrato entre a Administração Pública e o parceiro privado.

Segundo o art. 6º, da legislação, o pagamento feito às concessionárias pode ser realizado das mais diferentes formas previstas no artigo. Há também a previsão de atualizações automáticas de valores baseadas em índices e fórmulas matemáticas.

As garantias prestadas nos contratos de parcerias estão dispostas no art.8º, são garantias das obrigações pecuniárias contraídas pelo Poder Público no contrato de parceria público privada, são elas: vinculação de receitas; instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei; contratação de seguro garantia através de empresas seguradoras não controladas pelo poder público; garantias dadas por organismos internacionais ou instituição financeiras não controladas pelo Estado; garantia prestada por fundo garantidor ou empresa criada com essa finalidade. O rol não é exaustivo, havendo possibilidade de criação de outras modalidades por lei.

No art. nº 9 há a previsão de constituição de sociedade de propósito específico, antes da celebração do contrato, que terá por encargo implantar e gerir o objeto da avença. Essa previsão também está presente na Lei nº 8.987/95.

4.4 ESPECIFICIDADES DAS LICITAÇÕES DAS PPPs

Ao escolher a forma de parceria público-privada, o poder público deverá justificar sua escolha por esse instituto como condição da abertura do procedimento. Haverá, também, a possibilidade de realização do certame licitatório sem a existência de projeto básico, que tem por intuito detalhar o objeto contratual. Deve ser realizada a consulta pública, de caráter obrigatório, com a devida publicação da minuta do contrato e do instrumento convocatório, com prazo de trinta dias para recebimento de sugestões por parte daqueles que se interessarem pelo certame.

Será propiciado, também, a adoção de critérios especiais de julgamento, conforme edital de convocação, instituídos pelo poder concedente de acordo com sua conveniência e oportunidade, dentre estes tem-se: o menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado em combinação com a melhor técnica, menor valor da contraprestação a ser paga pela Administração Pública.

. Um outro aspecto marcante nas PPPs é a possibilidade de elaboração de novas propostas econômicas ao longo do procedimento, além permissão da abertura de fase extraordinária para eventuais saneamentos de erros no documento de habilitação das proponentes. Por fim nas concessões especiais é permitida a inversão das fases do procedimento licitatório (BRASIL, 2004). Da mesma maneira, poderá o julgamento ser precedido pela aferição da qualificação da proposta técnica, tendo-se por objetivo a manutenção das propostas que atingirem a pontuação mínima estabelecida

Além dessas peculiaridades, o objeto das PPP deverá estar contemplado no Plano Plurianual atual e suas despesas deverão compatibilizar-se com a Lei de Responsabilidade Fiscal.

A lei ainda prevê a possibilidade de participação dos autores ou responsáveis pelos projetos nas licitações das de PPPs. A modalidade obrigatória do certame é a concorrência ou o diálogo competitivo, estabelecido na Lei nº 14.133/2021.

4.5 CONTROLE DOS SERVIÇOS E OBRAS REALIZADAS POR MEIO DE CONTRATOS DE PPP

No contexto atual, em que os recursos financeiros estatais são cada vez mais escassos, tornou-se fundamental a implementação de instrumentos de controle e fiscalização das prestações de serviços e utilidades públicas. Se o Estado desempenhava a função de prestador de utilidades para a efetivação de direitos sociais dos cidadãos, a necessidade de unir-se a parceiros privados para realização de serviços e obras públicas passou a exigir do ente estatal o papel controlar os serviços e as atividades, com a finalidade de impedir abusos. A Segundo (FARIAS, 2008):

No atual estágio de escassez de recursos financeiros e diante de uma sociedade cada vez mais desejosa da ação positiva do Estado, surgem mecanismos como as privatizações, a quebra de monopólios na prestação de serviços públicos e as **parcerias com instituições privadas**. Ao Estado fica a função de regular os mercados e controlar os serviços e as atividades, coibindo os abusos. É o denominado doutrinariamente Estado Neoliberal, Estado Regulador ou Estado Subsidiário, que veio a substituir o modelo intervencionista, denominado Estado Social.

O controle durante a contratação e execução de atividades pelas PPPs tem o objetivo de garantir a continuidade e efetividade da entrega das prestações acordadas com o poder público. Deverão ser utilizados instrumentos efetivos de acompanhamento dos serviços e obras contratadas pela Administração Pública. As prestações realizadas por meio das parcerias público-privadas sofrem a incidência de diversos sistemas normativos que permitem o acompanhamento do seu desenvolvimento por indivíduos das sociedades e entes públicos. As cláusulas dos contratos celebrados, preceitos de controle de órgãos internos e externos à Administração Pública, a legislação pertinente ao instituto, bem como os preceitos constitucionais contêm normas que permitem a aferição da eficiência e da qualidade dos serviços ofertados à sociedade pelos parceiros privados.

O controle na Administração Pública é uma função própria dos Estados Democráticos de Direito, no sentido de proceder a verificação de atendimento dos princípios e normas constitucionais, em toda forma de atuação administrativa, a qual deve estar sempre voltada para a satisfação do interesse público, refletindo fator de proteção não somente para os administrados como também para a própria Administração Pública. Portanto, nos Estados Democráticos, os controles são instituídos para defender os interesses da coletividade, aplicando-se a todos os gestores dos dinheiros públicos, de forma rigorosa e sistemática. Nesse âmbito, controlar pode também significar qualquer ação tomada pela Administração Pública com o objetivo e atingir as metas institucionais preestabelecidas. (FARIAS, 2008, p. 86)

A lei federal das PPPs não estabeleceu normas gerais de controle, sendo para essa finalidade utilizadas as contidas na lei das concessões comuns 8.987/95, além de outras formas de controle contidas em diversos dispositivos legais. Porém a lei geral previu algumas normas aplicáveis à União. Essas formas de controles foram: o controle exercido pelo Congresso Nacional e pelo Tribunal de Contas, previstos no art.14, §5º que devem receber relatório anuais de desempenho dos contratos de parcerias público-privadas. Esse tipo de controle caracteriza-se como um controle externo. O §6º, ainda do mesmo artigo, determina a disponibilização dos relatórios de desempenho das PPPs ao público, através da rede pública de transmissão de dados. O art.15 incumbe o Ministérios e Agências Reguladoras do acompanhamento e fiscalização destes contratos. Outro meio de controle encontra-se no art.10, VI, a partir da obrigatoriedade de submissão da minuta do edital do contrato à consulta pública, sendo essa uma forma de controle social dos contratos das concessões especiais. Também a Constituição Federal prevê formas de controle.

As agências reguladoras e os ministérios exercem o controle interno (administrativo) dos vultosos investimentos empregados nas PPPs, conforme preceito estabelecido no art.15 da Lei 11.079/04, ficando a seu encargo o acompanhamento e fiscalização dos contratos firmados nas suas áreas de atuação, atuando em conjunto com o órgão gestor previsto no caput do art.14.

Tais regras são aplicáveis à União, cabendo aos demais entes instituir suas normas de controle interno. Porém o que se tem é a repetição dessa forma de controle pelos demais entes federativos. Na Bahia, a Lei Estadual nº 9.290/04 estabelece que as Secretarias e Agências Reguladoras terão a função de acompanhar e fiscalizar a execução dos contratos, avaliando, também, os resultados obtidos. (FARIAS, pág 103/104)

4.6 CONTROLE E FISCALIZAÇÃO DOS CONTRATOS DAS PPPs PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS

Os tribunais de contas fazem o controle dos contratos celebrados pela Administração no que concerne à adequação dos gastos necessários à realização do objeto da licitação da qual foi resultado e a existência de recursos no Orçamento correspondente. Os valores correspondentes aos gastos com os projetos das PPP deverão ser disponibilizados conforme a efetiva implementação da prestação alvo da concessão. Assim o particular somente deverá usufruir das contrapartidas financeiras relativas aos serviços quando estes forem entregues ao poder público.

“A administração Pública só arcará com os gastos proporcionais aos serviços disponibilizados pelo parceiro privado para que os custos e os resultados sociais coincidam e fomentem maior quantidade e qualidade dos serviços oferecidos à população.” (PEIXINHO; RIBEIRO, 2009).

O controle interno tanto na escolha, quanto a execução do objeto da licitação caberá exclusivamente à Administração Pública. O que significa dizer que a Executivo deverá acompanhar o processo de escolha de uma determinada utilidade, e determinar se essa utilidade pública é essencial ao atendimento dos interesses da população. A fiscalização realizada pelas agências reguladoras terá por escopo o acompanhamento da estrutura e execução do projeto do objeto do contrato, verificando sua compatibilidade com os diplomas legais que disciplinam o instituto das PPPs.

Caberá ao poder Legislativo, auxiliado com o Tribunal de Contas controlar externamente das escolhas e execução da obra. A falta de compatibilidade com os preceitos normativos que deverão ser obedecidos na estruturação do contrato administrativo da concessão especial, bem como na sua execução, ensejarão a sustação da decisão da Administração Pública. Os princípios da oportunidade e economia deverão ter suas diretrizes respeitadas na consecução do serviço ou obra pública. “Além disso o Ministério Público, as instituições não-governamentais e a própria população podem fiscalizar a realização das obras, através da ação

civil pública, em relação às duas primeiras, e ação popular, quanto à última.” (PEIXINHO; RIBEIRO, 2009)

4.7 VANTAGENS DAS CONCESSÕES ESPECIAIS SOBRE AS CONCESSÕES TRADICIONAIS

As parcerias público-privadas têm por objetivo possibilitar a implementação de projetos que possam se autossustentar financeiramente, ofertando à sociedade um grande benefício social e econômico. A lei permitiu que o Estado subsidiasse os concessionários parceiros naqueles projetos incapazes de se manterem pela simples cobrança de tarifa. Há, também a possibilidade de amortizar os investimentos realizados pelo particular na prestação de serviços diretamente à Administração Pública em um longo.

O concessionário passa a ser responsável pela realização da obra e sua manutenção por um longo lapso temporal, esse é um fator que pode potencializar a eficiência na prestação do serviço. Segundo Portugal Ribeiro (2007):

Como o parceiro privado terá que manter a infraestrutura por anos, ele sopesará se é melhor investir mais na construção para, por exemplo, reduzir custos de manutenção ou, ao contrário, investir menos na obra e gastar mais com a manutenção. A transferência em conjunto dessas responsabilidades para o parceiro privado tende, portanto, a gerar uma maior eficiência na prestação dos serviços- eficiência essa, que, em condições de mercado perfeito ou de regulação econômica adequada (neste caso *yardstick regulation*), retornaria ao usuário e ao Poder Público sob a forma de melhores serviços e/ou de menores tarifas e subsídios públicos.

No que se refere à desburocratização propiciada pelo instituto, esta permite às entidades governamentais concentrarem seus esforços no controle e fiscalização, deixando a execução ao encargo das concedentes (GUIMARÃES, 2012).

Do ponto de vista financeiro, as PPPs representam um novo modo de configuração financeira contratual, em que há a antecipação do investimento feito pelo setor privado para a prestação e administração do empreendimento. Os pagamentos são realizados durante a execução dos serviços públicos. Em decorrência dessa nova configuração contratual, a administração Pública e os usuários deixam de ocupar a posição principal enquanto elemento financiadores da concessão: o parceiro privado antecipa o investimento financeiro necessário à realização da prestação pública, para ao longo da exploração utilidade pública ser remunerado e recuperar o investimento e lucro.

Assim, o sistema tarifário não é mais uma peça-chave na caracterização do modelo concessório no direito brasileiro. Nem sequer se pode dizer que é inerente. O que o caracteriza é uma engenharia financeira muito peculiar que visa proporcionar alternativas negociais à Administração pela atração de capital privado para o financiamento de projetos estruturantes, distribuindo a remuneração do

concessionário-pelo Poder Público, pelos usuários ou por ambos, envolvendo, eventualmente, uma composição com receitas alternativas-, ao longo da execução do serviço e a partir da sua exploração. (GUIMARÃES, 2012).

O setor privado possui maior capacidade de executar atividades que demandam grandes investimentos financeiros, por isso a parceria com os particulares passou a ser interessante para a Administração Pública. O novo modelo de concessão possibilitou o acesso a um modelo de parceria mais atrativo por apresentar menos riscos para o parceiro privado, conseguindo, assim, aumentar consideravelmente o número de contratos celebrados. O parceiro privado executa o serviço, assume o ônus financeiro, e, em contrapartida, usufrui dos recursos oriundos da exploração da atividade, sendo responsabilidade da Administração cumprir as obrigações assumidas quando da assinatura da avença.

As PPPs foram inseridas no ordenamento brasileiro como uma importante alternativa para que o Estado conseguisse adquirir equipamentos públicos modernos e eficientes, aos quais dificilmente teria acesso diante da escassez de recursos financeiros.

Importante ressaltar um elemento atrativo para os parceiros privados interessados em contratar com a Administração Pública: a previsão da constituição de um fundo garantidor que permite maior celeridade em caso de necessidade de execução da Administração Pública. Essa garantia confere segurança financeira para ao particular que investirá vultosos valores em projetos governamentais. Para Peixinho e Canen (2009, p. 05):

O setor público contrata com o setor privado a provisão de serviços ou a realização de uma obra. O parceiro privado recebe, em contrapartida, remuneração feita pelo setor público. Ambas as partes são sujeitas a um contrato que estipula detalhadamente as obrigações e os direitos de cada pactuante.

Fazem parte do contrato, ainda, as cláusulas de repartição de risco entre as partes, mesmo no caso fortuito ou força maior, as que preveem o fato do príncipe ou álea econômica extraordinária. Os critérios objetivos de avaliação de desempenho do parceiro privado são instrumento essenciais no acompanhamento da eficiência e qualidade das prestações entregues pelos concessionários.

O inciso III do artigo 11 trouxe a arbitragem como método de solução de controvérsias. Doravante, há a previsão da possibilidade da existência de cláusulas pactuadas entre o particular e a Administração Pública. Contudo a arbitragem não poderá versar sobre questões que levem à abdicação dos interesses públicos, que são indisponíveis. Para Mukai (1995):

Muito se tem discutido sobre a legalidade da utilização da arbitragem nos contratos administrativos. Uma corrente entende que isso não seria possível, sob o argumento de que a arbitragem não pode ser utilizada em questões que envolvam o Poder Público, por estarem em jogo direitos públicos, indisponíveis. Outra corrente entende ser possível, desde que a lei autorize tal possibilidade (posição do Tribunal de Contas da União).

Tem-se, então, que a maior diferença entre as Concessões Comuns e as Parcerias Público-Privada encontra-se no fato de que estas recebem subsídios governamentais para a viabilização do empreendimento realizado para suprir as necessidades dos cidadãos. Enquanto as Concessões Comuns terão sua fonte de recursos financeiros restrita que é a remuneração do serviço prestado através da cobrança de tarifas dos usuários.

Para uma melhor compreensão do procedimento da concessão especial, o instituto pode ser dividido em fases. A primeira é a preparatória, em que são cooptados os investimentos e implementada a infraestrutura necessária ao início das atividades. Enquanto na segunda fase inicia-se a execução e ações necessárias à manutenção do serviço público

A recuperação do investimento ocorrerá no decurso da operação do serviço, por isso a importância da extensão do contrato como elemento mantenedor da equação econômico-financeira, da remuneração dos investimentos realizados inicialmente, além proporcionar a aferição de lucro aos agentes do setor privados.

Diante da característica da PPP que a distingue da concessão tradicional obrigatoriedade de aporte de recursos do parceiro público ao parceiro privado o primeiro aspecto a ser considerado na fase de concepção inicial é saber, por meio de um estudo de viabilidade técnica, econômico e ambiental, se a operação é uma concessão tradicional ou na modalidade PPP.

O grande impacto das PPPs sobre as finanças dos entes públicos é o fato de elas configurarem uma fonte de financiamento de novos investimentos uma vez que caberá ao parceiro privado arcar com os custos iniciais de implementação e de operação do serviço público concedido, ficando os aportes de verbas públicas condicionados ao efetivo início da prestação do serviço. (COVA, 2017, p. 40).

Nos contratos de Parceria Pública-Privada o pagamento das remunerações ao particular, feitas pelos entes estatais ocorre após a disponibilização do serviço aos destinados. Podem ser estabelecidas cláusulas que prevejam a variação da prestação devida pela Administração Pública ao parceiro particular proporcional ao seu desempenho. De igual modo a Administração Pública instituirá um fundo garantidor para assegurar o pagamento das obrigações financeiras do poder governamental junto ao parceiro privado.

Outrossim, o empreendimento deverá ter comprovada a sua sustentabilidade financeira, e suas vantagens no aspecto econômico e social. A segurança financeira também deverá ser assegurada por meio do estabelecimento das remunerações e atualizações monetárias do contrato. Uma outra medida assecuratória é a previsão de mecanismos responsáveis pela adaptabilidade das prestações de serviço, nos casos em que haja necessidade de atualizações decorrente de mudanças conjunturais (COVA, 2017).

5 TRANSPORTE PÚBLICO

5.1 TRATATIVA NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O direito ao transporte foi alçado à categoria de direito fundamental por intermédio da Emenda constitucional nº 90 de 15 de setembro de 2015, como direitos sociais. Desse modo, foi reconhecida a importância da mobilidade enquanto elemento imprescindível ao acesso a outros direitos essenciais à dignidade das pessoas. Assim, a redação do Art. 6º da CF preceitua:

“São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.” (BRASIL, 1988).

A aplicabilidade desse direito é questionada por conta da sua amplitude. Ressalte-se, ainda, a sua característica de direito meio e que sua caracterização é a de direito prestacional, o que exige do poder público a sua regulamentação, com a definição de uma política, de um serviço e de uma rubrica orçamentária (**Âmbito jurídico**)

É importante ressaltar que o direito ao transporte é um direito de meio conforme Leão Júnior (2016, p. 199):

Na visão material, o direito ao transporte se trata de direito que garante acesso aos demais direitos sociais (logo, direito meio) e se presta a assegurar o status jurídico material do cidadão, tornando acertada a inserção no rol do artigo 6º da Constituição Federal, até por ser considerado 2º como cláusula pétrea em extensão do disposto no §4º do artigo 60, do mesmo dispositivo legal.

5.2 COMPETÊNCIA DOS ENTES FEDERATIVOS

O artigo 30, inciso V, da Constituição Federal estabelece que competirá aos municípios os serviços de interesse local, incluindo os de transporte coletivo. A partir da norma presente na Constituição Federal, entende-se que o artigo 30 atribui as competências ao município:

Art. 30. Compete aos municípios:
I legislar sobre assuntos de interesse local;
V organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluindo o de transporte público coletivo, que tem caráter essencial (BRASIL, 1988)

O art. nº 21, § 1º dispõe sobre a competência remanescente dos estados, isso significa que os serviços não reservados privativamente para a União ou não se tratando de serviço de interesse local, em que a competência privativa será dos municípios, serão de competência residual dos estados. Nessa categoria se enquadram os serviços de transporte coletivos intermunicipal.

No art. 21, inciso XII, e), é preceituada a competência privativa da União para legislar sobre os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiro, por meio de concessão, permissão ou autorização:

Na Constituição Federal, a competência do estado para legislar sobre transporte intermunicipal infere-se pela determinação da competência da União e dos Municípios. conforme transcrição do § 1º do mesmo artigo 25: “§ 1º - São reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição.”

5.3 O TRANSPORTE DE PASSAGEIROS: SERVIÇO PÚBLICO X ATIVIDADE ECONÔMICA

A Carta Magna fez a divisão entre o domínio econômico, em que atuam os particulares, regidos pelas regras do ao regime de direito privado, positivados nos art. 170 ao art. 174. Já o serviço público de conteúdo econômico vem preceituado no art. 175. No domínio econômico o Estado interfere em caráter normativo e regulador. As práticas de caráter econômico exercidas pelo poder público estão previstas quando necessária à preservação da segurança nacional ou quando se tratar de atividade de relevante interesse coletivo. A atuação se dá nesses casos através de Empresas Públicas e por Sociedades de Economia Mista. As hipóteses em que ocorre essa atuação estão presentes no art. 173 da Constituição. Nos arts. 176 e 177 da Constituição Federal estão as atividades que constituem expressamente monopólios do Estado, como a exploração de minerais nucleares e petróleo.

No que se reporta aos serviços públicos de natureza econômica, o Estado exerce o controle sobre os concessionários e permissionário, estabelecendo critérios como valor das tarifas a serem cobradas dos usuários, dentre outras formas de regulamentação e fiscalização. Ao revés, nas atividades econômicas em sentido estrito, o poder estatal não detém o controle dos critérios utilizados para a execução dessas atividades. Desta forma, setor privado possui maior liberdade de atuação.

Conforme Barroso:

No regime jurídico de direito privado, vigoram princípios como os da livre iniciativa e da autonomia da vontade. As pessoas podem desenvolver qualquer atividade ou adotar qualquer linha de conduta que não lhes seja vedada pela ordem jurídica. O particular tem liberdade de contratar, pautando-se por preferências pessoais. A propriedade privada investe seu titular no poder de usar, fruir e dispor do bem. As relações jurídicas dependem do consenso entre as partes. E a responsabilidade civil, como regra, é subjetiva. Violado um direito na esfera privada, seu titular tem a faculdade de defendê-lo, e para tanto deverá ir a juízo requerer a atuação do Estado no desempenho de sua função jurisdicional. (...) Já o regime jurídico de direito público funda-se na soberania estatal, no princípio da legalidade e na supremacia do interesse público. A autoridade pública só pode adotar, legitimamente, as condutas determinadas ou autorizadas pela ordem jurídica. Os bens públicos são, em linha de

princípio, indisponíveis e, por essa razão, inalienáveis. A atuação do Estado na prática de atos de império independe da concordância do administrado, que apenas suportará as suas consequências, como ocorre na desapropriação. Os entes públicos, como regra, somente poderão firmar contratos mediante licitação e admitir pessoal mediante concurso público. E a responsabilidade civil do Estado é objetiva. Violada uma norma de direito público, o Estado tem o poderdever - não a faculdade - de restabelecer a ordem jurídica vulnerada. Além disso, normalmente os atos do Poder Público são auto-executáveis, independentemente de intervenção judicial. Os atos públicos sujeitam-se a controles específicos, tanto por parte do próprio Poder que o praticou como dos demais (BARROSO, 2009, p. 56).

Segundo Barroso, existem três formas de intervenção do Estado no domínio econômico: a que busca disciplinar, a que promove o fomento e as atuações diretas. “o Estado disciplina a iniciativa privada e estimula determinados comportamentos” (BARROSO, 2013, p. 05), por meio de incentivos fiscais e financiamento público. A atuação direta do Estado na economia ocorre através da prestação de serviços públicos e pela exploração de atividades econômicas.

6 EVOLUÇÃO DO SERVIÇO DE TRANSPORTE PÚBLICO EM SALVADOR

O município de Salvador, capital do Estado da Bahia, possui aproximadamente 2,9 milhões de habitantes, ocupando a posição de mais populoso do Estado da Bahia e o terceiro do Brasil. A gestão do transporte público por meio de ônibus passou por uma grande reforma em 2015.

A Secretaria Municipal de Urbanismo e Transporte (SEMUT) foi substituída por duas outras secretarias a Secretaria de Mobilidade Urbana (SEMOB) e a Secretaria de Desenvolvimento e Urbanismo (SEDUR). A SEMOB ficou responsável pela operação da mobilidade na cidade por meio da Superintendência de Trânsito (Transalvador), bem como pelo transporte, acessibilidade, equipamentos de mobilidade, abrigos de ônibus, estacionamentos públicos, terminal de travessias Plataforma-Ribeira, Elevador Lacerda, planos inclinados, entre outras funções. O Decreto nº 25.69915 de 2015 aprovou o do STCO, com a participação da Secretaria Municipal de Mobilidade na edição de normas complementares para o cumprimento do decreto.

A tentativa de modernização do sistema de transporte coletivo em Salvador remonta ao ano de 1945, com a criação da companhia de ônibus e gôndolas por meio de lei municipal. Neste mesmo período foram aprovadas outras concessões para o melhoramento da locomoção dos passageiros entre a Cidade Baixa e a Cidade Alta. Surge assim o Elevador Lacerda em 1837, que em um primeiro momento utilizou o sistema hidráulico. Em seguida foram implementados os bondes elétricos. Em 1912, de forma precária, iniciou-se o transporte de passageiros por meio de ônibus. Até o ano de 1955, os serviços de ônibus e bonde eram operados de maneira precária e com tarifas elevadas. Com o passar do tempo, os bondes foram extintos, prevalecendo o serviço de ônibus, desde essa época a participação dos particulares na prestação do serviço já era forte. Sua regulação só ocorreu em 1971.

Houve a elaboração de diversos planos, projetos e estudos que não chegaram a apresentar utilização prática. Em 1981, foi criada a Secretaria de Transportes Urbanos, a STU, que inaugurou o sistema de tarifa única para o sistema de ônibus. Em 1986, foi lançado o projeto do bonde moderno. O sistema de transporte do município de Salvador mostrar que a iniciativa privada sempre esteve presente.

6.1 O TRANSPORTE PÚBLICO EM SALVADOR POR MEIO DAS CONCESSÕES COMUNS: A FALÊNCIA DE UM MODELO

O déficit de infraestrutura, e a baixa qualidade do serviço de transporte público, no município de Salvador, reflete na qualidade de vida da população, que precisava se submeter a situações degradante e prejuízos às na execução das suas atividades que dependessem do uso de ônibus coletivos. Essas dificuldades no deslocamento das pessoas refletem na dignidade das suas vidas, visto que o exercício de muitos direitos, por parte da população que depende de transporte público de massa, depende diretamente da sua oferta adequada.

Mobilidade significa “a capacidade de deslocamento de pessoas e bens no espaço urbano para a realização das atividades cotidianas em tempo considerado ideal, de modo confortável e seguro, potencializando a troca de bens, serviços, cultura e conhecimento” (VARGAS, 2008).

A mobilidade urbana é um atributo associado às pessoas e atores econômicos no meio urbano que, de diferentes formas, buscam atender e suprir suas necessidades de deslocamento para a realização das atividades cotidianas como: trabalho, educação, saúde, lazer, cultura etc. Para cumprir tal objetivo, os indivíduos podem empregar o seu esforço direto (deslocamento a pé), recorrer a meios de transporte não motorizados (bicicletas, carroças, cavalos) ou motorizados (coletivos e individuais) (FANINI, 2016, p.10).

Ainda que seja um direito fundamental, portanto um direito subjetivo, o direito ao transporte apresenta uma série de dificuldades para a sua concretização.

Historicamente, os transportes públicos são meios de locomoção utilizado pela parcela menos favorecida economicamente. Essa circunstância desvela, talvez, o motivo do descaso com que a prestação desse serviço foi negligenciada ao longo de muito tempo. Essa parcela da população sujeitou-se a uma oferta de serviço marcada por diversos problemas. O modelo adotado mostrou-se absolutamente inapto em oferecer qualquer tipo de comodidade à população. Até mesmo o deslocamento precário e sujeito à condições degradantes, muitas vezes mostrava-se extremamente escasso aquele que não possuíssem alguma alternativa para evitar os ônibus coletivos na região metropolitana de Salvador.

A permanência das Concessões tradicionais como modelo de oferta do serviço de transporte público parecia um fato perene e imutável. A população não via outra alternativa que não fosse enfrentar imensas dificuldades para realizar suas atividades diárias. Importantes dados sobre as condições dos transportes coletivos são apresentados:

Os estudos e pesquisas realizadas concluíram que as populações de baixa renda das grandes metrópoles brasileiras estão sendo privadas do acesso aos serviços de transporte coletivo, um serviço público de caráter essencial conforme a Constituição Federal de 1988. Tal privação contribui para a redução de oportunidades, pois impede essas populações de acessar os equipamentos e serviços que as cidades oferecem (escolas, hospitais, lazer, emprego etc).

6.2 TRANSPORTE COLETIVO EM SALVADOR E SUAS DEFICIÊNCIAS

O arquiteto e urbanista especializado em transporte público e professor aposentado da UFBA Francisco Ulisses Santos Rocha (2014) observa que:

para evitar ainda mais transtorno e a paralisação total do sistema, é preciso mudanças urgentes. Como sugestão, ele cita a imediata execução do plano de mobilidade de Salvador, do qual participou como coordenador. Além disso, ele também fala sobre a necessidade de união entre municípios, estados e união, e de uma gestão que integre a mobilidade em toda a Região Metropolitana.

Ainda segundo o especialista, o modelo de concessão comum possui apenas uma forma de financiamento que corresponde às tarifas pagas pelos usuários. A quantidade de passageiros impacta diretamente nas finanças da concessionária, gerando déficit. Um sistema de transporte não se sustenta apenas com o pagamento de tarifas pelos usuários. O modelo não se sustenta com os problemas financeiros criados pela insuficiência de recursos. Diferente das concessões especiais, sistema sustentado por outros recursos financeiro, a concessão simples tem na tarifa a forma exclusiva de remuneração.

O sistema ferroviário e o sistema do metrô de Salvador são subsidiados, diferente do sistema de transporte por concessão comum. O serviço de transporte, enquanto serviço público de caráter essencial, sendo imprescindível que as esferas que compõem a federação não olvidem esforços na solução do problema.

Ainda segundo Rocha (2014):

Nós já tivemos um sinal. Uma das três empresas já faliu, agora só temos duas. Cada empresa desse tem cerca de 700 carros, então é um peso significativo. Já aconteceu de algumas empresas falirem como a Ogunjá e a Ypiranga, mas cada empresa dessa não representava nem 10% do sistema. Hoje uma CSN representa 1/3 do sistema, então fica mais complicado de assumir uma possível licitação. Tem que se pensar em novas formas. Talvez a metropolização do sistema, deixar de ser apenas municipal. Porque hoje temos uma concorrência do sistema metropolitano, disputando passageiros na cidade. Tem muita coisa a ser pensada. Do jeito que está e da forma que está não pode continuar. Não podemos mais otimizar esse sistema, ele já está morto.

As empresas que prestam o serviço de transporte de passageiros não modernizaram suas formas de gestão, as empresas são ineficientes. Vários Termos de Ajustamento de Conduta tentaram adequar o funcionamento das empresas, houve a intervenção do Ministério Público, porém o sistema vem mostrando o esgotamento do modelo de concessão simples. O novo modelo de concessões especiais, as PPPs, vem sendo utilizadas como modelo que pretende superar os problemas das concessões comuns. De imediato como solução pode-se buscar um modelo de abrangência metropolitana. O sistema do metrô é um exemplo. Há possibilidade de mudanças a partir da implementação dos novos modais, a exemplo do BRT, do monotrilho do

Subúrbio, o que depreende a partir da análise do sistema de concessão comum é que o modelo precisa ser superado.

A falência das concessões comuns enquanto modelo utilizada para a oferta de transporte público demonstra sinais de ter chegado ao colapso total, embora a percepção de que o modelo há muito vem se mostrando incapaz de cumprir os objetivos almejados. A remuneração das s mantida por tarifas pagas pelos usuários e por algumas fontes irrisórias. Se existe a necessidade da cobrança de tarifas com valores módicos, a margem de lucro das empresas dificilmente se manteria em um patamar aceitável pelos particulares prestadores do serviço.

E o resultado dessas distorções não poderia ser outro: a conta foi para pelos usuários seu recebem a prestação de um serviço precário e deficitários nos mais diversos sentidos. As empresas, para manter sua margem de lucro, corta os custos nos instrumentos necessários a uma prestação de serviço adequada. Não é algo que passou a acontecer atualmente. Vem de longa data o sofrimento da população menos favorecida com a precariedade dos transportes por meio de ônibus.

Mas, como diz o adágio popular “não há nada que esteja tão ruim que não possa piorar”. A CSN, uma das três empresas que operam no modelo de Sociedade de Propósito Específico (SPE) – em vez de concessionária, como é conhecido – decretou impossibilidade de continuar prestando o serviço e precisou passar por intervenção da Prefeitura de Salvador para não deixar os passageiros que dependem das 60 linhas, que atendem a região de Mussurunga e parte da orla de Salvador sem o transporte (RAMOS, 2021).

No ano de 2020 a prefeitura da cidade decretou a intervenção da concessionária CSN, por descumprimento de acordos coletivos e atraso no pagamento da remuneração dos seus trabalhadores. Por outro lado, a empresa afirmou ter pedido a intervenção contra a prefeitura, através de uma ação judicial, pela falta de ações para o restabelecimento do equilíbrio econômico e financeiro do contrato de concessão, bem como o ressarcimento dos investimentos feitos pela CSN que não foram amortizados. Impede ressaltar problema anterior no qual a concessionária já estava implicada:

O Ministério Público da Bahia (MP-BA) disse que a CSN já está há um tempo com déficit, e que já não consegue cumprir com os acordos previstos em contrato com a prefeitura. Além disso, a concessionária também atrasou a entrega dos 80 ônibus com ar-condicionado, que estavam previstos, através de um TAC firmado com a prefeitura, para serem entregues em outubro do ano passado. Até antes da pandemia do coronavírus, apenas 29 coletivos haviam sido entregues pela concessionária.

A partir de então a situação da Concessão do Serviço de Transporte Público ofertado pela concessionária passou a se agravar. E uma situação inesperada, que atingiu todo o mundo, expôs de forma alarmante a incapacidade das concessões comuns em lidar com situação que

apresente novos desafios a serem enfrentados. A pandemia de Covid-19 abalou gravemente a prestação de um serviço que já se mostrava agonizante. Os usuários dos ônibus passaram a relatar as suas dificuldades de deslocamento em um contexto de calamidade pública:

Os usuários do transporte público de Salvador reclamam da falta de ônibus para se deslocar entre algumas regiões da capital baiana. De acordo com a Secretaria Municipal De Mobilidade (Semob), durante a pandemia, foram desativadas 39 linhas de ônibus e 10 foram extintas.

As linhas desativadas não têm previsão de retorno. Ainda segundo o órgão, antes da pandemia, 305 linhas de ônibus circulavam na cidade. Hoje, 250 linhas estão em operação. Já a frota de ônibus passou de 2.213 ônibus para 1.697 veículos.

Sobre a desativação das linhas, a Semob informou que foram criadas 40 novas linhas para facilitar a integração com outros modais de transporte, para evitar que as localidades onde houve suspensão ficassem prejudicadas. O órgão disse também que algumas linhas que atendem os principais corredores foram reforçadas, mas não deu detalhes sobre quais são as regiões.

O autônomo Manoel Rodrigues conta que tem dificuldades para se deslocar até a região da Cidade Baixa de Salvador.

E o número de problemas apresentados pela concessão dos transportes públicos por meio de ônibus entregue à concessionária CSN parece ser infindável. Em 2021, o prefeito do município de Salvador rescindiu o contrato com a prestadora do serviço de transporte público, que, a partir de então, passou a ser prestado diretamente pelo Município de forma direta. O prefeito da cidade alega que a operação do serviço no município de Salvador é o mais deficitário do Brasil e que a dívida da concessionária chega a R\$ 516 milhões, inclusos nesse montante valores devidos à prefeitura:

Uma auditoria realizada pela prefeitura durante a intervenção na concessionária identificou uma situação financeira insustentável na CSN, com direito a casos de apropriação indébita no valor de R\$ 5,1 milhões, além de descumprimentos contratuais que comprometeram a prestação do serviço.

Bruno Reis garantiu ainda que está trabalhando para viabilizar uma nova licitação para a prestação do serviço, garantindo novos investimentos privados. “Se nós continuarmos investindo no transporte público, nosso caixa, nosso orçamento de 2021 não suporta”, afirmou.

7 LEI ESTADUAL 9.290/04: O SUCESSO DA IMPLEMENTAÇÃO DO METRÔ SALVADOR-LAURO DE FREITAS

Antes da vigência a lei federal nº 11.079/04, norma geral que disciplina as parcerias público-privadas, alguns estados, a exemplo da Bahia, já haviam instituído o instituto. Por ser tema do Direito Administrativo a competência legislativa sobre as parcerias é privativa dos entes federativos, conforme preceito do art.25 da Constituição Federal, o que permitiu a existência de legislações pertencente os diversos entes federativos. Demais disso, o § 1º do art. 2º estabelece que a lei das concessões comuns poderá ser aplicada nas disposições que não conflitem com a lei geral (MUKAI, 2005).

O Programa de Parcerias Público-Privadas foi implementado na Bahia por meio da Lei 9.290/04, diploma que disciplinou regras para as PPP's na Administração direta e indireta estadual. A lei estadual entrou em vigor três dias antes do diploma nacional, que instituiu as regras gerais das parcerias público-privadas. A lei estadual determina que as PPPs obedecerão ao regime jurídico especial por ela instituído. O sistema normativo destina-se à delegação, total ou parcial, da prestação ou exploração de serviços públicos, precedidas ou não de execução de obra pública, (MUKAI, 2005). A lei institui o Programa de Parcerias Público-Privadas no âmbito do estado da Bahia para a definição das prioridades no que se refere à implantação, expansão, melhoria, bem como gestão, total ou parcial, e exploração de bens, serviços, atividades, infraestrutura, estabelecimentos ou empreendimento públicos (BAHIA, 2004).

O art. 3º desta legislação estabelece os pressupostos, requisitos e condições importantes para inclusão de projetos no programa de PPP como a existência de efetivo interesse público; a vantagem econômica e operacional da proposta para o Estado e a melhoria da eficiência no emprego dos recursos públicos; o estudo técnico da sua viabilidade, mediante apresentação de metas e resultados, prazos de execução direta ou indireta; viabilidade dos indicadores de resultado a serem adotados; a viabilidade de obtenção pelo ente privado, na exploração do serviço de ganhos econômicos suficientes para cobrir os custos; comprovação de compatibilidade com a LOA, LDO e PPA.

A lei estadual estabelece no seu art. 4º importantes diretrizes a serem respeitadas nos contratos de PPP. A eficiência no cumprimento na missão de Estado e na forma como serão utilizados os recursos públicos; a qualidade e continuidade na prestação dos serviços; universalização no acesso a bens e serviços essenciais; respeito os interesses e direitos dos usuários dos serviços e dos particulares que os executam; responsabilidade ambiental; transparência e publicidade dos procedimentos e decisões.

A Lei nº 9.290 lei do estado da Bahia se diferencia da lei federal 11.079/04 ao propor mecanismos para não comprometer o equilíbrio fiscal do estado. Os prazos dos contratos são dos mesmos padrões da lei federal. Foi, ainda, criado o conselho gestor do Programa de PPP, órgão com competência para aprovar projetos de parcerias e deliberativo. Também inclui-se no rol das suas atribuições a exemplo de supervisionar a fiscalização e a execução das parcerias, opinar sobre alterações nos contratos e propor diretrizes (BAHIA, 2019c). A Secretaria Executiva do Programa de PPP, órgão de apoio ao conselho gestor coordena e articula os órgãos da administração pública e os parceiros privados (BAHIA, 2019c). O estado apresenta o próprio sistema de garantia de pagamento às concessionárias:

nos valores recebidos por meio do Fundo de Participações dos Estados (FPE), repassados pela união por meio do Banco do Brasil (BB) (Agente de Pagamento), há um travamento de 18% desse montante (Lei Estadual nº 11.477/2009). Em seguida, esse valor é transferido para a conta da Agência de Fomento do Estado da Bahia S/A (Desenbahia), instituição financeira controlada, direta ou indiretamente, pelo governo baiano e cuja conta é operada pelo BB. A Desenbahia, então, autoriza o BB a transferir o pagamento das contraprestações firmadas em contrato com as concessionárias, e o excedente é devolvido ao Tesouro do estado da Bahia (BAHIA, 2009).

O Fundo Garantidor Baiano de Parcerias (FGBP) instituído pela Lei Estadual nº 12.610/2012, presta garantias de pagamento de obrigações pecuniárias tomadas pela Administração Pública, na Bahia. (DESENBAHIA, 2015), em contratos após a vigência da lei:

O FGBP tem natureza privada e patrimônio próprio. É administrado, gerido e representado pela Desenbahia. O BB é o agente de pagamento e de administração de contas do FGBP, e a Empresa Baiana de Ativos (Bahiainveste) assessora a Desenbahia, competindo-lhe analisar a viabilidade das garantias, propor a modalidade mais adequada de outorga de garantia, estimar o valor presente das garantias, entre outros. O patrimônio do fundo é constituído pelas contribuições de bens e direitos efetivados pelos cotistas. A integralização das cotas é realizada em dinheiro, títulos da dívida pública, bens imóveis dominicais, bens móveis ou outros direitos com valor patrimonial (BAHIA, 2012,).

O sistema metroviário soteropolitano viabilizado pelo governo estadual, administrado pela concessionária CCR Metrô Bahia, permitiu, a partir da sua implementação, que 370 mil usuários das 20 estações passassem a contar com maior conforto e menor gasto de tempo nas viagens. Sua implementação tem representando uma grande mudança na mobilidade das pessoas e na estrutura da cidade (PRINCHAK, 2018).

Dados disponibilizados pela ANP no ano de 2019 revelam que o sistema -de metrô Salvador – Lauro de Freitas consta com 33 Km em operação, havendo previsão de ampliação para 42 Km.

8 ASPECTOS GERAIS DA CONCESSÃO DO METRÔ SALVADOR-LAURO DE FREITAS

O Sistema Metroviário de Salvador e Lauro de Freitas faz parte do Programa Mobilidade Bahia, que possui diversas ações integradas visando a melhoria da Mobilidade Urbana na Região Metropolitana de Salvador. O Programa tem por um dos seus objetos a implementação do Sistema Metroviário de Salvador e Lauro de Freitas, através do modelo Parceria Público-Privada patrocinada, com esse fim, foi assinado em 15 de outubro de 2013, o contrato com prazo de 30 anos, incluindo a execução da obra e a operação do empreendimento pela empresa CCR (CCR METRÔ BAHIA, 2021).

O modelo de concessão especial adotado estipula como forma de remuneração da CCR a contraprestação efetuada pela Administração Pública e a Tarifa de Remuneração, tratando-se, nesse caso, do valor pago pelos passageiros que utilizam o meio de transporte. Há também os Aportes nas etapas de investimento, pagamento de parte da obra; e as Receitas Extraordinárias.

Nos contratos de PPP estarão sempre presentes os indicadores de desempenho. No contrato são: operação, manutenção, conservação do sistema, a satisfação do usuário. O controle dos índices é realizado pelo setor público responsável pela fiscalização do contrato, juntamente com o Verificador Independente.

Por sua vez, foram compartilhados os seguintes riscos: atrasos ou não obtenção das licenças e autorizações; riscos socioambientais; caso fortuito e força maior; risco de interrupção do fornecimento de energia elétrica; risco de variação da demanda projetada, no qual o risco de demanda está mitigado. Outro ponto digno de registro no contrato de PPP do metrô, refere-se a utilização do Fluxo de Caixa Marginal para reequilíbrios contratuais ocasionados por investimentos e/ou serviços originalmente não previstos, o qual apresenta grande respaldo na literatura econômica e jurídica, com o objetivo de evitar a contaminação entre o Fluxo de Caixa Marginal (Reequilíbrio) e o Fluxo de Caixa Original (Plano de Negócios). (

O projeto do metrô de Salvador foi iniciado em 1997, a época a prefeitura do município buscou financiamento junto a organismos internacionais (Bando Internacional para Reconstrução e Desenvolvimento- Bird). O empreendimento ficou inacabado por 16 anos, sendo colocado em operação apenas quando foi implantado por meio da PPP na modalidade patrocinada.

Para a disposição do projeto, foi realizado um PMI, sendo também criado um Grupo Técnico Executivo, coordenado, pela Secretaria de Desenvolvimento Urbano (Sedur) e pela Companhia de Transportes do Estado da Bahia (CTB). Vários agentes foram contratados para estudos técnicos. (NAVES, 2013).

O contrato de concessão foi assinado em outubro de 2013, tendo como vencedor o grupo Companhia do Metrô de Salvador S/A (CCR Metrô Bahia), composta pelas empresas Andrade Gutierrez, Camargo Corrêa e Soares Penido. O Grupo CCR é uma grande empresa de infraestrutura da América Latina e tem diversos núcleos de negócios no Brasil e no exterior (CCR METRÔ BAHIA, 2021).

O metrô teve suas atividades iniciadas em 2014, em fase teste. Enquanto a sua operação comercial foi iniciada em 2016. Compre listar alguns dados quantitativos relativos ao contrato celebrado para a concessão de empreendimento. O contrato para implantação e operação do sistema metroviário foi estabelecido com prazo máximo de 30 anos. O valor envolvido na contratação foi R\$ 5,7 bilhões. Cumprindo o maior requisito das Concessões Especiais, ou seja, a injeção de aportes financeiros iniciais o projeto foi financiado pelo BNDES, no montante de R\$ 406,7 milhões.

Um outro contrato de financiamento foi firmado entre a concessionária e o BNDES, no total de R\$ 2 bilhões, para ofertar de suplementação para intervenções adicionais que venham a ser solicitadas pelo governo (NAVES, 2013). O valor da contraprestação anual, em dezembro de 2019, foi de R\$ 291,7 milhões, o maior entre todas as PPPs do estado (BAHIA, 2018b).

A Lei nº 12.912/2013 permitiu ao governo da Bahia a possibilidade de conceder subsídio tarifário à concessão. A tarifa de remuneração é repassada à concessionária. Esse valor é reajustado anualmente. Outro ponto referente à remuneração da concessionária é a possibilidade que esta possui de receber receitas extraordinárias, além de incentivo creditório com o financiamento junto à Desenhahia, com recursos de linha de crédito do Fundo de Desenvolvimento Social e Econômico (Fundese).

No que concerne aos aspectos estruturais do empreendimento, tem-se que o projeto foi implementado dividido em diversas etapas. A cada etapa concluída, o governo concedeu um aporte de recursos no montante de R\$ 2,2 bilhões. O Fundo Garantidor Baiano de Parcerias, por meio de seus administradores, a Desenhahia e a CEF, prestou, em caráter irrevogável e irretratável, garantia de fiel cumprimento das obrigações pecuniárias do governo. A empresa Accenture do Brasil Ltda., novamente, é o Verificador Independente, recebendo da concessionária o valor de R\$ 6,2 milhões, num período de contrato de 48 meses.

8.1 CARACTERÍSTICAS DO CONTRATO

O Grupo CCR venceu, em 2013, o processo de licitação organizado pelo Governo do Estado da Bahia para o Sistema Metroviário de Salvador e Lauro de Freitas. A CCR Metrô

Bahia ficou responsável pela construção, manutenção e operação do Sistema Metroviário de Salvador e Lauro de Freitas, por um período de 30 anos, através de uma Parceria Público-Privada (PPP), com investimentos na ordem de R\$ 5,8 bilhões. Além de ter sido o sistema metroviário que mais cresceu no país nos últimos anos - gerando cerca de oito mil empregos no auge das obras - quando concluído, alcançará o posto de terceiro maior metrô do Brasil.

A expectativa é que 500 mil passageiros utilizem o modal por dia. Em 2018, o sistema metroviário conquistou a certificação de qualidade ISO 9001/2015. Com o início da operação comercial da Estação Aeroporto, Salvador tornou-se a segunda cidade brasileira a ter o modal interligando o centro da capital ao Aeroporto. O contrato de concessão prevê ainda a expansão da Linha 1 até Águas Claras/Cajazeiras e, da Linha 2, até Lauro de Freitas, totalizando 42 quilômetros de extensão, 23 estações e 10 terminais de ônibus integrados.

O Contrato de concessão PPP Patrocinada para Implantação e Operação do Sistema de Transporte Público Intermunicipal de Caráter Urbano Metroviário (Sistema Metroviário de Salvador e Lauro de Freitas) teve sua licitação realizada na modalidade concorrência, conforme preceitua a legislação pertinente, com a apresentação de Propostas Econômicas Escritas, seguidas de lances em viva-voz na BM&FBOVESPA; o Critério de Julgamento utilizado foi o de Menor valor de contraprestação a ser pago pela Administração Pública. Valor mínimo de R\$ 25.000.000,00; que poderia ser prestada em dinheiro, títulos da dívida pública, seguro-garantia ou fiança-bancária, ficando vedada qualquer modificação nos seus termos e condições; Prazo mínimo de 180 dias. O licitante deveria apresentar a Comprovação de participação em captação de recursos financeiros, mediante financiamento ou operação financeira estruturada (“project finance”), de, no mínimo, R\$ 1.000.000.000,00 para a realização de empreendimento de infraestrutura, com participação mínima de 50%, na qualidade de responsável pelo investimento e execução do empreendimento ou acionista de sociedade responsável pelo investimento e execução do empreendimento. Deveria, ainda, comprovar experiência em operação de transporte metroviário, ferroviário urbano ou ferroviário metropolitano de passageiros.

8.2 DA VANTAJOSIDADE DO MODELO DE PPP SOBRE O DE CONCESSÃO SIMPLES NO TRANSPORTE PÚBLICO DE SALVADOR

Diante de tudo quanto exposto, observa-se que dos modais de transporte público de passageiros ofertados à população, indiscutivelmente a qualidade do sistema metroviário é muito superior. Todos que utilizam os sistemas de transporte por ônibus e por metrô – hoje integrados – constataam a superioridade do segundo, seja quanto à comodidade, salubridade,

pontualidade. Enfim, a eficiência do sistema metroviário, tomando como parâmetro a população, é indiscutível.

Deve-se salientar que muitos destacam pontos negativos no modelo de PPP. Aborda-se os longos prazos para a execução e operação dos projetos, que podem se prolongar por mais de uma gestão governamental, ultrapassando os prazos de vigência dos PPA, acarretando considerável comprometimento do orçamento para o futuro.

Por certo que esse fator não pode ser desconsiderado, porém se entende que deve sempre prevalecer o interesse social e a implementação do princípio da dignidade da pessoa humana, fortemente comprometido pelo sistema de transporte por ônibus. Tal afirmação se se revelou de forma mais contundente na pandemia, quando apesar dos distanciamentos sociais determinados, os ônibus continuaram lotados, colocando em risco a saúde daqueles que utilizam o sistema.

Argumenta-se, ainda, que os custos do metrô são muito mais elevados. Apesar de não adentrar nessa questão por ausência de conhecimento técnico, pode-se afirmar que os serviços públicos prestados pelo Poder Público devem observar uma ordem de prioridades, que devem ser sopesadas, considerando os anseios sociais.

Nessa perspectiva, sabe-se que uma das maiores reclamações dos cidadãos no âmbito do Município de Salvador é a precariedade do transporte público através de ônibus. Desta forma, compete ao Estado ao eleger as suas prioridades, considerar a opinião popular, reiterada de forma constante.

Em termos técnicos, conforme demonstrado, os contratos de PPPs revelam-se mais propícios ao controle, com a participação ativa do Poder Público e os claros incentivos conferidos aos agentes financiadores.

Assim, deve o Estado compatibilizar-se com a realidade na escolha de modelos de prestação de serviços que realmente atendam às expectativas da população, garantindo a dignidade da pessoa humana e, em consequência, o Estado de Direito.

9 CONCLUSÃO

A pesquisa realizada teve por proposta uma análise que permitisse aferir a qualidade e eficiência obtida na prestação de serviço de transporte público a partir da implementação das Parcerias Público-Privadas em substituição às Concessões Comuns. O tema mostrou-se bastante amplo, visto que envolve diversos institutos e concepções do papel do Setor Público. O primeiro debate enfrentado foi o entrelaçamento conceitual entre as concessões especiais e o conceito de Serviço Público. Por mesmo a concepção desse tipo de prestação governamental apresentou-se como um conceito complexo, ainda indefinido e alvo de intenso debate:

O novel instituto foi uma consequência da evolução das formas de prestação de serviços públicos à população. Quando o Estado estava imerso em uma grande crise orçamentária, procurou em outros países um modelo de prestação capaz de equacionar o grande problema que precisava ser resolvido: como cooptar recursos para iniciar os grandes empreendimentos que seriam necessários ao crescimento socioeconômico do país? Imerso em uma grave crise fiscal, nem mesmo seria possível angariar recursos para alavancar setores cruciais ao desenvolvimento socioeconômico do Brasil. É nesse contexto, que as Parcerias Público-Privadas são vislumbradas enquanto introduzir parceiros privados na implementação de empreendimento de alto custo, oferecendo, porém o grau de risco que tais obras e serviços públicos apresentam por envolverem na sua execução e operação elevados custos financeiros. Por óbvio, que os particulares exigiram mecanismos de garantia da amortização dos gastos realizados.

Entretanto, uma outra importante discussão mostrou-se alvo de intensos debates: as PPP são de fato contratos administrativos ou foi enquadrado nessa classificação por ser esta a que melhor comportaria as suas características? As Parcerias Público-Privada, a despeito de estar sujeita ao regramento da lei das Concessões Comuns e da Lei das Licitações e Contratos, de forma subsidiária, possui muitos aspectos que as distanciam desses institutos. Em resumo, é uma forma de contratação diferenciada e que apresenta aspectos específicos para o desempenho de uma finalidade: que é o fornecimento de recurso iniciais dos quais o Estado não dispõe.

Apesar das questões teóricas que envolvem as PPP, na prática, essa modalidade de concessão tem apresentado resultado satisfatórios, atraindo o interesse de diversos Entes Federativos entusiasmados com a intensificação da entrega de serviços e obras em prazo adequado e de maneira eficiente. Mesmo os mecanismos disponíveis tanto para o particular, quanto para o setor público vem demonstrando a segurança financeiro do contrato para as duas partes. Assim o ponto principal do debate chega ao se comparar o serviço de transporte público ofertado à população pelo modelo da concessão comum e o da concessão especial. Seria,

mesmo, dispensável a comparação, visto que as concessões comuns vêm enfrentando graves problemas, que inclusive não surgiram agora. O serviço sempre foi precário e de baixa qualidade, o que se tem no momento é a situação de colapso do sistema que tende à inviabilidade total.

No que se refere aos problemas apresentados pelas Concessões Comuns, esta já os apresentavam de longa data. Esta modalidade de concessão se sustenta basicamente pela cobrança de tarifas dos usuários pelo uso do serviço. Tem-se, ainda, a necessidade do respeito ao princípio da modicidade das tarifas. Então seria pouco provável a possibilidade da prestação do serviço de forma adequada utilizando-se de um sistema que deveria se autossustentar por meio da cobrança desses valores. E como resultado dessa equação que não fecha, quem arca com o déficit é a população que recebe a péssima prestação de um serviço essencial e constitucionalmente positivado, tendo, ainda, a característica de ser um direito meio, cuja finalidade é a fruição de diversos direitos pelos cidadãos.

Por fim, o que ficou demonstrado através da presente pesquisa é que o modelo das Concessões Especiais, tem sua implantação relativamente recente, porém já tem se mostrado uma melhor opção às degradadas concessões comuns. O que se observa, ao se observar diversos locais da cidade é que grandes mudanças foram implementadas: Salvador atualmente é uma cidade irreconhecível, se comparada ao período anterior ao da implementação das PPP. Isso não significa, por óbvio, que o modelo seja perfeito e insuscetível de constantes melhorias. O tempo sempre desvela as necessidades e problemas que são inerentes a qualquer tipo de atividade, seja esta pública ou privada. Contudo, hoje, as Parcerias Público-Privadas podem ser consideradas um modelo de sucesso na satisfação das necessidades da população.

REFERÊNCIAS

- ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. São Paulo: Método, 2011.
- AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. **Concessão de serviço público**. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.
- ARAÚJO, Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 2018.
- BAHIA. **Lei nº 9.290, de 27 de dezembro de 2004**. Institui o Programa de Parcerias Público-Privadas do Estado da Bahia – PPT Bahia e dá outras providências. Salvador, BA: Governo do Estado da Bahia, 2004. Disponível em: <https://governo-ba.jusbrasil.com.br/legislacao/85842/lei-9290-04>. Acesso em: 29 nov. 2011.
- BONFIM, Lula. Prefeitura de Salvador rescinde contrato com concessionária de transporte público. **Bahia Notícias**, 27 mar. 2021. Disponível em: <https://www.bahianoticias.com.br/noticia/257752-prefeitura-de-salvador-rescinde-contrato-com-concessionaria-de-transporte-publico.html>. Acesso em: 29 nov. 2021.
- BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 21 nov. 2021.
- BRASIL. **Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004**. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Brasília: Presidência da República, 2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm. Acesso em: 26 nov. 2021.
- BRASIL. **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. Brasília: Presidência da República, 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987compilada.htm. Acesso em: 26 nov. 2021.
- CAMPELO, G. S. B. Administração pública no Brasil: Ciclo entre patrimonialismo, burocracia e gerencialismo, uma simbiose de modelos. **Ciência Trópico**, Recife, v. 34, n. 2, p. 297-324, 2010. Disponível em: <https://view/871/592>. Acesso: 12 out. 2021.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2015.
- CCR METRÔ BAHIA. **Quem somos**. Disponível em: <https://www.ccrmetrobahia.com.br/institucional/quem-somos/>. Acesso em: 29 nov. 2021.
- COSTA, Lucia Cortes da. **Os impasses do Estado Capitalista**: uma análise sobre a reforma do Estado no Brasil. São Paulo: Cortez, 2006.
- COVA, Carlos José Guimarães. **Manual de estruturação de concessões e parcerias público-privadas**. São Paulo: Cengage Learning, 2017.

CRETELLA JUNIOR, José. **Tratado de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1966.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública**: concessão, permissão, franquias, terceirização e outras formas. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

DUARTE, Fernando; LEIRO, Mauricio. Após intervenção, prefeitura se prepara para assumir a bacia operada pela CSN; entenda. **Bahia Notícias**, 26 mar. 2021. Disponível em: <https://www.bahianoticias.com.br/noticia/257726-apos-intervencao-prefeitura-se-prepara-para-assumir-bacia-operada-pela-csn-entenda.html>. Acesso em: 15 nov. 2021.

DUGUIT, L. **Fundamentos do Direito**. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 2005.

FARIAS, Luciano Chaves de. **O controle Extrajudicial das Parcerias Público-Privadas**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2015.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. A experiência brasileira nas concessões de serviço público. **Interesse Público**, Belo Horizonte, v. 9, n. 42, 2007.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Parceria Público-Privada**: caracterização dos tipos legais e aspectos nucleares de seu regime jurídico. 2008. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Programa de Pós-Graduação em Direito, Paraná, 2008.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **PPP: Parceria público-privada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 18. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MEIRELLES, Helly Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 33. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

MUKAI, Toshio. **Concessões e permissões de serviços públicos**. São Paulo: Saraiva, 1995.

MUKAI, Toshio. **Parcerias Público-Privadas**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

NUCLEO DO CONHECIMENTO. Disponível em:
<http://www.nucleodoconhecimento.com.br/>. Acesso em: 29 nov. 2021.

OLIVEIRA, R. F.; OLIVEIRA, V. C.; SANTOS, A. C. Beneficiários ou reféns? O patrimonialismo na perspectiva dos cidadãos de Poço Fundo. **Cadernos EBAPE**, Rio de Janeiro, v. 9, n. 4, p. 950-966, 2011.

PEIXINHO, Manoel Messias; CANEN, Dóris (coords.). **Âmbito de aplicação das parcerias público-privadas no Direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Da administração pública burocrática à gerencial. **Revista do Serviço Público**, Brasília, v. 47, n. 1, p. 07-40, 1996.

PRADO, Lucas Navarro; RIBEIRO, Maurício Portugal. **Comentários à Lei de PPP – Parceria Público-Privada: Fundamentos Econômicos e Jurídicos**. São Paulo: Sociedade Brasileira de Direito Público, 2007.

PRINCHAK, Rogério de Faria. O Metrô da Bahia e a Contratação de PPP. **ANP Trilhos**, 12 nov. 2018. Disponível em: <https://anptrilhos.org.br/o-metro-da-bahia-e-a-contratacao-de-ppp/>. Acesso em: 29 nov. 2021.

RADAR PPP. A situação do Mercado Brasileiro de PPPs. Disponível em: <https://radarppp.com/biblioteca/>. Acesso em: 25 set. 2021.

RAMOS, Anderson. ‘É um sistema morto’, diz especialista sobre transporte público de Salvador. **Bahia.ba**, 14 abr. 2021. Disponível em: <https://bahia.ba/entrevista/e-um-sistema-morto-diz-especialista-sobre-transporte-publico-de-salvador/>. Acesso em: 29 nov. 2021.

RIVERA, Luis José Béjar. **Uma aproximação à teoria dos serviços públicos**. São Paulo: Conira Corrente, 2016.

ROCHA, Francisco Ulisses Santos. **O perfil da mobilidade urbana em Salvador (1975 a 2012): a cidade dividida**. Tese (Doutorado em Arquitetura e Urbanismo) – Faculdade de Arquitetura, Universidade Federal da Bahia, 2014.

SANTOS, Ânderson Ferreira dos. Evolução dos Modelos de Administração Pública no Brasil. **Revista Científica Multidisciplinar Núcleo do Conhecimento**, São Paulo, 4. ed., v. 01, p. 848-857, 2017.

SANTOS, Gil. Pandemia provoca prejuízo de R\$ 107 milhões no transporte público. **Correios 24 horas**, 27 out. 2020. Disponível em: <https://www.correio24horas.com.br/noticia/nid/pandemia-provoca-prejuizo-de-r-107-milhoes-no-transporte-publico/>. Acesso em: 29 nov. 2021.

TÁCITO, Caio. Direito Administrativo Participativo. **Revista de Direito Administrativo**, n. 209, Rio de Janeiro, Editora Renovar, 1997.

LEÃO Júnior, Teófilo Marcelo de Arêa. O Direito ao transporte como Direito Fundamental Social. **Revista de Direito Urbanístico, Cidade e Alteridade**, Brasília, v. 2, n. 1, p. 196-216, 2016.

WAHRLICH, Beatriz M. de Sousa. Reforma administrativa federal brasileira: passado e presente. **Revista de Administração Pública**, v. 8, n. 2, p. 27-76, 1974.