

FUNDAÇÃO EDSON QUEIROZ
UNIVERSIDADE DE FORTALEZA-UNIFOR
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS – CCJ
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
CONSTITUCIONAL
Dissertação de Mestrado em Direito Constitucional

**AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS COMO INSTRUMENTO DE
EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA EFICIÊNCIA
NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DE TRANSPORTE
URBANO DE PASSAGEIROS**

Alexandre Augusto Batista de Lima
Matrícula n.º 1425383/1

Fortaleza/CE
Abril - 2016

ALEXANDRE AUGUSTO BATISTA DE LIMA

**AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS COMO INSTRUMENTO DE
EFETIVAÇÃO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA EFICIÊNCIA
NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DE TRANSPORTE
URBANO DE PASSAGEIROS**

Dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza, como requisito parcial para a obtenção do Grau de Mestre em Direito Constitucional, sob a orientação da Professora Doutora Maria Lírida Calou de Araújo e Mendonça.

Fortaleza/CE
Abril - 2016

L732p Lima, Alexandre Augusto Batista de.
As parcerias público-privadas como instrumento de efetivação do princípio constitucional da eficiência na prestação dos serviços públicos de transporte urbano de passageiros / Alexandre Augusto Batista de Lima. - 2016.
168 f.

Dissertação (mestrado) – Universidade de Fortaleza, 2016.
Orientação: Prof^a. Dr^a. Maria Lírida Calou de Araújo e Mendonça.

1. Direitos fundamentais. 2. Serviço público. 3. Transportes. 4. Parceria público-privadaI. I. Mendonça, Maria Lírida Calou de Araújo e. II. Título.

CDU 342.7

DISSERTAÇÃO

“AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DO
PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA EFICIÊNCIA NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS
PÚBLICOS DE TRANSPORTE URBANO DE PASSAGEIROS”

De

Alexandre Augusto Batista de Lima

Dissertação aprovada em 06/04/2016

Conceito: Aprovada.

BANCA EXAMINADORA:

Maria Lirida Calou de Araújo de Mendonça
Prof.^a Dra. Maria Lirida Calou de Araújo de Mendonça (Orientadora)
Universidade de Fortaleza - UNIFOR

Ana Carla P. Freitas

Prof.^a Dra. Ana Carla Pinheiro Freitas (Examinadora)
Universidade de Fortaleza - (UNIFOR)

Cynara Monteiro Mariano

Prof.^a Dra. Cynara Monteiro Mariano (Examinadora)
Universidade de Federal do Ceará – (UFC)

Quero ver o direito brotar como fonte e correr a justiça qual riacho que não seca. (Am 5, 24)

O aspecto mais relevante do princípio da eficiência, [...], será justamente o destaque que determina, do ponto de vista jurídico à introdução na Administração Pública de técnicas de gestão de resultados e de um dever jurídico geral de conduta finalística, conduzida no interesse público, por parte dos agentes públicos [...]" (MIRAGEM, p. 43)

RESUMO

A pesquisa cinge-se aos Serviços Públicos e às Parcerias Público-Privadas, analisando a utilização do modelo contratual de parceria no setor do transporte urbano de passageiros. A Constituição Federal de 1988 prevê a atividade prestacional do Estado, seja diretamente, seja, indiretamente, por meio de autorizações, concessões e permissões. A Emenda à Constituição n.º 19/1998 institui o princípio Constitucional da Eficiência, e, após, a Emenda n.º 90/2015 assegura o direito social e fundamental ao transporte, evidenciando o atual quadro de revisitação da noção de serviço público. A problemática da dissertação reside em examinar a Parceria Público-Privada como instrumento garantidor da adequação e eficiência do serviço público de transporte urbano de passageiros. A importância do estudo tem extrato administrativo-constitucional, visto que a reforma administrativa impõe uma nova conjuntura na prestação dos serviços públicos. A pesquisa objetiva evidenciar o novo perfil de contratação pública no Brasil, demonstrando a adequação da Lei nº 11.079/2004 a esse modelo constitucional pós-reforma, inclusive, em relação ao Princípio da Eficiência. Investiga, ainda, a viabilidade das parcerias como instrumentos de prestação de serviços públicos de transporte urbano de passageiros, atendendo aos critérios de adequação deste serviço. A metodologia utilizada é descritivo-analítica, desenvolvida por meio de pesquisa bibliográfica, documental, pura, qualitativa e exploratória, através de informações e documentos sobre o tema. As Parcerias Público-Privadas têm natureza de contrato administrativo de concessão, sob as modalidades patrocinada ou administrativa e são reflexo da gestão gerencial da Administração. Destarte, sua utilização na prestação do serviço público de transporte urbano de passageiros, em certos casos, é solução viável para ampliar oportunidades, especialmente, das pessoas menos providas de recursos, nos grandes centros urbanos, como uma forma de maximização de mobilidade e de integração efetiva do povo ao seu lugar, garantindo o direito fundamental ao transporte público adequado e eficiente e promovendo a dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Serviço Público. Princípio da Eficiência. Direito Fundamental ao Transporte. Concessão. Parceria Público-Privada

ABSTRACT

The research is limited to Public Service and Public-Private Partnerships, analyzing the use of contractual partnership model in the passenger urban transportation sector. The Federal Constitution of 1988 dictates the State should provide the service either directly; or indirectly through permits, concessions. The Amendment to the Constitution No. 19/1998 establishes the constitutional principle of “efficiency”, and after the Amendment No. 90/2015 it also ensures the social and fundamental right transportation, evidencing the current trend to revisit the concept of public service. The problem of the thesis lies in examining public-private partnerships as guarantor instrument of adaptation and public service efficiency of urban passenger transportation. The importance of the study has administrative and constitutional essence, since the administrative reform imposes a new conjuncture in the provision of public services. The research aims to highlight the new procurement profile for public contracts in Brazil, demonstrating the suitability of Law No. 11.079 / 2004 to this post-reform constitutional model, including in relation to the “efficiency principle”. It also investigates the viability of the partnerships as a means of providing public services in urban passenger transportation, meeting the criteria of adequacy of this service. The methodology used is descriptive-analytic, developed through bibliographical research, documentary, pure, qualitative and exploratory, through information and documents on the subject. The Public-Private Partnerships have administrative contractual nature of a concession under the terms “sponsored” or “administrative” and are reflective of public administration’s management. Thus, its use in providing the public urban transportation services, in some cases, is viable solution to expand opportunities, especially of the less resourced in large urban centers, as a way of maximizing mobility and effective integration of the people to their place, guaranteeing the fundamental right to adequate and efficient public transportation and promoting the dignity of the human person.

Keyword: Public Service. Efficiency Principle. Fundamental right to transportation. Concession. Public-private partnership.

DEDICATÓRIA

Dedico esta dissertação a minha mãe, Josenildes Maria Batista de Lima, a minha esposa, Nágyla Maria Ribeiro Soares de Lima, a minha filha Nathalia Maria Soares de Lima e à minha querida tia Maria Luíza Lima do vale (*in memoriam*).

AGRADECIMENTOS

Agradeço, inicialmente, a **Deus** meu protetor, pois Ele é capaz de fazer maravilhas e transformar o sonho em realidade.

Agradeço à minha **família**, especialmente, aos **meus pais**, **Newton** e **Josenildes**, que foram minha sustentação e bússola durante todo o processo; minha **mãe**, em especial, que me auxiliou em todos os aspectos, a cada passo, a cada desafio, me dando o suporte para continuar firme no propósito assumido, muito obrigado. Agradeço, também, à minha esposa, **Nágyla**, que compartilhou comigo todas as dificuldades, sofreu junto nos momentos de tensão, ajudou significativamente no planejamento e na estratégia necessária para o êxito nesta jornada e entendeu os momentos de necessária ausência para dedicação às aulas ministradas em Fortaleza; à minha filha, **Nathalia**, meu amor e minha inspiração, pelo carinho de todo dia e por tudo que ela significa na minha vida, ela me dá força para a cada dia tentar ser uma pessoa melhor. Agradeço à minha madrinha, **Glorinha**, pela ajuda dedicada nos momentos necessários e pela presença constante na minha vida. Agradeço, ainda, aos meus **irmãos**, **Lavonério**, **Newton**, **Carlos**, **Ana** e **Sara**, minhas cunhadas, **Ionara** e **Marina**, cunhados, **Leonardo Rodrigues**, **Mauro Bandeira** e sobrinhos, **Andressa**, **Gabriela**, **Matheus**, **Vítor**, **Yasmin**, **Maria** e **Enzo**, pelo suporte que me deram, pela confiança que em mim depositaram e por acreditarem no meu potencial. Agradeço aos meus amigos, **Itamar Filho** e **Tessa Catharina**, pela companhia sempre agradável e pelas ajudas nos momentos mais importantes.

Não posso deixar de agradecer às pessoas que me auxiliaram no início e que fizeram isso acontecer, portanto, é inevitável meu sincero agradecimento a minha colega de curso de direito no Centro Universitário Uninovafapi, a professora **Auricélia Melo**, muito obrigado por tudo o que fez por mim e para mim, sem você não seria possível essa conquista. Agradeço, ainda, aos colegas piauienses, **Laura Nunes**, **Clarissa Maia**, **Sérgio Freire**, **Daniel Terto**, **Gésio Veras** e **Marcelo Leandro**, que muito me auxiliaram quando da minha chegada à capital cearense. Agradeço, ainda, aos colegas que encontrei lá e que me deram apoio em momentos essenciais, especialmente, **Márcio Benício**, **Cândido Alexandrino**, **Nardejane Martins**, **Marília Calou**, **Priscilla Macedo**, **Luciano Athayde** e **Vicente Augusto**, dentre outros. Agradeço a **Ozimar Lira** e a **Honorinalva Maia Lira** pelo suporte logístico que me foi oferecido na capital cearense, sem o qual não seria possível concretizar esse sonho; e às minhas primas, **Ana Beatriz Lima do Vale** e **Itamara Lima Matos**, pela irmandade e pelo valioso auxílio em diversos momentos do curso.

Também sou grato a todos os meus colegas de trabalho, tanto do **Centro Universitário Uninovafapi**, aos quais agradeço na pessoa da reitora **Cristina Miranda**, que muito me auxiliou, com o fomento necessário para a capacitação; como do **Juizado Especial Cível e Criminal Centro 2**, por me ajudarem na busca do conhecimento e fazerem parte desta conquista, em especial, agradeço ao Dr. **Reinaldo Araújo Magalhães Dantas**, à **Leila Layanne**, à **Raquel Damas**, à **Sara Rejane**, à **Socorro Sousa** e ao **Marcelo Oliveira**, este que, compartilhando seus conhecimentos da história, muito me assistiu na construção desta pesquisa.

Agradeço, ainda, à minha “tia” de coração **Arlene Ramos**, pessoa extremamente dócil e que me ajudou bastante em momento decisivo na minha carreira como professor, talvez; se ela não tivesse atuado em meu favor naquele momento, hoje, eu não fosse mais professor. Assim, nunca esquecerei daquele nosso encontro no corredor da NOVAFAPI, quando ela me chamou e falou baixinho ao meu ouvido com a delicadeza e sutileza que lhe são características: “faça um mestrado.” Esse foi, sem dúvida, um incentivo definitivo.

Agradeço à minha estimada professora orientadora, **Dra. Maria Lírída Calou de Araújo e Mendonça**, por todo o esmero, cuidado e dedicação na orientação deste trabalho e, ainda, pelas coisas que não estão nessas páginas, mas que foram essenciais para sua concretização. Agradeço, ainda, a todos os professores e servidores da instituição de ensino superior UNIFOR, que, sem dúvida, a mim se apresentou como uma das mais qualificadas instituições de ensino do Brasil, não só pela estrutura, mas, também pela competência do quadro docente, em especial, agradeço aos professores-doutores: **Antônio Jorge**, **Natércia Sampaio**, **Eduardo Rocha**, **Arnaldo Vasconcelos**, **Ana Maria D’Ávilla Lopes**; aos servidores: **Márcio**, **Carlinhos**, **Socorrinha** e **Nadja**, bem como à coordenadora do curso de Pós-graduação em Direito Constitucional prof^a **Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu**.

Ao final, não posso deixar de agradecer à minha inspiração, à pessoa que me fez professor de verdade e me ajudou em cada passo da minha trajetória docente, AGRADEÇO à minha amada e eternamente querida tia **Lili (professora Maria Luíza Lima do Vale)**, que me auxiliou na elaboração do primeiro plano de aula para seleção de professor e que, infelizmente, não está mais neste plano, mas sua presença é por mim constantemente sentida; eu tenho certeza que a senhora está do meu lado nesse momento e, hoje, lhe agradeço por tudo que a senhora fez por mim, pelas vezes que me protegeu e por aquilo que contribuiu para minha evolução como pessoa e como docente. A gratidão não é uma pessoa, é uma multidão.

Muito obrigado a tod@s.

LISTA DE TABELAS

Tabela 1: Projetos de PFI assinados até março de 2014	113
Tabela 2: Estimativas de gastos futuros com os projetos atuais	113
Tabela 3: Alocação de recursos em PPP nos anos de 2015-2016	114
Tabela 4: Investimentos em PPP nos anos de 2010-2011 em Portugal	119

LISTA DE GRÁFICOS

Gráfico 1: Número de projetos x total de capital investido	113
Gráfico 2: Alocação de recursos em PPP nos anos de 2015-2016	115
Gráfico 3: Total de investimento em PPP por setor em Portugal entre 2009-2010	118
Gráfico 4: Repartição do Investimento Global em PPP por setor – 2012	119
Gráfico 5: Investimentos em PPP por setor, no Brasil.	121
Gráfico 6: Valor estimado do Investimentos em PPP por setor, no Brasil	121
Gráfico 7: Peso na despesa corrente média familiar mensal dos serviços públicos por classe de rendimento médio familiar em unidades de salário mínimo	130
Gráfico 8: Distribuição das despesas de consumo monetária e não monetária média mensal familiar, por tipos de despesas – Brasil – 2008-2009	131

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	15
1 O ESTADO E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	22
1.1 Estado na antiguidade	22
1.2 Ideia de estado: concepções doutrinárias e o advento do estado moderno	26
1.3 Estado de direito, direito administrativo e administração pública	38
1.4 Estado moderno, constitucional e federal no Brasil	46
1.5 Papel do estado: bem comum, serviços públicos ou atividade econômica?	52
2 O REGIME JURÍDICO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS	55
2.1 Teorias francesas do serviço público e a escola do serviço público	55
2.2 Serviço público: delimitações conceituais	59
2.3 Princípios informadores do serviço público e o serviço público adequado	69
2.3.1 Princípio da Continuidade	72
2.3.2 Princípio da Atualidade	75
2.3.3 Princípio da Generalidade	76
2.3.4 Princípio da Cortesia	77
2.3.5 Princípio da Modicidade Tarifária	78
2.3.6 Princípio da Regularidade	79
2.3.7 Princípio da Eficiência	79
2.4 A delegação de serviços públicos no Brasil	82
2.5 A reforma administrativa no estado brasileiro e o modelo gerencial	88

3 PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS COMO INSTRUMENTO DE REALIZAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS E ADEQUAÇÃO AO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA	93
3.1 Antecedentes próximos	93
3.2 Desestatização e privatização	94
3.3 A lei n.º 11.079/2004 – marco regulatório das parcerias público-privadas – PPP’s – no Brasil	97
3.3.1 Conceito jurídico e categorias de parcerias público-privadas	97
3.3.2 Aspectos contratuais específicos das parcerias público-privadas	103
3.3.3 A licitação nas parcerias público-privadas	107
3.4 Parcerias público-privadas: algumas experiências estrangeiras e relações com o cenário nacional	108
3.5 Parcerias público-privadas como consectárias do princípio constitucional-administrativo da eficiência: enfoque jurídico.	122
4 PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS APLICADAS À PRESTAÇÃO DO SERVIÇO DE TRANSPORTE URBANO DE PASSAGEIROS NO BRASIL: qualidade e eficiência	129
4.1 Mobilidade urbana, desenvolvimento e as parcerias público-privadas	129
4.2 O serviço de transporte urbano de passageiros na constituição federal: direito fundamental e a questão da competência municipal	135
4.3 A delegação do serviço de transporte urbano de passageiros: PPP’s ou concessão comum?	139
4.4 Modelos para as parcerias público-privadas aplicadas ao serviço público de transporte urbano de passageiros	143
4.4.1 PPP’s aplicadas à prestação do serviço público de transporte urbano por Metrô	144
4.4.2 PPP’s aplicadas à prestação do serviço público de transporte urbano por Veículos Leves sobre Trilhos – VLT’s	146
4.4.3 PPP’s aplicadas à prestação do serviço público de transporte urbano por <i>Bus Rapid Transit</i> – BRT’s	148

CONCLUSÃO	151
REFERÊNCIAS	156

INTRODUÇÃO

O objeto de pesquisa desta dissertação é a nova configuração do serviço público de transporte urbano de passageiros prestado em regime de Parcerias Público-Privadas, como conseqüências da reforma administrativa do final da década de 1990 e, em especial, do Princípio da Eficiência, bem como os desafios decorrentes para o Direito Administrativo.

O arcabouço normativo-legal dos serviços públicos no Brasil tem por fundamento o disposto no artigo 175 da Constituição Federal, que fora o móvel da legislação infraconstitucional aplicável a tais serviços, inclusive, a Lei n.º 8.987/95 e a Lei n.º 11.079/2004. Ocorre, que se torna importante perscrutar a noção de serviço, pois se percebe que o papel do Estado tem se modificado de acordo com o desenvolvimento histórico das sociedades e que o serviço público não deve mais ser visto como prerrogativa ou poder estatal, mas sim como um direito dos administrados. Inclusive, a própria Constituição, por meio da Emenda n.º 90, de 15 de setembro de 2015, passou a inserir o direito ao transporte como um direito social e fundamental dos indivíduos, positivando-o no artigo 6º, *caput*, do texto constitucional.

Pondere-se, ainda, que as reformas administrativas advindas do final da década de 1990, no Brasil, promoveram uma mudança de paradigmas no que tange à prestação dos serviços públicos, pois a Emenda à Constituição n.º 19, de 04 de junho de 1998, passou a consagrar o Princípio da Eficiência como um princípio intrínseco a toda a atividade da administração, sendo, assim, de incidência inevitável no campo dos serviços públicos. Ademais, pode-se, até mesmo, falar de um processo de privatizações, decorrente de uma política governamental liberal que impôs uma nova postura à Administração Pública no que concerne à prestação dos serviços públicos.

Destarte, a pesquisa cinge-se aos Serviços Públicos e Parcerias Público-Privadas, ao propor análise da utilização do modelo de parceria entre o Estado e a iniciativa privada previsto na Lei n.º 11.079/04, de 30 de dezembro de 2004, que institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios no setor do transporte público urbano de passageiros.

O novo regime de prestação de serviços públicos em parceria com a iniciativa privada foi pensado para ser aplicado, no âmbito dos órgãos da Administração Pública Direta

dos Poderes Executivo e Legislativo, aos Fundos Especiais, às Autarquias, às Fundações Públicas, às Empresas Públicas, às Sociedades de Economia Mista e às demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios. A considerar o volume de investimentos a ser implementado na realização de serviços públicos em prol da população, bem como em obras de infraestrutura necessárias à efetivação de tais serviços, o instituto da Parceria Público-Privada, ou simplesmente [PPP], foi instituído como uma resposta às novas exigências da sociedade e das formas contemporâneas de atuação da Administração Pública.

Nascida sob o signo da Eficiência, da Celeridade, do Interesse dos Usuários do serviço público, da Economicidade, da Transparência, da Responsabilidade Fiscal, da Repartição dos riscos entre parceiro público e parceiro privado e da Sustentabilidade Financeira da parceria, a PPP contrapõe-se ao modelo tradicional de concessão, bem como à burocracia estatal, possibilitando a adoção de um modelo específico e distinto daquele tratado na Lei n.º 8.987/95 e do procedimento licitatório tratado na Lei nº 8.666, de 1993, à qual se convencionou chamar de Lei Geral de Licitações [LGL].

Importante ressaltar, ainda, que a Lei das PPP's prevê uma disciplina própria para seu procedimento licitatório, estabelecendo que será adotada a modalidade Concorrência e exigindo a realização de diversos requisitos elencados no artigo 10, da Lei n. 11.079/04, dentre os quais pode-se citar a submissão da minuta de edital e de contrato à consulta pública, mediante publicação na imprensa oficial, em jornais de grande circulação e por meio eletrônico, que deverá informar a justificativa para a contratação, a identificação do objeto, o prazo de duração do contrato, seu valor estimado, fixando-se prazo mínimo de 30 (trinta) dias para recebimento de sugestões, cujo termo dar-se-á pelo menos 7 (sete) dias antes da data prevista para a publicação do edital licitatório.

Nos anos subsequentes, foram sancionadas algumas leis que alteraram alguns aspectos específicos do regime das PPPs. Podem ser citadas: a Lei nº 12.024, de 27 de agosto de 2009, que exclui das despesas derivadas de contratos de parceria, para efeito do *caput* do artigo 28 da Lei n.º 11079/04, as empresas estatais não dependentes; a Lei nº 12.409, de 25 de maio de 2011, que altera regras das garantias relativas ao Fundo Garantidor das Parcerias Público-Privadas [FGP]; a Lei n.º 12.766, de 27 de dezembro de 2012, que altera a lei das PPP's para dispor sobre o aporte de recursos em favor do parceiro privado; a Lei n.º 13.043, de 13 de novembro de 2014, que estatui normas tributárias relativas à Contribuição Previdenciária sobre a Receita Bruta, e a forma de apuração da Contribuição Sobre o Lucro Líquido [CSLL] e do

PIS/PASEP; a Lei n.º 13.097, de 19 de janeiro de 2015, que estabelece os requisitos e condições em que o parceiro público autorizará a transferência do controle ou a administração temporária da Sociedade de Propósito Específico [SPE] aos seus financiadores e garantidores, com os quais não mantenha vínculo societário direto, com o objetivo de promover a sua reestruturação financeira e assegurar a continuidade da prestação dos serviços e a Lei nº 13.137, de 22 de junho de 2015, que exclui a aplicabilidade das PPP's do âmbito do Poder Judiciário e autoriza a Câmara dos Deputados e o Senado Federal, por meio de atos das respectivas Mesas, a dispor sobre a Criação de Órgão Gestor de PPP's no caso de parcerias público-privadas por eles realizadas, mantida a competência do Ministério da Fazenda descrita no inciso II do § 3º do artigo 14.

Destarte, a evolução legislativa do instituto da PPP demonstra um aprimoramento do mesmo, no sentido de possibilitar-lhe maior segurança, agilidade e controle orçamentário, evitando (ou tentando reduzir), assim, um superendividamento estatal, ou mau uso das parcerias. A aplicação das PPP's, sem que haja profunda reflexão quanto a seus impactos jurídicos e de ordem socioeconômica, política e, ainda, ambiental, pode ser temerária e trazer prejuízos para a sociedade. Ademais, recai sobre o modelo da PPP desconfiança quanto aos reais benefícios oriundos deste molde contratual e de sua eficiência no sentido de implementar um serviço público adequado à população. Importa notar que na década de 1990, a estrutura administrativa do Estado Brasileiro passou por reformas, tendo o Governo Federal instituído um Programa Nacional de Desestatização, pela Lei n.º 8.031, de 12 de abril de 1990; depois alterado pela Lei n.º 9.491/1997, que tem como um dos seus objetivos: “reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público.”

A Constituição Federal de 1988, alterada pela Emenda Constitucional n.º 19/98, passou a conter, de maneira expressa, no *caput* do seu artigo 37, o Princípio da Eficiência, representando um dos princípios direcionadores da atuação estatal. No plano social, as manifestações de junho de 2013 deixaram evidente o descontentamento da população com o preço da tarifa da prestação do serviço público de transporte de passageiros e com a baixa qualidade dos serviços públicos prestados pelo Estado, dentre outros temas correlatos como: gastos com eventos esportivos de grande porte, corrupção, desemprego e reforma política.

Neste contexto, ante um cenário de escassez de recursos e tempo, é assente o viés marcadamente gerencial do instituto da PPP, de modo a possibilitar, nos contratos de concessão na modalidade PPP, dentre outras medidas, a implementação de cláusulas de

estímulo à eficiência, permitindo uma maior satisfação dos usuários do serviço público, com atendimento das funções essenciais do Estado. Ademais, o instituto da PPP confere razoável margem de liberdade ao administrador público, ao facultar sua adoção, atendendo à conveniência e à oportunidade, pilares que sustentam a discricionariedade do Poder Público, em obediência, aos requisitos legais mínimos impostos pela lei de regência, em consonância com o Princípio da Legalidade.

Mediante o exposto, a problemática do estudo reside em examinar se as Parcerias Público-privadas se mostram como instrumentos úteis e eficazes para garantir a adequação e a eficiência do serviço público de transporte urbano de passageiros. A importância do estudo em projeto tem relevo administrativo-constitucional, visto que a sociedade, a cada dia, está mais diligente no que concerne aos serviços prestados pelo Poder Público e anseia por uma melhor prestação desses serviços. Diante deste cenário, o problema central desta pesquisa é o seguinte: A Parceria Público-Privada, instituída pela Lei nº 11.079/2004, mostra-se como um instituto jurídico hábil a implementar um serviço adequado de transporte urbano de passageiros, em consonância com o Princípio Constitucional da Eficiência previsto no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal?

Para se buscar essa resposta, é essencial refletir sobre a influência dos novos paradigmas de Estado e de Administração Pública para as contratações públicas e demais atividades desenvolvidas pelo Estado, acerca dos impactos da reforma administrativa e dos influxos de um novo constitucionalismo na prestação de serviços públicos. Verificar como e em que medida a PPP pode ser considerada produto da influência gerencial nas contratações públicas no Brasil, modificando-lhes o perfil. E, ainda, se a utilização da PPP, no âmbito do serviço público de transporte de passageiros, atende ao Princípio da Eficiência, que rege a Administração Pública.

O fundamento da investigação deriva da inexistência de tratamento doutrinário adequado para o instituto das Parcerias Público-Privadas aplicáveis à prestação dos serviços públicos de transporte urbano de passageiros. Neste sentir, várias questões de alta complexidade emergem e passam a requerer uma análise científica aprofundada, pois não se pode perder de mente que o direito é uma ciência e, como tal, está sempre aprimorando e evoluindo seus conceitos e institutos.

Assim, pretende-se expor uma noção do serviço público, objeto de delegação pelo Estado aos particulares para a prestação de serviços públicos, em especial, para o serviço

público de transporte de passageiros com enfoque nas parcerias público-privadas como instrumento de efetivação do princípio constitucional da eficiência na prestação destes serviços. Pretende-se, por conseguinte, delinear quais são as nuances atuais dos serviços públicos no direito pátrio, considerando-se haver um direito fundamental dos cidadãos ao recebimento de um serviço público de transporte adequado e eficiente.

A noção de serviço público não é pacífica no direito, gerando controvérsias doutrinárias, especialmente, quanto à amplitude empregada ao termo, posto que pode significar todo e qualquer tipo de atividade estatal, ou, ainda, atividades estatais realizadas exclusivamente sob o signo do regime de direito público, ou abarcar atividades sob um regime jurídico total ou parcialmente público. Além disso, pondere-se que há previsão constitucional de determinadas atividades que, em que pese não sejam de titularidade exclusiva do Estado, posto que a Constituição permite a exploração livre pela iniciativa privada, como é o caso da saúde e da educação; não se desnaturam como serviço público, pois o Estado continua incumbido, obrigatoriamente, da realização e do oferecimento de tais serviços à população, como forma de garantia do mínimo existencial, mesmo que o particular, também, possa realizá-los.

Assim, no âmbito desta Dissertação, por serviço público, no contexto constitucional brasileiro, se pode entender a atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral e à realização dos direitos fundamentais, fruível individualmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres de prestação ou regulação, com ou sem reserva de titularidade, prestada diretamente, pelo próprio Estado ou por seus agentes; de forma indireta, por seus delegatários, concessionários e permissionários ou, ainda, por particulares, mediante autorização, sob um regime total ou parcialmente público.

A delegação de serviços públicos implica uma descentralização da realização destes serviços, o que poderá implementar um ganho de eficiência da sua prestação com proveitos significativos para a sociedade e para os cidadãos. Nesse passo, a legislação brasileira segue o caminho da modernização das atividades prestacionais do Estado com foco numa nova disposição procedimental e contratual que permite a realização do interesse público. A ideia de Eficiência na Administração Pública, liga-se diretamente ao Princípio administrativo-constitucional da Eficiência e, com isso, percebe-se que tal norma se irradia por toda a atividade da Administração Pública, consubstanciando-se no melhor modo de realização do interesse público, obviamente sem descurar de outros princípios, que devem ser com este harmonizados,

como é o caso da Legalidade e da Moralidade e demais normas, principiológicas ou não, que regem a Administração Pública.

As parcerias público-privadas são uma face dessa moeda, ou seja, são um instrumento de consecução do interesse público, por intermédio do Princípio da Eficiência, uma vez que servem como uma ferramenta útil e eficaz para a disposição de recursos públicos, em atendimento às necessidades básicas da população e, neste sentido, podem ser um mecanismo contratual interessante para a implementação de projetos de prestação de serviço público de transporte urbano de passageiros, tanto os que envolvem investimentos e riscos maiores, como aqueles que ensejam menores aportes, desde que nos limites legalmente estatuídos, a exemplo, dos serviços de Metrô, Veículos Leves sobre trilhos – VLTs e *Bus Rapid Transport* - BRTs .

A metodologia utilizada é descritivo-analítica, desenvolvida por meio de pesquisa bibliográfica-documental, mediante consulta a fontes legislativas, doutrinárias, jurisprudenciais, livros, artigos, periódicos, boletins, revistas especializadas, dados oficiais publicados na *Internet*, que abordem, direta ou indiretamente, o tema em análise; pura, haja vista que tem como finalidade ampliar conhecimentos sobre o instituto da Parceria Público-Privada, como instrumento de prestação do serviço público de transporte urbano de passageiros; qualitativa, visando ao aprofundamento e abrangência do tema; descritiva, posto que descreve aspectos históricos do desenvolvimento do Estado, bem como da sua atividade prestacional e do instituto das Parcerias Público-Privadas em cotejo com os Princípios Constitucionais regentes da atividade da Administração Pública, especialmente, o Princípio da eficiência; e exploratória, tendo em vista que objetiva aprimorar as ideias por meio de informações sobre o tema em foco. A dissertação está estruturada em quatro capítulos, cujos respectivos conteúdos serão descritos a seguir:

No Capítulo 1, apresenta-se a origem e a evolução histórica do Estado, bem como o papel deste na prestação dos serviços públicos, com especial ênfase no Estado brasileiro. Registra-se o surgimento do Estado de Direito e sua influência na formação e desenvolvimento do Direito Administrativo. De forma destacada, demonstra-se como surge e se desenvolve, no âmbito da administração, a transição da gestão patrimonial, passando pela gestão burocrática e chegando ao modelo de gestão gerencial da Administração Pública.

No Capítulo 2, demonstra-se o regime jurídico dos serviços públicos, a partir da análise das principais Teorias dos serviços públicos, em especial, as desenvolvidas na França, bebendo na fonte da Escola do Serviço Público. Além disso, perscruta-se acerca da delimitação

conceitual do termo serviço público, no intuito de buscar uma definição coetânea com o ordenamento jurídico brasileiro. Por fim, expõem-se os principais princípios norteadores do regime jurídico dos serviços públicos, bem como apresenta-se uma ideia acerca do que se pode conceber como serviço público adequado.

No Capítulo 3, apresenta-se a Parceria Público-Privada como um instrumento de realização do Princípio da Eficiência, mediante a aplicação deste instrumento à prestação de serviços públicos. Em consonância com o quadro evolutivo da Administração brasileira que passa pela desburocratização, pela desestatização e desemboca na privatização de determinadas atividades estatais, revela-se que a PPP não é uma forma de privatização, mas tão-somente uma forma de delegação do serviço público, ou seja, uma concessão que pode admitir a forma de concessão patrocinada ou administrada, caracterizada pela contraprestação pecuniária realizada pelo parceiro público em favor do parceiro privado.

No Capítulo 4, tem-se a apresentação dos fundamentos jurídicos da aplicabilidade das Parcerias Público-Privadas aos serviços públicos de transporte urbanos de passageiros, bem como o tratamento constitucional conferido a tal tipo de serviço, uma vez que o direito ao transporte, agora encartado como direito social, no artigo 6º da Constituição Federal, revela seu *status* de direito fundamental. Demonstram-se os limites da competência dos municípios, no que tange à prestação de serviços públicos de transportes e, ainda, que as PPPs podem ser, em determinadas situações, solução mais adequada do que a concessão comum na prestação estatal do serviço de transporte. Por fim, revela-se que a prestação de serviços de transporte pode se efetivar por diversos modelos, de modo isolado ou concomitantemente, dentre estes: Metrô, Veículo Leve sobre Trilhos – VLT e *Bus Rapid Transport* – BRT, sendo o modelo contratual da PPP uma alternativa para a implementação dos projetos de um serviço público de transporte adequado e eficiente.

Para finalizar a dissertação, apresenta-se síntese conclusiva, de acordo com o contexto argumentativo da pesquisa, que informa as Parcerias Público-Privadas como um instituto marcante da gestão administrativa gerencial, pautada na Eficiência do serviço público e que se apresenta como solução viável a afirmar o direito fundamental ao transporte público dos cidadãos.

1 O ESTADO E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Inicialmente, deve-se estabelecer, em linhas gerais, uma noção de Estado a partir das diversas concepções doutrinárias da Ciência Política e da Teoria do Estado, a respeito da origem, da essência, da justificação e dos fins do Estado e situar seu papel e atuação no cenário econômico, bem como sua formatação no âmbito constitucional brasileiro.

É importante notar que a consequência da institucionalização do poder é o surgimento do Estado. Em razão disso, o estudo do Estado reclama a compreensão de diversas formas de poder, em especial do poder político. Ademais, o estudo do Estado e das relações deste com a sociedade exige o estudo da origem e do funcionamento das instituições presentes numa sociedade politicamente organizada.

1.1 Estado na antiguidade

A existência do Estado decorre da própria existência humana e das relações interpessoais em sociedade que preconizaram a idealização de um ente abstrato indutor da soberania e da unidade política. Entretanto, o Estado, nem sempre teve a forma que hoje se concebe e que se costuma denominar de Estado Moderno¹, porém, mesmo antes de ser assim nomeado, já se podiam vislumbrar, desde a antiguidade, formações políticas concebidas como formas embrionárias de Estado, ou que, pelo menos, eram organizações sociais que retratavam de algum modo modelos de governo e formas de exercício do poder.

Na Antiguidade, a "representação do Estado era a Cidade", que condensava todos os poderes. (BONAVIDES, 2015, p. 37). Entre os egípcios, prevalecia um sistema teocrático, no qual havia uma forte concentração de poderes em torno do rei, que era tido como o detentor do saber jurídico. "O rei era governante, sacerdote, juiz e guerreiro". (NASCIMENTO, 1998, p. 19).

Os Babilônios, os Hebreus e os Hindus traduzem a imagem deste "Estado" Antigo, dando corpo ao "poder dos homens com o poder sobrenatural das divindades." (BONAVIDES, 2015, p. 38). O que se pode perceber, portanto, é que, na antiguidade, as formações políticas e sociais estavam impregnadas pela religião, pelo místico, como ocorre com

¹ É importante ressaltar que não há uma definição definitiva e fechada em torno das características do Estado Moderno.

o direito Hebreu, pautado na lei mosaica, Lei de Moisés, e que tinha um cunho eminentemente ético e religioso. Entretanto, podem-se notar algumas exceções a esse quadro, como se dá, por exemplo, em relação ao direito Babilônico, baseado no Código de Hamurabi, que tinha um conteúdo nitidamente social. (NASCIMENTO, 1998, p. 20).

Assim, além dos povos citados, registra-se que, na Índia, na Pérsia e na China, já se cogitava da existência de alguns traços característicos do Estado, mesmo que entre tais povos ainda não houvesse uma concepção definida e definitiva de Estado. Entre os indianos era evidente a estratificação social em castas, sendo a dos Brâmanes a casta superior dominante subjugava as demais e representava a Justiça, como designados de Deus para tal *mister*. Além disso, "os brâmanes põem-se por trás de um rei designado por Deus e ele mesmo é um deus. Assim, o Estado é teocrático no sentido rigoroso: o poder é de Deus e exercido por um Deus.". Na Pérsia, a situação é similar e o governo monárquico foi estabelecido pela divindade, sendo os reis seus descendentes e com a missão de "praticar o bem em relação aos humildes e deserdados." (AZAMBUJA, 2008, p. 163).

A filosofia chinesa, especialmente pautada nas ideias e na filosofia de Confúcio e Meng-Tseu, contém diversos preceitos acerca do governo, bem como dos deveres que necessitam ser impostos àqueles que governam. Para os chineses, "o príncipe é filho do céu, mas não um deus, e o poder não é um direito, mas um dever, o dever de fazer a felicidade do povo". Além disso, os chineses trouxeram, ainda, contribuição sobre a legitimidade do poder, assentindo que tal legitimidade repousa no consentimento do povo. Tais conclusões já foram extraídas pelos chineses pelo menos mil anos antes dos escritores ocidentais. (AZAMBUJA, 2008, p. 163-164).

Desse modo, as experiências do oriente, verificam-se como formações políticas que se podem reconhecer como formas embrionárias de Estado, ou, pelo menos, como organizações sociais que retratam, de algum modo, modelos de governo e formas de exercício do poder.

Na Grécia, por seu turno, desenvolveram-se as Cidades-estados com estruturas de poder autônomo, capazes de se organizar e de se autogerenciar, entretanto, a ideia que os gregos faziam de Estado era diversa da que atualmente se concebe e mesmo alguns institutos desenvolvidos pelos gregos, à época, devem ser analisados com cuidado, como é o caso da Democracia, pois não se olvida que a sociedade grega era escravocrata e que estes (os escravos)

não tinham direito algum, daí porque se dizer que, de fato, estar-se-ia diante de uma oligarquia na Grécia Antiga. (AZAMBUJA, 2008, p. 164-165)

Importante se faz, entretanto, diferenciar, na Grécia, o modelo de orientação social de Esparta e Atenas. Pode-se dizer que Esparta "fugiu por completo ao processo de uma evolução social que alcançou tanto os atenienses, como romanos e germânicos". Na sociedade espartana havia pessoas que não gozavam de qualquer direito, chamados de *ilotas*, os quais viviam em regime de autêntica escravidão. Estes formavam uma espécie de "servos do Estado" e eram "postos à disposição dos particulares para o trabalho no campo". (NASCIMENTO, 1998, p. 39).

Havia, na sociedade ateniense, uma divisão em classes sociais, baseada na riqueza. Nesta sociedade, o poder aquisitivo era determinante para estabelecer a posição social do indivíduo e, desse modo, possibilitar a participação na vida pública. A esse respeito é como esclarece Walter Vieira do Nascimento (1998, p. 39):

Tendo-se em vista a divisão de classes, eis como os atenienses participavam da vida pública de sua cidade: a) para o Arcontado, só podiam ser eleitos membros da primeira classe; b) para o Senado, membros da primeira, segunda e terceira classes; c) os membros da quarta classe eram privados dos cargos públicos, exercendo, porém, com já dito, o direito de voto na qualidade de integrantes das Assembléias do Povo.

O Estado grego era multifacetado e não havia uma unidade política completa, no sentido de que "cada Cidade-Estado formava um todo social, econômico e político, sendo, portanto, autarquias". Outra característica que deve ser pontuada pela importância é a de que "os Estados na Grécia estavam afetos a uma pequena população e extensão", aspecto que lhes garantia uma peculiar forma de governo e expressão do poder. (AZAMBUJA, 2008, p. 165). Nesse sentido, Paulo Bonavides (2000, p. 82) acentua que "eram Estados que se constituíam nas raíais da comunidade, dentro de uma cidade a *polis*, Estado-Cidade".

O pensamento político grego em muito se fundou nas ideias de Platão e Aristóteles. Na sua obra, "A República", Platão concebe uma cidade ideal, além disso, a filosofia idealista platônica revela que "o Estado deve ser, em ponto maior, o que é o homem em ponto menor. Assim, como o homem é governado pela razão, deve o Estado ser governado por sábios filósofos". Desse modo, pode-se perceber, também, no modelo de Estado platônico a importância, dos guerreiros e guardiães que teriam a incumbência de defender a *Polis* contra a subversão dos trabalhadores, ou seja, dos escravos. Na obra "As Leis", por seu turno, Platão

trata "da função educativa das leis para os futuros governantes". Assim, "propõe leis que visam a garantir o bem comum e a paz social", representando, embrionariamente, os escopos do Estado. Por seu lado, Aristóteles preconiza uma visão mais realista do Estado, especialmente na obra "A Política", a qual trata das formas de governo, da escravidão, de outros temas e estatui críticas ao idealismo de Platão. (DE CICCIO, 2015, p. 188-190).

Em Roma, as concepções de Estado não diferem muito daquilo que fora desenvolvido anteriormente pelos Gregos, apresentando, portanto, semelhanças, "desde a extensão diminuta, até a absorção igualmente absoluta do indivíduo na vida política". Entretanto, o grande diferencial romano, em face do Estado Grego, consistiu na "ambição de constituir um Estado Universal". Como Roma passou a conquistar diversos povos, o avanço e expansionismo do Estado Romano, bem como sua dimensão territorial, o fizeram passar de Estado-Cidade para um verdadeiro Estado. O Estado romano se diferencia, ainda, daquele estatuído pelos gregos na medida em que confere um significativo valor à instituição família e separa direito da moral. (AZAMBUJA, 2008, p. 166-167).

Fustel de Coulanges (1961, p. 629-630), na obra "A Cidade Antiga", acentua importantes características deste Estado romano, enredado pela religião, tanto no âmbito público como privado, segundo o autor, em Roma, "o Estado era uma comunidade religiosa, o rei um pontífice, o magistrado um sacerdote, a lei uma fórmula santa." Arremata ao afirmar de forma categórica que "o homem estava sujeito ao Estado pela alma". Outra característica marcante do Estado Romano era o ódio aos estrangeiros, que eram militarmente subjugados, e passavam por imposições religiosas e culturais de Roma.

O advento, desenvolvimento e avanço do Cristianismo, também, contribuíram para o progresso da Ciência Política e, especificamente, para a Teoria do Estado, possibilitando o desenvolvimento do conceito de Estado em relação àquele da Antiguidade, totalitário e despótico, especialmente de Grécia e Roma, fulcrado na religiosidade e aprisionamento espiritual do homem. Destarte, esse modelo de Estado Cristão propugnava a separação dos poderes terrenos e espirituais. Assim, na Idade Média, o desenvolvimento do conceito de Estado esteve ligado às ideias empreendidas pela Cristandade da separação entre o poder temporal e poder Espiritual. (CHATELET; DUHAMEL; PISIER-KOUCHNER, 1990, p. 13).

Neste sentido, "o preceito de Cristo 'Dai a César o que é de César e a Deus o que é de Deus' impunha a separação dos poderes" temporal (político) e espiritual (religioso), pois, se "de um lado mandava obedecer às leis e autoridades do Estado, de outro declarava a

independência da consciência humana [...]" (AZAMBUJA, 2008, p. 167-168; BONAVIDES, 2015, p. 38).

Os Germânicos, por seu turno, introduzem elementos individualistas nas relações do Estado com o indivíduo. Para eles, "a lei é uma simples norma editada pelo Estado, norma que pode ser justa ou injusta, devendo ser obedecida no primeiro caso e anulada no segundo caso. O direito para eles é a vontade divina, que se manifesta nas consciências individuais." (AZAMBUJA, 2008, p. 168).

1.2 Ideia de estado: concepções doutrinárias e o advento do estado moderno

A primeira utilização da palavra Estado, ligada à sociedade política, remonta o ano de 1513, ou seja, início do século XVI, advinda da obra: "O Príncipe", de Nicolau Maquiavel. (BONAVIDES, 2015, p. 40). Entretanto, como visto, "o Estado como ordem política da sociedade é conhecido desde a antiguidade aos nossos dias. [...] A *polis* dos gregos ou a *civitas* e a *respublica* dos romanos eram vozes que traduziam a ideia de Estado" (BONAVIDES, 2000, p. 73). A Teoria do Estado e a Ciência Política buscam elaborar parâmetros para uma definição de Estado, Paulo Bonavides, por sua vez, anuncia que o conceito de Estado admite três acepções distintas: uma filosófica, outra jurídica e, ainda, mais uma, sociológica.

A acepção **filosófica**, baseada nas ideias de Hegel, aponta que o Estado seria "realidade da ideia moral", a "substância ética consciente de si mesma", a "manifestação visível da divindade". A **jurídica** pauta-se, em especial, nas ideias de Kant e de Del Vecchio, este último afirma que "o Estado é o laço jurídico ou político ao passo que a Sociedade é uma pluralidade de laços". Por seu turno, Burdeau, citado por Bonavides, assevera que "o Estado se forma quando o poder assenta numa instituição e não num homem. Chega-se a esse resultado mediante uma operação jurídica que eu chamo a institucionalização do Poder". A acepção **sociológica**, por sua vez, apresenta como precursores Spengler, Oppenheimer, Duguit. Para este último, "o Estado seria sociedade humana na qual há diferenciação entre governantes e governados", e, em sentido restrito, "grupo humano fixado em determinado território, onde os mais fortes impõem aos mais fracos sua vontade." (BONAVIDES, 2000, p. 73-76).

Assim, diversos modelos de Estado foram concebidos, por diversos filósofos, políticos, juristas, antropólogos e sociólogos, alguns apresentam o **Estado como uma relação**

fática, ou seja, como um processo real de poder ou fenômeno de decisões, sendo assim, denominados modelos realistas, como se pode vislumbrar em Ferdinand Lassalle (1933, p. 30), que apregoa a Constituição, em essência, como a "soma dos fatores reais de poder que regem um país", e nas ideias de Carl Schmitt (1996, p. 31), que entende "*el Estado, no como algo existente, en reposo estático, sino como algo en devenir, surgiendo siempre de nuevo. De los distintos intereses contrapuestos, opiniones y tendencias, debe formarse diariamente la unidad política.*"

Além destes pensadores ressalte-se, ainda, a importância de Léon Duguit (2004, p. 07 e 58), que compreende o direito objetivamente como um fenômeno social. Portanto, concebe o Estado como ente desprovido de personalidade jurídica, podendo ser identificado com um fato, nesse sentido, obtempera que "uma construção jurídica só tem valor quando é síntese de fatos reais". Assim, na concepção deste jurista francês, o Estado decorre da interdependência social entre governantes e governados, ou seja, o Estado não consistiria numa pessoa jurídica abstrata, mas se edificaria em torno de uma concreta sociedade de indivíduos.

Georges Burdeau (2005, p. X e XI) assevera que "o Estado é, no sentido pleno do termo, uma ideia. Não tendo outra realidade além da conceptual, ele só existe porque é pensado". Esse autor acrescenta que "os homens inventaram o Estado para não obedecer aos homens". E, ato contínuo, aponta a razão para a criação do Estado: "Fizeram dele a sede e o suporte do Poder cuja necessidade e cujo peso sentem todos os dias, mas que seja imputada ao Estado permite-lhes curvar-se a uma autoridade que sabem inevitável, sem, porém, sentirem-se sujeitos a vontades humanas".

Ao tratar da institucionalização do Poder o cientista político francês, como já referido, acentua que "no Estado o Poder é institucionalizado, no sentido de ser transferido da pessoa dos governantes, que já não têm seu exercício para o Estado, que desde então se torna o seu único proprietário." (BURDEAU, 2005, p. 12).

Uma eventual crítica que poderia ser erigida ao modelo realista se consubstancia no fato de deferir à ordem jurídica um papel secundário e, portanto, idealiza um Estado carecedor de uma dimensão normativa, desprezando o aspecto jurídico, ou, pelos menos, relegando a perspectiva jurídica a um segundo plano.

Em decorrência, surgem os modelos jurídicos de Estado, com destaque ao modelo de Estado de Hans Kelsen (2000, p. 30 e 43), que concebe o Estado como ordem jurídica

e o de Santi Romano (1977, p. 61), seguido por Maurice Hauriou, que idealiza o Estado como instituição jurídica.

O Estado, na visão de Alfredo Augusto Becker (2002, p. 155 e 157), "nasce por relação natural e sobrevive por relação jurídica", ou seja, o referido autor entende que há uma necessidade humana de viver em sociedade como causa natural e inclinação intuitiva, assim, a natureza humana os levam a criar uma sociedade política. Neste sentido, pontua "O Estado, em sua origem, é sempre uma sociedade natural. A causa originária da sociedade política está na natureza humana racional dos indivíduos que a constituem." Porém, não basta a relação natural, importa salientar que tal relação natural enseja relação de vinculação entre os indivíduos, portanto, "o Estado nasce por relação natural e sobrevive porque ele mesmo - utilizando a força natural (capacidade de agir, Poder ou força natural racional) que está imanente no fato da existência real do Ser Social - transfigura a aquela relação natural em relação jurídica".

Ademais, aponta, ainda, que o Ser Social (Estado), como ser social não vive por si e obtempera que "o Estado não é algo que está e sim algo que começou e continua numa perpétua reafirmação de sua própria unidade." (BECKER, 2002, p. 156).

Ao abordar a temática do Poder, na sua embriogenia do Estado, Becker (2002, p. 183-184) acentua que "não se deve confundir o Poder, nem com o Ser que o tem (o Poder é uma força imanente do Ser), nem com o órgão que o exerce." Acrescenta que a embriogenia do Estado é uma espécie de "solidariedade psicológica continuada entre indivíduos", contínua e relacionada ao bem comum, sendo "o Poder do Estado o Poder dos indivíduos que se transindividualizou".

O jurista acima citado, neste ponto conjugado ao entendimento de Ruy Cirne Lima, entende que "uma só atividade do Estado é cogentemente vinculada ao fim do Estado: a atividade da administração e que esta consiste na forma de atividade humana que, obediente a um plano ou ordem preestabelecida, se propõe a realização de um fim determinado." (BECKER, 2002, p. 235-236). Além disso, afirma que "na relação jurídica de administração, o Estado figura no polo negativo e os indivíduos no polo positivo". Assenta, ainda, que:

o Estado, imediata e conaturalmente, situa-se no polo negativo da relação jurídica de administração na posição de sujeito passivo do dever jurídico de assegurar a realização e a continuidade da atividade da administração consistente na atividade humana que, obediente a um plano ou ordem preestabelecida, se propõe à realização de um fim determinado: O Bem Comum autêntico ou falso. (BECKER, 2002, p. 237).

A relação do Bem Comum autêntico ou falso diz respeito à filosofia predominante em determinada época e lugar, o que pode, de acordo com Becker, "falsear" ideia de Bem Comum. (BECKER, 2002, p. 181-182). Pode-se destacar, ainda, o modelo síntese, de Hermann Heller (1974, p. 267), que concebe o Estado como síntese do poder político (ser) e ordem jurídica (dever ser). Nesse ponto, estabelece que a norma deve ter eficácia social, demonstrando a tensão entre o poder político e a ordem jurídica, o que é objeto da Teoria Geral do Estado.

Na visão de Renato Treves (1957, p. 346), de acordo com Heller, deve-se buscar construir uma doutrina do Estado que venha a investigar *“la específica realidad de la vida estatal que nos circunda y de comprender al estado en su estructura y función actual, en su devenir histórico y en su tendencia evolutiva”*².

A definição de Estado que se mostra mais adequada, entretanto, na visão do jurista e cientista político Paulo Bonavides (2000, p. 79), é aquela imputada a Jellinek ao afirmar que o Estado “é a corporação de um povo, assentada num determinado território e dotada de um poder originário de mando”. O modelo dualista, de Georg Jellinek, apresenta o Estado em dois planos, um social e, outro, jurídico, propondo uma conciliação entre as teorias social e jurídica, mostrando-se, portanto, como uma conjunção dos modelos realista e jurídico.

Diante destas percepções acerca da ideia de Estado, deve-se ponderar que, historicamente, como assevera Heller, a noção de Estado apresenta um caráter evolutivo. Desse modo, a ideia de Estado vem se construindo, em marcha evolutiva, de acordo com a sociedade, a ideologia e os valores protegidos, desde a sua origem.

Concebe-se, então, por um lado, que a construção do Estado Moderno poderia ter como ponto de partida o Feudalismo, pós derrocada do Império Romano, que "se caracterizou pelo exercício acumulativo das diversas funções diretivas por parte das mesmas pessoas e pela fragmentação do poder central em pequenos agregados". (BOBBIO, 2000, p.114). Por outro lado, Bonavides (2015, p. 38) aponta que a Idade Média, com sua organização feudal, levantada sobre as ruínas do Império Romano, veio, em certa maneira, arrefecer a concepção de Estado.

Assim, nessa época, não se poderia falar, propriamente, em um Estado Feudal, pois "os senhores, os barões feudais, não eram soberanos, nem os feudos eram Estados, tomados

² Em tradução livre: "A específica realidade da vida estatal que nos circunda e de compreender o Estado em sua estrutura e função atual, em seu desenvolvimento histórico e em sua tendência evolutiva."

esses termos na acepção que hoje têm." (AZAMBUJA, 2008, p. 170). Lênio Streck, entretanto, percebe que "as deficiências da sociedade política medieval determinaram as características fundamentais do Estado moderno". Além disso, o autor destaca que "o Estado deve ter uma finalidade peculiar que justifique a sua existência". (STRECK; MORAES, 2003, p. 24).

No que tange, ainda, ao período **Medieval**, mostra-se importante ressaltar que, na percepção de Nelson Saldanha, a denominação Idade Média é equívoca e apresenta "problemas de caracterização", pois corresponde a "pelo menos mil anos de evolução histórica" e "abarca regiões culturais muito distantes entre si". Porém, o referido autor reconhece a existência de uma tradição enraizada na utilização do termo Idade Média, além disso, sustenta a aplicação do termo à impressão de unidade oriunda de certos fatores: "generalidade do sistema feudal, abrangência ecumênica da *Cristianitas*, semelhança global de formas linguísticas e culturais de matriz latina". (SALDANHA, 2000, p. 16).

Na visão de Saldanha (2000, p.17), esse período não foi uma "idade de trevas"; nem "época de mandos absolutos, nem de poder pessoal ilimitado". "A imagem hoje mais aceitável é a de que na Idade Média o poder sempre foi limitado, controlado, repartido, refratado". Tal afirmação sustenta nos seguintes motivos: na concepção teocêntrica das coisas, a ideia de que todo poder vinha de Deus, a dispersão dos centros de produção e de consumo, e a presença de graus e focos de poder nos vários feudos, nas cidades, nos parlamentos, no império, no papado, nos reinos. Fritz Kern afirma que a "ideia central da monarquia na alta Idade Média era a de uma submissão do rei ao Direito". Tais ideias não são, ainda, inteiramente liberais, mas "apontam um modo de tratar o problema de liberdade, que já era 'ocidental' e que revela uma forte consciência do problema da convivência dos homens com o poder". (SALDANHA, 2000, p. 17).

Desenvolveu-se, em transição, o modelo de Estado que se denominou de Estado Estamental, estratificado e fragmentado, que se pode conceber como "uma organização política na qual se foram formando órgãos colegiados, [...] que reúnem indivíduos possuidores da mesma posição social [...] e enquanto tais fruidores de direitos e privilégios que fazem valer contra o detentor do poder soberano". (BOBBIO, 2000, p.114).

O Estado Moderno, fundamentado na ideia de soberania, sobrepõe-se ao arquétipo feudal até então desenvolvido, suplantando tal modelo, o qual, de fato, não se poderia conceber como um "verdadeiro Estado", como já exposto alhures.

O Estado Absoluto, por sua vez, foi a "primeira expressão do Estado moderno, que tinha como objetivo a construção de uma nova forma estatal, alicerçada na ideia de soberania, objetivando a concentração de todos os poderes nas mãos dos monarcas." (SCHLICKMANN; KOCH, 2013, p.1.436). A ideia de soberania presente na Idade Média é o traço mais característico do Estado Moderno. Diante disso, pode-se afirmar que “foi a soberania o grande princípio que inaugurou o Estado Moderno impossível de constituir-se se lhe falecesse a ideia de um poder inexpugnável, teorizado e concretizado na qualidade superlativa de autoridade central, unitária, monopolizadora de coerção”. (BONAVIDES, 2015, p. 39).

A palavra soberania, etimologicamente, deriva do vocábulo francês *souveraineté* que, na definição de Bodin, desenvolvida na obra *Les Six Livres de la République*, expressa “o poder absoluto e perpétuo” de uma República. Destaque-se que, aqui, “a expressão República equivale ao moderno significado de Estado”. Jean Bodin afirma que “a soberania é um poder absoluto e perpétuo de uma República em relação aos que manipulam todos os negócios de Estado de uma República.” (BODIN; MAIRET, 1993, p. 74).

A pesquisadora Liziane Paixão Silva Oliveira (2006, p. 82) observa, com propriedade, após estudo sobre a conceituação de soberania e a globalização, que "O termo 'soberania' era utilizado na Idade Média distintamente da forma como será interpretado no século XVI. A noção de soberano que qualificava a pessoa do rei passa, na Idade Moderna, a caracterizar o Estado moderno, apresentando novo significado." Ademais, ressalta: “a soberania é um elemento essencial para a existência do Estado e, com base em conceito jurídico tradicional, é o poder exercido por uma entidade estatal que tem como característica a conjugação de autonomia e independência.”.

O Estado Moderno do Absolutismo passa, então, por duas fases. Inicialmente, encontra fundamento na doutrina dos teólogos, fulcrada em um Poder Divino, que "põe o altar ao lado do trono para lhe dar arrimo e sustentação." (BONAVIDES, 2015, p. 42).

Na segunda fase, conta com a construção da doutrina do Contratualismo Social, expressada na obra o "Leviatã"³, de Hobbes, que viria a ser um tratado de justificação dos

³ Para Hobbes, conforme assinala Wollmann (1993, p. 64-65), “o Estado é a multidão de homens unidos a uma só pessoa que os representa a todos. Assim é gerado o grande Leviatã, o Deus Mortal A pessoa detentora deste Poder é soberana e todas as demais passam a ser súditos. Hobbes sabe que este Estado é monstruoso. Compara-o ao monstro bíblico Leviatã, cujo nome deriva de um monstro marinho de que fala o livro de Jó (40, 25-32; 41, 1-26; Sl &4, 14; Gz 29, 3; 32, 2). Não há autoridade sobre a terra que se pareça com ele, diz o verso de Jó ao definir o Leviatã”.

poderes extremos, privilegiando a segurança em detrimento da liberdade e a lei à justiça. Nesse ponto, a fundamentação do poder não tem origem na divindade espiritual e religiosa, mas na razão prática do próprio homem. “O homem perdia a liberdade, mas ganhava em troca a certeza da conservação”. (BONAVIDES, 2015, p. 42-43).

Deve-se observar que o constitucionalismo surge a partir de diversos acontecimentos históricos e sucessivos, não se consubstanciando numa ruptura brusca em relação ao absolutismo. Nesse sentido, as revoluções federalistas americanas, ou mesmo a Revolução Francesa, são movimentos que propugnam a ruptura com o modelo absolutista então vigente. Diversos pensadores com Thomas Hobbes e John Locke, na Inglaterra do século XVII, por exemplo, desenvolveram teorias contratuais para delinear as relações entre Estado e indivíduos. No século XVIII, despontam as teorias de Montesquieu e Rousseau, na França. Destarte, muitas ideias contrapostas ao regime centralizador surgem no continente, neste limiar, e vão influenciar, por certo, os americanos Madison e Hamilton, pensadores da teoria do Estado constitucional.

Importante, ainda, assinalar que o constitucionalismo (Estado Constitucional) vem *a posteriori* substituir o Absolutismo (Estado Absoluto), iniciando-se, com a denominada "idade do constitucionalismo". Assim, assegura Bonavides (2015, p. 47) “a premissa capital do Estado Moderno⁴ é a conversão do Estado Absoluto em Estado Constitucional; o poder já não é da pessoa, mas de leis. São as leis, e não as personalidades, que governam o ordenamento social e político. A legalidade é a máxima de valor supremo [...]”.

De acordo com o referido autor, o Estado Constitucional apresenta três categorias essenciais, sendo estas: o Estado Constitucional da Separação dos Poderes, o Estado Constitucional dos Direitos Fundamentais e, por fim, o Estado Constitucional da Democracia-Participativa. (BONAVIDES, 2015, p. 47). A ascensão política da Burguesia, conjugada a aspectos econômicos, sociais e, mesmo, políticos, leva a um quadro revolucionário. Neste último ponto, por exemplo, pode-se citar o caos administrativo da Monarquia, bem como a oposição das ideias iluministas. A burguesia, pautada nos ideais de liberdade, igualdade e fraternidade, contrapõe-se aos interesses dos monarcas absolutos e pugna pela limitação dos poderes estatais.

⁴ Neste ponto, é importante ressaltar que embora o autor tenha utilizado a expressão Estado Moderno, seria mais adequado utilizar a expressão Estado Contemporâneo.

Assim, a Revolução Francesa vem a abolir as associações intermediárias entre o indivíduo e o Estado. Tal quadro implicaria, ainda, no nascimento de um Estado de Direito, fundamentado nas liberdades individuais, a partir da limitação do poder pautada nas doutrinas contratuais, especialmente, fundada nas ideias de Jean-Jacques Rousseau (AZAMBUJA, 2008, p. 170); ou, nas palavras de Bonavides (2015, p. 44) há, nesse período, uma essencial transformação social, dando início à era “do Homem que faz a Lei, que governa ou deixa governar, que cria a representação, que toma consciência da legitimidade, que é poder constituinte e poder constituído”. A partir daqui, ganham força as declarações de direitos e os indivíduos passam a ter direitos assegurados pelo Estado.

O modelo liberal, na percepção do jusfilósofo Norberto Bobbio, encarta “uma determinada concepção de Estado, na qual o Estado tem poderes e funções limitadas, e que se contrapõe tanto ao Estado absoluto, quanto ao Estado que hoje chamamos social”. (BOBBIO, 1998, p.07). O Estado liberal, no cenário econômico, marca uma postura absenteísta do Estado, pautando as relações na autonomia da vontade e no interesse individual das partes, representado nas relações contratuais. Schlickmann e Koch (2013, p.1.444-1.445) acentuam que:

No final do século XIX, um fator novo foi inserido na filosofia liberal: a justiça social, vista como a necessidade de apoiar os indivíduos de uma outra forma quando a autoconfiança e iniciativa não lhe davam mais proteção, e quando, pela busca da satisfação de suas necessidades básicas, o mercado não demonstrava a flexibilidade ou a sensibilidade procurada. Desta forma, o Estado mínimo se transformou em Estado social, com uma política de Estado intervencionista.

Ressalte-se que a classe burguesa se soergueu sob os auspícios dos impérios absolutistas que privilegiavam uma política mercantilista, dando azo ao surgimento, crescimento e consolidação da burguesia enquanto classe. Neste sentido, percebe-se que “a luta formativa do liberalismo foi a reivindicação de direitos (religiosos, políticos e econômicos) e a tentativa de controlar o poder político.” (MERQUIOR, 2014, p. 33). Desse modo, os pensadores liberais, em sentido crescente, passam a criticar o modelo monárquico-feudal, então em decadência, e pautam suas ideias no contrato social, no qual a origem e o destinatário do poder político é o indivíduo. Sendo assim, o quadro de sujeição social do indivíduo ao Estado-Soberano-Absoluto é substituído por um cenário de liberdade e autonomia individual.

No âmbito econômico, as principais características dos ideais liberais residem na liberdade contratual, na intervenção mínima do Estado e, ainda, na proteção ao direito de

propriedade, evitando, pois, abusos e arbítrios estatais que viessem a suprimir os bens dos indivíduos, em especial, da classe burguesa.

Observe-se, ainda, que, nesse período, entre os séculos XVIII e XIX, teve origem outra revolução, a Revolução Industrial, a qual consolidou na classe emergente burguesa, tanto o poder econômico, tendo em vista o surgimento de uma sociedade capitalista industrial, como o poder político, fixando as bases do Estado-Liberal Burguês. Porém, a história mostrará as fissuras deste modelo que se mostra imperfeito, porque continua a oprimir o homem e o impossibilita de ter um mínimo de garantia para a sua própria sobrevivência social.

Deve-se notar que, neste quadro, o desenvolvimento do Estado Constitucional que se enuncia e, portanto, do Estado Constitucional Liberal, do Estado Constitucional Social e do Estado Constitucional Democrático de direito não decorre de uma ruptura temporal incisiva e delineada, de modo que não estão estanques, separados hermeticamente sem contato ou ligação. Paulo Bonavides (2015, p. 47) esclarece que “não há propriamente uma ruptura no tempo tocante ao teor dessas três formas imperantes de organização estatal, senão metamorfose, que é aperfeiçoamento e enriquecimento e acréscimo, ilustrados pela expansão crescente dos direitos fundamentais.”

O Estado Liberal, apesar de edificar importantes valores como liberdade e igualdade, mostrou-se inadequado sob alguns aspectos, pois a concentração de rendas, o soerguimento de grandes monopólios acabou por dar origem a uma classe oprimida e miserável, o proletariado. Neste sentido, Marx e Engels definem as relações então vivenciadas como um “capitalismo selvagem”, alertando que “o proletariado se desenvolve em ritmo paralelo ao desenvolvimento da burguesia. Essa classe de operários modernos só pode viver se houver trabalho para eles e só encontram trabalho para eles, na proporção em que a burguesia aumenta o seu capital.” (MARX e ENGELS, 1984, p. 24). Desse modo, propunham a superação do Modelo Liberal pelo socialismo.

Contudo, Paulo Bonavides (2001, p. 194) aponta que este modelo de Estado Socialista se apresenta sob um viés radical, principalmente porque propõe uma teleologia de abominação do Estado. Por mais opressor que este Leviatã tenha se tornado, o modelo teórico ocidental fundamenta-se sob conceitos que historicamente fincaram-se na própria constituição social. A luta francesa pelos ideais de liberdade, igualdade, fraternidade, o compromisso inglês na Magna Carta, os ideais de Constituição e democracia nos EUA, todos estes aspectos tornaram-se não só simbolismo, mas fundamentos que mesmo desconfigurados pelo *lassiez-*

faire, laissez-passar do Estado Liberal, ainda se propagam como parte de uma “Essência do Homem.”.

Esse quadro de desigualdade, entretanto, ensejou a busca por soluções o que se pode verificar pelo advento das constituições do México (1917) ou mesmo de Weimer (1919), ou ainda, pela aplicação da política Americana conhecida como *New Deal*, após a crise econômica de 1929, emergindo o Estado Social, Estado do bem-estar social (*welfare state*), de origem Keynesiana, que buscaria a intervenção na ordem econômica e social para proteger os menos favorecidos, nesse sentido, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2009, p. 08-09) pontua: "a preocupação maior desloca-se da liberdade para a igualdade.”

Diante desta dicotomia, Bonavides (2001, p. 194) vislumbra uma solução justamente num modelo de Estado que permita conciliar estes dois principais aspectos, o individual e o social. Tem-se, então, o Estado Social, ou melhor, a alternativa histórica apresentada para a conciliação do Estado Liberal e Estado Socialista. Importante destacar, neste ponto específico, que o Estado Social não se confunde com socialismo ou comunismo, assim, a "socialização não se confunde com socialismo, mas designa a preocupação com o bem comum, com o interesse público, em substituição ao individualismo imperante, sob todos os aspectos, no período do Estado Liberal." (DI PIETRO, 2009, p. 09).

A "crise" do Estado liberal, assim, possibilitou a tentativa de desenvolvimento de um Estado dito Social, que representou a concentração do Estado de diversas atividades sociais e econômicas, o que proporcionou um inchaço da máquina administrativa, um crescimento desmedido do Estado e uma atuação mais intensa na economia, uma vez que “estatiza empresas, participa, com capital privado, de empresas mistas e cria empresas com capital público” (MEDAUAR, 2003, p. 88-89). Esse modelo de Estado interventor, paternalista, sofrerá alguns pontos de inflexão, em especial na década de 70 do século XX, quando ocorrerá um inchaço das atribuições estatais levando a uma crise econômica e social, abrindo novos caminhos para o liberalismo.

A expectativa assentada no padrão de Estado Social, especialmente para a resolução das demandas econômico-sociais, torna-se frustrada com o advento da crise desencadeada nos anos 70, do século XX. O Estado interventor desmorona frente ao acúmulo das necessidades econômicas e das demandas sociais (movimentos feministas, estudantis, ambientais), que eclodem no mundo, desde a década anterior. Ademais, segundo corrobora Di Pietro (2009, p.12), "a forma burocrática de organização, [...], acabou por contribuir para a

ineficiência do Estado na prestação dos serviços, agravada pelo volume de atividades e pela crise financeira que tiveram que enfrentar, especialmente, os países da América Latina."

Em função da fragilidade do modelo de Estado Social⁵, que marcou presença, especialmente, na Europa Continental, abre-se, então, espaço a uma nova perspectiva de cunho liberal então nomeada de "neoliberalismo", que se apresenta como um norte para a superação da "crise", notadamente, a crise econômica e financeira de 2008, que abalou gravemente as instituições financeiras e de fomento. Deve-se destacar, por oportuno, que o pensamento neoliberal fincava suas bases teóricas muito antes, desde o final da Segunda Guerra Mundial, através da figura do economista e vencedor do prêmio Nobel de Economia de 1974, Friedrich August von Hayek, especialmente, nas ideias expostas na obra "O caminho da servidão", de 1944, na qual Hayek desfere vivas críticas ao Partido Trabalhista Inglês, às práticas do Keynesianismo e à sua concepção de intervenção do Estado na economia.

Os neoliberais apresentam um modelo de Estado mínimo, ou seja, criar alternativas para que o Estado acumulasse e exigisse capitais, através de uma contratação Estatal, redução das atividades prestacionais sociais, flexibilização das relações trabalhistas e uma política de privatização, conferindo ao setor privado a possibilidade de retomar tarefas estatais e o ingresso de maior quantidade de capital na economia.

As décadas de 1980 e 1990 foram permeadas pelo modelo das políticas neoliberais. Com exemplos, podem ser citadas as políticas implementadas por Margaret H. Thatcher, na Inglaterra, Helmut Kohl, na Alemanha, Ronald Reagan, nos EUA, ou, ainda, com Carlos Menem, na Argentina, Carlos Andrés Perez, na Venezuela, Fernando Collor de Mello e Fernando Henrique Cardoso, no Brasil. A eclosão desta onda neoliberal acarreta nova discussão em relação à problemática de conservação das garantias mínimas aos cidadãos. A política de privatização e de uma ampla liberdade econômica, relega a um segundo plano os direitos sociais (trabalho, lazer, moradia, etc.), que fundamentam o Estado Social.

Na sombra deste novo momento de crise, um novo modelo estatal apresenta-se como proposta conciliadora a estes embates entre o neoliberalismo e o Estado Social. Um arquétipo de Estado que não propõe apenas implementação de políticas sociais, tampouco se fundamenta, exclusivamente, numa liberdade incondicional, mas que possibilita ao "cidadão" a construção de suas próprias escolhas no âmbito do Estado.

⁵ Importante ressaltar que no Brasil não se chegou a desenvolver um modelo de Estado tipicamente social, que possa, portanto, ser rotulado como Estado Social.

Há, pois, um Estado Democrático, fundamentado na garantia jurídica de participação e discussão dos direitos, em que o homem constrói seus espaços de liberdade e, ao mesmo tempo, decide sobre seus direitos sociais a serem protegidos. Neste sentido, De Toqueville (1866, p. 546) assenta:

A democracia amplia a esfera da liberdade individual, o socialismo a restringe. A democracia atribui a cada homem o valor máximo; [...] Democracia e socialismo nada têm em comum exceto uma palavra: igualdade. Mas observe-se a diferença: Enquanto a democracia procura a igualdade na liberdade, o socialismo procura a igualdade na repressão e na servidão.

Este modelo estatal democrático inaugura o sentido de multiplicidade social, possibilitando a emergência de um espaço onde os interesses dos indivíduos enquanto membros de determinados grupos sejam destinados para a consecução de objetivos econômicos, políticos, culturais e outros (GUERRA FILHO, 2001, p. 159).

Portanto, aponta-se um Estado Democrático de Direito, e uma reconfiguração do papel atribuído ao jurídico, ao Direito, como garantidor da procedimentalização democrática, que permita que as vozes dos mais diversos cidadãos e grupos possam ter participação ativa na construção de seu próprio modelo de Estado. Neste toar, ao tratar da coesão interna entre Estado de Direito e a Democracia, tomando por exemplo as políticas feministas de equiparação, Habermas aborda a concepção jurídica procedimentalista e assevera que:

Em lugar da controvérsia sobre como melhor assegurar a autonomia das pessoas do direito por meio de liberdades subjetivas para haver concorrência entre indivíduos em particular, ou então mediante reivindicações de benefícios outorgados a clientes da burocracia de um Estado de bem-estar social, surge agora uma *concepção jurídica procedimentalista*, segundo a qual o processo democrático precisa assegurar, ao mesmo tempo, a autonomia privada e pública: os direitos subjetivos, cuja tarefa é garantir às mulheres um delineamento autônomo e privado para suas próprias vidas, não podem ser formulados de modo adequado sem que os próprios envolvidos articulem e fundamentem os aspectos considerados relevantes para o tratamento igual ou desigual em casos típicos. Só se pode assegurar a autonomia privada de cidadãos em igualdade de direito, quando isso se dá em conjunto com a intensificação de sua autonomia civil no âmbito do Estado. (HABERMAS, 2002, p. 297)

Portanto, no Estado Democrático de Direito há uma revalorização dos direitos individuais de liberdade, fundamentados agora sob a égide dos princípios. Estes devem assegurar a diferença e possibilitar a qualquer homem, grupo ou movimento, discutir sua forma de posicionamento na sociedade. Há um espaço de legitimidade, em que as divergências podem

ser evidenciadas; onde a igualdade entre as partes é sustentada por princípios que asseguram o não-arbítrio de grupos considerados mais fortes política ou economicamente. Este é o espaço jurídico, de procedimentalização, em que o Estado, sob o manto do Direito, passa a ser lugar de construção do convívio com as diferenças.

Entretanto, não se pode deixar de observar que, atualmente, “o Estado está abandonando algumas funções e assumindo outras, o que o está levando a um novo papel, onde o setor público passa de produtor direto de bens e serviços para indutor e regulador do desenvolvimento.” (PIMENTA, 1998, p. 173). Acentua, ainda, o autor que as “principais funções deste novo Estado são a regulação, a representatividade política, a justiça e a solidariedade”. (PIMENTA, 1998, p. 174).

1.3 Estado de direito, direito administrativo e administração pública

Na época das monarquias absolutistas o exercício do poder era advindo das divindades, sendo, portanto, o monarca uma espécie de representação de Deus na Terra. Nesse contexto, o poder ilimitado dos monarcas absolutistas inviabilizava o surgimento de um campo fértil para o desenvolvimento da própria Administração Pública.

Com o advento do Estado de Direito surgem as condições adequadas para o desenvolvimento de um Direito Administrativo. Daí porque Celso Antônio Bandeira de Mello (2006, p. 45) afirma: “o Direito Administrativo nasce com o Estado de Direito”⁶. No mesmo sentido, Odete Medauar (2012, p. 45) acentua que “o direito administrativo vincula-se à concepção de Estado de Direito, justamente porque fixa normas para as atividades da Administração, que é um dos setores do Estado.” Também este é o entendimento de Carlos Ari Sundfeld (2014, p. 107) ao afirmar que “o direito administrativo - resultado da implantação de certo modelo político, o chamado Estado de Direito - liga-se a este fundamental objetivo: o da negação do poder arbitrário”.

⁶ Neste ponto é importante assinalar que a autonomia do Direito Administrativo nasce com o Estado de Direito, mas as normas administrativas sempre existiram, em qualquer espécie de organização estatal. Neste sentido, Di Pietro (2006, p. 1), assenta: “o direito administrativo, como ramo autônomo, não tem, evidentemente, 500 anos de existência, nem no Brasil nem em qualquer outro país do mundo. Ele nasceu em fins do século XVIII e início do século XIX. Isto não significa, contudo, que inexistissem anteriormente normas que hoje comporiam esse ramo do direito, pois onde quer que exista o Estado, existem órgãos encarregados do exercício de funções administrativas. O que ocorre é que tais normas se enquadravam no *jus civile*, da mesma forma que nele se inseriam as demais, hoje pertencentes a outros ramos do direito”.

Como visto antes, nos momentos históricos precedentes ao Estado de Direito e, por conseguinte, ao Estado Constitucional, não se pode falar propriamente de uma submissão do Estado à ordem jurídica; como já se viu, o poder do Estado era antes expressado por uma figura divina, sendo, portanto, inatingível, irrestringível, ilimitado. Ressalte-se, ainda, que, nesse contexto, os membros da sociedade eram considerados súditos, obedientes às imposições e desmandos dos monarcas absolutos e não cidadãos na expressão que se pode hoje conceber a tal termo.

Algumas expressões representativas das ideias desta época, pré-Estado de Direito, ilustram de forma clara o quadro ideológico outrora vivido, como se pode perceber na célebre frase do rei Luís XIV, *L'État c'est moi*⁷; ou, ainda, na expressão: *The king can do no wrong*⁸, a qual simboliza, inclusive, o estágio de irresponsabilidade estatal, no qual o poder dos Príncipes não encontrava limitação. Por Estado de Direito, portanto, pode-se compreender aquele "Estado que realiza suas atividades debaixo de uma ordem jurídica, contrapondo-se ao superado Estado-Polícia, onde o poder político era exercido sem limitações jurídicas, apenas se valendo de normas jurídicas para se impor aos cidadãos" (SUNDFELD, 2014, p. 36).

Com este Estado de Direito, os poderes dos governantes conhecem limites jurídicos, portanto, "somente sob a inspiração da ideia de Estado de Direito seria possível fixar preceitos que protegem os direitos dos indivíduos, perante a Administração, limitando o poder das autoridades" (MEDAUAR, 2012, p. 45). Nesse contexto, concebe-se o campo fértil para fazer desabrochar o Direito Administrativo.

Os fundamentos ideológicos deste Direito Administrativo repousam, principalmente, nas concepções filosóficas de Rousseau e Montesquieu. O primeiro contribui com o Princípio da Igualdade de todos os homens e, consequentemente, com a ideia de soberania popular. Ademais, a percepção de Estado de Rousseau se sustenta no Princípio de que todos os homens são iguais e nascem livres. Neste sentido, o Estado Representativo tem lugar e é considerado "não mais *ex parte principis* mas *ex parte populi*. O indivíduo vem antes do Estado. O indivíduo não é pelo Estado, mas o Estado pelo indivíduo". (BOBBIO, 2000, p.116).

Por seu turno, Montesquieu afirma que todo aquele que detém o poder tende a abusar dele e que o Poder vai até onde encontra limites, desse modo, o poder só poderia ser

⁷ Tradução livre: "O Estado sou eu".

⁸ Tradução livre: "O Rei não erra."

controlado pelo próprio poder, conseqüentemente, a solução para estabelecer o equilíbrio estatal seria o fracionamento do Poder, tal concepção edifica a tripartição do exercício do Poder que se passou a denominar Princípio da Separação dos Poderes. (MELLO, 2006, p. 47-48).

O Direito Administrativo despontou, destarte, sob a égide da formação do Estado liberal, no qual se desenvolveram os princípios do individualismo em todos os aspectos. De forma paradoxal, são inerentes ao regime administrativo características de autoridade e supremacia sobre o indivíduo, no sentido de se garantir os interesses da coletividade. Como assevera Fernando Garrido Falla (1962, p. 32; 44), desde meados do século XX, interessa mais ao indivíduo “ter um sistema perfeito de seguridade social e bons serviços públicos do que seguir crendo no dogma da liberdade por si mesma, que para tantos miseráveis não implicou outra coisa do que uma bela liberdade para morrer de fome”.

Consoante pontua o jurisconsulto português Marcello Caetano (1966, p. 10) o Direito Administrativo “vai assim despontando, em França, como conjunto de normas reguladoras da organização de um sistema de autoridades unicamente dependentes do Poder Executivo e que possui regras próprias de *actuação*, de disciplina e de responsabilidade”.

Afirma, ainda, o jurista português que a atuação da Administração tem, na França, sua atividade subtraída da censura dos tribunais, pois, nesse contexto, o perigo do arbítrio seria impedido pela existência do Contencioso Administrativo. (CAETANO, 1966, p. 10). Os franceses, portanto, nesse quesito, tinham por intenção evitar que o Poder executivo se subjugasse aos juízes, posto que estes faziam parte da nobreza descontente com a Revolução Francesa, desse modo, a atribuição de julgar os atos da Administração foi conferida a um órgão que integrava a própria Administração, ou seja, o Conselho de Estado. (SUNDFELD, 2014, p. 105).

Foi este órgão, o Conselho de Estado que, na França, passou a edificar decisões em torno das atividades da Administração e, pouco a pouco, distinguindo aquilo que era matéria afeta ao direito civil e, portanto, não tinha pertinência ou aplicação à Administração, e aquilo que era, materialmente, norma de conteúdo administrativo. A este agregado de preceitos jurídicos nominou-se Direito Administrativo. (SUNDFELD, 2014, p. 106).

O Direito Administrativo no paradigma do Estado Social representa um intento de tornar compatível a prerrogativa da Administração com um sistema de garantia para os direitos dos particulares, considerando que cabe à Administração não só implementar direitos fundamentais provendo necessidades públicas, como saúde e educação, mas, da mesma forma,

garantir a ordem e segurança, planejar, intervir e dirigir a ordem econômico-financeira, dentre outras funções. (FALLA 1962, p. 43).

O Estado, uma vez constituído, realiza suas finalidades e desígnios por meio de três funções, através das quais se divide a sua atividade, são elas: a função legislação, a função administração e a função jurisdição. Cada qual afeta a específicas manifestações do poder do Estado. A função legislativa refere-se ao fenômeno da formação do direito, por sua vez a função de administrar implica em aplicar a lei de ofício e a jurisdicional na atividade julgadora, aplicando-se, portanto, a lei contenciosamente. (FAGUNDES, 1979, p. 4-5).

É importante assinalar, ainda, que tais funções não são exercidas com exclusividade por cada um do Poderes constituídos do Estado, destarte, cada um desses Poderes exerce tipicamente a função que nominalmente lhe corresponde, exercendo as outras duas funções estatais de modo atípico. A Administração, enquanto função estatal, pode-se considerar como “aquela pela qual o Estado determina situações jurídicas individuais, concorre para a sua formação, e pratica atos materiais” (FAGUNDES, 1979, p. 08). Ou seja, a administração é uma atividade do Estado que se realiza sob uma ordem jurídica e que consiste na execução de atos materiais, ou de atos que determinam situações jurídicas para casos individuais.

Não se pode, entretanto, incorrer no equívoco de definir a administração ou a função administrativa pela simples exclusão da função jurisdicional; nem se pode afirmar que somente à administração é deferida a missão ou incumbência de realização das necessidades coletivas, posto que a legislação, por promover o ordenamento da vida social, também, se pode vislumbrar como condutora de uma necessidade coletiva. Ademais, a jurisdição, igualmente, é movida para atender a necessidade coletiva de edificação da paz social. A administração, segundo observa o jurista potiguar Miguel Seabra Fagundes (1979, p. 10 e 30), talvez realize algumas necessidades mais palpáveis, mais sensíveis, materializadas através de serviços públicos, mas nunca mais imperiosas. A atuação da administração se pauta na ideia da supremacia do interesse público sobre o privado.

Alguns autores contemporâneos⁹, entretanto, indicam a ocorrência de um enfraquecimento ou uma desconstrução do Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Privado, conferindo conotação autoritária à Administração Pública, que se sustentaria em tal princípio. Desse modo, na França, algumas de suas regras e princípios foram extraídos das decisões emanadas do próprio Conselho de Estado, que como se sabe, é órgão do próprio

⁹ Daniel Sarmiento; Humberto Ávila; Gustavo Binenbojm; Alexandre Aragão, dentre outros.

Executivo. Assim, segundo esta corrente “nenhum cunho garantístico dos direitos individuais se pode esperar de uma Administração Pública que edita suas próprias normas jurídicas e julga soberanamente seus litígios com os administrados”. (BINENBOJM, 2014, p. 12).

Neste cenário, não se poderia esperar que vicejasse o respeito aos direitos individuais do cidadão frente à Administração Pública. Na ocasião, o “Executivo” não só criava suas regras, as executava e, finalmente, julgava no contencioso administrativo, através do Conselho de Estado¹⁰, os litígios do qual também era parte. Esta foi a fórmula encontrada para que a Administração, a partir de uma compreensão *particular* conferida à teoria da separação dos poderes, para tornar-se imune à intervenção e ao controle de qualquer outro Poder [insindicabilidade], conforme leciona Maria João Estorninho (2009, p. 30):

Após a Revolução Francesa verifica-se um fenómeno que, à primeira vista, pode parecer paradoxal (VASCO PEREIRA DA SILVA) porque, em nome do princípio da separação dos poderes entre a Administração e a Justiça, acaba por se instituir uma verdadeira indiferenciação entre as funções de administrar e julgar. Na realidade, o que se consagra não é apenas a separação entre funções administrativas e a função judicial, impedindo que os tribunais e as entidades administrativas interfiram reciprocamente nas actividades, mas consagra-se também a impossibilidade de os tribunais conhecerem os litígios que eventualmente surjam entre a Administração e os particulares.

Assim, Gustavo Binenbojm (2014, p. 12), demonstra um posicionamento claramente contrário à compatibilidade do Princípio da Supremacia do Interesse Público com a Constituição Federal, posto que o referido autor entende que o princípio citado é inconciliável com a ideia de Estado Democrático de Direito, bem como com a primazia dos direitos fundamentais. Diante deste quadro, aponta que a possível solução seria casuística, mediante utilização da ponderação, sob os auspícios do Princípio da Proporcionalidade, exceto, quando a própria Constituição já realizar a escolha, determinando qual interesse deve prevalecer, entre os que se evidenciarem em conflito, como corre, por exemplo, com a situação da desapropriação, artigo 5º, XXIV.

No mesmo sentido, Justen Filho (2005, p. 44) assenta que a administração não revela um único interesse, pois vários interesses merecem a tutela jurídica pelo Estado. Desse modo, destaca que o princípio da Supremacia proporciona “utilidade reduzida, uma vez que

¹⁰ Entretanto, é importante observar que o papel do Conselho de Estado não era necessariamente atuar a serviço do Estado, ou seja, em proteção ao Estado-Administração, pois este mesmo Conselho foi precursor, em célebre decisão, conhecida como *Arrêt Blanco*, na qual se erigiu a tese da responsabilização civil do Estado.

não há um interesse único a ser reputado como supremo. O critério da supremacia do interesse público não permite resolver de modo satisfatório os conflitos, nem fornece um fundamento consistente para as decisões administrativas”. Desse modo, deve-se preocupar com a desmedida margem de autonomia do governante para definir o interesse público, percebe-se, pois que há, aqui, um pensamento semelhante ao anteriormente citado, posicionando a Administração Pública como autoritária e limitadora dos direitos individuais.

Com fundamento na doutrina italiana, especialmente, na explanação de Renato Alessi, Celso Antônio Bandeira de Mello (2010, p. 62-64) distingue interesse público primário do interesse público secundário, expondo que “não existe coincidência necessária ente interesse público e interesse do Estado e demais pessoas de Direito Público”. Desse modo, Barroso (2005, p. XIII) estatui, na mesma linha, que “(...) O interesse público secundário –, o da pessoa jurídica de direito público, do erário – jamais desfrutará de supremacia *a priori* e abstrata em face do interesse particular.”. Por outro lado, o interesse público primário, concebendo-se este como aquele “consubstanciado em valores fundamentais, como justiça e segurança, há de desfrutar de supremacia em um sistema constitucional e democrático. (...) o interesse público primário desfruta de supremacia porque não é passível de ponderação. Ele é o parâmetro da ponderação.”

Nesse sentido, se percebe, que Barroso advoga que em caso de conflito entre interesses públicos primários e secundários, os primários devem prevalecer. Entretanto, caso haja conflito entre interesses públicos primários necessário se faz que se pondere, atribuindo uma dimensão de peso àqueles interesses, à luz da razão pública e da dignidade da pessoa humana.

Deve-se ponderar que, de fato, não há, como se tem propalado, uma superação decisiva do Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o privado, para, a partir de então, fazer prevalecer o interesse privado sobre o público, o que se realiza é uma reconstrução da noção de supremacia do interesse público, a partir dos princípios e preceitos constitucionais, tendo por fundamento o interesse público primário, de modo a garantir a estabilidade e segurança dos cidadãos numa sociedade organizada. (BORGES, 2011, p. 1; 21 e 22).

Di Pietro (2010b, p. 01) reflete que o princípio da supremacia do interesse público, como primado do direito administrativo e na dicção de Bandeira de Mello pedra de toque sofre cotejamentos, tendo em vista uma corrente contemporânea, que pretende “desconstruir” institutos tradicionais do direito administrativo, sob os influxos de ideias

propagadas no direito europeu e norte-americano. A ideia de que o Princípio da Supremacia denota autoritarismos é rechaçada por Di Pietro (2010c, p. 94), ao afirmar que “a ideia de que o interesse público sempre, em qualquer situação, prevalece sobre o particular jamais teve aplicação (a não ser, talvez, em regimes totalitários)”.

Desse modo, A supremacia do interesse público não perde o caráter de norma de prevalência sobre o interesse do particular, ainda que seja possível submeter as opções administrativas e políticas públicas a um juízo de ponderação proporcional entre os direitos fundamentais individuais e outros valores em questão. Entretanto, é importante ressaltar que o novo constitucionalismo não permite uma (re) interpretação limitativa ou restritiva do Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o interesse privado. Neste sentido, deve-se ponderar que:

as normas de direito público, embora protejam reflexamente o interesse individual, têm o objetivo primordial de atender ao interesse público, ao bem-estar coletivo. Além disso, pode-se dizer que o direito público somente começou a se desenvolver quando, depois de superados o primado do direito civil (...) e o individualismo que tomou conta dos vários setores da ciência, inclusive do Direito, substituiu-se a ideia do homem como fim único do direito (própria do individualismo) pelo princípio que hoje serve de fundamento para todo o direito público e que vincula a Administração em todas as suas decisões: o de que os interesses públicos têm supremacia sobre os individuais. (DI PIETRO, 2010a, p. 64 – grifos do autor)

Além disso, no que tange ao Princípio da Legalidade, tradicionalmente considerado pela doutrina e pela jurisprudência, como reitor da atividade administrativa, em face dessas novas transformações, se amplia, nos dias de hoje, no sentido de que, o agente público não estaria jungido de forma restrita à lei, enquanto instrumento normativo, mas se torna um aplicador direto da própria Constituição e dos valores e princípios nela consagrados, que se condiciona, agora, ao princípio da juridicidade. (BINENBOJM, 2014, p. 37-38).

No mesmo sentido, aludem ao princípio da juridicidade Juarez de Freitas e Carmem Lúcia Antunes Rocha (1994, p. 79), esta assevera que “o conteúdo do princípio inicialmente apelidado de legalidade administrativa e, agora, mais propriamente rotulado de juridicidade administrativa, adquiriu elementos novos, democratizou-se”. Desse modo, estatui que “a juridicidade é, no Estado Democrático, proclamada, exigida e controlada em sua observância para o atingimento do ideal de Justiça social”.

Nestes temos, Juarez Freitas (2007, p. 17) acentua que o Estado da escolha administrativa legítima deve ser escrupulosamente, o Estado da Proporcionalidade, em lugar de aparato propícios a excessos ou tendentes às omissões”. Deve-se, assim, “instaurar uma série

de novos hábitos no bojo das relações administrativas, libertando-as do voluntarismo associado aos poderes exorbitantes e aos sectarismos que opõem a discricionariedade destemperada ao controle não menos excessivo.”

Outra vertente desta fase evolutiva das categorias da Administração Pública, diz respeito à democratização e transparência dos mecanismos decisoriais, mediante a motivação dos atos administrativos. Esta nova diretiva recai, inclusive, sobre o mérito dos atos discricionários, circunstância que amplia significativamente a possibilidade de controle dos atos do Poder Executivo pelo Poder Judiciário.

Vinda de outra direção, mas com reflexos igualmente recorrentes, encontra-se a reforma administrativa no Brasil na década de 1990, introduzida pela Emenda Constitucional nº 19/98. Este período é caracterizado por profundas transformações de ordem social, econômica e, político-institucional no País. Acresça-se que a forte influência liberal norte-americana propõe a redefinição do papel do Estado, aproxima o modelo da gestão pública ao empresarial, incentiva a otimização dos serviços públicos e faz surgir o Estado regulador¹¹. Instaura-se a administração pública gerencial, cujo paradigma é a eficiência e, via de consequência, a busca pela relação ótima entre qualidade e o custo dos serviços prestados e das obras públicas.

A expressão Administração Pública¹², ainda, consoante a doutrina administrativista brasileira contemporânea, pode adotar um sentido **subjetivo, formal** ou **orgânico**, designando os Entes, entidades e órgãos, que realizam a função administrativa em qualquer dos Poderes Constituídos; ou um sentido **objetivo**, também denominado de **material** ou **funcional**, no qual a Administração Pública denota a atividade efetivamente exercida pelos Entes, Entidades e Órgãos da Administração Pública Formal. Neste sentido, a Administração Pública é a própria função administrativa que incumbe, predominantemente, mas não exclusivamente, ao Poder Executivo. (DI PIETRO, 2010a, p. 49).

¹¹ A EC n.º 19 não impõe necessariamente que o princípio da eficiência está atrelado a privatizações, mas, sim, ao contrário, implica na ideia de que deve haver um reforço da realização dos serviços públicos, inclusive, otimizando as práticas administrativas.

¹² Há doutrinadores que acolhem a utilização da expressão Administração Pública grafada de duas maneiras: A primeira com letras maiúsculas Administração Pública para fazer alusão à Administração Pública em sentido orgânico ou subjetivo e a segunda, administração pública, com letras minúsculas, para significar a atividade, ou seja, a função administrativa exercitada pelos Entes, Entidades e Órgãos da Administração Pública Orgânica. Para fins deste trabalho trataremos de Administração Pública Orgânica e Administração Pública Funcional.

1.4 Estado moderno, constitucional e federal no Brasil

O Estado brasileiro data de época relativamente recente. "Descoberto" no ano de 1.500, após caravanas marítimas expansionistas portuguesas, o Brasil passou a ser Colônia de Portugal o que perdurou pelos três séculos subsequentes, sendo, neste contexto e nessa época, toda a vida política da Colônia atrelada ao Estado Português. Dallari (1977, p. 325) afirma, ainda, que "desde o descobrimento, em 1500, até o ano de 1548 o Brasil foi tratado como simples reserva patrimonial". As peculiaridades nacionais e as conjunturas locais favoreceram a instalação de um Estado federado, com forte autonomia municipal. Neste sentido, aponta o autor:

Nas regiões Norte e Nordeste desenvolveram-se vários núcleos econômicos, que serviriam de base a lideranças políticas, tendo a posse da terra como fundamento da autoridade, o que ainda persiste até os dias de hoje. Na região Centro-Sul a grande quantidade de ouro e diamantes atraiu muito mais as atenções de Portugal, além de propiciar o desenvolvimento de núcleos culturais completamente diversos, atraindo aventureiros, criando condições para uma vida social intensa e favorecendo a formação de centros urbanos muito ricos, que rivalizavam entre si na ostentação da riqueza. Embora nesta região tenha sido muito mais intensa a presença de autoridades portuguesas, sobretudo através dos Vice-Reis e do aparato fazendário, tal presença não impediu que também aí se afirmassem lideranças políticas locais, uma vez que às autoridades portuguesas só interessava arrecadar o máximo possível e impedir manifestações de insubordinação. (DALLARI, 1977, p. 327).

A efervescência política e filosófica europeia dos séculos XVI, XVII e XVIII se fizeram sentir nas américas e a Revolução Francesa, as Declarações de Direitos do Homem e o processo de independência das colônias americanas ecoaram, igualmente, no Brasil.

Alguns acontecimentos históricos importantes delinearam esta história e conduziram à liberação do Brasil dos laços coloniais. Assim, tidos em ordem cronológica, citam-se: a independência das colônias inglesas da América do Norte ocorrida em 1.776; a Revolução Francesa, como antes citada, de 1.789; e da colônia francesa de Santo Domingo, 1.791. No Brasil, a reação se fez sentir, por exemplo, em Minas Gerais, nos anos de 1.788 e 1.789, a Inconfidência Mineira, quando o Brasil ainda era uma colônia portuguesa, revelou além do descontentamento dos então colonos com as taxações impostas pela coroa portuguesa, que ocorre na época do denominado ciclo do ouro, igualmente revelou uma certa identidade, que já individualizava a América Portuguesa àquela época. Outro estímulo fora dado ao desenrolar da independência do Brasil com a vinda da família real para o Brasil em decorrência

do colapso da metrópole portuguesa, em meados de 1.807-1.808, que sob fuga das tropas napoleônicas, desembarcara no Rio de Janeiro na tentativa de salvar o império português. (PIMENTA, 2006, p. 74-75).

No que se refere, especificamente, ao Estado brasileiro deve-se considerar que o mesmo começa a se afigurar e a se organizar a partir de 1815; com a vinda da corte portuguesa para o Brasil, a partir de 1808, e com a realização do Congresso de Viena. Assim, criou-se o ambiente político favorável à estruturação formal do Estado brasileiro. Nesse sentido, Dalmo de Abreu Dallari assevera que tal conjuntura “deu origem à carta de lei de 16 de dezembro de 1815, pela qual o Príncipe Regente D. João elevou o Estado do Brasil à categoria e graduação de reino.” (DALLARI, 1977, p. 325).

A partir daí a evolução social se fez mais pungente e a colônia, contrapondo-se ao âmago dominador da metrópole, pugnou por liberdade, especialmente quando, em 1.820, premida pela necessidade de conter revoluções liberais que incidiam sobre Portugal, a família real, bem como o Príncipe Regente D. João VI, retorna para Lisboa, aqui deixando D. Pedro de Alcântara de Bragança, Príncipe Regente do Brasil. Esse efeito é retratado por historiadores, assinalando que "por efeito da Revolução do Porto de 1820, o movimento, no Rio de Janeiro de 26 de fevereiro de 1821, [...], colocou em circulação, de maneira inédita no Brasil, ideias liberais e constitucionais", as quais passaram a ser difundidas por impressos e jornais locais. (NEVES, 2002, p. 49).

De acordo com Bonavides (2004, p. 213), “o objetivo da Revolução portuense de 1.820, era, portanto, colocar Portugal em dia com os avanços constitucionais do século”. Nisso assiste razão ao cientista político, posto que o quadro europeu, especialmente na França, na Espanha e na Inglaterra denotava a adoção de sistemas políticos de limitação de poder. Nesse passo, o Brasil chegou a adotar como sua a Constituição Espanhola de 1812, denominada de "Constituição Cádiz"¹³. O fato curioso em relação a esta Constituição, que alguns chegam a

¹³ Relata Bonavides: "Três vezes a Constituição espanhola de Cádiz, monumento do liberalismo monárquico, teve ingresso efêmero no constitucionalismo luso-brasileiro. A primeira vez em Portugal, ao ensejo da rebelião popular del 11 de setembro de 1821 apoiada por forças do exército; houve porém um recuo, de tal sorte que, segundo Aurelino Leal, passaram a vigorar, tão somente, “disposições da Constituição espanhola que se referiam ao sistema e processo eleitoral, e com a condição de que as Côrtes Constituintes e Extraordinárias convocadas não alterassem na constituição futura de Portugal as suas boas essências e nem admittissem princípios menos liberais”; Leal, Aurelino, “História Constitucional do Brasil”, op. cit., pp. 17 e 18. A segunda vez, na Bahia, em 10 de fevereiro de 1821, de maneira provisória e nos mesmos termos de sua adoção em Portugal, conforme assinala o sobredito historiador (Leal, Aurelino, op. cit., p. 18). A seguir, pela terceira vez, no Rio de Janeiro, por apenas 24 horas. Decretada no dia 21 de abril foi revogada no dia seguinte, por dois decretos de D. João VI, que escreveu assim, como rei, a página que melhor lhe biografa o caráter, a irresolução e principalmente a covardia de

menção como sendo a primeira Constituição "brasileira", é que a mesma só teve vigência em terras brasileiras por um único dia, pois, no dia seguinte o decreto de 21 de abril de 1.821, que determinou a sua adoção, foi ab-rogado. Assim narra, o citado cientista político cearense, a efêmera vida da Constituição de Cádiz no Brasil:

O poder súbito de que se investiu veio a ser de tal magnitude, derivado de enorme agitação popular, que uma deputação sua arrancou a D. João VI o famoso Decreto del 21 de abril de 1821. Neste, Sua Majestade, dobrando-se ao juramento daqueles eleitores à Constituição espanhola, também a aprovou, mandando fosse ela estrita e literalmente observada no Reino do Brasil até ao momento em que se achasse “inteira e definitivamente estabelecida a Constituição deliberada e decidida pelas Côrtes de Lisboa”. Cessados os distúrbios e restaurada a ordem pública comprometida, o fraco rei —e aqui nos inspiramos em Camões que morreu abraçado com a Pátria— retomou as rédeas do poder; e 24 horas depois revogava o seu in- fausto decreto. E o fez mediante outro, datado em 22 de abril do mesmo ano, quando embarcou de volta a Portugal, sem a companhia do filho, seu sucessor no poder, elevado então à categoria de Príncipe Regente. (BONAVIDES, 2004, p. 219).

Em agosto de 1822, o futuro imperador do Brasil, numa famosa proclamação “Aos Povos Deste Reino”, replicada por João Paulo Garrido Pimenta (2006, p. 80), e publicada pelo Correio do Rio de Janeiro, n.º 96, de 01/08/1822, a qual aqui se reproduz, tanto pela importância histórica quanto pela limpidez, sùmula e clareza da exposição fática. No excerto, o Príncipe enuncia:

BRASILEIROS. [...] encaraí, habitantes do Brasil, encaraí a perspectiva de Glória, e de Grandeza, que se vos anteolha: não vos assustem os atrasos da vossa situação atual; o fluxo da civilização começa a correr já impetuoso desde os desertos da Califórnia até ao estreito de Magalhães, Constituição e Liberdade Legal são fontes inesgotáveis de prodígios, e serão a ponte por onde o bom da velha e convulsa Europa passará ao nosso continente. Não temais as Nações Estrangeiras: a Europa, que reconheceu a Independência dos Estados Unidos da América, e que ficou neutral na luta das Colônias Espanholas, não pode deixar de reconhecer a do Brasil que, com tanta justiça, e tantos meios, e recursos procura também entrar na grande família das Nações. Nós nunca nos envolveremos nos seus negócios particulares; mas elas também não querem perturbar a paz e o comércio livre, que lhes oferecemos; garantidos por um Governo Representativo, que vamos estabelecer. Não se ouça pois entre vós outro grito que não seja - UNIÃO - Do Amazonas ao Prata não retumbe outro eco, que não seja - INDEPENDÊNCIA - Formem todas as nossas Províncias o feixe misterioso, que nenhuma força pode quebrar.

personalidade". (2004, p. 229)

O Brasil se torna independente de Portugal em 07 de setembro de 1822, "desfazendo-se a união de Reinos e confirmando-se o Brasil como Estado soberano e independente". Entretanto, o ingresso do Brasil na "vida constitucional" viria de fato em 1824, antecedido pela dissolução da Assembleia Constituinte pelo imperador, tendo em vista que propunha uma Constituição por demais liberal não amoldada aos desejos da realeza brasileira. Desse modo, optou o então imperador pela criação de um Conselho de Estado para a elaboração de uma constituição condizente com o poder monárquico, até então, imperante. (DALLARI, 1977, p. 329-330).

Assim, a Constituição do Império, de 25 de março de 1824 foi uma Carta Outorgada, ou seja, imposta pelo detentor do poder, assim, resguardava poderes ao Imperador, como se pode perceber pela existência do denominado Poder Moderador, de forma, que tal Carta ainda mostra os resquícios das monarquias antidemocráticas.

No Brasil, logo após a independência, o modelo inspirado no ideário pós-revolucionário do velho Continente foi transplantado pelo Imperador Dom Pedro I, com a criação em 1822 do Conselho de Estado. Umbilicalmente ligada à pessoa do Imperador, os Conselhos no Brasil exerceram forte influência na conformação e organização da estrutura jurídico-administrativa do País. Sem embargo de suas competências estarem definidas na Constituição de 1824, como órgão consultivo, certo é que, na prática, o Conselho de Estado intervia nas deliberações dos demais Poderes, se assemelhando a um tribunal de recursos.

As reformas liberalizantes viabilizadas pela edição do Ato Adicional de 1834 para minimizar os efeitos do formato centralizador vigente, introduziu diversas modificações nas disposições constitucionais, possibilitando um arranjo institucional, inclusive, extinguindo o I Conselho no Brasil. Entretanto, reestabelecido em 1841, somente foi suprimida de vez em 1889, com a Proclamação da República.

Adveio, em seguida, a proclamação da República, em 15 de novembro de 1889, e os anseios por mudanças políticas se intensificaram, especialmente, o pleito pelo federalismo e pela autonomia municipal, o que desencadeou movimentos políticos que culminaram com a primeira Constituição Republicana do Brasil, a Constituição de 1891.

As principais inovações veiculadas pela Constituição de 1891 foram a adoção do regime federativo dualista; a forma republicana de governo; a consagração da tripartição de poderes; o sistema presidencialista; e o fim da vitaliciedade no Senado e do Poder Moderador.

As províncias passaram a ser denominadas de Estados e passaram a ter autonomia administrativa, política e financeira.

A primeira experiência republicana e federativa do Brasil, entretanto, mostrou-se, *ab initio*, inadequada, vez que buscava a descentralização política com o intuito de fortalecer as lideranças estaduais, porém, sem que fosse concedida aos estados a necessária contrapartida financeira. Aspecto que fez com que “desde o início da vida republicana, os Estados se revelassem incapazes de cumprir os seus encargos,”¹⁴ condição que se verifica até nos dias de hoje.

A Constituição de 1934 foi oriunda de uma Assembleia Constituinte e tenta corrigir algumas das imperfeições percebidas no regime constitucional anterior, entretanto, incorre no erro de não considerar as forças sociais emergentes, em decorrência do ingresso do Brasil no processo industrial. Ademais, as estruturas sociais obsoletas do Norte e do Nordeste se mantêm e, assim, as desigualdades regionais se intensificam.

Decorridos três anos, o Brasil é aplacado por uma ditadura, a Constituição de 1937, então denominada de Polaca, faz alusão a regimes totalitários europeus, especialmente, o regime instaurado na Polônia pelo marechal de Jozsef Pilsudski (1867-1935), líder do golpe militar que o levou ao poder naquele país, em 1921. (SILVA, 2008, *on line*). Esta Carta Constitucional foi outorgada por Getúlio Vargas, sob a promessa de submetê-la, posteriormente, a um referendo o que nunca veio a acontecer. Entretanto, é importante assinalar que a Constituição Polaca, ainda que tenha sido outorgada, manteve a forma de Estado Federal.

No ano de 1946 instaura-se uma nova Assembleia Nacional Constituinte, após a derrocada de Getúlio Vargas, essa assembleia edita a Constituição de 1946, que reafirma a organização federativa do Estado, entretanto, confere maiores competências e receitas para o Governo Federal, deixando à míngua Estados-membros e municípios, o que é objeto de descontentamentos e leva a levantes populares e instabilidades políticas internas.

A Constituição de 1946 apresenta no seu bojo um viés liberal, pois afiança a prevalência da livre iniciativa. Todavia estatui diversos mecanismos de Intervenção do Estado na Ordem Econômica, com o subterfúgio de promover a redistribuição dos recursos financeiros e promover a diminuição dos desequilíbrios regionais.

¹⁴ Este tema é tão atual que, ainda hoje, este desequilíbrio continua a ocorrer, como se pode vislumbrar na notícia publicada no site do senado em 06 de janeiro de 2016, com o seguinte título: "Governadores e Prefeitos Pediram Novo Pacto Federativo". Cf. em <http://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2015/12/28/governadores-e-prefeitos-pediram-novo-pacto-federativo>.

As instabilidades políticas e as desigualdades regionais continuaram a fomentar movimentos sociais em busca de profundas reformas estruturais na política brasileira, quadro que culminou com a renúncia do, então presidente, Jânio Quadros, e com a assunção de João Goulart, que fora forçado a adotar o sistema de governo parlamentarista, até então inédito no Brasil, e que representou uma expressão intensa do esvaziamento do poder presidencial. Após, um plebiscito acabou por restaurar o presidencialismo, porém, o poder presidencial já estava minado e as forças militares golpistas revogaram, de forma indireta, a Constituição de 1946, em 09 de abril de 1964, instaurando-se, pois, um Regime Ditatorial Militar, fundado num conjunto normativo que se passou a denominar de Atos Institucionais.

A Constituição Militar, de 1967, fora forjada com aparência de legalidade e republicanismo, tendo sido o projeto elaborado pelos militares e submetido a uma Assembleia Constituinte, entretanto, o poder de tal Assembleia Constituinte fora praticamente nulo, aspecto característico do modelo autoritário e impositivo da Ditadura Militar. Entretanto, mesmo no maior período de exceção democrática vivida na história do país, ainda assim, manteve-se a Forma de Estado Federal, não obstante a notória centralização do poder pelo presidente militar.

Em 1969, uma suposta Emenda à Constituição, que se diz suposta por não representar, em essência, uma Emenda à Constituição, como expressão do Poder Constituinte Derivado, tendo em vista que não segue o rito próprio para alteração do texto constitucional previsto na Constituição de 1967, então vigente, contudo, tal Emenda visava estabelecer um rigor ainda maior ao Regime Militar, impondo mais restrições às liberdades individuais, além de promover a transferência de poder a uma Junta Militar composta pelo General Aurélio de Lira Tavares (Ministro do Exército), pelo Almirante Augusto Rademaker (Ministro da Marinha) e pelo Brigadeiro Márcio de Sousa e Melo (Ministro da Aeronáutica), em substituição ao então presidente o Marechal Costa e Silva. Este fato subvertia a ordem constitucional então vigente, visto que, pelo exposto na Constituição, quem deveria ser conduzido ao poder seria o vice-presidente.

Em que pese a nítida vocação antidemocrática da Carta de 1969, nela havia previsões constitucionais que vedavam a abolição da Federação, ou mesmo a apreciação de propostas de Emenda à Constituição tendentes a esta abolição, porém, nesse período, a Constituição, teve voz pálida e sufocada pelo autoritarismo. Tais aspectos históricos são importantes para o entendimento da estrutura estatal desenvolvida no Brasil, especialmente, para o federalismo municipal adotado, com importantes reflexos para o Direito Administrativo. Dallari, ainda, ressalta que "o descompasso entre as afirmações formais da Constituição e o que

ocorre na prática ainda é uma das características do sistema jurídico-social brasileiro". O advento da Constituição de 1988 trouxe a perspectiva de surgimento de uma "Constituição autêntica", almejada por Dalmo Dallari, que "levasse em conta as características globais da realidade social, fixando meios adequados para a redução substancial dos desníveis sociais e regionais". (DALLARI, 1977, p. 334).

A Constituição Brasileira de 1988, denominada de "Constituição Cidadã", por Ulysses Guimarães, institui um Estado Democrático de Direito e, paralelamente à Constituição Política, apresenta regramentos que cuidam da Ordem Social e da Ordem Econômica, o que se tem denominado de "Constituição Econômica". Neste sentido, a arquitetura constitucional nacional encerra "uma constituição que dentro, ao lado ou subordinada à Constituição Política, estabelece a ordem jurídica fundamental da economia, ou, noutra perspectiva, estabelece e limita a intervenção do estado no domínio econômico". (MOREIRA, 1974, p.105).

Pelo que se pôde constatar, o Brasil desde os primórdios assumiu a Forma de Estado Federal, mesmo que, em determinados momentos históricos, esta Federação não tenha sido autêntica, tendo em vista os momentos de exceção ocorridos no transcurso evolutivo constitucional. No que tange à Forma de Governo, o Brasil migrou de um Império para uma forma de governo Republicana que, também, sofreu os abalos dos períodos totalitários, mas que sobreveio às crises políticas.

O sistema de governo proeminente no Brasil, durante sua história constitucional, inegavelmente, foi o sistema presidencialista, em que pese, tenha cedido ao parlamentarismo em pequena lacuna histórica, no período pré-ditadura militar, conforme anteriormente referido, logo retomou o presidencialismo seu lugar de origem, que tem sido característico do Estado Constitucional Brasileiro, conforme se denota da lista, até então, de 36 (trinta e seis) presidentes do Brasil, incluindo a atual presidente da República Federativa do Brasil.

1.5 Papel do estado: bem comum, serviços públicos ou atividade econômica?

O fim do Estado é o objetivo que ele visa atingir. A atuação do Estado se justifica para suprir as deficiências individuais, tanto do ponto de vista financeiro, como do ponto de vista social. Essa finalidade estatal se consubstancia naquilo que se chama de Bem Público ou Bem Comum. O Estado, portanto, tem o escopo de proporcionar aos indivíduos uma vida

melhor, ou, pelo menos, promover um aperfeiçoamento físico, moral e intelectual, ou ainda a civilização. (AZAMBUJA, 2008, p. 147).

Qual seria, então, o tamanho ideal deste Estado? O que lhe cabe oferecer ou realizar aos cidadãos? A grande dificuldade está em desvendar os limites exatos da atuação Estatal, ou seja, o que cumpre ao Estado fazer e o que lhe cumpre não fazer. Há entendimentos doutrinários no sentido de que a atuação do Estado deve ser minimamente interventiva. Portanto, "sua missão é supletiva, e não privativa. Se todos os pais educam seus filhos, não deve ele intervir para substituir-se aos pais. Sempre que se mete a monopolizar, em matéria de ação social, destrói ou ameaça a liberdade individual". (DE SAMPAIO DORIA, 1936, p. 257-258).

A ordem constitucional vigente, no Brasil, desde 1988, fomenta a iniciativa privada, deferindo ao Estado uma participação supletiva no campo econômico. Neste sentido, o preceito erigido no artigo 170 acentua que a ordem econômica brasileira é “fundada na valorização do trabalho e na livre iniciativa.”. Ao passo que, o artigo 173 complementa ao determinar que “ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta da 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). De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello:

três são as formas pelas quais o Estado pode interferir com a atividade econômica: a) “**disciplinando-a**”, vale dizer, impondo-lhe limitações a fim de compatibilizá-la com os interesses coletivos (poder de polícia); b) “**fomentando-a**”, isto é, propiciando-lhe estímulos e condições de desenvolvimento, mediante implantação de infra-estrutura, de concessão de financiamentos, de apoio tecnológico, de isenção de tributos etc.; c) “**assumindo-a**”, ou seja, protagonizando-a como “sujeito ativo”, como titular dela, ou seja, o agente que a explora. (MELLO, 2011, p. 271).

Evidencia-se, pois, que a assunção pelo Estado da atividade econômica é excepcional, sendo pertinente quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo. Eros Grau, neste ponto, pondera que se deve diferenciar serviço público de atividade econômica em sentido estrito, pois "o gênero - atividade econômica - compreende duas espécies: o serviço público e a atividade econômica." (GRAU, 2010, p. 101). Ou seja, o autor entende que há o gênero atividade econômica em sentido amplo, do qual são espécies, serviço público e atividade econômica em sentido estrito¹⁵. (OLIVEIRA, 2008, p. 47).

¹⁵ Neste sentido ver o julgamento da ADPF n.º 46, do Supremo Tribunal Federal de Relatoria do Ministro Eros Graus, que adotou o seguinte posicionamento: “O serviço postal – conjunto de atividades que torna possível o

Ao Estado não incumbe, dessa forma, em regra, a prestação de atividade econômica em sentido estrito, sendo-lhe peculiar a prestação de serviços públicos.

Fernando Garrido FALLA (1962, p. 45) em explanação referente ao direito espanhol, mas inteiramente aplicável ao caso brasileiro revela que

a gestão econômica de atividades, como categoria jurídica, não pode ser suprimida utilizando o clássico molde do serviço público, por existirem diferenças fundamentais entre esta atividade e a característica do serviço público: enquanto o serviço público consiste na prestação de um serviço aos administrados, em proporcional uma utilidade aos administrados mediante a prestação de um serviço (que é de caráter imaterial), a gestão econômica de atividades se caracteriza porque consiste em uma atividade que proporciona bens ao mercado. Trata-se, portanto, de uma dação de bens ao mercado.

Daí se mostra importante a análise, no presente momento, do regime jurídico dos serviços públicos, em paralelo com os Princípios que regem a Administração Pública, tendo em vista que a realização de serviços públicos, enquanto atividades prestacionais materiais realizadas pelo Estado, ou por quem o represente, em favor da população, é uma de suas finalidades, consoante disposição constitucional, de modo a promover uma equalização das desigualdades nas sociedades contemporâneas, bem como a concretizar a justiça social.

envio de correspondência, ou objeto postal, de um remetente para endereço final e determinado – não consubstancia atividade econômica em sentido estrito. Serviço postal é serviço público. A atividade econômica em sentido amplo é gênero que compreende duas espécies, o serviço público e a atividade econômica em sentido estrito. Monopólio é de atividade econômica em sentido estrito, empreendida por agentes econômicos privados. A exclusividade da prestação dos serviços públicos é expressão de uma situação de privilégio. Monopólio e privilégio são distintos entre si; não se os deve confundir no âmbito da linguagem jurídica, qual ocorre no vocabulário vulgar. A Constituição do Brasil confere à União, em caráter exclusivo, a exploração do serviço postal e o correio aéreo nacional [art. 21, X]. O serviço postal é prestado pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT, empresa pública, entidade da Administração Indireta da União, criada pelo Decreto-Lei 509, de 10 de março de 1969. É imprescindível distinguirmos o regime de privilégio, que diz com a prestação dos serviços públicos, do regime de monopólio sob o qual, algumas vezes, a exploração de atividade econômica em sentido estrito é empreendida pelo Estado. A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos deve atuar em regime de exclusividade na prestação dos serviços que lhe incumbem em situação de privilégio, o privilégio postal. Os regimes jurídicos sob os quais em regra são prestados os serviços públicos importam em que essa atividade seja desenvolvida sob privilégio, inclusive, em regra, o da exclusividade. Arguição de descumprimento de preceito fundamental julgada improcedente por maioria. O Tribunal deu interpretação conforme à Constituição ao art. 42 da Lei 6.538 para restringir a sua aplicação às atividades postais descritas no art. 9º desse ato normativo.” (ADPF 46, rel. p/ o ac. min. Eros Grau, julgamento em 5-8-2009, Plenário, DJE de 26-2-2010.) (BRASIL, 2010).

2 O REGIME JURÍDICO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS

O presente capítulo busca analisar o regime jurídico dos serviços públicos, apontando aspectos doutrinários, legais e principiológicos que levaram ao desenvolvimento da noção de serviço público, posto que não pode desenvolver qualquer entendimento sobre parcerias público-privadas sem que se estabeleça um entendimento apropriado de serviço público.

A formulação do Estado de Direito, o desenvolvimento do Direito Administrativo e da necessária regulação e estruturação das atividades prestacionais do Estado implicaram na edificação de normas jurídicas atinentes ao instituto jurídico do serviço público, vinculado ao Direito Público Administrativo. Nesse contexto, “saber quando e por que uma atividade é considerada serviço público, se coloca no plano da concepção política dominante, da concepção sobre o Estado e seu papel.” (MEDAUAR, 1992, p. 109)

De início, importa que se façam algumas considerações pontuais acerca das Teorias que se debruçam sobre a tentativa de aclarar o sentido da expressão Serviço Público para o Direito Administrativo, conferindo especial destaque às teorias erigidas pela Escola do Serviço Público francesa.

2.1 Teorias francesas do serviço público e a escola do serviço público

O serviço público, consoante aponta Alexandre Santos de Aragão (2013, p. 75) tem por berço o Direito Administrativo Francês, no qual as crises e desafios marcam a noção de serviço público. Neste país, o serviço público ganhou grande prestígio, passando a representar a ideia republicana de igualdade e liberdade.

Ainda sobre as origens dos serviços públicos, Luís Martin Rebollo (2003, p. 85) faz a seguinte observação: “Desde Leon DUGUIT e seus discípulos, Gaston JÈZE, sobretudo, o serviço público é um conceito enraizado na mesma base do Direito Público Europeu continental, em particular, no direito francês.”

Os pensamentos jurídicos sobre os serviços públicos na França podem ser

estudados sob a ótica de três teorias fundamentais¹⁶. Primeiramente, nesta conjuntura, deve-se mencionar a Teoria da nominada **Escola Negativista**, idealizada por H. Berthélemy e adotada, na contemporaneidade, por Jean Rivero; em segundo lugar, deve-se mencionar a Teoria erigida pela conhecida **Escola do Serviço Público**, sob os preceitos ideológicos de Duguit, Bonard, Jèze, Rolland e Laubadère, e, em terceiro, desponta a **Escola Institucional**, pautada nas ideias de Maurice Hauriou. (CRETELLA JÚNIOR, 1965, p. 199-207).

Não há aqui uma escala de gradação de importância das referidas escolas, pois todas trouxeram contribuições que foram importantes, em dado momento, e, em determinado aspecto, para a construção daquilo que, hoje, se percebe como serviço público. Compreende ainda que A **Escola Negativista**, conforme Cretella Júnior (1965, p. 199-200), nega importância à noção de serviço público, adotando uma visão “subjetivista e voluntarista do direito” e defende que a teoria do serviço público deve ser afastada do estudo do Direito Administrativo.

Ainda o referido autor (1965, p.200) afirma que por óbvio, a Teoria dos negativistas mostra-se equivocada, pois imputar importância mínima ou nula a tão relevante instituto torna tal abordagem de discutível cientificidade, posto que se trata de “uma conquista tradicional, complexa, é verdade, pela natural dificuldade em ser definida”, mas que deve ser melhor compreendida no âmbito das relações jurídico-administrativas.

Entende o jurista citado (1965 p. 200), que: “o conjunto dinâmico dos fenômenos do mundo administrativo, por sua própria natureza, só admite temporário enquadramento em expressões às quais os doutrinadores emprestam muitas vezes significação estática”. Essa abordagem científica e de referencial teórico se mostra essencial para a compreensão da realidade dinâmica do serviço público, enquanto objeto do Direito Administrativo e demonstra a dificuldade de se atingir um rigor conceitual definitivo e único. Assim, não se pode considerar o estudo do serviço público como um fenômeno estático, mas, sim, como um dado dinâmico do mundo administrativo.

Por outro lado, A **Escola do Serviço Público**, no início do século XX, propõe a substituição da noção de Soberania pela ideia de Serviço Público como fundamento do Estado. Assim, o Estado poderia conceber-se como uma “cooperação de serviços públicos, organizados e fiscalizados pelos governantes” (CRETELLA JÚNIOR, 1965, p. 201-202), ou, no dizer de

¹⁶ Não se pode olvidar, entretanto, que se desenvolveram teorias, em diversos países, sobre a temática dos serviços públicos, por exemplo: na Espanha, especialmente pautadas nas doutrinas de Vicente Santamaría de Paredes, Adolfo Posada, Antonio Royo Villanova, Gascón y Marín, Carlos Garcia Oviedo; na Itália nas ideias de Cammeo, Ranelletti, Raggi, Presutti, Arnaldo de Valles e Renato Alessi e na Argentina nos ensinamentos de Rodolfo Bullrich, Rafael Bielsa e Villegas Basavilbaso, dentre outros.

Léon Duguit (1923, p. 55), “atividade cuja realização é assegurada, regulada e controlada pelos governantes, porque tal atividade é indispensável à realização e ao desenvolvimento da interdependência social e é de natureza tal que não pode ser levada a termo a não ser pela intervenção da força governante”¹⁷.

O serviço público tido como limite e fundamento do Poder Estatal era o núcleo do pensamento de Léon Duguit, um dos precursores da Escola do Serviço Público. Como já referido, para este jurista francês o Direito Administrativo tinha por finalidade precípua o ordenamento do serviço público. Apesar do entendimento ora referido ser passível de críticas, Duguit contribuiu sobremaneira para a evolução do Direito Administrativo e, notadamente, da noção de serviço público por possibilitar que a mesma passasse a ter posição destacada no Direito Moderno, em detrimento da soberania. (PEREIRA, 2002, p. 02)

Por seu turno, Gaston Jèze (1904, p. 157) confere ao conceito de serviço público identidade com o próprio Direito Administrativo, ademais, idealiza que a Justiça seria um serviço público, no que se coloca em rota de colisão com entendimento consolidado na teoria do Direito Administrativo de que a justiça é uma função estatal e não um serviço público. Nesse sentido, assevera que “tudo sobre a organização e funcionamento dos serviços públicos propriamente ditos, gerais, locais - seja a administração atuando por contrato, seja por meio de autoridade - é uma operação administrativa que é, por sua natureza, do domínio da jurisdição administrativa.”

O referido jurista, acima mencionado, pertencente à Escola de Bordeaux, como também era conhecida a Escola do Serviço Público, defende que a Administração Pública tem o condão de satisfazer o interesse geral e, assim, a ideia de serviço público se adstringe diretamente ao procedimento de Direito Público. Dessa forma, sustenta que toda vez que há um determinado serviço público se verifica a existência de um regime jurídico de Direito Público, pois o interesse público prevalece sobre o privado e impõe um regime especial na condução dos serviços públicos. Nesse sentido, o Direito Administrativo aponta como um instrumento de regulação dos serviços públicos. Toda a atividade prestacional do Estado seria tida como serviço público. Ademais, para esta concepção o próprio Estado se confunde com a prestação de serviços públicos. (JÈZE, 1928, p. 283)

¹⁷ *C'est toute activité dont l'accomplissement doit être assuré, réglé et contrôlé par les gouvernants, parce que l'accomplissement de cette activité est indispensable à la réalisation et au développement de l'interdépendance sociale, et qu'elle est de telle nature qu'elle ne peut être réalisée complètement que par l'intervention de la force gouvernante.* (DUGUIT, 1923, p. 55).

O conceito de serviço público entre os doutrinadores da Escola do Serviço Público¹⁸, conforme se pode perceber, não se apresentou de modo uniforme. Duguit (1923, p. 54), ao asseverar que o Estado “não passa de um conjunto de serviços públicos, entende essa atividade em sentido amplo, envolvendo toda a estrutura do Estado”¹⁹. Jèze (1928, p. 283), por seu turno, alude ao serviço público em sentido restrito, “como atividade ou como organização”. Desse modo, “como se vê, a ideia do serviço público como base do Direito Administrativo francês serviu para uma época em que só o Estado prestava serviço público, sendo, portanto, mais fácil a distinção entre serviços públicos e atividades privadas”. (PEREIRA, 2002, p. 03-04)

As ideias dos juristas da Escola do Serviço Público, dessa forma, são passíveis de críticas, que foram promovidas, especialmente, por Maurice Hauriou, defensor da Escola Institucionalista. As principais objeções aos pensamentos dos juristas da Escola do Serviço Público aportam nos seguintes pontos: Primeiramente, há o entendimento de que o conceito apresentado por esta Escola não se mostra uniforme, como já referido; em segundo lugar, pode-se dizer que há uma demasiada amplitude conceitual, possibilitando abarcar toda e qualquer atividade do Estado como serviço público; em terceiro lugar, nota-se que os defensores desta Escola confundem Função Pública, atinente ao desempenho de atividades públicas, com serviços públicos, concernente a uma prestação oferecida pelo Estado; em quarto lugar, constata-se que a citada Escola não confere atenção à possibilidade de gestão privada dos serviços públicos e, em quinto lugar, deve-se pontuar que, diferentemente do que concebe a Escola sob comento, o serviço público não compreende todo o Direito Administrativo, pois existem no Estado funções que não se subsumem ao conceito de serviço público.

A Teoria da Instituição de Maurice Hauriou contrapõe-se aos pensamentos de Léon Duguit e Gaston Jèze. Hauriou (1900, p. 227) sustenta a sua concepção de Direito Administrativo na concepção de poder. Desse modo, o jurista traça sua concepção em “noções fundadas sobre os processos de Direito empregados e não sobre os objetivos visados.” Para este jurista francês a noção de serviço público é subordinada; o que se mostra no núcleo do

¹⁸ A contribuição de maior relevo da Escola do Serviço Público é a de que a soberania e autoridade só se justificam pelo fato de o próprio Estado ter sua existência justificada pela prestação de serviços públicos.

¹⁹ *L'État n'est pas, comme on a voulu le faire et comme on a cru quelque temps qu'il l'était, une puissance qui commande, une souveraineté; il est une coopération de services publics organisés et contrôlés par des gouvernants. (JÈZE, 1928, p. 283)*

Direito Administrativo é a *puissance publique*²⁰, ou seja, a potestade pública ou Poder de Império, de modo que a missão do direito público será a de organizar estas relações de poder.

Enquanto a Escola do Serviço Público se edifica “sob o influxo do Estado social, pronta para legitimar as novas atividades técnicas e econômicas que o Estado passa a exercer”, a doutrina Institucional, de Hauriou, por seu turno, “ampara uma posição tendente a legitimar apenas as funções estatais de polícia e defesa”. (ARAGÃO, 2013, p. 87)

O Direito Administrativo, no contexto da construção teórica da instituição, centra-se “não sobre as prestações aos particulares, mas sobre o poder de império sobre eles exercido pelo Estado”. Desse modo, mesmo quando presta serviços aos administrados, ainda assim, “o Estado estaria empregando para tanto o seu *jus imperii*”. A Escola Institucional esteia como principal elemento do Direito Administrativo o poder de império, entretanto, também, confere posição de destaque ao serviço público, pois este é tido por Hauriou como “mecanismo organizativo e institucional de limitação do poder”. (ARAGÃO, 2013, p. 87; 89).

2.2 Serviço público: delimitações conceituais

Como visto, anteriormente, o serviço público já foi tido como elemento matriz, como fundamento, de tudo aquilo que se pretendia caracterizar como Direito Administrativo. Entretanto, necessário se faz traçar os contornos conceituais do instituto jurídico em apreço a partir daquilo que contemporaneamente se pretende conceber como serviço público.

Advirta-se, por oportuno, que a concepção de serviço público não é simplória e que sua noção já teve diferentes significados. O termo foi utilizado, tanto para identificar todo o Direito Público, como para caracterizar o Direito Administrativo, bem como chegou a ser utilizada como elemento distintivo da repartição de competências entre a jurisdição administrativa e o Conselho de Estado. (MELLO, 2006, p.642).

De acordo com Cretella Júnior (1965, p. 236) “Serviço Público é, [...], toda atividade que o Estado exerce, direta ou indiretamente, para a satisfação das necessidades coletivas através de procedimentos peculiares ao Direito Público.” Desse modo, na tentativa de encontrar o ponto nodal da ideia de serviço público, elege 05 (cinco) critérios como principais

²⁰ *La puissance publique est une volonté qui exerce les droits administratifs au nom de la personnalité publique des administrations.* (HAURIOU, 1900, p. 227)

à conceituação do serviço público, neste sentido assevera que o primeiro critério seria a Execução pelo Estado; o segundo critério a Finalidade; o terceiro critério a Identificação com o Direito Administrativo; o quarto critério a ideia de Poder Público e o quinto critério o Regime jurídico determinado pelo Estado. (CRETELLA JÚNIOR, 1965, p. 222).

Entretanto, há uma dificuldade na elaboração de um conceito definidor peremptório do que seja serviço público e tais elementos, embora possam compor a ideia de serviço público, não se mostram como imprescindíveis à descoberta da essência do serviço público. Nestes termos, percebe-se que “não é possível *a priori* identificar todas as situações que se enquadram na noção; mas no momento em que a noção se aplica a situação, efeitos ou consequências ocorrem.” (MEDAUAR, 1992, p. 108-109).

No que se refere ao primeiro critério, Execução pelo Estado, evidencia-se que nem todo serviço público é exercido pelo Estado, podendo a atividade estatal ser objeto de delegação e, com isso, levar à execução do serviço pelo particular, ainda, que a titularidade do serviço remanesça com o Poder Público. Há serviços públicos que são executados diretamente pelo Estado? Sim, mas isso não é o que define a essência daquilo que se pretende conceber como serviço público, posto que há outras atividades, também, são exercidas pelo Estado, que não se configuram como serviço público, como ocorre, por exemplo, quando o Estado desenvolve atividade econômica em sentido estrito por meio das denominadas estatais, Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista.

O segundo critério eleito para tentar desvendar o cerne do serviço público seria a Finalidade. A finalidade da atividade estatal é o interesse público; o interesse coletivo. No entanto, nem toda atividade voltada para o atendimento do interesse público ou do interesse coletivo se mostra como um serviço público. Pode existir uma atuação altruísta de uma empresa privada que desenvolvendo atividade de cunho educacional, social, cultural ou esportivo, por exemplo, realize uma finalidade coletiva, um interesse público, sem, contudo, tal finalidade ter sido atingida por meio de um serviço dito serviço público. Não se olvida, entretanto, que a atividade inerente ao serviço público deve ter uma finalidade voltada ao atendimento das necessidades básicas da população e, assim, ao interesse público²¹ e ao interesse coletivo.

²¹ Sobre a concepção de Interesse Público ver Renato Alessi (1953, p. 151-152), que na doutrina italiana aponta para uma distinção entre o que se conceberia como interesse público primário e secundário. *Questi interessi pubblici, collettivi, dei quali l'amministrazione deve curare Il soddisfacimento, non sono, si noti bene, semplicemente l'interesse dell'amministrazione intesa come soggetto giuridico a sé stante, sebbene quello che è stato chiamato l'interesse collettivo primario, formato dal complesso degli interessi prevalenti in una determinata organizzazione giuridica della collettività, mentre l'interesse del soggetto amministrativo è semplicemente secondari Che si fanno sentire in seno al là collettività, e che posso no sere realizzati soltanto in caso di*

Porém, nem toda atividade que objetive o interesse coletivo é um serviço público.

O terceiro critério é o da Identificação do Serviço Público com o Direito Administrativo. Quanto a esse ponto deve-se reforçar que o Direito Administrativo é bem mais amplo do que os Serviços Públicos. O serviço público mostra-se como um instituto, uma categoria inerente ao objeto de estudo do Direito Administrativo, mas com ele não se identifica, sendo necessário, portanto, evidenciar com base nos princípios e normas de Direito Público e, em especial, do Direito Administrativo, aquilo que se pode idealizar como serviço público.

O quarto critério é a ideia de Poder Público como essencial à noção de serviço público. O serviço público é, em essência, um poder? Deve-se ponderar que, o serviço público se presta a atender às necessidades públicas por meio de atividades que representem a fruição material pelos administrados, sendo assim, antes de ser um poder, o serviço público pode-se configurar como um dever, posto que o Estado encontra-se, constitucionalmente, incumbido da prestação de determinados serviços à população e não pode se escusar do cumprimento destas atividades, pois, se assim o fizer, poderá ser instado a realizar o serviço.

O quinto critério refere-se ao Regime Jurídico determinado pelo Estado. Neste ponto, merece a cogitação que não é a adoção do regime jurídico de direito público que torna determinada atividade um serviço público, mas contrariamente, é o caráter particular da atividade estatal, e sua realização fundada no interesse geral, que adjudica um regime jurídico consagrador da supremacia do interesse público.

Para que se possa elucidar a essência do serviço público convém não esquecer os dois termos essenciais da conceituação o serviço e o público. A legislação administrativista

coincidenza, e nei limiti di siffatta coincidenza, con l'interesse collettivo primario. La peculiarità della posizione giuridica della pubblica amministrazione sta appunto in ciò, che quantunque essa sia, al pari di ogni altro soggetto giuridico, titolare di un proprio interesse secondario personale, la sua funzione non è quella di realizzare questo interesse secondario, personale, ma bensì quella di realizzare l'interesse collettivo, pubblico, primario, mentre l'interesse secondario, personale, Del soggetto amministrativo può essere realizzato, al pari di ogni altro interesse secondario dei singoli, soltanto in caso di coincidenza, e nei limiti della coincidenza, con l'interesse pubblico. (Tradução livre: Estes interesses coletivos públicos, dos quais a administração deve cuidar do cumprimento, não são, note-se, simplesmente interesse da administração, entendida como uma entidade jurídica de direito próprio, tem sido chamado de interesse coletivo primário, formado pelo complexo de interesses que prevalecem em uma determinada organização jurídica da sociedade, enquanto o interesse da entidade administrativa é simplesmente um interesse secundário que se faz sentir no seio da coletividade, e que não será realizado em caso de coincidência, e, no limite desta coincidência, com o interesse público primário. As peculiaridades da posição jurídica da administração pública residem precisamente no fato de que, embora seja, como qualquer outra pessoa jurídica, detentora de um interesse secundário pessoal, a sua função não é a de realizar esse interesse secundário, pessoal, mas sim o da realização do interesse coletivo, público, primário, enquanto o interesse secundário, da entidade administrativa pode ser realizado, como qualquer outra forma de interesse secundário individual, apenas no caso de coincidência, e no limite dessa coincidência com o interesse público.)

nacional não oferece um conceito bem definido de serviço. De fato, incumbiria à doutrina traçar tais notas conceituais, porém, com já se verificou, a dificuldade encontrada não é diminuta, desse modo, deve-se perscrutar, inicialmente, sobre o que significa serviço quando se trata de uma atividade administrativa.

Averiguando-se o termo “serviço” sob a perspectiva vulgar, que é a mesma empregada pela locução serviço público transplantada para o Direito Administrativo, vale observar a definição do dicionarista Aurélio Buarque de Holanda Ferreira (2004, p. 1.837), para quem serviço é o "ato ou efeito de servir"; ou, ainda, do ponto de vista econômico seria a "atividade econômica de que não resulta produto tangível, em contraste com a produção de mercadorias. Ex: Transporte, comunicações, atividades de profissionais liberais, administração pública."

Por sua vez, já vislumbrando um enunciado técnico-jurídico mais preciso, De Plácido e Silva (2014, p. 1.947) exprime que serviço é palavra derivada do latim *servitium* (condição de escravo) e que exprime "o estado de que é servo, encontrando-se no dever de servir ou de trabalhar para o amo". O mesmo autor, no seu Vocabulário Jurídico, aponta que "a expressão designa hoje o próprio trabalho a ser executado, ou que se executou, definindo a obra, o exercício do ofício, o expediente, o mister, a tarefa, a ocupação ou a função". Neste sentido, conclui "constitui serviço não somente o desempenho de atividade ou de trabalho intelectual, como a execução de trabalho ou de obra material".

No mesmo sentido, Aires Barreto (2003, p. 29) aponta que o conceito de serviço "supõe uma relação com outra pessoa a quem se serve. Efetivamente, se é possível dizer-se que se fez um trabalho para si mesmo, não o é afirmar-se que prestou serviço a si próprio." Desse modo, importa assinalar que o serviço "é assim um tipo de trabalho que alguém desempenha para terceiros". Hugo de Brito Machado (2004, p. 02) assevera, por sua vez, que "não existem conceitos indiscutivelmente exatos. Todos os conceitos oferecem alguma margem de imprecisão, seja porque são ambíguos, seja porque são vagos".

A legislação civil, por seu turno, trata do serviço como objeto do contrato típico de prestação de serviços, neste contexto, o serviço é considerado uma "obrigação de fazer, ou seja, a prestação de uma atividade lícita, não vedada pela lei e pelos bons costumes, oriunda da energia humana aproveitada por outrem e que pode ser material (limpeza, jardinagem etc.) ou imaterial [...]" (DINIZ, 2006, p. 516). De acordo com a legislação de consumo, o artigo 3º, § 2º do Código de Defesa do Consumidor - CDC enuncia que "serviço é qualquer atividade

fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista". (BRASIL, 1990).

No que concerne à compreensão do termo, sob a ótica do Direito Administrativo contemporâneo, preleciona Celso Antônio Bandeira de Mello (2006, p. 642) que serviço pode ser tido como “atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral [...]”, porém, podendo ser fruível individualmente pelos administrados. Odete Medauar (1992, p. 109) aponta, extraindo tais concepções de Santi Romano que “o serviço público significa, em essência, prestações”.

Outro aspecto do termo “serviço público” que deve ser enfocado sob a perspectiva conceitual é a noção de “Público”, pois para ser serviço público não basta ser um serviço, tem que ser um serviço acrescido do elemento que lhe dê a conotação de público. Dentro desta concepção de público que se busca, pode-se distinguir duas vertentes, uma determinando que o serviço é público quando seja realizado pelo Poder Público, ou seja, por alguma pessoa pertencente à estrutura orgânica da Administração Pública, Direta ou Indireta, ou por delegados, e, assim, efetivado pelo Estado. Outra, contemplando a ideia de uma atividade destinada, direcionada, ao público, fruível pelos administrados, em sentido geral, “usufruído pelo público, pelo povo, pelo usuário, pela coletividade”. (CRETELLA JÚNIOR, 1965, p. 232).

Sob a perspectiva do Público, ainda, se pode considerar que tal atividade é “assumida pelo Estado, como pertinente aos seus deveres” e prestado pelo próprio Estado ou por seus delegados; além disso adota-se um regime jurídico que “consagre as prerrogativas de supremacia e restrições especiais”, ou seja, um regime de Direito Público, instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo. (MELLO, 2006, p.642)

No conjunto desse aporte conceitual pode-se perceber que o serviço público não seria somente uma prerrogativa, um poder da Administração Pública ou do Estado, mas um dever de prestação de determinadas utilidades em benefício da população.

O conceito de serviço público, na doutrina administrativista, pode, contudo, tanto ser considerado em sentido amplo, como sendo, por exemplo, “toda atividade que o Estado exerce para cumprir os seus fins” (MASAGÃO, 1968, p. 252), ou, ainda, admitir uma conceituação mais restritiva como a noção acima apontada ou, ainda, a que confere ao serviço público a ideia de “atividade prestacional em que o poder público propicia algo necessário à

vida coletiva, como, por exemplo, água, energia elétrica, transporte urbano”, excluindo-se as atividades-meio, como por exemplo, a arrecadação de tributos, da acepção técnica de serviço público. (MEDAUAR, 2012, p. 347).

Então, é serviço público aquela atividade prestacional do Estado para a satisfação do interesse público. O serviço público, desse modo, numa concepção tradicional, pode ser entendido como uma “**atividade econômica** excluída por lei do mercado para que o Estado a **discipline imperativamente** e a **execute por seus próprios meios ou por delegação**” e sob esta perspectiva, se revelam dois critérios constantes da definição esposada o primeiro denominado de critério **orgânico**, caracterizado pela “existência de regras organizativas coercitivas, distintas das regras espontâneas vigentes no mercado” e o segundo nominado de **subjetivo**, ou seja, “a titularidade do Estado, para prestá-los direta ou indiretamente” (MOREIRA NETO, 2005, p. 11).

Nesse sentido, Falla (1994, p. 9), assenta que *los intereses públicos a conseguir y las necesidades a satisfacer vienen ya preestablecidos; a la Administración toca satisfacerlos a través de los servicios públicos*²². Desse modo, para este autor, serviços públicos são “serviços técnicos prestados ao público de maneira regular e constante, através de uma organização de recursos pessoais e materiais cuja titularidade pertence a uma administração pública, sob um regime jurídico especial”. (FALLA, 1994, p. 21).

Há doutrinadores que entendem que ainda que não possam *a priori* determinar todos os caracteres do serviço público, existem para identificá-los “elementos comuns às atividades qualificadas como serviço público.” Nesse sentido, se afiguram o vínculo orgânico com a Administração, caracterizado pela presunção de serviço público e pela relação de dependência entre a atividade e a Administração e o Regime Jurídico adotado que pode ser total ou parcialmente público. (MEDAUAR, 1992, p. 110)

Há ainda autores que entendem que os critérios para a conceituação do serviço público seriam três: o critério subjetivo; o critério objetivo ou material e o critério formal neste sentido se apresenta o pensamento de administrativistas nacionais como: Celso Antônio Bandeira de Mello (1968, p. 151-154), Augusto Neves Dal Pozzo (2012, p. 70) e Dinorá Grotti (2003, p. 46).

²² Tradução livre: Os interesses públicos a atingir e as necessidades a satisfazer já vêm pré-estabelecidos; à administração toca satisfazê-los através de serviços públicos.

Ocorre, que estes critérios, ora assinalados, não são capazes de, isoladamente, promover uma elucidação completa e definitiva acerca da noção de serviço público. Desse modo, pode-se constatar que “o **critério subjetivo** parte da premissa de que o Estado, por ele mesmo ou por entidade sua, figura como titular da prestação do serviço, além de funcionar como titular do próprio serviço.” (DAL POZZO, 2012, p. 71).

Sucedendo que o Estado não é o único prestador de serviços públicos, pois, atualmente, considerando-se o cenário brasileiro e a feição constitucional atual, evidencia-se a possibilidade de execução dos serviços públicos por particulares, mediante delegação destes serviços. Além disso, há serviços que não são de titularidade exclusiva do Estado, como é o caso da educação e da saúde, e que não podem ser apartados desta concepção. Nesse sentido, ainda que se entenda o critério subjetivo como titularidade do serviço (e não da execução) pelo Poder Público, pelo Estado, e por ele prestado, diretamente ou indiretamente – diretamente quando as próprias pessoas da Administração Pública Direta ou Indireta realizarem a atividade ou, indiretamente, quando esta se realizar por um particular, por meio de delegação do serviço público – mesmo assim, o critério subjetivo se mostra falho, pois deixa de abarcar serviços públicos impróprios²³ como sendo serviços efetivamente públicos.

Por seu turno, o critério **objetivo ou material** associa-se ao critério subjetivo para tentar suplantando as limitações metodológicas do critério anteriormente exposto e tornar o conceito tecnicamente mais preciso. Por este critério somente se estaria diante de um serviço público “se a atividade material a ser exercida fosse de interesse ou necessidade geral” (DAL POZZO, 2012, p. 72).

O critério é útil, pois toda atividade prestacional do Estado leva em consideração um interesse ou uma necessidade coletiva, entretanto, não é capaz de, por si só, levar ao entendimento daquilo que, por essência, se deve conhecer como serviço público, mas isso não quer dizer que o referido critério não tenha qualquer relevância, ou seja, impréstatível, posto que a sua noção, na verdade, leva a juízo excludente, considerando-se que aquelas atividades que não visam atender a um interesse ou necessidade coletiva, mas que se prestam a interesses meramente individuais ou particulares não devem, pois, ser elencadas como serviço públicos.

²³ No que tange à distinção entre serviços públicos próprios e impróprios se mostra importante a lição de José Cretella Júnior (1965, p. 227-228), para quem: “Serviços Públicos próprios são aqueles que o Estado executa diretamente (por meio de seus agentes) ou indiretamente (regime das concessões) e Serviços Públicos impróprios são os que, atendendo embora às necessidades coletivas, como os anteriores, não são executados pelo Estado, nem direta, nem, indiretamente, se bem que recebam “autorização” ou “permissão” do órgão estatal, a quem incumbe a tarefa de regulamentá-los.”

Há, ainda, o terceiro critério, o qual recebe a nomenclatura de **critério formal**. Por este critério, “o serviço público estaria submetido a normas de direito público, porque apenas normas desta seara do Direito teriam incidência.” (DAL POZZO, 2012, p. 74). A posição de Gaston Jèze, na França, revela-se como precursora desta concepção essencialmente formalista. Entretanto, neste ponto, a doutrina administrativa diverge havendo posições que se revelam pela possibilidade de prestação de serviços públicos sob regime jurídico parcialmente de direito privado. Como já visto anteriormente, Celso Antônio Bandeira de Mello (2006, p.642) insere a prestação de serviços públicos na seara do Regime Jurídico de Direito Público e consagrador das prerrogativas da Administração Pública.

Por sua vez, Di Pietro (2010a, p. 102) tempera esta noção afirmando que é 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 um regime jurídico total ou parcialmente público.” No mesmo sentido, Odete Medauar (1992, p. 110) se posiciona ao afirmar que “quanto ao regime jurídico, a atividade de prestação é submetida, total ou parcialmente, ao direito administrativo”.

Percebe-se, então, que se confere aos serviços públicos a possibilidade de realização por um regime jurídico híbrido, ou seja, parcialmente público. Ora, se o regime admitido, neste caso, é parcialmente público, então, este é, também, parcialmente privado, o que leva à conclusão de que, na posição das doutrinadoras citadas, o referido serviço pode ser executado por um regime jurídico que associe normas de direito privado, com normas de direito público. Neste sentido, “a Administração Pública nem sempre se sujeita ao direito administrativo. Ela pode sujeitar-se a regime jurídico administrativo e ao regime jurídico privado, ainda que parcialmente derogado pelo direito público” (DI PIETRO, 2013, p. 06)

É importante, ainda, notar que nenhum dos critérios aqui mencionados é capaz de isoladamente conduzir à completa e definitiva conceituação do termo serviço público, entretanto, todos estes critérios fazem parte da malha conceitual do que se deve entender por serviço público no direito administrativo. Assim, com as devidas modulações, tais critérios se mostram importantes na revelação daquilo que caracteriza e define o serviço público, enquanto instituto jurídico de Direito Administrativo, se considerados conjuntamente e com temperamentos conceituais.

Não se pode admitir uma conceituação do serviço público extremamente ampla, pois a utilidade prática de tal conceituação seria reduzida, por isso deve-se perscrutar em limite

se pode restringir a ideia de serviço público. Neste diapasão, Alexandre Santos de Aragão (2013, p. 149) ressalta que a considerar o serviço público sob a perspectiva de uma concepção **amplíssima**, como a correspondente à noção clássica francesa de serviço público, tal conceituação teria “reduzida utilidade em um estudo jurídico”, posto que se revelaria como “um tratado geral de Direito do Estado”.

Implica dizer que a conceituação que o autor em referência denomina de **ampla**, segundo a qual os serviços públicos se referem “às atividades prestacionais em geral do Estado, ou seja, às funções que exerce para proporcionar diretamente aos indivíduos comodidades e utilidades, independentemente de poderem deles ser cobradas individualmente ou não, ou de serem de titularidade exclusiva do Estado”, também apresenta inconvenientes, pelo fato de aproximar em demasia institutos que, do ponto de vista jurídico, são bem distintos, como os serviços *uti universi* dos serviços *uti singuli*²⁴ (ARAGÃO, 2013, p. 142 e 149)

Merece consideração, ainda, uma outra concepção concebida como **restritíssima** que seria decorrente da redação dos artigos 145, II e 175 da Constituição Federal de 1988. De acordo com esta concepção o serviço seria público somente se fosse “remunerado por taxa ou tarifa” e, ainda, se fosse de “titularidade exclusiva do Estado, exploráveis pela iniciativa privada apenas mediante concessão e permissão.” Este conceito excluiria da noção de serviços públicos os serviços universais e, ainda, aqueles que não fossem de titularidade exclusiva do Estado, como ocorre, por exemplo com os serviços de saúde e de educação. (ARAGÃO, 2013, p. 143)

A concepção **restrita** seria, na visão de Aragão (2013, p. 151) a definição mais “operacional” dos serviços públicos, abrangendo as atividades prestacionais que tenham um liame imediato com os indivíduos, sendo assim, há a possibilidade de identificação dos seus beneficiários e a quantificação da sua fruição. Esse conceito exclui os serviços *uti universi*, contendo somente os serviços econômicos e sociais. Assim enuncia, na sua conceituação, serviços públicos como realização de “utilidades econômicas a indivíduos determinados, colocados pela Constituição ou pela Lei a cargo do Estado, com ou sem reserva de titularidade, e por ele desempenhadas diretamente ou por seus delegatários, gratuita ou remuneradamente, com vistas ao bem-estar da coletividade.”

²⁴ Serviços *uti universi ou universais* são aqueles cujos destinatários são inespecíficos e indivisíveis, sem beneficiários identificáveis com exatidão, por outro lado, serviços *uti singuli ou individuais* são aqueles de fruição individual e, portanto, específicos e divisíveis, podendo-se mensurar quantitativamente a utilização do mesmo pelos administrados que são destinatários de tal serviço.

Dinorá Grotti (2003, p.87) acentua que “cada povo diz o que é serviço público em seu **sistema jurídico**. A qualificação de uma dada atividade como serviço público remete ao plano da concepção do Estado sobre o seu papel.” Além disso, como assinala Ana Cláudia Finger (2003, p. 82) o serviço público é "uma das garantias constitucionais de **realização dos direitos fundamentais**", assim, se evidencia como "importante instrumento de concretização dos direitos fundamentais."

Na atualidade, a Constituição Federal de 1988 se refere expressamente aos serviços públicos, estabelecendo no art. 175, *caput*, que “Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”. Além disso, estatui nos artigos 21, 23, 25 e 30 as competências materiais dos Entes Federados no que tange à atividade prestacional do Estado. Mediante disciplina constitucional foram editadas as Leis n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que trata do Regime de Concessão e Permissão da prestação de serviços públicos previsto no artigo 175, bem como a Lei n.º 9.074, que estabelece normas para outorga e prorrogação das concessões e permissões de serviços públicos.

Segundo dispõe a Lei n.º 8.987/95, que regulamentou o artigo 175 da Constituição Federal, o serviço público será prestado de forma adequada, de modo a satisfazer as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

Desse modo, enquanto se pode perceber o Direito Administrativo como um “jogo de diálogo entre dois elementos contrapostos: prerrogativas de *puissance* e garantia aos particulares; ou entre autoridade e liberdade, o serviço público transcende ambos e em Direito Administrativo é a tradução mais acentuada da ideia filosófica do bem comum”. (MEDAUAR, 1992, p. 113)

Assim, para fins desta dissertação, por serviço público, no contexto constitucional brasileiro, levando em consideração as exposições doutrinadas aqui apresentadas, se pode entender a atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral e à realização dos direitos fundamentais, fruível individualmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres de prestação ou regulação, com ou sem reserva de titularidade, prestada diretamente, pelo próprio Estado ou por seus agentes; de forma indireta, por seus delegatários, concessionários e

permissionários ou, ainda, por particulares, mediante autorização, sob um regime total ou parcialmente público²⁵.

2.3 Princípios informadores do serviço público²⁶ e o serviço público adequado

Um estudo que busca abordar o regime jurídico dos serviços públicos, concessões e permissões de serviços públicos, Parcerias Público-Privadas e a aplicação de um princípio como elemento desse Regime requer que, preliminarmente, seja perscrutado o significado e alcance do vocábulo princípio. O termo princípio apresenta uma gama de diversos significados, porém, pode-se destacar o seguinte sentido, erigido por Celso Antônio Bandeira de Mello (2006, p. 912-913), que assim concebe o termo princípio, em conformidade com a acepção deste estudo: “mandamento nuclear de um sistema, [...], disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência”.

²⁵ Observa-se que alguns autores adotam uma noção mais restrita de serviços públicos como é o caso de Alexandre Santos de Aragão, conforme já demonstrado na dissertação e há outros, inclusive, que adotam uma noção restritíssima de serviços públicos, como é o caso de Victor Rhein Schirato (2011, p. 05), considerando, em sua tese de doutorado, “os serviços públicos restritos a atividades econômicas que podem ser exploradas por particulares, nos termos do artigo 175 da Constituição Federal”, e excluindo as atividades prestacionais sociais, como saúde e educação. Ocorre que o regime jurídico e a principiologia dos serviços públicos se aplicam a tais serviços, sendo, pois, tidos como públicos, ainda, que a titularidade não seja exclusivamente do Poder Público.

²⁶ A doutrina francesa, como, por exemplo, por todos, se pode citar a obra de Rivero e Waline (1992, p. 388-389), aponta como princípios inerentes aos serviços públicos somente três: mutabilidade, continuidade e igualdade. No mesmo sentido é o entendimento, no Brasil, de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2010a, p. 107-108), que segue a doutrina francesa nesse ponto e revela que o princípio da mutabilidade do regime jurídico ou da flexibilidade dos meios aos fins “autoriza mudanças no regime de execução do serviço para adaptá-lo ao interesse público”; por outro lado, o princípio da continuidade encerra que “o serviço público não pode parar”, sendo aplicável “aos contratos administrativos e ao exercício da função pública”; e, ainda, que o princípio da igualdade estabelece que, “desde que a pessoa satisfaça as condições legais, ela faz *jus* à prestação do serviço público, sem qualquer distinção de caráter pessoal”. De acordo com o que se expõe nesta dissertação tais princípios continuam aplicáveis, ainda que sob nova nomenclatura ou tratamento, por exemplo, o princípio da igualdade mencionado pela doutrina francesa e replicado por Maria Sylvia Zanella Di Pietro nada mais é do que um consectário do próprio regime constitucional, posto que a Constituição Federal já impõe a aplicação do princípio da igualdade e do seu consectário princípio da Impessoalidade para toda extensão da Administração Pública. Não é diferente com os princípios da mutabilidade e com o da continuidade, pois este último é indubitavelmente componente do regime principiológico dos serviços públicos, no Brasil, inclusive tratado expressamente na Lei n.º 8.987/95. Já o da mutabilidade não encontra previsão expressa com tal nomenclatura, mas não desapareceu, sendo reforçado pela presença atual dos princípios da Atualidade e da Eficiência, aqui tratados. Odete Medaur (2012, p.350-351) também se filia à tríade francesa, entretanto, acrescenta o princípio do funcionamento eficiente do serviço público. Por sua vez, Celso Antônio Bandeira de Mello (2006, p. 648-650), elenca como princípios do serviço público os seguintes princípios: Dever inescusável do Estado de promover-lhe a prestação; princípio da supremacia do interesse público; princípio da adaptabilidade; princípio da universalidade; princípio da impessoalidade; princípio da continuidade; princípio da transparência; princípio da motivação e princípio da modicidade das tarifas.

No âmbito dos estudos filosóficos, a expressão princípio já fora utilizada por filósofos gregos clássicos com o sentido de "ponto de partida e fundamento de um processo qualquer", tendo sido aplicada nesta acepção por Anaximandro, Platão e Aristóteles. (ABBAGNANO, 1999, p. 792).

Destaque-se, a propósito, que a evolução do pensamento doutrinário acerca da juridicidade dos Princípios passou, de acordo com Paulo Bonavides (2004, p. 259), por três distintas fases: a jusnaturalista, a positivista e a pós-positivista. A doutrina jusnaturalista concebe os princípios gerais de direito como forma de axiomas jurídicos ou normas estabelecidas pela reta razão. O advento do positivismo, deferiu aos princípios a compreensão como fonte supletiva do Direito, passando a ser escritos nos textos legais. Estes institutos passam, então, a ser uma fonte de legitimação do Direito positivo, que só lhe dava lugar quando a lei fosse omissa. A terceira fase da juridicidade dos princípios emergiu, por sua vez, com o surgimento da corrente jusfilosófica conhecida por pós-positivismo, que tem se consolidado nas últimas décadas, a partir da segunda metade do século XX.

No cenário jurídico apresentado, os princípios adquirem importância dada a sua disponibilidade para veicular valores, expressos ou não em normas positivadas, que instruem a construção e evolução dos direitos em uma sociedade. A esse respeito, Josef Esser (1990, p. 51) enuncia que "princípios são aquelas normas que estabelecem fundamentos para que determinado mandamento seja encontrado", por sua vez, Karl Larenz (1979, p. 26) conceitua princípios como "normas que estabelecem fundamentos normativos para a interpretação e aplicação do Direito, deles decorrendo, direta ou indiretamente, normas de comportamento."

É bem verdade que não se pode confundir princípios com regras, há diferenças essenciais entre as categorias. Neste sentido, Canaris (1983, p. 50) anuncia que "os princípios ao contrário das regras, possuiriam um conteúdo axiológico explícito e careceriam, por isso, de regras para a sua concretização." Neste ponto, se percebe que defende que o princípio se concretiza pelo seu conteúdo intrinsecamente axiológico e não através de uma regra. Ademais, sustenta o jurista que "os princípios, ao contrário das regras, receberiam seu conteúdo de sentido somente por meio de um processo dialético de complementação e limitação"

Neste contexto de evolução conceitual dos princípios foi decisiva a contribuição de Dworkin. (1967, p. 14; 22) Para o autor americano as regras são aplicadas na forma de tudo ou nada (*all or nothing*), ou seja, "se a hipótese de incidência de uma regra é preenchida, ou é a regra válida e a consequência normativa deve ser aceita ou ela não é considerada válida". Os

princípios, contrariamente, não se excluem mutuamente, podendo coexistir diante de uma aplicação ponderada dos mesmos, pois conforme sustenta, os princípios “somente contêm fundamentos, os quais devem ser conjugados com outros fundamentos provenientes de outros princípios”. Desse modo, “os princípios, ao contrário das regras, possuem uma dimensão de peso (*dimension of weight*).” Dimensão esta que é negada por Humberto Ávila (2007, p.36-37), entretanto, para Dworkin as antinomias principiológicas podem ser dirimidas por meio de processos de ponderação, sem prejuízo global de um princípio em detrimento do outro, especialmente, nos *hard cases*, casos difíceis.

Em Robert Alexy (1979, p. 59) encontra-se o entendimento de que os “princípios jurídicos consistem apenas em uma espécie de normas jurídicas por meio da qual são estabelecidos deveres de otimização aplicáveis em vários graus, segundo as possibilidades normativas e fáticas.” Neste sentido, os princípios não iriam determinar as consequências normativas de forma direta, papel este deferido às regras, mas possuiriam uma “dimensão de peso” na aplicação destas. “A aplicação de um princípio deve ser vista como uma cláusula de reserva, da seguinte maneira: 'Se no caso concreto outro princípio não obtiver maior peso'.” (ÁVILA, 2007, p. 37)

Humberto Ávila (2007, p. 65-66), a propósito, propõe um modelo tripartite composto por regras, princípios e postulados, sendo os postulados normativos aplicativos normas de 2º grau, de dimensão metódica, ao passo que, os princípios e as regras, seriam normas jurídicas de 1º grau, que se distinguem, basicamente, por três critérios de dissociação, o dever instituído, i.e., a natureza do comportamento prescrito; a natureza da justificação exigida e, por fim, o modo de contribuição para a solução de conflitos.

Assim, no entendimento do citado autor as regras seriam “normas-do-que-fazer” (*ought-to-do-norms*), seu conteúdo diz respeito a ações (*actions*), enquanto os “princípios são ‘normas-do-que-deve-ser’ (*ought-to-be-norms*), portanto, seu conteúdo diz respeito a um estado ideal de coisas (*state of affairs*)”. Ademais, “as regras assumem um caráter retrospectivo (*past-regarding*)”, uma vez que apresentam uma situação de fato conhecida pelo legislador; já os princípios trazem “caráter prospectivo (*future-regarding*), pois determinam um estado de coisas a ser construído”. Além disso, as regras apresentam “pretensão terminativa”, enquanto os princípios encerram “pretensão de complementaridade”, pois abrangem apenas “parte dos aspectos relevantes para uma tomada de decisão, não têm a pretensão de gerar uma solução específica, mas de contribuir, ao lado de outras razões para a tomada de decisão”. (ÁVILA, 2007, p. 72-77)

Importante ressaltar, ainda, o aspecto normativo dos Princípios jurídicos, assim, “os princípios de direito público contidos na Constituição são normas jurídicas”, acrescentando-se que “o princípio tem substância integral. A norma é limite, o princípio é limite e conteúdo”. Tal distinção impõe a conclusão de que “o princípio exige que tanto a lei como o ato administrativo lhe respeitem os limites e que além do mais tenham o seu mesmo conteúdo”. (GRAU, 2001, p. 97)

Paulo Bonavides (2004, p. 286-288), por sua vez, erige os princípios a "normas-chave de todo o sistema jurídico" e assevera que "são o oxigênio das Constituições na época do pós-positivismo" e, ainda, que "conferem unidade de sentido e valoração da ordem normativa".

Assim, o regime jurídico dos serviços públicos, também, é dotado de uma principiologia peculiar e própria. Desse modo, a caracterização de uma determinada atividade como serviço público implica a submissão a um conjunto de normas principiológicas que devem ser acatadas visto que são norteadoras da atividade inerente aos serviços prestados aos administrados. Nesse sentido, os cardeais princípios enunciados pela doutrina administrativista brasileira contemporânea acerca dos serviços públicos são os denominados princípios da continuidade, da atualidade, da generalidade, da cortesia, da modicidade tarifária, da regularidade e da eficiência, explicitados a seguir.

2.3.1 Princípio da continuidade

O serviço público oferecido à população deve ter um funcionamento contínuo. Assumir que o serviço público é contínuo é dizer que este não deve sofrer paralisações ou interrupções que venham a frustrar as regulares expectativas dos usuários dos serviços e impossibilitá-los da fruição destes serviços.

Este princípio implica reflexo e consequência direta no regime de execução dos contratos administrativos, bem como na atuação e prestação das atividades dos servidores públicos, posto que durante muito tempo se vedou, inclusive o exercício do Direito de Greve no âmbito do Serviço Público em decorrência do Princípio da Continuidade. (MEDAUAR, 2012, p. 350)

Em relação aos contratos administrativos, a Lei n.º 8.666/93, que rege as licitações e contratos no âmbito nacional, no artigo 78, inciso XIV, revela que é motivo para

rescisão do contrato por parte da Administração Pública a “suspensão de sua execução, por ordem escrita da Administração, por prazo superior a 120 (cento e vinte) dias, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra”.

A Lei ainda prevê que a rescisão contratual, também, poderá ocorrer por “repetidas suspensões que totalizem o mesmo prazo (120 dias), independentemente do pagamento obrigatório de indenizações pelas sucessivas e contratualmente imprevistas desmobilizações e mobilizações e outras previstas[...]”. Portanto, se evidencia que o Princípio da Continuidade não é um Princípio absoluto, pois em determinadas e pontuais situações previstas pela lei, especialmente, em face de descumprimento contratual por parte da própria Administração Pública pode ser lícito ao praticar suspender a execução do contrato.

No que tange ao Direito de Greve, é importante ressaltar que a Constituição Federal de 1988 determina que esse direito é garantido aos servidores público, entretanto, acentua que tal direito deve ser exercido “nos termos e limites definidos em lei específica”. Tal regra é tida pelos Supremo Tribunal Federal – STF²⁷ como uma norma constitucional de eficácia limitada²⁸ e, portanto, dependeria de uma Lei específica para regulamentar o dispositivo constitucional. Contudo, em decorrência da mora legislativa do Congresso Nacional, o STF se pronunciou em sede de Mandado de Injunção²⁹, que se deve aplicar aos servidores públicos a lei de greve regente dos trabalhadores do setor privado, ou seja, a Lei n.º 7.783/89, o que, até hoje ocorre, tendo em vista que não lei específica para regular o direito de

²⁷ Neste sentido: "Insuficiência de relevo de fundamentação jurídica em exame cautelar, da arguição de inconstitucionalidade de decreto estadual que não está a regular (como propõem os requerentes) o exercício do direito de greve pelos servidores públicos; mas a disciplinar uma conduta julgada inconstitucional pelo Supremo Tribunal, até que venha a ser editada a lei complementar prevista no art. 37, VII, da Carta de 1988 (M.I. n. 20, sessão de 19.5.94)." (STF- TP- ADIN n. 1306-BA, Rel. Min. Octavio Galloti, requerentes: Partido dos Trabalhadores - PT e outros; requerido: Governador do Estado da Bahia, j. 30.06.95, DJU 27.10.95, p. 01806).

²⁸ Há posicionamento doutrinário em sentido contrário, em especial, de Celso Antônio Bandeira de Mello que entende tal norma como de eficácia **contida** e não de eficácia **limitada**. Segundo José Afonso da Silva (1998, p. 116), normas de eficácia contida "são aquelas em que o legislador constituinte regulou suficientemente os interesses relativos a determinada matéria, mas deixou margem à atuação restritiva por parte da competência discricionária do Poder Público, nos termos que a lei estabelecer ou nos termos de conceitos gerais nelas enunciados". Celso Antônio Bandeira de Mello (1991, p. 77 e 78), mesmo antes da EC 19/98, já sustentava a eficácia contida do art. 37, VII, da CF: "... Este é exercitável desde logo, antes mesmo de editada a sobredita norma complementar, que lhe estabelecerá os limites. Trata-se de norma de eficácia contida, segundo a terminologia adotada por JOSÉ AFONSO DA SILVA. Admita-se, apenas, que a greve não poderá deixar sem atendimento as "necessidades inadiáveis" da comunidade, a serem identificadas regendo um critério de "razoabilidade", pois a obrigação de supri-la está constitucionalmente prevista, até mesmo para os trabalhadores em geral, conforme § 1º do artigo 9º"

²⁹ Neste sentido ver os seguintes Mandados de Injunção – MI julgados pelo STF: MI 598/PR; MI 670/ES; MI 708/DF; MI 712/PA e MI 20/DF.

greve no âmbito do serviço público.

No que tange à prestação de serviços pelo Estado e por seus delegados, concessionárias e permissionárias do serviço público, existem casos legais que permitem a excepcional paralisação do serviço público sem que isso caracterize a descontinuidade do serviço. Desse modo, o artigo 6º, § 3º da Lei n.º 8.987/95 determina que “não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso, quando: I - motivada por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações; e, II - por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade.”.

Assim, de acordo com a dicção legal há três hipóteses que ensejam a paralisação sem que isso venha a caracterizar a descontinuidade do serviço. A primeira é a situação de emergência, que pela própria natureza fática da situação, prescinde de prévio aviso. A segunda é aquela motivada por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações, ou seja, motivada pela necessidade de reparos, adequações ou atualização dos equipamentos e dispositivos necessários à boa realização da atividade material do serviço público prestado, neste caso é imprescindível o prévio aviso, sob pena de infringência ao Princípio da Continuidade.

O terceiro caso é da paralisação por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade. Neste ponto merecem consideração as seguintes observações. Inicialmente não é todo e qualquer inadimplemento que possibilita a paralisação dos serviços públicos, é necessário, que o débito seja atual e que haja prévia notificação da interrupção do serviço. No que tange à atualidade do débito, este pode ser considerado atual³⁰ quando seja decorrente de conta do mês de consumo, sendo evidente que os débitos pretéritos não podem dar ensejo a uma paralisação do serviço público, pois a Administração Pública ou os seus delegados podem se utilizar dos meios ordinários de cobrança para fazer valer o seu direito ao

³⁰ Precedentes do Superior Tribunal de Justiça – STJ: AgRg no AREsp 484166/RS, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, primeira turma, julgado em 24/04/2014, DJE 08/05/2014; AgRg no REsp 1351546/MG, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, primeira turma, julgado em 22/04/2014, DJe 07/05/2014; AgRg no AREsp 462325/RJ, Rel. Ministro Og Fernandes, segunda turma, julgado em 27/03/2014, DJe 15/04/2014; REsp 1222882/RS, Rel. Ministro Ari Pargendler, terceira turma, julgado em 15/08/2013, DJE 04/02/2014; AgRg no AgRg no AREsp 152296/AP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, segunda turma, julgado em 15/08/2013, DJe 11/12/2013; AgRg no AREsp 412849/RJ, Rel. Ministro Humberto Martins, segunda turma, julgado em 03/12/2013, DJe 10/12/2013; AgRg no AREsp 360181/PE Rel. Ministro Benedito Gonçalves, primeira turma, julgado em 19/09/2013, DJe 26/09/2013; AgRg no AREsp 345638/PE, Rel. Ministro Herman Benjamin, segunda turma, julgado em 03/09/2013, DJe 25/09/2013; AgRg no REsp 1261303/RS, Rel. Min. Sérgio Kukina, primeira turma, julgado em 13/08/2013, DJe 19/08/2013; AREsp 270291/SP (decisão monocrática), Rel. Ministra Assusete Magalhães, julgado em 29/04/2014, DJe 05/05/2014.

crédito, sob pena de caracterizar infringência ao disposto no artigo 42 do Código de Defesa do Consumidor – CDC, porquanto o Superior Tribunal de Justiça - STJ já firmou entendimento que a interrupção de serviço público essencial pressupõe a inadimplência de conta regular.

Cabe, portanto, que o aviso prévio deve ser específico e incontroverso, de modo que o usuário do serviço deve receber uma notificação específica acerca da paralisação do serviço, até por um dever de probidade e lealdade da Administração Pública, não se prestando para tal fim a informação genérica de existência de contas em atraso constantes dos talões de consumo do serviço utilizado pelo usuário.

2.3.2 Princípio da atualidade

O Princípio da atualidade revela que o serviço público deve ser prestado de modo a compreender as mais modernas técnicas de execução da prestação e, ainda, dos equipamentos e das instalações utilizadas. Além disso, na realização dos serviços públicos, em consonância com o Princípio da Atualidade, deve-se promover a melhoria e conservação dos equipamentos empregados e, ainda, a expansão dos serviços de modo a atender com maior abrangência a população de modo geral.

Nesse sentido, se percebe que o Princípio da atualidade revela um dever de atualização constante dos meios empregados na realização de serviços públicos, de modo a evitar a obsolescência, tanto do próprio serviço como dos instrumentais utilizados na sua execução. Por força desse Princípio a Administração deve abandonar práticas obsoletas, precárias e antiquadas e assumir atividades de modernização dos seus serviços com o propósito de implementar maior qualidade à prestação da atividade do Poder Público. Assim, “não resta dúvida de que o serviço público deve ser prestado de acordo com os padrões tecnológicos os mais atuais possíveis, devendo adaptar-se às modernidades, para não se tornar obsoleto.” (DAL POZZO, 2012, p. 105)

Desse modo, os contratos administrativos que versem sobre serviços públicos, delegações, concessões e permissões devem conter cláusulas que impliquem observância do Princípio da Atualidade, evitando que o serviço público se degrade com o passar do tempo ou simplesmente se torne inoperante pela ausência de condutas voltadas à prática de atualização do mencionado serviço.

Por óbvio, essa situação tem um impacto financeiro nos contratos, pois demanda por parte de quem presta o serviço uma gama de investimentos e aplicação de recursos, com o intuito de preservar o serviço prestado pela Administração Pública de maneira indireta. Entretanto, a Lei de Concessões, n.º 8.987/95, determina no artigo 6º, § 1º a observância do princípio em comento, enunciando que “a atualidade compreende a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço”.

Como exemplo da aplicação do princípio da atualidade se pode mencionar a apresentação de projeto de lei na Câmara Municipal de Teresina, acrescentando artigo à Lei daquele município n.º 4.487/13 garantindo a instalação de ar condicionado em 50% da frota em 2016 e outros 50% até o final de 2017³¹. Certamente, tal medida se apresenta em consonância com o Princípio da atualidade do serviço público, conforme aqui esposado.

2.3.3 Princípio da generalidade

O princípio da generalidade, também denominado de Princípio da universalidade se caracteriza pelo oferecimento de serviço público em condições de igualdade para todos, sem qualquer discriminação, de modo que, uma vez preenchidas as condições requeridas pela legislação todo e qualquer cidadão pode usufruir do serviço prestado pelo Estado. (PESSOA, 2013, p. 155)

Desse modo, o serviço público é geral, tendo em vista que é direcionado para toda a coletividade, sendo, portanto, um consectário lógico do princípio da igualdade de matriz constitucional, consoante se depreende do caput do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.”

Ademais, tal princípio revela um direito do cidadão ao recebimento da oferta de serviço público, em condição de igualdade com os demais, e, em contrapartida, um dever do Estado de “fazer com que todos os usuários de uma dada coletividade recebam efetivamente o

³¹ Informação extraída do site da Câmara Municipal de Teresina. Disponível em: <<http://www.teresina.pi.leg.br/noticia/vereador-paixao-apresenta-projeto-para-reduzir-prazo-de-instalacao-de-ar-condicionado-nos-onibus>> Acesso em 05 de fevereiro de 2016.

serviço público por ele titularizado, não sendo mais suficiente a mera disponibilização.” (DAL POZZO, 2012, p. 97).

O princípio em comento tem extrato constitucional, uma vez que o artigo 175, parágrafo único, inciso IV determina que “a lei disporá sobre a obrigação de manter serviço adequado”. Nesse ponto, é importante ressaltar que a Constituição fala de obrigação, ou seja, impõe ao poder público um dever de levar à população a efetiva fruição do serviço público e, de modo específico a Lei n.º 8.987, no artigo 6º, § 1º determina que o serviço adequado é aquele que atende, dentre outras condições, a generalidade na prestação do serviço público.

Nesta acepção, deve-se considerar que o objetivo final da Administração Pública na realização de serviços públicos não é a obtenção de lucros, mas sim a realização das necessidades coletivas, sendo assim, mesmo que determinada atividade não se afigure em dada situação lucrativa para o Poder Público, ainda assim, persiste a obrigatoriedade de disponibilização do serviço para os administrados.

2.3.4 Princípio da cortesia

O que se entende por cortesia no âmbito do Direito Administrativo não foge muito à concepção ordinária do termo; a cortesia se revela na civilidade, na educação no trato com outrem; na amabilidade, na polidez e no respeito.

Aplicado aos serviços públicos o Princípio da Cortesia envolve a necessidade de um tratamento condizente com o *status* de “ser público”, daquele que presta o serviço público. Neste sentido o princípio pode ser entendido como uma determinação à Administração para que confira um bom atendimento ao público em geral.

Ademais, implica a quem presta o serviço público “um tratamento urbano, civilizado, sem menosprezo daquele que se considera dono da coisa pública, prevalecendo-se do poder que lhe foi atribuído, tal como se estivesse prestando um favor aos usuários”. (GROTTI, 2003, p. 299)

É, pois, um princípio que não comporta *discrímen* hierárquico, de modo, que todos os que prestem algum tipo de atividade voltada para os usuários de serviços públicos, têm o dever de pautar suas condutas no Princípio da Cortesia, mesmo que seja a autoridade máxima da Administração. Trata-se, por conseguinte, de um princípio de mão dupla, isto é, também

pressupõe a conduta cortês, gentil e educada do usuário do serviço público, constituído crime de Desacato o descumprimento de tal preceito, conforme se depreende da redação do artigo 331, do Código Penal; “desacatar funcionário público no exercício da função ou em razão dela; Pena - detenção, de seis meses a dois anos, ou multa”. (DAL POZZO, 2012, p. 106-107)

O que se busca, portanto, é o bom relacionamento entre quem executa o serviço público, Poder Público e seus delegados, e as pessoas que se utilizam destes serviços postos à disposição da população, usuários e administrados.

2.3.5 Princípio da modicidade tarifária

Nem todos os serviços públicos estão sujeitos a uma política tarifária, posto que alguns serviços são colocados à disposição da população forma gratuita ou não onerosa, ou seja, não há necessidade que o usuário pague qualquer preço público ou tarifa para a fruição do serviço. Entretanto, há serviços que são prestados mediante remuneração tarifária, de forma que o usuário do serviço deve realizar uma contraprestação com natureza de tarifa ou preço público para que possa se utilizar do respectivo serviço.

A modicidade indica que as tarifas devem ter o menor valor possível, sendo compatíveis com a oferta adequada do serviço e com a remuneração do prestador. Desse modo, os serviços públicos devem ser prestados sob o signo de tarifas ou preços públicos que tornem tais serviços viáveis do ponto de vista do custo econômico, porém sem descurar da necessária proximidade dos serviços da maior parte da população, mediante oferecimento dos mesmos, por intermédio de remuneração módica e justa.

Caracteriza-se como princípio que revela o viés social impregnado na principiologia dos serviços públicos em acordo com a Constituição Federal de 1988, pois desvenda a impossibilidade de prestação pelo Estado de forma gratuita, ou pelo menos remunerada exclusivamente pelos tributos, dos serviços públicos e a necessidade de contraprestação do usuário pela utilização de determinados serviços.

O referido princípio tem, também, extrato constitucional, uma vez que o artigo 175, parágrafo único, inciso III determina que “a lei disporá sobre política tarifária”. Destarte, é importante ressaltar que a Constituição impõe ao poder público, neste caso também, um dever de levar à população a efetiva fruição do serviço público, por um preço que seja acessível e

condizente com os custos da sua prestação, além disso, de modo específico a Lei n.º 8.987, no artigo 6º, § 1º determina que o serviço adequado deve atender, dentre outras condições, a modicidade das tarifas.

Dessa forma, como meio de dar cumprimento aos mandamentos do referido princípio o Estado pode implementar políticas públicas de subsídio tarifário, isenções tarifárias ou adoção de tarifas populares, para as populações de baixa renda, de modo a promover a efetiva participação e acesso desta parcela da sociedade aos serviços públicos oferecidos pelo Poder Público, mesmo que mediante concessão ou outra forma de delegação.

2.3.6 Princípio da regularidade

O princípio da regularidade se caracteriza pelo cumprimento das regras e condições de prestação do serviço público, em consonância com aquilo que está disposto na lei e regulamentos administrativos, ou seja, em conformidade com as normas que disciplinam este serviço. Tal princípio tem previsão legal expressa no § 1º do artigo 6º, da Lei n.º 8.987/95. Cada serviço, por conseguinte, tem regras e regulamentos próprios, de modo, que o serviço irregular é aquele que não atende às normas gerais ou específicas de execução de determinado serviço público.

É decorrência lógica de tal princípio o dever da Administração Pública de controlar e fiscalizar a prestação do serviço público, de modo a lhe atestar a regularidade, posto que não basta que o serviço seja prestado; é necessário que o mesmo seja prestado de forma regular. (PESSOA, 2013, p. 154). Não se deve confundir, pois, continuidade com regularidade, tendo em vista que o serviço pode ser prestado de maneira contínua e ininterrupta, porém de forma irregular. Então, é necessário que se verifique que se trata de um princípio autônomo e dissociado da ideia de continuidade. (DAL POZZO, 2012, p. 109)

2.3.7 Princípio da eficiência

O Princípio da Eficiência é princípio regente de toda a atividade da Administração Pública e, até por isso, está presente no *caput* do artigo 37 da Constituição Federal, após a reforma administrativa implementada pela Emenda à Constituição – EC n.º

19/98, ladeado a outros princípios basilares como Legalidade, Impessoalidade, Moralidade e Publicidade.

Além disso, o princípio da eficiência é, também, princípio diretor específico dos serviços públicos, consoante se extrai da Lei n.º 8.987/95, que estabelece que o serviço adequado é aquele satisfaz as condições, dentre outras, de eficiência na sua prestação. No mesmo sentido reza o disposto no artigo 123, parágrafo único da Lei Orgânica do Município de São Paulo. O funcionamento eficiente é tido, também pela doutrina, como princípio basilar dos serviços públicos no Brasil, apontando-se que “o serviço público deve ser o melhor possível.” (MEDAUR, 2012, p. 351; MEIRELLES, 2003, p. 376).

O cerne do princípio da eficiência, é a busca pela produtividade e economicidade³², além disso, também se mostra relevante, a prática de controle das atividades da administração no sentido de evitar, ou, pelo menos, minorar os dispêndios desnecessários de recursos públicos, mediante prestação ágil, correta e com apropriado aproveitamento dos recursos funcionais.

O Princípio da Eficiência enseja, ainda, um direcionamento da atividade dos serviços públicos à efetividade do bem comum, caracterizando-se pela imparcialidade, neutralidade e transparência, buscando, destarte, promover uma aproximação dos serviços públicos da população de forma eficaz, desburocratizada e com qualidade.

Por seu turno, é necessário, ainda, distinguir Eficácia, Efetividade e Eficiência. A eficácia, no âmbito da atividade administrativa, tem sua noção relacionada aos meios e instrumentos empregados pelos agentes estatais no exercício dos seus deveres perante a administração e os administrados, ou seja, se exprime uma conotação instrumental à eficácia, neste aspecto.

Assim, no que concerne à Eficácia, a atividade administrativa eficaz é aquela que emprega todos os instrumentos disponíveis pela Administração para a consecução do interesse público. Entende-se, desse modo, que a Eficácia se mostra direcionada para os resultados obtidos com as atividades administrativas. Ou seja, uma atuação eficaz da

³² Por economicidade se deve entender, para fins desta dissertação, a minimização dos custos dos recursos utilizados na execução das ações voltadas ao atendimento dos serviços públicos, sem que isso venha a comprometer os padrões de qualidade; tal aspecto revela intrinsecamente a capacidade de gerir adequadamente a coisa pública e, especialmente, os recursos financeiros colocados à disposição da Administração Pública. “O vocábulo economicidade se vincula ao domínio da ciência econômica e das ciências da gestão à ideia fundamental de desempenho qualitativo. Trata-se da obtenção do melhor resultado estratégico possível de uma determinada alocação de recursos financeiros, econômicos e/ou patrimoniais em um dado cenário sócio-econômico”. (BUGARIN, 1998, p. 42)

Administração, também, é a aquela que atinge as metas e resultados previamente planejados e consignados na legislação, nos regulamentos e nos contratos administrativos.

A Efetividade, por sua vez, diz respeito ao impacto final, consequencial, das ações, atividades e serviços públicos implementados pela Administração Pública, consubstanciando-se no grau de satisfação das necessidades e dos anseios dos administrados em razão dos serviços prestados pelo Estado, ou por quem lhe faça as vezes. A Efetividade, importante ressaltar, vai além das entregas imediatas (metas) e leva em conta a transformação ocasionada pela prestação dos serviços públicos.

A Eficiência, por seu turno, tem significado relacionado com a maneira pela qual se realiza a execução do serviço público, ou seja, com o funcionamento do serviço. Um mau funcionamento do serviço ou um funcionamento tardio e intempestivo, por exemplo, se configuram como uma ineficiência na prestação do serviço público. Um serviço público é tido por eficiente quando o seu funcionamento se dá de forma adequada, conforme a previsão e regulamentação do mesmo, de modo a satisfazer os anseios dos usuários do serviço, tanto no seu aspecto quantitativo, como qualitativo.

Conforme preleciona Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2000, p. 84), o conceito de Eficiência, antes era vago ou confundido com o da eficácia, entretanto, granjeou precisão com a Revolução Industrial, quando passou a ser entendido como: “a relação entre um produto útil e aquele teoricamente possível com os meios empregados, daí passando à Economia, na qual se aproximou e até certo ponto se confundiu com o conceito de produtividade³³ [...], daí chegando à administração privada e, finalmente, à pública”.

O advento da novel compreensão da “administração pública gerencial, que deu um passo além da administração burocrática, asseverou-se não ser bastante a prática de atos que simplesmente estejam aptos a produzir os resultados juridicamente dele esperados, o que apenas atenderia ao conceito clássico de *eficácia*³⁴.” Desse modo, hodiernamente se exige um *plus*, uma exigência a mais; de modo que as atividades estatais inerentes aos serviços públicos “sejam praticados com certas qualidades intrínsecas que possibilitem lograr-se o melhor atendimento possível das finalidades que deve, por lei, atender”. (MOREIRA NETO, 2000, p.84)

³³ Por produtividade pode-se entender uma relação mensurável ou estimável entre produto e insumos.

³⁴ Ou de Efetividade, conforme os limites conceituais acima mencionados.

Do ponto de vista estritamente jurídico, a obrigação de atuação eficiente, "refere a duas dimensões da atividade administrativa indissociáveis: a) a dimensão da racionalidade e otimização no uso dos meios; b) a dimensão da satisfatoriedade dos resultados da atividade administrativa pública". (MODESTO, 2000, p. 112)

De acordo com a proposta inicial e exposição de motivos da Emenda Constitucional n.º 19/98, uma das aspirações evidenciadas foi a de "ênfasis a qualidade e o desempenho nos serviços públicos"; para tanto, o Estado deveria prestar suas atividades de forma centrada no cidadão e assimilar "a importância da contínua superação de metas desempenhadas, conjugadas com a retirada de controles e obstruções legais desnecessários", que, portanto, implicaria na melhoria dos serviços públicos. (BRASIL, 1998). Ou seja, os serviços públicos passariam a ser aferidos de acordo com o *managerialismo*³⁵.

As perspectivas finalísticas apontadas pelo conteúdo da eficiência preconizado pela reforma à Constituição brasileira acabam por se identificar, em última análise, com o princípio da boa razão ou do mérito, previsto implicitamente na Constituição Portuguesa. (CANOTILHO; MOREIRA, 1993, p. 928). Desse modo, o aspecto substantivo da Eficiência na Administração Pública, no que tange aos serviços públicos, deve cingir-se a parâmetros objetivos que permitam aferir os resultados obtidos à luz das metas almejadas e da conjugação de fatores econômicos e sociais.

2.4 A delegação de serviços públicos no Brasil

A possibilidade jurídica de delegação dos serviços públicos encontra guarida constitucional no artigo 175 da Constituição Federal que assinala incumbir “ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”.

³⁵ Por *managerialismo* Chanlat (2002, p. 02) entende: “o sistema de descrição, explicação e interpretação do mundo a partir das categorias da gestão privada. As manifestações desse *managerialismo* ao nosso redor são múltiplas. Em primeiro lugar, a nível linguístico, pode-se facilmente constatar quanto as palavras gestão, management, gerir, manager, gestor pertencem hoje em dia ao vocabulário naturalmente utilizado nas trocas do dia-a-dia. (por exemplo, em muitos casos, nossas emoções não se expressam, gerem-se). Depois, a nível organizacional, pode-se notar quanto as noções e os princípios administrativos oriundos da empresa privada (eficiência, produtividade, desempenho, competência, liderança empresarial, qualidade total, cliente, produto, marketing, excelência, reengenharia etc.) tem invadido amplamente as escolas, as universidades, os hospitais, as administrações, os serviços sociais, os museus, os teatros, as entidades sem finalidade lucrativa, até as igrejas”.

Entretanto, a redação do artigo 175 da Constituição Federal deve ser interpretada em conjunto com a dos artigos 21, incisos XI e XII³⁶ e do artigo 223³⁷, que tratam, também, como instrumento hábil a viabilizar a delegação de serviços público no Brasil a autorização.

A autorização é um ato administrativo e, portanto, um ato jurídico unilateral do Poder Público, nesse caso se percebe que a Constituição confere à União e somente à União, não atribuindo a mesma benesse aos Estados-membros, nem ao Distrito Federal nem aos Municípios, a possibilidade de delegar determinados serviços de sua competência por meio de um ato unilateral, o que foge, ou excepciona a regra geral expedida no artigo 175, de que a delegação, via de regra, se faz por meio de um contrato administrativo, seja de concessão ou de permissão.

Contudo, a utilização da autorização como instrumento de realização da delegação do serviço público é restrita às atividades expressamente estabelecidas no texto constitucional, ou seja, serviços de telecomunicação, de instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, de navegação aérea, aeroespacial e infraestrutura aeroportuária; de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território; de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros; e exploração dos portos marítimos, fluviais e lacustres. Fora dessas hipóteses, só se admite a delegação por concessão ou por permissão em consonância com o disposto no artigo 175 da Constituição Federal.

Em relação aos serviços públicos de transportes de passageiros é importante ressaltar que só podem ser objeto de autorização os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros, bem como os ferroviários e aquaviários entre

³⁶ Artigo 21. Constituição Federal de 1988. Compete à União: XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais; XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: a) os serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens e demais serviços de telecomunicações; a) os serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens; b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos; c) a navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura aeroportuária; d) os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território; **e) os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros;** f) os portos marítimos, fluviais e lacustres;

³⁷ Artigo 223. Constituição Federal de 1988. Compete ao Poder Executivo outorgar e renovar concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens, observado o princípio da complementaridade dos sistemas privado, público e estatal.

portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território, todos os demais devem ser objeto de delegação por concessão ou por permissão.

De acordo com a Lei n.º 8.987/1995, no seu artigo 2º concebe-se como concessão de serviço público “a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado.” Do conceito legal se podem extrair alguns caracteres importantes para a identificação da categoria da concessão de serviços públicos.

Primeiramente, pode-se verificar que se trata de uma delegação da prestação do serviço, ou seja, o que se transfere por meio da concessão é apenas a execução do serviço e não a titularidade do mesmo, que permanece sob a tutela do Poder Concedente.

O segundo ponto é o relativo a quem tem a faculdade de realizar tal delegação, sob esta perspectiva a lei revela que incumbe ao Poder Concedente a referida delegação, sendo assim, tal incumbência recai sobre os entes federados: União, Estado, Distrito Federal ou Município, a cuja competência se encontre o serviço público delegado.

O terceiro aspecto que deve ser considerado é o relativo ao destinatário da delegação, sendo esta dirigida, nos termos da lei, a pessoa jurídica ou consórcio de empresas, desse modo, resta evidente que a delegação de serviços públicos por meio de concessão não se faz com pessoa física, sendo a personalidade jurídica condição de legitimidade para figurar no polo do contrato de concessão;

O quarto aspecto refere-se à necessidade de licitação, tal obrigatoriedade já se extrai do próprio texto do artigo 175 da Constituição Federal, entretanto, é reforçado pelo artigo 2º da Lei n.º 8.987/95, que acrescenta, ainda, que a modalidade da licitação nesta hipótese deve ser a modalidade concorrência, dessa forma, no caso de delegação de serviços públicos por meio de concessão deve o gestor público adotar a modalidade de licitação concorrência;

O quinto destaque diz respeito à capacidade para o desempenho, de modo que o edital de licitação da delegação por concessão deve ser criteriosamente elaborado no sentido de possibilitar a aferição da capacidade da pessoa do delegatário, no sentido de verificar se o mesmo atende aos requisitos mínimos necessários para o fiel cumprimento e desempenho da atividade pública delegada;

O sexto revela que a pessoa que recebe a delegação deve exercer a atividade por sua conta e risco, ou seja, não receberá contraprestação pecuniária do Estado para a realização

da atividade e, ainda, deve arcar com os necessários investimentos ao cumprimento da atividade, bem como com eventuais lucros ou prejuízos advindos da mesma;

O sétimo aspecto refere-se a prazo avençado da delegação, como todo e qualquer contrato administrativo, a concessão será por prazo determinado, em decorrência da natureza delongada da prestação, em geral, os contratos de concessão têm prazo determinados, mas longos, em torno de 20, 30, ou 40 anos, a depender da situação concreta. Tal aspecto é muito importante, pois a extinção contratual pela Administração Pública, antes do advento do termo contratual enseja dever de indenizar por parte do Poder Concedente.

A natureza contratual da concessão de serviço público é revelada tanto pela Constituição Federal no artigo 175, parágrafo único, inciso I, quando determina que a lei disporá sobre “o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu **contrato** e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão”. Por sua vez a lei de regência das concessões, n.º 8.987/95, no seu artigo 4º indica que a formalização da concessão se dará mediante contrato: “a concessão de serviço público, precedida ou não da execução de obra pública, será formalizada mediante **contrato**, que deverá observar os termos desta Lei, das normas pertinentes e do edital de licitação.” Desse modo, não há como refutar, no caso, a natureza contratual da concessão de serviço público.

A lei supracitada prevê, ainda, uma outra categoria de concessão, denominando-a de concessão de serviço público precedida de execução de obra pública. Tal modalidade de concessão implica, adicionalmente à delegação do próprio serviço em si, conforme o artigo 2º, III, da Lei n.º 8.987/95 na “construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegada pelo poder concedente.” Todas as observações acima mencionadas relativas à natureza contratual, à necessidade de licitação, ao prazo determinado, à capacidade para o desempenho, às partes que devem figurar no contrato são perfeitamente aplicáveis a esta categoria de concessão. Entretanto, deve-se acrescentar, ainda, que a legislação prevê, neste caso, de acordo com o dispositivo legal já citado, que “o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado”;

A legislação brasileira prevê, ainda, uma segunda categoria de contrato com a finalidade de realização de delegação do serviço público. Trata-se do **contrato administrativo**

precário de adesão³⁸ de permissão de serviço público. A lei das concessões conceitua a permissão no seu artigo 2º, inciso IV, como “a delegação, a título precário, mediante licitação, da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco”. Ademais, no artigo 40, preceitua expressamente que “a permissão de serviço público será formalizada mediante contrato de adesão, que observará os termos desta Lei, das demais normas pertinentes e do edital de licitação, inclusive quanto à precariedade e à revogabilidade³⁹ unilateral do contrato pelo poder concedente”. Neste caso, entende-se pertinente evidenciar algumas distinções essenciais entre a permissão e a concessão, em que pese a finalidade dos dois institutos seja a mesma: a delegação de serviços públicos de titularidade do Estado para a prestação pelos particulares.

A permissão, diferentemente, da concessão é delegação a título precário o que leva ao entendimento de que a qualquer momento o pacto pode ser rompido unilateralmente pela administração, sem que haja direito de indenização, em regra, para o permissionário de

³⁸ Quanto à natureza jurídica da permissão há divergência doutrinária, sendo nesta dissertação adotado o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, quanto à natureza contratual da permissão, conforme o julgado na **ADInMC 1.491-DF**, de relatoria do Ministro Carlos Velloso, 1º.7.98 e noticiado no Informativo n.º 117 do STF: [...] O Min. Sydney Sanches proferiu voto de desempate, acompanhando o entendimento do Min. Carlos Velloso, relator, no sentido de que o art. 175, parágrafo único, I da CF (“A lei disporá sobre: I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão.”) afastou qualquer distinção conceitual entre permissão e concessão, ao conferir àquela o caráter contratual próprio desta. Vencidos os Ministros Marco Aurélio, Sepúlveda Pertence, Néri da Silveira, Moreira Alves e Celso de Mello, que deferiam a medida cautelar por entenderem que os conceitos de “permissão” e “concessão” não são sinônimos e que a utilização, pelo referido art. 175, § único, I, da CF/88, da expressão “o caráter especial de seu contrato” para ambos os institutos, traduz mera impropriedade e não equiparação. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo117.htm#Telecomunica%C3%A7%C3%B5es:%20Lei%209.295/96>> Acesso em 06 de fevereiro de 2016. Ressalte-se que não se defende aqui a sinonímia dos dois institutos, mas sim que ambos têm natureza contratual. Nesse ponto, a divergência doutrinária é intensa pois há os que entendem, como José Horácio Meirelles Teixeira, que a permissão por se tratar de contrato não pode ser precária; há os que entendem, consoante Celso Antônio Bandeira de Mello (2006, p. 727), Oswaldo Aranha Bandeira de Mello (2007, p. 560) e Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2010a, p. 302), que é imprópria a designação da relação jurídica (contratual) o que equipararia a permissão à concessão, especialmente, quando se utilize a permissão com prazo determinado; outros juristas, entre os quais se incluem Hely Lopes Meirelles e Diogo de Figueiredo Moreira Neto entendem trata-se de um forma singular de permissão, com maiores garantias para o permissionário, inclusive a de ser indenizado em caso de prematura extinção; já Cretella Júnior entende que há duas modalidades de permissão uma simples e outra qualificada; a simples, sem prazo, precária e sem gerar direito a indenização; a qualificada com prazo certo e exigente de indenização; Lúcia do Valle Figueiredo entende que a permissão deve ser bilateral, precedida de licitação e jamais poderia ter natureza precária, sobretudo se alocados grandes capitais, assim, após a Constituição Federal de 1988, não haveria mais a precariedade, pois fora colocada *pari passu* com a concessão de serviço público. (MELLO, 2006, p. 726-728)

³⁹ Neste caso, trata-se de rescisão e não de revogação, posto que a revogação é modalidade de extinção afeta ao ato administrativo, enquanto a rescisão é forma de extinção dos contratos administrativos. (DI PIETRO, 2010a, p. 303)

serviço público⁴⁰, assim, a permissão confere uma menor garantia ao delegatário do serviço público, do que ocorre com a concessão. Além disso, a permissão pode ser outorgada a pessoa física, o que não é possível na delegação por concessão e, também, a pessoa jurídica. A pessoa, física ou jurídica, que recebe a execução de um serviço público por meio de permissão deve, ainda, demonstrar capacidade para o desempenho do serviço e realiza-lo por sua conta e risco.

Percebe-se, ainda, que o contrato de Permissão pode ser rescindido unilateralmente pela Administração Pública, sendo assim, não cabe falar em permissão com prazo indeterminado, o que violaria o disposto no artigo 57, § 3º da Lei n.º 8.666/93, que rege as licitações e os contratos administrativos. É perfeitamente aceitável, diante das prerrogativas que são próprias e inerentes à Administração Pública que o contrato administrativo possa ser rescindido unilateralmente, diante de uma hipótese prevista em lei; é o que ocorre no artigo 40 da Lei n.º 8.987/95, que ao determinar o caráter precário da permissão permite à Administração, dentro de uma análise discricionária, porém pautada no interesse público, a rescisão unilateral do contrato administrativo.

Na verdade, as finalidades mediatas, tanto da permissão quanto da concessão, são coincidentes, pois ambas pretendem realizar a delegação de um serviço público para que este seja exercido por um particular, por sua conta e risco, por prazo determinado, em atendimento a um interesse público. Entretanto, a finalidade imediata da utilização dos dois institutos é diversa, posto que a permissão é utilizada em situações de delegação de curta duração e que envolvam uma necessidade de investimento menos expressiva, quando o permissionário não necessite alocar grandes capitais para o desempenho do serviço (MELLO, 2006, p.724); por outro lado, as concessões são utilizadas para delegações de serviços públicos que envolvam um investimento de grande montante de capital e relacionadas a pactos mais longos e duradouros, motivo pelo qual a extinção antecipada do vínculo gera o dever de indenizar do Estado.

Não se pode confundir a permissão de uso de bem público com a permissão para delegação de serviços públicos, pois enquanto aquela é um ato administrativo discricionário, precário e que não gera direito à indenização pela revogação a qualquer tempo do ato

⁴⁰ Em sentido contrário, admitindo que a regra é a permissão com prazo indeterminado e, caso haja prazo determinado, há o dever de indenizar, Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2010a, p. 302) assevera que ‘não obstante seja de sua natureza a outorga sem prazo, tem a doutrina admitido a possibilidade de fixação de prazo, hipótese em que a revogação antes do termo estabelecido dará ao permissionário direito à indenização; é a modalidade que Hely Lopes Meirelles (2003:382) denomina de ‘permissão condicionada’ e Cretella Junior (1972:112-113) de ‘permissão qualificada’.

administrativo, esta se trata, com já exposto, de contrato administrativo de adesão *sui generis*, precedido de licitação, por meio do qual a Administração Pública delega serviços públicos a pessoas físicas ou pessoas jurídicas, por curto período, envolvendo baixos investimentos para o permissionário e, portanto, baixo risco, passível de rescisão unilateral pela Administração Pública, desde que o faça por razões de interesse público, sem que haja direito a indenização, em regra, ao particular.

2.5 A reforma administrativa no estado brasileiro e o modelo gerencial

As primeiras tentativas de modernizar as práticas administrativas, mediante a democratização pelo procedimento, se deram no decorrer do século XX. Entretanto, em virtude de um passado recente de colonialismo, as pessoas que detinham grande parcela poder local o exerciam em prol de seus interesses.

É perceptível a evolução da gestão da Administração Pública em três momentos principais. Inicialmente, podia-se falar acerca de uma Administração Pública Patrimonialista, que seria aquela que definiu as monarquias absolutas, na qual o patrimônio público e o privado eram totalmente confundidos, não havendo distinção entre o que era propriedade privada e individual do governante e o que era estatal. (FAORO, 2001, p. 04-08)

No que concerne à Administração Burocrática, a qual, segundo Pereira (1996, p. 58), está apoiada “nos princípios da administração do exército prussiano, foi implantada nos principais países europeus no final do século passado; nos Estados Unidos, no começo deste século; no Brasil, em 1936, com a reforma administrativa promovida por Maurício Nabuco e Luís Simões Lopes.”

Entretanto, no Brasil, o que se verificou foi que “administração burocrática é lenta, cara, auto-referida, pouco ou nada orientada para o atendimento das demandas dos cidadãos”. Desse modo, imperava a teorização de um novo modelo de gestão administrativa. (PEREIRA, 1996, p. 58)

No cenário nacional brasileiro, com início da era Vargas, na década de 30, grandes mudanças ocorreram na Administração Pública, sendo a Constituição de 1934, a primeira a esboçar a nível constitucional algum zelo pela sua institucionalização. O que não

quer dizer que inexistiram obstáculos para sua concretização, pois a situação da Administração Pública era desordenada. No que concerne a este aspecto, Maria Lírda Calou de Araújo e Mendonça (2009, p. 55), observa: “O esforço reformista encetado nas décadas de 1930 e 1940 obteve resultados positivos de transformação e modernização da Administração Pública brasileira, no entanto, não se pode negar as imensas dificuldades e obstáculos à implantação das reformas.”

Um dos obstáculos verificados pela autora foi a quebra de continuidade, o que enfraqueceu os efeitos da reforma, sendo este o principal; outro aspecto obstrutor foi de ordem política, pois a convulsão política da época criara oposição à implementação reformista e, por fim, a falta de contato com o meio onde estava inserido tal esforço de reforma. (MENDONÇA, 2009, p. 55)

Vale notar que, durante o período de 1930 até a promulgação da Constituição de 1934, vigeu no País o Decreto nº 19.398 que institucionalizava o Governo Provisório chefiado por Vargas. Segundo o texto do próprio regulamento, o governo provisório exerceria “discrecionariamente”, em toda sua plenitude, as funções e atribuições, não só do Poder Executivo, como, também, do Poder Legislativo.

De uma forma sintética, pode-se afirmar que a Era Vargas (1930 – 1945) foi marcada pelas tentativas de se implantar no setor público, uma burocracia forjada no modelo racionalista weberiano. Na reforma capitaneada pelo Departamento Administrativo do Serviço Público – DASP, criado em 1938, buscou-se, dentre outras iniciativas, dotar o Estado de uma política de valorização dos recursos humanos, através de concurso e treinamento, e a introdução do sistema de mérito para servidores públicos. Mesmo remanescendo de uma forte cultura patrimonialista, já havia uma clara preocupação com a eficiência, sendo inclusive, criadas comissões nesse sentido em cada Ministério.

A despeito do golpe militar em 1964, outras iniciativas podem ser apontadas, a exemplo da Reforma Administrativa em 1967, tendo à frente o Ministro do Planejamento Hélio Beltrão. Entretanto, o cenário era de um Executivo hipertrofiado e centralizador que padecia de alguns vícios próprios do autoritarismo. Muito em razão disso, não foi possível transformar em realidade as ideias de Beltrão de tornar a Administração Federal mais gerencial, portanto, voltada ao planejamento, supervisão e fiscalização. Ainda assim, é editado o Decreto Lei nº 200/67, que descentralizou a Administração por serviço (ainda vigente).

Cogita-se, pois, de uma suposta crise da Administração Pública e consequentemente do serviço público, que se poderia entender pela atividade estatal voltada aos anseios da coletividade, pautada no interesse público, exercida sob regime predominantemente de direito público, pelo próprio Estado ou por quem lhe faça as vezes, o que enseja inúmeras propostas de reformas administrativas.

Diante disso, entende a doutrinadora Medauar (2012, p. 38) que a reforma da Administração Pública brasileira deveria ter por norte as seguintes ideias: “Administração a serviço do público; administração eficiente, ágil, rápida, para atender adequadamente às necessidades da população, o que facilitará o combate à corrupção; economicidade e Administração de resultados; predomínio da publicidade sobre o segredo”.

Na doutrina inglesa, percebe-se que a ideia de parcerias envolvendo entes públicos e entidades privadas esta se tornando cada vez mais comum, sendo parte da política de governo, nesse sentido Michael G. Pollitt (2000, p. 03), assevera: “a Iniciativa de Financiamento Privado tornou-se tão dominante que já não é pensada como "uma iniciativa", mas como parte da política do governo de Parcerias Público-Privadas (PPP's).” (2000, p.3)

No Brasil, a Constituição Federal de 1988, alterada pela Emenda Constitucional n.º 19/98, passou a conter, de maneira expressa, no *caput* do seu artigo 37, o princípio da Eficiência, sendo, pois, tal princípio um dos princípios direcionadores da atuação estatal. As transformações políticas do Estado, a complexidade das suas relações jurídicas e o processo moderno de desestatização culminaram com a implementação de diversos institutos jurídicos decorrentes da busca pelo fortalecimento de uma Administração Pública Gerencial: as parcerias são uma faceta desse quadro.

A década de 1980 é marcada pela transição democrática e pela crise do Estado deflagrada pelas dificuldades fiscais, pelo esgotamento do modelo burocrático e do aparelhamento estatal para atender as demandas e expectativas públicas do “bem-estar” do período pós-guerra, a crise exige uma nova resposta emergencial do Poder Público. Destarte, com o apoio do Presidente Figueiredo é engendrado o Programa Nacional de Desburocratização, tomando a expressão “burocracia” com uma conotação pejorativa.

O Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado – PDRAE, do Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado, na década de 90, tinha por meta “proporcionar maior competitividade ao país num cenário de intensificação da integração regional e principalmente global.” (NOHARA, 2012, p.12).

Assim, a Administração deveria priorizar o controle de resultados, mediante instrumentos capazes de aumentar a eficiência. O PDRAE (1995a, p. 06) busca cunhar: “condições para a reconstrução da administração pública em bases modernas e racionais. No passado, constituiu grande avanço a implementação de uma administração pública formal, baseada em princípios racional-burocráticos, os quais se contrapunham ao patrimonialismo ...” Esses avanços, entretanto, não foram suficientes, pois o modelo, então desenvolvido, limitava-se a padrões hierárquicos rígidos e concentrava o controle nos processos e não nos resultados, o que passou a revelar uma administração lenta e ineficiente para os desafios hodiernos do país, especialmente, em face da globalização da economia.

Portanto, o referido plano tinha por objetivo de criar condições para a reestruturação da Administração Pública em bases modernas e racionais, sendo considerada como a reforma gerencial do Estado brasileiro, porquanto baseada na eficiência, conforme a introdução do Plano revela: “É preciso, agora, dar um salto adiante, no sentido de uma administração pública que chamaria de ‘gerencial’, baseada em conceitos atuais de administração e eficiência, voltada para o controle dos resultados e descentralizada para poder chegar ao cidadão.” (BRASIL, 1995a, p. 07)⁴¹.

A inserção do princípio da eficiência no *caput* do art. 37 da Constituição Federal, pela Emenda à Constituição de nº 19/1998, como paradigma jurídico de atuação do Poder Público, constitui-se uma das mais importantes modificações no regime do Direito Administrativo no Brasil, trazendo para o seu contexto o modelo gerencial, numa tentativa de suplantar o regime burocrático. Sobre o tema, compete citar a lição de Irene Patrícia Nohara (2012, p. 07): “O modelo gerencial procurou dissolver as fronteiras entre o público e o privado, reforçando a criatividade e a inovação em detrimento do controle de procedimentos, ou, na linguagem importada, procurou se substituir a *rule-based* pela *performance-based accountability*”⁴².

Não se quer afirmar com isso que o princípio da Eficiência tenha apenas e tão somente uma vertente econômica no sentido de menor custo. Por tal orientação normativa deve-se ter em mente uma nova arquitetura procedimental a permitir a realização do interesse público. Sobre o sentido e alcance do Princípio da Eficiência, Bruno Miragem (2011, p. 44),

⁴¹ Ver Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado. Disponível em: <www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/PlanoDiretor/planodiretor.pdf> Acesso em em 03 de fev. de 2016.

⁴² Substituição da Prestação de contas “baseadas nas regras” pela “baseada no desempenho”.

adverte que: “A determinação do conceito de eficiência na Administração Pública, em primeiro lugar, não se vincula à obtenção de menores custos financeiros. Não há identidade entre menor custo financeiro e maior eficiência”. Para o referido autor a eficiência de que se trata quando se refere ao princípio jurídico-constitucional da Eficiência, “embora tenha origens nas ciências econômicas, é conceito jurídico, daí porque não se admite – sob qualquer alegação a mera transposição econômica para definição do princípio”. A eficiência da Administração Pública está imantada à ideia de “melhor modo de realização de suas finalidades, do interesse público”.

Todavia, sem embargo das posições contrárias a vinculação do conteúdo econômico do Princípio da Eficiência na Constituição Federal de 1988, este tem servido de pano de fundo para grandes transformações na seara administrativa, seja na profissionalização da função pública, seja no reconhecimento de novos métodos de atuação administrativa, seja, sobretudo, nas licitações e contratações públicas, notadamente quanto às Parcerias Público-Privadas, nas quais se buscará demonstrar suas nuances gerenciais.

3 PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS COMO INSTRUMENTO DE REALIZAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS E ADEQUAÇÃO AO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA

As parcerias entre a Administração Pública e os particulares surgem como instrumento de realização eficiente dos serviços públicos, uma vez que a ineficiência da atuação administrativa, exclusivamente estatal, provoca insatisfação dos usuários do serviço público.

Neste sentido, o presente capítulo apresenta o instituto das Parcerias Público-Privadas como instrumento da realização de serviços públicos por intermédio de delegação estatual, procurando situar elementos e antecedentes próximos que possam ter contribuído para a adoção e desenvolvimento do modelo baseado nas parcerias, descrevendo experiências internacionais, especialmente, a do Reino Unido face ao seu pioneirismo e da França e de Portugal, em decorrência, no primeiro caso, da forte ligação entre os institutos jurídicos de direito administrativos brasileiros e os seus correspondentes franceses e, no segundo, em virtude da relação existente entre as duas nações (Brasil e Portugal), não só pela relação colonial histórica, mas pela própria influência legislativa e unidade linguística, que contribuem sobremaneira para o intercâmbio de experiências não só jurídicas, mas sociais, econômicas e culturais.

Associado a esses aspectos, são investigadas relações de conexão entre o instituto jurídico-administrativo das Parcerias Público-Privadas e o Princípio Constitucional da Eficiência, que rege toda a Administração Pública. As parcerias entre a Administração Pública e os particulares surgem como instrumento de realização eficiente dos serviços públicos.

3.1 Antecedentes próximos

O final da segunda grande guerra, na primeira metade do século XX, conforme refere Diogo de Figueiredo Moreira Neto (2005, p. 04) coincidiu com a chamada “Era da Informação”, momento em que se deu uma verdadeira revolução dos meios de comunicação e ampliação da comunicação social. Na Europa, desta época, vivia-se uma certa aversão ao Estados impositivos, autoritários, o que descortinou um terreno fértil para os anseios de

edificação da paz, liberdade e democracia.

O quadro configurado promoveu uma revisão “tendências estatizantes” e, neste sentido, uma recuperação da autonomia da sociedade, bem como restauração da dignidade da pessoa. Tal recobrimento tornou-se mais evidente nos países que mais sofreram impactos com as agruras da guerra e da concentração de poder, em especial, Itália e Alemanha, cujos quadros constitucionais de 1948 e 1949, respectivamente, deram suporte a um espectro democrático, que, após, viria a sufragar pelo mundo as tendências de democratização, em contraposição aos regimes de força. O delineamento desse contexto, pode ser, também, percebido por dois episódios históricos marcantes: a derrocada da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas e a queda do Muro de Berlim. (MOREIRA NETO, 2005, p. 04).

Um dos resultados visíveis desta novel estrutura democrática está na evidenciação da ideia da privatização, que não é uma expressão unívoca e que, portanto, pode ter várias significações. Por exemplo, pode significar a “transferência de uma função estatal à sociedade (desestatização e deslegalização)”, ou, ainda, expressar a “adoção de fórmulas organizativas e de gestão privadas”, ou ter o sentido de “retirar certas atividades administrativas dos rigores do direito público”, ou de “desregular atividades demasiadamente sujeitas a regras de procedimento, a limitações e a condicionamentos (liberação e desregulamentação)”, e, por último, pode denotar a constituição de “parcerias público-privadas para a execução de certas atividades”. Todas estas acepções apresentam como fundamento “uma reavaliação dos próprios limites do Estado ante a sociedade de nossos dias”. (MOREIRA NETO, 2005, p. 04)

3.2 Desestatização e privatização

De início, deve-se ponderar que a atividade administrativa, no Brasil, sempre foi bastante concentrada, desde a época do Império. Assim, a busca pela descentralização desta atividade, já estava presente, no país, mesmo antes da reforma administrativa de 1967. A Desburocratização promovida pela Reforma Administrativa de 1967, pautou-se na descentralização administrativa, na delegação de competência e no reforço da autonomia das entidades da administração indireta, em particular das empresas estatais.

Entretanto, a ascensão do Regime Militar ao poder do estado acabou por desvirtuar as finalidades da Reforma, pois centralizou o poder em torno da Administração Militar central. Destarte, houve um hiato entre o Decreto-Lei 200/1967 e a implementação dos

mecanismos desburocratizantes na Administração nacional. Nesse passo, já no final do regime militar, em 1979, foi institucionalizado o Programa Nacional de Desburocratização, Decreto nº 83.740, de 18 de julho de 1979, criando um campo fértil para a retomada da reforma administrativa, anteriormente iniciada, no sentido de conferir uma maior descentralização no âmbito da Administração Pública, com destaque no administrado, como destinatário de serviços públicos. A reabertura democrática e a Constituição Federal de 1988, especialmente, após a reforma de 1998, consolidaram esse quadro de novas perspectivas de desenvolvimento e gestão administrativa, distinto daquele de décadas atrás, que era pautado na Administração Pública centralizada.

Ao se tratar da Administração Pública e das parcerias que, eventualmente, poderão vir a ser firmadas, deve-se buscar, também, uma delimitação conceitual para o fenômeno que se passou a denominar de Desestatização e, conseqüentemente, estabelecer um paralelo com a ideia de Privatização, possibilitando uma efetiva e científica distinção essencial dos institutos jurídicos. O jurista Marcos Juruena Vilella Souto (2001, p.30) ao perscrutar sobre a matéria assinala que a desestatização consiste no afastamento do Estado de “atividades reservadas constitucionalmente à iniciativa privada ou de setores em que ela possa atuar com maior eficiência; é o gênero, do qual são espécies a privatização, a concessão, a permissão, a terceirização e a gestão associada de funções públicas.” Nesse sentido, desestatização é gênero, enquanto a privatização é uma espécie de desestatização.

A Lei n.º 9.491/97, que altera procedimentos relativos ao Programa Nacional de Desestatização, determina em seu artigo 2º: “poderão ser objeto de **desestatização**, nos termos desta Lei: [...; **III - serviços públicos objeto de concessão, permissão ou autorização**; [...]. (BRASIL, 1997 - grifos do autor). A redação original do dispositivo em comento, inserido pela revogada Lei n.º 8.031/90, todavia, não tratava de **desestatização**, mas sim de **privatização**. Nota-se, pois, que há uma distinção essencial entre desestatização e privatização.

A referida lei revogada, no seu artigo 2º, § 1º, estabeleceu uma definição legal de privatização, considerando-a “a alienação, pela União, de direitos que lhe assegurem, diretamente ou através de outras controladas, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores da sociedade”. (BRASIL, 1990).

Observa-se, ainda, que o rol do artigo 2º da lei de 1990 não tratava de desestatização, mas sim de privatização o que leva a concluir que, de fato, há uma distinção conceitual entre os dois termos. A lei primeva não abordava a transferência de serviços públicos e nem podia assim fazer, posto que o parâmetro constitucional da época, pré-reforma, não admitia tal inserção. Já a legislação de 1997, considera o novo modelo de administração

adotado, pós-reforma administrativa, e, portanto, amplia as formas de participação do Estado na atividade econômica, por meio da desestatização. Compreende-se que a noção de desestatização deve ensejar uma ideia mais abrangente e genérica de atuação da administração na seara econômica, enquanto que a ideia de privatização envolve uma noção mais restrita, não abarcando, portanto, a concessão de serviços públicos. (GROTTI, 2012, p. 63).

Entretanto, há divergência quanto a este entendimento, pois Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2009, p. 06-07), contrariamente, entende que se pode conceber a privatização em sentido amplo, abrangendo "todas as medidas adotadas com o objetivo de diminuir o tamanho do Estado e que compreendem fundamentalmente: a desregulação, a desmonopolização, a concessão de serviços públicos e os *contracting out*; ou, em sentido estrito, compreendendo, neste último caso, "apenas a transferência de ativos ou de ações de empresas estatais para o setor privado. Essa é a modalidade de privatização disciplinada, no direito brasileiro, pela Lei n.º 9.491/97".

Não se pode concordar com tal posição, pois a concessão de serviços públicos não pode ser confundida com privatização, uma vez que não há transferência de controle societário e, o mais importante, a atividade, apesar de poder ser exercida por particulares, não deixa de ser de titularidade do Estado, desse modo, não há privatização. Neste sentido, é o entendimento, por exemplo, de Fernando Monteiro Machado (2015, p. 117), ao conceber desestatização como: "acepção ampla, que abarca uma série de mecanismos que visa, em último grau, à redução do aparato estatal, bem como de sua intervenção direta em determinados ramos. Dentre estes mecanismos, inserem-se a privatização, [...]". Outrossim, fica evidente, pelo que fora exposto, que as parcerias buscam uma atuação mais eficiente e produtiva do Estado, podendo ser utilizadas em relação às atividades que envolvam os serviços públicos.

As parcerias, assim, são "formas de sociedade", portanto, explica-se que as parcerias "não formam uma nova pessoa jurídica", mas "são organizadas entre os setores público e privado, para a consecução de fins de interesse público". E, desse modo, "a natureza econômica da atividade não é essencial para caracterizar a parceria, como também não o é a ideia de lucro, já que a parceria pode dar-se com entidades privadas sem fins lucrativos que atuam essencialmente na área social e não econômica." (DI PIETRO, 2009, p. 22).

São apontados como virtudes das parcerias, por exemplo, "a eficiência no gasto público e o aproveitamento da expertise própria do setor privado" e como eventuais defeitos "a falta de legitimidade democrática, dificuldades organizacionais, problemas de coordenação, riscos sob diversas rubricas." (COUTINHO, 2011, p. 49).

3.3 A lei n.º 11.079/2004 – marco regulatório das parcerias público-privadas – PPP’s no Brasil

As Parcerias Público-Privadas – PPP’s foram instituídas no Brasil, por meio da lei n.º 11.079, de 30 de dezembro de 2004, que estabeleceu novas normas para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da Administração Pública, como uma nova forma de concessão de serviços.

A referida lei, conforme Di Pietro (2009, p. 143), revela a influência legislativa exercida no direito pátrio pelo direito estrangeiro, “seja no sistema da *common law*, seja no direito comunitário europeu, onde o instituto vem sendo também adotado sem que haja um modelo único para parcerias”. Dada a relevância da matéria em comento, deve-se, então, tomar contato com os principais elementos do conceito jurídico das parcerias público-privadas, com relação a sua natureza jurídica e categorias previstas no ordenamento jurídico pátrio em torno deste instituto administrativo novo e importante para a concretização de atividades públicas.

3.3.1 Conceito jurídico e categorias de parcerias público-privadas

A lei 11.079/04 – Lei das PPP’s, no seu artigo 2º, define Parceria Público-Privada como contrato administrativo de concessão em duas modalidades: a **patrocinada**, concessão que tem por objeto a execução de serviço público, precedida ou não de obra pública, remunerada mediante tarifa paga pelo usuário e contraprestação pecuniária do parceiro público e a **administrativa**, quando a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta da prestação de serviço, com ou sem execução de obra e fornecimento e instalação de bens, mediante contraprestação do parceiro público. (BRASIL, 2004).

O artigo 1º, parágrafo único, alterado pela Lei nº 13.137, de 2015, por seu turno, estatui que o regime jurídico das PPP’s “aplica-se aos órgãos da administração pública direta dos Poderes Executivo e Legislativo, ...” (BRASIL, 2015 – Grifos do autor), bem como a outros. Assim, se observa que a legislação atual pretende afastar a aplicação das PPP’s do âmbito do Poder Judiciário, devendo a mesma se restringir aos poderes Executivo e Legislativo. Em março de 2014, o CNJ – Conselho Nacional de Justiça já havia decidido que o instrumento das PPP’s não deveria ser utilizado por órgãos do Poder Judiciário, naquela ocasião o Min. Ayres Britto, argumentou que os dispositivos da lei das PPP’s “são incompatíveis com o desempenho de

atividades do Poder Judiciário, mesmo aquelas não relacionadas à atividade jurisdicional”. (TATIANE FREIRE, 2014). Neste sentido, o legislativo acabou por positivar, de modo acertado, o entendimento sufragado no CNJ.

A expressão **PPP**, consoante assenta Carlos Ari Sundfeld (2011, p. 20) pode ser utilizada de “duas formas paralelas”, uma, em sentido amplo, e, outra, em sentido estrito. Em sentido amplo se pode conceber que as PPP’s “são múltiplos vínculos negociais de trato continuado estabelecidos entre a Administração Pública e particulares para viabilizar o desenvolvimento, sob a responsabilidade destes, com algum coeficiente de interesse geral.”. Neste sentido, podem ser englobadas como PPP’s diversas modalidades de negociações encetadas pelo Poder Público, tais como: “concessões comuns, patrocinadas e administrativas; concessões e ajustes setoriais; Contratos de gestão com Organizações Sociais – OS’s; Termos de Parceria com Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público – OSCIP’s”, dentre outros. Desse modo, emerge a compreensão de que o regime jurídico do instituto está disciplinado por diversas legislações específicas.

Comporta, pois, em sentido estrito, compreender as PPP’s como “vínculos negociais que adotem a forma de concessão patrocinada ou administrativa, de acordo com a definição que lhes é conferida pela Lei n.º 11.079/04”, de modo que somente tais contratos sujeitam-se ao regime jurídico criado por esta lei. Dessa forma, se pode perceber que a Lei 11.079/04 não é uma lei geral sobre parcerias, mas um instrumento normativo que trata de duas modalidades de parcerias, a concessão patrocinada e a concessão administrativa. (SUNDFELD, 2011, p. 24) No mesmo sentido, José Eduardo Alvarenga (2005, p. 01) assevera que a legislação não traz normas gerais sobre as parcerias, que já existiam, mas que flexibiliza “a legislação existente afastando, aqui e ali, esta modalidade de contrato das regras gerais de direito público, aproximando os contratos – tanto quanto possível – das regras de direito privado”.

Ademais, cogita-se que o instituto jurídico da Parceria Público-Privada tem natureza jurídica de concessão de serviços públicos, porém, com a peculiar característica da contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado. Além disso, evidencia-se que a PPP é uma espécie peculiar de concessão, precedida de licitação na modalidade concorrência, que se realiza por tempo determinado, como os contratos administrativos em geral, porém, com a limitação temporal definida pela lei das PPP’s, nos artigos 2º e 5º, os quais determinam que o contrato de uma PPP terá o prazo mínimo de 05 (cinco) anos e máximo de 35 (trinta e cinco) anos.

Nos termos do artigo 2º, § 4º, I, da mencionada lei, o contrato da PPP deverá ter um valor superior a R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais) e o parceiro público divide os

riscos com o parceiro privado, sendo pactuada a criação de uma sociedade de propósito específico, incumbida de implantar e gerir o objeto da parceria. (BRASIL, 2004). Além disso, deve-se considerar que a legislação brasileira sobre PPP's visa reduzir o comprometimento de recursos públicos futuros e oferecer garantias para atrair os investimentos particulares.

Acerca do primeiro ponto, **redução do comprometimento de recursos públicos futuros**, a Lei das PPP's estabelece no seu artigo 10, uma série de medidas que visam evitar um endividamento estatal descontrolado, em face da contratação da parceria. Assim, determina que, a abertura do procedimento licitatório da parceria está condicionada a autorização da autoridade competente, fundamentada em estudo técnico que demonstre o não comprometimento das finanças públicas⁴³. Ademais, o administrador deve respeitar estritamente as normas orçamentárias advindas da Constituição Federal de 1988, especialmente, o que consta do seu artigo 167, bem como as disposições da lei n.º 4.320/1964 e Lei Complementar n.º 101/2000 – Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF.

Nesse ponto, cumpre destacar o teor do artigo 22 da Lei das PPP's que assevera que a União somente poderá contratar parceria público-privada quando a soma das despesas de caráter continuado derivadas do conjunto das parcerias já contratadas não tiver excedido, no ano anterior, a 1% (um por cento) da receita corrente líquida do exercício, e as despesas anuais dos contratos vigentes, nos 10 (dez) anos subsequentes, não excedam a 1% (um por cento) da receita corrente líquida projetada para os respectivos exercícios. Esta é uma importante regra de limitação de despesas que não pode ser negligenciada pelos gestores públicos, sob pena da incursão em crime de responsabilidade.

No que concerne às garantias, a legislação das parcerias de 2004 trouxe um organizado sistema de garantias dos compromissos financeiros de longa duração do Estado, não

⁴³ De acordo com o artigo 10 da Lei n.º 11.079/2004, o gestor deve demonstrar, em estudo técnico, o seguinte: a) a conveniência e a oportunidade da contratação, mediante identificação das razões que justifiquem a opção pela forma de parceria público-privada; b) que as despesas criadas ou aumentadas não afetarão as metas de resultados fiscais previstas no Anexo referido no § 1º do art. 4º da Lei Complementar n.º 101, de 4 de maio de 2000, devendo seus efeitos financeiros, nos períodos seguintes, ser compensados pelo aumento permanente de receita ou pela redução permanente de despesa; e c) quando for o caso, conforme as normas editadas na forma do art. 25 desta Lei, a observância dos limites e condições decorrentes da aplicação dos arts. 29, 30 e 32 da Lei Complementar n.º 101, de 4 de maio de 2000, pelas obrigações contraídas pela Administração Pública relativas ao objeto do contrato; II – elaboração de estimativa do impacto orçamentário-financeiro nos exercícios em que deva vigorar o contrato de parceria público-privada; III – declaração do ordenador da despesa de que as obrigações contraídas pela Administração Pública no decorrer do contrato são compatíveis com a lei de diretrizes orçamentárias e estão previstas na lei orçamentária anual; IV – estimativa do fluxo de recursos públicos suficientes para o cumprimento, durante a vigência do contrato e por exercício financeiro, das obrigações contraídas pela Administração Pública; V – seu objeto estar previsto no plano plurianual em vigor no âmbito onde o contrato será celebrado; Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2004-2006/2004/lei/111079.htm > Acesso em: 10 de fevereiro de 2016.

deixando dúvidas quanto a legalidade da permissão de garantias. Neste sentido, determina o artigo 8º da referida lei que as obrigações pecuniárias contraídas pela Administração Pública, em contrato de parceria público-privada, poderão ser asseguradas mediante diversas modalidades de garantias, dentre as quais, podem-se citar: vinculação de receitas; instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei; contratação de seguro-garantia com as companhias seguradoras que não sejam controladas pelo Poder Público; garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras que não sejam controladas pelo Poder Público; garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade; e outros mecanismos admitidos em lei.

A legislação permite ainda, que a União, seus fundos especiais, suas autarquias, suas fundações públicas e suas empresas estatais dependentes participem, no limite global de R\$ 6.000.000.000,00 (seis bilhões de reais), em Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas – FGP, que terá por finalidade prestar garantia de pagamento de obrigações pecuniárias assumidas pelos parceiros públicos federais, distritais, estaduais ou municipais em virtude das parcerias público-privadas. Desse modo, se pode perceber que a legislação das parcerias permitiu a criação de uma entidade jurídica nova para a finalidade de prestar garantias no contrato de PPP, o Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas. (SUNDFELD, 2011, p. 26).

O FGP, (Fundo Garantidor de Parcerias Público-Privadas) regulado pelos artigos 16 e 20 da Lei das PPP's, é entidade dotada de personalidade jurídica própria, de natureza privada. De acordo com a legislação de regência, artigo 16, § 1º, o FGP “terá natureza privada e patrimônio próprio separado do patrimônio dos cotistas, e será sujeito a direitos e obrigações próprios”. O patrimônio do FGP se constitui pelo “aporte de bens e direitos realizados pelos cotistas, por meio da integralização de cotas e pelos rendimentos obtidos com sua administração”.

Desse modo, a percepção que aflora é que o FGP é uma pessoa jurídica de direito privado de capital integralmente público constituída com a finalidade de prestar garantia de pagamento de obrigações pecuniárias assumidas pelos parceiros públicos federais, distritais, estaduais ou municipais, em virtude das parcerias formuladas por estes entes. Diante disso, pode-se perceber que a natureza jurídica do fundo é de empresa pública⁴⁴, devendo, pois, ser constituída nos moldes do artigo 37, XIX da Constituição Federal (SUNDFELD, 2011, p. 45).

⁴⁴ A Receita Federal do Brasil classificou o FGP, sob o CNPJ n.º 07.676.825/0001-70, como Fundo de Investimento (Código e Descrição da Natureza Jurídica 222-4 - CLUBE/FUNDO DE INVESTIMENTO), entretanto, tal registro não tem o condão de alterar a essência do instituto, posto que o Fundo para Direito

No mesmo sentido, Maurício Portugal Ribeiro e Lucas Navarro Prado (2010, p. 350) concebem que do artigo 16, § 1º da lei das PPP's se pode extrair que o FGP se constitui como pessoa jurídica de direito privado, o que tem dois efeitos principais: “afastar o regime de direito público incidente sobre os bens que compõem seu patrimônio; e a aplicação da regra de pagamentos por meio de precatórios em caso de sentença judicial condenatória”.

Assim, “a execução contra o FGP será privada, porque privada é a sua personalidade e, portanto, privados são os seus bens”. Desse modo, “são lícitas a desafetação e a transferência de bens do domínio público para o privado justamente para permitir sua utilização como lastro real de garantias oferecidas em regime privado pelo FGP aos concessionários.” (SUNDFELD, 2011, p. 45).

O artigo 31 da Lei 9.074, de 7 de julho de 1995, o artigo 21 da Lei 8.987, de 1995, bem como o artigo 3º, *caput* e parágrafo 1º, da Lei das PPP's, este último regulamentado, atualmente, pelo Decreto 8.428, de 02 de abril de 2015, autorizam que entes privados requeiram autorização da Administração Pública para proposição de projetos, estudos, levantamentos ou investigações a serem utilizados em modelagens de PPP's, tal ferramenta se denomina de **Procedimento de Manifestação de Interesse da Iniciativa Privada — PMI**.

O PMI previsto pelo referido Decreto 8.428, de 2015⁴⁵, determina que o particular (pessoa física ou jurídica) elabora e apresenta, à Administração Pública, projetos, estudos, levantamentos ou investigações com a finalidade de subsidiar a administração pública na estruturação de empreendimentos objeto de concessão ou permissão de serviços públicos, de parceria público-privada.

Administrativo Brasileiro é ente despersonalizado, o que não se coaduna com a natureza do FGP. Disponível em http://www.receita.fazenda.gov.br/pessoajuridica/cnpj/cnpjreva/cnpjreva_solicitacao.asp Acesso em 13 de fevereiro de 2016.

⁴⁵ “Art. 1º Este Decreto estabelece o Procedimento de Manifestação de Interesse - PMI a ser observado na apresentação de projetos, levantamentos, investigações ou estudos, por pessoa física ou jurídica de direito privado, com a finalidade de subsidiar a administração pública na estruturação de empreendimentos objeto de concessão ou permissão de serviços públicos, de parceria público-privada, de arrendamento de bens públicos ou de concessão de direito real de uso. § 1º A abertura do procedimento previsto no *caput* é facultativa para a administração pública. § 2º O procedimento previsto no *caput* poderá ser aplicado à atualização, complementação ou revisão de projetos, levantamentos, investigações e estudos já elaborados. § 3º Não se submetem ao procedimento previsto neste Decreto: I - procedimentos previstos em legislação específica, inclusive os previstos no art. 28 da Lei nº 9.427, de 26 de dezembro de 1996; e II - projetos, levantamentos, investigações e estudos elaborados por organismos internacionais dos quais o País faça parte e por autarquias, fundações públicas, empresas públicas ou sociedades de economia mista. § 4º O PMI será composto das seguintes fases: I - abertura, por meio de publicação de edital de chamamento público; II - autorização para a apresentação de projetos, levantamentos, investigações ou estudos; e III - avaliação, seleção e aprovação. Art. 2º A competência para abertura, autorização e aprovação de PMI será exercida pela autoridade máxima ou pelo órgão colegiado máximo do órgão ou entidade da administração pública federal competente para proceder à licitação do empreendimento ou para a elaboração dos projetos, levantamentos, investigações ou estudos a que se refere o art. 1º.”

Tais estudos podem ou não ser aplicados em futura licitação para a contratação de PPPs. Se esses estudos não forem empregados, o particular não terá, em regra, direito ao ressarcimento pelos custos com a sua elaboração, pois conforme dispõem os incisos III e IV do supracitado decreto, a autorização para apresentação de projetos não gerará direito de preferência no processo licitatório do empreendimento; não obrigará o Poder Público a realizar licitação; e não implicará, por si só, direito a ressarcimento de valores envolvidos em sua elaboração.

Porém, a regulamentação determina no seu artigo 12 que, em caso de rejeição do projeto, sendo esta parcial, os valores de ressarcimento serão apurados apenas em relação às informações efetivamente utilizadas em eventual licitação; sendo total, ainda que haja licitação para contratação do empreendimento, não haverá ressarcimento pelas despesas efetuadas.

Por outro lado, caso tais projetos, estudos, levantamentos ou investigações sejam utilizados para a realização de licitação, o licitante vencedor e não o Poder Público ressarcirá o seu autor os custos com os quais tiver incorrido, conforme dispões o artigo 16, do referido Decreto regulamentar, portanto, os valores relativos a projetos, levantamentos, investigações e estudos selecionados, nos termos do regulamento, serão ressarcidos à pessoa física ou jurídica de direito privado autorizada exclusivamente pelo vencedor da licitação, desde que os projetos, levantamentos, investigações e estudos selecionados tenham sido efetivamente utilizados no certame. Assim, em nenhuma hipótese, será devida qualquer quantia pecuniária pelo Poder Público em razão da realização de projetos, levantamentos, investigações e estudos.

O PMI permite ao Poder Público pode ter acesso a estudos, propostas e levantamentos referentes a projetos dos mais diversos setores de infraestrutura, sem que isso represente qualquer custo direto aos cofres públicos. Se tal procedimento for utilizado com critérios objetivos e para projetos de efetivo interesse público, afigura-se como um importante meio de a sociedade colaborar com o Poder Público na estruturação de projetos sem que isso represente custo ao erário. (RIBEIRO, 2012, *on line*).

Compete, ainda, esclarecer que o PMI não se confunde com o diálogo competitivo, não conhecido no ordenamento jurídico pátrio, pois este último instituto, que é previsto pela legislação da União Europeia fundamenta-se em dois paradigmas: o primeiro no sentido de estabelecer um diálogo envolvendo os licitantes e a Administração e o segundo relativo à competição a que serão submetidos os licitantes no curso do procedimento, visando à obtenção de uma ou mais soluções satisfatórias ao Poder Público. (RIBEIRO, 2012, *on line*). Na verdade, trata-se de um passo anterior à contratação, mas de vital importância para o sucesso futuro do projeto de parceria público-privada.

3.3.2 Aspectos contratuais específicos das parcerias público-privadas

O regime contratual das parcerias público-privada, de um modo geral, segue o estatuído na regulamentação contratual das concessões comuns, consoante o disposto no artigo 3º, § 1º da Lei das PPP's que assim determina: “as concessões administrativas regem-se por esta Lei, aplicando-se-lhes adicionalmente o disposto nos arts. 21, 23, 25 e 27 a 39 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e no art. 31 da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995”; já as “concessões patrocinadas regem-se por esta Lei, aplicando-se-lhes subsidiariamente o disposto na Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e nas leis que lhe são correlatas”.

Assim, regras relativas ao teor do contrato, encargos do concessionário e do Poder Concedente, intervenção e extinção do contrato, seguem o disposto na Lei das Concessões⁴⁶, exceto no que se refere ao instituto da subconcessão que é inaplicável no âmbito das PPP's.

Todavia, há algumas peculiaridades intrínsecas ao regime contratual das Parcerias Público-Privadas que são dispostos, especialmente, no artigo 5º da Lei de regência das PPP's. O primeiro ponto particular que deve ser ressaltado no regime contratual das parcerias é a delimitação, pela lei, dos prazos mínimo e máximo de vigência da relação contratual, de modo que “o prazo de vigência do contrato, compatível com a amortização dos investimentos realizados, será não inferior a 5 (cinco), nem superior a 35 (trinta e cinco) anos, incluindo eventual prorrogação”. Destarte, se verifica que o prazo máximo do contrato que verse sobre PPP's é de 35 (trinta e cinco) anos, já incluindo as eventuais prorrogações.

A lei prevê, também, de maneira singular para esta espécie contratual, no artigo 5º, inciso V, que o contrato de PPP deve dispor sobre “os fatos que caracterizem a inadimplência pecuniária do parceiro público, os modos e o prazo de regularização e, quando houver, a forma de acionamento da garantia”. Permite-se, outrossim, na contratação das PPP's um regime de atualização dos valores contratuais mais ágil, consentindo que o concessionário realize a homologação tácita do reajuste ou correção do preço, consoante disposto no artigo 5º, § 1º, “as cláusulas contratuais de atualização automática de valores baseadas em índices e fórmulas matemáticas, quando houver, serão aplicadas sem necessidade de homologação pela Administração Pública[...]”.

⁴⁶

Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.

A legislação em apreço, igualmente, no mesmo dispositivo legal acima mencionado, aduz que, excepcionalmente, a Administração Pública poderá rejeitar a atualização, mas desde que publique, na imprensa oficial, até o prazo de 15 (quinze) dias, após a apresentação da fatura, razões fundamentadas para tal rejeição. Percebe-se, pois, que a rejeição da atualização automática é uma exceção, sendo regra, desse modo, a aceitação da mesma sem a necessidade de homologação pela Administração Pública, o que confere uma maior agilidade a esta modalidade contratual.

Os contratos poderão prever adicionalmente cláusula que implique a assunção do controle societário do concessionário diretamente pelo Banco, para promover a reestruturação do negócio, conforme disposto no artigo 5º, § 2º, I⁴⁷; assim como, a possibilidade de emissão de empenho em nome dos financiadores do projeto em relação às obrigações pecuniárias da Administração Pública; e, ainda, a legitimidade dos financiadores do projeto para receber indenizações por extinção antecipada do contrato, bem como pagamentos efetuados pelos fundos e empresas estatais garantidores de parcerias público-privadas, “servindo tais pagamentos como quitação parcial ou total das obrigações financeiras do concessionário com o Banco⁴⁸”. (SUNDFELD, 2011, p. 39).

Um dos caracteres mais importantes do contrato de concessão da Parceria Público-Privada é a contraprestação financeira realizada pelo Poder concedente em favor do concessionário, que se pode dar por meio das seguintes modalidades: ordem bancária; cessão de créditos não tributários; outorga de direitos em face da Administração Pública; outorga de direitos sobre bens públicos dominicais; e por outros meios admitidos em lei.

Outro aspecto contratual das PPP's que não existe nas concessões comuns realizadas pela Lei n.º 8.987/95 é a previsão de garantias de adimplemento das obrigações nas espécies previstas no artigo 8º da Lei n.º 11.079/04, a saber: vinculação de receitas; instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei; contratação de seguro-garantia com as companhias seguradoras que não sejam controladas pelo Poder Público; garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras que não sejam controladas pelo Poder

⁴⁷ [...] Os requisitos e condições em que o parceiro público autorizará a transferência do controle ou a administração temporária da sociedade de propósito específico aos seus financiadores e garantidores com quem não mantenha vínculo societário direto, com o objetivo de promover a sua reestruturação financeira e assegurar a continuidade da prestação dos serviços, não se aplicando para este efeito o previsto no inciso I do parágrafo único do art. 27 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; (Redação dada pela Lei nº 13.097, de 2015)

⁴⁸ No Brasil, de acordo com Carlos Ari Sunfeld, tais disposições visam proteger o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social – BNDES, principal financiador de projetos dessa natureza.

Público; garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade; e outros mecanismos admitidos em lei.

Observe-se, ainda, que a concessão na modalidade de PPP somente deve ser deferida a quem constituir Sociedade de Propósito Específico – SPE, ou seja, sociedade constituída exclusivamente para esta finalidade nos termos do que dispõe o artigo 9º, *caput*, do regimento normativo das PPP's no Brasil, que dispõe: “antes da celebração do contrato, deverá ser constituída sociedade de propósito específico, incumbida de implantar e gerir o objeto da parceria”.

É importante assinalar que a SPE “não constitui um novo tipo societário na ordem jurídica brasileira. Ela se organiza, sempre, sob uma das formas previstas pela legislação. Pode ser, v. g., uma sociedade limitada, uma companhia fechada ou aberta”, conforme, inclusive, autorizado expressamente pela lei das PPP's no artigo 9º, § 2º. (FÉRES, 2005, p. 02).

Ademais, o controle da SPE deve ser destinado àquele licitante que ofertou a proposta mais vantajosa para a Administração e, ao final do processo da licitação, sagrou-se vencedor, a legislação determina, ainda, que fica vedado à Administração Pública ser titular da maioria do capital votante das SPE e que a transferência do controle da SPE fica condicionada à autorização expressa da Administração Pública, nos termos do edital, do contrato e, ainda, daquilo que determina o parágrafo único do artigo 27 da Lei n.º 8.987/95.

Os contratos das concessões patrocinadas e administrativas têm, praticamente, o mesmo tratamento legal, pois os dispositivos legais relacionados às parcerias público-privadas são aplicados para ambas as categorias de concessões, havendo distinção, tão-somente, no que tange à matéria tarifária, posto que não existiria tarifa na concessão administrativa, uma vez que o concessionário, nesta última modalidade de concessão, não recebe tarifas dos usuários. Por conta disso, são inaplicáveis às concessões administrativas dos artigos 9º e seguintes da Lei n.º 8.987/95, que tratam da política tarifária no âmbito das concessões.

Outra questão de relevo no contrato das PPP's diz respeito à distribuição dos riscos no âmbito desse contrato, uma vez que não há critérios legais definidos para a divisão do risco entre os parceiros público e privado. É certo, entretanto, que a PPP não se utiliza da mesma fórmula adotada pela Lei das Concessões comuns, que determina que o concessionário deve atuar “por sua conta e risco”. No contrato de PPP, entretanto, o que prevalece é a repartição dos riscos, de acordo com as exigências da relação contratual que se delineia, desse modo, nada obsta que o risco seja, total ou parcialmente, assumido por quaisquer das partes a depender do

contrato. (SUNDFELD, 2011, p. 41).

Observe-se que a legislação das PPP's fornece diversos mecanismos de adequação da atividade do Poder Concedente às normas orçamentárias, limitando ou reduzindo o risco de um endividamento público expressivo e não planejado. Ademais, os dispositivos legais em comento não deixam de lado a aplicação da LRF – Lei de Responsabilidade Fiscal – Lei Complementar n.º 101/2000, que impõe limites bem definidos para o endividamento público, mediante o estabelecimento de normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal, configurando instrumento normativo essencial para o fiel desenvolvimento dos investimentos públicos.

Ressalte-se, ainda, que a contratação no âmbito das parcerias público-privadas se submete ao controle externo, inclusive dos Tribunais de Contas, tanto da União, como dos Estados e dos Municípios, onde há, de acordo com as competências estabelecidas em lei e a natureza do capital público envolvido. Além disso, de acordo com a Constituição Federal de 1988, artigo 71, § 1º, cabe ao Congresso Nacional sustar o contrato administrativo de Concessão por PPP em caso de irregularidades. (PEREIRA, 2005, p. 258).

Ademais, no âmbito interno, a fiscalização e o acompanhamento dos contratos de PPP's ficam sob a competência dos Ministérios e das Agências Reguladoras, nas suas respectivas áreas de competência, devendo enviar relatórios circunstanciados, semestralmente, ao Órgão Gestor de Parcerias Público-Privadas, acerca da execução destes contratos.

Neste sentido, o que se pode perceber é que o contrato administrativo realizado no âmbito das PPP's não é totalmente distinto daquele relativo a outras modalidades de concessões previstas no ordenamento jurídico nacional, mas tal contrato tem caracteres próprios que buscam um maior dinamicidade na relação contratual, agilidade na execução do contrato, limitação do endividamento do parceiro Público, adequação às normas de responsabilidade fiscal e garantias tanto relativas à execução do contrato como dos investimentos realizados pelos parceiros públicos e privados.

3.3.3 A Licitação nas parcerias público-privadas

No Brasil, a licitação tornou-se um instituto de maior notoriedade⁴⁹ após o período da Ditadura Militar e, também, com o advento da Constituição Federal de 1988, que consignou de forma expressa o dever de licitar. Percebe-se, pois que a partir da década de 1980 há uma valorização da licitação no cenário jurídico-administrativo nacional.

A legislação pátria passou a se desenvolver no tema, tendo sido editado o Decreto-lei n.º 2.300/1986, que dispõe sobre licitações e contratos da Administração Federal; logo em seguida houve o advento da Constituição Federal de 1988, constitucionalizando-se a obrigatoriedade do procedimento de licitação, inclusive para as estatais, consoante se depreende dos artigos 22, XXVII, 37, XXI e 173, desta Constituição. Além disso, já no início da década de 90, surge a Lei de Licitações e Contratos, Lei n.º 8.666/1993, que regulamenta o citado artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, instituindo normas para licitações e contratos da Administração Pública. (SUNDFELD, 2011, p. 22).

A Lei n.º 11.079/04 trata sobre o contrato de concessão nas modalidades administrativa e patrocinada, bem como acerca de diversas normas específicas sobre licitações na contratação das concessões tratadas por essa lei. Neste sentido, o artigo 10, *caput*, da Lei das PPP's determina que a contratação de parceria público-privada será precedida de licitação na modalidade de concorrência.

Evidencia-se pelo exposto que não há dúvida quanto à obrigatoriedade de realização de licitação precedente à contratação da PPP. Entretanto, há quem entenda que existe a possibilidade de realização de um procedimento híbrido denominado concorrência-pregão, uma vez que há a possibilidade de se iniciar o procedimento com propostas fechadas e continuar com lances em viva voz, como determina o artigo 12 da lei das PPP's. (ALVARENGA, 2005, p. 12).

Neste sentido, o procedimento da licitação das PPP's pode seguir a concorrência como tradicionalmente prevista na Lei de Licitações – Lei n.º 8.666/93 e na Lei n.º 8.987/95. Porém, é possível a adoção do procedimento da concorrência-pregão, em que pode ocorrer, segundo Carlos Ari Sundfeld (2011, p. 41-42), “a inversão de fases, iniciando-se pelo

⁴⁹ Em que pese já se tenha notícia de legislação nacional sobre licitações, desde o período imperial, consoante se depreende do Decreto n.º 2.926/1862. Disponível em: < <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=75862&tipoDocumento=DEC&tipoTexto=PUB> > Acesso em 10 de fevereiro de 2016.

julgamento e examinando a habilitação apenas do vencedor; o saneamento de falhas documentais de índole formal e a determinação do vencedor por lances em viva voz, após a etapa de abertura das propostas lacradas”.

Quanto aos critérios de julgamento das propostas submetidas à licitação da contratação de PPP, além daqueles previsto nos incisos I e V do artigo 15 da Lei n.º 8.987/95⁵⁰, também se admite, conforme o artigo 12, inciso II da Lei das PPP's, a utilização dos critérios de **menor valor da contraprestação a ser paga pela Administração Pública**; e de **melhor proposta em razão da combinação do critério de menor valor da contraprestação a ser paga pela Administração Pública com o de melhor técnica**, de acordo com os pesos estabelecidos no edital. Ratifica-se, desse modo, a “introdução de um novo *modus operandi* no que tange aos procedimentos de licitação, contratação e endividamento públicos”, com o advento da legislação das parcerias (PEREIRA, 2005, p. 257).

3.4 Parcerias Público-Privadas: algumas experiências estrangeiras e relações com o cenário nacional

Delineado o quadro legislativo das PPP's no Brasil mostra-se importante a verificação da utilização deste instituto em outros países do mundo, de modo a verificar em que medida a experiência estrangeira pode ser útil para definir objetivos e parâmetros de como as PPP's devem evoluir no cenário nacional, tanto do ponto de vista legislativo, como da execução do contrato e dos meios de fiscalização e controle.

O instituto das parcerias público-privadas tem se consolidado como uma forma de incentivo do investimento privado no setor público e vem sendo utilizado largamente não só no Brasil, mas no mundo inteiro, especialmente, na Europa. Neste diapasão, a mensagem que acompanhou o projeto de lei das parcerias público-privadas no Brasil demonstra o fato, ao relatar que "tal procedimento, em pouco tempo alcançou grande sucesso em diversos países, como a Inglaterra, Irlanda, Portugal, Espanha e África do Sul, como sistema de contratação pelo

⁵⁰ Art. 15. Lei n.º 8.987/95. No julgamento da licitação será considerado um dos seguintes critérios: I - o **menor valor da tarifa** do serviço público a ser prestado; [...] V - melhor proposta em razão da combinação dos critérios de **menor valor da tarifa** do serviço público a ser prestado com o de **melhor técnica**; (Grifos do autor)

Poder Público ante a falta de disponibilidade de recursos financeiros." (DI PIETRO, 2009, p. 143).

Como se pode notar, a tendência de adoção do modelo das parcerias não é um padrão exclusivamente brasileiro, mas global, e que tem registrado diversas experiências de sucesso ao redor de todo o mundo. As principais experiências envolvendo as parcerias público-privadas têm ocorrido nos países da *commom law* e da União Europeia, referendando que “estudos sobre os resultados das PPP's apontam globalmente para uma melhoria na qualidade, eficiência e eficácia dos serviços públicos”. A “*Arthur Anderson* e a *London School of Economics* realizaram uma pesquisa sobre as PPP's britânicas, concluindo que foram poupados em média 17% dos investimentos totais com as PPP's em comparação com outros possíveis arranjos.” O mesmo não se pode dizer da experiência holandesa, especialmente, referente à construção do *Wijker tunnel* e do *Noord tunnel*, pois, a Justiça holandesa “constatou que estes projetos foram mais caros, 21% e 41%, respectivamente, por efeito das PPP's”. (ARAÚJO; SILVESTRE, 2014, p. 580).

De início, verifica-se a **experiência inglesa**, que tem relevância, neste contexto, pois foi onde se processou o surgimento das PPP's e a construção de instrumentos jurídicos para a implementação deste modelo de contratação. Além disso, tanto o Brasil como o Reino Unido passaram por um processo de reformas do Estado no final das décadas de 1980 e 1990 do século passado, levando à adoção de experiências de privatização, terceirizações e ‘liberalizações em geral’ (COUTINHO, 2011, p. 51).

Desse modo, o advento das PPPs, no Brasil e na Inglaterra, seguiu-se a uma prévia desregulamentação setorial; bem como com das políticas de desestatização, regularização e flexibilização da gestão pública, no plano inglês, aspecto que ficou evidenciado com a substituição das *Ryrie Rules*⁵¹, por sua vez, no cenário brasileiro, este panorama foi cunhado pela Lei das Concessões – Lei n.º 8.987/95, bem como pelas reformas na legislação atinente às Licitações e aos contratos administrativos. Ressalte-se, ainda, que embora essa conjuntura se possa aproximar de um quadro ideológico “de direita”, houve a adoção de forma consistente por governos “de esquerda”, tanto no Continente, como no Brasil. (PECI; SOBRAL, 2007, p. 12).

⁵¹ Conjunto de Regras e diretrizes que determinava que projetos – construção de estradas, presídios e hospitais – deveriam estar sob a responsabilidade do setor público e, se acaso houvesse a participação privada, a cobertura se daria pelo Estado a certa altura. Em maio de 1989, John Major, Secretário do Tesouro de Margaret Thatcher decidiu pela extinção das *Ryrie Rules*, incorporando-se ao discurso político os imperativos de eficiência e de *good value for Money*. (COUTINHO, 2011, p. 53).

Necessário frisar, entretanto, que, no Reino Unido, o conceito de *Public-Private Partnership* é bem mais amplo do aquele conferido à Parceria Público-Privada – PPP, no Brasil. A noção de *Public-Private Partnership* inglesa abarca todo espectro de relações entre o agente público e o privado. Tal ideia abrange, portanto, além das *PFI's* – *Private Finance Initiative*, “as privatizações, as terceirizações (*outsourcing*), as *joint ventures*, as chamadas concessões e uma gama de variadas modalidades contratuais”. Desse modo, o modelo brasileiro erigido pela lei n.º 11.079/2004 mais se aproxima das *PFI's* e não das *PPP's* no sentido inglês do termo. (COUTINHO, 2011, p. 52)

A partir de 1991 o governo do Reino Unido iniciou vários projetos de prestação de serviços públicos por parcerias público-privadas. Na área da saúde, por exemplo, em 1996 assinou o primeiro contrato para projetar, construir e financiar e operar um hospital de 1.000 leitos em Norwich, sendo que em 2001, o referido hospital foi concluído, dentro do orçamento e 5 meses antes do previsto. No ano de 2006, o Reino Unido firmou o maior contrato de PPP na área de saúde, com investimento da ordem de £ 1,1 bilhões de Libras para investimento nos projetos de parceria dos hospitais de *St. Bartholomew* e *Royal London*. No ano de 2012, a Inglaterra teve mais de 130 programas de PPP na área de saúde concluídos, estando prevista para o ano de 2016 a conclusão do projeto dos hospitais públicos *Royal London* e *St. Bartholomew*.

O Reino Unido foi o primeiro país do mundo a desenvolver o conceito de parcerias público-privadas (PPP's) para projetos de serviços públicos. Através da parceria com o setor privado, as PPP's permitem, na visão do governo inglês, a prestação de serviços públicos eficientes, rentáveis e mensuráveis dentro de instalações modernas, minimizando o risco financeiro. Muitos países estão enfrentando uma crescente demanda por serviços públicos, mas continuam a ter restrições aos recursos públicos disponíveis para financiar esses projetos.

As PPPs podem permitir abordagens inovadoras e empreendedoras para fornecer os serviços e instalações de acordo com as exigências de atualidade na prestação de serviços exigidas no século XXI. A ênfase nestas contratações está na prestação de serviços de qualidade, em vez de tratar a infraestrutura de construção como um fim em si mesmo. Além disso, a criação de parcerias fortes está alterando a abordagem dos serviços públicos de uma realidade “projeto a projeto” para uma prática que inclui “ações estratégicas e políticas para resultados a longo prazo”.

Alguns benefícios, de acordo com documentos oficiais publicados pelo governo inglês, podem ser citados como decorrente da utilização das PPP's naquele país: primeiramente, aperfeiçoou o funcionamento e a eficiência dos serviços públicos, utilizando-se de processos

de gestão do setor privado, tecnologia e inovação; outro ponto relevante é o custo-benefício⁵² de longo prazo criado através da partilha de risco adequada ao longo de toda a vida do projeto a ser executado; além disso, o cumprimento dos prazos e dos orçamentos dos projetos, através de incentivos fornecidos aos parceiros do setor privado se mostra como uma vantagem; e, por fim, as parcerias se mostram como uma fonte alternativa de recursos para financiamento de infraestrutura e serviços públicos, que pode ser viável diante da escassez de recursos públicos para investimento em áreas de atenção especial; (UNITED KINGDOM, 2015, *on line*).

Com longa experiência no desenvolvimento de projetos em PPPs, o Reino Unido tem *expertise* no desenvolvimento de projetos desta natureza e continua a evoluir o modelo de PPP para otimizar os resultados por meio de: maior flexibilidade na prestação de serviços; aumento da transparência das responsabilidades criadas por projetos de longo prazo; incremento da transparência dos dividendos do investimento realizado pelos parceiros privados; aceleração e redução do custo do processo de aquisição, compartilhando os retornos dos investidores entre os parceiros públicos e privados; fontes mais amplas de capital próprio e financiamento da dívida. Países ao redor do mundo trabalham com organizações do Reino Unido para desenvolver seus próprios modelos de PPP e fornecer excelentes instalações e serviços públicos, utilizando conhecimentos do Reino Unido, dentre estes, a título de exemplo, podem-se citar: Canadá; Irlanda; Portugal; Austrália; Japão e Suécia.

Na doutrina inglesa, a ideia de parcerias envolvendo entes públicos e entidades privadas está se tornando cada vez mais comum, configurando parte da política de governo. Nesse sentido, Michael G. Pollitt, (2000, p. 03) afiança que: “a frequência com que novos negócios estão sendo assinados, sob a forma de PFI (*Private Finance Initiative*) tem realmente aumentado significativamente. Houve uma revolução silenciosa na forma como os investimentos socialmente desejáveis são realizados no Reino Unido”.

Assim, o instituto surgiu como um conjunto de medidas para fomentar a participação da iniciativa privada na prestação de serviços públicos, conforme se depreende de documento oficial do governo inglês sobre o instituto, que relata a origem das PFI's, como: “*ways to increase the scope for private financing of capital projects. This was the beginning of what was to become known as the Private Finance Initiative (PFI)*” (HOUSE OF COMMONS, 2011, p. 04).

Deve-se destacar, ainda, que “no caso inglês é nítido que objetivo é o de transferir o risco para o capital privada, [...], mas há casos em que o risco é compartilhado de

⁵²

Value for Money.

acordo com proporções negociadas contratualmente como estratégia de atração e estímulo ao capital privado” (COUTINHO, 2011, p. 52). Essa situação (risco compartilhado) é o que ocorre no Brasil, pois a legislação brasileira acerca das PPP’s não impõe que o risco da atividade seja assumido integralmente pelo parceiro privado, havendo discricionariedade contratual acerca do dimensionamento e equalização dos riscos de acordo com os delineamentos da relação jurídico contratual entre o parceiro público e o privado.

O governo inglês pautava a sua estratégia de aplicação das PFI’s, no início da década de 1990, em três progressos significativos, primeiramente, possibilitava que qualquer projeto financiado pela iniciativa privada teria autorização, desde que pudesse ser operacionalizado lucrativamente; além disso, o governo passava a estimular empreendimentos conjuntos (joint ventures) com o setor privado quando envolvesse sensível transferência de riscos para o setor privado e, por fim, permitia-se a utilização mais intensa do leasing, quando assegurasse bom emprego de recursos públicos (*good value for money*⁵³).

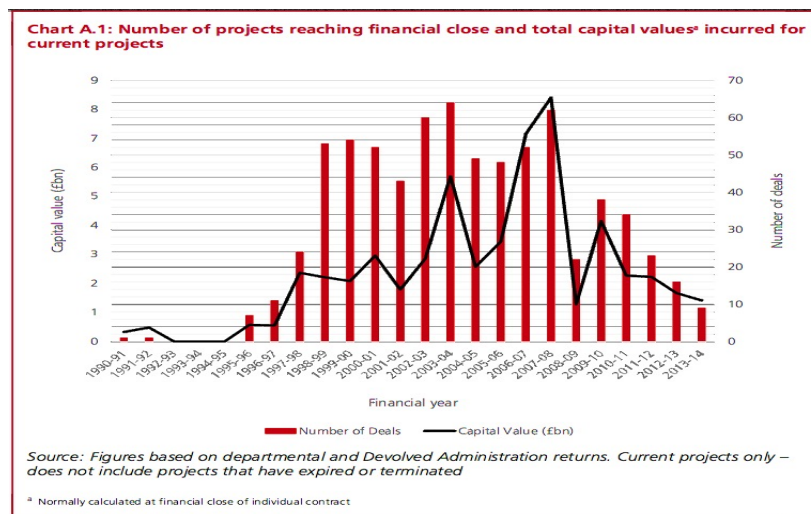
De acordo com documento expedido pelo governo britânico intitulado *DFID’s Approach to Value for Money (VfM)*⁵⁴, o programa *value for money* significa que o governo irá “maximizar o impacto de cada libra gasta para melhorar a vida das pessoas pobres”. Os imperativos da eficiência e de *good value for Money* foram incorporados ao discurso político de incremento da deteriorada qualidade do serviço público britânico. (COUTINHO, 2011, p. 53).

Assim, os dois princípios fulcrais da PFI britânica eram que: “o setor privado deveria assumir genuinamente o risco do projeto, sem garantia contra prejuízos, bem como deveria estar demonstrada a observância do imperativo de *good value for Money*” e, em acréscimo a isso, que “não haveria taxas de retorno asseguradas ao investidor privado, nem tampouco lhe seriam garantidos pisos de lucratividade”. (COUTINHO, 2011, p. 54-55).

⁵³ Tal expressão é utilizada, de acordo com Diogo Rosenthal Coutinho (2011, p. 53) para designar uma relação de custo-benefício, fundada em critérios de avaliação da destinação adequada dos recursos tributários, de modo a justificar a opção pela PPP. A **Partnership UK** enumera como parâmetros do teste *value for Money*, os seguintes elementos: contratos baseados em resultados (*output based contracts*), aproveitamento de economias de escala, competição, transferência de risco para a iniciativa privada, inovação e divisão explícita de responsabilidades.

⁵⁴ Literalmente: *We maximise the impact of each pound spent to improve poor people’s lives*. Disponível em <https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/67479/DFID-approach-value-money.pdf> Acesso em 15 de fevereiro de 2016.

Gráfico 1: Número de projetos x total de capital investido.



Fonte/Autoria: REINO UNIDO (2014a, p. 8)

Tabela 1: Projetos de PFI assinados até março de 2014

Table A.4: Portfolio of current PFI projects across government as at 31 March 2014

Department	Number of projects	Total capital value* (£m)
Cabinet Office	1	6.7
Crown Prosecution Service	1	18.2
Department for Business, Innovation and Skills	1	21.8
Department for Communities and Local Government	74	2728.9
Department for Culture, Media and Sport	17	348.9
Department for Education	168	7799.5
Department for Energy and Climate Change	1	5.5
Department for Environment, Food and Rural Affairs	30	4073.2
Department for Transport	62	7878.8
Department for Work and Pensions	3	1102.7
Department of Health	123	12082.9
Foreign and Commonwealth Office	1	17.1
GCHQ	1	331.0
HM Revenue and Customs	8	862.1
HM Treasury	1	141.0
Home Office	28	1047.9
Ministry of Defence	41	9042.8

Fonte/Autoria: REINO UNIDO (2014a, p. 9)

Tabela 2: Estimativas de gastos futuros com os projetos atuais

Table A.5: Departmental estimate of capital spending by the private sector – current projects (£ million)

	2014-15	2015-16 onwards
Cabinet Office	1.1	1.1
Crown Prosecution Service	3.0	0.0
Department for Education	1.9	0.0
Department for Transport	471.8	1029.6
Department for Work and Pensions	55.8	234.3
Department of Health	186.9	517.8
Department for Communities and Local Government	268.9	213.5
Department for Environment, Food and Rural Affairs	672.9	412.6
GCHQ	0.5	14.3
Home Office	4.8	1.4
Ministry of Defence	284.0	429.9
Northern Ireland Executive	1.2	4.6
Welsh Government	2.5	12.3
Total	1955.1	2871.3

Source: Figures based on departmental and Devolved Administration returns. Departments not listed have not reported any capital spending for the specified years.

Fonte/Autoria: REINO UNIDO (2014a, p. 10)

As informações constantes nos relatórios apresentados, do tesouro britânico, acerca das PFIs e do investimento realizado demonstram que do ano de 1990 até o ano de 2007 houve um grande crescimento do investimento nesta modalidade de parceria, havendo, nos últimos anos, uma retração dos investimentos na modalidade, consoante se vê no **Gráfico 1** (p. 113), bem como, se percebe que no ano de 2014 muitos projetos na área de educação e saúde foram formatados na forma de PFI, conforme se vê da **Tabela 1** (p.113). Percebe-se, ainda, que os gastos futuros com os projetos em andamento têm um impacto forte nas contas públicas, nos quais se pode verificar um grande volume de investimento nas áreas de transporte; agricultura, desenvolvimento alimentar e ambiental e na saúde, de acordo com os dados da **Tabela 2** (p.113).

A **Tabela 3** e o **Gráfico 2**⁵⁵, a seguir, indicam os principais setores, bem como o volume de alocação de recursos, por intermédios das PFIs, previstos para investimento, na Inglaterra, para os anos de 2015-2016:

Tabela 3: Alocação de recursos em PPP nos anos de 2015-2016

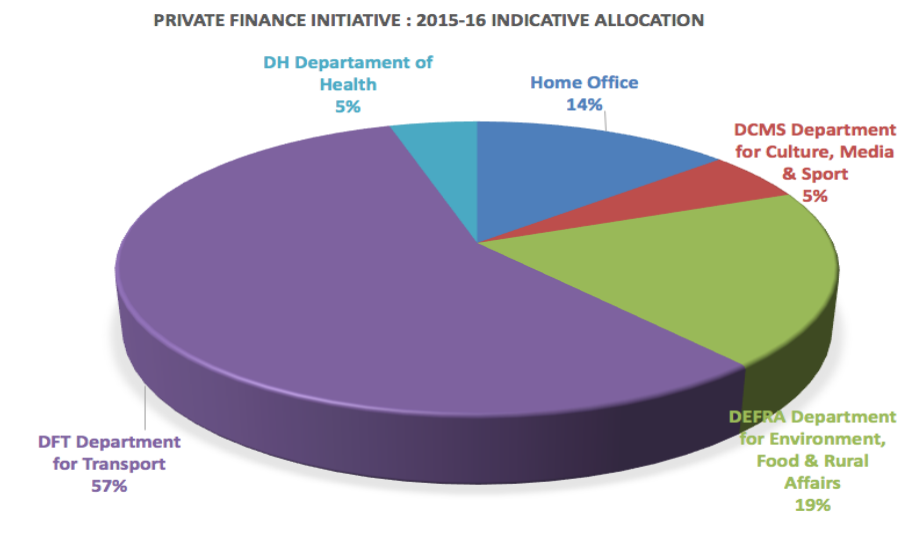
<i>Private Finance Initiative : 2015-16 Indicative Allocation</i>		£000's ⁵⁶
<i>Home Office</i>		72.844.921
DCMS	<i>Department for Culture, Media & Sport</i>	28.888.149
DEFRA	<i>Department for Environment, Food & Rural Affairs</i>	103.700.000
DFT	<i>Department for Transport</i>	302.279.242
DH	<i>Department of Health</i>	24.675.482

Fonte: REINO UNIDO (2014b). Autor: Elaboração própria do autor com dados de REINO UNIDO (2014b)

⁵⁵ De acordo com dados do relatório *Private Finance Initiative (PFI) 2015 to 2016 indicative allocations (Relatório de alocação de recursos das PFIs)* do Departamento de Comunidade e Governo local (*Department for Communities and Local Government*) do Reino Unido, publicado em 18 de dezembro de 2014. Disponível em: <<https://www.gov.uk/government/publications/private-finance-initiative-pfi-2015-to-2016-indicative-allocations>> Acesso em 15 de fevereiro de 2016.

⁵⁶ Investimentos projetados em milhares de Libras.

Gráfico 2: Alocação de recursos em PPP nos anos de 2015-2016



Fonte/Autor: Elaboração própria do autor com dados de REINO UNIDO (2014b)

Os dados demonstram um grande volume de investimentos no Departamento de Transportes, respondendo por um total de 57 % (cinquenta e sete por cento) dos investimentos em PFIs, o que leva ao entendimento de que as PPPs são instrumentos úteis para o desenvolvimento da infraestrutura de transportes e do serviço público em geral. Outra informação importante é a parcela de investimento em saúde que, atualmente, responde somente por 5% (cinco por cento) dos valores alocados.

Os projetos no Reino Unido se desenvolvem essencialmente por três modelos de projetos: os *free standings*⁵⁷, nos quais os custos são recuperados integralmente por meio da cobrança dos serviços pelo usuário final, ficando a cargo do Parceiro Público o planejamento inicial e suas diretrizes, bem como o arcabouço jurídico-normativo; Os projetos *Joint Ventures*, aqueles em que os setores público e privado participam conjuntamente, mas nos quais o setor privado tem controle dos procedimentos e decisões relevantes. Neste modelo, o papel do Parceiro Público é de suporte ou de assegurar benefícios sociais mais amplos. A *joint venture*, nesse desenho, tem as seguintes características: a escolha deve se dar por concorrência, o controle deve ficar com o setor privado e a contribuição do governo deve ser limitada e bem

⁵⁷ O primeiro grande projeto PFI nesse modelo foi a construção da ponte Rainha Elizabeth II, ligando Dartford e Thurrock sobre o rio Tamisa. Este é um projeto no qual o fornecedor designado, constrói e opera a ponte e arrecada receitas pelas tarifas pagas pelos usuários. (BOORSMA; VAN HEMEL; VAN DER WIELEN, 1998, p. 192-193)

definida e os projetos relativos a **serviços “vendidos” ao setor público**, os quais representam os serviços prestados pela iniciativa privada ao setor público (tratamentos hospitalares e acompanhamento de idosos ou crianças, dentre outros).

O primeiro modelo acima apresentado pode ser comparado, guardadas as devidas proporções e distinções sob aspecto legislativo, com as concessões comuns existentes no Brasil e regidas pela Lei n.º 8.987/95; o segundo modelo, pode ser comparado às concessões patrocinadas trazidas pela Lei n.º 11.079/04, tendo em vista a contrapartida estatal; enquanto o terceiro modelo acima apontado se aproxima do que hoje se tem na legislação nacional por concessão administrativa, na qual a Administração Pública figura a um só tempo como Poder Concedente e usuária do serviço público.

É importante assinalar, como já dito alhures que o modelo das PFI's foi adotado no Reino Unido em face de uma busca por maior eficiência na prestação dos serviços públicos, o que no discurso inglês recebe a nomenclatura de *value for Money*, além disso, motivou-se pela possibilidade de transferência de riscos do setor público para o setor privado e, ainda, em decorrência de restrições do Estado de ordem fiscal e orçamentária. No Brasil, a situação não foi muito diferente, quanto aos aspectos motivadores da implementação das PPPs no cenário nacional, pois era evidente a insuficiência dos investimentos públicos em setores nucleares do atendimento das necessidades públicas, também se evidenciavam restrições de ordem fiscal e orçamentária e a reforma administrativa do final da década de 90, propunha uma busca por uma gestão administrativa gerencial e voltada para a eficiência.

De todo modo, é importante ressaltar que a experiência inglesa influenciou, de certa forma, na formatação do modelo brasileiro de PPP, como se percebe, inclusive na exposição de motivos da legislação brasileira, que cita expressamente o modelo inglês como um modelo de sucesso no âmbito das parcerias. A adoção desse paradigma contribuiu, inclusive, para a “transferência” de conceitos básicos que passaram a ser também adotados no cenário nacional, como se pode perceber com as noções de *value for money*, transferência de riscos e avaliação por resultados. Contudo, o que se percebe é que ainda há pontos de necessária evolução, pois devem ser desenvolvidos instrumentos de aferição do *value for money*; além do que se nota que ainda há uma limitação na transferência genuína de riscos para a iniciativa privada e que a falta de experiência pode vir a comprometer, em certos casos, a aplicação adequada do instituto. (PECI; SOBRAL, 2007, p. 12)

O modelo inglês influenciou a utilização do instituto das PPPs em outros países da Europa, desse modo, a partir de 2002 a **França**, também, adotou o *PFI model*, especialmente, na área da saúde e da segurança pública, realizando investimentos da ordem de 2,7 bilhões de

euros. Apenas em 2004, este país editou a Lei n.º 2004-559 de 17 de junho de 2004, considerada uma Lei Geral de PPP. Em 2008, foi publicada a Lei n.º 2008-735, regulamentando as contratações entre o Poder Público e a Iniciativa Privada. De acordo com o artigo 1º⁵⁸ da citada lei, a parceria público privada configura-se como “[...] um contrato administrativo [...] que tem por objeto a construção ou a transformação, manutenção, exploração, ou gestão de obras, equipamentos ou de bens imateriais necessários para o serviço público, bem como a totalidade ou parte do seu financiamento...” (PEIXINHO, 2010, p. 29)

A esse respeito Dinorá Grotti (2007, p. 09) aponta que “na França, berço de origem dos contratos administrativos e que muito influenciou a formulação do instituto no Brasil, distinguem-se os *marchés publics* e os *contrats de délégation de service public*”, sendo as concessões de serviços públicos afetadas à segunda categoria apontada.

Verifica-se, porém, que, conforme assinala Peixinho (2010, p. 29), na França, as parcerias público-privadas não se confundem com as concessões de serviços públicos⁵⁹, uma vez que “na parceria se permite que haja a divisão dos riscos entre a pessoa pública e o parceiro privado, consoante se depreende da regra contida no artigo 11, I da Lei n.º 2008-735/2008⁶⁰. Esta mesma divisão de riscos é permitida no cenário legislativo nacional da Lei n.º 11.079/2004, que trata das permissões no Brasil.

Em Portugal, as parcerias público-privadas passaram a ser utilizadas somente uma década após a sua entrada na União Europeia, em 1986, permitindo a repartição dos riscos entre os setores públicos e privados e a utilização da experiência gerencial de instituições privadas para a realização dos serviços públicos. As primeiras PPP's, em Portugal, foram instituídas para obras de infraestrutura e gestão de atividades no âmbito das ferrovias, rodovias e linhas de bonde. Mais recentemente, têm sido estendidas para abarcar as áreas de saúde

⁵⁸ *Le contrat de partenariat est un contrat administratif par lequel l'Etat ou un établissement public de l'Etat confie à un tiers, pour une période déterminée en fonction de la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de financement retenues, une mission globale ayant pour objet le financement, la construction ou la transformation, l'entretien, la maintenance, l'exploitation ou la gestion d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels nécessaires au service public.* Disponível em : < https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexteArticle.do?sessionId=F55AD70E3E9E128FE64B373A69C2CBDA.tpdila14v_2?cidTexte=JORFTEXT000000438720&idArticle=LEGIARTI000019264657&dateTexte=20160317&categorieLien=id#LEGIARTI000019264657 > Acesso em: 17 fev. 2016.

⁵⁹ Estas são utilizadas para delegação de serviços públicos e envolvem operação e manutenção dos serviços prestados, por meio de um contrato firmado pela Administração Pública com investidores do setor privado, ficando a cargo destes os riscos do projeto, mas o Poder Público é financeiramente responsável pelo serviço.

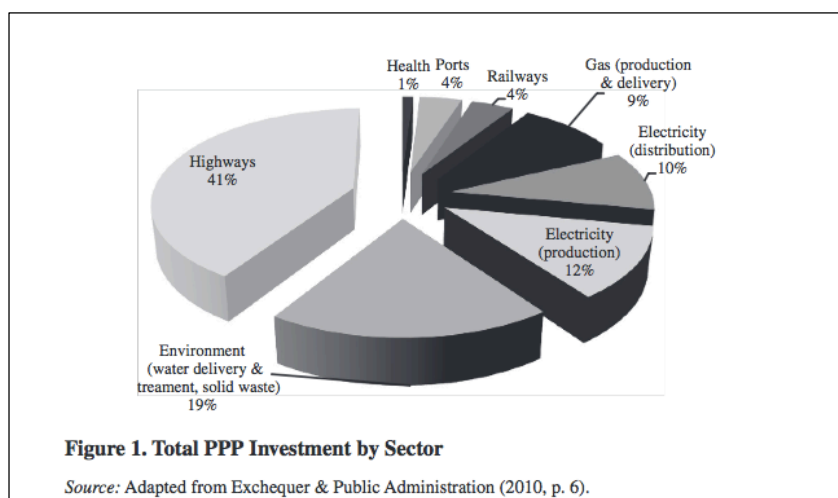
⁶⁰ *Un contrat de partenariat comporte nécessairement des clauses relatives : a) A sa durée ; b) Aux conditions dans lesquelles est établi le partage des risques entre la personne publique et son cocontractant;*

pública e a denominada "indústria verde" (por exemplo: água e resíduos sólidos). (SILVESTRE; ARAÚJO, 2012, p. 326-327).

As parcerias público-privadas se apresentam, pelo menos teoricamente, com uma forma mais eficiente de investimento de atividade prestacional, proporcionando uma qualidade mais elevada do serviço e possibilitando "a partilha de riscos e a transferência de responsabilidades, a maior agilidade do financiamento desencadeando um número mais elevado de infraestruturas construídas (maior dinamismo) e um custo global do *projecto* inferior ao prestado pela entidade pública [...]". Além disso, a participação da gestão privada comporta "ganhos de eficiência e eficácia", o que "conjuntamente com a melhor qualidade de serviço fornecida garante um melhor custo-benefício na prestação de serviços públicos no modelo de PPP". (MARQUES; SILVA, 2008, p. 34).

O **Gráfico 3**, a seguir, indica os investimentos nas PPP's, em Portugal, entre 2009 e 2010, por setor, e permite visualizar com clareza os setores mais contemplados:

Gráfico 3: Total de investimento em PPP por setor em Portugal entre 2009-2010



Fonte: SILVESTRE e ARAÚJO (2012, p.326). Autor da Tabela: EXCHEQUER & PUBLIC ADMINISTRATION (2010, p. 6)

A maior parte dos investimentos em PPP's foi destinada às rodovias, com 41%, conforme já vinha sendo ressaltado, seguida pelas áreas que envolvem saneamento básico, distribuição e tratamento de água e resíduos sólidos, com 19%. Estes setores englobavam, nessa época, 60% dos investimentos das Parcerias em Portugal. Outro setor em que se verificou um investimento significativo refere-se ao setor energético, no qual foram aplicados 22% do aporte destinado às PPP's, no período.

A **Tabela 4**, a seguir, constante do relatório de 2012 da Direção-Geral do

Tesouro e Finanças do Governo de Portugal - DGTF, aponta que houve um crescimento do investimento nas Parcerias Público-Privadas entre os anos de 2010 e 2011:

Tabela 4: Investimentos em PPP nos anos de 2010-2011 em Portugal

Parcerias	Unidade: Milhões de euros		
	Encargos Líquidos		
	2010	2011	%Variação
Rodoviárias	896,6	1521,0	70%
Ferrovias	15,0	10,7	-29%
Saúde	170,3	243,5	43%
Segurança e Emergência	43,6	47,4	9%
Total	1125,5	1822,6	62%

Fonte: Entidades Gestoras dos Projectos

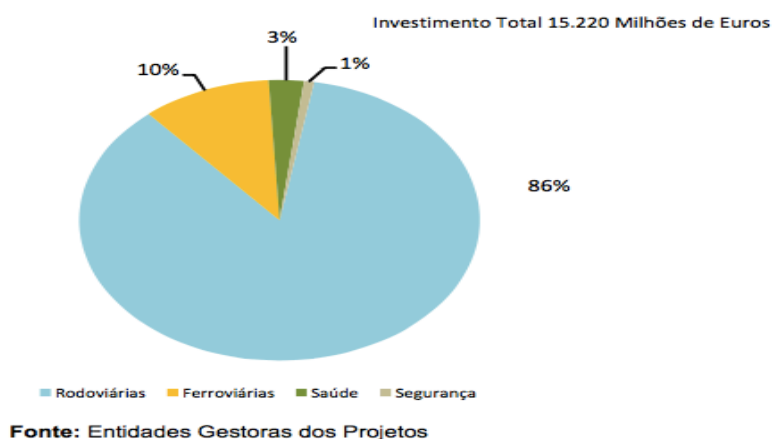
Valores com IVA

Fonte: PORTUGAL, (2012). Autor da Tabela: DGTF.

Os dados apresentados na presente Tabela permitem constatar que os investimentos nas áreas das rodovias, da saúde, segurança e emergência cresceram em relação ao ano anterior, enquanto os investimentos em ferrovias diminuíram, demonstrando que o governo continuou a investir nas parcerias público-privadas e aumentou a aplicação de recursos em determinadas áreas. O relatório de 2012 da DGTF, por sua vez, demonstra, ainda, a repartição setorial de investimentos em PPP no ano de 2012:

Gráfico 4: Repartição do Investimento Global em PPP por setor - 2012

Gráfico 2.1 – Repartição sectorial do investimento global em PPP (preços 2012)



Fonte: PORTUGAL (2012). Autor do Gráfico: DGTF (2012)

A análise do **Gráfico 4**, acima, indica que o investimento em rodovias continua elevado e responde por 86% do investimento governamental em PPP, seguido pelas ferrovias

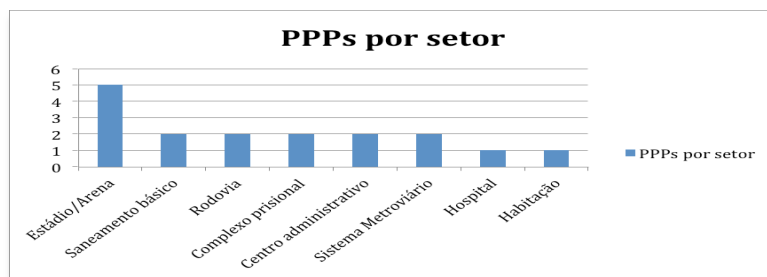
com 10%, saúde com 3% e, por fim, segurança com 1%. Mediante a análise desses dados, é possível compreender que as PPP's em rodovias e nas áreas de águas e saneamento têm sido bem-sucedidas e amplamente utilizadas em Portugal, exceto em relação à notória redução dos investimentos em PPP's nas ferrovias, que pode ser justificada por algumas experiências malsucedidas, como ocorreu, por exemplo, com os contratos da Fertagus e da Metro Sul do Tejo.

Nestas duas situações, "auditoria do Tribunal de Contas às parcerias-público privadas (PPP) do setor ferroviário conclui que existe uma 'inadequada gestão' e falta de fiscalização destes contratos, alertando ainda para o *incumprimento* 'do objetivo de redução de encargos' por parte do Estado". (CORREIA, 2015).

Diante da situação exposta, não há como negar a importância das PPP's, atualmente, para o desenvolvimento dos serviços públicos, sendo assim, referenda-se que a instituição de PPP's possui muitas vantagens. Todavia, é como bem ponderam Marques e Silva (2008, p. 49), "seu potencial pode ser mitigado ou mesmo a sua implementação ser prejudicial, se as várias etapas das fases de *projecto* das PPP's não forem desenvolvidas convenientemente."

No Brasil, também, tem ocorrido, nos últimos anos, uma grande utilização do instituto das parcerias público-privadas. Como exemplos, podem-se citar as seguintes obras, com os respectivos períodos de contratação: **Na Bahia**, o Sistema de disposição oceânica do Jaguaribe (2006), o Estádio da Fonte Nova (2010); o Hospital do Subúrbio - Salvador (2010); **em Minas Gerais**, a Rodovia MG 050 (2007), o Complexo Penal (2009), a Unidade de Atendimento Integrado (2010), o Estádio do Mineirão (2010); **em Pernambuco**, a Ponte de Acesso e Sistema Viário do Destino de Turismo e Lazer Praia do Paiva (2006), a Arena Multiuso da Copa 2014 (2010); o Centro Integrado de Ressocialização de Itaquitinga (2009); **no Distrito Federal**, o Conjunto Habitacional Mangueiral (2009) e o Centro Administrativo do Distrito Federal (2009); **no Rio grande do Norte**, o Estádio das Dunas - Novo Machadão (2011); **em São Paulo**, a Linha 4 do Metrô (2006) os Trens da Linha 8 Diamante da CPTM (2010) Sistema produtor da Alta Tietê (2010) e **no Ceará**, o Estádio do Castelão (2010). (PEREIRA;PROL, 2011).

Diante do quadro apresentado, o **Gráfico 5**, conforme segue, demonstra o investimento em PPP's realizado no Brasil, por setor:

Gráfico 5: Investimentos em PPP por setor, no Brasil.

Fonte: Relatório das PPPs Estaduais. (PEREIRA; PROL, 2011)

Os dados registrados no presente gráfico referendam a constatação de que o setor que mais atrai investimento em PPP's no Brasil é o de infraestrutura relacionada ao aparelhamento de praças esportivas. Isso se deve, especialmente, em decorrência da realização dos dois maiores eventos esportivos mundiais, Copa do Mundo de 2014, que se realizou no Brasil e as Olimpíadas de 2016 que, igualmente, terão o Brasil como país-sede.

Excluindo-se a aplicação em arenas esportivas, têm-se os investimentos em PPP's voltados, principalmente, para as seguintes áreas: rodovias, saneamento básico, segurança, sistema metroviário, saúde e habitação. Percebe-se, pois, que, comparativamente às PPP's portuguesas, o Brasil tem se utilizado das parcerias para os mesmos objetivos, destinando recursos para os mesmos setores, talvez não com a mesma intensidade e relevância com que ocorre na Europa, conforme revela o gráfico, a seguir, acerca do montante de investimento realizado nas PPP's brasileiras nos últimos anos:

Gráfico 6: Valor estimado do Investimentos em PPP por setor, no Brasil.

Fonte: Relatório das PPPs Estaduais. (PEREIRA; PROL, 2011)

Nesta imagem verifica-se que o maior investimento realizado em uma PPP no Brasil, até o ano de 2011, foi da ordem de 4,1 bilhões de reais, em um estabelecimento prisional, e que a maior parte dos investimentos é realizada na área de infraestrutura urbana, correspondendo a mais da metade do investimento. O restante foi destinado a saneamento, habitação, rodovia e saúde. O quadro apresentado é um pouco diferenciado da realidade portuguesa, na qual o investimento mais elevado tem ficado por conta das rodovias e do setor

elétrico (setor este que nem aparece nas PPP's brasileiras), assim como não aparece o investimento em ferrovia, tendo em vista que o desenvolvimento da malha ferroviária brasileira foi há muito abandonado pelo Estado.

O que se nota, é que, progressivamente, o Brasil vem evoluindo no investimento em parcerias público-privadas e que algumas áreas ainda não contempladas poderão ser mais utilizadas em futuros contratos, como é o caso do setor energético, a fim de que o Brasil possa, inclusive, prestar um serviço público mais eficiente e de melhor qualidade para a população, uma vez que o país passa por uma crise de produção e distribuição de energia elétrica no momento.

3.5 Parcerias público-privadas como consectárias do princípio constitucional-administrativo da eficiência: enfoque jurídico.

A história evolutiva da Administração Pública brasileira estabelece uma relação direta com a Eficiência, posto que é perceptível a presença de três momentos principais relativos à gestão administrativa. Inicialmente, pode-se falar de uma Administração Pública Patrimonialista, que seria aquela que definiu as monarquias absolutas, na qual o patrimônio público e o privado eram confundidos.

Em seguida tem-se a denominada Administração Burocrática, a qual, segundo Bresser Pereira (1996, p. 58), se inicia, no Brasil, por volta de "1936, com a reforma administrativa promovida por Maurício Nabuco e Luís Simões Lopes. Comparativamente, corresponde à burocracia que Max Weber descreveu, baseada no princípio do mérito profissional". Ressalte-se, ainda, que a "administração burocrática é lenta, cara, auto-referida, pouco ou nada orientada para o atendimento das demandas dos cidadãos." Desse modo, impunha-se a teorização de um novel modelo de gestão administrativa. Cogita-se, pois, de uma suposta "crise" da Administração Pública e conseqüentemente do serviço público, o que enseja inúmeras propostas de reformas administrativas.

Diante disso, entende a doutrinadora Odete Medauar (2012, p. 38) que: "algumas ideias de fundo devem nortear a reforma administrativa: Administração a serviço do público; administração **eficiente**, ágil, rápida, para atender adequadamente às necessidades da população" (grifo do autor). Ademais, sustenta acerca da suposta crise da noção de serviço público, acima aventada, que o conjunto normativo da Administração Pública vem sendo

revelado “como jogo de diálogo entre dois elementos contrapostos: prerrogativas de *puissance*⁶¹ e garantia aos particulares; ou entre autoridade e liberdade, o serviço público transcende ambos e em Direito Administrativo é a tradução mais acentuada da ideia filosófica do bem comum”. (MEDAUAR, 1992, p. 113).

De acordo com Jean-François Chanlat (2002, p. 02) "o universo dos serviços públicos enfrenta assim às claras a subida do que temos chamado managerialismo". No mesmo sentido, é o entendimento de Henry Mintzberg na obra *Voyage au cœur des organisations* (Viagem ao coração das organizações). Conforme leciona Chanlat, por "managerialismo entendemos o sistema de descrição, explicação e interpretação do mundo a partir das categorias da gestão privada".

A Eficiência, entretanto, não estava disposta, em nenhuma das constituições pátrias, nem mesmo na Constituição Cidadã de 1988, como princípio expresso, o que não descaracterizava, mesmo antes da positivação sua natureza principiológica, dado que não se pode admitir a Administração letárgica. O primeiro dispositivo legal pátrio a prever a eficiência da administração pública foi o Dec. 200/67, que dispõe sobre a organização da Administração Federal, e atesta no seu artigo 26, inciso III: "no que se refere à Administração Indireta, a supervisão ministerial visará a assegurar, essencialmente: III - A eficiência administrativa". Em seguida, a Lei Orgânica do Município de São Paulo, de 04 de abril de 1990, previu em seu artigo 123 que os serviços públicos constituem dever do Município. e, em seu parágrafo único, que "ao usuário fica garantido serviço público compatível com sua dignidade humana, prestado com eficiência".

Nesse ponto, é importante observar um detalhe que poderia passar despercebido numa leitura ligeira e desinteressada do referido dispositivo, a legislação infraconstitucional conecta a eficiência da prestação do serviço público ao fundamento do Estado Democrático de Direito previsto no artigo 1º, III da Constituição Federal, da Dignidade da Pessoa Humana, assim, se pode conceber a Eficiência da atividade administrativa do Estado como consectário do Fundamento Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana. Nesse sentido, constitui atentado à própria dignidade dos indivíduos a prestação de um serviço ineficiente e deficitário, que avilta os mais caros direitos fundamentais consagrados constitucionalmente.

Para Gabardo (2003, p. 184), “a eficiência deve ser buscada dentro do regime e não mediante a sua mutação, a fim de que seja resguardada a segurança jurídica na forma como

⁶¹ Poder Público.

protegida pela democracia social e não pela restrita democracia neoliberal”. Assim, este autor não concebia a eficiência como reflexo de uma concepção neoliberal, mas intrínseca à necessária realização da justiça social pelo Estado-Administração. Além disso, assevera que “qualquer alteração legislativa, quando necessária (e a mudança é natural e adequada ao acompanhamento da evolução social), deverá respeitar o princípio da superioridade constitucional”. Não é diferente com o princípio da Eficiência que deve se conformar com os preceitos erigidos pela Constituição Federal de 1988.

A eficiência, também, foi lembrada na lei n.º 8.987/95, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, enunciando em seu artigo 6º, § 1º: "Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, **eficiência**, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas". (MEDAUAR, 2012, p.141).

A previsão da eficiência, em todas estas disposições normativas citadas, implica a concepção de uma administração que avança do viés da burocracia para se circunscrever a uma administração informada pelo valor gerencial, passando, pois, a tratar de um princípio, antes, implícito da Administração Pública, e agora explícito no texto Constitucional.

Portanto, mesmo antes de positivado no ordenamento jurídico pátrio infraconstitucional, a eficiência já poderia, como dito, ser tida como um princípio implícito ao regime jurídico administrativo. Ademais, tendo em vista que a Constituição já previa, um sistema de controle interno entre os poderes no que toca à eficácia e eficiência da gestão orçamentária financeira e patrimonial.

O princípio da eficiência só passou a estar expressamente previsto na Constituição Federal de 1988, a partir da Emenda n.º 19/1998, que promoveu a reforma da Administração Pública ultimada no final da década de 90, com o suposto intuito de implementar uma administração pública menos burocrática e mais gerencial, pautada na concepção de realização de atividades administrativas eficientes.

Antes da positivação constitucional, a eficiência já era reconhecida como princípio, pelo menos desde a segunda metade da década de 90, pelos tribunais superiores, especialmente, pelo Superior Tribunal de Justiça - STJ, que se referiu à eficiência como princípio nos seguintes julgados: RMS n.º 7.730/96-RS, RMS n.º 628-0-RS, RMS n.º 5.306-7-ES. RMS n.º 5.590/95-DF, no qual o ministro relator Vicente Cernicchiaro pronunciou: "[...] a Administração Pública é regida por vários princípios: legalidade, impessoalidade, moralidade

e publicidade [...] Outros também se evidenciam na Carta Política. Dentre eles, o princípio da **eficiência**". (BRASIL, 1996).

Entretanto, o papel dos Princípios na atual prática hermenêutica tem sido alvo de intensas discussões filosóficas e jurídicas, a esse respeito, cogita-se, inclusive, de um pan-principiologismo. No entender de Lênio Streck (2012, p. 01) o pan-principiologismo seria uma "verdadeira usina de produção de princípios despidos de normatividade". O filósofo do direito critica, portanto, a criação desenfreada de princípios e seu uso exagerado como mecanismos de imposição da vontade individual de magistrados e dos tribunais.

De acordo com J. J. Gomes Canotilho (2003, p. 1.163), os princípios são "multifuncionais" e "têm uma função normogenética e uma função sistêmica: são o fundamento de regras jurídicas e têm uma idoneidade irradiante que lhe permite ligar ou cimentar objetivamente todo o sistema constitucional". Ademais, os princípios encerram, pelo menos, três funções básicas, a saber: fundamentadora, orientadora da interpretação e de fonte subsidiária. (MARMELSTEIN, 2002, p. 01, ROCHA, 1999, p.46).

Além destas, José de Albuquerque Rocha (1999, p. 46) acrescenta a função de: "qualificar juridicamente a própria realidade a que se referem, indicando qual a posição que os agentes jurídicos devem tomar em relação a ela, ou seja, apontando o rumo que deve seguir a regulamentação da realidade, de modo a não contrair aos valores contidos no princípio." Assevera, ainda, o referido autor que em se tratando de "princípio inserido na constituição" tem ele a força de "revogar as normas anteriores e invalidar as posteriores que lhes sejam irreduzivelmente incompatíveis".

Portanto, não há nenhuma dúvida sobre a importância que os princípios desfrutam no ordenamento jurídico constitucional, revelando-se, por conseguinte, como uma "*superfonte*" jurídica e importante instrumento concretizador da interpretação e construção substancial das normas. Assim, do ponto de vista jurídico, o Princípio da Eficiência é uma norma de conteúdo jurídico capaz de fornecer ao julgador uma capacidade de análise dos casos não só sob a perspectiva da regra, em si, mas do Princípio que confere integridade e coerência ao ordenamento jurídico e permite a concretização de direitos básicos dos indivíduos. Nesse sentido, "o senso de qualquer juiz acerca da finalidade ou função do Direito, do qual dependerá cada aspecto de sua abordagem da interpretação, incluirá ou implicará alguma concepção da integridade e coerência do Direito como instituição." (DWORKIN, 2000, p. 241).

Há, entretanto, quem divirja no que concerne à elevação da eficiência ao patamar

de Princípio da Administração Pública. Neste sentido, Maurício Ribeiro Lopes (1998, p. 108) assevera que "cabe referir que eficiência, ao contrário do que são capazes de supor os próceres do Poder Executivo Federal, jamais será Princípio da Administração Pública, mas sempre terá sido finalidade da mesma Administração". Além disso, alguns outros autores entenderam desnecessária a inclusão do Princípio da Eficiência no corpo da Constituição. (RIGOLIN, 2003, p. 26).

Contudo, no campo da Administração Pública, mais do que ser uma simples finalidade desta, a eficiência encerra um aspecto axiológico ou valorativo. Windelband entende que "o valor é um dever-ser de uma norma que, também, pode não se realizar de fato", neste sentido, acentua Rickert que "o ser dos valores não consiste em sua realidade, mas em seu dever-ser." (ABBAGNANO, 1999, p. 990). Desse modo, não há como se afastar a essência principiológica da Eficiência para a Administração Pública, ainda que entendidos (os Princípios) na visão "alexiana", como "exigências de otimização", ou, ainda, como "normas que determinam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro do contexto jurídico e real existente". (ALEXY, 2011, p. 86).

A esse respeito, Modesto (2000, p.114), argumenta, ainda que se mostra "equivocado pensar que apenas o direito privado e os entes privados possam assegurar e impor padrões de eficiência nos serviços oferecidos ao cidadão e que a exigência de atuação eficiente não tenha sentido jurídico". Destarte, é imprescindível destacar que a Eficiência tem um sentido jurídico, que não se confunde com outras acepções que se possam a ela conferir. Enquanto valor público, o Princípio da Eficiência deve ser perseguido pela Administração nas suas atividades, sendo, pois, dotado de força normativa, e pode ser conformado ou confrontado e, por consequência, vir a colidir com outros Princípios administrativos de mesma estatura, como a Legalidade, a Moralidade, a Publicidade, a Impessoalidade, a Supremacia do Interesse Público sobre o Privado ou, mesmo, a Indisponibilidade do Interesse Público.

Neste ponto, a mais evidente rota de colisão se mostra entre o Princípio da Eficiência e o Princípio da Legalidade, posto que o gestor público não pode sob pretexto de cumprir a eficiência da atividade pública, inadimplir aos padrões de legalidade esposados no ordenamento jurídico constitucional e infraconstitucional. Com efeito, mesmo sendo o Princípio da Eficiência uma norma de estatura constitucional, não pode ser absoluto, devendo ceder, vez por outra, diante de outro princípio também agasalhado na Constituição Federal, como ocorre em relação ao Princípio da Legalidade. (MEDAUAR, 2012, p. 142). Isto em nada retira sua importância, aliás, reafirma a sua natureza principiológica.

O Princípio da Eficiência da Administração Pública, do ponto de vista do seu conteúdo substancial, material, como já visto no capítulo anterior, se encontra na atividade administrativa pautada em resultados produtivos e consecutórios da economicidade. Além disso, também se mostra relevante, a concepção centrada na redução do desperdício do patrimônio público, o que exige a realização da atividade pública com prontidão, correção e rendimento funcional. Ademais, “ser eficiente (no caso, ser racional) pode ser entendido, simplesmente, como tomar a eficiência na qualidade de objetivo (racionalizar).” (GABARDO, 2002, p. 27).

Na trilha da Eficiência, diversos institutos jurídicos de Direito Administrativo foram gestados (Agências Executivas, Consórcios Públicos, Contratos de Gestão, etc) e não é diferente com as formas de contratações entabuladas pelo Estado, pois se busca uma forma de adequar os aspectos formais de contratação à dinâmica realidade social que demanda cada vez mais, e com maior qualidade, pelos serviços públicos. Neste toar, Ribeiro e Prado (2010, p. 88) atestam “A eficiência é a razão principal para a contratação das PPPs.”, talvez seja tal afirmação muito incisiva, mas de qualquer forma demonstra a forma central de relação que se pode denotar entre as parcerias e a eficiência.

Noutro ponto, os referidos autores defendem seu posicionamento sob a seguinte argumentação “na verdade, a contratação das PPPs só se justifica quando os ganhos globais de eficiência esperados a partir desta formatação contratual superem os custos a serem incorridos na sua estruturação e no acompanhamento, fiscalização e regulação do contrato.” (RIBEIRO; PRADO, 2010, p. 88).

Esse entendimento se mostra acertado, pois não se justifica a realização de uma PPP para fomentar os lucros da iniciativa privada, o que se anseia com essa iniciativa contratual é que seja satisfatória ao atendimento do interesse coletivo, seja no aspecto da efetiva e adequada prestação do serviço público, isto é, sob a perspectiva dos destinatários do serviço; seja a partir da ótica da boa administração do patrimônio público em aspectos de investimentos, de orçamento, de responsabilidade e de gestão, ou seja, do ponto de vista do Poder Público Concedente e titular do Serviço Público.

Nos dois elos se encontram a população, titular do interesse público, enquanto coletividade, pois são as pessoas (administrados) que vão usufruir do serviço público e são, mesmo tempo, os titulares do patrimônio público (*res publica* – coisa pública) que será gerido por pessoas jurídicas estatais, utilizado para a contratação e prestação das atividades materiais em prol dos cidadãos.

Deve-se ressaltar, ainda, que as PPPs assumem uma vantagem de execução da própria atividade em si, pois “enquanto a gestão pública de empresas permite o clientelismo e o favorecimento da burocracia, a gestão privada tem que enfrentar as regras do mercado”. O que pode ser uma vantagem ou uma desvantagem, mostra-se como uma vantagem na medida em que tais “regras que por serem impessoais impedem a má alocação de recursos e o favorecimento político, levando assim a uma maior **eficiência** geral do sistema. (ALVARENGA, 2005, p. 07, Grifos do autor).

Além disso, a própria Lei n.º 11.079/2004 determina no seu artigo 4º de forma expressa que na “contratação de parceria público-privada serão observadas as seguintes diretrizes: I – **eficiência** no cumprimento das missões de Estado e no emprego dos recursos da sociedade;”. Percebe-se que a Eficiência na dicção legal se direciona à atuação do Estado, de modo que a fiscalização, o controle e o gerenciamento do Estado nessa modalidade contratual ganham relevo fundamental. Assim, “o dever de eficiência estrutura o modo como a administração deve atingir os seus fins e qual deve ser a intensidade da relação entre as medidas que ela adota e os fins que ela persegue”. (ÁVILA, 2005, p. 19).

Ademais, a Eficiência conecta-se, diretamente, ao aspecto da aplicação dos recursos da sociedade, ou seja, dos recursos públicos, de modo que tal concepção permite abarcar a necessidade de planejamento orçamentário, respeito às regras de responsabilidade fiscal e de endividamento público, partilha de riscos no âmbito da concessão e, ainda, de modo amplo a indispensável indisponibilidade do interesse e do patrimônio público.

4 PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS APLICADAS À PRESTAÇÃO DO SERVIÇO DE TRANSPORTE URBANO DE PASSAGEIROS NO BRASIL: qualidade e eficiência

A definição de mobilidade pode ser traduzida como uma possibilidade das pessoas participarem de atividades em lugares diversos; ou seja, a possibilidade que as pessoas têm de se deslocar e desenvolverem diversas atividades do seu dia-a-dia, relacionadas com suas necessidades essenciais e com seus desejos particulares. É importante asseverar, ainda, que quando se trata de transporte de pessoas, as atividades de deslocamento mais representativas, para o escopo da mobilidade, na sociedade em geral, são as movimentações para: o trabalho, a residência, a educação e o lazer. (EUROFORUM, 2007, *on line*).

4.1 Mobilidade urbana, desenvolvimento e as parcerias público-privadas

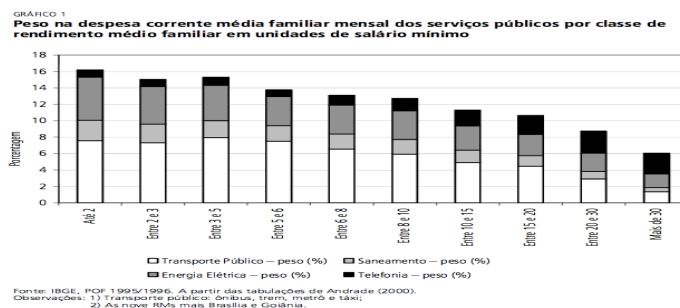
Mobilidade urbana, desse modo, é o deslocamento de pessoas e bens no espaço urbano atendendo a três atributos, assim denominados: atributo de espaço, atributo de tempo, atributo de estado. O atributo de espaço diz respeito à possibilidade de as pessoas se deslocarem de onde estão para onde desejarem. O atributo de tempo diz respeito à possibilidade de as pessoas se deslocarem e chegarem ao destino dentro do tempo desejado. E o atributo de estado diz respeito à possibilidade de as pessoas chegarem a seu destino com conforto e segurança.

As pessoas precisam trabalhar para se manter, para estudar, enfim, para se desenvolver, e, para tanto, precisam se deslocar das suas residências, seja de transporte próprio (particular), ou se utilizando do serviço público oferecido pelo Estado. Articulados a esses aspectos, não se pode esquecer que as pessoas realizam atividades de lazer e cultura e, muitas vezes, a disponibilização de um transporte público promove a satisfação ou a barreira ao exercício destas atividades. O Estado, desse modo, deve investir na melhoria da mobilidade urbana, com o fito de satisfazer seu papel social, promovendo crescimento econômico de forma sustentável, ao reduzir o tráfego de veículos particulares e seus impactos negativos para o meio ambiente, no qual os cidadãos estão inseridos, contribuindo, por conseguinte, para um desenvolvimento interpessoal digno daqueles que habitam a *urbes*.

O desenvolvimento requer a remoção das principais fontes de privação de liberdade como: pobreza e tirania, oportunidades econômicas escassas e privação social sistemática, a carência de serviços públicos, a intolerância e as ações repressivas dos estados. Em algumas situações a pobreza⁶² se revela pela falta de recursos econômicos, ou seja, falta de dinheiro para comprar itens essenciais para a subsistência individual. Porém, em outros casos, “a privação da liberdade vincula-se estreitamente à carência de serviços públicos ou de assistência social”, como um sistema de saúde bem estruturado, ou um sistema de transportes coletivos urbanos que atenda aos anseios da coletividade. (SEN, 2010, p. 16-17).

Hoje se percebe um acelerado processo de urbanização, especialmente nas grandes cidades, que se tem caracterizado pela ocupação desordenada das periferias urbanas e que passam a gerar uma série de demandas de ordem social. Esta realidade “aumenta consideravelmente a necessidade de transporte e a oferta de serviços públicos, os quais frequentemente não suprem a demanda adequadamente. Como resultado tem-se os mais pobres segregados espacialmente e limitados em suas condições de mobilidade”. Ademais, cabe assinalar que a “existência de um serviço de transporte coletivo acessível, eficiente e de qualidade, [...], pode aumentar a disponibilidade de renda e tempo dos mais pobres, o acesso aos serviços sociais básicos (saúde, educação, lazer) e às oportunidades de trabalho”. (GOMIDE, 2003, p. 08). A esse respeito, indicadores do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE informam que as despesas com o serviço de transporte impactam mais a parcela da população que recebe um menor rendimento. O **Gráfico 7**, a seguir, demonstra, ilustrativamente, este panorama:

Gráfico 7: Peso na despesa corrente média familiar mensal dos serviços públicos por classe de rendimento médio familiar em unidades de salário mínimo



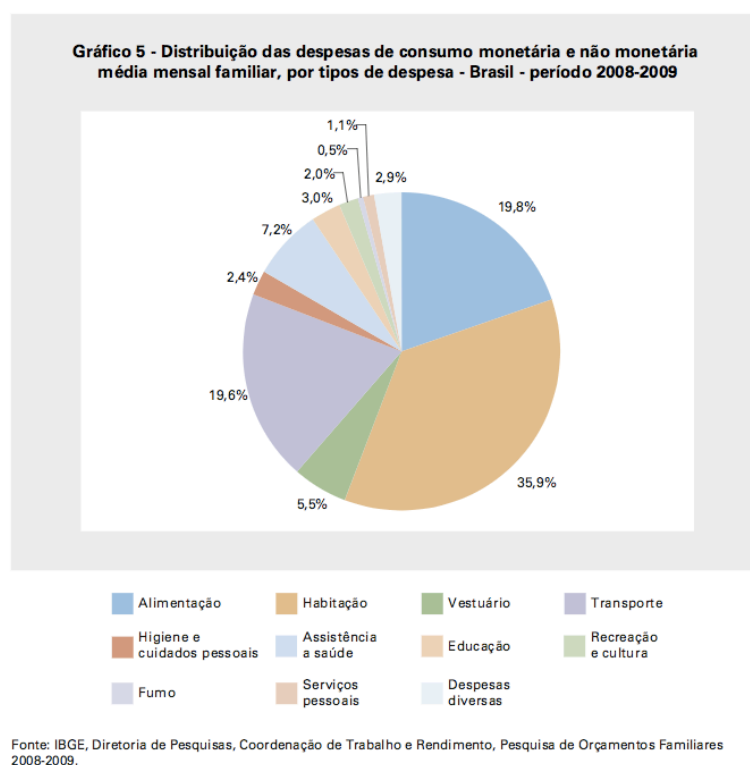
Fonte: GOMIDE (2003, p. 11). Autoria: IBGE

⁶² A ideia de **pobreza** de Amartya Sen (2010, p. 120) é peculiar, pois não considera somente a falta de recursos financeiros para adquirir bens de primeira necessidade, pois para ele a pobreza pode ser identificada a partir da privação das capacidades. Segundo o economista indiano vencedor do prêmio Nobel "a capacidade é um aspecto da liberdade e se concentra, especialmente, nas oportunidades substantivas". (SEN, 2011, p. 570).

Pelo que se pode observar, o “peso” do gasto com transporte público, no orçamento doméstico, é muito mais significativo, proporcionalmente, nas famílias de baixa renda (até 2 salários mínimos) do que nas partes mais abastadas da população. Além disso, comparativamente a outros serviços também importantes, tais como: Energia Elétrica, Saneamento e Telefonia, o gasto com transporte público é o mais expressivo de todos, especialmente nas camadas de poder aquisitivo mais baixo.

É importante, ainda, assinalar que a perda de poder aquisitivo da população de um modo geral, nos dias de hoje, o avanço da inflação e os reajustes, em termos reais, das tarifas públicas de transportes urbanos de passageiros pode tornar esse quadro, cada vez, mais grave. Na sequência dessa discussão, apresenta-se o **Gráfico 8**, que dispõe dados acerca de despesas de consumo monetária e não monetária.

Gráfico 8: Distribuição das despesas de consumo monetária e não monetária média mensal familiar, por tipos de despesas – Brasil – 2008-2009



Fonte: BRASIL (2010, p. 58). Autoria: IBGE

Nesse diapasão, recente Pesquisa de Orçamentos Familiares – POF, disponível no endereço eletrônico do IBGE, de 2008-2009, demonstra que as despesas de consumo que mais impactam o orçamento das pessoas de um modo geral são, em primeiro lugar, a despesa

com habitação que corresponde a 35,9 % (Trinta e cinco e nove décimos por cento); seguida da despesa com alimentação no patamar de 19,8 % (dezenove e oito décimos por cento) e a despesa com transporte, que totaliza 19,6 % (dezenove e seis décimos por cento), sendo assim, se percebe mais uma vez o quanto o transporte impacta, do ponto de vista econômico, na vida ordinária do cidadão brasileiro, chegando a atingir um patamar equiparável à alimentação no orçamento doméstico.

Observe-se, ainda, que em comparação às populações rural e urbana; na “urbana a participação de transporte (19,5%) supera a dos alimentos em 0,5 ponto percentual apenas, enquanto que, na rural, a proporção de gastos com alimentação (27,6%) é significativamente superior à de transporte (20,6%)”. Além disso, importa salientar que “as Regiões Sul (21,9%) e Centro-Oeste (21,2%) registraram participações de transporte nas despesas de consumo mais altas que a média nacional. A Região Norte apresentou o menor percentual para este grupo, 16,5%” (BRASIL, 2010, p. 58).

Reitera-se, desse modo, que o sistema de transporte é a base de qualquer economia, pois constitui o núcleo da cadeia de abastecimento. Sem boas redes de transportes o bom funcionamento dos mercados torna-se inviabilizado. Assim, os investimentos em infraestrutura de transporte impulsionam o crescimento econômico, criam riquezas e melhoram o comércio, a acessibilidade e a mobilidade das pessoas.

As PPPs, destarte, figuram como um mecanismo contratual novo para a realização de investimentos com foco em grandes obras de infraestrutura de transportes e objetos de alta relevância para a sociedade. Sua condução é realizada, como é possível observar nos capítulos precedentes, em conjunto pelas partes interessadas, entes públicos e entidades privadas, com um forte contributo do Poder Concedente em favor do particular, mediante contraprestação financeira específica. No que tange, especialmente, ao transporte urbano de passageiros o investimento por meio de parcerias encetadas entre o Poder Público e a iniciativa privada pode suprir a incapacidade de investimento estatal e trazer benefícios, inclusive e, principalmente, para as camadas mais pobres da população.

Desse modo, os financiamentos, assim articulados, podem ensejar a criação de um sistema de transporte público urbano que privilegie a prestação de um serviço ambientalmente sustentável, causando menos impacto ao meio-ambiente e promovendo um dos objetivos preconizados no artigo 3º da Lei n.º 8.666/93, com a redação dada pela Lei nº 12.349/2010, que é o desenvolvimento nacional sustentável. A aquisição de uma frota mais

nova e menos poluente pode ensejar um alto investimento, e as novas modalidades de contratação administrativas, inclusive as PPP's podem se mostrar um canal de solução e evolução sob este aspecto.

Outros avanços que se fazem necessários são os investimentos estruturais; tanto em vias, que permitam o descongestionamentos das ruas e avenidas, bem como na criação de corredores de transportes (com acessos exclusivos para ônibus e táxi), casas de passageiros, terminais de integração; garantia de mobilidade urbana sustentável, melhoria da segurança, tanto do serviço como dos equipamentos disponibilizados, e, ainda, o reforço da competitividade, pois, o serviço a ser prestado, seja por meio de concessão, seja por meio de parceria deve ser precedido de licitação e, com isso, pressupõe-se o estrito cumprimento da isonomia e da impessoalidade.

De acordo com a legislação orçamentária do Brasil para o ano de 2016, o Brasil prevê, no ano, um investimento em mobilidade e trânsito⁶³ da ordem de R\$ 1.051.291.750 (Um bilhão, cinquenta e um milhões duzentos e noventa e um mil setecentos e cinquenta reais), sendo que, distributivamente, tais recursos serão aplicados, principalmente, nos programas de Apoio a Sistemas de Transporte Público Coletivo Urbano, R\$ 964.041.750; Apoio a Sistemas de Transporte Não-Motorizados: R\$ 200.000; Apoio a Medidas de Moderação de Tráfego: R\$ 100.000, esse programa inclui, ainda, apoio à Elaboração de Planos e Projetos de Sistemas de Transporte Público Coletivo Urbano; ao Desenvolvimento Institucional para a Gestão dos Sistemas de Mobilidade Urbana; ao Fortalecimento Institucional do Sistema Nacional de Trânsito e fomento à Pesquisa e Desenvolvimento na Área de Trânsito. Neste sentido, tais programas têm como objetivo “Implementar a Política Nacional de Mobilidade Urbana promovendo o fortalecimento institucional do setor e o planejamento integrado ao desenvolvimento urbano e territorial”. (BRASIL, 2015, p. 34-35).

Deve-se considerar, ainda, no que concerne à previsão orçamentária para 2016, um crescimento nos investimentos públicos financiados pelas estatais somando algo na ordem de R\$ 96,8 bilhões em 2016. Nesse segmento, os programas financiados pelos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social somam R\$ 45,2 bilhões. O orçamento público para o ano de 2016 também contempla grandes investimento em Transporte Terrestre, no patamar de R\$

⁶³ Com o objetivo de dar suporte à implantação, expansão e requalificação dos sistemas de mobilidade urbana com soluções acessíveis, sustentáveis e compatíveis com as características locais e regionais, priorizando os modos de transporte público coletivo e os não motorizados e promovendo a integração modal, física e tarifária. (BRASIL, 2015, p. 34)

8.746.046.719 (oito bilhões setecentos e quarenta e seis milhões quarenta e seis mil setecentos e dezenove reais), com o fito de adequar a “capacidade dos eixos rodoviários federais, com a duplicação de rodovias, construção de terceiras faixas ou outras medidas que melhorem a fluidez do tráfego”. (BRASIL, 2015, p. 92).

O quadro econômico que se apresenta indica que os investimentos em PPP's continuarão a ser realizados, especialmente, no setor de infraestrutura de transportes, o que não excepciona o serviço de transporte urbano de passageiros realizado no âmbito dos municípios, os quais recebem, para tanto, a colaboração do Ministério das Cidades, do Governo Federal. Ressalte-se que “o desenvolvimento econômico, capaz de gerar novos empregos, propiciar receitas e contribuir para a mitigação das desigualdades sociais, passa pela necessária superação de gargalos existentes na área de transportes”, sendo assim, a utilização das PPP's neste setor pode contribuir para o desenvolvimento do Brasil. (DALLARI, 2011, p. 385).

As PPP's podem, ainda, melhorar a vida das pessoas que têm menos acesso à renda se o serviço além de mais qualificado, for prestado com tarifas mais baratas, pois o serviço ainda que qualificado, sendo prestado com tarifas mais caras, tende a ser um elemento de limitação da capacidade e das liberdades das pessoas mais pobres da sociedade. Daí porque se mostra importante que o Estado cumpra o princípio da modicidade tarifária, bem como com o princípio da universalidade e da generalidade, sem prejuízo dos outros relativos aos serviços públicos, no sentido de conferir às pessoas menos abastadas de recursos a oportunidade de usufruir destes serviços mais eficientes, ampliando suas capacidades e o exercício da cidadania.

Não obstante o Brasil vivencie uma sólida tradição Federal, como já visto nos capítulos antecedentes, percebe-se que o sistema não é tão equitativo assim no que tange à distribuição de receitas entre os entes federados, pois os municípios recebem importantes competências da Constituição Federal e, ao que parece, a contrapartida financeira destinada aos municípios por meio do Fundo de Participação dos Municípios é insuficiente para a realização das atribuições constitucionais proeminente das municipalidades. Percebe-se que há uma concentração de recursos mormente na esfera federal. Além do mais, no setor de “desenvolvimento urbano, diferentemente do que ocorreu em áreas como a educação e a saúde, não houve uma reforma do Estado nem na direção de uma descentralização autônoma, com municípios financiados por recursos próprios”. (ROLNIK; KLINK, 2011, p. 105-106).

Ressalte-se que a Constituição Federal de 1988 ampliou a participação dos municípios nas transferências de receitas, diminuindo as desigualdades entre os municípios

maiores e os menores, entretanto, conforme assentam Rolnik e Klink (2011, p. 106), as receitas municipais são insuficientes para produzir condições adequadas de urbanização, acrescentando, ainda, que o federalismo brasileiro se caracteriza por uma “descentralização tutelada, ou seja, aquela que é feita por meio de transferências negociadas caso a caso, mantendo uma frágil relação de dependência entre a esfera local e a central, baseada em laços políticos, técnicos ou institucionais que podem ser efêmeros”.

Após a Constituição de 1988, surgiu, no Brasil, “um padrão **neolocalista** e competitivo, com baixa capacidade endógena de colaboração **interfederativa** na provisão de serviços territoriais de interesse comum”. Além disso, o decorrer dos anos 1990, “tornou as relações federativas cada vez mais competitivas, culminando num cenário de guerras tributárias e desregulamentação competitiva envolvendo estados e municípios”. Noutro ponto, acentua-se que o quadro pós-Plano Real, com supervalorização do câmbio e taxas de juros elevadas, permitiu o ingresso de investimentos internacionais, gerando o que se denominou a “federação emergente dos mercados”, ou, ainda, de “leilão invertido envolvendo os entes federativos e o setor privado” (ROLNIK; KLINK, 2011, p. 107-108).

É neste cenário federativo que os municípios recebem da Constituição importantes atribuições constitucionais relacionadas ao desenvolvimento urbano, o que demanda uma enorme capacidade de investimento, mas que encontra óbices no cenário das distribuições de receitas determinadas pelo texto constitucional. Neste sentido, os municípios acabam dependentes de transferências voluntárias, decorrentes de emendas parlamentares, que têm anseios de colher retornos políticos no pleito eleitoral vindouro, em troca dos recursos destinados aos municípios, resultando numa relação que foge aos interesses coletivos e beira à imoralidade legalizada de destinação de recursos públicos. Diante dessas considerações, na sequência, cumpre analisar as competências constitucionais e sua relação com a prestação do serviço urbano de passageiros no Brasil.

4.2 O serviço de transporte urbano de passageiros na Constituição Federal: direito fundamental e a questão da competência municipal

A Constituição Federal de 1988, alterada Emenda à Constituição n.º 90/2015, dispõe no seu artigo 6º que o Direito ao Transporte é um direito social e, por conseguinte, um direito Fundamental que deve ser assegurado a todos os cidadãos.

Insere o transporte no rol dos direitos e deveres associados ao mínimo existencial, no sentido das condições materiais indispensáveis à fruição de uma vida com dignidade. Então, evidencia-se que o direito ao transporte digno não é apenas uma recomendação ou desejo utópico do constituinte, mas um direito fundamental incorporado ao patrimônio jurídico dos indivíduos e que deve, portanto ser assegurado pelo Estado com forma de atender às necessidades básicas dos cidadãos em sua maior extensão.

A Constituição Federal determina no seu artigo 30, inciso V, que compete aos Municípios: [...] V – “organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial”. (BRASIL, 1988). Desse modo, o que se percebe pelo texto constitucional é que o Estado brasileiro optou por conferir à competência dos municípios a prestação do serviço de transporte coletivo no âmbito dos respectivos municípios, ressaltando, ainda, que tal serviço tem caráter essencial.

Além disso, a Constituição determina que o referido serviço não é exclusivo do Poder Público, o que implica dizer que pode ter a sua execução delegada para entidades paraestatais ou particulares, seja por meio de concessão ou de permissão, em face disso, invoca a aplicação em conjunto do artigo 175, *caput*, da Constituição Federal que determina incumbir “ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”. (BRASIL, 1988). Ou seja, a referida delegação de serviços pressupõe a obrigatória realização de um procedimento de licitação para a promoção da necessária isonomia que deve estar presente nas contratações públicas.

Deve-se observar, entretanto, que a competência municipal se restringe a interesses locais, posto que, por exemplo, a competência para legislar a propósito da prestação de serviços públicos de transporte intermunicipal é dos Estados-membros, a *contrario sensu*, a prestação de transporte urbano, consubstanciando serviço público de interesse local, é matéria albergada pela competência legislativa dos Municípios, não cabendo aos Estados-membros dispor a seu respeito, conforme já decidido o STF nas Ações Direitas de Inconstitucionalidade – ADI n.º 845⁶⁴ e ADI n.º 2.349⁶⁵, ambas de relatoria do ministro Eros Grau. Assim, incumbe aos municípios estabelecer as regras de operação dos serviços de transporte de natureza local, bem como as necessárias disposições relativas às tarifas e à política tarifária a ser aplicada.

⁶⁴ Julgamento em 22-11-2007, Plenário, DJE de 7-3-2008.

⁶⁵ Julgamento em 31-8-2005, Plenário, DJ de 14-10-2005

(BRASIL, 2005; 2008)

No que tange ao contrato de concessão, especificamente, os Estados-Membros não podem interferir na esfera das relações jurídico-contratuais estabelecidas entre o poder concedente (quando for o Município) e as empresas concessionárias, pois não dispõem de competência para modificar ou alterar as condições, que, previstas na licitação, acham-se formalmente estipuladas no contrato de concessão celebrado pelo Município com as concessionárias, pois pode afetar o equilíbrio financeiro resultante dessa relação jurídico-contratual de direito administrativo, consoante entendimento do Ministro Celso de Mello na ADI n.º 2.337-MC⁶⁶. (BRASIL, 2002).

Portanto, no curso de concessão de serviço público municipal de transporte coletivo, a revisão de tarifas incumbe ao ente federado que firmou o referido contrato administrativo, pois o reajuste de tarifas do serviço público é manifestação de uma política tarifária, solução, em cada caso, de um complexo problema de ponderação entre a exigência de ajustar o preço do serviço às situações econômicas concretas do segmento social dos respectivos usuários ao imperativo de manter a viabilidade econômico-financeira do empreendimento do concessionário.

Assim, o STF já decidiu no Recurso Extraordinário – **RE n.º 191.532**⁶⁷, de relatoria do ex-ministro da corte, Sepúlveda Pertence, que “não parece razoável, [...], que o conteúdo da decisão política do reajustamento de tarifas do serviço de transportes de um Município, expressão de sua autonomia constitucional, seja vinculada ao que, a respeito, venha a ser decidido pela administração de outro.” (BRASIL, 1997). Entretanto, é importante assentar que “a tarifa deve ser fixada de maneira a permitir a sustentabilidade do serviço, não podendo nem ser insuficiente para isso, nem devendo proporcionar lucros excessivos ao concessionário.” (DALLARI, 2011, p. 381).

Surge discussão, todavia, acerca da competência para legislar sobre contratos administrativos, posto que a Constituição Federal de 1988 determina no artigo 22, XXVII, que compete privativamente à União legislar sobre **normas gerais de licitação e contratação**, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as

⁶⁶ Julgamento em 20-2-2002, Plenário, *DJ* de 21-6-2002. No mesmo sentido: ADI 2.340, rel. min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 6-3-2013, Plenário, *DJE* de 10-5-2013.

⁶⁷ Julgamento em 27-5-1997, Primeira Turma, *DJ* de 29-8-1997.

empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III. Diante disso, é possível que algum Estado-membro ou município legisle sobre concessões e, mais especificamente, sobre PPP's.

Pelo que se pode verificar a Lei n.º 11.079/04, não trata de norma geral de contratação, posto que, na verdade, se trata de uma lei sobre duas categorias de parcerias, especialmente, criadas sob forma de concessão. No caso: a concessão patrocinada e a concessão administrativa. Essa legislação advém de análises realizadas, desde 2002, acerca da possibilidade de implementação das experiências estrangeiras de parcerias, especialmente, das implementadas na Inglaterra, em Portugal e no Chile (não que sejam as únicas importantes)⁶⁸, o que culminou com a edição da legislação brasileira sobre PPP's, que se apresenta como uma novel modalidade contratual, mas que não surge para substituir o modelo de contratação da Lei n.º 8.987/95 ou da Lei n.º 8.666/93, mas para acrescer a este quadro um novo modelo de contratação pública. (MONTEIRO, 2011, 83-85).

Assim, as Leis 8.987/95 e 11.079/2004 não tratam de normas gerais de contratações, portanto, “os entes políticos podem editar leis próprias para viabilizar negócios baseados em outros usos das concessões, que não o modelo específico da legislação federal”. Desse modo, essa matéria cinge-se à própria organização administrativa do ente federado⁶⁹, cabendo a eles, quando decidir por um modelo de parceria, autorizar e fixar os termos aos quais desejam se vincular. Destarte, o que não for defeso pelas normas gerais está na margem da competência legislativa concorrente dos entes federados para legislar sobre contratos de concessões e, inclusive, de parcerias Público-Privadas⁷⁰. (MONTEIRO, 2011, 108-109).

⁶⁸ Sobre algumas experiências estrangeiras ver o capítulo 3 desta dissertação.

⁶⁹ Art. 18. Constituição Federal de 1988. A organização político-administrativa da República Federativa do Brasil compreende a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, todos **autônomos**, nos termos desta Constituição.

⁷⁰ Diante disso, todos os Estados-Membros da Federação brasileira têm legislação própria sobre a matéria das PPP's – Legislação Estadual: Alagoas, Lei n. 6.972/2008; Amapá, Lei n.º 921/2005; Amazonas, Lei n.º 3.363/2008; **Bahia, Lei n. 9.290, de 27 de dezembro de 2004**; Ceará, Lei n.º 14.391/2009; Distrito Federal, Lei n. 3.792, de 2 de fevereiro de 2006; Espírito Santo, Lei Complementar n. 492, de 11 de agosto de 2009; Goiás, Lei n. 14.910, de 11 de agosto de 2004; Maranhão, Lei n. 8.437, de 31 de julho de 2006; Mato Grosso, Lei n. 9.641, de 17 de novembro de 2011; Mato Grosso do Sul, Lei n. 4.303, de 20 de dezembro de 2012; **Minas Gerais, Lei n. 14.868, de 16 de dezembro de 2003**; Pará, Lei n. 7.649, de 24 de julho de 2012; Paraíba, Lei n. 8.684, de 7 de novembro de 2008; Paraná, Lei n. 17.046, de 11 de janeiro de 2012; Pernambuco, Lei 12.765, de 27 de janeiro de 2005; Piauí Lei n. 5.494, de 19 de setembro de 2005; Rio de Janeiro, Lei n. 5.068, de 10 de julho de 2007; Rio Grande do Norte, Lei Complementar n. 307, de 11 de outubro de 2005; Rio Grande do Sul, Lei n. 12.234, de 13 de janeiro de 2005; Rondônia, Lei Complementar n. 609, de 18 de fevereiro de 2011; **Santa Catarina, Lei n. 12.930, de 4 de fevereiro de 2004**; **São Paulo, Lei n. 11.688, de 19 de maio de 2004**; Sergipe, Lei n. 6.299, de 19 de dezembro de 2007; Tocantins, Lei n. 2.231, de 3 de dezembro de 2009. (Grifo nosso nos Estados que têm lei sobre PPP's anteriores à Lei Federal, Lei n. 11.079, de 30 de dezembro de 2004.) O mesmo ocorre também com vários municípios brasileiros, só para citar, de modo exemplificativo, podem-se mencionar os casos dos municípios de Maracanaú, no Estado do Ceará, Lei n. 1.511, de 29 de dezembro de 2009; o de Teresina, capital

4.3 A delegação do serviço de transporte urbano de passageiros: PPP's ou concessão comum?

Conforme já foi visto, o serviço de transporte urbano de passageiros é um serviço público, pois se presta a promover uma utilidade material para as pessoas que podem fruir desse serviço de maneira individual, além do que, trata-se de serviço que pode ser prestado diretamente pelo Poder Público, ou ser delegado por concessão ou permissão, precedida de licitação, nos termos do artigo 175, da Constituição Federal de 1988. Além disso, tal serviço se insere na competência material dos municípios em função da regra disposta no artigo 30 da Constituição Federal.

Deve-se questionar acerca da possibilidade de que a delegação do serviço de transporte urbano de passageiros se dê por meio de parceria público-privada, uma vez que o mais usual tem sido que o referido serviço seja delegado a título de concessão comum. Igualmente, devem-se pontuar algumas considerações acerca da natureza jurídica das parcerias público-privadas, enquanto contrato de concessão. Quando se fala de uma concessão patrocinada, alguns autores entendem que tal instituto não acrescentou em nada ao que já existia em termos de contrato administrativo de concessão, pois tal contrato se identifica com o de concessão precedida de obra pública, já prevista na Lei n.º 8.987/95. (MELLO, 2010, p. 737; MOREIRA, p. 183).

Critica-se o fato de que a concessão, como inicialmente existente, permitia que o Estado transferisse para o particular o risco do negócio, sem que houvesse necessidade de realizar aportes financeiros, ou seja, todos os investimentos ficavam a cargo do particular, que assumia o risco da atividade e o aporte de recursos necessários para investimentos. Com o advento da Lei n.º 11.079/2004, a concessão dita patrocinada prevê que o parceiro público pode arcar com até 70% (setenta por cento) do investimento, sem que haja necessidade de autorização legislativa para tanto; e, ainda, superar este limite de aporte, caso haja autorização legislativa, é o que consta da dicção legal do artigo 10, § 3º da Lei nacional das PPP's. Com isso, se percebe que a realização de PPP pressupõe que o Estado tenha disponibilidade financeira (ou pelo

do Piauí, Lei n. 3.466, de 25 de novembro de 2005 e o da cidade de São Paulo, Lei n. 14.517, de 16 de outubro de 2007 e do Rio de Janeiro, Lei Complementar n. 105, de 22 de dezembro de 2009. Ressalte-se que muitos outros municípios do Brasil têm legislação própria sobre PPP's, sem que as mesmas tenham sido declaradas inconstitucionais pelo STF.

menos capacidade de endividamento público), não sendo, portanto, a PPP um antídoto para a escassez de recursos. (MELLO, 2010, p. 737).

A análise é pertinente, contudo, deve-se pontuar que a PPP não se destina unicamente a fazer com que o Estado deixe de realizar despesas. Pelo contrário, é um instrumento importante para a otimização da aplicação de recursos públicos, ou seja, aplicação de recursos naquilo que seja efetivamente necessário e que traga o maior espectro de benefícios para a coletividade. Além disso, quando pertinente, a Administração poderá se utilizar da concessão comum. Não se pode negar, entretanto, que a PPP, enquanto modalidade de concessão, avança no quadro de contratos administrativos já previstos no ordenamento jurídico brasileiro, antes de 2004, pois não se consubstancia em mera entrega do serviço para o particular, encerra sim uma atuação conjunta, tanto no que tange aos aportes de investimento, quanto em relação à execução do contrato, de modo que o Poder Concedente tem um papel fundamental na condução do contrato, que por natureza já é complexo, e importa uma fiscalização e um controle intensos do Poder Público.

Porém, deve-se observar que as PPPs têm por finalidade “conferir viabilidade econômica a serviços públicos essenciais, mas de baixa rentabilidade econômica, ou seja, em situações nas quais, sabidamente, não existe possibilidade de assegurar a sustentabilidade do serviço exclusivamente pelo pagamento de tarifas.” (DALLARI, 2011, p. 381). Assim, o pagamento de contraprestação pecuniária pelo Poder Público Concedente é o que caracteriza, o que confere singularidade, ao contrato de concessão por parceria público-privada. Tal fato, não o desnatura enquanto concessão, posto que a delegação do serviço é efetivada e que o particular executa a atividade material constante do objeto do contrato, mediante a cobrança de tarifa do usuário, remanescendo com o Poder Público a titularidade do serviço público, como constitucionalmente estabelecido.

No que tange à concessão administrativa tal situação chega a ser um pouco mais complexa, tanto é assim que Celso Antônio Bandeira de Mello (2010, p. 739) chega a chamá-la de “falsa concessão”. Pois, de acordo com o autor, não há concessão sem tarifa, uma vez que a tarifa paga pelo particular seria uma característica intrínseca ao contrato de concessão. Neste ponto, assinala que “o que a Administração teria que pagar para acobertar os dispêndios da prestação do serviço, [...], não seria tarifa alguma, mas uma remuneração contratual como qualquer outra – o que, evidentemente, descaracteriza a parceria como concessão.”

Ademais, se poderia questionar a própria essência do instituto, posto que não

basta chamar um contrato de prestação de serviço de concessão para que o mesmo passe a ser uma concessão e nem chamar ou denominar de tarifa o pagamento feito ao prestador para que passe a assim uma tarifa. Entretanto, não se pode concordar com tal posicionamento, uma vez que a concessão patrocinada não se trata de simples prestação de serviços, pois envolve a contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado e isso é o que confere singularidade ao contrato de parceria, conforme já se disse.

Cabe ponderar, entretanto, que através da PPP há menor necessidade de investimentos diretos do Poder Público, pois, o particular só recebe depois de construir a infraestrutura; além disso, há transferência de parte dos riscos para o setor privado; maior eficiência na construção da infraestrutura e maior durabilidade dos bens públicos, gerando melhores serviços e menores custos e, ainda, deve-se ressaltar que, no caso, o controle é finalístico, sendo assim, a preocupação do Poder Público se dá, essencialmente, com o resultado do empreendimento.

Desse modo, sendo o usuário do serviço a própria Administração Pública, nada obsta que ela mesma seja a responsável pelo adimplemento da tarifa, o que, por si só, não descaracteriza tal contrato como uma concessão ou como uma parceria realizada pela Administração Pública, pois o Estado mantém a titularidade do serviço que é prestado pelo particular em favor da própria Administração, que, portanto, responde tanto pela contraprestação pecuniária, na função de Poder Concedente, como pela remuneração tarifária, na função de usuária do serviço público. O que pode gerar algum tipo de confusão, aqui, é o fato do Poder Público, a um só tempo, ser o titular do serviço público delegado, e, portanto, ser o Poder Concedente, e ser, também, o usuário, direta ou indiretamente, do mesmo serviço, entretanto, nada obsta que isso se dê no mundo dos fatos, apesar de não ser uma situação corriqueira ou usual.

Ao tempo em que a Administração Pública assume o dever de solucionar a problemática relativa aos transportes públicos, encontra dificuldades na carência de recursos públicos. Assim, algumas situações comportam como solução a simples concessão dos serviços aos particulares, mas há situações em que isso não é suficiente. É o que ocorre quando a prestação do serviço essencial não for sustentável economicamente e, também, nos casos em que o Poder Público não dispuser de recursos necessários para construção de obras de infraestrutura (prédios e equipamentos), necessárias ao funcionamento dos serviços. Nestes casos, é cabível a utilização das parcerias público-privadas. (DALLARI, 2011, p. 386).

O cenário das grandes cidades brasileiras, especialmente, das metrópoles e cidades conturbadas, mostra uma situação de urbanização intensa e, a ausência de um planejamento adequado das alocações urbanas, importa no crescimento desordenado dessas cidades, o que leva a um trânsito caótico e particularmente complexo. Não se mostra mais possível, nos grandes centros, a garantia de circulação das pessoas por meio de transportes individuais (Carros, motocicletas, bicicletas, etc.), pois tal tipo de transporte não se presta ao deslocamento de grandes massas, e contribui para os congestionamentos, que atrapalham a circulação das pessoas nas cidades.

Assim, urge uma proposição em torno dos transportes públicos que seja viável para possibilitar o transporte eficiente de uma grande quantidade de pessoas e melhorar as condições de mobilidade nos grandes centros urbanos. Nesse contexto, a prestação de serviços de transporte público de passageiros pode comportar a aplicação do regime das PPPs, pois se trata de um serviço essencial, e que, portanto, não pode deixar de ser prestado pelo Estado, ainda que indiretamente.

A realidade da conjuntura econômica atual aponta para uma limitação dos recursos públicos para o dispêndio com a prestação de serviços públicos, pois os direitos dos indivíduos implicam em um custo para o Estado, que, muitas vezes, não detém recursos suficientes, ou disponibilidade atual para implementar a aplicação dos referidos aportes econômicos; e, ainda, tendo em vista a inviabilidade de utilização do modelo tradicional de concessões de serviço público, posto que há nessas atividades uma complexa e interligada prestação, que implica não só a delegação do serviço, mas estabelecimento de edificação de infraestrutura essencial para a prestação de serviço e determinação de uma política tarifária específica.

O meio de transporte urbano de passageiros, por exemplo, que tem se mostrado o mais indicado para atender às necessidades da população é o transporte metroviário, tanto pela capacidade, quanto pela agilidade do transporte. Entretanto, tal serviço demanda um grande aporte de investimentos, tanto para sua implantação, como para sua ampliação, quando essa ampliação se faz necessária. Assim, o elevado custo de implantação do metrô faz como que este tipo de investimento não seja autossustentável e, portanto, há necessidade de injeção de subsídios estatais, que possibilitem a exigência de uma tarifa módica e acessível para os usuários do serviço. Pois, se assim não fosse, não haveria como o prestador do serviço oferecê-lo mediante tarifas que pudessem ser pagas pela parcela mais carente da população.

Por outro lado, o transporte de passageiros por ônibus, também, é muito utilizado. Entretanto, numa grande cidade, não basta a disponibilização de algumas linhas de ônibus, o que até poderia atender a pequenas cidades, mas se mostra inadequado para as cidades maiores. Nas grandes metrópoles é essencial que este serviço de transporte seja realizado por meio de “sistemas integrados de transportes coletivos, que dependam de vias especiais de circulação, estações de transferência e terminais, além de um controle informatizado de circulação e arrecadação” (DALLARI, 2011, p. 388).

Assim, o sistema de ônibus seria interligado ao sistema ferroviário urbano, onde houver, ou, ainda, ao sistema metroviário, de modo a ampliar a mobilidade e a capacidade de deslocamento das pessoas no meio urbano. Indubitavelmente, a implementação de todos esses equipamentos encerra uma grande gama de investimentos, os quais seriam executados de modo mais adequado com a realização de parcerias entre o Poder Público e a iniciativa privada, posto que o Poder Público não arcaria *a priori* com obras de infraestrutura.

Ainda, deve ser considerada a questão dos riscos, pois os riscos envolvidos em um projeto de PPP deverão ser identificados e, se possível, eliminados do projeto. Quando a exclusão dos riscos não for possível, estes deverão ser proporcionalmente compartilhados entre parceiros públicos e privados, sendo, logo, partilhados conforme a aptidão de cada um para administrar e controlar tais riscos. De tal forma, ao setor público é indicado atribuir, por exemplo, a responsabilidade de mitigar e controlar políticas públicas e macroeconômicas, enquanto se considera que os riscos técnicos, comerciais, econômicos, ambientais e operacionais serão melhor administrados pelo setor privado.

4.4 Modelos para as parcerias público-privadas aplicadas ao serviço público de transporte urbano de passageiros

As parcerias público-privada tem sido uma das saídas utilizadas pelos principais metrô do mundo para possibilitar o crescimento e desenvolvimento do setor de transportes. Ao redor do mundo a maior parte dos sistemas do metrô é gerida pelo Poder Público, entretanto, muitos países têm se utilizado das parcerias com empresas privadas para possibilitar a ampliação dos sistemas de transportes.

4.4.1 PPP's aplicadas à prestação do serviço público de transporte urbano por metrô

O caso do metrô de Madrid, pode ser citado como um exemplo, visto que lá as empresas respondem ao Consorcio Regional de Transportes de Madrid. A principal delas é a Metro de Madrid, que é pública e gere o sistema central de metrô. Conectadas a esse sistema principal, existem outras quatro linhas de Veículos Leve Sobre Trilhos (VLT), divididas entre empresas privadas e consórcios. Além disso, a expansão da malha até o aeroporto internacional de Barajas foi feita por meio de PPP.

Assim, a prolongação da linha 8 do metrô, concedida em meados do ano de 2006 utilizou investimentos em Parcerias Público-privadas para realizar a conexão entre o sistema de metrô e o terminal T-4, novo terminal do Aeroporto Internacional de Barajas. O objeto da concessão foi a construção de nova linha e a exploração integrada na rede de Metrô de Madrid. O investimento inicial foi de U\$ 63.000.000 (Sessenta e três milhões de dólares). O projeto foi realizado pela MINTRA – *Madrid Infraestructuras del Transportes*, mas o concessionário assumiu os riscos da construção. (SILVA, 2009, p. 19).

À luz deste projeto madrileno Soliño e Vassallo (2009, p. 21), concluem que os contratos não integrados de PPP, ou seja, os que não incluem concomitantemente a realização das obras de infraestrutura com a execução do serviço público em si, “apresentam vantagens importantes para redes de metrô convencionais. Estas vantagens são notáveis em termos de ganhos em economia de escala e de densidade, aumento da concorrência e redução dos custos financeiros do investimento.” Isso não quer dizer, necessariamente, que o projeto realizado tenha sido malsucedido, mas que melhorias podem ser realizadas na formatação do contrato para que os ganhos sejam otimizados.

A propósito, recentes projetos de infraestrutura são responsáveis por 72,2 quilômetros de rede do metrô de Madrid e pela construção de 81 (oitenta e uma) novas estações que atendem a uma população de aproximadamente 735.000 (Setecentos e trinta e cinco mil) habitantes. (SILVA, 2009, p. 17).

Existem, ainda, experiências outras do sistema metroviário que envolvem uma participação ainda mais intensa do capital privado. É o que ocorre no caso do sistema Metropolitano de Buenos Aires, denominado “Subte” e operado pela Metrovias, do Grupo Benito Roggio Transportes S.A. Ainda que, neste caso, o Estado promova o processo de ampliação do sistema, a operação das linhas foi toda concedida para a iniciativa privada.

Em **Tóquio**, no Japão, o sistema é operado por duas empresas principais, a *Tokyo Metro*, com capital partilhado entre o governo japonês e a prefeitura de Tóquio, e a *Tokyo Metropolitan Bureau of Transportation*, gerida pela prefeitura de Tóquio. A conexão do centro com o subúrbio é feita por meio de linhas de trem de companhias privadas. A principal delas é a *Japan Railway*. Já, nos **Estados Unidos**, em Nova York, a construção do metrô foi feita de forma mista, com fundos públicos e privados, e as empresas responsáveis pelas primeiras linhas eram privadas. Atualmente, o sistema central de metrô é público, com gestão feita pela *New York City Transit Authority*. Ligados a ele, existem sistemas que surgiram por meio de parcerias entre iniciativa pública e privada, como o *AirTrain JFK*, que conecta o aeroporto John F. Kennedy ao sistema de metrô e é operado pela canadense Bombardier. (SOBRAL, 2013, *on line*).

Em Nova Déli, na **Índia**, a parte central do metrô é operada pela estatal *Delhi Metro Rail Corporation*. A PPP foi implementada para a construção da *Airport Express Line*, linha que conecta o Aeroporto Internacional Indira Gandhi ao centro da cidade. Na cidade de Moscou, na **Rússia**, o sistema, também, tem gestão pública. Recentemente, abriu uma licitação para a compra de novos carros para suas linhas, no que poderá ser a primeira PPP da empresa estatal. Na **Alemanha**, O sistema principal do metrô de Berlim é o *U-Bahn*, controlado pela estatal *Berliner Verkehrsbetriebe*. Complementando a malha está o sistema de VLT, o *S-Bahn*, controlado pela Deutsche Bahn AG, que tem o governo como principal acionista. (SOBRAL, 2013, *on line*).

Em novembro de 2005, o Governo do Estado de São Paulo lançou edital de licitação para serviços de transporte de passageiros da Linha 4 do Metrô. Este foi o primeiro contrato de Parceria Público-Privada assinado no Brasil, em 29 de novembro de 1996. O sistema é operado pela Companhia do Metropolitano de São Paulo e a ampliação também está acontecendo por meio de parcerias. A linha 4, amarela, foi a primeira do sistema a ser concedida para um consórcio da iniciativa privada.

O consórcio ganhador da licitação é formado pelo Grupo Camargo Corrêa, Montgomery, Mitsui & Co. RATP Développement e Benito Roggio Transporte. O critério de julgamento da escolha foi o menor valor da contraprestação pecuniária. A Parceria Público-Privada funcionará da seguinte maneira: foi definida a contrapartida de investimento público em 73 % (Setenta e três por cento) dos recursos, enquanto a iniciativa privada investirá cerca de 27% (Vinte e sete por cento) do total. Ademais, o grupo ganhador assinou um contrato de 30 anos para operar e manter a linha, tendo a receita tarifária em retorno. O consórcio recebe

como receita o valor do bilhete do passageiro que usa exclusivamente essa linha e 50% do valor do bilhete de passageiro oriundos de outras linhas. O Estado ressarcirá integralmente o parceiro privado pelas gratuidades. O concessionário também tem, como receita, o direito de explorar o espaço das estações, empreendimentos associados, tais como lojas, shoppings, estacionamento, incluindo ganhos com publicidade, durante o prazo de concessão. (TOLEDO, 2013, p. 15-16; SILVA 2009, p. 25)

Foi estabelecida a obrigação da padronização da linha (padrões de excelência do metrô nos quesitos operacionais, de limpeza e de segurança) com os demais entroncamentos do metrô, bem como equivalência no valor da passagem. O investimento total do projeto foi de R\$ 4,6 bilhões de reais, sendo R\$ 1,0 bilhão oriundo do contrato de PPP e garantido pelo consórcio ganhador. O modelo apresentou comprovado êxito e será aplicado à construção de outras linhas de metro na cidade de São Paulo, como a linha laranja e ouro. (TOLEDO, 2013, p. 15-16)

Recentemente, em março de 2016, a Secretaria do Tesouro Nacional autorizou o Governo do Estado do Piauí a solicitar um empréstimo de R\$ 215 milhões para ampliação e modernização da estrutura do metrô da capital, que será implantado por meio de um projeto de parceria público-privada. A Companhia Metropolitana de Transporte Público (CMTP), empresa pública estadual, anunciou que "o metrô terá um novo padrão de eficiência e com certeza trará mais conforto para o usuário." (Dias... 2016).

Pelo que se pode vislumbrar, os investimentos em PPP's não estão estagnados, pelo contrário, novos projetos estão sendo implantados e só o futuro dirá se esta foi, de fato, uma boa solução para as cidades brasileiras.

4.4.2 PPP's aplicadas à prestação do serviço público de transporte urbano por veículos leves sobre trilhos – VLT's

Outras alternativas, em relação à prestação de serviços públicos, estão sendo aventadas. Assim, além do metrô, uma solução também em voga é a implantação dos chamados Veículos Leves sobre trilhos – VLT's. Não se trata exatamente de uma novidade, mas de algo velho (os antigos bondinhos) que parece novo. Vários projetos de implantação de VLT's estão em andamento no Brasil.

Destaque-se o projeto dos VLT's da Baixada Santista, que, segundo a Empresa

Metropolitana de Transportes Urbanos de São Paulo – EMTU, “o Governo do Estado de São Paulo, por meio da EMTU, está trazendo para a Baixada Santista o futuro dos transportes. É o VLT - Veículo Leve sobre Trilhos, um modelo de eficiência e acessibilidade, que vai beneficiar mais de 2,8 milhões de usuários”. As primeiras estações do VLT em São Vicente, SP, foram inauguradas em junho de 2014, o sistema ainda não está completamente finalizado, pois obras ainda estão em andamento, mas já começou a operar, sob responsabilidade do consórcio vencedor da licitação formado entre as empresas Viação Piracicabana e Comporte Participações S.A, denominado Consórcio BR Mobilidade Baixada Santista e sob o regime jurídico de Parceria Público-Privada.

O edital da concorrência internacional foi publicado no começo de outubro de 2014, tendo como objeto a prestação dos serviços públicos de transporte urbano coletivo intermunicipal, por ônibus, VLT e demais veículos de baixa e média capacidade, contemplando o fornecimento de sistemas e de veículos, inclusive VLTs; a operação e a manutenção na região metropolitana da baixada santista – RMBS, modalidade regular, compreendendo os municípios de Bertioga, Cubatão, Guarujá, Itanhaém, Mongaguá, Peruíbe, Praia Grande, São Vicente e Santos. O contrato, cujo prazo de vigência é de 20 anos.

No âmbito internacional, a cidade de Madri, por sua vez, tem várias linhas privadas operando sistemas de VLTs, conectados ao sistema principal de metrô, perfazendo a malha urbana de transportes da cidade espanhola. Estes sistemas serviram de modelo para diversos outros implantados no mundo, inclusive os brasileiros e contaram com a parceria da iniciativa privada e correspondem às linhas: VLT a Boadilla del Monte; VLT a Pozuelo de Alarcón; VLT a Sanchinarro y Las Tablas e VLT de Parla. As três primeiras foram construídas pela MINTRA, entidade de direito público encarregada de executar, administrar e manter as infraestruturas de transportes coletivos da cidade de Madri, e foram financiadas mediante um sistema de concessão da operação com financiamento do investimento. Destaque-se que:

O VLT de Parla tem duas particularidades: 1) 75% do investimento é coberto com a valorização bens imóveis, como efeito urbanístico de desenvolvimento de um bairro residencial importante, o de *Parla Este*. 2) Uma vez que esta é uma linha cuja demanda depende de futuros desenvolvimentos, nos primeiros 5 anos se paga o concessionário pelo critério de disponibilidade, quer dizer, por veículo X km (oferta). A partir de 5 anos o regime será o de pagar por passageiro transportado. Com a exceção do VLT de Parla, na Espanha nenhum dos projetos estudados utilizou esse método de financiamento (e no mundo há muito poucos exemplos além do metrô automático de Copenhague, a rede de transporte público de Hong Kong, o caso do metrô dos Docklands e algum caso recente no Japão). Esse é um tema que deve desenvolver-se no futuro, já que está amplamente comprovada a importância desses

ganhos no metrô de Londres, onde foi calculado que, dentro de um raio de 500 metros ao redor de cada uma das novas paradas da linha *Jubilee* houve uma valorização no valor do solo de US\$ 21 bilhões, enquanto a construção da linha custou US\$ 5,7 bilhões. (SILVA, 2009, p. 18)

Como se pode notar, cada situação deve ser avaliada no caso concreto para que se definam mediante a relação contratual administrativa de forma equitativa os investimentos necessários e as contraprestações estatais, de modo a manter uma relação de parceria que seja interessante tanto para a Administração Pública, como para o particular (concessionário) e, ainda, para o usuário do serviço, que paga o valor da tarifa pela utilização do transporte.

4.4.3 PPP's aplicadas à prestação do serviço público de transporte urbano por *bus rapid transit*⁷¹ – BRT's

O sistema de transporte rápido urbano por ônibus já vem sendo utilizado há algum tempo no mundo inteiro e com um peculiar sucesso nas cidades latino-americanas e, em especial, nas cidades brasileiras. Sua denominação advém da sigla em inglês da expressão *Bus Rapid Transit* – *BRT*, desse modo, tornou-se usual nomear este sistema de BRT no Brasil.

Um sistema BRT custa, de acordo com publicação oficial do Ministério das Cidades (BRASIL, 2008), “entre 4 a 20 vezes menos que um sistema de bondes ou de veículos leves sobre trilhos (VLT), ou entre 10 a 100 vezes menos do que um sistema de metrô”. No mesmo sentido, também, é o entendimento de Juan Antonio March, Diretor Geral de Transporte e Mobilidade, na palestra “Novos esquemas de mobilidade possibilitados pela tecnologia” em apresentação na data de 13 de março de 2014 em Madrid, no evento *La Ciudad del Futuro – La Ingeniería y las Ciencias de la Ciudad*, sistemas de energia e mobilidade urbana.

Para ser considerado um sistema BRT, o projeto deve agregar uma série de características referentes à infraestrutura física, operações, estrutura institucional e de negócios, tecnologia, além de marketing e serviço ao usuário, que o diferencie dos serviços convencionais de ônibus. Por isso, é um empreendimento que impõe uma maior gama de investimentos e riscos o que pode ser um indicativo da adequação da utilização do regime contratual das parcerias público-privadas para tais contratações. O sistema BRT permite a criação de um corredor rápido

⁷¹ Tradução livre do inglês: “Transporte Rápido por Ônibus”

de transporte urbano de passageiros que se ligue a outras linhas de ônibus tradicionais e, também, se for o caso, às linhas ferroviárias e metroviárias, o que confere mobilidade à malha de transportes urbanos.

Os investimentos necessários em infraestrutura de sistema de BRT podem incluir, dentre outros aspectos, melhorias e ajustamentos de equipamentos urbanos, incluindo a edificação de túneis e viadutos se necessário; construção de estações ou terminais intermediários de integração; implementação de sistemas de informação e controle do tráfego; sistema centralizado de controle operacional do sistema BRT e criação de um sistema de segurança para veículos e usuários e manutenção de toda a infraestrutura do sistema. “O BRT é uma concepção brasileira do arquiteto e urbanista Jaime Lerner, que o implantou em Curitiba e Goiânia. O sistema BRT foi concebido para transportar passageiros de maneira rápida e confortável”. (ALMEIDA; FREIRE; RIBEIRO, 2015, p. 02).

Muitas cidades brasileiras, dentre elas: Belo Horizonte – MG, Salvador – BA, Porto Alegre – RS, Recife – PE, Brasília – DF, Goiânia – GO, Maringá – PR, Vitória – ES, só para citar alguns exemplos, têm desenvolvido projetos de BRT’s o que pode se justificar, ante o montante de investimento que se faz necessário demandar, em contraposição a outros tipos de serviços de transporte. O BRT pode ser utilizado para a implantação de sistemas de transportes confiáveis, eficientes e de acordo com a realidade econômica e social brasileira. Percebe-se a preocupação de transformar os serviços existentes de transporte público por ônibus em sistemas integrados, que explorem melhor os avanços tecnológicos e técnicos e para promover melhorias significativas nas condições de transporte dos usuários do serviço público. (ASSOCIAÇÃO NACIONAL DAS EMPRESAS DE TRANSPORTES URBANOS (NTU), 2012, p. 134-135)

Tal transformação demanda, ainda, uma utilização dos recursos financeiros de forma responsável e transparente, em respeito ao Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público. De tal modo, os sistemas BRT podem promover uma solução para o fornecimento de serviços públicos por tarifas menos gravosas à população, viabilizando o acesso da maior parte da população urbana ao transporte público de qualidade. Isso se poderá atingir pela redução dos custos ao mesmo tempo em que se promove um sistema de transporte de melhor qualidade.

Nesse sentido, constata-se que os elementos básicos de sistemas BRT’s estão sendo implementadas por grandes cidades brasileira, como as já citadas, e podem ser modelo para cidades menores, que têm um potencial de investimento que inviabiliza a opção pelo metrô

ou pelo VLT. As novas necessidades da vida urbana e, portanto, de grande parte das cidades brasileiras, especialmente as mais desenvolvidas, faz perceber que é necessário estabelecer espaços viários dedicados, e, ainda, oferecer para os usuários a utilização de estações e terminais que permitam conforto e segurança, mediante a operação de veículos modernos e adequados às características da demanda de passageiros. Deve-se, também, implantar sistemas de informações e controle para melhoria da ciência e da operação dos serviços e do atendimento aos passageiros.

Os BRT's podem ser uma solução para os municípios, inclusive no sentido de direcionar o crescimento das cidades, não se limitando a cumprir o disposto nos Planos diretores, mas preocupando-se com um planejamento de longo prazo e, assim, promovendo o desenvolvimento e o crescimento urbano em determinadas áreas de interesse do Estado. Outro ponto que se deve focar é que o BRT pode ser um elemento num conjunto integrado de Sistema de Transporte urbano. Assim, não é só a construção de corredores e implementação de serviço por veículos de alta capacidade que se mostra suficiente para uma solução adequada das dificuldades da mobilidade das pessoas nos grandes centros urbanos, sendo salutar, também que haja uma proposta de integração com outros meios de transporte para que a mobilidade seja garantida com maior amplitude ainda para todas as pessoas.

O contexto local da implementação de tais projetos pode implicar em situações díspares, pois algumas cidades brasileiras têm o sistema desenvolvido e integrado a outras modalidades de transporte, estágio que não foi atingido por outras. Desse modo se revela um considerável potencial para o desenvolvimento do sistema e implementação de melhorias nas condições dos transportes de passageiros nas cidades.

O que se percebe, então, é que, no Brasil, ainda há um campo muito grande para o avanço nessa área e que as Parcerias Público-Privadas podem ser um bom instrumento de consecução destes projetos. Assim, as modalidades do tipo Veículo Leve sobre Trilhos (VLT) ou a do *Bus Rapid Transport* (BRT), podem ser implementadas por diversos municípios no Brasil afora, desde que realizem estudos de viabilidade para PPPs, desde que realizem um adequado planejamento e gestão dos recursos públicos.

Os contratos de parceria, nestes casos, poderiam adiantar os investimentos e beneficiar a população em espaço de tempo menor que as formas mais tradicionais de investimento público. Destarte, as PPP's podem contribuir, bastante, para a administração municipal nesta área de novas modalidades de transporte.

CONCLUSÃO

A presente dissertação, demonstra as contemporâneas conformações dos serviços públicos, levando em consideração todo o quadro de reforma e de mutação advindo com as Emendas à Constituição n.º 19/1998 e 90/2015 e aproxima a discussão relativa a provocações decorrentes dessa “nova” administração, voltando os olhos para a prestação do serviço público de transporte urbano de passageiros e das Parcerias Público-Privadas. Diante dessa realidade, bem como da discussão que foi exaustivamente exposta, passa-se a destacar as subseqüentes conclusões, fundamentadas ao longo do trabalho.

Inicia-se este encaminhamento conclusivo, retomando o entendimento de que a noção de serviço público no Brasil não é unívoca, podendo ensejar uma conceituação mais ampla ou mais restrita a depender da concepção acerca do papel do Estado que se possa conceber, sendo certo que o Brasil sofre, no que tange a essa matéria, influência da doutrina francesa e da Escola do Serviço Público, dessa forma, classicamente se concebeu o serviço público como consectário da Supremacia do Interesse Público sobre o Privado e, ainda, pautado no regime jurídico de direito público e, portanto, consagrador das prerrogativas de poder da Administração Pública. Porém, atualmente, se percebe uma evolução no conceito de serviço público, no Brasil, para admiti-lo com sujeito a um regime jurídico total ou parcialmente público.

Desse modo, no Brasil, os serviços públicos são tidos como uma prerrogativa do Estado, quando deveriam ser vistos como um direito dos administrados, especialmente, ao recebimento de um serviço público adequado e eficiente. Destaque-se, que o serviço de transporte, especialmente, é expressamente, concebido pela Constituição, no artigo 6º, em face da Emenda à Constituição n.º 90/2015 como direito social e fundamental dos cidadãos brasileiros, tendo, pois, tal direito aplicação direta, independente de lei e vinculando os poderes da República, bem como os órgãos da administração pública de todos os entes federados. Nesta perspectiva, percebe-se que os serviços públicos são instrumentos de consecução dos direitos fundamentais.

Assim, no contexto constitucional brasileiro, pode-se entender por serviço público a **atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral e à realização dos direitos fundamentais, fruível individualmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus**

deveres de prestação ou regulação, com ou sem reserva de titularidade, prestada diretamente, pelo próprio Estado ou por seus agentes; de forma indireta, por seus delegatários, concessionários e permissionários ou, ainda, por particulares, mediante autorização, sob um regime total ou parcialmente público.

Outra noção que se revela importante é a de serviço público adequado. Dessa forma, o serviço público se configura como adequado quando atende aos princípios norteadores da atividade da administração pública, especialmente, aos princípios da generalidade, da continuidade, da regularidade, da modicidade das tarifas, da cortesia e, ainda, o Princípio da Eficiência, sem prejuízo de outros que informem a atividade da Administração Pública.

O serviço público, apesar de ser uma atividade econômica em sentido amplo, não se confunde com atividade econômica em sentido estrito, pois o gênero atividade econômica comporta duas categorias distintas, o serviço público e a atividade econômica em sentido estrito. Ao Estado não incumbe, em regra, a prestação de atividade econômica em sentido estrito, que fica destinada nos moldes constitucionais à iniciativa privada, sendo, de outro modo, peculiar ao Estado a prestação e realização dos serviços públicos.

No Brasil, de acordo, com artigo 175 da Constituição Federal, o serviço público incumbe ao Poder Público, que pode prestá-lo, diretamente ou por meio de delegação (concessão ou permissão), precedida de licitação pública. Assim também ocorre com o serviço público de transporte urbano de passageiros que pode, tanto, ser prestado diretamente pelo Estado, como pode ter delegada a execução do serviço ao particular, ou seja, à iniciativa privada que irá prestar o serviço em favor da população, sem que o Estado perca a titularidade por conta da delegação. Isto é, o Estado delega somente a prestação, execução, do serviço, mas mantém a titularidade do mesmo.

Nesse contexto, a reforma administrativa decorrente da Emenda 19/1998 inseriu na Constituição Federal o Princípio da Eficiência, dando ensejo a um modelo de administração pautado em um modelo gerencial, como consequência diversos institutos jurídicos novos surgiram como forma de garantir a otimização da prestação das atividades da Administração Pública. Neste contexto, fora editada a Lei n.º 11.079/2004, que trata de normas gerais de licitações e contratação de serviços públicos por meio de concessão destes serviços, criando as concessões administrativa e patrocinada, como alternativas à contratação e prestação de serviços públicos.

Desse modo, as Parcerias Público-Privadas têm natureza de contrato administrativo de concessão e, no Brasil, decorrem da reforma administrativa do final da década de 1990, que buscou promover uma administração pública mais ágil e eficiente, desvinculada das velhas e desgastadas práticas burocráticas. As PPP's, assim, buscam a implementação de uma gestão eficiente de recursos aplicados aos serviços públicos, protegendo, inclusive, uma das basilares “pedras de toque” do direito administrativo que é o Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público.

O serviço de transporte é um direito social e fundamental dos usuários, devendo, portanto, ser realizado de maneira adequada e eficiente pelo Estado. O serviço de transporte urbano de passageiros de âmbito local se circunscreve na competência dos Municípios. O serviço público de transporte urbano de passageiros é, também, um serviço público essencial e sua prestação pode ser realizada por meio de contrato administrativo de Parceria Público-Privada, na modalidade concessão patrocinada.

A Parceria Público-Privada é uma contratação complexa que envolve análise de diversos fatores, intrínsecos e extrínsecos à Administração, tais como contraprestações, volume de investimentos, tarifas praticadas, riscos assumidos, distribuição de riscos, nível de lucratividade, porém, mesmo com toda a complexidade que é inerente a esta modalidade de contratação, ela se mostra como uma opção, dentre outras, de contratação administrativa pelo Estado, deste modo, não se apresenta como uma panaceia que vai resolver todos os problemas dos serviços públicos no Brasil, mas pode, se for utilizada de forma adequada, correta, com planejamento e com responsabilidade pelos gestores, promover a prestação de serviços públicos mais adequados e eficientes para a população.

No mundo, várias são as experiências e projetos que utilizam os modelos das Parcerias Público-Privadas, sendo pioneira a experiência do Reino Unido, pautada nas noções de *value for money*, transferência de riscos e avaliação por resultados, ou seja, no bom emprego dos recursos públicos, na transferência de riscos da prestação do serviço para a iniciativa privada e na avaliação do desempenho do cumprimento de metas e resultados característicos de um controle finalístico da atividade. Experiências similares também foram desenvolvidas em outros países, a exemplo de Portugal, França, Holanda, Chile, Austrália. Porém, cada caso é um caso, cada projeto é um projeto e tem peculiaridades e riscos distintos, além disso, por se tratarem de contratos de longo prazo, em regra, trinta anos, às vezes um pouco menos ou um pouco mais, ainda é cedo para aquilatar o sucesso ou não das experiências de PPP's.

Contudo, pode-se, desde logo, perceber, que se trata de um alto investimento público, no mínimo R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais), com possibilidade de comprometimento das finanças públicas por diversos anos, o que inspira um uso adequado, mediante estudos técnicos precisos, com planejamento responsável das atividades do Estado e com garantias adequadas e compatíveis com nível de risco do projeto a ser realizado.

No Brasil, a utilização das parcerias tem crescido nos últimos anos, os eventos esportivos de grande porte programados para o país como a Copa do Mundo de Futebol de 2014 e as Olimpíadas de 2016, impulsionaram a contratação por meios de Parcerias Público-Privadas no sentido de agilizar as obras de infraestrutura necessárias para a concretização desses eventos. No que tange ao setor do transporte público-urbano de passageiros pode se apresentar a PPP como uma solução viável para a baixa capacidade de investimento dos municípios.

Desse modo, vários projetos que envolvem PPP's estão em andamento do Brasil e englobam, principalmente, três modalidades de transporte público urbano de passageiros, o Metrô (*subway*), que tem o custo mais elevado e, portanto, envolve maiores riscos e maiores investimentos; o VLT, Sistema de veículos leves sobre trilhos rápidos, que tem um custo menor do que o metrô, mais que importa, ainda, um investimento significativo, o que pode corroborar para a formalização de parcerias entre o Poder Público e a iniciativa privada, e, por último, o BRT – *Bus Rapid Transport*, sistema de ônibus, rápidos, com corredores exclusivos, que dinamiza o sistema de transporte urbano e confere uma maior mobilidade às pessoas no ambiente das cidades.

Nas grandes metrópoles, o sistema ideal de transporte deve conjugar todos esses tipos de serviço e por meio de terminais de integração, interligá-los para oferecer à população a máxima mobilidade e o máximo exercício da sua liberdade e da sua capacidade de desenvolvimento. Entretanto, onde isso não é possível, pode-se cogitar da aplicação de um ou de outro sistema, a depender da capacidade de investimento e das necessidades locais. Assim, nota-se que, para as grandes cidades, onde o regime da simples concessão comum de serviços de transporte não resolve, por completo, a questão da mobilidade urbana, do desenvolvimento, do trânsito e do transporte, em si, a PPP se mostra como a solução mais eficiente para a utilização dos recursos públicos.

Destarte, finaliza-se reafirmando que as Parcerias Público-Privadas se evidenciam como um instituto marcante da gestão administrativa gerencial, pautada na Eficiência do serviço público e que pode ser uma solução viável para ampliar as oportunidades,

especialmente, das pessoas menos providas de recursos, nos grandes centros urbanos, como uma forma de maximização da mobilidade e de integração efetiva do povo ao seu lugar, garantindo o direito fundamental ao transporte público adequado e eficiente e promovendo a dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

ABBAGNANO, Nicola. **Dicionário de filosofia**. Tradução Alfredo Bosi. 2. ed. São Paulo : Martins Fontes, 1999.

ALESSI, Renato. **Sistema istituzionale del diritto, amministrativo italiano**. Milano: A, Giuffrè, 1953.

ALEXY, Robert. Zum Begriff des Rechtsprinzips, *In: Argumentation und Hermeneutik in der Jurisprudenz*. Berlin : Dunckler und Humblot, 1979.

ALMEIDA, Filipe Rodrigues de; FREIRE, Ivo Leonardo Sales; RIBEIRO, Antônio Júnior Alves. **Projeto básico de um anel expresso tipo BRT para o município de Fortaleza – Ceará. In: XXIX CONGRESSO NACIONAL DE PESQUISA EM TRANSPORTE DA ANPET OURO PRETO, 9 A 13 DE NOVEMBRO DE 2015, 29., 2015, Ouro Preto. Ouro Preto, Mg: Anpet, 2015. 04 p. Disponível em:**
<<http://www.anpet.org.br/xxixanpet/anais/documents/CT581.pdf>>. Acesso em: 21 fev. 2016.

ALVARENGA, José Eduardo. Parcerias Público-Privadas: breves comentários. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 2, maio-jun-jul, 2005. Disponível na Internet:
<<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 10 fev. 2016.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. 3. Ed. Rio de Janeiro : Forense, 2013.

ARAÚJO, Joaquim Filipe Ferraz Esteves; SILVESTRE, Hugo Consciência. As parcerias público-privadas para o desenvolvimento de infraestrutura rodoviária: experiência recente em Portugal. **Rev. Adm. Pública**, Rio de Janeiro , v. 48, n. 3, p. 571-593, Jun. 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122014000300003&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 12 jul. 2015. <http://dx.doi.org/10.1590/0034-76121606>.

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DAS EMPRESAS DE TRANSPORTES URBANOS (NTU). **Estudos de BRT no Brasil**. 2. ed. Brasília, 2012. 146 p. Disponível em:
<<http://www.ntu.org.br/novo/upload/Publicacao/Pub635109526781748662.pdf>>. Acesso em: 28 fev. 2016.

ÁVILA, Humberto. Moralidade, Razoabilidade e Eficiência na Atividade Administrativa. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 4, outubro/novembro/dezembro, 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 20 de fev. de 2016.

_____. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2007.

BARRETO, Aires. **ISS na constituição e na lei**. São Paulo: Dialética, 2003.

BARROSO, Luis Roberto. Prefácio. In: SARMENTO, Daniel. (org) **Interesses públicos vs. Interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro : Lúmen Juris, 2005.

BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria geral do direito tributário**. 3. ed. São Paulo : Lejus, 2002.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3. ed. Rio de Janeiro : Renovar, 2014.

BOBBIO, Norberto. **Estado; governo; sociedade: Para uma teoria geral da política**. 8. ed. São Paulo: Paz e Terra. 2000.

BODIN, Jean; MAIRET, Gérard. *Les Six livres de la République: un abrégé du texte de l'édition de Paris de 1583*. Librairie générale française, 1993.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência política**. 10. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

_____. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

_____. As nascentes do constitucionalismo luso-brasileiro, uma análise comparativa. In: **Congresso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados**. 2004a. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1510/9.pdf>>. Acesso em: 02 jan. 2016.

_____. Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004b.

_____. **Teoria geral do estado**. 10. ed. revista e aumentada. São Paulo : Malheiros Editores, 2015.

BOORSMA, Peter B.; VAN HEMEL, Annemoon; VAN DER WIELEN, Niki (Ed.). *Privatization and culture: experiences in the arts, heritage and cultural industries in Europe*. Springer Science & Business Media, 1998.

BORGES, Alice Gonzalez. Supremacia do interesse público: desconstrução ou reconstrução? **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 26, maio/junho/julho, 2011. Disponível em:<<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-26-MAIO-2011-ALICE-BORGES.pdf>>. Acesso em: 12 mar. 2016.

BRASIL. Congresso. Senado. Constituição (1988). Constituição Federal nº 1988, de 05 de janeiro de 1988. **Constituição Federal de 1988**. Brasília, DF, 05 jan. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 12 jun. 2015.

_____. Lei Ordinária nº 4.320, de 17 de março de 1964. Estatui Normas Gerais de Direito Financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 23 mar. 1964. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4320.htm> Acesso em: 02 fev. 2016.

_____. Lei Ordinária nº 8.031, de 12 de janeiro de 1990. Cria o Programa Nacional de Desestatização, e dá outras providências. **Lei Nº 8.031, de 12 de abril de 1990**. Brasília, DF:

Diário Oficial da União, 18 jan. 1990a. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8031.htm>. Acesso em: 02 dez. 2015.

_____. Congresso. Lei Ordinária nº 8.078, de 09 de novembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências.. **Código de Defesa do Consumidor**. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 12 set. 1990b. Disponível em:
<https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8078.htm>. Acesso em: 25 out. 2015.

_____. Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado. Câmara da Reforma. Plano diretor da reforma do aparelho do estado. **Brasília: MARE**, 1995a.

_____. Congresso. Senado. Lei Ordinária nº 8.987, de 13 de janeiro 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. **Lei Nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995**. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 14 jan. 1995b. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987cons.htm>. Acesso em: 30 jun. 2015.

_____. Congresso. Senado. Lei Ordinária nº 9.491, de 09 de janeiro de 1997. Altera procedimentos relativos ao Programa Nacional de Desestatização, revoga a Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, e dá outras providências. **Lei Nº 9.491, de 9 de setembro de 1997**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9491.htm>. Acesso em: 01 dez. 2015.

_____. Congresso. Senado. Emenda Constitucional nº 19, de 04 de janeiro de 1998. **Emenda Constitucional Nº 19, de 1998**. Brasília, DF: D.o.u., 05 jan. 1998. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/arquivo/biblioteca/pec/1998/19/ec19.html>>. Acesso em: 25 maio 2015.

_____. Lei Ordinária nº 11.079, de 30 de janeiro de 2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. **Lei no 11.079, de 30 de dezembro de 2004**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l11079.htm>. Acesso em: 03 jul. 2015.

_____. Secretaria Nacional de Transporte e da Mobilidade Urbana. Ministério das Cidades. **BRT – Bus Rapid Transit**: guia de planejamento. Brasília: Ministério das Cidades, 2008. Disponível em: <<http://www.cidades.gov.br/secretarias-nacionais/transporte-e-mobilidade/biblioteca/manual-de-brt-2013-bus-rapid-transit-2013-guia-de-planejamento/>> Acesso em: 10 fev. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF nº 46. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, DF, 05 de janeiro de 2009. **Dje**: Diário da Justiça Eletrônico. Brasília: Dj-e, 26 fev. 2010. Disponível em:
<<http://stf.jus.br/portal/constituicao/artigoBd.asp?item=1693>>. Acesso em: 25 jan. 2016.

_____. Roberto Cavararo (org.). Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE. **Pesquisa de Orçamentos Familiares 2008-2009**: despesas, rendimentos e condições de vida. Rio de Janeiro: IBGE, 2010. Disponível em: <<http://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv45130.pdf>>. Acesso em: 21 fev. 2016.

_____. Lei Ordinária nº 13.137, de 19 de janeiro de 2015. Altera a Leis n.11.079 e outras leis. **Lei Nº 13.137, de 19 de junho de 2015**. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 19 jan. 2015a. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13137.htm>. Acesso em: 12 jul. 2015.

_____. Congresso. Senado. Projeto de Lei Orçamentária nº 2016, de novembro de 2015. **Projeto de Lei Orçamentária - Exercício 2016**. Brasília, DF: Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, nov. 2015b. Disponível em: <<http://www.congressonacional.leg.br/portal/docs/PLOA-2016-volumesconsolidados.pdf>>. Acesso em: 24 fev. 2016.

BUGARIN, Paulo Soares. Reflexões sobre o princípio constitucional da economicidade e o papel do TCU. **Revista do Tribunal de Contas da União**, Brasília, n. 78, p.41-45, out. 1998. Trimestral. Disponível em: <revista.tcu.gov.br/ojs/index.php/RTCUIssue/download/56/58>. Acesso em: 06 fev. 2016.

BURDEAU, Georges. **O estado**. Tradução: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

CAETANO, Marcello. Tendências do direito administrativo europeu. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, v. 62, n. 2, p. 7-36, 1966.

CANARIS, Claus-Wilhelm. *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*. Berlin : Duncker und Humblot, 1983.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. vol. 1. Coimbra: Almedina, 2003.

_____; MOREIRA, Vital. **Constituição da república portuguesa anotada**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1993.

CHANLAT, Jean-françois. **O gerencialismo e a ética do bem comum**: a questão da motivação para o trabalho nos serviços públicos. In: *Congresso Internacional Del Clad Sobre La Reforma Del Estado Y De La Administración Pública*, 7, 2002, Lisboa. **Anais**. Lisboa: Clad, 2002. p. 1 - 9. Disponível em: <http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/clad/clad0043316.pdf&hl=pt-BR&sa=T&oi=gsb-ggp&ct=res&cd=0&ei=AMxIVcG_B6rF0gHs_oGACg&scisig=AAGBfm3nAlSx00YuRf2YtZsO7ySWwXhgTA>. Acesso em: 27 maio 2015.

CHATELET, Francois; DUHAMEL, Olivier; PISIER-KOUCHNER, Evelyne. **História das ideias políticas**. Rio de Janeiro : Jorge Zahar Editor, 1990.

CORREIA, Raquel Almeida. **Auditoria crítica “inadequada gestão” e falta de fiscalização das PPP ferroviárias**. 2015. Disponível em: <<http://www.publico.pt/economia/noticia/tribunal-de-contas-critica-inadequada-gestao-e-falta-de-fiscalizacao-das-ppp-ferroviarias-1701116>>. Acesso em: 10 jul. 2015.

COUTINHO, Diogo Rosenthal. Parcerias público-privadas: relatos de algumas experiências internacionais. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). **Parcerias Público-Privadas**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 47-81.

CRETELLA JÚNIOR, José. Conceito moderno do serviço público. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, v. 61, n. 2, p. 190-236, 1965.

DAL POZZO, Augusto Neves. **Aspectos fundamentais do serviço público no direito brasileiro**. São Paulo : Malheiros Editores, 2012.

DALLARI, Dalmo de Abreu. Constituição e evolução do estado brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, v. 72, n. 1, p. 325-334, 1977.

_____. Parcerias em transporte público. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). **Parcerias Público-Privadas**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 380-389.

DE CICCIO, Cláudio. **Teoria geral do estado e ciência política**. 6. ed. rev e atual. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2015.

DE SAMPAIO DÓRIA, Antonio. Fins do Estado. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**, v. 32, n. 2, p. 243-258, 1936.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. 500 Anos de Direito Administrativo Brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 5, janeiro/fevereiro/março, 2006. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 31 mar. 2016.

_____. **Parcerias na administração pública**: concessão, permissão, franquias, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 7. ed. São Paulo : Editora Atlas, 2009.

_____. **Direito administrativo**. 23. ed. São Paulo : Atlas, 2010a.

_____. **Introdução: existe um novo direito administrativo?** *In*: **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes o direito administrativo**. Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Carlos Vinícius Alves Ribeiro (coord.). São Paulo : Atlas, 2010b.

_____. **O princípio da supremacia do interesse público: sobrevivência diante dos ideais do neoliberalismo**. *In*: **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes o direito administrativo**. Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Carlos Vinícius Alves Ribeiro (coord.). São Paulo: Atlas, 2010c.

_____. **Introdução: Do Direito Privado na Administração Pública**. *In*: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (Org.). **Direito Privado Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2013.

DIAS anuncia PPP para o novo metrô de Teresina. 2016. Christian Marra (Editor).

Disponível em:

<<http://www.revistaferroviaria.com.br/index.asp?InCdEditoria=1&InCdMateria=24453>>.

Acesso em: 26 mar. 2016.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil anotado**. 12. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

DUGUIT, Léon. **Traité de Droit Constitutionnel**. t. II, 3. ed. Paris : De Boccard, 1923.

_____. **Fundamentos do direito**. Florianópolis: Letras Contemporâneas Oficina Editorial, 2004.

DWORKIN, Ronald M. *The model of rules*. **The University of Chicago Law Review**, v. 35, n. 1, p. 14-46, 1967.

_____. **Uma questão de princípio**. trad. Luís Carlos Borges. São Paulo : Martins Fontes, 2000.

ESSER, Josef. *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts*. 4. impressão. Tübingen, 1990.

ESTORNINHO, Maria João. **A fuga para o direito privado**: contributo para o estudo da atividade de direito privado da Administração pública. Coimbra : Almedina, 2006.

EUROFORUM. *Draft paper State of the Art of Research and Development in the Field of Urban Mobility*. The European Research Forum for Urban Mobility (EUROFORUM). Disponível em: <www.eurforum.net/html/fileadmin/SoA_FinalDraft_160207_FINAL.PD>, 2007. Acesso em: 19 fev. 2016.

EXCHEQUER & PUBLIC ADMINISTRATION (Direcção Geral do Tesouro e das Finanças). (2010). **Parcerias público-privadas**: relatório de 2010 (*Public-private partnerships, 2010 Report*). Lisboa : Direcção Geral do Tesouro e das Finanças.

FAGUNDES, M. Seabra. **O controle dos atos administrativos**. 5. ed. Rio de Janeiro : Forense, 1979.

FALLA, Fernando Garrido. *Las transformaciones del regimen administrativo*. Madri: Instituto de Estudios Políticos, 1962.

_____. *El concepto de servicio público en Derecho Español*. **Revista de administración pública**, n. 135, p. 7-36, 1994.

FAORO, Raymundo. **Os donos do poder**: formação do patronato político brasileiro. 3.ed. São Paulo : Globo, 2001.

FÉRES, Marcelo Andrade. As sociedades de propósito específico (SPEs) no âmbito das parcerias público-privadas (PPPs): algumas observações de direito comercial sobre o art. 9º da lei n. 11.079, de 30 de dezembro de 2004. **Revista Jurídica da Presidência**, v. 7, n. 75, p. 01-05, 2005.

FERREIRA, Aurélio Buarque De Holanda. **Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa**. Curitiba: Positivo, 2004.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de direito administrativo**. 7. ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Malheiros, 2004.

FINGER, Ana Cláudia. Serviço Público: um instrumento de concretização de direitos fundamentais. **Revista de Direito Administrativo**, v. 232, p. 59-82, 2003.

FREITAS, Juarez. **Discrecionariade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. São Paulo : Malheiros, 2007.

FUSTEL DE COULANGES, Numa Denis. **A cidade antiga**. São Paulo : Editora das Américas S.A - Edameris, 1961.

GABARDO, Emerson. **Princípio Constitucional da Eficiência Administrativa**. São Paulo: Dialética, 2002

_____. **Eficiência e legitimidade do estado**: uma análise das estruturas simbólicas do direito político. Barueri: Manole, 2003.

GOMIDE, Alexandre de Ávila. **Transporte urbano e inclusão social**: elementos para políticas públicas. 2003. Disponível em: <
http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/2893/1/TD_960.pdf> Acesso em: 23 fev. 2016.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 6. ed. São Paulo : Malheiros, 2001.

_____. **A ordem econômica na constituição de 1988** (interpretação e crítica). 14. ed., rev. e atual. São Paulo : Malheiros, 2010.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O serviço público e a constituição brasileira de 1988**. 1. ed. São Paulo : Malheiros Editores, 2003.

_____. A experiência brasileira nas concessões de serviço público. **Interesse público**, 2007.

_____. Parcerias na Administração Pública. **Revista Brasileira de Direito Administrativo e Regulatório**, v. 5, p. 63150, 2012.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria da ciência jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2001.

HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do outro**: estudos sobre teoria política. Trad. George Sperber e Paulo Astor Soethe. Loyola: São Paulo, 2002.

HAURIOU, Maurice. **Précis de droit administratif et de droit public general**. 4. ed. Paris : L. Larose, 1900.

HAYEK, F. A. **O caminho da servidão**. 6. ed. São Paulo : Instituto Ludwig Von Mises Brasil, 2010.

HELLER, Hermann. **Teoría del estado**. México : Fondo de Cultura Económica, 1974.

HOUSE OF COMMONS (2011). Private finance initiative. Volume I: Report, together with formal minutes, oral and written evidence. july, 2011. Disponível em:
<<http://www.publications.parliament.uk/pa/cm201012/cmselect/cmtreasy/1146/1146.pdf>>
Acesso em: 15 de fevereiro de 2016.

JÈZE, Gaston. **Los principes généraux du droit administratif**. Paris-Nancy : Berger Levrault et cie Editeur, 1904.

_____. **Los principios generales del derecho administrativo**. Tradução de Carlos García Oviedo. 2. ed. Madrid : Editorial Reus, S. A., 1928.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. São Paulo : Saraiva, 2005.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. 3.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LARENZ, Karl. *Richtiges Recht: Grundzüge e. Rechtsethik*. Berlin, Editora Beck, 1979.

LASSALLE, Ferdinand. **Que é uma constituição?** Tradução: Walter Stöner. 1.ed. São Paulo : Edições e Publicações Brasil, 1933. ebook. Disponível em:

<<http://bdjur.tjce.jus.br/jspui/bitstream/123456789/418/1/LASSALLE,%20F.%20O%20que%20%C3%A9%20uma%20Constituic%C3%A3o.pdf>>. Acesso em: 20.01.2016.

LOPES, Maurício Ribeiro. **Comentários à reforma administrativa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MACHADO, Fernando Moreno. Desestatização e privatização no Brasil. **Revista Digital de Direito Administrativo: Faculdade de Direito de Ribeirão Preto Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 2, n. 1, p.99-119, jan. 2015. Anual. Disponível em:

<http://www.revistas.usp.br/rdda/article/download/85646/pdf_7>. Acesso em: 02 dez. 2015.

MACHADO, Hugo de Brito. **O conceito de serviço e algumas modalidades listadas no anexo da LC 116/2003**. jun 2004. Disponível em:

<https://www.faneesp.edu.br/site/documentos/conceito_servicos_modalidades_listadas.pdf> Acesso em: 15 out. 2015.

MARMELSTEIN, George. **As funções dos princípios constitucionais**. Disponível em:

<[http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/14051-14052-1-PB](http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/14051-14052-1-PB.pdf)>.pdf. Publicado em 02 de janeiro de 2002. Acesso em: 16 mai. 2015.

MARQUES, Rui C.; SILVA, Duarte. As parcerias público-privadas em Portugal. Lições e recomendações. **Revista de Estudos Politécnicos**, v. 6, n. 10, p. 33-50, 2008. Disponível em:

<<http://www.scielo.mec.pt/pdf/tek/n10/n10a03.pdf>>. Acesso em 04 jul. 2015.

MARX, Karl e ENGELS, Friedrich. **Manifesto do partido comunista**. 4 ed. São Paulo: Global Editora, 1984.

MASAGÃO, Mário. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1968.

MEDAUAR, Odete. Serviço Público. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 1, n. 189, p.100-113, jul. 1992. Trimestral.

_____. **Direito administrativo em evolução**. 2. ed. São Paulo : RT, 2003.

_____. **Direito administrativo moderno**. 16. ed. rev., atual e amp. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 28. ed. Atualizada por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emanuel Burle Filho. São Paulo : Malheiros Editores, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Regime constitucional dos servidores da administração direta e indireta**. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1991.

_____. **Curso de direito administrativo**. 21. ed. rev. atual. São Paulo : Malheiros, 2006.

_____. O estado e a ordem econômica. **Revista dos Tribunais On Line: Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional**, [s.l.], v. 6, n. 1, p.271-285, maio 2011.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais de direito administrativo**. 3. ed. vol. I. São Paulo : Malheiros, 2007.

MENDONÇA, Maria Lírda Calou de Araújo e. **As organizações sociais: entre o público e o privado: uma análise de direito administrativo**. Fortaleza : Universidade de Fortaleza, 2009.

MERQUIOR, José Guilherme. **O Liberalismo: antigo e moderno**. 3. ed. São Paulo: E Realizações, 2014.

MIRAGEM, Bruno. **A nova administração pública e o direito administrativo**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2011

MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio da eficiência. **Revista do Serviço Público**, Brasília, n. 1, p.105-119, abr. 2000. Trimestral.

MONTEIRO, Vera. Legislação de parceria público-privada no Brasil: competência legislativa em matéria de concessão. *In*: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). **Parcerias Público-Privadas**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 82-109.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A Lei de Responsabilidade Fiscal e seus Princípios Jurídicos. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, n. 221, p.71-93, jul. 2000. Trimestral.

_____. Mutações nos Serviços Públicos. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº. 1, fevereiro, 2005. Disponível na Internet: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 09 fev. 2016.

MOREIRA, Vital. Economia e constituição: para um conceito de constituição econômica. **Boletim de Ciências Econômicas**. Volume XVII. Faculdade de Direito de Coimbra, Coimbra : Faculdade de Direito, 1974.

_____. A Tentação da *Private Finance Initiative (PFI)*. *In* MARQUES, Maria Manuel Leitão. MOREIRA, Vital. **A Mão Visível: mercado e regulação**. Coimbra : Almedina, 2003.

NASCIMENTO, Walter Vieira do. **Lições de história do direito**. 10. ed. rev. e aum. Rio de Janeiro : Ed. Forense, 1998.

NEVES, Lúcia Maria Bastos Pereira das. Cidadania e participação política na época da Independência do Brasil. **Cad. Cedes**, v. 22, n. 58, p. 47-64, 2002.

NOHARA, Irene Patrícia. **Reforma Administrativa e Burocracia: Impacto da eficiência na configuração do direito administrativo brasileiro**. São Paulo : Atlas, 2012.

OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva. O conceito de soberania perante a globalização. **Revista CEJ**, v. 10, n. 32, p. 80-88, 2006.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. **Curso de direito financeiro**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2008.

PECI, Alketa; SOBRAL, Filipe. Parcerias Público-privadas: análise comparativa das experiências britânica e brasileira. **Cadernos Ebape**, [s.l.], v. 2, n. 5, p.1-14, jun. 2007. Semestral. Disponível em: <www.ebape.fgv.br/cadernosebape>. Acesso em: 16 fev. 2016.

PEIXINHO, Manoel Messias. As Parcerias Público-Privadas no Direito Estrangeiro e no Brasil: instrumento de concretização de políticas públicas e de direitos fundamentais. In: PEIXINHO, Manoel Messias (Coord.); CANEN, Dóris (Coord. Adjunto). **Marco Regulatório das Parcerias Público-Privadas no Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. Cap. 1. p. 01-51.

PEREIRA, Bruno Ramos; PROL, Flávio Marques. **Relatório sobre as PPP's estaduais**. 2011. PPP BRASIL - O observatório das parcerias público-privadas. Disponível em: <<http://www.pppbrasil.com.br/portal/content/relatório-sobre-ppps-estaduais>>. Acesso em: 01 jul. 2015.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Da administração pública burocrática à gerencial. **Revista do Serviço público**, v. 47, n. 1, p. 58-64, 1996.

PEREIRA, Marcelo. A escola do serviço público. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, no. 11, fevereiro, 2002. Disponível na Internet: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 24 de fevereiro de 2016.

PEREIRA, Marcelo Henrique. Como fiscalizar as PPPs. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 168, n. 42, p.255-261, out. 2005. Trimestral. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/19748-19749-1-PB.pdf>>. Acesso em: 14 fev. 2016.

PESSOA, Robertônio. **Direito administrativo**. 3. ed. Revista, atualizada e ampliada. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2013.

PIMENTA, Carlos César. A reforma gerencial do Estado brasileiro no contexto das grandes tendências mundiais. **Revista de Administração Pública: FGV**, Rio de Janeiro, v. 32, n. 5, p.173-199, set. 1998. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rap/article/view/7762/6355>>. Acesso em: 11 jul. 2015.

PIMENTA, João Paulo Garrido. Portugueses, americanos, brasileiros: identidades políticas na crise do Antigo Regime luso-americano. **Almanack braziliense**, n. 3, p. 69-80, 2006.

POLLITT, Michael G. (2000) *The declining role of the state in infrastructure investments in the UK*. JUDGE INSTITUTE OF MANAGEMENT STUDIES, UNIVERSITY OF CAMBRIDGE, Londres. Disponível em: <<http://www.econpapers.repec.org>>. Acesso em: 14 jul. 2015.

PORTUGAL. DGTF - Direção-geral do Tesouro e Finanças. Ministério das Finanças da Administração Pública (Org.). **Parcerias Público-Privadas e concessões: Relatório 2012**. 2012. Disponível em: <www.dgtf.pt/Resources/User/PPP/Documentos/Relatorios/2012/Relatorio_Anuar_PPP_2012.pdf>. Acesso em: 08 dez. 2015.

REBOLLO, Luis Martín. *Servicios públicos y servicios de interés general: la nueva concepción del servicio publico en el derecho administrativo español*. In: MOREIRA NETO,

Diogo de Figueredo (Org.). **Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo**: obra em homenagem a Eduardo Garcia de Enterría. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 85-114.

REINO UNIDO. *HM Treasury* (Org.). **Private Finance Initiative projects**: 2014 summary data. 2014a. ISBN 978-1-910337-40-0. Disponível em: <https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/387228/pfi_projects_2014_s>. Acesso em: 01 mar. 2016.

_____. *Department for Communities and Local Government*. **Private Finance Initiative (PFI) 2015 to 2016 indicative allocations (Relatório de alocação de recursos das PFIs)**, publicado em 18 de dezembro de 2014. 2014b. Disponível em: <<https://www.gov.uk/government/publications/private-finance-initiative-pfi-2015-to-2016-indicative-allocations>> Acesso em 15 de fevereiro de 2016.

_____. Uk Trade & Investment. Department Of Health (Ed.). **The UK: your partner for healthcare infrastructure services**. 2015. Disponível em: <<https://www.gov.uk/government/publications/the-uk-your-partner-for-healthcare-infrastructure/the-uk-your-partner-for-healthcare-infrastructure--2>>. Acesso em: 17 fev. 2016.

RIBEIRO, Mauricio Portugal; PRADO, Lucas Navarro. **Comentários à Lei de PPP - Parceria Público-Privada**: fundamentos econômico-Jurídicos. 1. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

RIGOLIN, Ivan Barbosa. **O servidor público nas reformas constitucionais**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2003.

RIVERO, Jean; WALINE, Jean. **Droit administratif**. 14. ed. Paris : Dalloz, 1992.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **Princípios Constitucionais da Administração Pública**. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

ROCHA, José de Albuquerque. **Teoria geral do processo**. 4. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

ROLNIK, Raquel; KLINK, Jeroen. Crescimento econômico e desenvolvimento urbano: por que nossas cidades continuam tão precárias?. **Novos estud. - CEBRAP**, São Paulo, n. 89, p. 89-109, Mar. 2011. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002011000100006&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 25 fev. 2016. <http://dx.doi.org/10.1590/S0101-33002011000100006>.

ROMANO, Santi. **Princípios de direito constitucional geral**. Tradução: Maria Helena Diniz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

SALDANHA, Nelson Nogueira. **Formação da teoria constitucional**. 2. ed. atual. amp. Rio de Janeiro, Renovar, 2000.

SARMENTO, Daniel. "Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria e da filosofia constitucional." **Interesses públicos versus interesses privados: desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005.

SCHIRATO, Vitor Rhein. **A noção de serviço público em regime de competição**. 2011. Tese (Doutorado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-03092012-110406/>>. Acesso em: 2016-03-05.

SCHLICKMANN, Flávio; KOCH, Rafaela Borgo. A evolução e crise do estado moderno na perspectiva de Lenio Luiz Streck e José Luis Bolzan de Moraes. **Revista Eletrônica Direito e Política**, Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI, Itajaí, v.8, n.2, 2o quadrimestre de 2013. Disponível em: www.univali.br/direitoepolitica - ISSN 1980-7791. Acesso em: 10.06.2015.

SCHMITT, Carl. **Teoria de la constitucion**. Madrid: Alianza Editorial S.A., 1996.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução: Laura Teixeira. São Paulo : Companhia das Letras, 2010.

_____. **A ideia da justiça**. São Paulo: Companhia das Letras, 2011. *e-book*

SILVA, Cláudio Moura. A parceria público-privada em sistemas metroferroviários. **Consultoria Legislativa**, Brasília, p.01-24, set. 2009. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/documentos-e-pesquisa/publicacoes/estnottec/areas-da-conle/tema14>>. Acesso em: 09 fev. 2016.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Priscila Pereira Vasques Gomes. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**, 3. ed., São Paulo, Malheiros, 1998.

SILVA, Paulo Sérgio da. **A "polaca": Constituição do Estado Novo traduzia idéias antiliberais de um único jurista**: Francisco Campos. 2008. Disponível em: <<http://www.revistadehistoria.com.br/secao/artigos/a-polaca>>. Acesso em: 01 fev. 2016.

SILVESTRE, Hugo Consciência; ARAÚJO, Joaquim Filipe Ferraz Esteves de. *Public-Private Partnerships/Private Finance Initiatives in Portugal*. **Public Performance & Management Review**, [s.l.], v. 36, n. 2, p.316-339, 1 dez. 2012. Informa UK Limited. DOI: 10.2753/pmr1530-9576360208.

SOBRAL, Lílían. PPPs ajudaram principais metrô do mundo a crescer. **Exame**. São Paulo, 25 jun. 2013. p. 1-1. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/economia/noticias/ppps-ajudaram-principais-metros-do-mundo-a-crescer>>. Acesso em: 23 fev. 2016.

SOLIÑO, Antonio Sánchez; VASSALLO, José M. *Using Public-Private Partnerships to Expand Subways: Madrid-Barajas International Airport Case Study*. **Journal Of Management In Engineering**. Madrid, p. 21-28. jan. 2009. Disponível em: <http://campusmedia.eurist.info/images/8/88/Sanchez-Solino_Vassallo_PPPs_in_Urban_Rail_Projects_2009.pdf>. Acesso em: 23 jan. 2016.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Desestatização**: privatização, concessões, terceirizações e regulação. 4. ed. Rio de Janeiro : Editora Lumen Juris, 2001.

STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência política e teoria geral do estado**. 3. ed. Porto Alegre : Livraria do Advogado Editora, 2003.

STRECK, Lênio Luiz. **Senso incomum**: O pan-principiologismo e o sorriso do lagarto. Disponível em : <<http://www.conjur.com.br/2012-mar-22/senso-incomum-pan-principiologismo-sorriso-lagarto>>. Publicado em 22 de março de 2012. Acesso em 25.05.2015.

SUNDFELD, Carlos Ari. Guia jurídico das parcerias público-privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Org.). **Parcerias Público-Privadas**. 2. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 17-46.

_____. **Fundamentos de direito público**. 5. ed. 5. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2014.

TATIANE FREIRE (Brasil). Conselho Nacional de Justiça. **CNJ decide que instrumento das PPPs não deve ser usado por órgãos do Poder Judiciário**. 2014. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/61427-cnj-decide-que-instrumento-das-ppps-nao-deve-ser-usado-por-orgaos-do-poder-judiciario>>. Acesso em: 13 mar. 2014.

TOCQUEVILLE, Alexis. *Discours prononcé à l'Assemblée Constituante le 12 septembre 1848 sur la question du droit au travail. Oeuvres complètes d'Alexis de Tocqueville*. 1866, v. IX.

TOLEDO, Luiz Francisco Vasco de. **PPP no estado de São Paulo**: estruturas e impacto no orçamento. 2013. 24 f. Artigo (Mestrado) - Curso de Gestão e Políticas Públicas, Escola de Administração de Empresas de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2013. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/11147/Artigo_MPGPP_Luiz_Toledo.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 26 mar. 2016.

TREVES, Renato. *La doctrina del estado de Hermann Heller*. **Revista de La Facultad de Derecho de México**, Cidade Universitária, v. 25-26, n. 1, p.341-364, jan. 1957. Semestral. Disponível em: <<http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/indice.htm?r=facdermx&n=25>>. Acesso em: 11 jul. 2015.

WOLLMANN, Sérgio. **O conceito de liberdade no Leviatã de Hobbes**. 2. ed. Porto Alegre : EDIPUCRS, 1993.