

1 INTRODUÇÃO

O estudo que se apresenta visa propiciar reflexões sobre a mobilidade do município do Salvador e, sobretudo, trazer como forma de solução para a caótica mobilidade a aplicação da parceria público-privada.

A escolha do tema foi impulsionada pela fase crítica que os cidadãos da Cidade do Salvador estão enfrentando e, acima de tudo, por ser a solução mais viável no momento atual, uma vez que a sociedade está sofrendo com o descaso das autoridades públicas devido à má prestação dos serviços públicos referente aos transportes.

A Lei 11.079 de 2004 trouxe como inovação o instituto da parceria público-privada, que veio com o escopo de complementar o que faltava na Lei 8.987/95, abarcando novos modelos de concessões: as concessões patrocinadas e as concessões administrativas. Tais modelos chegaram despertando dúvidas na doutrina brasileira se seriam frutíferos ou não e como se conduziria a administração na aplicação do novel instituto.

De qualquer modo, apesar de alguns aspectos confusos na disciplina jurídica, é uma das tentativas que ultimamente se tem apresentado para que o Poder Público obtenha do setor privado parcerias, recursos e formas de gestão no intuito de executar atividades estatais e prestar serviços públicos, tarefas nas quais o Estado, sozinho, tem fracassado.

Com base nesse instituto, será feita a análise da mobilidade do município do Salvador. Atualmente com o trânsito caótico e sem perspectivas de melhora, se buscou como solução o sistema de transporte metroviário, que não conseguiu ser efetivado, uma vez que o Estado não tinha recursos e um planejamento ideal.

Desta forma, o presente trabalho demonstrará ao longo das palavras se a parceria público-privada é uma boa saída para a estruturação do trânsito, bem como a circulação da cidade do Salvador.

O trabalho foi estruturado em quatro capítulos, além da introdução, tendo por início

um breve histórico da Reforma do Estado, no qual se procura demonstrar as variadas formas de atuação do Estado, abrangendo do Estado Liberal ao Estado social, analisando as diversas fases históricas, políticas e econômicas, trazendo ainda a correlação dos modelos estatais com as concessões de serviços públicos, até o surgimento da ideia das parcerias público-privada na década de 90.

Ainda no mesmo capítulo se tem um exame atual do Estado e a ordem econômica, tem em vista o estudo de uma ordem econômica constitucional, visando estabelecer os limites conferidos pela Constituição Federal de 88 a intervenção do Estado no domínio econômico, fazendo uma ligação com o instituto da concessão através da orientação dos seus artigos.

Na sequência, são apresentados estudos sobre a concessão dos serviços públicos e para a sua ideal compreensão é feita, primordialmente, a explanação do instituto serviço público, que é considerado o mais importante objeto da concessão de serviço público. Ainda no mesmo capítulo se deixa claro que a modalidade de concessão a ser estudada será aquela abarcada pela Lei 8.987/95 e é através da sua análise conceitual que são extraídos os mais importantes elementos da concessão e por fim, tem-se, a diferença entre concessão e permissão de serviços públicos.

No quarto capítulo, explica-se a parceria público-privada como espécie de concessão, busca-se concentrar nas espécies de PPPs, são elas, a concessão patrocinada e a concessão administrativa, que trouxeram novas possibilidades ao Estado para a ideal prestação dos serviços públicos. É apresentado, também, os primordiais e mais importantes requisitos par a configuração das PPPs e com isso se demonstra experiências exitosas com a aplicação do instituto, tanto internacionais quanto nacionais.

Finalmente, no quinto capítulo, discorre-se sobre a parceria público-privada e a mobilidade do município do Salvador com ênfase no caso do metrô. A primeira questão a ser apresentada é o ir e vir da mobilidade urbana da primeira capital do Brasil, realizando-se uma digressão sobre a evolução da mobilidade do município, se explicando os motivos que geraram o caos atual.

Posteriormente, entra em pauta a crise atual da mobilidade do município do Salvador, é analisado a busca do bem estar material da coletividade, o precário

serviço oferecido pelo Estado que contribuiu de forma significativa para o crescimento da frota de carros e acarretou em um trânsito desorganizado e impraticável.

Com as invenções tecnológicas, descobertas científicas e a popularização do conhecimento o mundo evoluiu de uma forma inimaginável, as maiores cidades do mundo conseguiram utilizar as descobertas ao seu favor para melhorar a vida em sociedade e o bem-estar dos seus indivíduos, porém muitas cidades não conseguiram alinhar o crescimento populacional, o avanço das ciências, o desenvolvimento da economia e a busca pelo bem-estar social, pelo conforto. O município de Salvador está inserido nesse conjunto de cidade que falharam, por ora, na organização da vida social.

Em seguida entra em cena o protagonista desse trabalho, o metrô. Tornou-se necessário discorrer sobre o histórico do metrô de Salvador, por não sair do papel há mais de 10 anos e, atualmente a parte que está sendo concluída não atenderá a coletividade, pois o trecho é pequeno.

Por fim, é apresentada a resolução de toda a problemática, a aplicação da parceria público-privada para a construção do metrô de Salvador. Com essa solução o sistema metroviário adquire características novas, como a implementação da linha dois, aumentando o trecho e ganhando com isso mais destaque.

É constatado no trabalho que essa é a solução de maior viabilidade hoje para descongestionar a mobilidade da grande Salvador, possibilitando maior qualidade de vida aos cidadãos que nela residem e aos que por ela são atraídos por sua riqueza cultural e belezas naturais.

2 BREVE HITÓRICO DA REFORMA DO ESTADO

Para a fiel compreensão do tema em questão torna-se importante uma análise das formas de atuação do Estado, que tem alternado, no tempo e no espaço, segundo as oscilações da história política e econômica. É apropriado, nesse cenário, entender como se adequa à figura da concessão em cada modelo estatal, ou simplesmente, como veio a influenciar a realidade presente.

É oportuno afirmar que “reformular o Estado pressupõe identificar com clareza as formas de atuação do Estado. Trata-se de tarefa técnica, mas com ampla repercussão política e prática” (MODESTO, 2011, p.468).

2.1 DO ESTADO LIBERAL AO ESTADO NEOLIBERAL

O Estado Liberal surgiu em contraposição ao Estado absolutista, se consolidando com as revoluções liberais, baseadas na ideia de liberdade, os indivíduos eram independentes, tinham autonomia e eram dotados de igualdade política e jurídica. Como oposição ao Estado absoluto foi conferido garantias de liberdade e direitos aos indivíduos, que de súditos passaram a ter o status de cidadão.

Não é outro o entendimento de Odete Medauar (1992, p.75), para quem como uma forma de acentuar características do Estado absoluto, o Estado do século XIX se configura, do ponto de vista interno, como soberano: dele partem e nele se depositam com exclusividade todas as faculdades e prerrogativas de domínio, exercidas não mais por vontade do monarca, mas em nome do povo ou da nação, existe, assim, unidade e centralização de poder, ao mesmo tempo em que o comando político se despersonaliza, o poder pessoal é substituído pelo poder estatal.

Ou seja, na monarquia absoluta o poder era concentrado na figura do rei, existia o monopólio pessoal de um único indivíduo, a monopolização da tributação e da

violência física. Era uma organização política na qual o soberano concentrava todos os poderes do Estado em suas mãos, o poder era tão absoluto que nesse contexto foi dita a famosa e conhecida frase do Rei Luis XIV da França: “o Estado sou eu”.

Nesse diapasão, salienta André Ramos Tavares (2003, p.50) que em oposição ao modelo preponderante de Estado dos séculos XV a XVIII, caracterizado pela centralização estatal da economia (com o Estado personificado na pessoa do rei), o Estado democrático liberal consolidou-se nos séculos XVIII e XIX, fundamentado, basicamente, na ideia de que todos, incluindo os governantes, deveriam sujeitar-se aos ditames genéricos albergados nas leis. Isto permitiu assegurar as liberdades individuais, especialmente as liberdades econômicas. Estas, uma vez positivadas, constituíram limites à atuação dos governantes.

É no modelo do Estado Liberal que a sociedade é enxergada de forma apartada do Estado, um não engloba o outro. O Estado não tem ingerência nas relações sociais, não está preocupado a intervir em nada, não cabendo a ele a seara particular, tem-se, assim, um Estado mínimo.

Nesse sentido, ressalta Norberto Bobbio (2012, p.33), que com a noção restritiva do Estado como órgão do poder coativo, que admite a formação e assegura a persistência da grande dicotomia, concorre o conjunto das ideias que acompanharam o nascimento do mundo burguês: a afirmação de direitos naturais que pertencem ao indivíduo e aos grupos sociais independentemente do Estado e que como tais limitam e restringem a esfera do poder político, a descoberta de relações interindividuais, como são as relações econômicas, para cuja regulamentação não se faz necessária a existência de um poder coativo posto que se autorregulam.

Para Eros Roberto Grau (2012, p.18), o regime do estado do século XIX não admitia a interferência do Estado na “ordem natural” da economia, ainda que lhe incumbisse à defesa da propriedade. Essa concepção porta em si a presunção de que ambos, Estado e sociedade, existissem separadamente um do outro, o que não é correto.

Sendo assim, durante o período do liberalismo as constituições não se preocupavam com a ordem econômica, o Estado deixava o mercado tomar todas as decisões e reagir diante de todos os comandos, imperava o ideal do *laissez-faire*, *laissez-passer* sustentado por Adam Smith, ou seja, a mão invisível do mercado, logo não há

nenhuma ingerência estatal.

Neste compasso, refere-se André Ramos Tavares (2003, p.51) que enaltece como principal manifestação econômica da doutrina liberal o postulado da livre iniciativa, consagrando o direito, atribuído a qualquer pessoa, de exercer atividade econômica livre de qualquer restrição, condicionamento ou imposição descabida de Estado.

Decerto, que a livre iniciativa se configura como manifestação essencial do liberalismo, que reporta na figura humana a individualidade, cabendo-lhe destinar a sua vida, suas escolhas. É com a integral liberdade conferida ao indivíduo que ele demonstra a sua capacidade para exercer a atividade econômica.

Nesse sentido, doutrina Paulo Bonavides (1980, p.31) afirmando que quanto menos palpável a presença do Estado nos atos da vida humana, mais larga e generosa a esfera de liberdade outorgada ao indivíduo. Caberia a este fazer ou deixar de fazer o que lhe aprouvesse.

E completa com toda maestria que “a cláusula Kantista do respeito mútuo da liberdade de cada um se converte em domínio onde as aptidões individuais se concretizam, a margem de todo esboço de coação estatal” (BONAVIDES, 1980, p.3).

Ademais, desde o Estado Liberal existe uma determinada preocupação constitucional com a ordem econômica, mas não intervencionista, e sim uma preocupação com a criação de normas que assegurassem os direitos da burguesia, que implantassem tudo aquilo que a classe burguesa precisava em termos de garantia do modelo estatal que lhes proporcionasse uma maior lucratividade na exploração das suas atividades. Foi nesse contexto que surgiram as primeiras faíscas da figura da concessão.

Conforme salienta Luiz Koshiha (2003, p.300), com a produção de café em grandes escalas, as terras para além do Oeste Velho precisavam de uma rede de transporte que tornasse possível a produção e agilizasse o escoamento do produto, carregar por centenas de quilômetros milhares de sacas de café em lombos de mulas prejudicaria sua qualidade no trajeto. Dessa forma, ali o café e a ferrovia chegaram ao mesmo tempo, pois um era condição para o outro. Isso explica a rápida expansão da malha ferroviária pela província, financiada pela iniciativa privada, sendo os cafeicultores os maiores acionistas.

O surgimento da concessão no Brasil ocorreu de maneira semelhante na França, assumindo especial importância no final do século XIX e início do século XX. A ampliação das cidades e o crescimento populacional dilataram o apelo a processos tecnológicos, bem como a recursos de capital para o atendimento as necessidades coletivas fundamentais.

De acordo com Caio Tácito (1992, p.11):

Era mister que os trilhos das estradas de ferro abrissem caminho para a ocupação pioneira de áreas internas, ligando centros de consumo. A iluminação pública, inicialmente a gás incandescente, transformou-se com a chegada da eletricidade. O ciclo de comunicações se inaugurava com a presença do telefone. Necessidades vitais das comunidades organizadas exigiam serviços de água, esgoto e equivalentes. Para o atendimento destas medidas essenciais, a administração pública não dispunha de condições próprias, desaparelhada que estava de meios específicos adequados. Daí o apelo da iniciativa privada, convocando, a serviço do interesse geral, tecnologia e capital e, de forma dominante, a contribuição estrangeira.

Brotam, no final do liberalismo, os primeiros contratos de obras públicas que evoluem como forma de amortização e remuneração do capital investido pela empresa privada, para firmar o modelo que iria se consolidar no sistema de concessões de serviços público, de formação contratual típica, inspirada no modelo Frances da época. (TÁCITO, 1992, p.12).

Seria de malgrado não citar o pioneiro na industrialização do Brasil, um símbolo dos capitalistas empreendedores do século XIX, o Barão de Mauá, que foi responsável por grandes obras, como a expansão da rede de estradas de ferro, de portos, de energia elétrica e de serviços de transporte coletivo.

Nesse sentido, salienta de forma ilustre Luiz Koshiya (2003, p.301), destacou-se como símbolo desse tempo, Irineu Evangelista de Souza, barão de Mauá, pela ousadia de sua atuação. Como empresário investiu nos mais variados setores da economia urbana: produção de navios a vapor, estradas de ferro e nesse setor foi um criador e coordenador de empresas concessionárias de serviços públicos, atuou também nas comunicações telegráficas e nos bancos.

O século XIX foi uma fase clássica marcada por concessões estáticas e rígidas, o concessionário tinha uma liberdade elastecida, os contratos eram de longos prazos, pois a intenção era o lucro da burguesia e promover o progresso econômico, com isso o ato de fiscalizar estatal era quase inexistente e muito menos ainda tinha-se a intervenção, afinal o Estado é Liberal.

Como bem assinala Dinorá Grotti (2011, p.182), a vantagem do regime de concessão para o Estado Liberal era a de que, por meio dela, um serviço público essencial era prestado pelo Estado sem ônus financeiro para a Administração e, em especial, sem correr os riscos econômicos de toda exploração industrial. A concessão tinha característica da longa duração, para propiciar retorno do investimento feito.

Portanto, no século XIX, era de clareza cristalina que uma das questões mais imprescindíveis da concessão era assegurar para o concessionário, empreendedor privado, o compromisso estatal de lucratividade.

Os anseios sociais foram mudando e cada vez mais necessário se tornou a presença do Estado na sociedade. Devido a isso o Estado Liberal clássico entrou em declínio, práticas intervencionistas passaram a ser adotadas, consideradas não só essenciais, mas igualmente legítimas.

Nessa senda, André Ramos Tavares (2003, p.104) acrescenta que a concepção de Estado Liberal gerou, em momentos críticos da humanidade, uma situação insuportável, de modo que, mesmo em países de imensa tradição Liberal e capitalista, passou-se a admitir a necessidade de intervenção do Poder Público no mercado e na economia, ainda que extremamente restrita ou em setores específicos e predeterminados.

Foram vários os fatores que Levaram as transformações do Estado, a sociedade clamava por uma atuação estatal que assegurasse condições mínimas àqueles incapazes de prover o seu próprio sustento. O Estado se transforma em prestador, passando a funcionar como instrumento de implemento de políticas públicas e assumindo responsabilidades.

Como bem ressalta Odete Medauar (1992, p.81), entendendo como os principais fatores para o declínio do liberalismo: atuação do Estado nas situações de crise econômica, como por exemplo, a crise de 1929, atuação do Estado nos períodos de Guerra (1ª e 2ª), e pós-guerra, para enfrentar as situações de desagregação econômica típicas de tais épocas, a transferência progressiva da população das zonas rurais para as zonas urbanas, com o surgimento das grandes metrópoles e problemas de convivência de massas urbanas, o alto grau de desenvolvimento científico e tecnológico, com reflexo nos padrões de saúde, higiene, instrução,

informação e conforto pessoal da coletividade.

Diante do exposto, o conjunto desses fatores, propiciou outro modo de ser e de atuar do Estado, sendo de grande relevância citar também a extensão do sufrágio, que de censitário e restrito, passou a universal, a figura dos sindicatos, que adquiriram força de pressão sobre o estado e a exigência de direitos que passaram a ingressar no elenco das garantias fundamentais.

Desta forma assevera Caio Tácito (1992, p.12):

Na década de 20 são criadas entidades públicas destinadas à prestação, ainda elementar, de serviços de previdência social e com o movimento revolucionário de 1930, a União acelera a proteção de direitos sociais e inaugura a atividade intervencionista no campo da economia produtiva. A empresa pública, com os lineamentos básicos que a distingue, ingressa na vida econômica nacional com o Instituto de Resseguros do Brasil, em 1939, a Companhia Siderúrgica Nacional, em 1941, A Companhia do Vale do Rio Doce, em 1942. A estas se seguiram em 1943, a Companhia Nacional de Álcalis, a Companhia Hidrelétrica de São Francisco, em 1945, e a Fábrica Nacional de Motores, em 1946.

A crise econômica se agravando com a retração do mercado consumidor, a suspensão do financiamento externo para a estocagem do café, a exigência imediata dos débitos anteriores, a explosão de diversas revoltas e levantes militares e os acirramentos dos conflitos políticos com a cisão das oligarquias, foram os principais elementos que provocaram a revolução de 1930 e o viés para nascimento do Estado Social.

Não é outro o entendimento de José Afonso da Silva (2011, p.81), assegurando que o desenvolvimento da economia já propiciava condições para o desmonte do coronelismo, ou, quando nada o seu enfraquecimento. Subindo Getúlio Vargas ao poder, como líder civil da Revolução, inclina-se para a questão social. Na Presidência da República, Getúlio intervém nos Estados, liquida com a política dos governadores, afasta a influência dos coronéis, prepara novo sistema eleitoral, instituindo a justiça eleitoral que cercou de garantias, admitindo o voto feminino, cria o Ministério do Trabalho e impulsiona a cultura no Ministério da Educação.

Convém elucidar também a eclosão de greves trabalhistas por todo o país, a classe operária cresceu gerando a formação dos sindicatos que passou reivindicar melhores condições de trabalho, os baixos salários e a repressão policial.

Pode-se constatar, nesse contexto, que a constituição de 1934 prevê, pioneiramente, o capítulo da Ordem Econômica e Social. A liberdade econômica é

garantida em limites que preservem os princípios da justiça e as necessidades da vida nacional de modo que possibilite a todos uma existência digna (artigo 115).

Seguindo a lição de André Ramos de Tavares (2003, p.60), pode-se dizer que foi mais precisamente a partir do final da I Guerra Mundial que o liberalismo puro passou a ser duramente criticado e combatido, sofrendo restrições efetivas. Originou-se, em consequência, o alargamento da intervenção do Estado em atividades anteriormente admitidas apenas à iniciativa privada. Houve, concomitantemente, em determinados locais, a assunção de responsabilidade social pelo Estado.

Essa ideia de Estado social perpassa por uma intervenção direta do estado, não só para prover, como para controlar, planejar a ordem econômica social. É o típico modelo do constitucionalismo dirigente, planejado e programado, é um constitucionalismo diretivo e transcorre de forma necessária pela intervenção social e econômica simultaneamente. Há nesse cenário uma preocupação maior com a ordem econômica.

Neste Sentido, corrobora André Ramos Tavares (2003, p.61), afirmando ser um Estado que tem nas políticas públicas essenciais, sua razão de ser. São parcelas dessas políticas públicas ofertadas a sociedade com finalidades bastante precisas: promoção do bem comum com a prestação assistencial geral e econômica. A expressão refere-se, pois, a ação do Estado.

Observe-se, assim, que o Estado dilatou de forma vasta a sua atuação, interferindo predominantemente na economia, dirigindo-a, propagando-a e, até mesmo, submetendo-a ao seu total comando, chegando em alguns estágios a dominá-la completamente.

Leciona nessa linha Eros Roberto Grau (2012, p.19):

A afirmação de que até o momento neoconcorrencial ou “intervencionista” estava atribuído ao Estado a função de produção de Direito e segurança – bem assim a de que o Direito deixa de meramente prestar-se à harmonização de conflitos e à legitimação do poder, passando a funcionar como instrumento de implementação de políticas públicas – não devendo ser tomadas em termos absolutos. O Estado moderno nasce sob a vocação de atuar no campo econômico. Passa por alterações, no tempo, apenas o seu modo de atuar, inicialmente voltado à constituição e à preservação do modo de produção social capitalista, posteriormente à substituição e compensação do mercado.

A nova concepção dá ao Estado uma tarefa bem mais ampla, com a exigência de proporcionar a coletividade o bem-estar e a felicidade plena.

Surgem as noções de Estado empresário, porque estatiza empresas, participa, com o capital privado, de empresas mistas e cria empresas com o capital público, e a de Estado distribuidor, porque, para realização da justiça social, distribui bens econômicos e sociais (MEDAUAR, 1992, p.87).

O Estado-providência era baseado em princípios, que visavam assegurar a todos os indivíduos os seus direitos, desde o nascimento até a sua morte, bem como um conjunto de serviços e bens para munir a coletividade.

Acrescenta André Ramos Tavares (2003, p.62), passando a afirmar que o Estado veio a assumir responsabilidades sociais crescentes, abrangendo a previdência, a habitação e a assistência social, incluindo saúde e educação, ampliando seu leque de atuação como prestador de serviços. Também se aprimorou o papel do Estado como empreendedor substituto.

No final do século XIX a concessão foi um dos fatores relevantes para o desenvolvimento econômico do Brasil, já no início do século XX se reporta de forma diferente. O Estado estava dominado pelas doutrinas favoráveis à intervenção direta na ordem social, tem-se a predominância da economia dirigida.

Nos anos 40 do século passado o fenômeno da concessão arrefeceu. O momento coincidiu com a instabilidade econômica em geral, em razão das guerras mundiais e das tendências estatizantes, levando a aumentar a intervenção estatal direta na prestação de atividades aos particulares. Várias empresas estatais surgiram com a finalidade de absorver boa parte das concessões outorgadas ao setor privado (MONTEIRO, 2010, p.24).

A conduta intervencionista do Estado ganhou mais relevo com o advento da II Guerra Mundial, assumiu amplamente o encargo da prestação dos serviços fundamentais, em todos os campos da vida social, sobretudo atender às emergências da guerra, que acarretou na reestruturação de vários setores, como o de transportes, o setor científico e a reconstrução das cidades.

Como bem sustenta Dinorá Grotti (2011, p.182), o declínio do regime das concessões veio a galope com a II Guerra Mundial. Logo após ocorreu o surgimento de pessoas jurídicas de direito privado (sociedades de economia mista e empresas

públicas), que foram inicialmente concebidas para conferir maior flexibilidade e eficácia à máquina administrativa nos moldes operacionalizados nas empresas privadas. A vantagem deste procedimento está no fato de que o Estado controla o concessionário, porém assume os riscos do empreendimento, já que é o sócio majoritário da empresa, e, via de consequência, perde a grande vantagem da concessão, que é a de poder prestar serviços públicos sem necessitar investir grandes capitais do Estado.

É válido salientar, nesse contexto, que os interesses particulares eram diferentes do interesse estatal, ou seja, os fins visados pelo sócio-Estado são radicalmente opostos aos fins almejados pelo sócio-particular, com isso é visivelmente claro as desvantagens da sociedade de economia mista.

Nesse diapasão, corrobora com a doutrina, Caio Tácito (1992, p.13):

Na sociedade de economia mista não é apenas a posição majoritária que discrimina os acionistas. Há uma nítida diversificação entre o Estado acionista controlador, que visa a exercer uma missão de interesse público relevante, e o investidor privado, legitimamente inspirado pelo executivo espírito de lucro. Há um conflito latente entre os dois polos de interesse, ou seja, entre a permanência do acionista estatal, inerente à própria natureza da companhia mista e a flutuação dos acionistas privados minoritários, precipuamente atraídos pela rentabilidade das ações e suas cotações bursáteis.

Observe-se, que a atuação da máquina estatal se acentuava cada vez mais, ainda que mediante empresas privadas com participação do Estado, são exemplos as sociedades de economia mista e empresas públicas. Insta salientar, que a opção pela personalidade de direito e a liberdade de gestão empresarial não desnatura a intenção pública do intervencionismo estatal. É interessante contemplar que “a sociedade do Estado não é tão somente um fator econômico. É, essencialmente, um fato político” (TÁCITO, 1992, p.13).

O apogeu da atuação direta do Estado brasileiro em atividades econômicas e sociais foi na década de 80, conseguindo evoluir de 17 paraestatais na década de 30, para cerca de 582 paraestatais. Isso ocorreu quando crescia a ingerência do Estado almejando o desenvolvimento econômico e à ocupação de setores em que era ausente a iniciativa privada. Este foi o impulso da presença estatal na siderúrgica e na petroquímica, a par do monopólio estatal nos setores de petróleo e de telecomunicações (TÁCITO, 1992, p.14).

Saliente-se, por oportuno, que a administração direta do Estado nos serviços

públicos não logrou absoluto êxito, uma vez que se tem presente a incapacidade para explorá-los, em consequência de faltarlhes a necessária dose de iniciativa e adaptação às circunstâncias.

Como assinala André Ramos Tavares (2003, p.63), realmente, o modelo proposto revelou, de maneira inequívoca, a ineficácia da atuação estatal. Verificou-se a falta de habilidade do Estado em atuar no cenário de concorrência, especialmente em um contexto globalizado. As dificuldades de gerenciamento da máquina estatal levaram à ineficiência do modelo intervencionista-social.

O Estado deve ser o principal vetor do progresso da sociedade, mas não será essencialmente o agente ativo ou único na oferta de serviços à comunidade.

É de um elevado grau de importância afirmar que “Já era o final do século XX, quando surgiu um movimento de redescoberta da concessão” (MONTEIRO, 2010, p.25).

Deste modo, na década de oitenta, também foi o cenário de início da redução da intervenção e de procura, novamente, da iniciativa privada, tem-se o ir e vir estatal, conseqüentemente, o ir e vir das concessões, que vai de um extremo ao outro em busca do mais perfeito e estável equilíbrio.

Sendo assim, foi em 1981 com a adoção do Programa Nacional de Desburocratização, definindo políticas restritivas para a criação de novas entidades paraestatais e estabelecendo as primeiras diretrizes de transferência de empresas públicas para o setor privado, que nasce a tendência para a inversão da propensão expansionista da administração pública brasileira (TÁCITO, 1992, p.14).

Observe-se, que há dificuldade do Estado ser onipresente, o crescimento exacerbado da coletividade e a ampliação desmesurada dos serviços públicos, levaram a hipertrofia da atuação estatal, sendo o momento ideal para a implementação de um novo modelo estatal, o chamado neoliberalismo.

Nesse sentido, merece destaque o entendimento de Dinorá Grotti (2011, p.185):

Na quadra final do século passado as alterações efetuadas por conta da chamada Reforma Do Estado levaram a um desmonte do Estado prestador, produtor, interventor e protecionista, e a um redimensionamento de sua atuação como agente regulador da atividade econômica, constituindo-se a privatização e a desregulação nos dois remédios mais importantes da receita neoliberal.

É válido, também, o registro de Odete Medauar (1992, p.90) acerca do assunto,

afirmando que umas das questões suscitadas ao se cogitar de crise do Estado-providência concerne ao crescimento das despesas sociais e encolhimento das receitas, o que leva ao aumento das contribuições obrigatórias da população ativa, de regra em número pequeno em relação aos beneficiários da proteção social do Estado.

Ocorre que a ampliação da intervenção direta do Estado trouxe consigo o esgotamento dos recursos financeiros para o cumprimento das novas demandas exigidas, gerando com isso o déficit público, passando as despesas do Estado a serem inversamente maiores do que as receitas.

Nesse Sentido, merece ser rememorada a lição inolvidável de Rosanvallon (ROSANVALLON *apud* PEIXOTO 1997, p.31):

A implementação de um Estado mínimo, não intervencionista, que deve reduzir os gastos com políticas sociais, estabelece um retorno do Liberalismo, diferente daquele do século XVIII, vez que já não é mais defensivo, como antes, mas se mostra como uma doutrina de superioridade e de crítica social, em relação ao modelo anterior.

O neoliberalismo se estabeleceu a partir de um conjunto de conceitos econômicos e políticos voltados ao capitalismo. Tutela a não ingerência do Estado na economia com o fundamento de que a livre concorrência gera o crescimento econômico, que, por sua vez, expandirá o país socialmente.

O neoliberalismo surgiu no final dos anos 70 de forma fulminante, como fenômeno político/ideológico, tornou-se em apenas duas décadas, um condutor teórico e prático para partidos e governos de quase todos os países ocidentais (FILGUEIRAS, 2007, p.42).

Insta salientar, que até meados dos anos de 1970, o neoliberalismo estava submetido, apenas, ao meio acadêmico, mas a crise financeira do Estado admitiu que se promovesse e fosse adotado na Inglaterra, com a eleição de Margaret Thatcher, e nos Estados Unidos, com Ronald Reagan.

Não é outro o entendimento de Luiz Filgueiras (2007, p.56), afirmando ser a crise do capitalismo, com o esgotamento do fordismo no início dos anos 70, os impulsionadores para a expansão do neoliberalismo, que, com isso, passou a assumir importância política cada vez maior, chegando ao poder no final dos anos 70, com o governo de Thatcher na Inglaterra e Reagan Nos Estados Unidos.

O neoliberalismo nasce contrário às intervenções estatais e à igualdade de direitos

civis, políticos e sociais, incorporado na utopia que o mercado, por si só, geraria empregos e solucionaria os problemas sociais.

Como bem refere Luiz Filgueiras (2007, p.48):

O neoliberalismo nasceu como uma reação à forma assumida pelo capitalismo depois da segunda Guerra Mundial, caracterizada pela presença decisiva do Estado na esfera econômica, enquanto expressão do pacto socialdemocrata. Pacto este no qual os trabalhadores e suas organizações sindicais e partidárias participavam como sujeitos fundamentais, o que resultou na inclusão econômico-social das grandes massas trabalhadoras, a partir da distribuição dos ganhos de produtividade. Portanto, o neoliberalismo surgiu como uma doutrina que postulava um retorno ao passado, pré-crise de 1929, no qual a regulação econômica era feita, essencialmente, através do mercado e a exclusão social da maior parte da população era a marca registrada. Em suma, o neoliberalismo se constitui numa doutrina antiga e regressiva, sob qualquer ótica que se queira enxergá-la econômica, política e social.

Foi com Friedrich August Von Hayek, com a ilustre obra “O Caminho da Servidão”, em 1944, que o neoliberalismo auferiu evidência. Seus pensadores são extraordinariamente adversos aos ideários de igualdade afirmados pelo Estado Social, ou seja, aos direitos sociais e econômicos.

No aspecto econômico, o Estado deve limitar-se a estabelecer normas aplicáveis a situações gerais deixando os indivíduos livres em tudo que depende das circunstâncias de tempo e lugar, porque só os indivíduos poderão conhecer plenamente as circunstâncias relativas a cada caso e a elas adaptar suas ações, para que o indivíduo possa empregar com eficácia seus conhecimentos na elaboração de planos, deve estar em condições de prever as ações do Estado que podem afetá-los. Daí o conhecido fato de que, quanto mais o Estado "planeja", mais difícil se torna para o indivíduo traçar seus próprios planos (HAYEK, 1990, p.99).

Sendo assim, é de total clareza o destaque ao esforço do indivíduo, que fora do campo de atuação do Estado é o que pode gerar ordem no cenário econômico e ao desenvolvimento social.

Como bem refere Friedrich August Von Hayek (1990, p.102):

Essa igualdade formal perante a lei conflita e é de fato incompatível com qualquer atividade do governo que vise a uma igualdade material ou substantiva intencional entre os diferentes indivíduos, e que qualquer política consagrada a um ideal substantivo de justiça distributiva leva à destruição do Estado de Direito. Para proporcionar resultados iguais para pessoas diferentes, é necessário tratá-las de maneira diferente. Dar a diferentes pessoas as mesmas oportunidades objetivas não equivale a proporcionar-lhes a mesma oportunidade subjetiva. É inegável que o Estado de Direito produz desigualdade econômica - tudo que se pode afirmar em

seu favor é que essa desigualdade não é criada intencionalmente com o objetivo de atingir este ou aquele indivíduo de modo particular.

Diante do exposto, constata-se uma severa crítica a igualdade plantada pelo Estado Social, afinal, cada homem é único e irreptível. Ademais, deve haver uma real competição definida pelos esforços de cada indivíduo, o mercado se regula, ele próprio se coordena, se de forma diferente for, tem-se a retirada da liberdade dos homens de negócios, o que gera diminuição na produção, sendo sob essa lógica, qualquer intervenção do Estado na Economia supérflua, de grande superficialidade e inútil.

O liberalismo econômico é contrário à substituição da concorrência por métodos menos eficazes de coordenação dos esforços individuais, considerando-a um método superior, não somente por constituir, na maioria das circunstâncias, o melhor método que se conhece, mas, sobretudo por ser o único método pelo qual nossas atividades podem ajustar-se umas às outras sem a intervenção coercitiva ou arbitrária do Estado. Assim, tem-se a dispensa de um controle social consciente e cabe aos indivíduos identificar a oportunidade de decidir se as perspectivas de determinada ocupação são suficientes para compensar as desvantagens e riscos que a acompanham (HAYEK, 1990, p.62).

As manifestações neoliberais que visam apenas à globalização e o domínio por parte dos mercados trouxeram como consequência “o aumento da taxa de desemprego e desigualdade social, requisitos, por assim dizer, do sistema capitalista, e não mera coincidência” (DE MORI PEIXOTO, 2009, p.31).

Nesse sentido, ilustrativa é a contribuição oferecida por Eros Roberto Grau (2012, p.51), afirmando que as taxas de crescimento do neoliberalismo são inferiores às do período “intervencionista”, isso porque o capitalismo falha escandalosamente em sua capacidade de gerar empregos, de oferecer segurança aos que consegue empregar e de alentar os empregados com as perspectivas de melhores salários. Com isso, tem-se o aumento expressivo das desigualdades, seja nas sociedades desenvolvidas ou nas regiões periféricas.

No Brasil, foi com o Governo Collor que o neoliberalismo ganhou um referido destaque, que veio com a articulação do Plano Collor, se caracterizando pela reforma monetária, por um ajuste fiscal, por uma política de rendas associados a medidas de liberalização do comércio exterior e a uma nova política cambial.

Nesse compasso, leciona Luiz Filgueiras (2007, p.84):

Com o governo Collor e o seu plano econômico, assistiu-se a uma ruptura econômico-política que marcou definitivamente a trajetória do desenvolvimento do Brasil na década de 1990. Pela primeira vez, para além de uma política de estabilização, surgiu a proposta de um projeto de longo prazo, que articulava o combate à inflação com a implementação de reformas estruturais na economia, no Estado e na relação do país com o resto do mundo, com características nitidamente liberais. No entanto, esse projeto, conduzido politicamente de maneira bastante inábil, acabou por se inviabilizar naquele momento.

Diante de tudo quanto foi exposto, verifica-se que o Plano Collor não obteve sucesso, levou o país à maior recessão de sua história, com implicações graves sobre o emprego e a renda da população. Além disso, com a busca do equilíbrio do balanço de pagamentos e pagamento da dívida externa, trouxe de forma escandalosa a desestruturação estatal, bem como o descontrole inflacionário.

Discorrendo sobre o tema Geovane de Mori Peixoto (2009, p.35) leciona de forma louvável, que com a ausência do crescimento econômico ao longo das décadas de 80 e 90, o Brasil foi conduzido a maior crise do emprego de sua história. Isso ocorreu devido a alguns fatores, como a decorrência da maior competitividade empresarial, da estabilidade monetária alcançada, do alto custo de contratação da mão de obra e da qualificação inadequada dos trabalhadores.

Deste modo, vem a era do governo Cardoso, no qual o neoliberalismo despontou com maior evidência, houve um alicerce desse “novo modelo” estatal, que se tornou hegemônico, de forma irrefutável, a partir do Plano Real, que teve como sua matriz básica de elaboração o chamado Consenso de Washington.

O consenso de Washington expressou para a América Latina como suas sociedades e economias deveriam ser dirigidas para alcançar a estabilização e o desenvolvimento. Nesse cenário, tem-se em tela, o ajustamento das economias periféricas com uma rigorosa disciplina orçamentária, uma reforma tributária, combate a inflação e uma sobrevalorização da moeda nacional. Adicionalmente, seria imprescindível a liberalização comercial e financeira, com a abertura unilateral e rápida dos mercados nacionais, que atrairia capitais externos e possibilitaria a inserção competitiva dos países da América Latina na economia mundial (FILGUEIRAS 2007, p.95).

A era Fernando Henrique Cardoso tem como finalidade, e principal tarefa, a de expandir e acelerar as privatizações, tendo como condição elementar, para isso, o

controle dos preços, que proporcionará a ampliação dos setores produtivos e as empresas onde elas poderiam vir a calhar.

O programa de privatização de empresas estatais não se resume, exclusivamente, à abstenção do Estado em áreas até então ocupadas, que reverterem à iniciativa privada, mas também essa delegação deve prezar, sobretudo, a prestação de serviços públicos à comunidade, observar a função social. Diante disso, o direito público passa a demonstrar duas tendências precisas: a política de privatização e de desburocratização da máquina estatal, que fortalece a associação entre a iniciativa privada e o serviço público (TÁCITO, 1992, p.16).

O fenômeno da desestatização oportunizou a quebra de monopólios estatais e, portanto, a expansão de mercados concorrentes. Afinal, mercados em concorrência são mais eficientes que mercados monopolistas, tendo-se como resultado a eficiência para a prestação de serviços com qualidade desejada e preços justos.

Neste sentido, corrobora Luiz Filgueiras (2007, p.109):

As reformas do Estado – tributária, administrativa e previdenciária – e de ordem econômica, quebra dos monopólios estatais, tratamento isonômico entre a empresa nacional e a empresa estrangeira e desregulamentação das atividades e mercados considerados, até então, estratégicos e/ou de segurança nacional, juntamente com as privatizações, se constituíram como em outros países, numa das dimensões cruciais do Plano Real.

Saliente-se, a ocorrência da extinção do monopólio estatal nas áreas da prospecção, exploração e refino do petróleo, nas telecomunicações e na geração e distribuição de energia. Além disso, desregulamentou-se a exploração do subsolo e a navegação costeira, permitindo, em ambas a atuação do capital estrangeiro. Passaram a ser setores de concessão de serviços públicos a energia elétrica e o serviço de telecomunicações.

No que tange as concessões, é forçoso reconhecer que no Brasil a sua redescoberta ocorreu especialmente em face da chamada crise fiscal e financeira do Estado, de caráter conjuntural, e pouco contribuíram para a melhoria do serviço público. Várias empresas estatais ou áreas absorvidas pelo Estado foram transferidas para o setor privado, o instituto da concessão ressurgiu com o mesmo intuito que direcionou a sua criação no século XIX: a realização de serviços sem ônus financeiro para a administração, mas em outro contexto (GROTTI, 2011, p.186).

Insta salientar ainda, que é nesse cenário da reforma do Estado que surge a ideia da parceria público-privada, isso decorreu em face das desenfreadas privatizações feitas por Fernando Henrique Cardoso, gerando um vácuo da atuação estatal que precisava ser preenchida.

Nesse sentido corrobora Carlos Ari Sundfeld (2011, p.17):

O tema surgiu com o programa de Reforma do Estado desenvolvido no Brasil a partir do início da década de 90 do século passado e que teve seu ápice no governo do presidente Fernando Henrique Cardoso (1994-2002), com a privatização de grandes empresas federais, a flexibilização de monopólios de serviços públicos e o estímulo ao terceiro setor. Mas, a partir de meados de 2002, ainda no governo FHC, e depois no governo do presidente Lula, a expressão “parceria público-privada” – e sua charmosa sigla, “PPP” – começaria a adquirir uma força nova. Tanto na imprensa como nos discursos governamentais e empresariais passou-se a defender a necessidade – e, mesmo, a urgência – de o Brasil criar um programa de PPP, aproveitando experiências internacionais positivas iniciadas na Inglaterra e que estariam sendo adotadas por muitos outros países. A expressão PPP entrou rapidamente na moda em 2003, especialmente porque o próprio Presidente da República passou a usá-la, vinculando-a ao ciclo de crescimento que queria para o país.

Constata-se então, que não basta ter instituto da privatização, concessão e regulação, mas uma atuação conjunta. A questão é bem mais do que legal, com o novel instituto acontece uma mudança dentro do próprio sistema jurídico, que foi pensado para trabalhar com o público ou com o privado, e não com a cooperação dos dois.

2.2 O ESTADO E A ORDEM ECONÔMICA: UMA ANÁLISE ATUAL

Qual a posição do Estado diante dos problemas econômicos? Essa foi à indagação proposta por Themistocles Cavalcanti na Conferência de Abril de 1951 e como resposta ele utiliza 27 (vinte e sete) vezes os vocábulos intervenção e intervencionismo, resumindo-se na seguinte passagem, “a intervenção em seu sentido próprio, técnico, rigoroso, somente tornar-se-á efetiva, quando os exercícios das atividades normalmente entregues à exploração privada for substituída pelos órgãos e serviços estatais” (CAVALCANTI, 1951, p.32).

É esclarecedor afirmar que, “a constituição é outra, os tempos também. Há palavras já não escritas e pronunciadas com a mesma ênfase” (GRAU, 2012,p.47). É o entendimento do ilustríssimo Eros Roberto Grau, comparando 60 (sessenta) anos

depois a colocação de Themistocles Cavalcanti com o diploma atual, de 1988.

A União podia intervir no domínio econômico e monopolizar determinada indústria ou atividade, a intervenção tinha por base o interesse público. Ao contrário se reporta hoje, na constituição de 1988, o Estado não intervém, atua na economia. Não importa que o Estado, na vigência da Constituição de então, inúmeras vezes tenha metido a pata na economia, não fez mais, de resto, do que lhe incumbia fazer a serviço do desenvolvimento capitalista. A intervenção do Estado não poderá entender-se, com efeito, como uma limitação ou desvio imposto aos próprios objetivos das empresas, mas antes como uma diminuição de riscos e uma garantia de segurança maior na prossecução dos fins últimos da acumulação capitalista (GRAU, 2012,p.48).

A Constituição contemporânea não só prevê uma ordem econômica, como reconhece a sua existência e tem como escopo a imposição de limites para a interferência estatal em tal ordem.

2.2.1 A ordem econômica constitucional

Tratando sobre as formas pelas quais o Estado pode interferir com a atividade econômica, salienta Celso Antonio Bandeira de Mello (1982, p.271):

Em tese, 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 infraestrutura, 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.

Perceptível é que a forma de disciplina e fomento como intervenção estatal, são, por primazia, as modalidades características dos regimes políticos consolidados sobre os axiomas da propriedade privada e da livre iniciativa.

Reiterando a orientação privatista da Constituição anterior, a atual Carta política declara que, ressalvados os casos por ela previstos, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei (COMPARATO, 2011, p.418).

Portanto, combinando liberdade de iniciativa, limitação a essa mesma liberdade e intervencionismo e iniciativa do Estado em caráter suplementar, a constituição brasileira manifesta a ordem econômica atual, firmada ao mesmo tempo nas ideias doutrinadas do Estado liberal, do neoliberal e do moderno Estado social.

O Diploma fundamental consagrou um regime que é, sem dúvidas alguma, altamente prestigiador da iniciativa privada e no qual se outorga ao Estado participação apenas supletiva na esfera econômica, ressalvados os casos de segurança nacional e aqueles em que dado setor não possa ser desenvolvido com eficiência mediante competição e liberdade de iniciativa. Afora essas hipóteses de protagonização da atividade econômica, assiste ao Estado disciplinar dita atividade sobretudo em vista de objetivos sociais (MELLO, 1982, p.273).

Como se apreende do exposto, é na Carta Magna que se encontra definido se o Estado é protagonista, o ator principal no cenário econômico ou se é mero coadjuvante neste palco, cabendo estudo dos artigos que dissertam sobre o aludido.

Nesse sentido, leciona Elival da Silva Ramos (2003, p.351):

Ao tratar dos princípios gerais da atividade econômica, o constituinte de 1988 aponta, claramente, para a estruturação de um sistema econômico descentralizado: primeiro, ao declarar que a ordem econômica é fundada na valorização do trabalho e na livre iniciativa, depois, ao submetê-la aos princípios da propriedade privada, ainda que compreendida em sua função social, e da livre concorrência (art.170, caput, II, III e IV, da CF/1988).

O estudo do sistema jurídico constitucional pátrio, que regulamenta a ordem econômica tem seu marco inicial com o artigo 170 da Lei Maior.¹

O artigo 170 é fundamental para se interpretar a ordem econômica no Brasil, tendo no seu caput dois princípios essenciais que fundamentam a ordem econômica, são eles, a valorização do trabalho e a livre iniciativa. Tais princípios correspondem a decisões políticas fundamentais do constituinte originário, e por essa razão subordinam toda ação no âmbito do Estado, bem como as normas constitucionais e infraconstitucionais. A iniciativa privada e o próprio Estado estão vinculados a esses dois bens: a valorização do trabalho e a livre iniciativa de todos, que, afinal, também abriga a ideia de trabalho, espécie do gênero liberdade humana (BARROSO, 2011, p.651).

¹ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

Observe-se, que existe total clareza quando o caput do referido artigo diz que vai valorizar e não explorar o trabalho humano, se perpetuando, assim, o ideal do Estado Social. Mas, simultaneamente esse mesmo artigo preza e reconhece a importância da livre iniciativa enquanto materialização do espaço privado da ordem econômica. Em suma, é o Estado social que estima o trabalho humano, mas não deixa de reconhecer a importância da livre concorrência no mercado, que é fundamental para o mesmo.

A constituição de 1988 ocupou-se de concretizar o princípio da valorização do trabalho em regras concentradas em seu art.7º², onde se pode encontrar um rol de direitos assegurados aos trabalhadores. Já o princípio da livre iniciativa, pode ser decomposto em alguns elementos desdobrados no texto constitucional. Em primeiro lugar a existência da propriedade privada (art.5º, XXII). Por conseguinte, o núcleo da ideia de livre iniciativa a liberdade de empresa, conceito materializado no parágrafo único do artigo 170, que assegura a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independente de autorização, salvo nos casos previstos em lei. Em terceiro lugar situa-se a livre concorrência, art. 170, IV³, lastro para a faculdade de o empreendedor estabelecer os seus preços, que não de ser determinados pelo mercado em ambiente competitivo (BARROSO, 2011, p.652).

Ademais, o art.170 da Carta Magna enuncia os outros princípios que devem orientar a atuação do Estado e dos particulares nos processos de produção, circulação, distribuição e consumo das riquezas do País.

Não se pode olvidar que a Constituição Federal tem o objetivo de estabelecer limites para a ingerência na ordem econômica. Quando se fala em intervenção na ordem econômica, leia-se, um agente que não possui domínio em tal ordem e vai quebrar a autonomia dessa seara com o propósito de regular o que está ali. É o caso do Estado intervindo na ordem econômica, que é espaço preponderantemente privado.

Intervir, basicamente significa agir de modo excepcional, trata-se de uma ação que não é normal, comum, corriqueira. Ao contrário, é ação incomum, especial, temporária. Portanto a institucionalização da intervenção estatal implica estabelecer em lei os limites da atuação intervencionista, necessários, pois se trata de área

² Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social

³ IV - livre concorrência

reservada aos particulares (OLIVEIRA, 2011, p.448).

2.2.2 Limites Constitucionais a intervenção do Estado no domínio econômico

O primeiro limite encontrado na Carta Magna a intervenção do Estado na ordem econômica se reporta nas letras do art. 173.

Seguindo a lição de Elival da Silva Ramos (2011, p.352):

Facultou o constituinte o desempenho de atividade econômica propriamente privada pelo Poder público, desde que observados alguns pressupostos, de fundo e de forma: assim, deverá proceder a intervenção a autorização legal, que, por sua vez, deve estar calcada em razões de segurança nacional ou em relevante interesse coletivo. A exploração de atividade econômica privada pelo Estado a título subsidiário, de que cuida o artigo 173 da CF/1988, deve ser conduzida por pessoas jurídicas de direito privado, integrantes da administração indireta, as empresas públicas e sociedades de economia mista, cuja efetiva criação pelo Poder Executivo deve ser sempre autorizada por lei específica, nos termos do art.37, XIX, da CF/1988.

Verifica-se, a priori, que o Estado age na ordem econômica, de forma excepcional, em duas situações, quando tem uma questão de segurança nacional ou relevante interesse coletivo. Existe a preferência do setor privado, afinal se alguém tem preferência é porque outrem, dela excluído, só pode comparecer ante a omissão ou ausência dos preferidos.

Não é outro o entendimento de Ives Gandra Da Silva Martins (2011, p.579):

Verifica-se que um supermercado, uma rede hoteleira pertencem à livre iniciativa dentro da ordem econômica e, neste terreno, o Estado entra como um colaborador vicário, que segue o regime de direito privado próprio de direito econômico, mas nunca o regime de direito público. E a exploração direta da atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos de segurança nacional ou relevante interesse coletivo, fora desses dois princípios, o Estado não pode explorar a economia do Brasil, naquilo que diz respeito à ordem econômica. Não tem sentido que determinadas empresas estatais porque são muito poderosas, tenham fazendas, hotéis, redes e supermercados, visto que essas atividades não são de segurança nacional, nem de relevante interesse.

O parágrafo 1º do art.173 da CF/88 dispõe: “A empresa pública, sociedade de economia mista e outras entidades que exploram atividade econômica sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias”.

Nesse sentido, duplo é o alcance do preceituado, de uma parte, certamente o anima

a intenção de assegurar às entidades em questão um *modus operandi* expedido, ágil, solerte. Porém, de outra parte, resulta diretamente da regra em questão, que as pessoas em apreço “não podem desfrutar de regalias jurídicas, de privilégios, de favores normativos” que as coloquem em situação vantajosa em relação às empresas privadas (MELLO, 2011, p.276).

Portanto, não cabe ao Estado um status privilegiado, um regime apto de conferir uma posição superior, predominante, ou mais favorável do que o regime disciplinador das empresas privadas. Se assim fosse, ao invés de estimular a exploração econômica das empresas privadas, estar-se-ia, entretanto, desestimulando-a.

Ainda no plano da chamada intervenção direta do Estado na economia, há de se ter presente a vasta gama de serviços públicos, de natureza econômica, que o constituinte deferiu ao Poder Público e que está consagrada no artigo 175⁴ da CF/88. Aí, há uma prestação de serviço público *lato sensu*, com o fornecimento de mercadorias ou prestações de serviços que tenham densidade econômica e estas regras jurídicas são de direito público. É certo que tais serviços públicos, de titularidade exclusivamente estatal, podem, e o são com frequência, delegados a particulares, mediante atos de permissão ou autorização ou contrato de concessão de serviço público (MARTINS, 2011, p.579).

Saliente-se, que a concessão de serviços públicos, bem como as outras atividades, de titularidade pública, quando exercidas por particulares se dá sob o regime estrito de direito público.

É interessante afirmar que “ao contrário do art.173 da CF/88, em que o Estado é acólito do setor privado, no art.175 da CF/88, é o setor privado que é acólito do Estado, visto que o Estado pode explorar diretamente” (MARTINS, 2011, p.579).

Diante do exposto, tem-se a composição do campo da ação econômica dentro do Estado, abarcando duas realidades, a pública e a privada. O espaço para a atuação privada é definido pela exclusão daquilo que não é público. Em suma, O estado atua de acordo com o art. 173 da CF/88 para os imperativos da segurança nacional ou interesse público coletivo ou nos termos do art. 175 da CF/88 para os serviços

⁴ Art. 175. 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.

públicos, tirando esse campo de atuação do estado, todo o resto, é o campo de atuação do espaço privado, onde é possível a realização da intervenção econômica do estado, aludida e explanada anteriormente.

Assim, “cabe ao Poder público planejar a atividade econômica global, sendo esse planejamento meramente indicativo para o setor privado, porém determinante para o setor público”⁵ (RAMOS, 2011, p.351).

É de real importância asseverar, que sem lei da União ou lei federal, impossibilita-se a intervenção no domínio econômico, os casos tem que estar expressamente permitidos pela Constituição e na forma que a lei estabelecer.

Conforme o nobre jurista Pontes de Miranda (1967, p.62), “qualquer intervenção no domínio econômico somente pode resultar de lei fundada na indispensabilidade e inofensiva direitos e garantias individuais”.

Na obra Comentários à Constituição de 1967, já asseverava Pontes de Miranda (1987, p.63):

A lei há de estar fundada na indispensabilidade da intervenção por motivo de segurança nacional, ou na indispensabilidade para organizar setor, que não possa ser desenvolvido, com eficiência, no regime de liberdade de iniciativa.

De toda sorte, é louvável o caminho que o constitucionalismo brasileiro trilhou, ao procurar trazer a Constituição econômica material para o terreno das normas formalmente constitucionais, com isso elas devem ser seguidas e respeitadas.

⁵ Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

3 CONCESSÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS

Para o melhor e ideal entendimento da concessão de serviços públicos, cabe de maneira anterior, analisar o traçado do instituto Serviço Público, que é polêmico e submetido a distintos e variados enfoques. Tal análise se reporta adequada, pois como o próprio nome predispõe sem os serviços públicos a concessão, em tela, seria inócua. Na concessão é essencial vislumbrar, primeiramente, a função do serviço público.

3.1 O INSTITUTO SERVIÇO PÚBLICO

3.1.1 Breve esboço sobre o surgimento do serviço público

O serviço Público é uma questão polêmica desde o instante em que nasceu, pois enfrenta questões políticas e jurídicas essenciais.

Para Dinorá Grotti (2011, p.84):

A teoria do serviço público se desenvolve no primeiro terço do século XX, na primeira grande etapa do intervencionismo público, com a chamada escola do serviço público, também chamada de escola realista ou de Bordeaux, chefiada por Duguit, acompanhada de perto por Jèze, Bonnard, Rolland, De Laubadère, entre outros, e foram tão amplas que algumas delas abrangiam todas as atividades do Estado.

E arremata de forma louvável, afirmando que “para Duguit era necessário substituir a noção de soberania pela de serviço público.” (GROTTI, 2011, p.84).

Não é outro o ensinamento de Caio Tácito (2003, p.373), elucidando que na França, aonde a noção de serviço público chegou a substituir, na concepção de Duguit, a ideia de soberania com elemento constitutivo do Estado e se tornou, através da escola de serviço público o ponto nuclear do Direito administrativo.

Diante do exposto, constata-se que na doutrina do publicista francês impera a ideia

da Administração satisfazer a coletividade, é uma obrigação que se impõe aos governantes.

Elucidando que o que preparou a teoria do serviço público foi a decisão Blanco de 1873, assevera Odete Medauar (1992, p.102):

O arrêt Blanco, de fundamental importância na sistematização do direito administrativo, dizia respeito a pedido de reparação de danos formulado pelo pai da menina Agnès Blanco, ferida por um pequeno vagão de uma manufatura de tabaco, integrante da administração francesa; a decisão do Tribunal de Conflitos vinculou o tratamento diferenciado da responsabilidade do Estado ao fato de que os danos foram causados por pessoas ela empregava no serviço público; e atribui a competência para decidir à jurisdição administrativa e não à comum.

Essa concepção de serviço público, contudo, enfrentou uma crise que foi gerada pela instabilidade e incerteza, especialmente quando foi sustentada que “a noção de que serviço público é a linha divisória entre as duas competências administrativa e judiciária” (RIVERO, 1957, p.51).

Como é cediço a noção de serviço público é variável e distinta, na medida em que ocorrem as mudanças dos modelos estatais, ocorre também a mutação do conceito serviço público.

3.1.2 Mutações do Serviço Público

No Estado absolutista, o serviço não é conferido em relação aos particulares ou usuários, mas em relação ao rei; falava-se em serviço do Rei.

No tocante ao Estado social assevera Caio Tácito (2003, p.374):

Certamente a evolução moderna do Estado exaltou de tal forma a sua participação na ordem social, que a essencialidade passou a abranger tanto os encargos tradicionais de garantia da ordem jurídica como as prestações administrativas que são emanações dos modernos direitos econômicos e sociais do homem, tão relevantes, na era da socialização do direito, como os direitos individuais o foram na instituição da ordem liberal.

Com a passagem do Estado social para o neoliberal ocorreu à abertura dos mercados e conseqüentemente um onda desenfreada de privatizações, modificando mais uma vez o conceito de serviço público.

Nessa senda corrobora Dinorá Grotti, entendendo que com o desmonte do Estado prestador, produtor, intervencionista e o redimensionamento as privatizações, gerou

inovação no perfil do serviço público, que passou a ter como tratamento econômico o que sempre foi considerado serviço público.

No entanto, não se deve confundir atividade econômica com serviço público, tal confusão se desenvolveu porque o Estado passou a atuar em seara particular, assumindo atividades que não eram dele e os entes privados passaram a atuar em campo estatal. Eis a necessidade de diferenciar atividade econômica e serviço público.

3.1.3 A distinção entre serviço público e atividade econômica: a luz da Constituição Federal

A distinção entre serviços públicos e atividades econômicas em sentido estrito, possui sustentáculo na própria Constituição, ao outorgar legislação característica para cada uma destas formas de atividade estatal.

Ambas as expressões, atividade econômica em sentido estrito e serviço público, são espécies do gênero atividade econômica em sentido amplo. Diferenciando-se por ser a primeira a atividade econômica desenvolvida principalmente pela iniciativa privada e o serviço público o tipo de atividade econômica cujo desenvolvimento compete preferencialmente ao setor público (TAVARES, 2003, p.288).

Não é outro o ensinamento de Eros Roberto Grau (2012, p.99):

Inexiste, em um primeiro momento, oposição entre atividade econômica e serviço público, pelo contrario na segunda expressão está subsumida a primeira. A prestação de serviço público está voltada à satisfação de necessidades, o que envolve a utilização de bens e serviços, recursos escassos. Daí podermos afirmar que o serviço público é um tipo de atividade econômica.”

No sentido mais amplo alcançado pela expressão serviço público, se pode afirmar que são aqueles prestados pelo Estado. No entanto, tal sentido perdeu a razão de existir, afinal hoje é possível a delegação de serviços públicos para o particular, bem como a interferência estatal no campo privado.

Desse modo, necessário se faz adotar o conceito de serviço público como aquela prestação usualmente encarada como típica do Estado, normalmente vocacionada para o atendimento do interesse público, de modo que sua prestação por

particulares dependa de sua transferência formal e expressa por parte do Estado, por meio de mecanismos e procedimentos expressamente previstos para tanto (TAVARES, 2003, p.291).

Não se pode olvidar, entretanto, que o serviço público é, por sua natureza estatal, ou seja, pode ser delegado, mas o Estado nunca perderá a senhoria sobre ele. Submete-se, também, ao regime jurídico de direito público, não precisa ser exclusivo ao regime público, mas também não há serviço público sob a égide apenas do setor privado.

Para Dinorá Grotti (2011, p.93):

Não há um serviço público por natureza ou por essência. Só o serão as atividades que estiverem definidas na Constituição Federal – ou na própria lei ordinária, desde que editada em consonância com as diretrizes ali estabelecidas, decorrendo, portanto, de uma decisão política.

A Constituição Federal de 1988 não estabeleceu nenhum conceito a respeito do instituto serviço público, porém em variados textos da lei indicou os serviços que se consideram públicos.

Os serviços Públicos podem ser agrupados conforme o responsável por sua prestação. Podendo-se reportar a serviço federal⁶, estadual⁷ e municipal⁸.

O Estado possui também o dever de prestar o serviço público de Saúde⁹,

⁶ Art. 21. Compete à União:

X - manter o serviço postal e o correio aéreo nacional; 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; XV - organizar e manter os serviços oficiais de estatística, geografia, geologia e cartografia de âmbito nacional; XVIII - planejar e promover a defesa permanente contra as calamidades públicas, especialmente as secas e as inundações.

⁷ Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição.

§ 2º - Cabe aos Estados explorar diretamente, ou mediante concessão, os serviços locais de gás canalizado, na forma da lei, vedada a edição de medida provisória para a sua regulamentação

⁸ Art. 30. 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; VI - manter, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, programas de educação infantil e de ensino fundamental; VII - prestar, com a cooperação técnica e financeira da União e do Estado, serviços de atendimento à saúde da população;

⁹ Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

previdência social¹⁰ e assistência social¹¹. Esse tripé estrutura, conforme a Carta Magna, a seguridade social¹².

No que tange aos serviços públicos elencados no Texto Maior, leciona André Ramos Tavares (2003, p.292):

A circunstância de se tratar de serviço público não implica na sua gratuidade. Alguns serviços são gratuitos e devem, inclusive, funcionar com déficit. A constituição assinala expressamente que ao Estado incumbe a prestação graciosa do ensino fundamental¹³ e do transporte para os maiores de sessenta e cinco anos¹⁴.

Não é outro o entendimento de Floriano de Azevedo Marques Neto (2002, p.19), afirmando que o fato de uma atividade ser apontada como serviço público não extirpa dela o seu conteúdo econômico, a possibilidade de ser esta atividade explorada em termos econômicos, com a possibilidade de germinar lucros. Mesmo se foram exploradas diretamente pelo Estado, isso não retira o conteúdo de atividade econômica em sentido amplo.

Vale salientar, nesse contexto, que alguns serviços públicos resultam em prestação individualizada, como o abastecimento de água, enquanto outros são coletivamente oferecidos, como a iluminação pública.

Nesse sentido corrobora Caio Tácito (2003, p.375):

A prestação administrativa do serviço compreende duas categorias. A primeira consiste na atividade dirigida a produzir uma utilidade genérica aos cidadãos *uti universi*, sem possibilidade de medida da utilidade que cada um individualmente usufrui. Na segunda categoria, ao contrario, a atividade se dirige a produzir uma utilidade específica para determinados cidadãos que se valem do serviço posto à disposição de todos, ou seja, atividade que se traduz em uma vantagem usufruída pelos cidadãos *uti singuli*.

É relevante declarar, que a própria Constituição estabelece em seu artigo 175, que incumbe ao Poder Público diretamente ou por delegação, a prestação dos serviços públicos. Com isso é interessante afirma que “a amostra é bem expressiva de que a

¹⁰ Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei.

¹¹ Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos.

¹² Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

¹³ Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria.

¹⁴ Art.230 § 2º - Aos maiores de sessenta e cinco anos é garantida a gratuidade dos transportes coletivos urbanos.

Constituição brasileira acolhe a categoria de serviço público, e de que inspira a atuação do Poder Público também na ideia de prestação de um sistema de serviços” (GROTTI, 2011, p.98).

Seguindo a linha Constitucional, Eros Roberto Grau expõe exemplos onde a expressão atividade econômica em sentido estrito pode ser encontrada (2012, p.101):

O art.173, caput, enuncia as hipóteses nas quais é permitida ao Estado a exploração direta de atividade econômica. Trata-se aqui de atuação do Estado como agente econômico, em área da titularidade do setor privado. Na mesma forma aparecem no art.170, 174 e o §1º do art.173 da CF.

Diante do exposto, constata-se, que tudo aquilo que a Constituição não definiu como serviço público se configura atividade econômica em sentido estrito. Observe-se que essa classificação se dá por exclusão daquilo que a Carta Magna não considera serviço público.

Insta salientar, ainda, que o serviço público assumiu o caráter de garantidor dos direitos fundamentais contemplados no Texto Maior.

Dessa maneira sustenta Ana Cláudia Finger (2003, p.82):

O serviço público é uma das garantias constitucionais de realização dos direitos fundamentais. Sendo uma função estatal atribuída à Administração Pública, correspondente ao oferecimento de uma prestação positiva concreta tendente à satisfação das necessidades fundamentais do cidadão, o serviço público constitui um importante instrumento de concretização dos direitos fundamentais e, como tal, é tarefa inafastável do Estado, mormente a ideia de um Estado Democrático e Social de Direito que a Constituição Federal de 1988 faz espargir.

Sendo assim, fica evidente que o serviço público é um direito do cidadão que se assenta no correspondente dever do Estado prestá-lo, que se não for de forma eficiente prejudica a sociedade como um todo, bem como os direitos fundamentais, que possuem, ao menos, status de cláusulas pétreas na Constituição Federal.

3.2 CONCEITO E MODALIDADES DAS CONCESSÕES DE SERVIÇOS PÚBLICOS

Com o advento da Lei 11.079/04 surgiram duas novas modalidades de concessão, a patrocinada e a administrativa, que serão tratadas no capítulo referente às Parcerias Público-Privadas. A modalidade que interessa, nesse momento, é a originária de concessão, também chamada de modalidade tradicional ou comum.

A modalidade comum de concessão é aquela consagrada pela lei 8.987/95, a famosa concessão dos serviços públicos, é imprescindível demonstrar que essa é a clássica modalidade de serviço delegado pelo Poder Público. Sendo assim, a concessão dos serviços públicos será analisada de forma minuciosa, através do estudo do seu conceito.

3.2.1 Análise conceitual

A Carta Magna de 1988 não consagrou um conceito de concessão e nem deveria, isso é papel da doutrina e não da legislação. No entanto a palavra concessão está aludida nos mais variados dispositivos constitucionais, mas inexistente um compromisso com a construção de um conceito.

Nesse sentido, corrobora Marçal Justen Filho (2003, p.53):

A Constituição Federal Brasileira determina, no art.175, que a prestação dos serviços públicos incumbe ao Poder Público, diretamente ou “sob regime de concessão ou permissão”. Em inúmeras outras passagens, a CF/88 faz menção ao serviço de concessão de serviço público. Não existe, porém, uma formulação conceitual precisa, no âmbito da Constituição, sobre os contornos da concessão de serviço público – nem caberia, aliás, definição dessa ordem no plano Constitucional.

Surge somente em 1995 a tão esperada Lei nº 8.987, que passou a dispor sobre o regime de concessão comum e permissão de serviço público, do mesmo modo que estava previsto no art. 175 da Lei Maior em vigor. Não obstante, trouxe consigo a definição legislativa formal para o instituto da concessão. Conforme o art. 2º, inciso II, considera-se 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”.

Contudo, apesar das omissões e falhas contidas na lei 8.987/95, ela veio completar um vácuo no sistema jurídico brasileiro, visto que o instituto das concessões se suscetibilizava da ordenação da matéria, amparando-se, apenas, na doutrina e jurisprudências viventes.

Seguindo a doutrina de Hely Lopes Meirelles (2009, p.264), concessão de serviço público, é o que tem por desígnio a transferência da execução de um serviço do

Poder Público ao particular, que se remunerará dos gastos com o empreendimento, através de uma tarifa cobrada dos usuários do serviço. É comum, ainda, nos contratos de concessão de serviço público a fixação de um montante, devido pelo concessionário ao concedente, a título de retribuição pelos serviços de supervisão, fiscalização e controle da execução do ajuste, a cargo deste último.

Como se depreende a concessão contém cinco componentes fundamentais, o primeiro se refere a um contrato administrativo propriamente dito; tem como propósito a exploração e o andamento de um serviço público; a exploração é executada contraindo o concessionário os riscos aderentes ou que poderão vir a surgir; a remuneração funda-se no direito do concessionário de perceber em seu favor e do público uma taxa fixada pelas tarifas, durante todo o período da concessão e o quinto e último elemento se reporta ao longo prazo do contrato de concessão.

Neste diapasão, acentua José dos Santos Carvalho Filho (2011, p.338):

Concessão de serviço público é o contrato administrativo pelo qual a Administração Pública transfere à pessoa jurídica ou a consórcio de empresas a execução de certa atividade de interesse coletivo, remunerada através do sistema de tarifas pagas pelos usuários. Nessa relação jurídica, a Administração Pública é denominada de concedente, e, o executor do serviço de concessionário.

Dentro da dimensão do objeto da concessão em estudo, insiste sublinhar, que a prestação de serviço público é um dos itens medular, afinal o contrato de concessão confunde-se com o próprio instituto. É válido observar que “havendo uma ligação originária entre contrato de concessão e prestação de serviço público, o objeto “prestação de serviço público” é um dos elementos essenciais do ato de outorga” (MONTEIRO, 2010, p.37).

Ainda nessa premissa, sustenta José dos Santos Carvalho Filho (2011, p.339), o objeto da concessão mediatamente significa a avidez administrativa de gerir, de forma descentralizada, determinado serviço público, com o intuito de agilizar a atividade para melhor atender o interesse coletivo. Por sua vez, o objeto imediato é a execução de determinada atividade caracterizada como serviço público a ser usufruída pelos indivíduos que a solicitam.

Sendo assim, a concessão é o instituto pelo qual o Estado, poder concedente, delega a exploração do serviço público para o particular, concessionário. Deve-se atentar para a titularidade do serviço, que em momento algum deixa de ser do

Estado, só é transferido para o particular à possibilidade de execução do mesmo.

Não é outro o entendimento de Celso Antonio Bandeira de Mello (1986, p.10), afirmando que o concessionário só pode ter o exercício da atividade, nunca, porém a atividade, a senhoria sobre ela. Ora, o interesse público é algo que está axiomáticamente internado na esfera estatal, como um bem jurídico indisponível, inegociável e sobre que o Estado não pode transigir ou transacionar. Disto procede a impossibilidade absoluta de “aliená-lo”.

É de clareza meridiana que o concessionário, seja ele quem for não é titular do serviço, não pode retê-lo em suas mãos contra o interesse público pelo qual o concedente é responsável, “eis aí a razão pela qual afirmamos que o concessionário exerce o serviço concedido se quando, como e enquanto o Poder Público o desejar” (MELLO, 1986, p.10).

É interessante observar que “serviço concedido é serviço do Poder Público, apenas executado por particular em razão da concessão” (MEIRELLES, 2009, p.389). Terceiros, fortuitamente, poderão exercê-los, mas tão somente se o Poder Público considerar profícuo e útil para a coletividade, afinal o que orienta a prestação do serviço público é a utilidade pública.

Neste compasso, leciona Edimir Netto de Araújo (2012, p.177):

Concessão de serviço público é a transferência por contrato, temporária ou resolúvel, de execução de serviços públicos essenciais, secundários, ou de simples interesse público ou utilidade pública, dos quais a Administração tem a titularidade, para que, por sua conta e risco, no interesse geral, o concessionário os desempenhe ou explore.

Certos serviços públicos são de responsabilidade federal, outros, pertencem aos Estados e outros concernem aos municípios, elucidando, dessa forma, que no sistema constitucional brasileiro existe a triplicidade de pessoas jurídicas políticas. Portanto, incumbe ao Poder executivo, a priori, a realização de tais serviços.

Em princípio, é o conjunto orgânico burocrático público, leia-se do executivo, que deve proceder à prestação dos serviços públicos. O executivo precisa de autorização do legislativo para a transferência de tais serviços aos particulares, isso se justifica porque a competência não é um bem disponível do qual se possa abrir mão. É um dever-poder (MELLO, 1986, p.11).

Não é outro o pensamento de Hely Lopes Meirelles (2009, p.390):

Como o serviço, apesar de concedido, continua sendo público, o poder concedente – União, Estado-membro, Município – nunca se despoja do direito de explorá-lo, direta ou indiretamente, por seus órgãos, suas autarquias e empresas estatais, desde que o interesse coletivo assim o exija. Nessas condições, permanece com o poder concedente a faculdade de, a qualquer tempo, no curso da concessão, retomar o serviço concedido, mediante indenização, ao concessionário, dos lucros cessantes e danos emergentes resultantes da encampação. As indenizações, em tal hipótese, serão as previstas no contrato, ou, se omitidas, as que foram apuradas amigavelmente ou judicialmente.

No que concerne a retomada imediata do serviço público pelo concedente, torna-se válido frisar que é direito dele por fim, mediante ato próprio, os efeitos do ato concessivo, readquirindo o serviço. Vale afirmar ainda, que “para reinvestir-se nele o concedente não está obrigado a propor uma ação judicial” (MELLO, 1986, p.14)

O poder concedente poderá intervir na concessão, com o propósito de conferir a adequada prestação do serviço público, bem como o fiel cumprimento das normas contratuais, regulamentares e legais pertinentes (CUNHA JR, 2011, p.500).

Portanto, existe em prol do concedente sobre o concessionário e o serviço concedido, o poder de fiscalização e inspeção, poder de regular as tarifas, poder de alteração unilateral das cláusulas regulamentares e, como já exposto, a extinção da concessão antes de findo o prazo estatuído.

Expressando a máquina burocrática o alvo de assumir diretamente a prestação do serviço público, a favor da conveniência da coletividade, é imediata a disponibilidade, pelo concedente, dos bens aplicados ao serviço pelo concessionário. É simples decorrência da retomada do serviço, não lhe pode ser obstado assumir a gestão de tais bens, procedendo, inclusive a imediata regulamentação dele para melhor atender a coletividade que esta a seu cargo curar (MELLO, 1986, p.16).

Observe que se faz necessária a figura da encampação nesse cenário, uma vez que a concessão retomada pelo Estado tem como meio determinante para o seu fim os bens empregados pelo concessionário para a execução do serviço. Tais bens possuem somente essa finalidade e se forem apartados da concessão não terão mais serventia.

No tocante a esse assunto, fundamental é a lição de Celso Antonio Bandeira de Mello (1986,p.16):

Eis, pois, que cabe aplicar rito assemelhado ao da desapropriação em ação de encampação, observadas e atendidas, entretanto, as consequências

procedentes da diversa índole dos dois institutos e tendo em prática sempre esta essencial diferença: na desapropriação, o objetivo do Poder Público é captar para si bem alheio, na encampação, o objetivo da concedente é retomar bem próprio, isto é, a prestação de serviço que é seu, a disposição sobre os bens aplicados ao serviço é mera consequência da retomada daquilo que lhe pertence - a prestação do serviço.

Adverso do que foi exposto, insta salientar, que o concessionário não fica desprovido de direitos. Seus objetivos de lucro módico e interesses patrimoniais são assegurados.

Nesta consonância, corrobora Celso Antonio Bandeira de Mello (1986, p.19), afirmando que para o concessionário a prestação do serviço é um meio através do qual obtém o fim que vislumbra: o lucro. De caráter contrário, para o Estado, o lucro que propicia ao concessionário, é meio, por cuja via busca o seu propósito, que é a boa realização do serviço.

Não é outro o entendimento esposado por Marçal Justen Filho (2011, p. 257), para quem a outorga da concessão de serviço público produz a mercantilização da atividade, a prestação do serviço público delegado é norteada por princípios de racionalidade econômica. Os investimentos de recursos privados realizados visam racionalmente à obtenção de lucros.

Tendo em vista o elemento propulsor dessa relação jurídica, que nada mais é do que atender de forma eficiente os reclames da sociedade, é relevante que o serviço público, quando concedido, esteja a cargo de quem disponha verdadeiramente habilidades para ofertá-los.

Nessa esteira, segue-se a lição de Celso Antonio Bandeira de Mello (1982, p.16):

É imprescindível que o concessionário possua, de logo, aptidão jurídica, técnica, administrativa, econômico-financeira e idoneidade moral. Sem estas, ou à míngua de qualquer delas, estarão subtraídos os pressupostos que ditam a outorga e a permanência de concessão, falecendo, pois, os mais elementares requisitos condicionais a seu existir.

Com isso, constata-se que os requisitos aduzidos devem porfiar no decurso da relação jurídica, pois tem como elemento caracterizador a duração prolongada no tempo, acarretando a extinção da concessão.

Por fim, ressalte-se ainda a relevância da garantia contratual de um equilíbrio econômico financeiro no que tange as concessões. Tal garantia vem mitigando as reações unilaterais do poder concedente, essa foi uma das inovações abarcadas pela lei 8.987/95, que “preocupou-se nitidamente em ampliar o acervo de direitos e

garantias dos concessionários e permissionários” (COSTA, 1995, p.97).

Em 1982 Celso Antonio Bandeira de Mello já tinha se preocupado em conceituar o instituto das concessões, abrangendo a figura do equilíbrio econômico-financeiro (1982, p.14):

Pode-se conceituar a concessão como a relação jurídica complexa pela qual o Estado atribui a alguém o exercício de um serviço público e este aceita prestá-lo em nome do concedente, sob condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Estado, mas por sua conta, risco e perigos, remunerando-se, de regra, mediante tarifas cobradas diretamente dos usuários e tendo a garantia contratual de um equilíbrio econômico-financeiro.

É cediço que a concessão de serviço público é um contrato administrativo e este, na sua teoria, preza a manutenção do equilíbrio econômico financeiro, que é abraçada como elemento crucial e determinante.

O respeito à equação do equilíbrio financeiro só existe quando ambas as partes cumprem à fiabilidade o que ela se traduziu. Sendo assim, o contratado tem que executar as prestações devidas com integral precisão e o contratante, Estado, está sujeito a assegurar ao contratado a captação de valor, que à época do ajuste, por ambos foi mensurado como remuneração capaz de acobertar o custo da prestação e o lucro que a ela corresponderia (MELLO, 2012, p. 255).

Diante do exposto, conclui-se que nenhuma das partes, obtém enriquecimento ilícito à custa da outra e que a administração pode e deve manter o acordado, ou seja, zelar pela conservação da equação econômica que ela própria anunciou aceitável.

Já no ano de 2012, em parecer jurídico, Celso Antonio Bandeira de Mello leciona:

O Estado e as criaturas que instituir para auxiliá-lo não atuam de acordo com o direito, mas violam-no, quando afrontam direitos alheios ou quando, havendo-os agravado, deixam de recompô-los fundados na errônea suposição de que estão, dessarte, a defender o “interesse público”. Juridicamente, não há interesse público contra lei. Não há interesse público no desentendimento de direito alheio. Não é lícito a uma pessoa governamental esquivar-se a cumprir ou a reconhecer o direito de terceiros. Esta obviedade muitas vezes necessita ser afirmada ante a ingênua desenvoltura do poder público, no Brasil, em supor-se acima da ordem jurídica ou liberado para eximir-se de cumpri-la contrapondo-lhe alegações de interesse público.

Neste mesmo sentido, entende o magistrado Flávio Dino de Castro e Costa (1995, p.98), aludindo que a supremacia do interesse público deixou de ser um valor absoluto, tornou-se necessário temperá-lo com velhas regras do Direito Privado, que homenageiam a boa-fé e a aparência jurídica.

Conclui-se, dessa forma, que deve haver um referido empenho em garantir o equilíbrio econômico financeiro do contrato administrativo, pactuado entre o concedente e o concessionário, com o fito de manter as condições efetivas da proposta¹⁵ e assegurar, de forma verdadeira e fiel, o interesse público.

3.2.2 A diferença de permissão para concessão

No cenário da Administração Pública atual, existem diferenças fundamentais entre os institutos jurídicos da concessão e da permissão de serviços públicos, seja quanto ao tipo de contrato administrativo, a forma de licitação, aos destinatários ou a peculiaridades do contrato administrativo. No item anterior o conceito de concessão foi analisado detalhadamente e para melhor compreensão das diferenças entre concessão e permissão de serviços públicos é necessário uma breve conceituação do instituto da permissão.

O instituto da permissão de serviços públicos foi previsto e conceituado pela Lei nº 8987/95 como uma forma de delegação da prestação de serviço público através de licitação, sob título precário, podendo o destinatário ser pessoa física ou pessoa jurídica que promova e execute a prestação do serviço assumindo todos os riscos desta. Este instituto se formaliza através de um contrato de adesão de natureza precária. Em linhas gerais, a permissão de serviços públicos é um contrato administrativo pelo qual o Poder Público transmite à entes privados e particulares a responsabilidade pela execução de um dado serviço público.

Nesse sentido assevera Marcio Pestana (2008, p.366):

Por permissão de serviço Público, na dicção legislativa, compreende-se 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.

¹⁵ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

Com o conceito fornecido pela Lei nº 8987/95 é possível retirar como elementos da permissão a natureza jurídica de contrato administrativo, o objetivo de ser utilizada Como delegação da prestação de serviços públicos, a necessidade de tal delegação ser mediante licitação, a transferência da responsabilidade da prestação pode ser à pessoa natural ou jurídica e a forma do contrato é feita a título precário. A partir da identificação destes elementos é possível efetuar a clara diferenciação entre os institutos citados.

Numa análise superficial se pode considerar que não existem diferenças entre a concessão e a permissão de serviços públicos, pois de fato os institutos são bastante semelhantes. A natureza jurídica deles é a mesma, ambos são contratos administrativos, possuem o mesmo objetivo, de delegação da prestação de serviços públicos e no quesito licitação partilham da mesma necessidade. É interessante observar que “a despeito de inúmeras vozes discordantes dentro do próprio tribunal, a maioria do STF considerou que atualmente a concessão e a permissão de serviços públicos tem a mesma natureza jurídica: contrato administrativo” (FILHO, 2011, p.383).

Seguindo essa ótica a diferença entre eles não é aparente, porém se forem analisados cuidadosamente, aparecem as diferenças, que são relevantes para o entendimento dos dois institutos.

Para Maria Sylvia Zanella de Pietro (2012, p.310):

A diferença está na forma de constituição, pois a concessão decorre de acordo de vontades e, a permissão, de ato unilateral; e na precariedade existente na permissão e não na concessão.

De fato ambos são contratos administrativos, contudo na permissão o contrato celebrado é de adesão com a natureza precária, já na concessão é celebrado um contrato administrativo sem peculiaridades. Ou seja, na permissão a Administração Pública pode rescindir o contrato de forma unilateral sem que precise indenizar ao destinatário da delegação por possíveis prejuízos causados. Tal ocorrência não se verifica na concessão, pois o contrato tem prazo extenso.

Para Celso Antonio Bandeira de Mello, no que tange o instituto permissão, pontualmente a sua natureza precária, é válido afirmar (2010, p.759):

Pelo seu caráter precário, caberia utilizá-la normalmente, quando; a) o permissionário não necessite alocar grandes capitais para o desempenho do serviço; b) poderia mobilizar, para diversa destinação e sem maiores

transtornos, o equipamento utilizado ou, ainda, quando; c) o serviço não envolvesse implantação física de aparelhamento que adere ao solo, ou, finalmente, quando; d) os riscos da precariedade a serem assumidos pelo permissionário fossem compensáveis seja pela extrema rentabilidade do serviço, seja pelo curtíssimo prazo em que se realizaria a satisfação econômica almejada.

Nos dois institutos há necessidade da delegação através de licitação, porém eles se diferenciam na forma desta licitação. Enquanto na permissão a licitação deverá ser feita de acordo com a modalidade de cada caso, na concessão ela deve ser feita através de concorrência. A última diferença básica é a figura do destinatário da delegação, na permissão o chamado permissionário pode ser pessoa física ou jurídica enquanto na concessão o chamado cessionário só pode ser uma pessoa jurídica ou um consórcio de empresas.

Nessa senda contribui Marcio Pestana (2008, p.367):

Destaque-se que, fundamentalmente, são três os pontos de discriminação da permissão em relação à concessão: na permissão, a forma de constituição se dá de maneira unilateral, enquanto, na concessão decorre do encontro e da conjugação de vontades das partes contratantes. Na permissão, ademais, nota-se o caráter de precariedade, não observado na concessão. Finalmente, na permissão admite-se a contratação de pessoas físicas, além de pessoas jurídicas; na concessão, por sua vez, só se admite a contratação de pessoas jurídicas.

As diferenças entre a concessão de serviços públicos e a permissão de serviços públicos são determinantes para o entendimento dos dois institutos e sua importância para a Máquina Administrativa.

4 A PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA COMO ESPÉCIE DE CONCESSÃO

O instituto da parceria público-privada será caracterizado e examinado como uma espécie de concessão, isso porque em virtude da sua caracterização e, ainda, pela referência expressa que a Lei fez as concessões comuns, admitindo, inclusive, aplicação subsidiária das normas de algumas normas desse diploma, é relevante afirmar que “nos termos da lei, a contratação de parceria público-privada nada mais é do que modalidade especial dos contratos de concessão” (FILHO, 2011, p.390).

4.1 CONCEITO

Diante da legislação brasileira corrente, a expressão parceria público-privada pode ser empregada no ordenamento jurídico em dois sentidos simultâneos, o sentido amplo e o restrito. Cabe aqui, como forma de acrescentar conhecimento e elucidações sobre o tema, a distinção de ambos.

Para Jacintho Arruda Câmara (2001, p.158):

Quando se fala em PPP, no Brasil, é possível se deparar com dois sentidos. Em alguns casos PPP quer designar uma nova filosofia de entabular relacionamentos entre o Poder Público e a iniciativa privada. Muda-se a forma de contratar, os papéis anteriormente consagrados para a atuação do Poder Público, de um lado, e dos particulares, de outro, são revistos, com o fito de se implementar um sistema de relacionamento (uma contratação) mais eficiente, com maior retorno ao interesse público. Noutros casos a sigla tem emprego mais conjuntural: restringe-se às alterações propostas na legislação brasileira por intermédio da Lei das PPPs.

Deveras, que a Lei das parcerias público-privadas não surgiu com o objetivo de excluir da estrutura orgânica da administração as relações entre Estado e particular já existentes. Esse rol extensivo tem como a figura mais conhecida, a Lei de Concessões, mas não é só, pode-se reportar as parcerias que envolvem os serviços

públicos econômicos¹⁶ e os serviços sociais¹⁷.

Seguindo essa ótica, assevera Carlos Ari Sundfeld (2011, p.20), afirmando ser em sentido amplo as PPPs com múltiplos vínculos negociais de trato continuado estabelecidos entre a Administração Pública e particulares para ensejar o desenvolvimento, sob a responsabilidade destes, de atividade com algum grau de interesse público. Já em sentido estrito, PPPs são os vínculos negociais que adotem a forma de concessão patrocinada e de concessão administrativa definidas pela Lei federal 11.079/04.

Não é outro o pensamento de Paulo Modesto (2011, p.508), se referindo à dubiedade de sentidos que regem a expressão parceria público-privada, que em sentido amplo se caracteriza como acordos entre duas ou mais partes, para atuarem juntas em direção a um objetivo comum. De outro modo, a parceria em sentido estrito, é aquela que se encontra na Lei. 11.079/04.

Por certo, não é o sentido lato do vocábulo parceria que cumpre aqui desenvolver, interessa avaliar o vulto próprio da expressão parceria público-privada investida na Lei 11.079/04, primordialmente sua aplicação no campo dos serviços públicos.

Segundo Paulo Modesto (2011, p.509), a Lei denomina como “parceria público-privada o contrato especial de concessão que estabeleça contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado, sob duas modalidades: concessão patrocinada e concessão administrativa.”

No entanto, ao analisar a letra da lei nº 11.079/2004, constata-se que a mesma não definiu o que é parceria público-privada, limitando-se a estabelecer que “parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão na modalidade patrocinada ou administrativa”¹⁸. Tal constatação reporta a definição da parceria público-privada na espécie de concessão patrocinada e na espécie de concessão administrativa, que se passa a expor.

4.2 ESPÉCIES DE PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA

¹⁶ A Lei dos portos n.8.630/93, bem como a vasta legislação setorial de telecomunicações, energia, petróleo, gás, ferrovias...

¹⁷ Lei federal 9.637/98 (OS) e a Lei Federal 9.790/99 (OSCIP).

¹⁸ Art.2º Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa.

Diferentemente do método da concessão tradicional, em que é concedido o direito ao particular de explorar estipulado serviço público econômico, que será remunerado ao longo do tempo com as tarifas, nas parcerias público-privadas será o próprio Estado que assumirá com parte¹⁹ ou com a totalidade²⁰ de investimento realizado pelo particular.

A inovação da Lei 11.079/04 está justamente na criação de duas novas modalidades de concessão de serviços, a patrocinada e a administrativa. Surgiram com o objetivo de abarcar situações que não encontravam soluções na legislação das concessões. “A Lei das PPPs teve, então, o limite do escopo de instituir justamente as regras faltantes” (SUNDFELD, 2011, p. 23).

Seguindo o magistério de Vera Monteiro (2007, p.43), tem-se de forma clara a definição de concessão patrocinada:

Concessão de serviços públicos ou de obras públicas onde haja contraprestação pecuniária a ser paga pelo concedente ao concessionário. Trata-se da concessão patrocinada, que em tudo é idêntica à concessão típica (comum) da Lei nº 8.987/95 (lei de concessões), a não ser pelo fato de que a remuneração do concessionário é feita, em parte, com recursos públicos. A diferença do comum é que neste modelo patrocinado o Poder Público assume obrigações financeira para o concessionário. Para normatizar esta específica característica desses contratos, a lei determina a aplicação das regras da parceria público-privada, as quais se somarão ao arcabouço da lei de concessões, que lhe é inteiramente aplicável.

Deste modo, é possível afirmar que a única diferença da concessão patrocinada para a comum, é que nessa a amortização dos investimentos particulares é feita integralmente pelas tarifas pagas pelos usuários, enquanto que naquela a amortização é feita concomitantemente com tarifas e verbas pagas pelo Estado.

Contudo, é de real importância frisar que as concessões patrocinadas já tinham um apoio relevante na lei das concessões, “isso faz inclusive com que muitos autores sustentem que a consagração legal da modalidade patrocinada de concessão não era imprescindível” (ARAGÃO, 2005, p.111).

Nesse sentido, ilustrativa é a contribuição oferecida por Benedicto Porto Neto (2011,

¹⁹ § 1º Concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº8.987/95, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.

²⁰ § 2º Concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens.

p.140), afirmando que a concessão patrocinada já era admitida pela Lei. 8.987/95, que autorizava que os contratos contemplassem, em prol dos concessionários, procedências de receitas complementares à arrecadação de tarifas²¹. Uma dessas fontes de receita podiam ser os cofres públicos, mesmo antes do advento da Lei da PPPs.

Com efeito, tal complementação conferida pelo Poder Público, ainda antecedente a legislação das PPPs, tinha como finalidade clara sustentar o cumprimento dos propósitos do serviço público, ou efetuar as funções estatais que dizem respeito à realização do interesse público.

Do que foi exposto, se obtém total clareza com o exemplo conferido por Alexandre Santos de Aragão (2005, p.112):

Basta lembrarmos do apoio que o Estado deu muitas vezes concedendo ao concessionário a exploração de imóveis sem relação necessária com o serviço, reequilibrando a equação econômico-financeira do contrato com o aporte de verbas ao invés de aumentar tarifas que já se encontravam no limite da capacidade dos usuários, assumindo a obrigação de realizar certos investimentos que ordinariamente caberiam ao concessionário (ex. Metrô do Estado do Rio de Janeiro, em que a concessionária opera apenas o sistema, mas a expansão das linhas e a aquisição de novos vagões continua sendo de responsabilidade do Estado).

Outro exemplo semelhante ao anterior é agraciado por Vera Monteiro (2007, p. 43), quando faz referência a linha 4 do metrô do Estado de São Paulo, que precisou de recursos orçamentários para complementar a arrecadação tarifária.

Ainda que os estudos apontem para o reconhecimento da concessão patrocinada na lei das concessões, não foi uma afronta ou desnecessária a sua admissão na Lei das PPPs, isso porque “sob a égide apenas da Lei nº8. 987/95, as discussões eram tantas que muitos agentes públicos e privados não tinham segurança suficiente para celebrar delegações de serviços públicos, com alguma espécie de apoio financeiro direto do Poder Público” (ARAGÃO, 2005, p.113).

Já é sabido que o regime remuneratório da concessão patrocinada, deve incluir, também, a contraprestação do concedente em forma de pecúnia, mas o que é a contraprestação pecuniária do poder público que configura a chamada concessão patrocinada é o que deve ficar claro.

²¹ Art. 11. No atendimento às peculiaridades de cada serviço público, poderá o poder concedente prever, em favor da concessionária, no edital de licitação, a possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas.

Na letra da Lei 11.079/04 o art. 6º faz alusão de como a contraprestação da Administração Pública poderá ser feita, sendo através de ordem bancária ou por cessão de créditos não tributários. O mesmo artigo ainda lista outras formas não pecuniárias de a administração remunerar os concessionários, são as chamadas receitas alternativas, são elas: outorga de direitos sobre bens públicos dominicais e a outorga de direitos em face da Administração Pública. É interessante citar exemplos desta, “o direito de uso alternativo de imóveis ou de construir acima do coeficiente do aproveitamento do local” (SUNDFELD, 2011, p.30).

Para Carlos Ari Sundfeld (2011, p.30), o mero fato de o concessionário receber receitas alternativas não configura a concessão como patrocinada, pois está só se esculpe quando a Administração versa uma contraprestação pecuniária, ainda que o particular receba, também, outras receitas do Estado não sendo em pecúnia ou receitas alternativas.

Ao lado da concessão patrocinada, logo se acrescenta a concessão administrativa, essa pode ser considerada como o ponto completamente inovador da Lei das PPPs, ela não existia, sendo assim, uma nova fórmula contratual para a Administração obter serviços.

No que tange o seu conceito, assinala Carlos Ari Sundfeld (2011, p.31):

Há dois tipos de concessão administrativa: a de serviços públicos e a de serviços ao Estado. A concessão administrativa de serviços públicos é aquela em que, tendo por objeto os serviços públicos a que se refere o art.175 da CF, estes sejam prestados diretamente aos administrados sem a cobrança de qualquer tarifa, remunerando-se o concessionário por contraprestação versada em pecúnia pelo concedente (em conjunto ou não com outras receitas alternativas). Já a concessão administrativa de serviços ao Estado é aquela que tem por objeto o oferecimento de utilidades à própria administração, que será havida como usuária direta dos serviços e versará a correspondente remuneração.

Ao tratar da concessão administrativa, detecta-se, primordialmente, a sua diferença da concessão patrocinada, a forma de remuneração somente pode ser efetuada pela máquina administrativa.

Não é outro o entendimento de Benedicto Porto Neto (2011, p.140), afirmando que o elemento que confere identidade a concessão administrativa e a submete ao regime da lei das PPPs é o fato de o concessionário não arrecadar tarifas dos usuários e o poder concedente assumir obrigação pecuniária frente ao concessionário.

Na concessão administrativa por ser justamente a utilização da iniciativa privada

para a construção e gestão concessionada de serviços públicos não onerosos, ou seja, não pagos pelos utentes, tradicionalmente montados e geridos diretamente pelo poder Público, há aqui uma relação jurídica apenas entre o usuário e o particular, diferente da relação jurídica triangular na concessão comum, estabelecida entre poder concedente, a concessionária e o usuário.

É comum adotar a concessão administrativa na construção e administração de obras públicas, com hospitais, presídios públicos e escolas públicas, que não envolve a contraprestação do usuário, apenas do Estado.

Nesse sentido, salienta Paulo Modesto (2011, p.517):

Figura-se a hipótese da União Federal pretender a instalação de um hospital para atendimento gratuito e especializado a portadores de cardiopatas em um Município carente. Não dispondo a União de recursos orçamentários para a construção e operação de um novo hospital no referido Município, nem havendo autossustentabilidade econômica do projeto, pela incerteza da demanda e pelo caráter gratuito do atendimento, nem sendo possível a aquisição direta dos serviços através de hospitais privados, por ausência de prestadores locais, pode-se cogitar da utilização do modelo da concessão administrativa, remunerando-se o concessionário que assumira a construção e operação do novo hospital.

No que concerne a remuneração do concessionário, a lei não exige que na concessão administrativa a contraprestação do concedente seja em pecúnia. Poderá sê-lo pelas outras formas do artigo 6^o²², as receitas alternativas. É interessante afirmar que “a única forma de remuneração que descaracterizaria a concessão administrativa é o recebimento pelo concessionário da tarifa dos administrados especificamente para remunerar seus serviços” (SUNDFELD, 2011, p.35).

Por fim, incumbe arrematar, de forma repetitiva, mas necessária, que a concessão administrativa de serviços públicos é uma espécie da concessão de serviços públicos a que se refere o art.175 da CF, juntamente com a concessão comum e a concessão patrocinada. A distinção entre as três espécies corre por conta da forma de remuneração do concessionário, como apresentado.

As parcerias público-privadas têm grande utilidade para ensejar a delegação à iniciativa privada de empreendimentos que sob o prisma técnico ou econômico, não tenham como se viabilizar mediante remuneração oriunda apenas de tarifas

²² Art. 6^o A contraprestação da Administração Pública nos contratos de parceria público-privada poderá ser feita por:

III – outorga de direitos em face da Administração Pública;

IV – outorga de direitos sobre bens públicos dominicais;

cobradas de usuários, eis aqui o mais importante aprimoramento das concessões incorporado pela Lei 11.079/04.

4.3 APRIMORAMENTO DAS CONCESSÕES

A Lei 11.079/04 foi editada com o objetivo de complementar a Lei das concessões, visando suprir as falhas e as insuficiências. A Lei das PPPs é, sem dúvida, um instrumento de evolução e aperfeiçoamento das concessões de serviços públicos.

Ao tratar do tema, sustenta Carlos Ari Sundfeld (2011, p.19) que “havia necessidade de uma nova lei nacional, que complementasse a Lei de Concessões, bem como de criar uma nova estrutura orgânica na Administração Federal para cuidar do programa de PPP”.

A PPP manifesta na mais nova configuração jurídica incorporada pela Reforma do Estado, com o intuito de suprir a necessidade de infraestrutura básica, seduzir investidores e alcançar recursos para proporcionar sua melhor aplicação.

Conforme elucida Arnoldo Wald (2005, p. 20), afirmando que as PPPs tiveram como finalidade a resolução de duas situações que não encontravam respostas na legislação das concessões. Se reportando aos serviços públicos em relação aos quais os usuários poderiam pagar uma determinada tarifa, mas não tinham condições arcar com o pagamento do valor necessário para assegurar a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro da concessionária, havendo necessidade de subsídio e os serviços públicos que deviam ser da responsabilidade exclusiva do Estado.

Sendo assim, esse novel instituto nasce com grandes desafios, dentre os quais realizar projetos até então inviáveis, ou seja, concretizar projetos que o Estado, tendo noção de suas restrições orçamentárias e o esgotamento de sua capacidade de endividamento, por si só, não seria capaz de implementar, e projetos que a iniciativa privada, não teria interesse de, sozinho, efetuar, em razão ao alto grau de risco, sem as devidas garantias.

No que tangência o aprimoramento das concessões é essencial a lição de Arnoldo Wald, explicada com total esmero (2005, p.20):

Dez anos após a aprovação da legislação sobre as concessões, reconheceu-se, pois, a necessidade de ampliar a parceria entre o Estado e as empresas a fim de atender as situações não abrangidas pelos diplomas anteriores. Essa imperatividade se faz sentir especialmente no momento em que o Estado pretende utilizar a maior parte dos seus recursos para resolver problemas sociais. E, por outro lado, os investimentos na infraestrutura tornaram-se mais pesados para o Estado em razão da evolução tecnológica e das transformações sofridas pela nossa economia que criaram novas necessidades, como é o caso do significativo aumento das nossas exportações.

Pode-se absorver, então, duas questões essenciais que atravessam a discussão econômica em torno da explicação de se defender a adoção das parcerias público-privadas, em primeiro lugar a real capacidade na prestação de serviços públicos e para isso a obtenção de recursos em face de uma escassez orçamentária.

Nesse sentido Maurício Ribeiro e Lucas Prado, em sua obra *Comentários à Lei de PPP* (2007, p.50), consideram como uma inovação de vital importância para a implementação das PPPs a possibilidade da Administração conceder aos parceiros privados garantias de pagamentos da contraprestação pública. Como, infelizmente, os entes governamentais brasileiros possuem a má fama de péssimos pagadores e que os créditos contra a Fazenda Pública estão sujeitos ao deplorável procedimento dos precatórios, era necessário que a Lei de PPP garantisse a ideal percepção da contraprestação do Estado. Em face disso surgiu a nova figura do Fundo Garantidor de PPP.

O Fundo Garantidor de PPP é um ente de natureza privada, que tem por finalidade prestar garantias de pagamento de obrigações pecuniárias assumidas pelos parceiros públicos federais²³.

Outra inovação trazida pela Lei de PPP foi a possibilidade de utilização de arbitragem entre a Administração Pública e o parceiro privado.

Nessa esteira, Arnoldo Wald (2005, p.23) lembra que a legislação anterior das concessões se referia, genericamente, “ao modo amigável de solução das divergências contratuais”, o que trouxe a baile algumas posições discordantes na jurisprudência, sendo útil a explicitação feita pela Lei de PPP, constituindo incontestável progresso.

²³ Art. 16. Ficam a União, seus fundos especiais, suas autarquias, suas fundações públicas e suas empresas estatais dependentes autorizadas a participar, 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 de que trata esta Lei.

Trouxe ainda novidade no processo licitatório, a chamada inversão de fases na licitação, que permite a análise da proposta de preços antes da fase da habilitação. E não deixou de mencionar a repartição de riscos nas parcerias entre Estado e particular, a possibilidade do contrato distribuir quaisquer risco entre a Administração e o parceiro privado. No entanto, o art. 10º da Lei de concessões já apontava nesse sentido quando diz que o equilíbrio econômico-financeiro do contrato da concessão estará obedecido as condições do contrato²⁴. Observe que o aludido artigo conferiu ao senso comum jurídico limitar o seu emprego no que diz respeito a permissão de estipular por via contratual de quaisquer arranjos de distribuição de riscos, sem interferência das ideias tradicionais sobre equilíbrio econômico-financeiro e sobre distribuição de riscos (RIBEIRO e PRADO, 2007, p.48).

Essas são algumas novidades e aperfeiçoamentos incorporados pela Lei de PPP no ordenamento jurídico vigente. Insta salientar, portanto, que a Lei. 11.079/04 não modificou o sentido da concessão abarcando as espécies de PPP, exclusivamente, promoveu a atualização legislativa dos métodos que regem o vínculo entre o público e privado que tem função concessória.

O argumento que aqui se articula é que “a Lei 11.079/20004 ao ampliar o espectro da concessão, promove uma reflexão importante acerca da teoria clássica dos contratos administrativos e de sua evolução” (MONTEIRO, 2010, p.186).

Sendo assim, as PPPs contribuirão de forma crucial para que o Estado retome sua autossuficiência financeira e com isso promover o devido desenvolvimento econômico e social, sem perder de vista o interesse coletivo.

4.4 REQUISITOS PRIMORDIAIS DAS PPPs

Aqui serão analisadas condições que se deve satisfazer para alcançar certo fim, o de constituir de forma legal uma parceria público-privada regida pela Lei 11.079/04. Cabe ter em vista as exigências de ordem legal para que determinado processo possa ter andamento, bem como o rascunho delineado do programa PPP.

As PPPs não se configuram como mais uma alternativa a ser escolhida de forma

²⁴ Art. 10. Sempre que forem atendidas as condições do contrato, considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro.

discricionária, ou seja, livre de condições, são, caso a caso, a possibilidade que justificadamente deve ser realizada perante os pressupostos fático-normativos.

Nesse sentido, eis o pensamento de Egon Bockmann Moreira (2011, p.112):

É comum na doutrina a referência às PPPs como instrumento para a sucessão de uma “lógica da substituição” (exclusão setorial entre o público e o privado, com fronteiras rígidas, relações de subordinação e antagonismos) por uma “lógica de cooperação” (coabitação de setores público e privado, com fronteiras difusas, relações de coordenação e mistura de propósitos). Essa colaboração recíproca entre parceiros públicos e privados não podem ser lida à luz retrospectiva da lógica da substituição.

Extrai-se de tal pensamento a essencialidade dos deveres de cooperação entre as partes contratantes. O crucial respeito aos direitos e deveres que se irradiam, ou seja, trazem reflexos não só ao parceiro público e ao parceiro privado, mas também aos demais entes envolvidos no projeto de parceria, podendo citar os órgãos de entidades de controle e supervisão, usuários e terceiros.

Pra Vera Monteiro (2011, p.88), a Lei 11.079/04 fixa que as concessões por ela disciplinadas devam ser instrumento de uso restrito, para situações especiais. Afirma ainda que os negócios receberão a modelagem das PPPs se preencherem os requisitos legais e se houver consenso político para tanto.

Nessa senda, corrobora Paulo Modesto (2011, p.509), aludindo que as PPPs, trata-se, de contrato de direito público, de longo prazo e caráter extraordinário, somente aplicável a ajustes de grande vulto, cujo valor seja equivalente ou exceda a 20 milhões de Reais, possua prazo de vigência igual ou superior a 5 anos, mas não excedente há 35 anos e envolva o compartilhamento de riscos entre o parceiro público e o parceiro privado, inclusive no tocante à cobertura de riscos contra caso fortuito, força maior, fato do príncipe e Alea econômica extraordinária.

A lei 11.079/04 no seu art.2º, parágrafo 4º veda a celebração das PPPs se o valor for inferior a 20 milhões de reais, se o serviço for inferior a 5 anos e que tenha como objeto único o fornecimento de mão-de-obra, de instalação de equipamentos ou a execução de obra pública²⁵.

Esses requisitos postos pela Lei se tornaram o ponto central das concessões

²⁵ Art.2º § 4º É vedada a celebração de contrato de parceria público-privada:

I – cujo valor do contrato seja inferior a R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais);

II – cujo período de prestação do serviço seja inferior a 5 (cinco) anos; ou

III – que tenha como objeto único o fornecimento de mão-de-obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública.

patrocinadas e administrativas, se verificando que a nova disciplina legal tem o escopo de gerar compromissos financeiros estatais firmes e de longo prazo.

Com bem refere Carlos Ari Sundfeld (2011, p.31):

Para as concessões de serviços públicos regidas exclusivamente pela Lei de concessões não há prazos legais mínimos, nem máximos de duração, tampouco piso legal de investimento, tudo depende das decisões da Administração em cada caso, a serem expressas no contrato. Porém ao tratar da concessão patrocinada, a Lei das PPPs acabou por proibir que a Administração Pública se comprometa contratualmente a pagar adicional de tarifa em certas concessões de serviço público: aquelas em que o investimento a cargo do concessionário não chegue a atingir 20 milhões de reais (art.2º, § 4º, I) e quando o seu prazo for inferior a 5 ou superior a 35 anos, incluída a prorrogação (art.2º, § 4º, II, c/c o art.5º, I).

Essa fixação do valor mínimo de investimento privado foi para apartar o modelo contratual das parcerias público-privadas de outros, em razão das proteções especiais conferidas pela Lei 11.079/04 ao privado que decidiu pela realização do investimento. Se pretendeu, também, obter o financiamento privado para a implantação, expansão, ou recuperação da infraestrutura pública sem gerar o habitual endividamento do Estado.

Pra Vera Monteiro (2011, p.88), a lei acabou fazendo esse dimensionamento pelo tempo contratual, sendo relevante notar para o fato de que na concessão patrocinada e na concessão administrativa o contrato adota o compromisso de prestar serviços com base na infraestrutura construída ou ampliada por pelo menos cinco anos. Existente essa condição, é possível afirmar que o projeto atende ao requisito legal.

No que concerne ao imposto pela Lei de PPPs no art. 2º, § 4º, II, o prazo de ao menos cinco anos é necessário para dissolver no decurso temporal a coação financeira.

Para Carlos Ari Sundfeld (2011, p.37), a exigência do prazo de por ao menos cinco anos é o período mínimo de exposição do contratado ao risco de prejuízo econômico em consequência da não ideal realização da infraestrutura. Mas não só isso, é o tempo hábil mínimo para conferido à Administração de amortizar os investimentos.

No que tange a mera execução de obra pública não ser objeto de PPP é explicado pelo desinteresse econômico do contratado pela boa execução do contrato. O único risco da má execução é da Administração não receber o objeto. Fato que tal risco só é real se a Administração tiver capacidade técnica de avaliar as falhas, o que

normalmente não ocorre, acarretando com isso fraude na execução, o que gera recursos suficientes para o contratado corromper a fiscalização da obra e lograr, sem empecilho algum, o recebimento definitivo do objeto (SUNDFELD, 2011, p.36).

Essa vedação imposta na Lei das PPPs faz com que a remuneração dos particulares fique diretamente vinculada a fruição do serviço pela administração ou pelos administrados²⁶ e proporciona sua modificação de acordo com o desempenho do particular, de acordo com metas e modelos de qualidade e disponibilidade fixadas²⁷. Sendo assim, constata-se, que a boa ou má execução da obra terá reflexo preponderante no valor a ser percebido pelo parceiro privado. Com isso, gera-se, para o concessionário interesse de executar a obra da melhor forma possível, inclusive a parte relativa à infraestrutura, levando em conta o prazo de ao menos cinco anos e a capacidade da infraestrutura durar com louvor durante esse período.

No que se refere a licitação, poderá aderir o modelo da concorrência da concessão tradicional²⁸. Mas também é viável a adoção da concorrência-pregão.

Explica Carlos Ari Sundfeld (2011, p.41):

Na concorrência-pregão pode ocorrer: a) a inversão de fases, iniciando-se pelo julgamento e examinando-se a habilitação apenas do vencedor²⁹; b) o saneamento de falhas documentais de índole formal e c) a determinação do vencedor por lances de viva voz, após a etapa de abertura das propostas lacradas. Quanto aos critérios de julgamento, são viáveis o da menor tarifa do serviço público a ser prestado e o da menor contraprestação da Administração, adotados isoladamente ou em conjunto com da melhor técnica (Lei das PPPs, art.12,II, c/c o art. 15, I, e V da Lei de Concessões).

É válido assinalar que a licitação é um meio para, uma vez determinado o interesse público, selecionar a melhor proposta para alcançá-lo, com dispensa de tratamento igualitário aos interessados.

Expõe Benedicto Porto Neto (2011, p.139):

As normas que disciplinam a licitação devem ser adequadas às peculiaridades das PPPs e aos objetivos a serem por meio delas alcançados. Em outras palavras: as PPPs não devem se amoldar às normas de licitação, estas é que devem ser adequadas à viabilização de parcerias eficientes.

²⁶ Art. 7º A contraprestação da Administração Pública será obrigatoriamente precedida da disponibilização do serviço objeto do contrato de parceria público-privada.

²⁷ Art.6º § 1º O contrato poderá prever o pagamento ao parceiro privado de remuneração variável vinculada ao seu desempenho, conforme metas e padrões de qualidade e disponibilidade definidos no contrato.

²⁸ Art.12. O certame para a contratação de parcerias público-privadas obedecerá ao procedimento previsto na legislação vigente sobre licitações e contratos administrativos.

²⁹ Art. 13. O edital poderá prever a inversão da ordem das fases de habilitação e julgamento.

Portanto, as PPPs serão satisfeitas se observarem, primordialmente, os requisitos expostos, sempre tendo em vista o melhor para a coletividade. Dessa forma cabe a exposição de experiências exitosas a luz das parcerias público-privadas.

4.5 EXPERIÊNCIAS EXITOSAS

As parcerias público-privadas surgiram com o objetivo de conferir maior eficiência a vultosos investimentos públicos de infraestrutura que o Estado não tinha condições de arcar sozinho, são os chamados serviços que não são autossustentáveis. Tendo em vista o desenvolvimento econômico, social e tecnológico foi identificado na PPP uma alternativa para viabilizar projetos de infraestrutura e provisão de serviços públicos.

Conforme salienta Diogo Rosenthal Coutinho (2011, p.48):

Nas PPPs há expectativas de retornos positivos para todos os envolvidos. Do lado público, os ganhos podem estar, grosso modo, relacionados a objetivos econômicos, sociais ou políticos. Obrigações e responsabilidades são definidas, riscos alocados e um plano de financiamento concebido para permitir a implementação do projeto.

Deve-se destacar a condição do setor privado, que reúne materiais indispensáveis para a efetivação do projeto, bem como a sua capacidade para operar, em atividades que desempenha habitualmente, ser mais eficiente do que o setor público. Não se pode olvidar que a realização do lucro privado é uma condição necessária para que o projeto caminhe e se implemente.

Essas parcerias têm servido como instrumento de realização de projetos em diferentes campos, em variados países, tanto no que tange o financiamento e operação de serviços públicos quanto de obras públicas (COUTINHO, 2011, p.48).

Constata-se, então, que com diversa intensidade, esses movimentos se estenderam a praticamente todos os países do globo, acarretando variados reflexos no padrão das relações entre setores públicos e privados.

É importante assinalar que a parceria público-privada, no seu sentido mais inovador da expressão, foi fecundada na Inglaterra no início da década de 90, onde após um período de falhas e correções passou a obter bons êxitos nos projetos desenvolvidos, fator motivador para que as PPPs fossem aderidas em diversos

outros países como forma de suprir as necessidades de investimentos públicos.

Impede, nesse contexto, o relato da experiência inglesa no que tange as parcerias público-privadas, devido ao pioneirismo na institucionalização financeira e jurídica e do arranjos e a relativa semelhança que tem esse país e o Brasil no que diz respeito às trajetórias de reformas do Estado percorridas, respectivamente, nas décadas de 80 e 90 do século passado. (COUTINHO, 2011, p.51).

É cediço que as PPPs surgiram no cenário de privatizações, transformação dos governos, terceirizações, liberalizações em geral que geraram variáveis relações entre o Estado e o setor privado tanto na Inglaterra quanto no Brasil.

Segundo Diogo Rosenthal Coutinho (2011, p.53):

A versão inglesa das PPPs – a Private Finance Initiative (PFI)- nasceu em 1992 por iniciativa do gabinete conservador de John Major com o objetivo de estimular empreendimentos conjuntos envolvendo os setores público e privado em um contexto de implementação da agenda liberal de Margaret Thatcher. A PFI foi, àquela altura, definida como um conjunto de ações para aumentar a participação do capital privado na prestação de serviços públicos.

Segundo dados divulgados pelo Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, “o governo britânico assinou até 2003 compromissos superiores a 100 bilhões de libras em contratos de PPP com vencimento até 2006”.

O projeto de maior destaque, de grande vulto dentre todos foi a construção, em 1996, da linha de trem em parte submersa, que cruza o canal da Mancha, com o custo chegando a aproximadamente 4 bilhões de libras. Hoje se discutem e cogitam diferentes maneiras de parceria para a efetivação de projetos de modernização e manutenção do Metrô de Londres, que, somados, representarão a maior PPP britânica jamais realizada no país (COUTINHO, 2011, p.56).

Em seu ilustre trabalho, Renascimento do Instituto Da Concessão, Arnoldo Wald já apontava experiências de parcerias público-privadas, ressaltando a ligação do canal da Mancha e uma travessia para carros no rio Tâmisa, em Dartford (WALD, 1988, p.3).

Em seminário realizado, em 27 de Abril de 2005, pelo Ministério do Planejamento, Ministério da Fazenda e Fundo Monetário Internacional, foi exposto que os projetos financiados por PPPs nos países da União Européia são, em sua maioria, voltado para a realização de infraestrutura de transporte, sendo tal sistema bastante

diversificado, tendo cada país um modelo de acordo com o seu respectivo arcabouço legal.

Relatos que tangem a experiência norte-americana a respeito dos projetos de PPPs também são enriquecedores para o estudo em tela. É interessante afirmar que “nos Estados Unidos da América há subjacente a ideia de PPP na prestação (e não somente na construção de infraestruturas) de serviços sociais” (COUTINHO, 2011, p.60).

No que se refere as PPPs no campo de serviços social é interessante a lição de Diogo Rosenthal Coutinho (2011, p.61):

Organizações não lucrativas assumiram o desempenho de uma série de papéis voltados para a satisfação de necessidades públicas tidas como não abrangidas pelo escopo de atuação do Estado e das empresas privadas. As organizações não lucrativas respondem, hoje, por metade dos hospitais, escolas e universidades do país e por cerca de 60% das agências de serviços sociais. Os recursos para a ação do chamado setor non-profit vêm de doações feitas por entidades privadas e, acima de tudo, do financiamento por parte do governo Federal por meio de pagamentos diretos, isenções fiscais, tratamento regulatório preferencial, dedutibilidade de doações e ainda, indiretamente, dos pagamentos por meio de subsídios a destinatários individuais. Trata-se de um modelo de parceria em que os atores principais são os Governos Federal, Estadual e Local de um lado, e o setor non-profit, de outro.

Na experiência norte-americana, no setor de infraestrutura as PPPs assumiram desenhos bem delineados e abarcam uma quantidade ampla de possibilidades.

É válido o exemplo exposto por Diogo Rosenthal Coutinho (2011, p.64):

No que diz respeito à construção e expansão da infraestrutura, as parcerias envolvendo os setores público e privado nos Estado Unidos da América datam do século XIX, sendo a construção da ferrovia Transcontinental Railroad, na década de 1860, o exemplo recorrente. Hoje, as PPPs mais relevantes estão sendo utilizadas nos setores de habitação e desenvolvimento urbano, transportes (incluindo terminais de aeroportos, a operação de pedágios e o controle de tráfego) e de água e saneamento, estes últimos responsáveis pela movimentação de maior volume de recursos.

Assim como em outros países da Europa, também em Portugal a falta de capacidade de investimento público para acompanhar o crescimento econômico acabou por gerar insuficientes realizações de obras e serviços públicos de infraestrutura, razão que levou o Governo Português a instituir a Parceria Público-Privada como ferramenta para contornar tal crise.

Portugal realizou inúmeros projetos com o apoio nas PPPs, a primeira foi a construção da ponte “Vasco da Gama”, sobre o Tejo, uma das maiores do mundo.

Entre 1997 e 2002 vários projetos envolvendo o setor rodoviário foram implementados, totalizando aproximadamente 8,2 bilhões de euros. Em agosto/2002 o Governo Português anunciou a criação de 10 novos hospitais sob a forma de PPPs (COUTINHO, 2011, p.76).

No entanto, vale salientar que as PPPs não são uma exclusividade de países desenvolvidos, pois constituem uma realidade importante em países da Europa Central e na própria América Latina, como exemplo tem as PPPs realizadas pelo México e o Chile.

O destaque será reportado para a experiência chilena por ter alcançado resultados positivos, conseguindo preencher um significativo vácuo no que corresponde ao setor de infraestrutura.

Desde 1994 o Governo Chileno engajou-se em 36 projetos envolvendo um total de cerca de 5,5 bilhões de dólares. Desses projetos, 24 tem relação com a infraestrutura de transportes rodoviários, 9 envolvem investimentos em aeroportos, 2 tiveram lugar em prisões e 1 deles refere-se a um grande reservatório de abastecimento. Dos 36 projetos, 20 já estão, atualmente, em fase operacional (COUTINHO, 2011, p.69).

No Brasil já estão presentes inúmeros projetos de parcerias público-privadas, abraçando diversas áreas, são algumas delas: saúde, transportes e projetos de habitação.

Afirma Helena Daltro Pontual:

O governo do estado de São Paulo foi o primeiro a contratar uma operação dentro do modelo PPP, em outubro de 2005, para a construção da linha 4 do metrô da capital. Minas Gerais, Pernambuco, Rio Grande do Sul, Santa Catarina, Bahia, Goiás e Ceará também já contam com legislações respectivas para firmar contratos de PPPs. Biblioteca planejamento

Em Belo Horizonte a parceria público-privada foi fundamental para melhoria da questão da mobilidade, com construção de estações que integram os transportes coletivos e novas vias de transporte de massa.

É o exemplo da BHBUS Barreiro analisado por Francisco Santos na revista eletrônica Guerras e Armas, Defesa, Geopolítica e Informação:

“Com a PPP a estação se mantém sempre bem estruturada, em ótimo e perfeito estado de conservação, o que já não se pode dizer das estações mantidas pela prefeitura que são um verdadeiro descaso, como a Estação Venda Nova e estação São Gabriel que são abandonadas, com

infraestrutura decadente e não tem o mínimo de conforto possível, ou seja, as parcerias em regime de "PPPs" trazem conforto e comodidade ao usuário, basta pegarmos as estações mantidas pela prefeitura e as mantidas pela PPP".

E muitos projetos com o fulcro nas Parcerias público-privadas estão por vir, isso é sinônimo de crescimento econômico do país, que com o crescimento populacional e maiores anseios sociais, tornou-se, a saída mais inteligente para as obras de grande infraestrutura.

No I seminário Alagoano de Administração Penitenciária, ocorrido em 19 de Abril de 2012, foi conferida ênfase a PPP que irá viabilizar a implantação do Centro Integrado de Ressocialização.

Destaca Luiz Otávio Gomes em seu pronunciamento na SEPLANDE:

"É um entendimento do Governo do Estado que as Parcerias Público-Privadas são um grande instrumento para conseguirmos concretizar alguns dos nossos objetivos. As experiências exitosas em outros Estados e países mostram que esse modelo traz resultados extremamente positivos, beneficiando milhares de pessoas, nas mais diversas modalidades de parcerias".

Vale acrescentar, também, que em 15 de Agosto de 2012, a Presidenta Dilma Rousseff anunciou um pacote de 133 bilhões de reais para a construção de rodovias e ferrovias, previstas a duplicação dos principais trechos rodoviários do país e a expansão da malha ferroviária brasileira. O modelo que será adotado para estimular o crescimento do setor ferroviário no país será a Parceria Público-Privada. O governo vai contratar a construção, manutenção e a operação da ferrovia. A Valec, empresa pública de ferrovias, vai comprar a capacidade integral do transporte das ferrovias e fazer a oferta pública dessa capacidade, assegurando o direito de passagem dos trens em todas as malhas, buscando a modicidade tarifária. Carta capital

Outra obra de infraestrutura que chama atenção é a construção da ponte que vai ligar a Ilha de Itaparica a Salvador, que também será efetivada através de PPP. Para tal implementação tem-se como inspiração a ponte construída sobre o Rio Jaboatão possibilitando um acesso alternativo a Suape.

Em junho de 2010, uma opção despretensiosa saiu do papel. De uma Parceria Público-Privada (PPP) entre o governo estadual de Pernambuco e a Odebrecht surgiu a "Rota dos Coqueiros", projeto de R\$ 75 milhões pelo qual uma ponte foi construída sobre o rio Jaboatão, possibilitando um acesso alternativo à região de

Suape. O objetivo principal da ponte, na verdade, era viabilizar o bairro planejado Reserva do Paiva, empreendimento de R\$ 2,5 bilhões que está sendo erguido pela Odebrecht e pelo grupo Ricardo Brennand no município do Cabo de Santo Agostinho.

Nesse sentido Murilo Camarotto comenta:

“sendo um dos principais projetos em análise a construção de uma ponte de 12 quilômetros entre Salvador e a Ilha de Itaparica, na Bahia, orçado em R\$ 7 bilhões. De acordo com o governo da Bahia, o empreendimento integra um plano mais amplo, o Sistema Viário Oeste, que terá como objetivo abrir uma conexão rápida e alternativa de Salvador com as regiões do Recôncavo, do Baixo Sul e do oeste do Estado. Pelo modelo que está sendo desenhado, o projeto seria viabilizado por meio de uma PPP da qual participariam tanto o governo baiano quanto a União”.

E por fim, e mais importante, tem-se a implementação do projeto metrô de Salvador e Lauro de Freitas, que visa a implantação e operação do Sistema Metroviário de Salvador e Lauro de Freitas, por meio de concessão patrocinada, abrangendo a construção da linha 2 do metrô e conclusão das obras da linha 1, interligando os municípios de Salvador e Lauro de Freitas, com extensão total de cerca de 36 km. O prazo previsto para a concessão é de 30 anos, entre obras e operação do sistema.

Tal projeto será examinado com amplos detalhes no capítulo seguinte, analisando todo o histórico do metrô de Salvador, bem como porque a alternativa parceria público-privada tornou-se o caminho mais viável para que esse projeto saia do papel e entre nos trilhos.

5 A PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA E A MOBILIDADE DO MUNICÍPIO DO SALVADOR: O CASO METRÔ.

5.1 DE CÁ PRA LÁ EM SALVADOR: A MOBILIDADE URBANA NA PRIMEIRA CAPITAL DO BRASIL.

A notável evolução populacional no município de Salvador, a expansão mobiliária, o aumento do poder aquisitivo do cidadão e o aumento do crédito tornam a mobilidade ineficaz.

A Salvador cosmopolita é cada vez mais diversa, atrai migrantes de todas as origens e todos os destinos; que se somam à imensa maioria que se move sobre todas as rodas dos carros e ônibus. No momento em que a cidade se condensa verticalizando-se rapidamente, a mobilidade surge com um dos maiores problemas (FISCHER, 2011, p. 06).

Antes de fazer uma análise detalhada da crise atual da mobilidade da cidade de Salvador, cabe aqui uma digressão sobre a evolução da mobilidade no município.

Na década de 60 as cidades não cresciam, elas inchavam, isso devido ao êxodo rural, ou seja, as pessoas saíam do campo para a cidade em busca de oportunidades de emprego, na capital do estado. Nesta época o principal meio de transporte da cidade eram os bondes, que foram fundamentais para a urbanização de Salvador.

Neste sentido, descreve a situação Jaciara dos Santos (2011, p. 70) resumindo a entrevista feita com Virgildásio de Senna:

Por onde as linhas de bonde se estendiam, o processo de ocupação domiciliar dessas áreas se fazia gradativamente. Foi assim que a cidade se expandiu durante certo período, sob o controle da atividade administrativa.

Na mesma época o município já começava a utilizar outro tipo de transporte público. Simultaneamente a circulação dos bondes, começam a circular na cidade os ônibus, ainda sem regulamentação. Para organização do novo sistema de transporte público, foi exigido pelo secretário de transportes da época que o serviço fosse prestado por pessoas jurídicas.

Nesta época o serviço era prestado por cerca de 40 donos de ônibus, muitos deles dirigiam o veículo, o prefeito em exercício deste momento, Senna, determinou que o sistema fosse explorado por apenas três empresas jurídicas, uma para Cidade Baixa, enquanto as outras se dividiriam entre a região dos Trilhos Centrais (DOS SANTOS, 2011, p. 72).

Mais tarde, em 1983, o prefeito Manoel Figueiredo de Castro interviu no domínio econômico privado, da mesma forma feita cerca de 20 anos antes pelo Secretário de Transportes Virgildásio de Senna que determinou a prestação de serviço com os ônibus deveriam ser feito por apenas três empresas. Com Figueiredo de Castro existiam onze empresas que prestavam serviço e ele determinou que fossem dez, para organizar melhor o setor. O tipo de delegação de prestação de serviço público era de permissão, hoje esse sistema é de concessão.

Jaciara dos Santos (2011, p. 24) analisa o ato do prefeito:

Embora possa parecer, o ato, na prática, não guarda qualquer semelhança com o autoritarismo ou abuso de poder. Melhor seria encará-lo como uma medida enérgica o suficiente para resgatar a confiança da população num sistema que agonizava em meio a uma total desorganização e, na outra vertente, restabelecer o respeito pelo poder público, a quem cabia encontrar uma solução definitiva. Antes de optar pela intervenção, medida da qual só escapou a Empresa de Transportes Urbanos de Salvador (Transur), administrada pelo Município, a Prefeitura ainda tentou uma medida paliativa: o subsídio ao transporte coletivo.

A prefeitura de Salvador estava à beira de um colapso no sistema de transportes, não era apenas um ato de intervenção, mas se tratava de uma postura de adoção de medidas para organizar o sistema de transportes públicos.

O Sistema de Transporte Coletivo por Ônibus é uma concessão da Prefeitura Municipal de Salvador, no que tange à gestão, infraestrutura e operação. É dever da prefeitura, operar e fornecer infraestrutura, mas por delegação, transfere esta responsabilidade para dezoito empresas de ônibus, que são reguladas pelo SETPS.

Nesse sentido assegura Jacintho Arruda Câmara (2011, p.166):

Os serviços de transporte coletivo municipal, de um modo geral os contratos de concessão (ou permissão) prevêm uma grande concentração de atribuições ao próprio poder concedente. É o Município que estipula as linhas, o número de ônibus por linha, com que frequência os ônibus devem atender aos pontos, quais os equipamentos obrigatórios, e assim por diante. Ao concessionário cabe tão somente administrar sua empresa, pois o modelo de prestação de serviço é todo concebido pelo Poder Público. Nesse contexto, o risco contratualmente assumido pelos empresários tende a ser reduzido. Envolve basicamente o risco referente à administração de sua empresa. Sequer a variação no preço dos insumos afeta,

ordinariamente, a margem de lucro pactuada inicialmente, uma vez que a maioria dos contratos adota como fórmula de reajuste e apreciação de planilhas de custos das empresas.

Para que a operação atinja a eficiência desejada, algumas condições são necessárias e a fluidez no trânsito é uma das principais. Ou seja: não há como oferecer transporte público eficiente se a infraestrutura viária se encontra obstruída por engarrafamentos, quebra-molas e outros obstáculos à mobilidade. Portanto, fácil concluir que a gestão pública completa o tripé de suporte à qualidade dos serviços públicos (DOS SANTOS, 2011, p. 29).

A consequência imediata de uma boa gestão com a infraestrutura adequada é uma operação de nível satisfatório, completando a trilogia dos bons serviços, requerendo do operador público ou privado um planejamento operacional com foco no cidadão, controle de operação eletrônico e centralizado, bilhetes eletrônicos, responsabilidade social e ambiental e comunicação eficiente.

Nos dias de hoje, os serviços, oferecidos são muito mal avaliados pela clientela. Tanto no que se refere aos transportes coletivos como ao trânsito em geral, por conta da grande quantidade de automóveis e motocicletas que entram em circulação a cada dia na exígua rede viária da cidade de Salvador.

No transporte coletivo, meio utilizado pela maioria dos cidadãos nos deslocamentos para trabalho, escola, lazer e em busca de outros serviços, a questão é mais acentuada devido a uma velocidade operacional média, na hora de pico, oscilando entre 12 km/h a 14 km/h, chegando a ser constatado 6 km/h em alguns trechos críticos na região do Iguatemi. Essa baixa velocidade, que resulta da falta de vias adequadas, na periferia da cidade, e de vias exclusivas, nas áreas centrais, leva aos atrasos constantes que o cidadão menos atento costuma atribuir a falhas na operação (DOS SANTOS, 2011, p. 34).

O sistema metroviário de Salvador faz parte do Plano Integrado de Transporte de Salvador, encampado pela Prefeitura em parceria com os governos estadual e federal. Tal sistema deveria ser operado pela Companhia de Transporte de Salvador, porém em recente ato conjunto da Prefeitura e do Governo do Estado, esta operação foi transferida para o estado que delegará a prestação de serviço através de parceria público-privada.

5.1.1 A crise atual da mobilidade no município de Salvador

Um dos maiores desejos da população mundial é o conforto, que é por definição a busca do bem-estar material. A sociedade busca a todo tempo o conforto, as pessoas que tem muito, querem cada vez mais e não admitem perder o que possuem e os que pouco ou nada tem, querem adquirir um pouco. A mobilidade no município de Salvador como em grande parte do planeta é influenciada pela busca do conforto pelo ser humano e por alguns pontos relacionados a evolução das ciências.

Ao longo da história a humanidade buscou meios de diminuir o desgaste de suas forças e aumentar sua produtividade, seja ela qual for. Há seis mil anos, em um lugar incerto, o ser humano inventou a roda, que teve papel revolucionário na história, e tal invenção foi pensada para facilitar a vida da sociedade aumentando o conforto. Dando um salto de cinco milênios se tem o cenário do século X, no qual os humanos da época já partiam em jornadas por territórios desconhecidos em busca de mais riquezas, mais conhecimentos, de formas de aumentar o seu conforto. Os grandes reis e príncipes queriam aumentar os seus reinados para ter mais súditos e mais conforto e os soldados e camponeses almejavam melhorar suas vidas.

Poucos séculos depois começariam as jornadas marítimas com os mesmos objetivos das jornadas passadas, conquistar, enriquecer e viver bem. O tempo passou e o número de habitantes aumentou muito e com o isso começava a ficar mais difícil de adquirir o conforto, pois havia concorrência em todos os tipos de trabalhos e jornadas, e os humanos tiveram de aprender a viver em uma sociedade em que tudo deve funcionar harmonicamente para que não se torne um caos.

Com as invenções tecnológicas, descobertas científicas e a popularização do conhecimento o mundo evoluiu de uma forma inimaginável e foi preciso utilizar essas invenções e descobertas para organizar a evolução. As maiores cidades do mundo conseguiram utilizar as descobertas ao seu favor para melhorar a vida em sociedade e o bem-estar dos seus indivíduos, porém muitas cidades não conseguiram alinhar o crescimento populacional, o avanço das ciências, o desenvolvimento da economia e a busca pelo bem-estar social, pelo conforto. O

município de Salvador está inserido nesse conjunto de cidade que falharam, por ora, na organização da vida social.

Atualmente Salvador está em uma séria crise quanto à sua mobilidade, pois as pessoas não conseguem se deslocar facilmente, de forma rápida e eficaz. Os engarrafamentos estão cada vez mais constantes e demorados, os transportes públicos não tem uma melhora significativa e a população perde em todo momento a qualidade de vida.

Em levantamento do IBGE divulgado pelo ATARDE:

Esta situação se deve aos motivos citados anteriormente, a busca pelo conforto, as invenções tecnológicas, as descobertas científicas e a popularização do conhecimento. A população de Salvador aumentou 20% em dez anos, um número que não é estranho ao crescimento populacional ao longo dos anos, em razão do êxodo rural, avanço nas metrópoles, melhores condições de vida e outros fatores. Porém é o suficiente para tornar o município de Salvador o que tem a maior densidade demográfica do Brasil, ou seja, em nenhum lugar do país a relação entre o número de habitantes por quilômetro quadrado é tão alto, algo em torno de 9 mil habitantes por quilômetro quadrado. Em alguns bairros da cidade este número é de aproximadamente 53 mil habitantes por quilômetro quadrado.

Em relação ao aumento do número de habitantes em Salvador, o aumento na frota de veículos foi enorme, a quantidade de carros grade dobrou e a quantidade de motos quase quintuplicou, no mesmo período em relação à pesquisa acima.

A Revista Exame divulgou os números:

Entretanto a frota de carros aumentou 94,30% no mesmo período e a frota de motos aumentou 468,10%, o que corresponde ao número total nas ruas hoje, de aproximadamente 670 mil carros e 150 mil motos. Sendo este aumento um dos maiores do país. Com o crescimento populacional em larga escala a gestão do município deveria ter tomado providencias necessárias para diminuir o impacto na mobilidade da cidade.

Há 15 anos o município de Salvador sob a gestão do prefeito Antônio Imbassahy, com forte apoio dos governos estadual e federal, se tornava um lugar de oportunidades, a cidade melhorou em infraestrutura e em diversos aspectos, o que gerou um aumento da população já nos primeiros anos de gestão. Algumas medidas foram tomadas para preparar a cidade para o futuro, como vias isoladas de ônibus, lançamento do projeto do metrô de Salvador, criação de novas vias, adaptação e melhorias em vias obsoletas entre outras mudanças de grande importância para a mobilidade do município.

Com o passar do tempo a gestão mudou e a cidade estagnou no que acenava ser sua preparação para o futuro, não houve preocupação com o estudo de tráfego na

cidade, não houve modernização dos transportes públicos, o metrô não foi concluído até a presente data e a cidade continuou a crescer em larga escala. Sem melhorias para a população, sem condições de locomoção digna para os cidadãos, estes começaram a perder qualidade de vida e o tão desejado conforto.

Os habitantes precisavam de soluções para buscar o conforto na sua locomoção, já que o transporte público estava sucateado. Simultaneamente a economia do país estava em estado crescente, todos os setores aquecidos e as pessoas estavam com mais poder aquisitivo o que despertou o interesse das montadoras de veículos. Com o avanço tecnológico e novas descobertas científicas, as montadoras evoluíram, se modernizaram, conseguiram construir veículos melhores por menores preços o que apareceria como solução para os habitantes das metrópoles e inclusive do município de Salvador na busca do conforto para o seu deslocamento.

A combinação da economia aquecida e dos avanços das montadoras foi e ainda é determinante para a mobilidade de Salvador, pois existem mais opções de veículos disponíveis e há o crédito nos bancos para os habitantes que aumentaram seu poder aquisitivo. O resultado disso foi o aumento espantoso no número de frotas de carros e motos em Salvador, o que agrava a crise na mobilidade do município, pois cada vez mais o mercado coloca veículos nas ruas e o congestionamento só aumenta.

O município de Salvador está sufocado na crise de mobilidade e medidas devem ser tomadas de forma imediata e direta para melhorar o fluxo de pessoas pela cidade, pois os constantes congestionamentos não tem fim e aumentam a cada dia. A cidade começa a sofrer os efeitos da crise na mobilidade e ainda não é possível prever quais podem ser os danos causados pela falta de mobilidade em Salvador.

5.2 O CASO METRÔ

5.2.1 Histórico do metrô

Em 1997 foi apresentada pelo então prefeito de Salvador, Antônio Imbassahy, o projeto para construção do metrô, que fazia parte de uma gama de implementações

que seriam feitas no município para melhorar a mobilidade. Estes projetos foram criados pela Companhia de Transportes de Salvador, que surgiu no mesmo ano com o objetivo de organizar os transportes, modernizando o trem da região suburbana, criando novas regras para o transporte coletivo e a construção do metrô.

A criação da Companhia de Transporte de Salvador foi prevista na Lei municipal nº 5245/97, a qual dispõe sobre a modificação da estrutura organizacional da Prefeitura de Salvador. Os transportes do município eram regulados pela TRANSUR, Empresa Municipal de Transportes Urbanos, e neste ato foi extinto passando suas funções para Companhia de Transportes Modernos, que se chamaria Companhia de Transportes de Salvador.

A criação foi expressa no artigo 8º § 2º da Lei municipal nº 5245/97:

§ 2º - A partir da extinção da Empresa Municipal de Transportes Urbanos - TRANSUR, as funções de regulador e operador do sistema coletivo de transportes no Município e a execução das atividades de transporte vertical de passageiros passam a ser exercidas pela Companhia de Transporte Moderno - CTM, que passa a denominar-se Companhia de Transporte de Salvador - CTS, com a incorporação, em sua finalidade, das referidas funções, e com vinculação a ser definida em ato do Prefeito.

Caberia a Companhia de Transporte de Salvador implantar e explorar os serviços públicos de transportes metroviários e ferroviários.

A Lei municipal nº 5.498/99 prevê no art. 4º tal função:

“A Companhia de Transporte de Salvador - CTS, cuja constituição foi autorizada pela Lei nº 4.103/90, modificada pelas Leis nº 4.278/90, 4.533/92 e 5.245/97, tem por finalidade implantar e explorar os serviços públicos de transportes metroviário e ferroviário, de competência ou delegados ao município e seus subsistemas de transportes”.

As obras da primeira, das quatro etapas do metrô, foram iniciadas pela prefeitura ainda em 1997, esta etapa era referente à primeira linha de metrô de Salvador que ligaria a Estação da Lapa ao Acesso Norte, passando pelo Campo da Pólvora e pela Avenida Bonocô.

Depois de muitas paralizações e atrasos da obra, em 2001 por decisão do Tribunal de Contas da União foi solicitado um relatório de levantamento de auditoria nas obras de construção do metrô, através da decisão 122/2001, para verificar irregularidades e chamando o Secretário Municipal de Transportes de Salvador e o diretor da Companhia de Transporte de Salvador para esclarecimentos. Através da

decisão 460/2002 foi decidido o acolhimento parcial dos esclarecimentos e determinou alguns atos para Companhia de Transportes de Salvador.³⁰

O término das obras do metrô que seria em 2003, foi adiado para 2008, porém neste ano não houve a entrega e os protestos contra o atraso começaram.

O ATARDE online cobriu parte dos protestos:

Os moradores de Cajazeiras protestaram na manhã desta quarta-feira (20) no Largo da Feirinha. Com faixas, eles pedem a execução do projeto do Metrô na região. A manifestação, organizada pelas Associações de Moradores das Cajazeiras, atrapalhou o trânsito em Cajazeiras.

O trânsito estava ruim e o prometido metrô ainda perdurava e sem previsões para entrega, os protestos começaram pela internet e era possível encontrá-los facilmente.

Foram criados blogs para reivindicações como o VTL em Salvador.

“Não queremos mais ônibus, queremos transporte de qualidade: "Eu quero VLT em Salvador". Participe ativamente desta campanha, o momento é crítico e decisivo, não deixe que os interesses políticos e empresariais vençam a modernidade, a lógica, a decisão ecologicamente correta, o conforto, a eficiência etc. A primeira grande dificuldade é vencer a desesperança, vencida a desesperança cabe vencer o desconhecimento, vencida a desesperança e o desconhecimento fica fácil conquista voluntários para a causa do VLT e do Metrô.”

Entretanto as obras não foram iniciadas e as construções da linha 1 tão pouco foram finalizadas, a esta altura o governo do estado já adquirira os trens do metrô e estes não poderiam ser utilizados, pois a prefeitura de Salvador não suportaria gerir o sistema metroviário em função dos altos custos.

Em novembro de 2010 foi feita uma reunião entre Estado e Município para discutir uma forma de funcionamento para o metrô.

O prefeito João Henrique sobre o funcionamento do metrô, durante encontro com o governador Jaques Wagner:

“É uma obra tripartite - governos estadual, municipal e federal. Se licitarmos, ainda terá a participação da iniciativa privada”, disse João Henrique. Durante o encontro, além de questões relacionadas à Copa do Mundo de 2014, o prefeito também conversou sobre a programação e a estrutura logística que deverá ser montada para o réveillon. Ele espera o apoio do Estado, por meio das frentes de trabalho da Secretaria da Segurança Pública (SSP), a exemplo dos anos anteriores.

³⁰ Decisão 460/2002 – Nº do Processo: 005.178/2001-0

Sem nenhum acordo sobre o funcionamento da linha 1 do metrô, no início do ano de 2012 o estado da Bahia assina um convênio de mobilidade urbana que contempla a construção da linha 2. A licitação foi anunciada em julho e tinha como previsão o início das obras no final de agosto. Serão investidos R\$ 1,6 bilhões, sendo R\$ 1 bilhão do governo federal e R\$ 600 milhões do Estado da Bahia, captados por meio do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES).

O governador Jacques Wagner anunciou a construção da linha 2 do metrô, para cumprir as exigências da FIFA em ter transportes públicos que trafeguem para o aeroporto:

“A decisão determina a construção da Linha 2 do metrô, que ligará o Acesso Norte ao Município de Lauro de Freitas e acrescentará 22 km ao sistema metroviário de Salvador.”

O governo do estado anunciou que o metrô funcionaria no segundo semestre de 2012, em período de testes, enquanto seria feita uma concorrência para selar uma parceria público-privada.

Logo após o anúncio o estado da Bahia lançou o edital da PPP, para construção, operação e manutenção do metrô. A parceria público-privada será na modalidade concessão patrocinada e seu prazo será de 30 anos.

Segundo o anexo 4 da nova minuta de contrato do metrô:

“A PPP é para a complementação da Linha 1 entre o Acesso Norte e Pirajá, com 5,6 km e mais três estações. E para a Linha 2, que ligará a Avenida Bonocô a Lauro de Freitas, um trecho de 24, 2 km e 13 estações. No total, incluindo o trecho Lapa-Acesso Norte de 6,6 km e quatro estações, implantado pela Prefeitura de Salvador, o Sistema Metroviário a ser concedido passará a contar com 36,4 km e 20 estações, atendendo a população de Salvador, Lauro de Freitas e dos municípios da Região Metropolitana.”

Em 2012 a prefeitura transferiu para o Governo do Estado a responsabilidade para a ampliação do metrô com a construção da linha 2 e iniciou a concorrência para parceria público-privada. Ocorreram novas eleições municipais e o atual prefeito Antônio Carlos Magalhães Neto antes mesmo de tomar posse já se prontificou a discutir a situação do metrô. Em reuniões com o Governo do Estado o futuro prefeito estudou a possibilidade de transferir para o estado também a linha 1, justificando o fato devido a dificuldade orçamentária de Salvador.

Justifica o prefeito ACM Neto em entrevista ao Jornal da Manhã:

"A atual gestão municipal, o prefeito João Henrique, transferiu para o Governo do Estado a responsabilidade pela ampliação do metrô e o Governo do Estado está finalizando uma parceria público-privada para fazer a ampliação do metrô. Nós começamos um diálogo com o governador Jaques Wagner, que vem transcorrendo com muita eficiência, e eu espero já no mês de janeiro, no máximo no mês de fevereiro, ter uma solução definitiva que gere um entendimento entre a prefeitura municipal e o governo do estado".

Com uma nova gestão sendo instalada na cidade cresce as expectativas em torno do metrô e até o momento tem sido positivas. Foi aprovada na Câmara Municipal o projeto de lei nº 355/13 que prevê a transferências da Companhia de Transporte de Salvador para o estado.

O último ato referente ao metrô foi o lançamento do edital com o cronograma para a inauguração do metrô, que deve ser entregue ao final de 2016. O primeiro trecho da linha 1 deve entrar em funcionamento no início de 2014.

O governador explica em entrevista ao Correio da Bahia:

"Quando esta obra começar, a garantia que nós temos é que agora terá planejamento estruturado. É de interesse de quem vencer inaugurar o quanto antes, para que as receitas com a operação comecem a entrar".

Insta enfatizar, mais uma vez, que o edital de licitação foi lançado no dia 24 de maio de 2013, contemplando a finalização da linha 1 e a construção da linha 2, a obra será realizada por meio de uma PPP com investimento de aproximadamente 4 bilhões. O governo estadual já tem garantido cerca de aproximadamente 2 bilhões pelo projeto PAC mobilidade urbana do governo federal, o restante da verba virá da parceria público-privada. A abertura dos envelopes com as propostas das empresas interessadas será em julho de 2013, na Bolsa de Valores de São Paulo (BOVESPA), é essencial destacar que "já existem quatro empresas interessadas em operar o metrô de Salvador, a publicação da proposta vencedora sairá no dia 30 de Julho" (Jaques Wagner, em: <http://g1.globo.com/bahia/noticia/2013/05/governo-lanca-edital-de-licitacao-para-metro-de-salvador.html>)

A história do metrô ainda continua sem um desfecho, porém a nova gestão garante que dessa vez será diferente e que ao final de 2016 todas as etapas do sistema metroviário estarão completas.

5.2.2 A parceria público-privada como uma saída para a crise da mobilidade do município do Salvador.

É determinável para o desenvolvimento de um país uma base concreta de sua economia, cuja implantação e aprimoramentos só se satisfazem com uma contribuição de elevado valor em setores econômicos diferenciados. No que se refere ao cenário brasileiro, há muito tempo o campo de infraestrutura reclama, de forma exigente, investimentos de altos custos para gerar o desenvolvimento de outras atividades econômicas, bem como possibilitar uma melhor qualidade de vida a coletividade.

É crucial afirmar que “a ausência de investimentos em infraestrutura gerou uma constante no debate econômico brasileiro: os pontos de estrangulamento.” (MOREIRA, 2011, p.117.).

E completa Egon Bockmann Moreira (2011, p.117), explicando o que são os pontos de estrangulamento:

Pontos de estrangulamento são dificuldades estruturais em setores cujo não desenvolvimento impede a fluidez e/ou a instalação de atividades econômicas. O incentivo e a produtividade exigem não só a ausência de óbices ao fluxo das mercadorias, mas também a preexistência de bases que permitam assegurar o resultado econômico da produção. Por exemplo, o agricultor necessita não apenas de áreas rurais férteis, técnica adequada, pessoal qualificado, tratores, sementes e fertilizantes – mas também de energia elétrica, água, meios de transporte para o escoamento da safra, silos que comportem o armazenamento etc.

Dessa forma, as parcerias público-privadas surgiram como uma inovadora oferta para a solução das lacunas e déficits encontrados nos setores de infraestrutura. As PPPs têm como escopo o desenvolvimento, explicado pela viabilidade econômica que ela confere a serviços públicos essenciais porém de baixa rentabilidade econômica, ou seja, em situações nas quais o serviço não se sustenta apenas com o pagamento das tarifas pelos usuários.

Nesse sentido sustenta Adílson Abreu Dallari (2011, p.381), entendendo que não se trata de o poder público pagar subsidio em relação de um acontecimento incidental ou eventual, e sim de estabelecer no próprio momento de celebração do contrato entre o particular e o poder público, que este vai, necessariamente, efetuar pagamentos ao particular executante.

O que coordena as parcerias público-privadas é uma lógica que traz de forma inerente a suavização dos problemas orçamentários do poder público, bem como a atenuação dos riscos do investimento.

Nesse sentido, é imprescindível anotar as palavras de Arnaldo Wald (2005, p.22), esclarecendo que nas diretrizes da Lei das PPPs é prevista a repartição objetiva dos riscos, o que é oportuno e válido. Numa fase de evolução imprevisível tanto da economia quanto da tecnologia, a matéria devera ser regida pelo edital de licitação, pelo contrato ou pelo acordo, oferecendo maior segurança à operação para ambos os contratantes.

Não há dúvidas que a Lei das PPPs ampliou o campo de cooperação entre o público e o privado, elastecendo suas formas e não deixando de conferir garantias ao investidor, tais garantias adquiriram um caráter mais amplo.

Nessa senda justifica Adílson de Abreu Dallari (2011, p.382):

Diante da absoluta necessidade da realização de obras e serviços para os quais o Poder Público, por si só, isoladamente, não dispõe de recursos suficientes mas que, por sua natureza e característica, também não são capazes de proporcionar ao particular executante um retorno que permita a completa amortização e remuneração do capital investido, surgiu a necessidade de se somar esforços e capacidades, por meio de uma atuação conjunta, em parceria, não havendo, entretanto, no direito positivo brasileiro, até o advento da Lei 11.079/04, uma disciplina normativa desse novo modelo, cuja viabilidade depende de uma alteração substancial no tocante às garantias, pois o particular é que precisa ter a segurança de que o Poder Público vai cumprir fielmente suas obrigações.

Na mídia são recorrentes noticiários que não se cansam de apontar 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, como é o caso dos portos, das ferrovias, da malha rodoviária, das hidrovias e do transporte aéreo. (DALLARI, 2011, p.385).

Diante do exposto, o que cabe enfrentar agora é a tarefa de descobrir possibilidades que permitam levar adiante serviços públicos fundamentais que não são autossustentáveis. Como fazer para que isso seja viável na seara econômica e no campo jurídico.

Com efeito, é cabível aqui, a solução apresentada por Adílson de Abreu Dallari (2011, p.386):

Nos casos em que o serviço essencial não for sustentável (não comportando uma concessão simples) e nos casos em que o Poder Público não tiver recursos suficientes para a construção de prédios e a instalação de equipamentos indispensáveis ao funcionamento de seus próprios serviços, será forçoso recorrer às chamadas parcerias público-privadas (PPPs).

Observe-se que nas PPPs existe a conjugação de esforços entre o parceiro privado e o público, mas existem algumas peculiaridade que devem ser atendidas, no que tange aos investimentos, inicialmente será aportado pelo particular, a administração irá entrar com recursos estando na fase, ou quase, de efetiva prestação de serviços.

Em Salvador, a situação do transporte público é especialmente grave, como já foi aludido, isso em decorrência do processo de urbanização e do crescimento desordenado. Já é sabido que é impossível assegurar a mobilidade nas cidades grandes por meio de transporte individual, o que é incompatível com o deslocamento de grandes massas.

Nesse sentido, a melhor solução para o desabafo do trânsito é a opção pelo sistema metroviário, pois só o transporte coletivo por ônibus não dá conta para uma cidade de grande porte como é Salvador.

O transporte ideal nas grandes cidades seria o metroviário, que exige enormes recursos financeiros para a sua implantação ou ampliação. O custo da implantação do metrô é tão elevado que, normalmente, ele não é capaz de se sustentar, dependendo de subsídios que permitam cobrar dos usuários uma tarifa acessível (DALARRI, 2011, p.388).

Desse modo, para a implantação do metrô na cidade de Salvador torna-se necessário realizar a parceria público-privada, é nesse sentido que a PPP é a saída para a crise da mobilidade do município do Salvador, se enquadrando perfeitamente no exemplo que segue.

Expõe Jacintho Arruda Câmara (2011, p.177):

Poderia ser considerada propícia para figurar como objeto de um contrato de concessão patrocinada a delegação de um serviço público de grande importância social que, ao mesmo tempo, demandasse vultoso investimento para a sua implementação ou expansão. Em condições normais, para viabilizar uma concessão a particular seria necessário prever-se contratualmente uma tarifa alta, que fosse suficiente para amortizar, ao longo do prazo de execução do contrato, os investimentos necessários para à criação e à manutenção da infraestrutura, bem como para remunerar o capital e o trabalho do investidor privado. O valor a ser cobrado como contraprestação dos usuários, num exemplo como esse, poderia ser muito alto, inibindo o acesso de determinados cidadãos ao serviço ou diminuindo substancialmente a possibilidade de sua fruição. Essa realidade pode muito bem ser encontrada em serviços de saneamento básico ou mesmo no serviço de transporte coletivo. Seriam casos em que a acessibilidade ao serviço só poderia ser implementada com base na utilização de alguma espécie de subsídio.

Torna-se claro que o metrô do município do Salvador se encaixa exatamente nas características que o qualifica como potencial atividade que comporta a aplicação do regime das PPPs, em razão da sua essencialidade, da ausência de orçamento público e da inviabilidade do uso do regime que é consagrado na Lei 8.987/95.

Insta salientar ainda, que para que se possa alcançar um mínimo de segurança, é indispensável que os contratos de parcerias sejam precedido de ampla publicidade, com efetiva possibilidade de participação pelos interessados, porque é a maior arma contra a corrupção, afinal não existe vacina contra políticos oportunistas e inescrupulosos, que criam dificuldades para vender facilidade (DALLARI, 2011, p.389).

No fundo, as parcerias público-privadas possuem a finalidade de assegurar a realização eficiente e o funcionamento adequado no setor de infraestrutura de serviços públicos, que normalmente dependeriam de esforços e recursos estatais e que hoje o Estado não possui.

É válido afirmar, que a PPP é hoje a principal saída para o caos da mobilidade do município do Salvador, isso se configura em virtude da gestão privada que se revela mais rápida, flexível, eficiente e barata do que a realizada, exclusivamente, pelo Estado.

6 CONCLUSÃO

Este trabalho não se conclui defendendo a análise da mobilidade de Salvador, se ela esta ruim ou não, mas traz a baile a reflexão do caos atual, foram apresentadas algumas possíveis reflexões e conclusões parciais, a questão pontual foi expor a saída mais viável para o caos da locomoção da primeira capital do Brasil.

No caso brasileiro as PPPs configuraram um dos resultados da associação entre três fenômenos atuais: a crise fiscal que gera a falta de recursos públicos para investimentos essenciais combinada com a falta de iniciativa e experiência estatal para a configuração da infraestrutura e a ideal eficiência para a prestação dos serviços públicos, que é encontrada no parceiro particular.

Na medida em que não é mais possível o aporte primário de recursos significativos por parte do Estado, é vital a colaboração de recursos privados para os investimentos nos setores dos serviços públicos, que são sinônimo de desenvolvimento para qualquer nação. Além disso, o investimento privado pressupõe um mínimo de segurança e previsibilidade, o que é de extrema necessidade em um cenário desestruturado e desconfortante para a maioria da população, como é o caso do trânsito de Salvador.

Por outro lado, o núcleo duro das PPPs não é formado apenas pelo experiente e eficiente setor privado, é necessário o subsidio estatal para a ideal busca do setor privado, que é o lucro e a ideal implementação de infraestrutura que abarca e responde ao interesse público, conclui-se que não é só o público e nem só privado que faz a diferença, e sim a parceria dos dois

Foi feita a análise descritiva do regime das PPPs, se passou a expor a sua inovação, o aporte econômico tanto do Estado quanto do particular, mesmo que em busca de interesses diferentes, abordando de forma clara as concessões patrocinadas e administrativas. E foi nas concessões patrocinadas que se encontrou a solução para alavancar a mobilidade do município do Salvador e, conseqüentemente, os municípios que a ele se ligam como exemplo Lauro de Freitas.

Como conclusão parcial foi verificada a parábola crescente da população da cidade de Salvador, essa maior concentração de pessoas dá devido a propagação do setor imobiliário, com isso se gerou um dos pontos cruciais para o gargalo do trânsito, que cada dia fica mais estreito.

Outra faísca apresentada para o colapso da mobilidade é a má gestão dos diversos representantes que passaram pela prefeitura da cidade, não só a infraestrutura dos transportes coletivos, mas também a falta de responsabilidade social, a precariedade dos serviços públicos primordiais da educação, saneamento básico, saúde, ambiental e comunicação eficiente. São fatores correlacionados e dependentes.

É sabido que o Brasil é o país em relevo até 2016, todas as atenções mundiais serão atraídas para cá, eventos importantes como a copa do mundo sucedido das olimpíadas exigem pelo menos o ir e vir digno das pessoas. Os Estados com uma grande massa populacional, como o Rio de Janeiro e São Paulo contam com o transporte metroviário, o ideal sistema para as grandes cidades. Já no caso de Salvador o projeto do sistema metroviário falhou e hoje uma das maiores cidades do Brasil conta apenas com o transporte coletivo de ônibus, que é mal prestado e mal operado.

Saída para o funcionamento do metrô há, como foi apresentada no decorrer do trabalho, e essa é a expectativa das autoridades, da população local e, com os eventos já marcados, virou aguardo mundial. Promessas do atual prefeito já existem no sentido da conclusão de todas as etapas do metrô até 2016.

Não há, pois, dúvida que, com as devidas garantias, legais, financeiras e processuais, adequadas e seguras, a inovação jurídica que representam as PPPs pode desempenhar um papel importante no desenvolvimento da infraestrutura do município do Salvador, sobretudo do metrô.

A solução PPP tem fulcro na Constituição Federal como foi exposto, não se está delegando parte do serviço público de forma discricionária, no decorrer de todo o trabalho encontra-se alusões a Carta Magna, isso porque começar um programa respeitando o sistema normativo que rege todo o país é a melhor forma de se consolidar de maneira positiva.

O sucesso do modelo das PPPs depende não apenas da autorização legislativa, da vontade política ou da capacidade gerencial da Administração Pública. Trata-se, antes de tudo, de uma questão atinente ao conhecimento técnico-científico e o atendimento aos requisitos peculiares do regime das PPPs.

Esperanças com a implementação do programa das parcerias público-privadas há, todavia ainda tem um árduo caminho a ser percorrido até que ela se transforme na efetivação do metrô do município do Salvador. Enquanto isso a população continua a saga de todo dia com os grandes engarrafamentos e uma mobilidade impraticável, que gradativamente gera a redução na qualidade de vida.

REFERÊNCIAS

_____. **Lei nº 5.245**, de 05 de fevereiro de 1997. Modifica a estrutura organizacional da Prefeitura Municipal do Salvador e dá outras providências. Salvador, BA. Disponível em: http://www.gestaopublica.salvador.ba.gov.br/doc_PDF/Consolida%C3%A7%C3%A3o.pdf

BRASIL. **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.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm

BRASIL. **Lei nº 8.987, de 13 de Fevereiro de 1995**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8987cons.htm.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **As Parcerias Público-Privadas – PPP'S no Direito Positivo Brasileiro**. Revista de Direito Administrativo, nº 240. Rio de Janeiro, 2005.

ARAÚJO, Edimir Netto de. **Curso de Direito Administrativo**. 5ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BARROSO, Luis Roberto. **Doutrinas Essenciais Direito Constitucional – Vol. 4, Constituição Financeira, Econômica e Social – A Ordem Econômica Constitucional e os Limites à Atuação Estatal no Controle de Preços**. Revista de Direito Público, RDP 795/55, 2002. São Paulo: RT, 2011.

Blog VTL em Salvador. **Transporte sobre trilhos (Metrô/VLT) em Salvador, atraso a recuperar**. Salvador, BA, 18 de abril de 2011. Disponível em: <http://vltemsalvador.blogspot.com.br/2011/04/transporte-sobre-trilhos-metrovlt-em.html>

BOBBIO, Norberto. **Estado Governo e Sociedade: Para uma teoria geral da política**. São Paulo: Paz e Terra, 2012.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 4ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

CÂMARA, Jacintho Arruda. **Parcerias Público-Privadas: A Experiência Brasileira nas Concessões de Serviço Público e as Parcerias Público-Privadas**. 2ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

CAMAROTTO, Murilo. **Nordeste começa a conviver com pedágios**. Secretária de Infraestrutura da Bahia, notícias. 04 de dezembro de 2012. Disponível em: http://www.seinfra.ba.gov.br/imprime_noticia_atual.asp?id_noticia=9230.

CAVALCANTI, Themistocles. **Doutrinas Essenciais Direito Constitucional – Vol. 4, Constituição Financeira, Econômica e Social – Problemas de Técnica Legislativa**. Revista de Direito Público, RDP 194/490. São Paulo: RT, 2011.

COMPARATO, Fábio Konder. **Doutrinas Essenciais Direito Constitucional – Vol. 4, Constituição Financeira, Econômica e Social - Ordem Econômica na Constituição Brasileira de 1988.** Revista de Direito Público, RDP 93/263. São Paulo: RT, 2011.

Correio da Bahia. **Novo edital prevê metrô pronto até 2016, primeiro trecho funciona até 2014.** Salvador, BA, 25 de maio de 2013. Disponível em: <http://www.correio24horas.com.br/noticias/detalhes/detalhes-1/artigo/novo-edital-preve-metro-pronto-ate-2016-primeiro-trecho-funciona-ate-2014/>

COSTA, Flávio Dino de Castro. **A Nova Lei de Concessões de Serviços Públicos.** Revista de Direito Administrativo, nº 202. Rio de Janeiro, 1995.

COUTINHO, Diogo Rosenthal. **Parcerias Público-Privadas: Relatos de Algumas Experiências Internacionais.** 2ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

CUNHA JR, Dirley da. **Curso de Direito Administrativo.** 10ª Ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2011, p.500.

DA SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 35ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

DALLARI, Adílson Abreu. **Parcerias Público-Privadas: Parceria em Transporte Público.** 2ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

FILGUEIRAS, Luis. **História do Plano Real.** 3ª Ed. São Paulo: Boitempo Editorial, 2006.

FILHO, José dos Santos Carvalho. **Manual de Direito Administrativo.** 24ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FILHO, Marçal Justen. **Parcerias Público-Privadas: Concessão de Rodovias – A Experiência Brasileira.** 2ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

FILHO, Marçal Justen. **Teoria Geral das Concessões de Serviços Públicos.** São Paulo: Dialética, 2003.

FINGER, Ana Cláudia. **Serviço Público: Um instrumento de concretização de direitos fundamentais.** Revista de Direito Administrativo, nº 232. Rio de Janeiro, 2003.

FISHER, Tânia. **De cá pra lá em Salvador.** Salvador: Viver Produtos Editoriais, 2011.

GOMES, Luiz Otávio. **Seplande destaca parcerias público-privadas em Alagoas.** Secretária de Planejamento e Desenvolvimento, Maceió, abril de 2012. Disponível em: <http://www.agenciaalagoas.al.gov.br/noticias/seplande-destaca-parcerias-publico-privadas-em-alagoas>.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 15ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

GROTTI, Dinorá. **A Configuração Jurídica Clássica do Serviço Público e suas Mutações**. Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, Rio de Janeiro: RIASP 28, 2011.

HAYEK, Friedrich August Von. **O Caminho da Servidão**. 5ª Ed. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1990.

Jornal ATARDE. **Governo homologa decisão por metrô na paralela**. Salvador, Ba, 11 de agosto de 2011. Disponível em: <http://atarde.uol.com.br/noticias/5754146>

Jornal ATARDE. **Moradores de Cajazeiras fazem protestos por metrô**. Salvador, BA, 04 de abril de 2011. Disponível em: <http://atarde.uol.com.br/noticias/5746578>

Jornal ATARDE. **Salvador tem a maior densidade demográfica do Brasil**. 01 de setembro de 2009. Disponível em: <http://atarde.uol.com.br/noticias/951016>.

Jornal da Manhã, Rede Bahia. **Transferência da CTS para o Governo do Estado é aprovada por unanimidade pela Câmara Municipal**. Salvador, BA, 14 de maio de 2013. Disponível em: <http://globotv.globo.com/rede-bahia/jornal-da-manha/v/transferencia-da-cts-para-o-governo-do-estado-e-aprovada-por-unanimidade/2572323/>

KOSHIBA, Luiz. **História do Brasil: no contexto da história ocidental**. 8ª Ed. São Paulo: Atual Editora, 2003.

MARTINS, Ives Gandara da Silva. **Doutrinas Essenciais Direito Constitucional – Vol. 4, Constituição Financeira, Econômica e Social – Direito Constitucional Econômico**. Revista de Direito Público, RDP 18/229, 2003. São Paulo: RT, 2011.

MEDAUAR, Odete. **O Direito Administrativo em Evolução**. São Paulo: RT, 1992.

MEDAUAR, Odete. **Serviço Público**. Revista de Direito Administrativo, nº. 189. Rio de Janeiro, 1992.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 35ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Concessão de Serviço Público e sua Equação Financeira**. Revista de Direito Administrativo, nº. 249. Rio de Janeiro, 2012.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 27ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Doutrinas Essenciais Direito Constitucional – Vol. 4, Constituição Financeira, Econômica e Social – O Estado e a Ordem**

Econômica. Revista de Direito Público, RDP . São 62/34, 1982, São Paulo: RT, 2011.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Revista dos Tribunais – Concessão de Serviço Público e Falência do Concessionário.** Vol. 576, p. 11-18, São Paulo: RT, 1982.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Revista dos Tribunais – Retomada de Serviço Público Dado em Concessão.** Nº 603, p. 09-24, São Paulo: RT, 1986.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967.** 3ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

MODESTO, Paulo. **Parcerias Público-Privadas: Reforma do Estado, Formas de Prestação de Serviços ao Público e Parcerias Público-Privadas: Demarcando as Fronteiras dos Conceitos de “Serviço Público”, “Serviços de Relevância Pública” E “Serviços de Exploração Econômica” para as Parcerias Público-Privadas.** 2ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

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

MONTEIRO, Vera. **Dois Anos da Lei de Parceria Público-Privada.** Revista Gestão e Controle, v. 01, nº 03. p. 41-78, 2007. Salvador: Tribunal de Contas do Estado da Bahia, 2007.

MONTEIRO, Vera. **Parcerias Público-Privadas: Legislação de Parceria Público-Privada no Brasil – Competência Legislativa em Matéria de Concessão.** 2ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Direito das Concessões de Serviço Público: Inteligência da Lei 8.987/1995, Parte Geral.** São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

MOREIRA, Egon Bockmann. **Revista dos Tribunais – A concessão de serviços públicos e os direitos reais administrativos. Nº 898.** São Paulo: RT, 2010.

NETO, Benedicto Porto. **Parcerias Público-Privadas: Licitação para Contratação de Parceria Público-Privada.** 2ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

NETO, Floriano de Azevedo Marques. **A Nova Regulação dos Serviços Públicos.** Revista de Direito Administrativo, nº. 228. Rio de Janeiro, 2002.

OLIVEIRA, Fernando A. Albino de. **Doutrinas Essenciais Direito Constitucional – Vol. 4, Constituição Financeira, Econômica e Social – Limites e Modalidades da Intervenção do Estado no Domínio Econômico.** Revista de Direito Público, 37-38/52. São Paulo: RT, 2011.

PEIXOTO, Geovane de Mori. **A Justiça Restaurativa como Política Pública Alternativa ao Sistema Penal: Possibilidade e Viabilidade.** Salvador, 2009.

PESTANA, Marcio. **Direito Administrativo Brasileiro**. Rio de Janeiro: Editora Campus Jurídico, 2008.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella de. **Direito Administrativo**. 26ª Ed. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

PONTUAL, Helena Daltro. **Parcerias Público-Privadas: PPPs estimulam participação do setor privado em projetos de infraestrutura**. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, Texto 84. Disponível em: <http://biblioteca.planejamento.gov.br/biblioteca-tematica-1/textos/direito-leis-jurisprudencia-e-opinioes-juridicas/texto-84-parcerias-publico.doc/view?searchterm=Parce>.

Portal G1 – Rede Bahia. **ACM Neto estuda transferir linha 1 do metrô para o governo estadual**. Salvador, BA, 24 de dezembro de 2012. Disponível em: <http://g1.globo.com/bahia/noticia/2012/12/acm-neto-estuda-transferir-linha-1-do-metro-para-o-governo-estadual.html>

RAMOS, Elival da Silva. **Doutrinas Essenciais Direito Constitucional – Vol. 4, Constituição Financeira, Econômica e Social – O Estado na Ordem Econômica**. Revista de Direito Público, RDP 43/49 - 2003. São Paulo: RT, 2011.

Revista Carta Capital. **Dilma anuncia pacote de R\$ 133 milhões para construção de rodovias e ferrovias**. São Paulo, SP, 15 de agosto de 2012. Disponível em: <http://www.cartacapital.com.br/economia/dilma-anuncia-pacote-para-construcao-de-rodovias-e-ferrovias>.

Revista Eletrônica Exame. **Trânsito: número de automóveis dobrou nos últimos 10 anos**. 02 de outubro de 2012. Disponível em: <http://exame.abril.com.br/brasil/noticias/transito-numero-de-automoveis-dobrou-nos-ultimos-10-anos>

Revista Ferroviária. **Bahia assina convênio para Linha 2 do metrô**. Salvador, BA, 23 de janeiro de 2012. Disponível em: <http://revistaferroviaria.com.br/index.asp?InCdEditoria=2&InCdMateria=14952>

Revista Ferroviária. **Bahia lança edital do metrô Salvador-Lauro de Freitas**. Salvador, BA, 22 de junho de 2012. Disponível em: <http://www.revistaferroviaria.com.br/index.asp?InCdEditoria=1&InCdMateria=15941>

RIBEIRO, Maurício Portugal, **Comentários à Lei de PPP – Parceria Público-Privada**. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

RIVERO, Jean. **O Regime das Empresas Nacionalizadas e a Evolução do Direito Administrativo**. Revista de Direito Administrativo, nº. 49. Rio de Janeiro, 1957.

SANTOS, Francisco. **Parcerias Público-Privadas ajudam a melhorar trânsito em BH.** Guerras e armas, Defesa, Geopolítica e informação . UT+ Conteúdos. Belo Horizonte, agosto de 2009. Disponível em: www.guerraearmas.wordpress.com/2012/08/08/parcerias-publico-privadas-ajudam-a-melhorar-transporte-publico-de-bh.

SANTOS, Jaciara dos. **De cá pra lá em Salvador.** Salvador: Viver Produtos Editoriais, 2011.

SECOM – Secretaria de Comunicação Social. **Governo e Prefeitura discutem o funcionamento do metrô de Salvador.** Salvador, BA, 22 de novembro de 2010. Disponível em: <http://www.comunicacao.ba.gov.br/noticias/2010/11/22/governo-e-prefeitura-discutem-metro-de-salvador>

SUNDFELD, Carlos Ari. **Parcerias Público-Privadas: Guia Jurídico das Parcerias Público-Privadas.** 2ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

TÁCITO Caio. **A Configuração Jurídica do Serviço Público.** Revista de Direito Administrativo, nº. 233. Rio de Janeiro, 2003.

TÁCITO, Caio. **O Retorno do Pêndulo: serviço público e empresa privada. O exemplo brasileiro.** Revista Forense, nº. 334, 01-18, Rio de Janeiro, 1996.

TAVARES, André Ramos. **Direito Constitucional Econômico.** São Paulo: Método, 2003.

Tribunal de Contas da União. Decisão nº 460/2002. Levantamento de Auditoria. Companhia de Transportes de Salvador. Obras de construção do Metrô de Salvador. Falta de exigência da apresentação de propostas e documentação também em língua portuguesa nas licitações internacionais. Ausência de formalização do registro no Siafi de convênio destinado ao financiamento das obras. Ata 14/2002, Plenário Sessão 08 de maio, aprovação 15 de maio e publicação 20 de maio de 2002. Disponível em: <https://contas.tcu.gov.br/portaltextual/ServletTcuProxy>

WALD, Arnaldo. **A Infraestrutura, as PPP's e a Arbitragem** Revista de Arbitragem e Mediação, nº. 05, 14-28, Rio de Janeiro, 2005.

WALD, Arnaldo. **Renascimento do Instituto da Concessão.** Revista de Direito Administrativo, nº. 171. Rio de Janeiro, 1988.