

FILIPE AUGUSTO ESTORILIO SILVA PINTO

**MECANISMOS DE CONTROLE DAS CONCESSÕES COMUNS,
PATROCINADAS E ADMINISTRATIVAS: UMA ANÁLISE À LUZ DA
CONCEPÇÃO GRAMSCIANA DE ESTADO E DOS PRINCÍPIOS
CONSTITUCIONAIS BRASILEIROS**

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de bacharel no Curso de Direito da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Professor Dr.
Manoel Eduardo Alves
Camargo e Gomes

Co-orientadora: Professora Dra.
Ângela Cássia Costaldello

CURITIBA

2006

AGRADECIMENTOS

Aos Professores orientadores, pelas sugestões e ensinamentos.

Aos Professores da graduação, pela dedicação e preciosos conhecimentos transmitidos ao longo dos últimos cinco anos.

Aos meus pais e familiares, pelo apoio e compreensão.

À minha namorada, pelo carinho e incentivo.

Aos amigos e a todos os que contribuíram para a realização da presente pesquisa.

E principalmente a Deus, pela inspiração e motivação.

a política é a atividade humana central, o meio através do qual a consciência individual é colocada em contato com o mundo social e material, em todas as suas formas
(GRAMSCI apud Hobsbawm)

RESUMO

A pesquisa focaliza as concessões de serviços e obras públicas no Estado Brasileiro, a saber, as concessões comuns, patrocinadas e administrativas, especialmente no que tange à temática do controle. Adota como marco teórico a concepção gramsciana de Estado, utilizando conceitos dessa concepção para o fim de uma análise dos mecanismos de controle das referidas concessões no Estado Brasileiro contemporâneo. Analisa o contexto de surgimento das aludidas concessões, procurando compreender as transformações pelas quais os Estados Modernos vêm passando. Estuda as características normativas das concessões no Estado Brasileiro, desde a análise de seu regime jurídico até as previsões legais de controle. Adota uma postura crítica frente à dominação exercida pelas classes dominantes, observando a necessidade da aplicação de conceitos propostos por GRAMSCI na temática do controle das concessões, tendo em vista a salvaguarda e a efetivação dos princípios constitucionais, especialmente da dignidade da pessoa humana. Dito de outra forma, sugere a necessidade e a importância da compreensão e aplicação dos mecanismos de controle das concessões, como forma de ação política, nos termos propostos por GRAMSCI e em conformidade com os princípios constitucionais.

SUMÁRIO

AGRADECIMENTOS	ii
RESUMO.....	iv
LISTA DE TABELAS	vii
INTRODUÇÃO	1
1. PREMISSAS METODOLÓGICAS, CONTEXTO E DELIMITAÇÕES CONCEITUAIS.....	5
1.1. ANÁLISE DE CONJUNTURA.....	5
1.1.1. Conceito gramsciano de Estado.....	5
1.1.2. Hegemonia, superestrutura e o papel da sociedade civil	5
1.1.3. Ação política.....	7
1.2. REFORMA DO ESTADO E SUAS IMPLICAÇÕES	8
1.2.1. Estado subsidiário e Estado prestador	8
1.2.2. Interesse público e Estado subsidiário.	11
1.2.3. Participação democrática e mecanismos de controle social da atividade administrativa	13
1.3. DELIMITAÇÕES CONCEITUAIS	15
1.3.1. Política pública e serviço público.....	15
1.3.2. Serviço público, serviço de relevância pública e exploração da atividade econômica	18
1.3.3. Conceito, formas e classificações do controle da atividade administrativa.....	21
2. ANÁLISE DAS CONCESSÕES DE SERVIÇOS E OBRAS PÚBLICAS NO BRASIL.....	24
2.1. O REGIME JURÍDICO DAS CONCESSÕES	24
2.1.1. Regime jurídico administrativo.....	24
2.1.2. Contratos firmados pela Administração Pública	25
2.1.3. Contratos de concessão	27
2.2. CONCESSÕES COMUNS	29
2.2.1. Noções gerais.....	29
2.2.2. Características.....	30
2.2.3. Objetivos e necessidades.....	32
2.3. PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS: CONCESSÕES PATROCINADAS E ADMINISTRATIVAS.....	33
2.3.1. Noções gerais.....	33
2.3.2. Concessões patrocinadas	34
2.3.3. Concessões administrativas.....	35
2.3.4. Características das concessões patrocinadas e das concessões administrativas	37
2.3.5. Objetivos e necessidades.....	38

3. MOMENTOS E FORMAS DE CONTROLE DAS CONCESSÕES COMUNS, PATROCINADAS E ADMINISTRATIVAS	42
3.1. CONTROLE PRÉVIO	42
3.1.1. Importância.....	42
3.1.2. Controle prévio nas concessões comuns	42
3.1.3. Controle prévio nas PPP's.....	46
3.2. CONTROLE CONCOMITANTE.....	49
3.2.1. Noções gerais.....	49
3.2.2. Controle do poder concedente sobre a concessionária de serviço público 52	
3.2.3. Deveres-poderes do poder concedente	53
3.2.4. Participação do usuário	56
3.3. CONTROLE POSTERIOR	60
3.3.1. Agentes controladores.....	60
3.3.2. Ação popular, ação civil pública e ação de improbidade administrativa ..	61
3.3.3. Responsabilidade dos agentes.....	64
CONSIDERAÇÕES FINAIS	68
REFERÊNCIAS	71
ANEXO – VERSÃO PRELIMINAR DO ANTEPROJETO DE LEI SOBRE PARTICIPAÇÃO E DEFESA DO USUÁRIO DE SERVIÇO PÚBLICO.....	75

LISTA DE TABELAS

Tabela 1 – Agentes de controle das concessões comuns – QUADRO 1	85
Tabela 2 - Agentes de controle das concessões comuns – QUADRO 2	86
Tabela 3 - Agentes de controle das PPP's – QUADRO 1	87
Tabela 4 - Agentes de controle das PPP's – QUADRO 2	88
Tabela 5 – Institutos normativos de controle das concessões comuns	89
Tabela 6 – Institutos normativos de controle das PPP's	90

INTRODUÇÃO

A presente monografia foi centrada na análise dos mecanismos de controle previstos no ordenamento jurídico brasileiro das concessões comuns¹, das concessões patrocinadas e das concessões administrativas², doravante denominadas simplesmente concessões.

Objetivou-se estudar tais mecanismos tendo em vista as suas potencialidades para uma aplicação eficaz das concessões no Estado Brasileiro, especialmente no âmbito da União, sendo esta entendida como uma aplicação que constitua uma das formas de construção de uma sociedade livre, justa e solidária³, através de um desenvolvimento sustentável⁴ e socialmente justo⁵, bem como que traduza na prática o fato de possuir como valor máximo de seu ordenamento jurídico o princípio da dignidade da pessoa humana⁶.

Ainda, uma aplicação que represente uma nova hegemonia social, ou seja, uma hegemonia de valores e interesses das classes dominadas, e não só das dominantes (detentoras do capital financeiro), de acordo com a concepção gramsciana de Estado, eleita como marco teórico deste trabalho.

Com efeito, a existência de mecanismos de controle efetivos constitui um aspecto primordial para o sucesso das concessões e, por conseguinte, para os objetivos e possibilidades a que elas se propõem.

Observe-se que é através do controle das concessões que se torna possível evitar sérios prejuízos para a sociedade, dentre eles a destinação ineficaz e irresponsável de recursos públicos, bem como o aumento da dívida

¹ Esta concessão é decorrente da Lei federal nº. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, da Lei federal nº. 9074/1995, e também por leis esparsas, como a Lei Geral de Telecomunicações.

² Essas duas concessões (patrocinadas e administrativas) são também denominadas Parcerias Público-Privadas – PPP's, advindas da Lei Federal nº. 11.079, de 30 de dezembro de 2004.

³ Estes constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, na forma do artigo 3º, I e III da Constituição Federal.

⁴ “Desenvolvimento sustentável é desenvolvimento que satisfaz as necessidades do presente sem comprometer a capacidade de as futuras gerações satisfazerem suas próprias necessidades”, conforme relatório elaborado pela Comissão Mundial da ONU sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (UNCED), publicado em 1987.

⁵ FREITAS, Juarez. Parcerias Público Privadas (PPP's): Características, Regulação, Princípios. **Revista Bimestral de Direito Público Interesse Público** – Ano VI, nº 29, janeiro/fevereiro de 2005 – Porto Alegre, Notadez: 2005, p. 61.

⁶ Conforme dispõe o artigo 1º, III da Constituição Federal.

pública e dos casos de corrupção⁷. Ainda, é possível evitar contratações mal planejadas e estruturadas, abusos populistas, desvios no uso das concessões administrativas⁸ e vantagens exacerbadas para as concessionárias através da especulação financeira desmedida, em detrimento do interesse público⁹.

A importância desses mecanismos de controle (nas concessões comuns e nas PPP's) é salientada também quando se tem em mente, por exemplo, que os serviços e obras decorrentes de tais concessões devem ser prestados adequadamente, na forma do artigo 6º da Lei nº. 8.987/1995, bem como que será a própria sociedade - especificamente os usuários – quem irá, em última análise, arcar com os custos dos serviços e obras.

Especificamente no tocante às PPP's, a importância do controle é ainda mais evidente, haja vista que este pode significar uma maior democratização de recursos públicos¹⁰ advindos diretamente do Tesouro Nacional, ou seja, uma destinação de tais recursos apta a diminuir as desigualdades sociais existentes em nosso país.

Ademais, o aspecto de controle das PPP's está diretamente vinculado à transparência dos respectivos contratos, o que constitui, inclusive, um de seus princípios informadores, conforme o artigo 4º, inciso V da Lei federal 11.079/2004. Por sua vez, essa transparência relaciona-se com a confiança da iniciativa privada para realizar investimentos (ainda que conjuntamente com o parceiro público), tão caros ao desenvolvimento econômico e social nacional.

Sem embargo, a Lei nº. 11.079/2004 (Lei das PPP's) foi omissa e pouco clara especialmente no que tange a essa temática. Veja-se que se deve recorrer à Lei 8.987/1995 (que se aplica subsidiariamente), bem como a outros dispositivos

⁷ CRETELLA NETO, José. **Comentários à Lei das Parcerias Público-Privadas – PPP's**. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 10.

⁸ SUNDFEL, Carlos Ari. **Guia Jurídico das Parcerias Público Privadas**. In:_____. **Parcerias Público-Privadas**. São Paulo, Madeiros: 2005, p.15 a 45.

⁹ Saliente-se, porém, que o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos é assegurado e garantido, especialmente através de cláusulas financeiras, conforme se verá nesta pesquisa.

¹⁰ Frise-se que as aludidas concessões envolvem o comprometimento de grandes quantias de recursos públicos durante um grande espaço de tempo.

legais¹¹, para o estudo e aplicação do controle. Dessa forma, deve-se adotar uma interpretação sistemática, corretiva e ampliativa da Lei das PPP's, em conformidade com o ordenamento jurídico nacional.

Posto isso, importante destacar que a presente pesquisa científica foi estruturada através do método dedutivo, partindo-se da análise do Estado até a análise dos mecanismos normativos de controle das concessões. Ademais, utilizou-se as normas da UFPR para a formatação deste trabalho.

O trabalho foi estruturado em três partes, todas divididas em três seções, as quais, por sua vez, foram subdivididas em capítulos.

Na primeira parte tratou-se da concepção gramsciana de Estado, de sua análise de conjuntura política¹², e de sua teoria marxista de ação política, como premissas metodológicas para o estudo do controle das concessões (primeira seção). Analisou-se o papel do Estado contemporâneo e as transformações ocorridas no âmbito do Direito Administrativo, enfatizando-se a importância da participação social e do controle da atividade administrativa do Estado (segunda seção). Buscou-se também firmar conceitos atinentes ao tema proposto, tendo em vista um maior esclarecimento deste, especificamente os conceitos de serviço público, serviço de relevância pública e controle da Administração.

Na segunda parte visou-se ao estudo do regime jurídico das concessões, situando os respectivos contratos nesse aparato (primeira seção). Analisou-se também os conceitos normativos atinentes às concessões no Estado Brasileiro, suas principais características e objetivos, tanto na modalidade comum (segunda seção) quanto na patrocinada e na administrativa (terceira seção).

Na terceira parte examinou-se especificamente os mecanismos de controle prévio (primeira seção), concomitante (segunda seção) e posterior (terceira seção) das concessões existentes em nosso ordenamento jurídico, bem como quais as suas previsões legais, quem pode exercê-los e como eles podem ser feitos. Tal exame foi efetuado sob o enfoque do controle exercido sobre a atuação estatal, os deveres dos usuários e a atuação das empresas concessionárias de serviço público.

¹¹ Dentre elas, a salientamos aqui a Lei de Licitações e Contratos Administrativos – Lei nº. 8.666/93 e a Lei de Responsabilidade Fiscal – LC nº. 101/2000.

¹² Sobre o tema de conjuntura política, veja-se o artigo de Sebastião C. Velasco e Cruz, **Teoria e método na análise de conjuntura**, disponível em:

A seguir, foram feitas as considerações finais sobre o tema.

Por fim, mencione-se aqui os limites deste trabalho monográfico, haja vista o objetivo a que ele se propõe: a obtenção do título de bacharel no curso de Direito. Com efeito, o presente trabalho não tem o condão de efetuar uma análise exaustiva dos temas propostos (ou seja, das partes componentes da pesquisa), senão obter noções gerais sobre eles, delimitando-se principalmente aos aspectos normativos das concessões e dos seus mecanismos de controle. Isso se observa até porque cada um desses temas possui uma grande amplitude.

1. PREMISSAS METODOLÓGICAS, CONTEXTO E DELIMITAÇÕES CONCEITUAIS

1.1. ANÁLISE DE CONJUNTURA

1.1.1. Conceito gramsciano de Estado

Antonio GRAMSCI viveu em uma época conturbada de nossa História, a primeira metade do século XX, em meio às grandes guerras mundiais. Foi líder intelectual da classe trabalhadora na Itália objetivando a tomada do poder por parte desta. Contudo, presenciou a derrota de seu partido para o Fascismo.

Procurando entender tal derrota, esse pensador desenvolveu uma concepção de Estado fundamentada nos conceitos clássicos e tradicionais da teoria marxista, porém entendendo o Estado como uma estrutura mais complexa do que essa teoria (clássica) visualizava. Assim, sua análise de conjuntura compreende uma concepção ampliada de Estado.

Explique-se, GRAMSCI entende que o Estado, doravante denominado também sociedade política, é *“todo o complexo de atividades práticas e teóricas com a qual a classe dominante não somente justifica e mantém seu domínio, mas procura conquistar o consentimento ativo daqueles sobre os quais exerce dominação.”*¹³

1.1.2. Hegemonia, superestrutura e o papel da sociedade civil

No âmbito da teoria gramsciana, convém estabelecer os conceitos de hegemonia e de superestrutura. Conforme já mencionado, GRAMSCI fundamentou sua teoria nas teorias de Marx e Engels, adotando conceitos como os de lutas de classes e de hegemonia burguesa na sociedade civil.

Esta hegemonia representa, em seu entendimento político, o predomínio ideológico dos valores e normas das classes dominantes (burguesas) sobre as classes dominadas (proletárias). Com efeito, a hegemonia em GRAMSCI assume

dois aspectos principais: o predomínio moral e intelectual efetuado por uma facção da classe dominante sobre os demais integrantes desta mesma classe e as *“tentativas bem sucedidas da classe dominante em usar sua liderança política, moral e intelectual para impor sua visão de mundo como inteiramente abrangente e universal, e para moldar os interesses e as necessidades dos grupos subordinados”*.¹⁴

Entretanto, foi na ênfase dada ao papel da superestrutura¹⁵ na perpetuação de classes que GRAMSCI foi além da teoria de Marx. Nesse sentido, essa superestrutura engloba não só o Estado (principal responsável pela dominação direta através da coerção ou do governo “jurídico”)¹⁶, mas também a sociedade civil (responsável precipuamente pela hegemonia em toda a sociedade).¹⁷

Segundo BOBBIO, GRAMSCI entende que a aludida superestrutura representa fator ativo e determinante no desenvolvimento histórico.¹⁸ Somente através de uma mudança em toda a superestrutura – o que engloba a construção de uma nova hegemonia na sociedade civil¹⁹ – seria possível a construção de uma nova concepção de Estado: um Estado socialista.

Esta é a razão da primazia dada na obra gramsciana à superestrutura ideológica em detrimento da estrutura, bem como à sociedade civil em detrimento da sociedade política²⁰, diferentemente do entendimento de Marx.

Desta forma, conclui-se que o pensamento gramsciano estimula a ação ético - política concreta. De acordo com o seu pensamento, como é próprio da época moderna, as massas - que representam a classe dominada – não só podem mas

¹³ GRAMSCI, A. apud. CARNOY, Martin. **Estado e Teoria Política**. 2ª ed. Campinas: Papyrus. 1988, p. 99.

¹⁴ *Ibidem*. p. 95.

¹⁵ Esta é entendida como o complexo das relações ideológicas e culturais, da vida espiritual e intelectual.

¹⁶ A sociedade política, segundo o pensamento Marxista, representa um dos instrumentos da ideologia burguesa.

¹⁷ Diga-se, porém, que existem diversas definições de hegemonia nos Cadernos do Cárcere, dentre elas, a que entende que a hegemonia é exercida também no âmbito do Estado, porém com menos força e independência do que na sociedade civil.

¹⁸ BOBBIO, Norberto apud CARNOY, Martin. *Op. cit.*, p. 94.

¹⁹ A expressão *“nova hegemonia”* é utilizada nesta monografia para descrever a construção de uma nova ordem moral e intelectual, fundada nos interesses não só das classes dominantes mas também das dominadas, nos termos do pensamento gramsciano e com base nos princípios constitucionais.

²⁰ CARNOY, *op. cit.*, p. 94.

também devem participar da vida política do Estado, ainda que reprimidas pela hegemonia da classe dominante²¹.

Este entendimento levou GRAMSCI a sistematizar uma teoria marxista da ação política, ou seja, “*uma estratégia alternativa para a derrubada do Estado burguês e a construção do socialismo*”.²²

Tal estratégia engloba 3 elementos: a guerra de posição, a crise de hegemonia e o papel dos intelectuais.

1.1.3. Ação política

O pensamento de GRAMSCI entende o Estado como parte da superestrutura ideológica dominada pela burguesia. Porém, existem momentos em que essa classe dominante depara-se com a crise de sua autoridade. Esses momentos, a que GRAMSCI chama de crise de hegemonia, podem ocorrer por atos impopulares das classes dirigentes ou por ativismos das classes dominadas, bem como, podem levar à ação política das classes dominadas, desde que estas estejam conscientes da dominação exercida sobre elas e dispostas e articuladas para enfrentá-la.

Referido enfrentamento pode ocorrer, conforme a ação política idealizada por GRAMSCI, através da guerra de posição, a qual deve envolver quatro elementos principais: 1) revolução peculiar e particular de cada país, com seus respectivos partidos socialistas, conforme seus respectivos contextos históricos e sociais; 2) criação de uma nova cultura pela classe trabalhadora, de forma a efetivar uma contra-hegemonia à hegemonia dominante; 3) ênfase na consciência da classe operária; 4) desenvolvimento ideológico em ação.

Nesse sentido, GRAMSCI enfatiza o papel dos intelectuais. Conforme Coutinho²³, para GRAMSCI os intelectuais assumem um importante papel para dar

²¹ Este é o caso, por exemplo, da “revolução passiva” efetivada pela classe dominante, quando esta se sente ameaçada pelo desenvolvimento da classe dominada ou quando sua hegemonia encontra-se em crise.

²² CARNOY, *op. cit.*, p. 90.

²³ COUTINHO, Carlos Nelson. **GRAMSCI. Um estudo sobre seu pensamento político.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999.

“forma homogênea à consciência da classe a que estão organicamente ligados”, ou das classes a que dão sua adesão.

Segue o citado autor explanando que, *“desse modo, [os intelectuais] preparam a hegemonia dessa classe [a que estão vinculados] sobre o conjunto de seus aliados. São, em suma, agentes da consolidação de uma vontade coletiva, de um ‘bloco histórico.’”*²⁴

Esses intelectuais são classificados em orgânicos e tradicionais. Os primeiros representam os intelectuais com origem e permanência em sua própria classe, burguesa ou proletária. Já os segundos representam os que, por algum motivo, deixam de pertencer organicamente à sua classe de origem, e passam à outra.

Importante mencionar que, para GRAMSCI, as classes proletárias também possuem seus intelectuais, orgânicos e tradicionais, os quais devem atuar de forma a confirmar os interesses não corporativos ou egoísticos de sua própria classe. Assim, consolidariam uma hegemonia proletária tanto na sociedade civil quanto na política, ou seja, uma hegemonia de valores que atentassem para os interesses de todos os estratos sociais, diga-se, uma sociedade socialista.

Saliente-se que o exposto nos três capítulos anteriores é uma resumida noção da análise de conjuntura que GRAMSCI fez do contexto político e social vivenciado por ele. Essa noção foi feita com o objetivo de estabelecer um marco teórico a partir do qual poderemos analisar os mecanismos de controle das concessões no Estado Brasileiro contemporâneo, bem como para o fim de firmar conceitos de Estado, sociedade civil e hegemonia.

1.2. REFORMA DO ESTADO E SUAS IMPLICAÇÕES

1.2.1. Estado subsidiário e Estado prestador

Os Estados Nacionais Modernos foram concebidos a partir dos séculos XVII e XVIII sob uma perspectiva liberal, na qual reinava o individualismo e a intervenção estatal mínima. Nessa época, os Estados – limitados pela perspectiva

²⁴ *Ibid.*, p. 175 e 176.

da constitucionalização e, portanto, não mais absolutos – restringiam-se a supervisionar o livre mercado, o qual supostamente iria se auto-regular. Cabia ao Estado manter o *status quo* e garantir a propriedade privada.

Entretanto, essa não intervenção estatal acabou por gerar enormes desigualdades sociais, o que, conforme ensina Maria Sylvia Zanella DI PIETRO²⁵, deu ensejo a um segundo momento estatal: o Estado do Bem-Estar. Neste, consolidado após a Segunda Guerra Mundial, o Estado é entendido como o principal interventor na economia e prestador de serviços públicos, assumindo uma função de garantidor do interesse público e do bem comum²⁶. Com um enorme aumento de suas atribuições, firmou-se o entendimento de que o Estado deveria proporcionar e assegurar diretamente os direitos fundamentais e as garantias mínimas dos cidadãos.

Mas também esse modelo estatal entrou em crise. De acordo com Simone Martins Sebastião, “o gigantismo das Administrações Públicas [estruturas estatais] as tornam lentas e burocráticas e os excessos de regulações cerceiam as liberdades econômicas e sociais fundamentais”.²⁷

Ademais, em que pese o aumento da carga tributária, não havia a conversão dos recursos provenientes desta tributação em políticas públicas eficientes. Os pilares dessa concepção estatal: Administração Pública burocrática, excessivas regulações e interferências na esfera privada, e existência de monopólios estatais, ruíram.²⁸ Ainda, as formas de controle (administrativo, legislativo, social e judicial) não conseguiram acompanhar o crescimento desmesurado estatal, dando ensejo a situações calamitosas nos seus institutos, observadas nos elevados índices de corrupção e na falta de planejamento de longa duração.

²⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia. **Parcerias na Administração Pública – Concessão, Permissão, Terceirização, Parceria Público-Privada e outras formas**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 27.

²⁶ Observa-se também nessa concepção de Estado de Bem-Estar a superação do individualismo que imperava no Estado Liberal.

²⁷ SEBASTIÃO, Simone Martins. As Agências Reguladoras no Direito Brasileiro. **Revista da Procuradoria Geral do Município de Curitiba** – vol.1, n.1, 2003 – Curitiba: Procuradoria Geral do Município de Curitiba, 2003. p. 116.

²⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia. *op. cit.*, p. 30.

Ante tal situação, firmou-se no final do século XX o momento ou a concepção do Estado regulador ou subsidiário²⁹, caracterizado por três deveres do Estado em relação à atividade econômica³⁰: Não agir quando os particulares possam; fomentar, fiscalizar e coordenar a iniciativa privada; e subsidiar a iniciativa privada quando esta for deficitária ou quando necessário. Nesse sentido, o Estado, para além de suas atividades exclusivas ou indelegáveis – como segurança, justiça, legislação e relações exteriores – só deve atuar em setores essenciais da sociedade.³¹

Nestes setores, o Estado pode atuar diretamente³², ou seja, através de seus próprios órgãos e agentes; ou indiretamente, através da delegação de serviços públicos à iniciativa privada, sob os regimes de concessão ou permissão, conforme o artigo 175 da Carta Magna.

Essa concepção de Estado Subsidiário significa, portanto, a redução do aparato estatal, efetuada através das privatizações³³, do fomento à iniciativa privada, da busca de parcerias³⁴ com o setor privado, da desburocratização e, enfim, da Reforma do Estado.³⁵ Referida redução ocorre, entretanto, ao mesmo tempo em que

²⁹ *Ibidem*, p. 33.

³⁰ Segundo Eros Grau, as atividades econômicas *latu sensu* englobam os serviços públicos e as atividades econômicas *stritu sensu*. (GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 137 a 139).

³¹ Veja-se a respeito o artigo 10 da Lei federal nº. 7.783/1989, que regulamenta o artigo 9º, §1º da Carta Magna: “Art. 10. São considerados **serviços ou atividades essenciais**: I - tratamento e abastecimento de água; produção e distribuição de energia elétrica, gás e combustíveis; II - assistência médica e hospitalar; III - distribuição e comercialização de medicamentos e alimentos; IV - funerários; V - transporte coletivo; VI - captação e tratamento de esgoto e lixo; VII - telecomunicações; VIII - guarda, uso e controle de substâncias radioativas, equipamentos e materiais nucleares; IX - processamento de dados ligados a serviços essenciais; X - controle de tráfego aéreo; XI compensação bancária.” **Saliente-se, porém, que essa enumeração não pode ser considerada taxativa fora dos fins a que se propõe a Lei, qual seja: regular o direito de greve.** É que existem atividades que, embora sejam essenciais para os fins de determinação da atuação do Estado, não estão previstas nesta relação, como a **educação**, a proteção ao **meio ambiente** e à **pesquisa científica e tecnológica**.

³² Prestando serviços públicos, serviços de relevância pública ou explorando diretamente a atividade econômica através das sociedades de economia mista ou empresas públicas.

³³ Conceito que, conforme Maria Sylvia Z. DI PIETRO, pode ser entendido em sentido amplo ou estrito. Em sentido amplo, abrange a desregulação (diminuição da intervenção do Estado no domínio econômico); a desmonopolização; a concessão de serviços públicos. Em sentido estrito, significa a venda de ativos ou ações de empresas estatais para o setor privado. (DI PIETRO, Maria S. *op. cit.*, p. 23 e 24).

³⁴ Ainda de acordo com Maria Sylvia Zanella DI PIETRO, esse conceito abrange: a delegação (principalmente através das concessões), a cooperação (contratos de prestação de serviço ou terceirização), o fomento (através de convênios), e a desburocratização (através de contratos de gestão). (DI PIETRO, Maria S. *op. cit.*, p. 23 e 24).

³⁵ Veja-se, no Estado Brasileiro, as Lei federais nº. 9.491/1997, que institui o “Programa Nacional de Desestatização”; bem como o Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado,

as responsabilidades estatais aumentam e em que suas atribuições tornam-se mais complexas (ainda que quantitativamente menores).

Isso porque se estabiliza a função estatal de assegurar e propiciar certos valores fundamentais assumidos pela nação, quais sejam: os valores democráticos e os direitos fundamentais, caracterizadores do denominado Estado Social e Democrático de Direito.³⁶ Nas palavras de Marçal JUSTEN FILHO, estes valores constituem a “razão de ser do Estado”³⁷, cabendo a este proporcionar condições para que os indivíduos se desenvolvam nesses aparatos.

Importante que se mencione que, nesse contexto, o princípio da legalidade assume nova feição, correspondendo à submissão do Estado não só à lei, mas principalmente ao Direito, diga-se, aos ideais de justiça, rompendo-se (ao menos em parte) com o positivismo jurídico que imperava até então.

1.2.2. Interesse público e Estado subsidiário.

O estudo dos mecanismos de controle das concessões exige um consenso do que vem a ser interesse público, haja vista que este deve constituir o objetivo daqueles mecanismos, assim como para o fim de configurar adequadamente o regime jurídico administrativo ou de Direito Público.³⁸

Entretanto, ante a constatação de que este termo refere-se a um conceito jurídico indeterminado, ou seja, que não possui um conteúdo definido³⁹, faz-se mister estabelecer parâmetros para a sua compreensão.

Marçal JUSTEN FILHO⁴⁰ parte de uma conceituação negativa de interesse público. Assim, este não é o interesse do Estado, do aparato estatal e

elaborado pelo Ministério da Administração Federal e Reforma do Estado – MARE, aprovado em 21 de setembro de 1995 pela Câmara da Reforma do Estado.

³⁶ Conforme Marçal JUSTEN FILHO, “O Estado Democrático de Direito caracteriza-se não apenas pela Supremacia da Constituição, pela incidência do princípio da legalidade e pela universalidade da jurisdição, **mas pelo respeito aos direitos fundamentais e pela supremacia da soberania popular.** (grifei)” (JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo.** São Paulo: Saraiva, 2005, p. 13.)

³⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso ...**, p. 733.

³⁸ Com efeito, o interesse público é entendido, segundo a concepção clássica ou tradicional, como o fundamento do regime jurídico do Direito Administrativo, com base nos princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público.

³⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso....**, p. 36.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 35 a 47.

tampouco dos agentes públicos. Veja-se que o interesse público vem antes do Estado. ou seja, este é mero instrumento daquele. Também não é a soma dos interesses privados, nem tampouco da maioria da sociedade ou da sociedade como um todo.

Segue o mesmo autor explanando que, ante essa imprecisão conceitual, há que se criar um critério ético para a compreensão da expressão em comento, qual seja: os direitos fundamentais. Nesse sentido,

A incidência de um regime jurídico diferenciado deriva não de razões puramente técnicas, mas de **imposições éticas**. É necessário investigar a natureza dos valores e das necessidades envolvidas. A distinção entre público e privado não numa questão puramente econômica ou técnica. O núcleo da distinção apresenta natureza ética. Há demandas diretamente relacionadas à realização de princípios e valores fundamentais, especialmente a dignidade da pessoa humana. (...) O ponto fundamental é a **questão ética**, a configuração de um direito fundamental. **Ou seja, o núcleo do direito administrativo não reside no interesse público, mas nos direitos fundamentais** [grifos meus].^{41 42}

Nessa linha, segundo DI PIETRO, com a concepção de Estado subsidiário o interesse público passa a ser o interesse dos cidadãos (interesse público primário), e só remotamente o do aparato administrativo (interesse público secundário)⁴³, o que coaduna-se com a idéia de direitos fundamentais e de critérios éticos para a sua definição.

De fato, com a Constituição Federal de 1988, a pessoa humana torna-se o centro do ordenamento jurídico. Por isso, o interesse público – e, aqui, a sua persecução através das concessões – deve ser realizado de forma concreta de acordo com os interesses dos cidadãos.

Nada distante, especialmente em um Estado Democrático e em uma sociedade dita pós-moderna e globalizada, é evidente a existência de diversos **interesses** integrantes do denominado interesse público⁴⁴, por vezes todos **merecedores** de tutela jurídica. Assim, “o processo de democratização conduz à

⁴¹ *Ibidem*. p. 43 e 44.

⁴² Sobre o tema, vide também o artigo de Marçal JUSTEN FILHO denominado: Conceito de Interesse Público e a “Personalização do Direito Administrativo”, constante da **Revista Trimestral de Direito Público**. 26/115-136. 1999.

⁴³ DI PIETRO. Maria Sylvia. *op. cit.*, p. 39.

⁴⁴ Especificamente no tocante às concessões, é possível verificar ao menos três “interesses públicos”: o das concessionárias, do poder concedente, e dos usuários.

*necessidade de verificar, em cada oportunidade, como se configura o interesse público.*⁴⁵

Com efeito, a busca por tal interesse público não pode ficar adstrita a meras conceituações. Esse interesse só podem ser verificado e alcançado na prática, através de condições e procedimentos próprios, assegurados e incentivados pelo Direito.

Sobretudo, é preciso que a sociedade civil – incluindo as classes dominadas – saiba que ela é formuladora e destinatária de seus próprios interesses, e, além de saber, que os exijam da sociedade política ou dos governantes, através de ações política efetivas, assim como de efetivos mecanismos de controle da Administração Pública, de forma a possibilitar a aproximação de seus interesses à figura juridicamente construída do interesse público.

1.2.3. Participação democrática e mecanismos de controle social da atividade administrativa

A noção de Estado está intimamente relacionada com a noção de regulação⁴⁶. De igual forma, o modelo de Estado está relacionado com o modelo de Direito. Neste particular, o Direito Administrativo assume um papel relevante como exteriorização do modelo de Estado.⁴⁷

Nesse sentido, importante destacar algumas mudanças institucionais que este ramo do Direito vem sofrendo, dentre elas: a tendência de ser cada vez mais dialógico e aberto e menos unilateral e impositivo; a discricionariedade e também o princípio da legalidade passam a ser mitigados, tendo em vista os princípios fundamentais da Constituição Federal; a cobrança crescente da sociedade no que tange à fundamentação das atividades estatais; a tendência de a ser cada vez

⁴⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *op. cit.*, p. 36.

⁴⁶ Ressalte-se aqui o importante papel do Direito como instrumento de limitação aos poderes atinentes à sociedade política e à classe dominante.

⁴⁷ Conforme clássica definição de MEIRELLES, o Direito Administrativo é o “conjunto harmônico de princípios jurídicos que regem os órgãos, os agentes e as atividades públicas tendentes a realizar concreta, direta e imediatamente os fins desejados pelo Estado.” (MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 35).

menos o Direito do Estado prestador para ser cada vez mais do Direito responsável pela regulação do Estado.⁴⁸

Essas mudanças decorrem da vertente constitucional de convocação da sociedade para atuar junto ao Estado, ou seja, da assunção da responsabilidade da nação consigo mesma.⁴⁹ Consoante Marçal JUSTEN FILHO,

A sociedade tornou-se muito complexa para que suas necessidades sejam satisfeitas exclusivamente por parte do Estado. A cidadania impõe que os indivíduos e as empresas se organizem e atuem concretamente para minorar os problemas e combater as carências. **A dignidade humana e a solidariedade são compromissos da Nação consigo mesma, e não um fardo a ser carregado apenas pelas instituições governamentais** [grifo meu].⁵⁰

Isso é o que se infere do artigo 3º da Carta Magna, ao dispor sobre “os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil” (incluindo-se a sociedade civil), e não apenas objetivos do Estado (entendido enquanto sociedade política ou governo).

Nessa linha, Hélio Saul MILESKI afirma a existência do princípio constitucional da participação popular⁵¹, o qual tem orientado a elaboração de diversas leis infra-constitucionais. Tal princípio é observado já no artigo 1º, § único da Carta Magna e em diversos outros dispositivos desta, como os artigos 10; 11; 29, XII; 31, §3º; 37, §3º; 58, §2º, II e IV; 194, VII; 198, III; 204, II .

Dentre as mencionadas leis, veja-se: o Estatuto da Cidade, ao prever a obrigatoriedade de realização de Audiências Públicas “na elaboração do plano diretor e na fiscalização de sua implementação”⁵², assim como na elaboração das Leis Orçamentárias Anuais dos municípios⁵³; a Lei de Responsabilidade Fiscal⁵⁴; a

⁴⁸ FREITAS, Juarez. *Op. cit.*, p. 35 (nota de rodapé).

⁴⁹ Com efeito, “*não existe mais [ou não deveria existir] a ilusão de que a sociedade política possa ou deva resolver sozinha todos os problemas existentes na sociedade*” (informação verbal) (Anotações da palestra realizada por JUSTEN FILHO, Marçal, na sede da Academia Brasileira de Direito Constitucional em Curitiba, na data de 26/04/2006)

⁵⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso ...**, São Paulo: Saraiva, 2005, p. 30.

⁵¹ MILESKI, Hélio Saul. *Parcerias Público-Privadas: Fundamentos, Aplicação e Alcance da Lei. Elementos Definidores, Princípios, Regras Específicas Para Licitações e Contratos, Aspectos Controvertidos, Controle e Perspectivas de Aplicação da Lei nº. 11.079, de 30.12.2004. Revista Bimestral de Direito Público Interesse Público – Ano VI, nº 29, janeiro/fevereiro de 2005 – Porto Alegre. Notadez: 2005, p. 90.*

⁵² Conforme o artigo 40, §4º do Estatuto da Cidade, a Lei federal nº. 10.257/2001.

⁵³ O art. 44 do Estatuto da Cidade dispõe que, no “âmbito municipal, a gestão orçamentária participativa de que trata a alínea f do inciso III do art. 4º desta Lei incluirá a realização de **debates, audiências e consultas públicas** sobre as propostas do plano plurianual, da lei de

Lei de Licitações e Contratos Administrativos⁵⁵; a Lei de Concessões Comuns⁵⁶; e a Lei das PPP's, em seu artigo 10, VI.

Assim, ressalta-se a importância conferida atualmente à participação democrática e ao controle social (a saber, o controle exercido pela sociedade civil) na condução das políticas públicas, sendo esse o contexto em que deve se enquadrar o controle das concessões.

Explique-se, o controle em comento deve integrar-se à nova vertente do Direito Administrativo, qual seja, a de ampliação do conceito de cidadania, através da participação popular e, enfim, da “gestão democrática”⁵⁷, para além da simples participação indireta ou representativa, em conjunto com os órgãos e agentes públicos de controle, consoante se verá mais adiante.

1.3. DELIMITAÇÕES CONCEITUAIS

1.3.1. Política pública e serviço público

Na atividade do jurista é imprescindível o uso de uma linguagem fundamentada em premissas e conceitos precisos, muito embora a realidade possa ser, por vezes, muito mais complexa do que a lei de fato descreve^{58 59}.

As concessões estudadas nesta pesquisa são formas de serviços públicos, os quais se inserem no âmbito das políticas públicas. Não obstante esses

diretrizes orçamentárias e do orçamento anual, como **condição obrigatória** para sua aprovação pela Câmara Municipal.(grifei) ”

⁵⁴ Conforme os seus artigos 9º, §4º, 48, 49 e 67.

⁵⁵ Haja vista o disposto nos artigos 7º, §8º; 15, §6º; 41, §1º; e 39 desta Lei.

⁵⁶ A exemplo de seus artigos 3º; 7º, II, IV e V; 22, 29, XII e 30, § único.

⁵⁷ Regina Maria Macedo Nery Ferrari traz importantes conceitos no âmbito da **gestão democrática** nas cidades, ressaltando a importância das audiências públicas nesse desiderato. (FERRARI, Regina M. M. N. **Direito Municipal**. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2005, p. 15 a 47).

⁵⁸ Conforme observa Marçal JUSTEN FILHO, isso se observa especialmente no Direito Administrativo, cujo instrumental teórico não acompanhou a evolução sociopolítica dos Estados Modernos e do próprio Direito Constitucional, permanecendo (esse instrumental) o mesmo de cem anos atrás. Esse autor, por conseguinte, afirma a necessidade de promover-se a “constitucionalização do direito administrativo”. (**Curso...**, São Paulo: Saraiva, 2005, p. 13).

⁵⁹ Atente-se que as leis e o próprio ordenamento jurídico, especialmente no Brasil, são, por vezes, de difícil compreensão, tanto pelas excessivas normatizações existentes quanto pela falta de clareza dessas normas.

dois últimos termos sejam dificilmente definidos, inclusive no âmbito jurídico⁶⁰, faz-se necessária suas conceituações, com o objetivo de fornecer parâmetros e uma metodologia jurídica para o estudo – assim como para o exercício – do controle das concessões.

A respeito da conceituação de políticas públicas, importante destacar as palavras do Professor Manoel E. A. Camargo e GOMES:

Não obstante a consagração da expressão “**políticas públicas**” no léxico de diversas áreas da Ciência, o Direito tem resistido à sua recepção. Muito provavelmente em face de a mesma contemplar uma complexidade – certamente mais próxima da realidade – que extrapola o enclausuramento disciplinar no qual o Direito ainda se encontra. [grifo meu]⁶¹

Não obstante, Ives Meny e Jean Claude Thoneing, citados por esse mesmo professor, afirmam que a expressão em comento abarca todo

un conjunto de prácticas y de normas que emanan de uno o de varios actores públicos [...] estas prácticas se puenen señalar concretamente: formas de intervención, reglamentación, provisión de prestaciones, represión, etc. También pueden ser más inmateriales, a veces simbólicas [...] Al mismo tiempo, estas prácticas se refieren o son referibles a finalidades, a valoraciones explicitadas por la autoridad pública o implícitas⁶²

Por sua vez, Maria Paula Dallari BUCCI define que política pública é “o *programa de ação governamental que resulta do processo ou conjunto de processos eleitoral, legislativo, orçamentário e judicial.*” (informação verbal)⁶³

Infere-se dessa definição que toda política pública está interligada com o Direito, o qual tem a função de fornecer os seus parâmetros e direcionamentos, haja vista que tais políticas são regidas por um processo (a título exemplificativo, o processo licitatório) e, assim, pelo ordenamento jurídico, mediata ou imediatamente.

Ainda de acordo com a citada Professora, toda política pública deve possuir objetivos definidos, meios (como agentes e previsão orçamentária), tempo

⁶⁰ Note-se a grande interdisciplinabilidade que envolve tais termos – a serem observados, por exemplo, na Ciência da Administração, Ciência Política, Sociologia e Economia –, bem como a própria não uniformidade existente na doutrina e no ordenamento jurídico nacional.

⁶¹ GOMES, Manoel Eduardo Alves Camargo. **Regime Jurídico das Ouvidorias Públicas no Brasil**. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 2001.

⁶² MENY, Ives; THONEING, Jean Claude *apud* GOMES, Manoel. E. A. C e. *op. cit.*

⁶³ Conforme palestra de título “Metodologia Jurídica de Análise de Políticas Públicas”, realizada no Seminário “Implantação Jurisdicional de Políticas Públicas”, no auditório da Justiça Federal no Paraná, nas datas de 28 e 29 de junho de 2006, promovido pela Escola Superior do Ministério Público da União.

disponível, seleção de prioridades e planejamento. São exemplos de políticas públicas o fomento estatal, a atividade regulatória do Estado e a própria prestação de serviços públicos.

Por sua vez, o conceito de serviços públicos não é uniforme no direito positivo e na doutrina, inclusive na brasileira. Conforme explicita BITTENCOURT,

Com a evolução do Estado, alterações foram surgindo na noção e abrangência de **serviço público**. Em primeiro lugar, à medida que o Estado se afastou dos princípios do liberalismo, ampliou-se o conjunto de atividades, classificadas como serviços públicos. Surgiram os serviços comerciais e industriais prestados pelo Estado. Outro fenômeno que ocorreu foi a necessidade de delegar a execução a particulares, por meio dos contratos de **concessão de serviços públicos** e também através da criação de pessoas jurídicas de direito privado criadas para esse fim, para execução sob regime jurídico predominantemente privado, uma vez que o Estado não dispunha de organização adequada para a realização dessas atividades [grifos meus].⁶⁴

Desta forma, continua o mesmo autor, muitos autores constataram que a noção de serviços públicos existente no Estado Liberal – baseado nos critérios subjetivo (prestado pelo Estado), material (objetivando proporcionar necessidades coletivas) e formal (exercido sobre o regime de direito público) –, entrou em crise, haja vista a afetação dos critérios subjetivo e formal.

Contudo, ante o objetivo de tornar mais clara a temática abordada, adota-se aqui a definição de Lúcia Valle Figueiredo, segundo a qual serviço público é

toda atividade material fornecida pelo Estado, ou por quem esteja a agir no exercício da função administrativa se houver permissão constitucional e legal para isso, com o fim de implementação de deveres consagrados constitucionalmente relacionados à utilidade pública, que deve ser concretizada, sob regime prevalente de Direito Público.⁶⁵

Nessa linha, BITTENCOURT afirma que os serviços públicos, em que pese a existência da supracitada crise conceitual, possuem um núcleo essencial:

não obstante as várias denominações, conferidas ao serviço público, bem como os diversos sistemas de regulação aplicados a cada espécie de serviço, haverá sempre um **núcleo consistente e essencial** de princípios de um regime jurídico de direito público. Faz-se necessário esse ambiente para a concretização do **princípio da dignidade da pessoa humana**, mediante a prestação de um serviço público adequado à população [grifos meus].⁶⁶

⁶⁴ BITTENCOURT, Marcus Vinícius Corrêa. **Controle das Concessões de Serviço Público**. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 23.

⁶⁵ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 78 e 79.

⁶⁶ BITTENCOURT, Marcus Vinícius Corrêa. *op. cit.*, 37.

Não obstante, segundo Fernão Justen de OLIVEIRA, “*serviço público é modalidade de intervenção direta do Estado na ordem econômica.*”⁶⁷ Por essa razão, pode-se afirmar que os serviços públicos são atividades econômicas que recebem uma especial regulação ou qualificação pelo ordenamento jurídico, haja vista a sua vinculação ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Conforme Romeu BACELLAR FILHO, com a Constituição Federal de 1988 o direito ao serviço público adequado passa a ser considerado um direito fundamental, devendo assim ser interpretado, representando o mais alto valor instituído pelo Estado, capaz de concretizar, com equidade e justiça, o ideal de dignidade da pessoa humana⁶⁸.

Por fim, Paulo Roberto Ferreira MOTTA esclarece que tal capacidade refere-se ao fato de que os serviços públicos têm o condão de incentivar grandemente o desenvolvimento social e econômico. Nesse sentido:

Os processos de desenvolvimento de qualquer nação passam necessariamente pela universalização dos **serviços públicos**. O acesso das populações à energia elétrica, telecomunicações, portos, aeroportos, estradas de rodagem, ferrovias, água, saneamento, escolas, hospitais etc., é o único modo de promover o desenvolvimento e, conseqüentemente, distribuir equitativamente os resultados do mesmo. Fora dessa idéia o que existe é acumulação de capitais que produzem apenas, e tão somente, mais miséria [grifo meu]⁶⁹.

1.3.2. Serviço público, serviço de relevância pública e exploração da atividade econômica

De acordo com Paulo MODESTO, importante que se estabeleça a distinção entre serviços públicos, serviços de relevância pública e atividades de exploração econômica em sentido estrito, “*setores onde a atividade do Estado tem*

⁶⁷ OLIVEIRA, Fernão Justen de. **O conteúdo jurídico da parceria público-privada**. 2006. 210 p. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – UFPR, Curitiba, 2006, p. 48.

⁶⁸ BACELLAR FILHO, Romeu. O Poder Normativo dos Entes Reguladores e a Participação do Cidadão nesta Atividade. *Serviços Públicos e Direitos Fundamentais: O Desafio da Experiência Brasileira*. **Revista Interesse Público**, v. 16, ano 2002, p. 17.

⁶⁹ MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. **O Cidadão Usuário de Serviços Públicos na Constituição Federal**. In: FERRAZ, Luciano; MOTTA, Fabrício. **Direito Público Moderno**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, 123.

*sofrido transformações mais radicais*⁷⁰. Nesse sentido, o serviço público é uma “atividade dirigida a produzir utilidade material para terceiros”, e, também,

(...) é sempre incumbência do Estado, como expressamente proclama o art. 175 da CF. A declaração da atividade como atividade pública é feita ordinariamente pela lei, sua gestão é feita diretamente pelo Estado e seus entes instrumentais, ou por concessionários e permissionários. Segue-se, portanto, que não podem ser nomeadas como “Serviço Público” atividades desempenhadas por particulares, ainda quando afetem relevantes interesses coletivos, se não foram *reservadas* pela Constituição da República ou por leis ordinárias à *titularidade exclusiva* do Poder Público [grifo meu].⁷¹

Já as atividades de exploração econômica em sentido estrito⁷² são as atividades em que o Estado, como agente normativo, exerce função apenas indicativa para o setor privado, conforme o artigo 174 da Constituição Federal.

Nestas atividades, regidas predominantemente pelo Direito Privado e exercidas principalmente pela iniciativa privada, vigoram os princípios da livre-iniciativa, da livre concorrência e da autonomia da vontade, muito embora a existência da interferência de certas normas de Direito Público, como as relativas a restrições ambientais, urbanísticas e as pertinentes às relações de consumo.

Ainda no que se refere às atividades de exploração econômica, importante frisar que o Poder Público só atua excepcionalmente – sob o regime prevalente de Direito Privado – quando necessário aos imperativos da segurança nacional ou tendo em vista relevante interesse coletivo, conforme dispõe o artigo 173 da Carta Constitucional.

Diferem-se tais atividades dos serviços públicos, segundo Marçal JUSTEN FILHO, pelo fato de que naquelas, diferentemente destes, não há uma relação “*direta e imediata entre a atividade e a dignidade da pessoa humana*.”⁷³

Sob outra vertente, os serviços ou atividades de relevância pública são definidos por Paulo MODESTO da seguinte forma: “*São de relevância pública as atividades consideradas essenciais ou prioritárias à comunidade, não titularizadas*

⁷⁰ MODESTO, Paulo. **Reforma do Estado, Formas de Prestação de Serviço Público e Parcerias Público-Privadas: Demarcando as Fronteiras dos Conceitos de ‘Serviço Público’, ‘Serviço de Relevância Pública’ e ‘Serviços de Exploração Econômica’ para as Parcerias Público-Privadas**, In: SUNDFEL, Carlos Ari (coordenador). **Parcerias Público-Privadas**. São Paulo, Madeiros: 2005, p. 434.

⁷¹ MODESTO, Paulo. *op. cit.* p. 449.

⁷² Estas atividades estão previstas nos artigos 170, 172, 173, 177 e 178, dentre outros, da Carta Magna.

*pelo Estado. cuja regularidade, acessibilidade e disciplina transcendem necessariamente a dimensão individual, obrigando o Poder Público a controlá-las, fiscalizá-las e incentivá-las de modo particularmente intenso [grifo meu].*⁷⁴

Em serviços assim considerados, tanto a atuação do setor privado⁷⁵ quando do setor público são permitidas e incentivadas, sem a necessidade de concessão ou permissão para aquela atuação, do setor privado. Em que pese o Estado possuir o dever legal ou constitucional de prestá-las, essas atividades são livres à iniciativa privada.

O regime jurídico predominante a que se subordinam esses serviços depende de quem os executa: se desempenhados pelo setor público, o regime jurídico será de Direito Público; se desempenhados pelo setor privado, o regime será o de direito privado. Tais serviços estão expressamente previstos na Carta Magna nos artigos 129, II e 197 da Magna Carta.⁷⁶

O Poder Público, como forma de incentivar a prestação dos serviços ora mencionados pelo setor privado, pode realizar parcerias, preferencialmente com entidades sem fins lucrativos, ou seja, com o chamado terceiro setor, através de termos de parceria (OSCIIP's) e contratos de gestão (OS). Mas também pode o Poder Público realizar parcerias com entidades do setor privado que objetivem lucro, através, por exemplo, de contratos de concessão administrativa⁷⁷, de contratos de prestação de serviços e dos contratos de concessão.

Saliente-se que, seja nos serviços públicos, nos serviços de relevância pública ou nas atividades de exploração econômica, a ordem constitucional assegura certos parâmetros, como o princípio da dignidade da pessoa humana

⁷³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria Geral das Concessões de Serviço Público**. São Paulo: Dialética, 2003, p. 30.

⁷⁴ MODESTO, Paulo. *op. cit.*, p. 456.

⁷⁵ Veja-se os artigos 199 (saúde); 202 (previdência); 204, I (assistência social); 216, §1º (cultura); 209 e 213 (educação); 218, §4º (pesquisa e tecnologia); e 225 (meio ambiente) da Constituição Federal.

⁷⁶ "Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos **serviços de relevância pública** aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia:

Art. 197. São de **relevância pública** as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado."

⁷⁷ Sobre o tema, veja-se o texto já citado de Paulo MODESTO, especialmente nas p. 481 a 484.

(artigos 1º, III e 170, VII da Constituição Federal); a construção de uma sociedade justa e solidária (artigo 3º, I), a erradicação da pobreza e redução das desigualdades sociais (artigos 3º, III e 170, VII); a persecução do bem-estar de todos (artigo 3º, IV) e a justiça social (artigo 170, caput).

1.3.3. Conceito, formas e classificações do controle da atividade administrativa

Conforme demonstrado, o controle da Administração Pública ou da atividade administrativa do Estado⁷⁸ assume um papel relevante na efetivação dos direitos fundamentais. Por este motivo, faz-se mister conceituar o que vem a ser tal controle, bem como delimitá-lo para os propósitos desta monografia.

Consoante Fábio Konder COMPARATO, a expressão controle assume dois significados principais: controle-fiscalização e controle-orientação⁷⁹, os quais são complementares. Se por um lado o controle-orientação fixa metas e direcionamentos às atividades de outrem, o controle-fiscalização deve assegurar a execução dessas atividades.

Segundo definição de Romeu BACELLAR FILHO, o controle da Administração Pública, *“corresponde a um poder de fiscalização e correção que sobre ela exercem os órgãos dos Poderes Judiciário, Legislativo, Executivo e os cidadãos, com o objetivo de garantir a conformidade de sua atuação com os princípios que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico.”*⁸⁰

Por sua vez, Marçal JUSTEN FILHO, em termos semelhantes, define que o *“controle da atividade administrativa do Estado é o conjunto de órgãos, institutos jurídicos, e atividades destinados especificamente a fiscalizar a regularidade da atuação administrativa pública concreta.”*⁸¹ Frise-se que a atividade administrativa do Estado pode ser exercida também pela iniciativa privada, como nos casos de delegação de serviços públicos.

⁷⁸ Veja-se que na concepção de Estado Subsidiário a prestação de serviços públicos não ocorre apenas através da Administração Pública, mas também através de particulares, os quais exercem, portanto, atividades administrativas.

⁷⁹ COMPARATO, Fábio Konder apud JUSTEN Filho, Marçal. **Curso ...**, p. 732.

⁸⁰ BACELLAR, Romeu. **Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 202.

⁸¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso ...**, p. 36.

Dentre as várias formas de classificação de controle da atividade administrativa, mencione-se aqui as elaboradas conforme seus momentos de realização, seus agentes, sua natureza e seu aspecto de incidência.

Quanto ao primeiro critério, o controle da Administração possui os seguintes tipos, conforme Hely Lopes MEIRELLES:

Controle prévio ou preventivo (“a priori”) – é o que antecede a conclusão ou operatividade do ato, como requisito para a sua eficácia (...).

Controle concomitante ou sucessivo – É todo aquele que acompanha a realização do ato para verificar a regularidade de sua formação, como, p. ex., (...); a fiscalização de um contrato em andamento.

Controle subsequente ou corretivo (“a posteriori”) – É o que se efetiva após a conclusão do ato controlado, visando a corrigir-lhe eventuais defeitos, declarar sua nulidade ou dar-lhe eficácia. Exemplos: a homologação do julgamento de uma concorrência. [grifos meus]⁸²

Por sua vez, na classificação efetuada segundo os agentes, os controles podem ser, consoante tipologia proposta por Loewenstein:

1. **controles intra-orgânicos:** ocorrem dentro da organização jurídico-administrativa interna do órgão
2. **controles interorgânicos:** mútuo e recíproco controle que têm os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário no exercício do poder;
3. **controles extra-orgânicos:** ocorrem fora da relação orgânica, como é o caso de controle exercido por partidos políticos, associações, corpo eleitoral [grifos meus]^{83 84}

Quanto à natureza de controle, este pode ser denominado administrativo, legislativo, judicial e social, podendo esses ser assim definidos:

Controle administrativo é todo aquele que o Executivo e os órgãos da Administração dos demais Poderes exercem sobre suas próprias atividades, visando a mantê-las dentro da lei segundo as necessidades do serviço e as exigências técnicas e econômicas de sua realização, pelo quê é um controle de *legalidade* e de *mérito*. [grifo meu]⁸⁵

Controle legislativo ou parlamentar é o exercido pelos órgãos legislativos (...) ou por comissões parlamentares sobre determinados atos do Executivo na dupla linha da legalidade e da conveniência pública, pelo quê caracteriza-se como um controle eminentemente político, indiferente aos interesses individuais dos administrados, mas objetivando os superiores interesses do Estado e da comunidade. [grifo meu]⁸⁶

⁸² MEIRELLES, Hely Lopes. *op. cit.*, p. 545.

⁸³ LOEWENSTEIN, Karl apud MEDAUAR, Odete. **Controle da Administração Pública**. São Paulo: RT, 1993, p. 27.

⁸⁴ Sobre esses mecanismos de controle, v. maiores informações nas tabelas anexas a esta monografia.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 548.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 571.

Controle judiciário ou judicial é o exercido privativamente pelos órgãos do Poder Judiciário sobre os atos administrativos do Executivo, do Legislativo e do próprio Judiciário quando realiza atividade administrativa [grifo meu].⁸⁷

Controle social é o controle exercido pelos cidadãos em relação às atividades administrativas [grifo meu].⁸⁸

No que tange ao aspecto de incidência, consoante Odete MEDAUAR, o controle da Administração pode ser: "(...) a1) **controle de legalidade**, visando à legalidade em geral ou à legalidade contábil-financeira; a2) **controle de mérito**; a3) **controle da 'boa administração'** (eficiência, produtividade, gestão) [grifos meus]"⁸⁹.

Por fim, saliente-se que as diferentes modalidades de controle retro-citadas são interdependentes. Para fins de metodologia, utilizaremos fundamentalmente a classificação conforme os momentos de controle.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 576 e 577.

⁸⁸ BACELLAR, Romeu. **Direito...**, p. 214..

⁸⁹ MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 8ª. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2004, p.447.

2. ANÁLISE DAS CONCESSÕES DE SERVIÇOS E OBRAS PÚBLICAS NO BRASIL

2.1. O REGIME JURÍDICO DAS CONCESSÕES

2.1.1. Regime jurídico administrativo

Conforme já mencionado, as atividades do Estado possuem uma funcionalidade própria: a realização do interesse público através da garantia dos direitos fundamentais, especialmente na concepção de Estado subsidiário hoje vigente. Devido a esta funcionalidade, as referidas atividades, também denominadas “*deveres-poderes*” por Celso Antônio Bandeira de MELLO⁹⁰, possuem um regime jurídico próprio que lhes garantem condições para a persecução dos seus fins: o regime jurídico administrativo.

De acordo com Romeu BACELLAR FILHO, esse regime, de índole constitucional, traduz-se em um “*conjunto de prerrogativas e sujeições próprio da Administração Pública*”.⁹¹ Pode-se afirmar ainda que essas prerrogativas e sujeições estão expressas em um conjunto de normas jurídicas que disciplinam a atividade administrativa do Estado.

As prerrogativas garantem à Administração uma posição de superioridade em relação aos particulares, observada nos princípios da supremacia e indisponibilidade do interesse público, notadamente nos contratos firmados pela Administração, os quais, portanto, se enquadram no regime jurídico administrativo.

Nestes contratos, são exemplos dessas prerrogativas ou poderes a possibilidade de rescisão e alteração unilateral, de revisão de preços e de tarifas, de controle e direcionamento e de aplicação de penalidades, consoante o artigo 58 da Lei 8.666/95. Estas possibilidades configuram as chamadas cláusulas exorbitantes do direito comum, as quais se aplicam ainda que não expressas no contrato.

Entretanto, como nenhum poder emana sem que lhe tenha sido dado legitimidade ou suporte⁹², segue-se que o Estado também possui sujeições ou

⁹⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 62.

⁹¹ BACELLAR FILHO, Romeu. **Direito...**, p. 37.

⁹² HANNAH ARENDT apud. JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso ...**, p. 6.

deveres, como a submissão ao princípio da legalidade e às regras de licitação para contratar.

Ainda no que tange ao regime jurídico administrativo, frise-se que a Administração Pública depara-se frequentemente com a existência de diversos interesses, muitas vezes contrapostos. Isso significa que as soluções a serem dadas tomam-se muitas vezes complexas, razão pela qual se torna evidente a importância dos princípios (os quais, juntamente com as regras, incluem-se no conceito de normas) neste regime.

Dentre tais princípios, destaca-se o princípio da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, probidade administrativa, eficiência, razoabilidade e proporcionalidade. Especificamente no que atine à delegação de serviços públicos, salienta-se o princípio do serviço público adequado⁹³ (o qual compreende os princípios da regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas, consoante o §1º do artigo 6º da Lei 8.987/95), mutabilidade⁹⁴, e igualdade de tratamento de usuários, na medida da igualdade desses.⁹⁵

2.1.2. Contratos firmados pela Administração Pública

Os contratos firmados pela Administração Pública são relações jurídicas formadas por acordos de vontades, marcados pela consensualidade, bilateralidade (obrigações recíprocas), comutatividade (prestações certas e avaliáveis), caráter personalíssimo (efetuado em função da pessoa) e onerosidade (encargos à concessionária e ao poder concedente).

Marçal JUSTEN FILHO define tais contratos como “o acordo de vontades destinado a criar, modificar ou extinguir direitos e obrigações, tal como facultado

⁹³ Conforme definição do artigo sexto da Lei nº. 8.987/95, “Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de **serviço adequado** ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato” [grifo meu].

⁹⁴ Ou seja, inexistente direito adquirido das concessionárias no que tange às normas regulamentares, haja vista que o poder concedente pode mudá-las unilateralmente, tendo em vista, por exemplo, a “atualidade” da prestação dos serviços (artigo 6º, §1º da Lei 8.987/95).

⁹⁵ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes apud BITENCOURT, Marcus V.C. *op. cit.*, p. 96.

*legislativamente e em que pelo menos uma das partes atua no exercício da função administrativa.”*⁹⁶

Em que pese a divergência doutrinária quanto à natureza jurídica desses contratos (contratual, não contratual ou mista), o fato é que se faz necessário esclarecer quais são os marcos legais que os regulam. Com efeito, cada tipo contratual da Administração rege-se predominantemente por determinadas leis, não existindo uma única para todos eles.

Consoante Marçal JUSTEN FILHO, existem basicamente três tipos contratuais da Administração: os contratos de Direito Privado da Administração, os contratos administrativos propriamente ditos e os contratos administrativos.⁹⁷

Os contratos de Direito Privado da Administração⁹⁸ são os contratos regidos predominantemente por normas de Direito Privado, haja vista que a Administração participa da relação contratual sem a sua posição de supremacia (ou com esta supremacia reduzida), conforme dispõe o artigo 62, §3º, I da Lei 8.666/93⁹⁹. Entretanto, ainda de acordo com esse artigo, mesmo nesses contratos aplicam-se certas prerrogativas da Administração Pública, dispostas nos artigos 55 e 58 a 61 da mesma Lei.

Já os contratos administrativos propriamente ditos, chamados contratos de prestação de serviço, são *“aqueles cujo objeto reside em prestações realizadas entre particulares e a Administração Pública, sujeitos a um regime jurídico próprio, definido preponderantemente na Lei 8.666/93.”*¹⁰⁰

Não obstante, existem os contratos da Administração denominados simplesmente de contratos administrativos, os quais têm por objeto a delegação da prestação de serviços públicos a particulares. Esses são os contratos de concessão de serviços e obras públicas, os quais vinculam-se ao regime jurídico de direito administrativo especialmente através das Leis nº. 8.987/95 e 11.079/04, com todas

⁹⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso** ..., p. 277.

⁹⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria** ..., p. 298.

⁹⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *op. cit.*, p. 62.

⁹⁹ §3º. Aplica-se o disposto nos arts. 55 e 58 a 61 desta Lei e demais normas gerais, no que couber:

I - aos contratos de seguro, de financiamento, de locação em que o Poder Público seja locatário, e aos demais cujo conteúdo seja regido, **predominantemente**, por norma de **direito privado**;

¹⁰⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso**..., p. 283.

as prerrogativas e sujeições da Administração, conforme será explicitado nos próximos tópicos.

2.1.3. Contratos de concessão

O contrato de concessão é definido pelo Professor Romeu BACELLAR FILHO da seguinte forma: *“contrato de concessão é o contrato administrativo por excelência. Ele se refere ao ajuste pelo qual a Administração delega ao particular, por sua conta e risco, a execução de serviço ou obra pública remunerada, ou lhe cede o uso de bem público pelo prazo e nas condições regulamentares e contratuais.”*¹⁰¹

Segundo DI PIETRO, esses contratos podem referir-se às seguintes modalidades de concessões:

- a. concessão de serviço público (em sua forma comum, disciplinada pela Lei nº. 8.987/1995);
- b. concessão de obra pública (disciplinada pela mesma Lei nº. 8.987/1995 e agora também pela Lei nº. 11.079/04, sob a forma de concessão patrocinada);
- c. concessão patrocinada (uma das modalidades de parceria público-privada prevista na Lei 11.079/2004);
- d. concessão administrativa (outra modalidade de parceria público-privada também instituída pela Lei 11.079/2004);
- e. concessão de uso de bem público, com ou sem exploração do bem (disciplinada por legislação esparsa).¹⁰²

Tais contratos, à exceção dos referentes a concessões de uso de bem público, pressupõem a transferência da gestão dos serviços públicos do Estado aos particulares. Nessas condições, o Estado é denominado poder concedente, e os particulares, empresas concessionárias de serviços públicos.

A aludida transferência tem sido justificada pelo fato de que a prestação dos serviços pelo setor privado é mais ágil e dinâmica, devido a fatores como desnecessidade de realização de licitação para compra ou venda de bens e de realização concurso público para contratação de funcionários.

Não obstante, a aludida transferência da gestão dos serviços pressupõem a tarefa estatal de estabelecer diretrizes e regulações para a iniciativa privada, ou

¹⁰¹ BACELLAR FILHO, Romeu. **Direito...**, p. 125.

seja, de fornecer as condições regulamentares das concessões, o que deve ser feito em conformidade com os limites e parâmetros impostos pela lei e pelos princípios Constitucionais.

Como é próprio da concepção de Estado subsidiário e regulador, já explicitada, salienta-se a neutralização política da função regulatória, tendo em vista o estabelecimento de um ambiente normativo propício ao investimento privado. A esse respeito, Marcus Vinícius Corrêa BITTENCOURT explica que

(...) Cabe à lei determinar a pessoa jurídica de direito público competente para exercer as funções de poder concedente. Em determinados setores, como telecomunicações e energia elétrica, o desenvolvimento dos métodos de delegação de prestação de competências públicas, entretanto, ocasionou a repartição de atribuições entre Poder Público e entidades de caráter técnico-administrativo. Tais entidades, no Direito Brasileiro, tomaram a forma de **agências reguladoras**, acompanhando uma tendência mundial de trazer uma **independência às decisões** que influem diretamente os interesses da coletividade [grifos meus].¹⁰³

Porém, Marçal JUSTEN FILHO assevera que não se pode confundir as agências reguladoras com a figura de poder concedente, visto que aquelas não possuem todas as competências próprias dos entes da federação:

É juridicamente impossível afirmar que a agência reguladora titulariza **todos** os poderes inerentes à qualidade de poder concedente. Assim não se passa, inclusive porque algumas competências apresentam natureza legislativa, sendo privativas do ente político. Apenas para exemplificar, a encampação depende de autorização legislativa. Portanto, o “poder concedente” é titular da competência para encampar, mas isso não significa que uma agência reguladora possa deliberar autonomamente sobre a matéria [grifo meu].¹⁰⁴

Assim, em que pese a existência das Agências Reguladoras, por vezes faz-se necessário a atuação das entidades políticas (nos limites dessa monografia, a União, com o suporte dos Ministérios ou órgãos competentes). Ademais, não são todas as atividades econômicas do Estado, ou simplesmente funções estatais, que possuem Agências Reguladoras específicas em atuação.

Por fim, importante mencionar que as concessões formam uma relação jurídica plurilateral, a envolver o poder concedente, a concessionária, o usuário e os órgãos reguladores¹⁰⁵. Passa-se a demonstrar alguns pontos relevantes das

¹⁰² DI PIETRO, Maria Sylvia. *op. cit.*, p. 84.

¹⁰³ BITTENCOURT, Marcus V. C. *ob.cit.*, p. 55.

¹⁰⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria...**, p. 294.

¹⁰⁵ Tais como o Congresso Nacional, os Tribunais de Contas e o Órgão Gestor (este último no caso das PPP's).

concessões comuns, das concessões patrocinadas e das administrativas, as quais constituem formas de prestação de serviços públicos e de serviços de relevância pública.

2.2 CONCESSÕES COMUNS

2.2.1. Noções gerais

As concessões comuns são as concessões de serviço público ou de obras públicas de que trata a Lei nº. 8.975/1995, Lei nº. 9.074/1995, Lei nº. 9.791/99 e outras leis específicas a determinados serviços, como a Lei nº. 9.472/1997 – Lei Geral de Telecomunicações, Lei nº.9.427/1996 (referente aos serviços de energia elétrica), Lei nº. 8.977/95 (referente aos serviços de TV a cabo), e a Lei nº. 6.874/80 (referente aos serviços de radiodifusão sonora e de imagens).

Tais normas foram elaboradas em âmbito federal de forma a regulamentar os artigos 21, XI e XII; 22, XXVII; e 175¹⁰⁶ da Carta Magna. Ademais, a Lei nº. 8.666/93 aplica-se subsidiariamente às citadas normas, consoante o artigo 124 da citada Lei de licitações e contratos da Administração Pública.

A expressão “comuns”, ainda que inapropriada¹⁰⁷, é decorrência do advento da Lei nº. 11.079/2004, que, em seu artigo 2º, § 3º, dispõe: “*não constitui parceria público-privada a **concessão comum**, assim entendida a **concessão de serviços públicos** ou de **obras públicas** de que trata a Lei nº. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando não envolver contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado [grifos meus].*”

Desta forma, mister definir concessão de serviço público e de obra pública, o que é feito com precisão por DI PIETRO, respectivamente:

¹⁰⁶ Artigo 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.

Parágrafo único. A lei disporá sobre: I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão; II - os direitos dos usuários; III - política tarifária; IV - a obrigação de manter serviço adequado.

¹⁰⁷ Segundo Juarez FREITAS, melhor seria utilizar a expressão “concessão tradicional”. (FREITAS, Juarez. *op. cit.*, p. 19).

(...) Daí definirmos a **concessão de serviço público** como o contrato administrativo pelo qual a Administração Pública delega a outrem a execução de um serviço público, para que o execute em seu próprio nome, por sua conta e risco, **mediante tarifa paga pelo usuário** ou **outra forma de remuneração** decorrente da exploração do serviço [grifos meus].¹⁰⁸

Concessão de obra pública é o contrato administrativo pelo qual o poder concedente transfere a outrem a execução de uma obra pública, para que a execute por sua conta e risco, **mediante remuneração paga pelos beneficiários da obra** ou **obtida em decorrência da exploração dos serviços** ou utilidades que a obra proporciona [grifos meus].¹⁰⁹

2.2.2. Características

Além das já citadas características contidas nas definições supra, caracterizam-se as concessões em comento por duas noções aparentemente antagônicas, que, não obstante, devem ser conciliadas: de um lado, existe uma empresa buscando o lucro; e, de outro, o Poder Público objetivando proporcionar interesses da coletividade, através da garantia da prestação de um serviço público adequado.

Essa dualidade permeia todo o seu regime jurídico, e deve ser resolvida ou conciliada a partir dos princípios cogentes às concessões. Dentre eles, destaca-se o princípio da supremacia do interesse público (observado nas cláusulas que dizem respeito à gestão do serviço público, denominadas cláusulas regulamentares, alteráveis unilateralmente pela Administração) e o princípio da intangibilidade do equilíbrio econômico-financeiro do contrato¹¹⁰ (observado especialmente nas cláusulas financeiras, as quais se referem ao direito à justa remuneração das concessionárias, em conformidade com os encargos atribuídos a esta).¹¹¹

¹⁰⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia. *op. cit.*, p. 93.

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 145.

¹¹⁰ O direito ao equilíbrio econômico-financeiro pode ser observado, por exemplo, no direito à revisão das tarifas (artigo 9º, §2º da Lei 8.987/95); à modificação das cláusulas financeiras em decorrência de alteração unilateral do contrato pela Administração (artigo 9º, §4º da Lei 8.987/95); nos casos em que se aplica a teoria da imprevisão, do fato de príncipe e do fato da Administração. Sobre o tema, entretanto, que merece uma análise mais aprofundada, veja-se a já citada obra de Marçal JUSTEN FILHO, **Teoria...**, p. 382 a 422.

¹¹¹ Veja-se, todavia, que equilíbrio econômico-financeiro não é sinônimo de lucro das concessionárias ou de equilíbrio empresarial. Diversamente disso, o equilíbrio econômico-financeiro deve ser compreendido como a manutenção da proporcionalidade entre os encargos e as retribuições pactuadas originalmente, o que se constitui em um dos aspectos que podem ou não influenciar no lucro ou no equilíbrio empresarial. (JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria...**, p. 388). Nesse sentido, veja-se

Nessas concessões, a concessionária ora atua com base em normas de Direito Privado, em aspectos referentes à sua organização, estrutura e relações com seus empregados; ora é submetida às normas de Direito Público, quando em relação à Administração ou aos usuários.

A realização dos contratos administrativos atinentes às concessões comuns deve ser precedida de licitação (artigo 14 da Lei 8.987/95) na modalidade concorrência, de acordo com as normas gerais da Lei 8.666/93 e das leis específicas já citadas, com o objetivo de proporcionar igualdade de condições entre os interessados em contratar com a Administração Pública, bem como de obtenção da melhor proposta para a mesma.¹¹² Importante destacar que a Lei 11.196/2005 acrescentou o artigo 18 – A à Lei 8.987/95, dispondo que “o edital poderá prever a inversão da ordem das fases de habilitação e julgamento”.

Importante mencionar o entendimento de DI PIETRO, segundo o qual, a despeito da legislação específica ter silenciado a respeito das hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitação no âmbito das concessões, aqueles casos (de dispensa, previstos no artigo 24 da Lei 8.666/93) não se aplicam, sendo estes (de inexigibilidade) aplicáveis somente quando for inviável a competição, como em situações de guerras ou emergências.¹¹³

Conforme dito, nesse regime, a aludida remuneração das concessionárias se dá através da cobrança de tarifas dos usuários, mas também pode ocorrer, conforme os artigos 11 e 18, VI da Lei 8.987/95, através de receitas alternativas, como verbas decorrentes de publicidade ou rendas associadas ao serviço concedido, as quais também influem no equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Não há um limite de prazo geral para a realização dessas concessões, mas os editais de licitação e os contratos correspondentes devem conter prazos

que as áleas ordinárias (flutuações de lucro que ocorrem por sua responsabilidade e possibilidade de previsão), não ensejam a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, haja vista que correm por conta e risco das concessionárias (artigo 2º, II da Lei nº. 8.987/95).

¹¹² Atente-se a Lei 11.196/2005 acrescentou o artigo 18-A na Lei 8.987/95, possibilitando a inversão das fases de habilitação e julgamento.

¹¹³ Isso se justifica, segundo a autora, pelo fato de que os contratos de concessão possuem “natureza extremamente complexa, envolvendo grande volume de recursos e bens públicos, e com duração longa para permitir ao concessionário a recuperação dos investimentos.” (DI PIETRO, Maria S. Z. *op. cit.*, p. 137).

certos, visto que a Lei nº. 8.666/93, em seu artigo 57, §3º, veda a formulação de contratos administrativos com prazo de vigência indeterminado.¹¹⁴

Por fim, importante mencionar também outras características das concessões, tais como: a responsabilidade da execução do serviço incumbe, como regra, somente à concessionária, que responde objetivamente pelos danos causados perante terceiros (artigo 25 da Lei 8.987/95); a admissibilidade de subconcessão, desde que autorizada pelo poder concedente (artigo 26 da Lei); a possibilidade do poder concedente intervir na concessão (artigos 32 a 34 da Lei); a possibilidade de utilização de mecanismos privados para solução de conflitos decorrentes do contrato, inclusive a arbitragem (artigo 23 – A); as formas de extinção da concessão são o advento de termo contratual, encampação, caducidade, rescisão, anulação, falência da concessionária e falecimento ou incapacidade do titular, esta última forma no caso de empresa individual (artigo 35 da Lei).

2.2.3. Objetivos e necessidades

O principal objetivo do contrato de concessão comum é a execução de serviços públicos ou obras públicas de forma eficiente e econômica. Conforme Marcus Vinícius BITTENCOURT, *“de fato, a concessão foi a técnica originária que permitiu ao Estado, não possuindo condições materiais e econômicas para implementar políticas públicas perante a comunidade, transferir a execução material a particulares, sob sua estrita vigilância.”*¹¹⁵

Nesse sentido é que se diz que as concessões são formas de transferência de gestão do serviço público à iniciativa privada, tendo em vista a maior dinamicidade desta em detrimento da estrutura altamente burocratizada e lenta da Administração.

Ademais, essas concessões destinam-se a prestações de serviços e execução de obras públicas que envolvam grandes quantias de recursos financeiros,

¹¹⁴ Veja-se que, por vezes, a legislação específica fixa limites de prazo, como observado no artigo 4º, §3º da Lei nº. 9.074/95, o qual estabelece que as concessões de transmissão e distribuição de energia elétrica terão prazo limitado a 30 anos, podendo serem prorrogadas por igual período.

e, ao mesmo tempo, que proporcionem, pela própria exploração do serviço ou de atividades afins, o retorno do investimento e o lucro almejado pela iniciativa privada.

Frise-se que, atualmente, o nosso Estado encontra grandes dificuldades para realizar tais serviços e obras, tanto devido à escassez de recursos destinados a esses fins, advinda de rigorosas metas de austeridade fiscal (de acordo com o discurso proposto e com as políticas neoliberais adotadas), como também devido à falta de planejamento adequado e de longa duração¹¹⁶.

Por fim, de acordo com o artigo 1º da Lei nº. 9.074/95, podem constituir objeto de concessão comum os seguintes serviços e obras públicas no âmbito da União: as vias federais; exploração de obras ou serviços federais de barragens, contenções, eclusas, diques, irrigações, estações aduaneiras e outros terminais alfandegados de uso público, não instalados em área de porto ou aeroporto – todas essas precedidas ou não da execução de obras públicas; e os serviços postais.

2.3. PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS: CONCESSÕES PATROCINADAS E ADMINISTRATIVAS

2.3.1. Noções gerais

A Lei federal nº. 11.079/04, adequando-se aos artigos 21, XI e XII; 22, XXVII e 175 da Constituição Federal Brasileira, estabeleceu normas gerais para novos modelos de contratos administrativos: as concessões patrocinadas e as concessões administrativas – as denominadas PPP's¹¹⁷. Referida Lei regulamentou ainda normas específicas para essas duas novas modalidades de concessões no âmbito da União Federal (artigos 14 a 30).

Atente-se que, antes mesmo da promulgação dessa Lei, já existiam leis estaduais regulando tais Parcerias, quais sejam: a do Estado de Minas Gerais (Lei 14.868/03), de São Paulo (Lei 11.688/04), de Santa Catarina (Lei 12.930/04), Goiás (Lei 14.910/04), Bahia (Lei 9.290/04) e Ceará (Lei 13.557/04), razão pela qual estas

¹¹⁵ BITTENCOURT, Marcus Vinícius Corrêa. *ob. cit.*, p. 45.

¹¹⁶ MOREIRA, Egon Bockmann. *op. cit.*, p. 140.

¹¹⁷ De acordo com o artigo 2º da Lei nº. 11.079, “Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa”.

deverão ser aplicadas somente no que não forem incompatíveis com a Lei nº. 11079/04, consoante o artigo 24, §4º, da Constituição Federal.¹¹⁸

2.3.2. Concessões patrocinadas

Concessão patrocinada, na forma em que dispõe o artigo 2º, §1º da Lei 11.079/2004, “é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.”¹¹⁹

Antes da vigência da Lei das PPP's, as obras e os serviços públicos, inclusive os que exigem investimentos de monta, só poderiam ser realizados através das concessões comuns. Entretanto, nessas condições, existiam certos empreendimentos que se tornavam inviáveis em determinadas situações e regiões do Brasil, haja vista a sua não auto-sustentabilidade somente mediante tarifas.

Explicita-se melhor este fato com as palavras de Fernão Justen de OLIVEIRA, ao tratar das justificativas para as contraprestações adicionais nas concessões patrocinadas: “*alguns desses fatores principais que justificam o estabelecimento da contraprestação adicional da Administração são a magnitude do volume de recursos necessários para iniciar a fruição, o número de usuários em quantidade previsivelmente insuficiente e a notoriedade da baixa capacidade econômica dos usuários de certo serviço em determinado local* [grifos meus].”¹²⁰

Assim, a contraprestação da Administração nas concessões patrocinadas tem por objetivo possibilitar o retorno financeiro adequado às concessionárias, isto é, de forma equilibrada com os elevados investimentos necessários.

¹¹⁸ § 4º - A superveniência de lei federal sobre normas gerais suspende a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário.

¹¹⁹ Tal contraprestação está limitada a 70% do total da remuneração do parceiro privado, sendo que as concessões que excederem a esse percentual dependerão de autorização legislativa, consoante o artigo 10, §3º da Lei 11.079/04.

¹²⁰ OLIVEIRA, Fernão Justen de. *op. cit.*, p. 127.

Entretanto, é evidente a similaridade conceitual e estrutural entre as concessões em comento e as comuns¹²¹, sendo que as principais diferenças entre elas referem-se às diferenças pontuais das normas que as regulam, não obstante pertencerem tais normas ao mesmo regime jurídico: o regime jurídico administrativo.

Nesse sentido, as concessões patrocinadas são regidas, em âmbito federal, pela Lei 11.079/2004, aplicando-se subsidiariamente a Lei 8.987/95, a Lei 8.666/93 e as leis que lhes são correlatas. Assim, as mesmas noções e características das concessões comuns, já expostas, aplicam-se às concessões patrocinadas, desde que não conflitantes com a Lei 11.079/04, ou seja, não derogadas por esta última.

2.3.3. Concessões administrativas

A Lei 11.079/2004, em seu artigo 2º, §2º, apresentou uma definição das concessões administrativas que deve ser cuidadosamente interpretada: *“concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens.”*

É que a análise das normas legais que regulam as concessões administrativas permite concluir que o real objetivo do legislador foi o de criar uma modalidade de contrato de concessão em que a remuneração do particular ocorra totalmente através do Parceiro Público, e não somente de um contrato de prestação de serviços propriamente dito.

Isso porque a Lei 11.079/04, em seu artigo 3º, dispõe que as concessões administrativas são reguladas, além da Lei nº. 11.079/2004, por certos artigos da Lei nº. 8.987/1994¹²² e pelo artigo 31 da Lei nº. 9.074/1995, os quais dispõem sobre os contratos de concessões de serviços e de obra públicas e que, por conseguinte, apresentam a noção de transferência da gestão de serviço ao particular.

¹²¹ Veja-se, inclusive, que a Lei das concessões comuns já permitia, excepcionalmente, isto é, quando autorizados em lei e disponibilizados a todos os concorrentes, a fixação de subsídios ou vantagens à concessionária, como se depreende do seu artigo 17.

¹²² “Art. 3º. As concessões administrativas regem-se por esta Lei, aplicando-se-lhes adicionalmente o disposto nos arts. 21, 23, 25 e 27 a 39 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e no art. 31 da Lei no 9.074, de 7 de julho de 1995.”

Nada obstante, o artigo 2º, §4º, II, da própria Lei 11.079/04 veda a concessão patrocinada ou administrativa que “*tenha como objeto único o fornecimento de mão-de-obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública*”, características essas que, isoladamente, referem-se especificamente aos contratos de prestação de serviços.

Com efeito, DI PIETRO esclarece que, nas concessões administrativas, “*após a construção da obra deverá haver a prestação de serviço de que a Administração seja usuária direta ou indireta; a idéia bastante provável é a de que deverá haver a gestão de serviço pelo parceiro privado.*”¹²³

Ainda de acordo com a mencionada autora, a análise dos dispositivos legais que regulam as concessões administrativas permite concluir que estas podem ser definidas não só como um contrato de prestação de serviço (aproximando-se da empreitada da Lei 8.666/93)¹²⁴, mas também uma concessão de serviço público comum (haja vista que a concessionária é a gestora do serviço público)¹²⁵:

Na realidade, a interpretação sistemática da lei permite concluir que a **concessão administrativa** tanto pode ter, eventualmente, por objeto a execução material da atividade (aproximando-se da empreitada), como a gestão de serviço público (como na concessão de serviço público comum e na concessão patrocinada), que é o real objetivo do legislador. (...) Institui-se modalidade de concessão em que a remuneração integral fica a cargo do poder público. (...) É a **terceirização da gestão do serviço**, podendo ou não envolver obra, fornecimento, e instalação de bens [grifo meu].¹²⁶

Explique-se que as hipóteses em que a Administração for usuária indireta referem-se aos serviços públicos cujas remunerações não podem ser individualizadas, ou seja, cobradas por meio de tarifas, como é o caso dos serviços de educação, coleta de lixo, construção e administração de hospitais e presídios¹²⁷.

¹²³ DI PIETRO, Mari Sylvia, *op. cit.*, p. 167.

¹²⁴ Quando a Administração for a usuária direta

¹²⁵ Quando a Administração for a usuária indireta.

¹²⁶ DI PIETRO, Maria S. Z. *op. cit.*, p. 168.

¹²⁷ No que tange aos presídios, atente-se que o poder de polícia constitui uma das atividades indelegáveis do Estado, sendo possível somente a delegação de atividades diversas a esta, como a construção do prédio e o desenvolvimento de atividades administrativas relacionadas ao mesmo.

2.3.4. Características das concessões patrocinadas e das concessões administrativas

Para além da já citada característica da contraprestação pecuniária (em conjunto ou não com outras formas de contraprestação¹²⁸, e integral ou não) do parceiro público à concessionária, as concessões patrocinadas e administrativas caracterizam-se por diversas inovações, algumas delas a seguir expostas.

O procedimento de licitação para essas concessões deve ocorrer na modalidade concorrência, sendo possível a inversão das fases de habilitação e julgamento, tendo em vista um procedimento mais célere. Esse procedimento inclui também a submissão da minuta do edital de licitação e do contrato à consulta pública, conforme dispõe o artigo 10, VI da Lei 11.079/04.

São formalizadas mediante contratos administrativos de longa duração (5 a 35 anos) e de grande vulto (no mínimo vinte milhões de reais de investimentos por parte do parceiro privado), haja vista o disposto no §4º do artigo 2º da Lei 11.079/2004 – a Lei das PPP's.¹²⁹

São marcadas pelo compartilhamento de riscos entre o parceiro público e o privado, inclusive no tocante a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária¹³⁰. Não obstante, também são compartilhados os ganhos econômicos decorrentes da redução de riscos de crédito dos financiamentos utilizados pelo parceiro privado.¹³¹

No que atine à remuneração das concessionárias, tanto a cobrança de tarifas quanto o pagamento das contraprestações do Poder Público só serão possíveis após a disponibilização de, ao menos, parte dos serviços públicos. Isso

¹²⁸ Art. 6º. A contraprestação da Administração Pública nos contratos de parceria público-privada poderá ser feita por: I – ordem bancária; II – cessão de créditos não tributários; III – outorga de direitos em face da Administração Pública; IV – outorga de direitos sobre bens públicos dominicais; V – outros meios admitidos em lei.

¹²⁹ Veja-se, entretanto, os possíveis conflitos federativos no que tange a esse valor mínimo, haja vista o argumento de que Estados e Municípios precisariam de valores mais baixos para seus contratos, a exemplo do Projeto de Lei que institui o programa de PPP's no Município de Curitiba, de 17 de março de 2006, sob nº. 05.00066.2006, o qual, em seu artigo 5º, § único dispõe que o valor mínimo para a contratação de PPP's é de R\$2.000.000,00 (dois milhões de reais), diferentemente do valor mínimo fixado pela Lei federal.

¹³⁰ Consoante dispõe o artigo 5º, III da Lei 11.079/04. Veja-se, nesse sentido, que no caso de aplicação da teoria da imprevisão os prejuízos devem ser compartilhados, a princípio, igualmente pelas partes. (CRETELLA NETO, José. *op. cit.*, p. 55).

¹³¹ Conforme dispõe o artigo 28 da Lei 8.987/95.

revela a grande importância do financiamento às concessionárias, o qual também é objeto de garantias pelo parceiro público (artigo 5º, §2º da Lei 11.079/04).

Objetivando uma maior celeridade, bem como adequando-se às novas tendências do Direito Administrativo, a Lei das PPP's adota mecanismos privados de resolução de conflitos entre os contratantes, como a arbitragem privada, consoante o seu artigo 11, III.

Para a execução dos contratos correspondentes, a artigo 9º da Lei das PPP's exige a constituição de uma sociedade de propósito específico, formada por representantes do parceiro público e da concessionária, a qual deve deter a maioria do capital votante, fato este que demonstra a intenção do legislador de impedir que o Estado detenha o controle da sociedade.

Mencione-se que a Lei das PPP's dispõe sobre a existência de "*critérios objetivos de avaliação do desempenho do parceiro privado*", admitindo-se remuneração variável conforme tal desempenho. Não obstante, as cláusulas contratuais de atualização automática não precisarão ser homologadas pela Administração, na forma do artigo 5º, §1º da Lei das PPP's, salvo hipótese descrita em lei.¹³²

Outra inovação da Lei 11.079/04 refere-se à possibilidade de que figure como poder concedente nas PPP's os órgãos ou entidades da Administração Pública Indireta, diferentemente das concessões comuns, nas quais essa possibilidade ocorre apenas às três unidades da federação: União, Estados (e Distrito Federal) e Municípios.

2.3.5. Objetivos e necessidades

Conforme elucida Juarez FREITAS, as PPP's surgem em nosso Estado como "*alternativas válidas para enfrentar sérios 'gargalos' da congestionada infraestrutura e as graves deficiências na prestação de serviços universais*"¹³³. Essas

¹³² Artigo 5º. (...) §1º. As cláusulas contratuais de atualização automática de valores baseadas em índices e fórmulas matemáticas, quando houver, serão aplicadas sem necessidade de homologação pela Administração Pública, exceto se esta publicar, na imprensa oficial, onde houver, até o prazo de 15 (quinze) dias após apresentação da fatura, razões fundamentadas nesta Lei ou no contrato para a rejeição da atualização.

¹³³ FREITAS, Juarez. *op. cit.*, p. 13.

deficiências são decorrências tanto da falta de recursos públicos para os investimentos necessários quanto da falta de eficiência do Poder Público em realizar as atividades de infra-estrutura¹³⁴, tão importantes e necessárias em nosso país.

Nesse contexto, em consonância com a própria reforma de Estado efetuada a partir da década de 90 no Brasil, tornou-se necessário o chamamento da sociedade civil para atuar em colaboração com o Estado, através, dentre outras formas, das concessões patrocinadas e administrativas.

Segue o supramencionado autor explanando que, para tanto, ante os riscos relacionados com o financiamento, o volume elevado inicial de investimentos, as desconfiças do adimplemento tempestivo do Poder Público, e a própria instabilidade e insegurança existentes na economia nacional – características essas que afastam o setor privado dos citados investimentos e prestações de serviços –, a Lei das PPP's propõe garantias adicionais ao setor privado, "*com o propósito de atrair investidores a aceitar longo prazo de amortização para empreendimentos de monta.*"¹³⁵ Não obstante, de acordo com Carlos Ari SUNDFELD,

A característica central das concessões administrativas e patrocinadas que motivou a nova disciplina legal é a de gerar **compromissos financeiros estatais firmes e de longo prazo**. Como o concessionário fará investimentos logo no início da execução e será remunerado posteriormente, dois objetivos se põem: tanto impedir que o administrador presente comprometa irresponsavelmente recursos públicos futuros, como oferecer garantias que convençam o particular a investir [grifo meu]¹³⁶

De forma semelhante, Juarez FREITAS assevera que as principais garantias propostas pela concepção das PPP's referem-se ao aumento da

¹³⁴ "Para a economia (infra-estrutura) é um conceito amplo – envolvendo desde a educação até as ferrovias, passando pela saúde, água, saneamento, energia, rodovias, silos, portos e aeroportos. Apurando um pouco a compreensão, o setor de infra-estrutura pode ser definido como a base física sobre a qual os diversos setores econômicos irão se desenvolver e se relacionar entre si. A todo processo de **crecimento econômico** subjaz um conjunto de bens e serviços de base, o qual permite que os operadores promovam suas atividades e possam atingir os respectivos objetivos. É, enfim, o suporte indispensável à fluidez dos demais setores econômicos. (grifei)" (MOREIRA, Egon Bockmann. **A Experiência das Licitações para Obras de Infra-Estrutura e a Nova Lei de Parcerias Público-Privadas**. In: SUNDFEL, Carlos Ari (coordenador). **Parcerias Público-Privadas**. São Paulo, Madeiros: 2005, p. 118).

¹³⁵ *Ibidem*, p. 14.

¹³⁶ SUNDFEL, Carlos Ari. **Guia Jurídico das Parcerias Público Privadas**. In: _____. **Parcerias Público-Privadas**. São Paulo, Madeiros: 2005, p. 23.

credibilidade do parceiro público e a vinculação das parcerias a uma política de Estado e não apenas de governo.¹³⁷

Mencione-se também que a existência de um tempo mínimo e de um valor mínimo de recursos – diga-se, elevados – para as PPP's direciona-as para áreas que exigem grandes quantias de investimentos e para setores estratégicos, “*como na área dos transportes - rodovias, ferrovias, portos, hidrovias, etc – ou na de energia - petróleo, gás, distribuição, transmissão e geração de energia elétrica*”¹³⁸, e também presídios e hospitais (estes dois através das concessões administrativas).

Atente-se, porém, que as PPP's devem aplicar-se somente quando não for possível ou viável a aplicação das concessões comuns, procedendo-se, ademais, sempre à justificativa pela sua escolha.¹³⁹

De acordo com Paulo MODESTO,

Somente parece legítima a adoção das novas modalidades quando inviável, por manifesto desinteresse dos capitais privados e insuficientes recursos de investimentos do Poder Público, a adoção da **modalidade comum de concessões** de serviço, de obra ou de uso de bem público, bem como a contratação direta em regime de empreitada. O caráter subsidiário e extraordinário dos referidos contratos de parceria é evidenciado também pelas exigências a serem observadas pela Administração antes de decisão sobre a celebração dos contratos, em especial a ‘sustentabilidade financeira e vantagens sócio-econômicas dos projetos de parceria’ (artigo 4º, VII), ao lado da observância da ‘responsabilidade fiscal na celebração e execução das parcerias’ (artigo 4º, IV), e ‘repartição objetiva dos riscos entre as partes’ (artigo 4º, VII) [grifo meu].¹⁴⁰ (...)

A aplicação das PPP's deve ser a última opção do Poder Público, quando inexistentes os recursos necessários para a implantação de serviços e obras fundamentais para o país e for inviável a transferência para o parceiro privado do risco econômico de empreendimentos de interesse público. **Se não for assim, serviços auto-sustentáveis serão contratados pelos modelos das PPP's, para melhor conforto dos capitais privados, enquanto demandas sociais sem auto-sustentação continuarão esquecidas no quadro das prioridades públicas** [grifos meus]¹⁴¹.

Observa-se, portanto, o objetivo dessas concessões de contribuir para o desenvolvimento econômico, e também para reduzir as desigualdades regionais e

¹³⁷ “Doravante, a mais expressiva garantia a ser oferecida a parceiros privados, - não apenas para os contratados nas duas espécies de PPP's – reside no incremento de credibilidade do parceiro público e na melhor resolução do quadro regulatório, de modo a fazê-lo mais dialógico, independente e, sobretudo, de Estado, para além das variações de humor governamental e dos contingenciamentos orçamentários.” (FREITAS, Juarez. *op. cit.*, p. 14.)

¹³⁸ MILESKI, Hélio Saul. *Op. cit.*, p. 63 a 92.

¹³⁹ Veja-se no site do Ministério do Planejamento a relação dos projetos prioritários a serem efetuados por meio das PPP's, previstos para o Plano Plurianual 2004 - 2007. Disponível em: <http://www.planejamento.gov.br/arquivos_down/spi/carteira_de_projetos.pdf>. Acesso em: 10 de setembro de 2006.

¹⁴⁰ MODESTO, Paulo. *op. cit.* p. 476.

¹⁴¹ MODESTO, Paulo. *op. cit.* p. 485.

sociais existentes em nosso país¹⁴², em atendimento ao princípio da solidariedade social.

Por fim, importante destacar as palavras de Juarez FREITAS a respeito das potencialidades das PPP's, nos seguintes termos: “(...) *com correções e ajustes, as PPP's podem servir como alternativas para investimentos bilionários em infraestrutura em momento crítico: mais do que superar gargalos na logística, essencial resguardar os direitos fundamentais sociais.*”¹⁴³

¹⁴² Veja-se que a Lei das PPP's fez menção expressa quanto a este objetivo ao privilegiar áreas com menor Índice de Desenvolvimento Humano, consoante se observa em seu artigo 27. “Art. 27. As operações de crédito efetuadas por empresas públicas ou sociedades de economia mista controladas pela União não poderão exceder a 70% (setenta por cento) do total das fontes de recursos financeiros da sociedade de propósito específico, sendo que para as áreas das regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste, onde o Índice de Desenvolvimento Humano – IDH seja inferior à média nacional, essa participação não poderá exceder a 80% (oitenta por cento).”

¹⁴³ FREITAS, Juarez. *op. cit.*, p. 61.

3. MOMENTOS E FORMAS DE CONTROLE DAS CONCESSÕES COMUNS, PATROCINADAS E ADMINISTRATIVAS

3.1. CONTROLE PRÉVIO

3.1.1. Importância

Conforme já anteriormente explicitado, “*controle prévio é o que antecede a conclusão ou operatividade do ato, como requisito para a sua eficácia.*” Com efeito, este controle, notadamente sob o enfoque da construção de uma nova hegemonia social – e de acordo com o já exposto nesta monografia –, deve ser o principal tipo no âmbito das concessões.

Isso porque o controle prévio está intrinsecamente relacionado ao controle das decisões administrativas em sede de formulação das políticas públicas de concessões.

Atente-se que uma vez formuladas tais políticas públicas, grandes quantias de recursos sociais (tarifas) e públicos (contraprestações) ficam comprometidas, frequentemente, por um grande período de tempo. Ademais, uma vez formuladas, torna-se difícil o desfazimento dessas políticas, haja vista o princípio da segurança jurídica e a necessidade de salvaguarda da confiança dos investidores privados, tão importantes em meio à “*mutabilidade do mundo volátil*”¹⁴⁴ deste início do século XXI.

Some-se a isso o fato de que tais políticas devem ser de Estado, e não apenas de governos (superando assim os períodos dos mandatos eletivos), o que exige uma análise acurada dos reais interesses e objetivos da nação, e não apenas de partidos políticos, nem tampouco das classes dominantes.

3.1.2. Controle prévio nas concessões comuns

O controle prévio nas concessões comuns é observado, inicialmente, com a autorização pela autoridade competente da abertura do processo administrativo de

¹⁴⁴ FREITAS, Juarez. *op. cit.*, p. 37.

licitação, a qual deverá informar a indicação do objeto e outros requisitos dispostos no artigo 38 da Lei 8.666/93. Pelo princípio da motivação dos atos administrativos, essa autorização deverá justificar a contratação com a demonstração dos motivos de fato e de direito aptos a satisfazer o interesse público, de acordo com os princípios da legalidade e da eficiência.

Por sua vez, segundo o artigo 5º da Lei 8.987/95, o poder concedente “publicará, previamente ao edital de licitação, ato justificando a conveniência da outorga de concessão ou permissão, caracterizando seu objeto, área e prazo.” Este dispositivo caracteriza uma abertura ao controle social, porém sem maiores detalhes pela Lei.

Com efeito, nosso ordenamento jurídico somente dispõe expressamente sobre a obrigatoriedade de realização de audiências públicas, antes da publicação do edital, quando o valor da licitação ou conjunto de licitações for superior a R\$15.000.000,00, na forma do artigo 39 da Lei 8.666/93, para todo contrato firmado pela Administração (inclusive de concessões comuns).

Neste aparato,

É oportuno registrar, sobre o assunto, a opinião de Lúcia Valle Figueiredo quando, reconhecendo que é no artigo 39 da Lei 8.666/93 que se encontra **o ápice da participação popular** no que tange ao processo licitatório, afirma que **se não efetuada a audiência pública inválida é a licitação**. Entretanto, ressalta: ‘apesar de obrigatória, não é vinculante, consoante se nos afigura, por ausência de determinação legal para tal fim. O administrador poderá justificar a necessidade de realização da obra ou serviço da maneira pretendida, e realizá-los. Todavia, como se poderá inferir, passa a ser questionável a legitimidade da obra ou serviço recusados pela comunidade, ou, ao menos, questionados, até, às vezes, no tocante à maneira de realizá-los’. **Assim, quando sua atuação não estiver de conformidade com o que foi questionado e acordado, a Administração deve provar quais os motivos que a levaram à escolha, isto é, à decisão preferida, e que esta foi bem tomada**, o que não elide a possibilidade de entrar em atrito com os princípios que devem regê-la [grifos meus].¹⁴⁵

O artigo 40 da Lei 8.666/93 e o artigo 18 da Lei 8.987/95 apresentam as cláusulas obrigatórias do edital de licitação¹⁴⁶, o qual deve ser elaborado pelo poder

¹⁴⁵ FERRARI, Regina M. M. N. *op. cit.* p. 40.

¹⁴⁶ Ressaltamos aqui as seguintes: o objeto da licitação, sanções para o caso de inadimplemento, condições para participação na licitação, critério para julgamento, critério de reajuste e revisão da tarifa, instruções e normas para os recursos previstos em Lei, condições de recebimento do objeto da licitação, descrição das condições necessárias à prestação adequada do serviço, e os direitos e obrigações do poder concedente e da concessionária em relação a alterações e expansões a serem realizadas no futuro, para garantir a continuidade da prestação do serviço.

concedente (que pode ser um Ministério ou uma agência reguladora), conforme a área específica da contratação e nos termos da legislação própria.

Dentre essas cláusulas, saliente-se a obrigatoriedade, de acordo com o artigo 18. XV, Lei 8.987/95, nos contratos de concessão de obras públicas, de previsão dos *“dados relativos à obra, dentre os quais os elementos do **projeto básico** que permitam sua plena caracterização, bem assim as garantias exigidas para essa parte específica do contrato, adequadas a cada caso e limitadas ao valor da obra [grifo meu]”*.

Veja-se também o artigo 31 da Lei 9.074/95, que possibilita que os autores ou responsáveis economicamente dos projetos básico ou executivo participem da licitação.

O edital supracitado poderá ser objeto de impugnações por parte de qualquer cidadão, por irregularidade na aplicação da Lei, consoante o artigo 41, §1º da Lei 8.666/93.

Nos contratos de financiamento efetuados pela concessionária para a prestação de serviços através das concessões, a Lei 8.987/95 prevê a possibilidade de oferecimento de garantias dos direitos emergentes da concessão, consoante o seu artigo 28. Não obstante, a Lei 11.196/05 acrescentou inúmeras formas de garantia dos contratos de mútuo de longo prazo das concessionárias, destinados a investimentos no âmbito das concessões, na forma do artigo 28 – A da Lei 8.987/95. Por sua vez, o instrumento convocatório poderá exigir a prestação de garantias pelo contratado, consoante dispõe o artigo 56, §1º da Lei 8.666/93.

O outro momento de controle prévio nas concessões em comento é observado no próprio processo licitatório (ou seja, após a publicação do edital), no qual incumbe ao poder concedente escolher – mediante critérios objetivos, expressos no artigo 15 da Lei 8.987/95¹⁴⁷ – a empresa ou consórcio de empresas que melhor atenda ao interesse público na execução dos respectivos contratos.

¹⁴⁷ Art. 15. No julgamento da licitação será considerado um dos seguintes critérios:

I - o menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado; II - a maior oferta, nos casos de pagamento ao poder concedente pela outorga da concessão; III - a combinação, dois a dois, dos critérios referidos nos incisos I, II e VII; IV - melhor proposta técnica, com preço fixado no edital; V - melhor proposta em razão da combinação dos critérios de menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado com o de melhor técnica; VI - melhor proposta em razão da combinação dos critérios de maior oferta pela outorga da concessão com o de melhor técnica; ou VII - melhor oferta de pagamento pela outorga após qualificação de propostas técnicas.

O artigo 109 da Lei 8.666/93 dispõe sobre os casos em que são admitidos recursos administrativos por ocasião da licitação (pelas empresas participantes do certame), bem como regula os procedimentos em caso de interposições. Ao final, o processo licitatório deve ser homologado pela autoridade competente, que deve apreciar a legalidade e a oportunidade do ato administrativo.

Nada obstante, ainda no âmbito do controle prévio, insta salientar a atuação de alguns importantes agentes de controle.

De acordo com o artigo 70 da Constituição Federal, compete ao Congresso Nacional o controle externo (ou interorgânico) dos atos do Poder Executivo¹⁴⁸, podendo sustar os que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa (artigo 49, V da Carta Magna), *in casu*, os atos referentes ao processo licitatório.

Referido controle externo será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, especialmente na forma do artigo 71 IX, X e XI da Carta Cidadã, que pode ser aplicado quando da verificação de irregularidades no processo de licitação. Ademais, importante mencionar o disposto no artigo 74, §2º da Constituição Federal, expressamente: *“qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para, na forma da lei, denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas da União.”*

O controle prévio também pode ser exercido através dos órgãos do Poder Judiciário, isto é, através de sua provocação por meio de ações promovidas pela sociedade civil e pelo Ministério Público Federal, tais como mandado de segurança preventivos, ações civis públicas, ação popular e *habeas data*. Este controle é evidenciado através do princípio constitucional da inafastabilidade de jurisdição (art. 5º, XXXV da CF).

No que tange ao Ministério Público, a Constituição Federal dispõe que a ele incumbe proteger o patrimônio público e social, além de outros direitos difusos e coletivos (artigo 129, III da Carta Magna). Por fim, à Polícia Federal incumbe exercer as funções de polícia judiciária, com o fim de “apurar infrações contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União”, como dispõe o artigo 144, §1º, I e IV da Constituição Federal.

¹⁴⁸ Nos aspectos contábil, financeiro, orçamentário, operacional e patrimonial, levando em consideração os princípios da legalidade, legitimidade e economicidade.

3.1.3. Controle prévio nas PPP's

O controle prévio nas PPP's inicia-se com os requisitos para a abertura do processo licitatório. O primeiro deles, consoante o disposto nos artigos 10, I; 14, III e 15 da Lei das PPP's, é a autorização do órgão gestor¹⁴⁹, após submissão da minuta do edital pelo Ministério ou pela Agência Reguladora. Essa autorização deverá estar fundamentada em estudo técnico que demonstre a necessidade de contratação, a justificativa para a adoção da modalidade de PPP, a demonstração da adequação das despesas com as metas de resultados fiscais e a observância de limites dispostos na Lei de Responsabilidade Fiscal.

Os incisos II a V do artigo 10 da Lei das PPP's expressam ainda a necessidade de providências em relação ao aumento de despesa gerado com as PPP's, quais sejam: elaboração de estimativa do impacto orçamentário-financeiro, declaração do ordenador de despesa da adequação orçamentária e financeira com a lei orçamentária anual e com a lei de diretrizes orçamentárias, estimativa de fluxo de recursos públicos suficientes para o cumprimento das obrigações assumidas pela Administração¹⁵⁰, e a previsão do objeto da PPP no plano plurianual em vigor quando da celebração do contrato. Ainda quanto a aspectos orçamentários, o artigo 22 da Lei 11.079/04 apresenta limites de despesas em relação às PPP's.

A Lei em comento exige também a realização de “*consulta pública*”, nos termos do artigo 10, VI, buscando-se dar legitimidade social para as respectivas políticas públicas. A obrigatoriedade desta realização já decorreria do artigo 39 da Lei 8.666/93, haja vista que o valor mínimo de contratação de PPP's é maior que o valor disposto neste último artigo. Porém, a Lei das PPP's apresentou algumas mudanças em relação ao dispositivo do Estatuto das Licitações.

Dentre tais mudanças encontra-se a de maior prazo para o recebimento de sugestões – as quais, diga-se, são decorrências do direito de petição previsto no artigo 5º, XXXIV, ‘a’ da Carta Constitucional –, a divulgação por jornais de grande

¹⁴⁹ Esse órgão foi regulamentado pelo Decreto federal nº. 5.385/05, que estabeleceu o denominando “*Comitê Gestor das Parcerias*”.

¹⁵⁰ Tal estimativa torna-se difícil de ser realizada e observada ante o longo prazo das contratações.

circulação e pela *internet*, a apresentação nos referidos meios da minuta do edital e do contrato (o que significa maior possibilidade de controle por parte da sociedade civil¹⁵¹), e a utilização do termo consulta pública em detrimento de audiência pública (o que não deve significar a prevalência daquele termo¹⁵²).

O último inciso do citado artigo 10 expressa a necessidade de obtenção de licença ambiental prévia ou expedição de diretrizes para o licenciamento ambiental do empreendimento, quando este for potencialmente causador de degradação ao meio ambiente – o que não deve ser raro nas PPP's, haja vista referirem-se a investimentos de monta – atendendo-se ao disposto no artigo 225, §4º da Constituição Federal.

No que tange ao edital de licitação, além dos artigos 40 e 41, §1º da Lei 8.666/93, e dos artigos 15 (em seus incisos I e V) e 18 da Lei 8.987/95, já citados no capítulo anterior, aplicam-se às PPP's os seguintes artigos: 15, §6º da Lei 8.666/93, que alude à possibilidade de qualquer cidadão impugnar preço constante do quadro geral¹⁵³; o artigo 11 (referente às cláusulas do edital) e o artigo 12, II (referente a dois novos critérios de julgamento das propostas)¹⁵⁴ da Lei das PPP's.

A respeito dos projetos básico e executivo, aplicam-se as mesmas regras atinentes às concessões comuns.¹⁵⁵ De igual sorte, as garantias exigíveis no artigo 56, §1º da Lei 8.666/93 também são aplicáveis às PPP's, sendo que nestas são previstas também garantias adicionais do adimplemento do Poder Público para o parceiro privado, como as elencadas no artigo 8º da Lei das PPP's – dentre elas a vinculação de receitas e a instituição de um fundo garantidor. Ainda, os contratos de

¹⁵¹ PORTO NETO, Benedito. **Licitação para contratação de Parceria Público-Privada**. In: SUNDFEL, Carlos Ari (coordenador). **Parcerias Público-Privadas**. São Paulo, Madeiros: 2005, p. 149.

¹⁵² De acordo com Regina M. M. N. Ferrari, "Em que pese a referência legal a debates, consultas e audiências públicas, como se fossem instâncias diferentes de participação popular, todas elas podem realizar-se no contexto de uma audiência pública, que, em virtude de sua necessária formalidade, deve, como processo, deter a preferência para efetivá-la." (FERRARI, Regina M. M. N. *op. cit.*, p. 15 a 47).

¹⁵³ O artigo encontra aplicação quando se tem em mente que a contratação de concessão administrativa em que a Administração seja usuária direta não deixa de ser uma compra de serviços.

¹⁵⁴ Art. 12. O certame para a contratação de parcerias público-privadas obedecerá ao procedimento previsto na legislação vigente sobre licitações e contratos administrativos e também ao seguinte: (...)

II – o julgamento poderá adotar como critérios, além dos previstos nos incisos I e V do art. 15 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, os seguintes: a) menor valor da contraprestação a ser paga pela Administração Pública; b) melhor proposta em razão da combinação do critério da alínea a com o de melhor técnica, de acordo com os pesos estabelecidos no edital;

PPP's poderão prever contra-garantias aos financiadores dos projetos, consoante o artigo 5º, §2º da Lei das PPP's.

O processo licitatório propriamente dito é efetuado pelo Ministério ou Agência Reguladora, conforme área de competência (artigo 15 da Lei PPP's), sendo possível a interposição de recursos pelos licitantes, na forma do artigo 109 da Lei 8.666/93.

De acordo com o artigo 14, §3º da Lei das PPP's, no âmbito da União, o órgão gestor é responsável por deliberar sobre a contratação de PPP. Observa-se que esse órgão é formado por representantes dos Ministérios do Planejamento, da Fazenda e da Casa Civil do Poder Executivo, faltando abertura para o controle social.

Nesse sentido, consoante Fernão Justen de OLIVEIRA,

"Marçal Justen Filho formulou sugestão destinada a impedir os 'meros efeitos de concentração de poder político' que **a composição do órgão gestor** tende a produzir, ao invés de conferir legitimidade sócio-política ao projeto de PPP: 'A primeira providência prática sugerida é a abertura das atividades prévias ao desencadeamento da licitação à participação de instituições da sociedade civil. Isso significa o dever de a Administração consultar instituições não estatais sobre projetos de PPP. Uma solução seria a criação de uma 'Comissão Especial de Controle da Outorga de PPP' [grifo meu]".¹⁵⁶

Ao final, assim como nas concessões comuns, o processo licitatório deve ser homologado pela autoridade competente, isto é, aprovado nos aspectos de sua legalidade e oportunidade.

O Congresso Nacional, o Tribunal de Contas, os Tribunais Judiciários, o Ministério Público Federal e a Polícia Federal, citados na análise do controle prévio das concessões comuns, possuem basicamente as mesmas atribuições também no que atine ao controle prévio das PPP's. Por fim, saliente-se que o próprio cidadão, individual ou coletivamente considerado, pode ser agente de controle prévio, com base nos mesmos institutos já vistos no controle prévio das concessões comuns, como os referentes a impugnações ao edital, a denúncia ao Tribunal de Contas, e a provocação dos órgãos do Poder Judiciário.

¹⁵⁵ MOREIRA, Egon Bockmann. *op. cit.*, p. 127 a 133.

¹⁵⁶ OLIVEIRA, Fernão Justen de. *op. cit.*, p. 146 e 147 (nota de rodapé).

3.2. CONTROLE CONCOMITANTE

3.2.1. Noções gerais

O controle concomitante das concessões é o que acompanha a realização dos respectivos contratos, com o intuito de verificar o cumprimento das obrigações recíprocas das partes, bem como a regularidade de suas atuações. Assim, esse controle incide sobre a atuação das concessionárias, do poder concedente e dos usuários.

Desde logo, saliente-se que os órgãos do Poder Judiciário detém competência para realizar o controle em comento, sobre todas as partes envolvidas nas concessões, desde que provocados. Frise-se que é crescente a tendência de que esse Poder analise não só aspectos de legalidade, mas também os motivos e fins dos atos administrativos, *in casu*, das concessões.¹⁵⁷

A respeito do controle exercido sobre os usuários, importante destacar que estes, a despeito de possuírem direitos, também possuem obrigações, conforme se observa no artigo 7º da Lei 8.987/95. Nesse sentido, os usuários também são fiscalizados no âmbito das concessões. Veja-se, a título de exemplo, que o inadimplemento destes pode dar ensejo à interrupção dos serviços pela concessionária, na forma do artigo 6º, §3º, II da Lei supracitada, bem como ao dever de indenização tanto ao poder concedente como à concessionária, na forma do artigo 927 do Código Civil.

Por sua vez, as atividades do Estado, representado pelo poder concedente, também devem ser objeto de controle, tanto por parte dos usuários ou da sociedade civil em geral, por parte das concessionárias de serviço público, como também por parte do próprio Poder Público.

Nesse sentido, veja-se, a título ilustrativo, que a Lei 8.987/95 dispõe em seu artigo 7º, II que os usuários têm direito de receber do poder concedente informações para defesa de direitos individuais e coletivos.

As concessionárias, por sua vez, também possuem direitos que devem ser respeitados pelo poder concedente, como, por exemplo, o referente ao equilíbrio

¹⁵⁷ Vide, a respeito, a obra de Odete Medauar, no capítulo atinente ao controle jurisdicional da Administração. (MEDAUAR, Odete. **Direito...**).

econômico-financeiro do contrato, observado no artigo 9º, §2º a §4º da Lei 8.987/95; e o de ingressar com ação judicial para a rescisão do contrato, em caso de inadimplemento do poder concedente, de acordo com o artigo 39 da mesma Lei.

Ainda no âmbito do controle exercido sobre o poder concedente, veja-se que o Congresso Nacional pode sustar os contratos de concessões em execução por vícios no processo licitatório, diga-se, pela realização neste processo de atos que exorbitem do poder regulamentar ou dos limites de delegação legislativa (artigos 49, V e 71, §1º da Carta Magna), após comunicação do Tribunal de Contas da União.¹⁵⁸ O Congresso Nacional também possui as competências previstas nos artigos 49, IX, X, XII; 50; e 58, §3º da Carta Magna.

Ademais, o Tribunal de Contas, além das atribuições dos artigos 71, VIII, IX, X e XI e 74, §2º da Carta Cidadã, possui também a de apreciar as contas do Presidente da República e a de julgar as contas dos administradores e responsáveis por recursos públicos, o que implica a análise das verbas destinadas às concessões, devendo aplicar sanções aos responsáveis por ilegalidades e irregularidades (artigo 71, VIII da Constituição). Nesse diapasão, veja-se o disposto no artigo 113 da Lei 8.666/93.¹⁵⁹

A função de análise de contas e da regularidade das concessões também é exercida pela Corregedoria Geral da União, no âmbito do controle interorgânico, através da realização de relatórios de auditoria, inspeções e outros procedimentos, conforme dispõem os artigos 6º-A a 6º-D da Medida Provisória nº. 2216-37/2001, em atendimento ao disposto no artigo 74, II e IV da Constituição Federal. Este dever é atribuído ainda no âmbito do próprio poder concedente, pelo controle intra-orgânico.

¹⁵⁸ Porém, se após noventa dias o Congresso Nacional não adotar as medidas cabíveis, o referido Tribunal decidirá a respeito (artigo 71, §2 da CF).

¹⁵⁹ Art. 113. O controle das despesas decorrentes dos contratos e demais instrumentos regidos por esta Lei será feito pelo Tribunal de Contas competente, na forma da legislação pertinente, ficando os órgãos interessados da Administração responsáveis pela demonstração da legalidade e regularidade da despesa e execução, nos termos da Constituição e sem prejuízo do sistema de controle interno nela previsto.

§1º. Qualquer licitante, contratado ou pessoa física ou jurídica poderá representar ao Tribunal de Contas ou aos órgãos integrantes do sistema de controle interno contra irregularidades na aplicação desta Lei, para os fins do disposto neste artigo.

§2º. Os Tribunais de Contas e os órgãos integrantes do sistema de controle interno poderão solicitar para exame, até o dia útil imediatamente anterior à data de recebimento das propostas, cópia de edital de licitação já publicado, obrigando-se os órgãos ou entidades da Administração interessada à adoção de medidas corretivas pertinentes que, em função desse exame, lhes forem determinadas.

Finalizando a análise dos agentes de controle sobre o poder concedente, veja-se que ao Ministério Público e à Polícia Federal incumbe as mesmas atribuições já mencionadas no âmbito do controle prévio das concessões comuns.

Entretanto, o controle concomitante das concessões é observado, sobretudo, no controle efetuado pelo poder concedente sobre as atribuições das concessionárias. Desde logo, importante frisar que tal controle é um dever-poder e uma determinação legal, conforme dispõe, dentre outros¹⁶⁰, o artigo 3º da Lei 8.987/95: “As concessões e permissões sujeitar-se-ão à fiscalização pelo poder concedente responsável pela delegação, com a cooperação dos usuários”, como decorrência inclusive do princípio da indisponibilidade do interesse público.

Nada distante, de acordo com Marcus Vinícius Corrêa BITTENCOURT, “O Estado, enquanto titular da incumbência de prestar serviço público, coloca-se na posição de ente competente na atividade de conceder a outorga a particular, bem como **controlar e fiscalizar permanentemente a execução desses serviços** [grifo meu].”¹⁶¹

Neste aparato, verificam-se poucas diferenças nos marcos legais das concessões comuns e das PPP's. Nas palavras de DI PIETRO,

A Lei nº. 11.079 não contém normas gerais sobre controle dos contratos de parceria público-privada, o que leva à aplicação das mesmas formas de controle previstas para os contratos de concessão de serviços públicos na Lei nº. 8.987/95. (...)

Especificamente para a União, a Lei 11.079 contém algumas normas, mais para definir competências do que alterar formas de controle:

- a. o artigo 14, §4º, prevê o controle pelo Congresso Nacional e pelo Tribunal de Contas, ao exigir que lhes sejam, com periodicidade anual, os relatórios de desempenho dos contratos de parceria público-privada (enviados pelo órgão gestor);
- b. no §6º do mesmo dispositivo, garante o controle pelo particular, ao exigir que os referidos relatórios sejam disponibilizados ao público, por meio de rede pública de transmissão de dados, salvo quanto às informações classificadas como sigilosas;
- c. no artigo 15, outorga competência aos Ministérios e às Agências Reguladoras, nas suas respectivas áreas de atuação, para acompanhar e fiscalizar os contratos de parceria público-privada.¹⁶²

Além desses dispositivos, frise-se, tão somente, que o órgão gestor já mencionado também possui competência para apreciar os relatórios semestrais de execução dos contratos de PPP's (artigo 14, IV e 15, § único da Lei das PPP's).

¹⁶⁰ Conforme o artigo 175 da Carta Magna e os artigos 3º; 29, I; 29, V e VII; 30; e 30, V da Lei 8.987.

¹⁶¹ BITTENCOURT, Marcus V. C. *op. cit.*, p. 55.

¹⁶² DI PIETRO, Maria Sylvania. *op. cit.*, p. 182.

Analisar-se-á nos próximos dois capítulos o controle das concessões comuns e das PPP's conjuntamente, especificamente no que tange ao controle do poder concedente sobre a concessionária de serviço público.

3.2.2. Controle do poder concedente sobre a concessionária de serviço público

As concessionárias de serviços públicos exercem funções administrativas, e, assim, de fins públicos, adquirindo os Poderes Públicos correspondentes aos serviços a elas delegados. Portanto, o controle dessas concessionárias pelo poder concedente constitui um aspecto fundamental no controle das concessões.

Nas palavras de BITTENCOURT, “o repasse de competências públicas a particulares necessita ser acompanhado pela vigilância adequada dos atos do contratado para que não ocorra distorção nos resultados esperados”.¹⁶³ Atente-se que a titularidade dos serviços prestados permanece com o poder concedente, transferindo-se ao particular somente a execução de tais serviços.

Assim, o Estado ou as empresas estatais (designadas como poder concedente) não se eximem de suas funções quando delegam serviços públicos a particulares. Dentre elas, ressalta-se a de exercer os poderes de direção e o controle sobre as concessionárias, os quais, segundo Héctor Jorge Escola, citado por DI PIETRO, podem abranger os seguintes aspectos:

- o **material**, referente à execução da atividade objeto do contrato;
- o **técnico**, referente à observância dos requisitos estabelecidos nos planos, especificações, regulamentos, cláusulas contratuais;
- o **financeiro**, indispensável para a fixação das tarifas e verificação do equilíbrio econômico-financeiro;
- o **legal**, que diz respeito à observância das normas legais e regulamentares [grifo do autor].¹⁶⁴

Esses aspectos são observados em diversos dispositivos da Lei 8.987, como o artigo 3º; o artigo 23, II, III, IV, VII, VIII, IX, XIII, XIV, e § único; o artigo 29, referente aos encargos do poder concedente; o artigo 30 e o artigo 31, V.

Dentre esses artigos, ressalta-se o artigo de nº. 30, segundo o qual “no exercício da fiscalização, o poder concedente terá acesso aos dados relativos à

¹⁶³ BITTENCOURT, Marcus V. C. *op. cit.*, p. 78.

¹⁶⁴ DI PIETRO, Maria S. Z. *op. cit.*, p. 101.

administração, contabilidade, recursos técnicos, econômicos e financeiros da concessionária.”

Com efeito, Bilac Pinto, citado por BITTENCOURT, afirma que “O controle absoluto da contabilidade [das delegatárias de serviços públicos] constitui condição primeira da regulamentação.”¹⁶⁵ Esse controle (assim como o controle dos aspectos econômicos, financeiros, e administrativos das concessionárias) é primordial para a justa fixação das tarifas, para a definição das contraprestações da Administração (no caso das PPP's), bem como à própria regularidade da prestação dos serviços.

O controle concomitante, entretanto, deve ser efetuado em consonância ao princípio da razoabilidade, de forma a não retirar do particular a sua autonomia para gerir os serviços com a sua intrínseca liberdade empresarial, nem tampouco constituir um óbice à continuidade dos serviços. Ademais, veja-se que o artigo 2º, II e III da Lei 8.987 define que a execução dos serviços pelo particular é efetuada por sua “conta e risco”.

Nesse particular, as concessionárias podem inclusive defender-se judicialmente contra excessos praticados pelo poder concedente. Assim, é importante uma detalhada fixação prévia nas cláusulas contratuais das competências, deveres e direitos das partes envolvidas, de forma a evitar eventuais excessos e abusos.

3.2.3. Deveres-poderes do poder concedente

Conforme descrito na análise do regime jurídico administrativo, a funcionalidade da Administração nos contratos administrativos confere a esta um conjunto de deveres-poderes, os quais se justificam quando se analisa as formas de controle sobre as concessionárias de serviços públicos.

Conforme BITTENCOURT,

“O controle na prestação de um serviço adequado pelo concessionário justifica o reconhecimento de certos poderes para o concedente, como o de aplicar sanções, de intervir, de verificar alterações unilaterais nas cláusulas regulamentares, de extinguir unilateralmente o vínculo por encampação, caducidade, e ilegalidade, quando

¹⁶⁵ *Ibidem*, p. 81.

necessário para dar continuidade à execução do serviço sem comprometer sua qualidade.”¹⁶⁶

Nestes termos, o primeiro dever-poder conferido à Administração é o de aplicar sanções, o qual constitui-se em fundamental instrumento no controle das concessões. É dizer, sem a possibilidade de aplicar sanções, seria inútil o controle sobre as concessionárias, pois estas não possuiriam o receio de punições pelas práticas de infrações.¹⁶⁷

Entretanto, este dever-poder só pode ser exercido em conformidade com os princípios da legalidade e da tipicidade, ou seja, só pode ser exercido se o ilícito administrativo e a respectiva sanção estiverem previamente definidos em Lei, haja vista o disposto no artigo 5º, II da Carta Magna. Veja-se que normas regulamentares, editais de licitação e os contratos administrativos também podem prever tais ilícitos e sanções, porém, somente em adequação ao previsto em lei. Assim é que se deve compreender o disposto no artigo 29, II da Lei 8.987.

Nesse contexto, observa-se que as leis que regulam as concessões são pouco eficazes, não apresentando condutas típicas a ensejar a aplicação de sanções às concessionárias por infrações cometidas. Dessa forma, deve-se aplicar às concessões, supletivamente, o disposto nos artigos 86 a 88 da Lei 8.666, que apresentam as seguintes sanções administrativas: advertências, multas, suspensão do direito de licitar e impedimento de contratar, e declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração.

Essas sanções (à exceção da advertência, que não possui caráter sancionatório propriamente dito), todavia, devem ser obrigatoriamente precedidas de processo administrativo, em que se assegure ao acusado ampla defesa e contraditório, na forma do artigo 5º, LV da Constituição Federal. Não obstante, devem ser aplicadas de acordo com o princípio da proporcionalidade, diga-se, mediante adequação às exigências do interesse público. Neste aspecto, é tendência inclusive a aplicação de sanções alternativas, em benefício da coletividade.

O segundo dever-poder da Administração é o de promover a intervenção na concessão (artigo 29, III da Lei 8.987), na forma dos artigos 32 a 34 da Lei 8.987. Conforme dispõe o mencionado artigo 32, essa medida tem por objetivo “assegurar

¹⁶⁶ BITENCOURT, Marcus V.C. *op. cit.*, p. 100.

¹⁶⁷ BITENCOURT, Marcus V. C. *op. cit.*, p. 101.

a adequação na prestação do serviço, bem como o fiel cumprimento das normas contratuais, regulamentares e legais pertinentes”, e deve ser feita em situações de emergência e de forma temporária (no máximo 180 dias), sendo que as despesas da exploração do serviço continuam às custas da concessionária. Ainda, a intervenção não possui necessariamente caráter sancionatório.¹⁶⁸

O terceiro dever-poder da Administração, no exercício do controle concomitante das concessões, é o de alterar unilateralmente as normas de caráter regulamentar dessa forma de delegação de serviços públicos, conforme dispõe o artigo 65 da Lei 8.666/93.

Esse dever-poder justifica-se como uma forma de adequação dos serviços a uma maior satisfação do interesse público concretamente verificado, e decorre do princípio da mutabilidade do regime jurídico das concessões. Entretanto, para a execução dessas alterações devem ser observados três requisitos, quais sejam: a inalterabilidade do objeto contratual, a exeqüibilidade fática da prestação e a manutenção do equilíbrio econômico financeiro.¹⁶⁹

Não obstante, a Administração possui o dever-poder de extinção unilateral do contrato, através da encampação, da caducidade e da anulação, todas devendo ser precedidas de processo administrativo para comprovação dos respectivos requisitos.

A primeira forma de extinção unilateral, a encampação, está consubstanciada no artigo 37 da Lei 8.987, segundo o qual é exigida a motivação do interesse público a legitimar a extinção; a existência de lei autorizativa específica; e a necessidade de pagamento de indenização¹⁷⁰ à concessionária.

A respeito dessa indenização, Marçal JUSTEN FILHO sustenta ainda a necessidade de indenização por lucros cessantes, haja vista que “*nenhum sujeito está obrigado a sofrer redução patrimonial para beneficiar os interesses da coletividade*”¹⁷¹ Nesse sentido, veja-se que a encampação ocorre sem que nenhuma

¹⁶⁸ A respeito do caráter não necessariamente punitivo da intervenção, Marçal JUSTEN FILHO anota que esta pode ocorrer simplesmente por uma deficiência da concessionária da prestação dos serviços, caso em que poderá ser feita a alteração de procedimentos técnicos tendo em vista a adequação dessa prestação. (JUSTEN FILHO, Marçal. *op. cit.*, p. 483).

¹⁶⁹ GUIMARÃES, Fernando Vernalha apud BITENCOURT, M. V. C., *op. cit.*, p. 137.

¹⁷⁰ Esta indenização é devida no que tange às parcelas dos investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizados ou depreciados, que tenham sido utilizados para garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido (artigo 36 da mesma Lei).

¹⁷¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria...**, p. 587.

falta tenha sido cometida pela concessionária, o que corrobora a necessidade de indenização.

Por sua vez, segundo Celso Antônio Bandeira de MELLO, a caducidade é a *“modalidade de encerramento da concessão, por ato do concedente, antes da conclusão do prazo inicialmente fixado, em razão de inadimplência [presente ou futura. esta por um juízo de previsibilidade] do concessionário; isto é, por motivo de fato omissivo, doloso ou culposo, imputável ao concessionário e caracterizável como violação grave de suas obrigações.”*¹⁷²

A presente forma de extinção está disciplinada no artigo 38 da Lei 8.987, sendo que, diversamente do preceituado nesse artigo, não só o contrato permite a adoção dessa medida por parte do concedente, mas também a lei. Veja-se, por exemplo, que o artigo 27 da supracitada Lei – que trata da transferência do controle societário da concessionária sem prévia anuência do concedente –, possibilita a ocorrência da caducidade.

Importante salientar que a caducidade gera efeitos *ex nunc*; impedimento de que a concessionária continue prestando os serviços; reversão dos bens da concessionária ao Estado sem indenização, desde que amortizados e necessários à execução dos serviços; ausência de indenização do concessionário, salvo os bens não amortizados revertidos ao Estado; e, muitas vezes, indenizações a serem pagas pelo concessionário ao poder concedente pelos prejuízos causados.¹⁷³

Finalmente, a anulação é a extinção da concessão por vício ou invalidade na sua formulação, a saber, no procedimento licitatório ou na celebração do contrato, sendo que, nos casos em que não houver má-fé da concessionária, é devida a ela indenização.

3.2.4. Participação do usuário

¹⁷² MELLO, C. A. B. apud BITTENCOURT, M. V. C. *op. cit.*, p. 170.

¹⁷³ MARIENHOFF, Miguel S. apud BITTENCOURT, M. V. C. *op. cit.*, p. 178 e 179.

Como visto, a participação democrática na Administração Pública constitui um aspecto inerente ao Estado Democrático de Direito, sendo considerada um direito fundamental na Constituição Federal Brasileira de 1988.¹⁷⁴

Veja-se que, em sede de serviços públicos – cuja titularidade é da Administração –, a participação democrática possibilita o controle de sua prestação por quem é o maior interessado em que esta seja feita adequada e eficazmente: os usuários, vez que seus destinatários.

Não obstante, a participação e o controle social têm o condão de assegurar a universalização da prestação dos serviços públicos, isto é, a sua disponibilização não só às classes economicamente dominantes, mas também às dominadas, conferindo, em última análise, legitimidade aos mencionados serviços. A esse respeito, é possível inclusive a cobrança diferenciada de tarifas, em conformidade com o princípio da igualdade material ou substancial.¹⁷⁵

Nesse sentido, a participação do usuário deve ser incentivada e assegurada, inclusive através do Direito, sendo esta uma tendência de todo o ordenamento jurídico, no qual ela ganha o *status* de garantia constitucional, consoante se observa no artigo 37, §3º da Carta Magna, com redação dada pela Emenda Constitucional nº. 19, de 04 de junho de 1998:

§ 3º A lei disciplinará as formas de **participação** do usuário na administração pública direta e indireta, regulando **especialmente** [mas não só]:
 I - as reclamações relativas à prestação dos serviços públicos em geral, asseguradas a manutenção de serviços de atendimento ao usuário e a avaliação periódica, externa e interna, da qualidade dos serviços;
 II - o acesso dos usuários a registros administrativos e a informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII;
 III - a disciplina da representação contra o exercício negligente ou abusivo de cargo, emprego ou função na administração pública [grifo meu].

Frise-se que o artigo 27 da aludida Emenda Constitucional estabeleceu que “o Congresso Nacional, dentro de 120 (cento e vinte) dias da promulgação desta Emenda, elaborará **lei de defesa do usuário de serviços públicos** [grifo meu]”, em consonância com o disposto no mencionado artigo 37, §3º. Contudo, até hoje

¹⁷⁴ Veja-se a respeito a obra de Adriana da Costa Ricardo Schier, cujo título é: **A Participação Popular na Administração Pública: o Direito de Reclamação**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 249-250.

¹⁷⁵ Veja-se o disposto no artigo 13 da Lei 8.987/95: “As tarifas poderão ser diferenciadas em função das características técnicas e dos custos específicos provenientes do atendimento aos distintos segmentos de usuários.”

referida Lei não foi promulgada, em que pese a existência de diversos projetos de lei tramitando no Congresso Nacional.¹⁷⁶ Um desses projetos teve sua versão preliminar apresentada pelo Professor Manoel E. A. E. GOMES, versão essa que se encontra anexa a esta monografia.

Dessa forma, muito embora não haja consenso na doutrina¹⁷⁷, seria aplicável atualmente para a tutela dos usuários de serviços públicos e para a regulamentação de sua participação o Código de Defesa do Consumidor, para além da Lei 8.987/95 e suas correlatas. Isso é que se infere do artigo 22 desse Código:

Art. 22. Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, **concessionárias**, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, **são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.**
Parágrafo único. Nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, **na forma prevista neste código** [grifos meus].

Antônio Carlos Cintra do AMARAL, entretanto, afirma a distinção entre as relações firmadas nos contratos de concessão de serviços públicos e as relações de consumo, tendo em vista que nestas, o Estado não tem responsabilidade pelo descumprimento do fornecedor, ao passo que, naquelas, o Estado a possui.

Assim, segundo o autor, o Código de Defesa do Consumidor só deve se aplicar no que compatível com as relações firmadas nas concessões, e enquanto não for promulgada uma Lei específica para este matéria.

Conforme o citado autor,

Como a lei prevista no artigo 27 da Emenda Constitucional nº. 19 até hoje não foi aprovada pelo Congresso Nacional, o usuário de serviço público tem tido a sua defesa baseada em uma lei (Lei 8.078) que claramente não se aplica à relação de serviço público, e sim à de consumo, conceitualmente diversa daquela.
Nada impede, porém, que a agência reguladora mantenha convênio com esses órgãos de defesa do consumidor, para que também participem da defesa do usuário do serviço público. Cabe ao Congresso, que já aprovou em 1990 o Código de Defesa do Consumidor, aprovar agora um outro código, diferente daquele, qual seja, o **Código de Defesa do Usuário de Serviço Público** [grifo meu].¹⁷⁸

¹⁷⁶ Mencione-se aqui os Projetos de Lei nº. 6926/2006, nº. 4907/2005, nº. 1397/2003 e nº. 1896/1999, todos atualmente na Comissão de Constituição Justiça e Cidadania da Câmara do Senado Federal. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/proposicoes>>. Acesso em: 17 de outubro de 2006.

¹⁷⁷ SEBASTIÃO, Simone Martins. *op.cit.*, p. 147.

¹⁷⁸ AMARAL, A. C. C. do. Distinção entre Usuário de Serviço Público e Consumidor. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia. nº. 6, mai/jun/jul de 2006, p. 5. Disponível na Internet:

De fato, em que pese a aplicação do Código de Defesa do Consumidor possa representar um avanço na tutela dos usuários, preenchendo uma lacuna legal, ela não tem o condão de normatizar a participação e o controle concomitante do usuário na prestação de serviços públicos, razão pela qual se reafirma a necessidade de promulgação de um Código a regular tais relações.

Saliente-se, por exemplo, a necessidade de regulamentação ao disposto no parágrafo primeiro do artigo 30 da Lei 8.987¹⁷⁹ – o qual dispõe sobre o controle periódico sobre os serviços, através da comissão ali descrita –, no que tange a aspectos como a composição da comissão, a periodicidade em que ela atuará e as suas funções.

Este dispositivo, aliás, deve ser interpretado em conjunto com o artigo 33 da Lei 9.074, o qual dispõe que *“em cada modalidade de serviço, o respectivo regulamento determinará que o poder concedente, observado o disposto no artigo 3º e 30 da Lei nº. 8.987, de 1995, estabeleça forma de participação dos usuários na fiscalização e torne disponível ao público, periodicamente, relatório sobre os serviços prestados”*.

Com efeito, se atendidas, regulamentadas e bem aplicadas, as normas supracitadas (artigos 30 da Lei 8.987 e 33 da Lei 9.074) poderiam representar um importante instrumento de controle sobre as concessões, visto que se possibilitaria um mecanismo de diálogo entre as partes envolvidas nas delegações de serviços públicos, inclusive os usuários.

Não obstante, outros dispositivos legais asseguram a possibilidade de participação e de controle em comento do usuário, o qual deve ser feito em colaboração com o poder concedente, tais como: o artigo 5º, XXXIII e XXXIV; e o artigo 74, §2º da Constituição Federal; o artigo 7º, §8º da Lei 8.666; os artigos 7º, II, IV e V; 22; e 29, XII da Lei 8.987; o artigo 14, §6º da Lei 11.079; e os artigos 48 e 49 da Lei 9.784/99 (Lei que regula o processo administrativo no âmbito da

<http://www.direitopublico.com.br/pdf_13/DIALOGO-JURIDICO-13-ABRIL-MAIO-2002-ANTONIO-CARLOS-CINTRA-AMARAL.pdf>. Acesso em: 28 de agosto de 2006.

¹⁷⁹ Parágrafo único. A fiscalização do serviço será feita por intermédio de órgão técnico do poder concedente ou por entidade com ele conveniada, e, periodicamente, conforme previsto em norma regulamentar, por comissão composta de representantes do poder concedente, da concessionária e dos usuários.

Administração Pública Federal), sem olvidar a possibilidade de ingresso de ações judiciais, como ações populares e ações civis públicas.

3.3. CONTROLE POSTERIOR

3.3.1. Agentes controladores

O controle posterior das concessões é realizado após a execução contratual. Por essa razão, objetiva principalmente a responsabilização por atos ilícitos dos seus agentes bem como a reparação dos danos ocorridos.

Tal controle pode ser exercido no âmbito do controle interorgânico, através da Corregedoria Geral da União, Polícia Federal, Congresso Nacional, Tribunal de Contas da União, Ministério Público Federal, e do Poder Judiciário; no âmbito do controle intra-orgânico, através do próprio poder concedente; e no âmbito do controle extra-orgânico, através da sociedade civil.

O poder concedente, no exercício do controle intra-orgânico, deve representar às autoridades competentes a ocorrência de irregularidades e ilegalidades no âmbito das concessões, de acordo com as diretrizes do artigo 74 da Constituição Federal.

A respeito do controle interorgânico exercido pela Polícia Federal, aplicam-se as mesmas diretrizes expressas quando da análise do controle prévio das concessões comuns e das PPP's.

Por sua vez, no que atine ao controle posterior exercido pela Corregedoria Geral da União observam-se as mesmas atribuições atinentes ao controle concomitante das concessões, já vistas. Frise-se que, nestes dois casos de controle (concomitante e posterior), a Corregedoria não tem competência para aplicar punições, mas, assim como o poder concedente, deve representar às autoridades competentes para que estas tomem as medidas cabíveis.

No que se refere ao controle exercido pelo Congresso Nacional, assim como a respeito das atribuições do Ministério Público, veja-se o já exposto no âmbito do controle prévio das concessões; e no que alude às atribuições do Tribunal de Contas da União, o disposto no artigo 71, XI e 74, §2º da Constituição Federal.

Não obstante, o controle posterior das concessões é observado acentuadamente através dos órgãos do Poder Judiciário, vale dizer, mediante a sua provocação. Nesse aparato, saliente-se ao menos três espécies de ações: a ação popular (a qual alude ao controle extra-orgânico), a ação civil pública e a ação de improbidade administrativa.

3.3.2. Ação popular, ação civil pública e ação de improbidade administrativa

A ação popular é uma ação constitucional prevista no artigo 5º, LXXIII da Carta Cidadã, segundo o qual *“qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.”*

Essa ação é regulada pela Lei federal nº. 4.717/65, a qual disciplina um procedimento próprio para a mesma. Observe-se que esta pressupõe a existência de um ato lesivo e ilegal a interesses difusos¹⁸⁰, tais como os descritos no retro-citado preceito constitucional. Possuem legitimidade ativa os cidadãos e, de acordo com o artigo 6º da Lei 4717, essa

ação será proposta contra as pessoas públicas ou privadas e as entidades referidas no art. 1º¹⁸¹, contra as autoridades, funcionários ou administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o ato impugnado, ou que, por omissas, tiverem dado oportunidade à lesão, e contra os beneficiários diretos do mesmo [o que inclui as concessionárias de serviços públicos].

Sua aplicabilidade no controle posterior das concessões verifica-se também na medida em que, segundo Romeu BACELLAR FILHO,

¹⁸⁰ Segundo o artigo 81, § único, I do Código de Defesa do Consumidor, interesses difusos são os interesses *“transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato.”*

¹⁸¹ São elas a União, o Distrito Federal, os Estados, os Municípios, as entidades autárquicas, as sociedades de economia mista, as sociedades mútuas de seguro nas quais a União represente os segurados ausentes, as empresas públicas, os serviços sociais autônomos, as instituições ou fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, as empresas incorporadas ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, e **quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos.**

A ação popular permite, ainda, a condenação da autoridade para **recompôr o patrimônio público dos danos causados**. Segundo Celso Antônio Bandeira de MELLO, é por este motivo que tal medida é temida pelos administradores, pois, conforme lembra o autor, a sentença proferida poderá condenar os responsáveis pela prática de ato viciado ao pagamento de perdas e danos [grifo meu].¹⁸²

Assim, vislumbra-se a grande utilidade desta ação para proteger o patrimônio público, inclusive no âmbito das concessões, notadamente com os vários instrumentos de participação popular na Administração Pública atualmente garantidos pelo Direito, como já anteriormente observado nesta monografia.

A ação civil pública, por sua vez, está prevista na Constituição Federal no artigo 129, III, e é regulada pela Lei nº. 7.347/85, possuindo a aplicação ainda do Código de Defesa do Consumidor.

Conforme definição de Marçal JUSTEN FILHO, *“a ação civil pública destina-se a obter sentença condenatória ou de cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, em virtude de danos morais e patrimoniais causados a interesses difusos ou coletivos indicados em lei, sendo reservado o seu exercício para uma entidade estatal, para o Ministério Público ou para uma associação privada.”*¹⁸³

Em que pese referida ação possuir legitimidade ativa mais restrita do que a da ação popular (conforme dispõe o artigo 5º da Lei 7.347¹⁸⁴), ela tutela um maior número de direitos, na forma do artigo 1º da mesma Lei, os quais podem ser afetados no âmbito das concessões, quais sejam: o meio-ambiente, direito do consumidor, ordem urbanística, bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, qualquer outro interesse difuso ou coletivo, e a ordem econômica.

Assim, essa ação é cabível na esfera das concessões, inclusive tendo em vista o ressarcimento de danos causados.

Por fim, a ação de improbidade administrativa é regulada fundamentalmente pela Lei 8.429/92. Marçal JUSTEN FILHO afirma que essa ação

¹⁸² BACELLAR FILHO, Romeu. **Direito...**, p. 213.

¹⁸³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso...**, p. 785 e 786.

¹⁸⁴ Art. 5º A ação principal e a cautelar poderão ser propostas pelo Ministério Público, pela União, pelos Estados e Municípios. Poderão também ser propostas por autarquia, empresa pública, fundação, sociedade de economia mista ou por associação que: I - esteja constituída há pelo menos um ano, nos termos da lei civil; II - inclua entre suas finalidades institucionais a proteção ao meio ambiente ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência, ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

submete-se ao regime jurídico de ação penal, o que implica várias diferenciações em relação às ações de natureza civil. Segundo esse autor

Insista-se, outra vez, que a ação para impor punição penal não apresenta natureza jurídica similar à da ação que invoca tutela jurisdicional não penal. A diferença é essencial, pois não se admite a instauração de processo penal sem a existência de **indícios materiais do ilícito e de sua autoria**.

Não é possível exercitar a ação de improbidade fundada em versões de imprensa ou em informações destituídas de consistência e seriedade. Deve haver elementos probatórios suficientes para gerar a convicção de que a irregularidade ocorreu, existindo indícios da responsabilidade do acusado.

(...)

Também por isso, **o regime da ação de improbidade é o da ação penal**, não da ação civil. Muitos pensam que a ação de improbidade envolve manifestação equivalente à ação popular ou à ação civil pública, visão radicalmente equivocada. Todos esses instrumentos processuais têm em comum a defesa do patrimônio público, mas a ação de improbidade se caracteriza por um cunho punitivo penal que não existe nos outros casos [grifo meu].^{185 186}

Os citados indícios de autoria e materialidade devem ser apurados previamente mediante processo administrativo disciplinar, na forma dos artigos 148 e 149 da Lei 8.112/90 (no caso de servidores públicos federais).

Possui legitimidade ativa o Ministério Público Federal (igualmente no caso de servidores federais), sendo, conforme o citado autor, inconstitucional o artigo 17 da Lei 8.429/92, visto tratar-se de uma ação penal pública incondicionada.¹⁸⁷ Nesses termos, diversamente do preceituado no artigo referido, a pessoa jurídica interessada só pode ingressar com ação de reparação de danos, mas não com ação de improbidade administrativa.

O artigo 1º, § único da Lei que regula a ação em comento define que esta tem por objeto apurar atos de improbidade de agentes públicos

contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos **Poderes da União**, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, e *também* (...) contra o patrimônio de entidade que receba **subvenção**, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de órgão público bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, limitando-se, nestes casos, a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos [grifo meu].

¹⁸⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso...**, p. 695 e 696.

¹⁸⁶ Esse autor ressalta também que a ação de improbidade exige a intervenção do Poder Judiciário, característica marcante do Processo Penal.

¹⁸⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso...**, p. 696.

Por sua vez, o seu artigo 2º define agente público como todo aquele que exerce, em síntese, função administrativa, sendo que as sanções dessa Lei aplicam-se também a todo aquele que, mesmo não sendo agente público, induza, concorra ou se beneficie dos atos de improbidade ali definidos.

Desta forma, verifica-se que esta ação é perfeitamente cabível no âmbito do controle posterior das concessões, seja para apurar atos de improbidade de agentes do poder concedente como também da concessionária.

Por fim, insta salientar que as três ações supracitadas podem ser propostas também na esfera do controle prévio e concomitante das concessões, ressaltando-se, porém, a sua importância para o controle posterior das concessões.

3.3.3. Responsabilidade dos agentes

Em que pese a importância do tema, as responsabilidades dos agentes políticos, dos servidores públicos federais do poder concedente, das concessionárias e dos usuários serão analisadas aqui apenas a título geral ou superficial, dada a amplitude desse tema.

Com efeito, os agentes políticos do poder concedente (Presidente e Vice Presidente da República, Ministros de Estado e Deputados Federais¹⁸⁸) respondem política¹⁸⁹, civil e penalmente pela prática de ilegalidades ou irregularidades na esfera das concessões federais. Já os servidores públicos federais respondem civil, penal e administrativamente por referidas práticas. Os usuários ou os cidadãos, civil e penalmente. As concessionárias de serviços públicos e o poder concedente respondem apenas civilmente.

Primeiramente, analise-se a aludida responsabilidade dos cidadãos. A responsabilidade civil destes rege-se pelas normas do Direito Civil, sendo igual nos âmbitos do controle prévio, concomitante e posterior das concessões. Da mesma forma ocorre no que tange à responsabilidade penal, com a ressalva de que nesta, obviamente, aplica-se as normas do Direito Penal.

¹⁸⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 151 e 152.

¹⁸⁹ Em que pese a divergência doutrinária, adota-se o entendimento de que a responsabilidade política diferencia-se da responsabilidade penal, conforme será a seguir explicitado.

No que atine à responsabilidade civil das concessionárias de serviços públicos, estas respondem objetivamente pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, conforme dispõe o artigo 37, §6º da Constituição Federal. Assim, basta a comprovação do nexo de causalidade entre a atuação do agente investido em função pública e o dano a terceiros para que a concessionária tenha o dever de reparar a estes últimos, salvo as hipóteses excludentes de responsabilidade, como força maior e caso fortuito.

O artigo 25 da Lei 8.987/95 dispõe que tal responsabilidade é total da concessionária, nos seguintes termos: *“incumbe à concessionária a execução do serviço concedido, **cabendo-lhe responder por todos os prejuízos causados ao poder concedente, aos usuários ou a terceiros, sem que a fiscalização exercida pelo órgão competente exclua ou atenua essa responsabilidade** [grifo meu]”*.

Entretanto, quando houver omissão na fiscalização ou falha na escolha da concessionária pelo poder concedente, é possível que este seja responsabilizado solidariamente. Veja-se nesse sentido a seguinte jurisprudência do E.TRF da 4ª Região:

Ementa

ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL. ACIDENTE DE TRÂNSITO. PRESENÇA DE ÓLEO NA PISTA. LEGITIMIDADE DA UNIÃO COMO SUCESSORA DO DNER. ART. 4º DO DECRETO Nº 4.128/02.

1. Com a extinção do DNER, competiu à União sucedê-lo, nos termos do art. 4º do Decreto nº 4.128/02, o que a legitima a figurar no pólo passivo da presente ação, onde se pretende a responsabilização civil do ente público, por danos originados de acidente ocorrido em rodovia federal e decorrentes da presença de óleo na pista.

2. A circunstância de se tratar de rodovia sob regime de concessão, permite a demanda direta contra o concessionário, fundada na teoria do risco, porém não afasta a possibilidade, em tese, de responsabilização do poder concedente, fundada na má escolha do prestador do serviço ou na falta de fiscalização desse serviço, questões a serem examinadas em julgamento de mérito e que cuja descaracterização não leva à ilegitimidade passiva mas à improcedência do pedido.

3. Dispõe o art. 515, §3º do CPC, que nos casos de extinção do processo sem julgamento de mérito, estando os autos suficientemente instruídos e versando sobre matéria de direito, fica o Tribunal autorizado a conhecer diretamente da lide. Situação dos autos que não se adapta à hipótese legal, pois agita-se sobre questões de fato, a impor a nulidade da sentença a fim de que a lide seja conhecida pelo juízo de primeiro grau.

4. Apelação da parte autora provida. Prejudicado o apelo da União [grifo meu]. (TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL - QUARTA REGIÃO. APELAÇÃO CIVEL nº. 200104010806433. Órgão Julgador: TERCEIRA TURMA. Data da decisão: 24/09/2002. Data de Publicação no DJU: 16/10/2002, página nº. 573).

Saliente-se que a possibilidade dessa responsabilização civil, tanto do poder concedente quanto da concessionária, não ocorre apenas no momento do controle posterior das concessões, mas também pode ocorrer ainda na vigência do contrato. Ademais, não se olvide que as concessionárias e o poder concedente respondem objetivamente pelos danos causados entre si, salvo se os danos proporcionados pela concessionária não forem em decorrência do serviço público, caso em que esta responderá subjetivamente.

A responsabilidade civil dos servidores públicos ocorre através das ações regressivas propostas pelo poder concedente, na forma do artigo 37, §6º da Carta Magna, e é cabível nos casos de dolo ou culpa. Essa responsabilidade é observada, por exemplo, nos casos de condenação ao ressarcimento ao erário por perdas e danos, “*na forma e gradação prevista em Lei*” (art. 37, §4º, CF).

A responsabilidade administrativa desses servidores “*resulta da violação de normas internas da Administração pelo servidor sujeito ao estatuto e disposições complementares estabelecidas em lei, decreto ou qualquer outro provimento regulamentar da função pública*”¹⁹⁰

Tal responsabilidade é visualizada nas condutas dos servidores públicos que acarretam, por exemplo, a perda de cargo ou de função e também à impossibilidade de retornar ao serviço público, como se observa no artigo 137 da Lei 8.112/93¹⁹¹, que trata dos servidores públicos federais.

Por sua vez, a responsabilidade penal dos servidores públicos refere-se ao cometimento de crimes funcionais, os quais estão dispostos nos artigos 312 a 327 do Código Penal, e em Leis federais como a de nº. 4.898/65 (crime de abuso de autoridade) e a de nº. 8.137/90.

Conforme já mencionado, os agentes políticos possuem responsabilidade política, civil e penal. A primeira é observada nos crimes de responsabilidade dispostos na Lei 1079/50, a qual regula a penalidade político-administrativa do *impeachment*. Conforme Lúcia Valle Figueiredo, esses crimes “*devem ser julgados pelas Câmaras e Assembléias Legislativas, tendo em vista que todo poder emana*

¹⁹⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. *op. cit.*, p. 400.

¹⁹¹ “Art. 137. A demissão ou a destituição de cargo em comissão, por infringência do art. 117, incisos IX e XI, incompatibiliza o ex-servidor para nova investidura em cargo público federal, pelo prazo de 5 (cinco) anos.

*do povo e. por conseguinte, somente poderá ser retirado também pelo povo, da maneira como permitido.*¹⁹²

Ressalte-se no âmbito das concessões os crimes a que aludem os incisos V. VI do artigo 4º da supracitada Lei e os incisos V e VI do artigo 85 da Carta Magna, ambos respectivamente: os atos do Presidente da República que atentarem contra a probidade na administração e a lei orçamentária. Frise-se ainda que a Constituição Federal de 1988 dispõe no inciso VII do artigo já citado que também são crimes de responsabilidade os atos do presidente que atentarem contra o cumprimento não só de decisões judiciais (conforme previsto na Lei de 1.079/50), mas também de leis.

Exemplifique-se que, nos casos de improbidade administrativa, tais crimes poderão importar a suspensão de direitos políticos ou a perda de função pública, consoante o art. 37, §4º, CF e na forma em que dispõe o artigo 12 da Lei 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa).

Por sua vez, a responsabilidade penal dos agentes políticos refere-se às infrações penais comuns, também dispostas nos artigos 312 e 327 do Código Penal, as quais são julgadas pelo Poder Judiciário, não obstante o foro privilegiado de alguns desses agentes, como é o caso do Presidente da República, que é julgado pelo Supremo Tribunal Federal (art. 102, I, b da CF). Ainda a respeito deste agente, veja-se, conforme o disposto no artigo 86, §1º da Constituição Federal, que o *“presidente da República ficará suspenso de suas funções nas infrações penais comuns, se recebida a denúncia ou queixa-crime pelo Supremo Tribunal Federal”*.

A responsabilidade civil dos agentes políticos, a despeito de não ser habitualmente aplicada ou verificada no Brasil, é observada nos casos de dolo ou culpa, na forma em que dispõe o artigo 37, §6º da Constituição Federal.¹⁹³ Entretanto, ainda a respeito da responsabilidade civil e especificamente no que tange ao Presidente da República, frise-se que ele não pode ser responsabilizado por atos estranhos ao exercício de suas funções na vigência do seu mandato, na forma do parágrafo 4º do artigo 86 da Carta Magna.

Parágrafo único. Não poderá retornar ao serviço público federal o servidor que for demitido ou destituído do cargo em comissão por infringência do art. 132, incisos I, IV, VIII, X e XI.”

¹⁹² FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *op. cit.*, p. 613.

¹⁹³ DALLARI, Adilson Abreu. A responsabilidade do agente político. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 4, n. 42, jun. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=354>>. Acesso em: 27 set. 2006.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A concepção de Estado subsidiário implica o entendimento de que a nossa sociedade expressa-se através de valores de mercado, como por exemplo a livre concorrência e a livre iniciativa. Isso é claramente observado quando se tem em mente que a própria prestação de serviços públicos é delegada à iniciativa privada – a qual tem como principal característica a busca pelo lucro – através das concessões comuns, patrocinadas e administrativas.¹⁹⁴

Não obstante, nosso ordenamento jurídico possui como valor máximo o princípio da dignidade da pessoa humana, constituindo-se esse um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, nos termos do artigo 1º, III da Carta Magna – ao qual estão relacionados os princípios da liberdade, da igualdade material e os demais direitos fundamentais, dispostos no artigo 5º da Constituição Federal.

Assim, se é verdade que o controle das concessões deve assegurar as condições de lucro às concessionárias (o que é intrínseco às concessões), essas condições só têm sentido se estiverem adequadas aos princípios constitucionais supracitados¹⁹⁵, em consonância com o princípio da função social dos contratos e dos valores sociais da livre iniciativa.¹⁹⁶

A despeito das dificuldades existentes – tanto no âmbito da sociedade política como no âmbito da sociedade civil – para a efetivação dos referidos princípios, estes são indicativos do anseio social e político de construção de uma nova hegemonia social.

De fato, para a efetiva construção dessa nova hegemonia não basta a simples previsão normativa de nossa Constituição. É que, em conformidade com o

¹⁹⁴ Saliente-se, a respeito, que o próprio Estado auferir lucro quando participa, nas PPP's, da sociedade de propósito específico, o que causa perplexidade, haja vista, por exemplo, o disposto no artigo 173 da Carta Magna.

¹⁹⁵ Veja-se, nesse diapasão, consoante Paulo Nalin e Carlos Castro, as novas formas de pensar as questões patrimoniais, diga-se, “a *proteção do patrimônio como uma forma de proteger e garantir a dignidade da vida humana* [grifo meu]”. (CASTRO, Carlos A. F. de; NALIN, Paulo. **Economia, Mercado e dignidade do Sujeito**. In: RAMOS, Carmem Lúcia Silveira (organizadora). **Diálogos Sobre o Direito Civil**. Rio de Janeiro, Renovar: 2002, p. 99 a 125).

¹⁹⁶ Conforme se observa no inciso IV, também do artigo 1º da Carta Constitucional.

pensamento gramsciano, é imprescindível que se efetive ações políticas direcionadas a esse fim, dentre elas a participação popular e o controle da e na atividade administrativa do Estado, em especial o controle social.

Essa imprescindibilidade é claramente observada no Estado Brasileiro que, não obstante possua a previsão normativa dos mencionados princípios, apresenta alarmantes índices de corrupção, elevados índices de pobreza e uma concentração de renda crescente.

Conforme Ana Paula de Barcellos, os elevados índices de corrupção brasileiros derivam do fato de que as próprias condições de sobrevivência (e como conseqüência – de educação, consciência política, saúde etc) de grande parte da população brasileira são deficitárias, dificultando a construção de um regime realmente democrático:

Segundo informação disponível no site do Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome – MDS, em março de 2006, **mais de 8,6 milhões de famílias, receberam o benefício do Bolsa Família, que se destina a famílias que tenham renda per capita mensal de até R\$ 100,00.** A informação oficial dá conta, porém, que o programa atinge apenas cerca de 60% a 85% das famílias pobres (variando em função do Estado examinado). **É possível imaginar então, de acordo com a avaliação oficial, que haja ao menos 11 milhões de famílias cujos membros vivem com até R\$ 100,00 mensais.** Imagine-se que em cada uma dessas famílias haja 3 (três) indivíduos habilitados para participar do processo democrático: **33 milhões de pessoas vivendo em situação de pobreza extrema.** Note-se que não foram incluídas na estatística as famílias cuja renda per capita ultrapassa R\$ 100,00, mas que não atinge, e.g., R\$ 350,00 [grifos meus] (não publicado).¹⁹⁷

Não obstante, segundo o Relatório do PNUD (Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento) divulgado no ano de 2000, os Índices de Desenvolvimento Humano no Brasil apontam que

(...), há uma tendência crescente de concentração de renda, que, caso se mantenha, impedirá o país de atingir a meta da redução de pobreza em 50% até 2015. De acordo com o PNUD, **10% dos lares mais ricos do Brasil têm 70 vezes a renda dos 10% mais pobres.** Além disso, o País também apresenta grandes desigualdades entre regiões. (...). 'A culpada não é a escassez de recursos, mas um persistente e alta desigualdade', ressalta o Relatório [grifo meu].¹⁹⁸

¹⁹⁷ BARCELLOS, Ana Paula de. **Revista de Direito do Estado – RDE**, nº. 03. Disponível em: <<http://www.institutoideias.org.br/web/pt/rde/edicao/indice.html>>. Fontes das estatísticas nos sites: <www.mds.gov.br/ascom/bolsafamilia/bf_poruf_part.pdf>. Acesso em 20.05.2006 e <www.mds.gov.br/ascom/bolsafamilia/bf_atendimento_uf.pdf>. Acesso em 20.05.2006.

¹⁹⁸ CRETELLA NETO, José. *op. cit.*, p. 154 (nota de rodapé).

Nesse contexto marcado pela pobreza e exclusão de grande parte da população, pela concentração de renda e pela conseqüente falta de participação democrática, ressalta-se a importância da existência da “*guerra de posição*” e do papel dos intelectuais no objetivo da construção de uma nova hegemonia social, sendo este o contexto em que se insere o controle das concessões no Estado brasileiro.

Frise-se que, com as concessões – as quais são relevantes expressões das novas funções estatais –, a prestação de serviços públicos é feita pela própria sociedade civil ou iniciativa privada, isto é, pelos grandes empresários. Nesse sentido, observa-se uma sensível mudança no tocante à legitimidade social dessas políticas públicas, sendo premente a efetivação dos mecanismos de controle em prol dos direitos fundamentais, principalmente tendo em vista os interesses das classes dominadas.

É nesse cenário que se deve buscar a efetivação dos mecanismos de controle sobre as concessões, como uma das formas de efetivação de ações políticas, adotando-se para os fins desta pesquisa os termos delineados e expostos por GRAMSCI, já inicialmente expostos.

Sabe-se que GRAMSCI não considerava o controle sobre a sociedade política ou Estado (predominantemente formada pela classe dominante) suficiente para garantir a construção de uma nova hegemonia. Todavia, entende-se que a efetivação de mecanismos de controle pode representar e refletir, segundo o pensamento gramsciano, um importante instrumento na “*guerra de posição*” e na efetivação de uma “*contra-hegemonia*”.

Ademais, pode-se concluir que a atual despolitização da sociedade civil deve ser superada, notadamente no Brasil. A nova racionalidade do mundo deve ser a política, e não a econômica. É dizer, urge a realização de projetos democráticos de políticas públicas, inclusive quanto às concessões, tendo em vista a consecução do interesse público.

Por derradeiro, mister a busca da compreensão dos atuais mecanismos de controle das concessões existentes em nosso ordenamento jurídico, buscando dar-lhes a máxima efetividade, através da luta por uma nova hegemonia social e política e nos termos da Carta Magna.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. Distinção entre Usuário de Serviço Público e Consumidor. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia. nº. 6, mai/jun/jul de 2006. Disponível em: <http://www.direitopublico.com.br/pdf_13/DIALOGO-JURIDICO-13-ABRIL-MAIO-2002-ANTONIO-CARLOS-CINTRA-AMARAL.pdf>. Acesso em: 28 de agosto de 2006.

BACELLAR FILHO, Romeu. **Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. O Poder Normativo dos Entes Reguladores e a Participação do Cidadão nesta Atividade. Serviços Públicos e Direitos Fundamentais: O Desafio da Experiência Brasileira. **Revista Interesse Público**, v. 16, ano 2002.

BARCELLOS, Ana Paula de. Título. **Revista RDE**, nº. 03. Disponível em: <<http://www.institutoideias.org.br/web/pt/rde/edicao/indice.html>> Fontes das estatísticas nos sites: www.mds.gov.br/ascom/bolsafamilia/bf_poruf_part.pdf (acesso em 20.05.2006) e www.mds.gov.br/ascom/bolsafamilia/bf_atendimento_uf.pdf (acesso em 20.05.2006).

BITTENCOURT, Marcus Vinícius Corrêa. **Controle das Concessões de Serviço Público**. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

CARNOY, Martin. **Estado e Teoria Política**. 2ª ed. Campinas: Papyrus, 1988.

CASTRO, Carlos A. F. de; NALIN, Paulo. Economia, Mercado e dignidade do Sujeito. In: RAMOS, Carmem Lúcia Silveira (organizadora). **Diálogos Sobre o Direito Civil**. Rio de Janeiro, Renovar: 2002.

COUTINHO, Carlos Nelson. **GRAMSCI. Um estudo sobre seu pensamento político**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1999.

CRETELLA NETO, José. **Comentários à Lei das Parcerias Público-Privadas – PPP's**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CRUZ, Sebastião C. Velasco. **Teoria e método na análise de conjuntura**. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/es/v21n72/4197.pdf#search=%22teoria%20e%20m%C3%A9todo%20e%20conjuntura%22>>. Acesso em: 19/08/2006.

DALLARI, Adilson Abreu. A responsabilidade do agente político. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 4, n. 42, jun. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=354>>. Acesso em: 27 set. 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia. **Parcerias na Administração Pública – Concessão, Permissão, Terceirização, Parceria Público-Privada e outras formas**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Direito Municipal**. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: RT, 2005.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

FREITAS, Juarez. Parcerias Público Privadas (PPP's): Características, Regulação, Princípios. **Revista Bimestral de Direito Público Interesse Público – Ano VI**, nº 29, janeiro/fevereiro de 2005 – Porto Alegre, Notadez: 2005.

GOMES, Manoel Eduardo Alves Camargo. **Regime Jurídico das Ouvidorias Públicas no Brasil**. Florianópolis: Universidade Federal de Santa Catarina, 2001.

GRAU, Eros Roberto. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988**. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

OLIVEIRA, Fernão Justen de. **O conteúdo jurídico da parceria público-privada**. 2006. 210 p. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – UFPR, Curitiba, 2006.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Teoria Geral das Concessões de Serviço Público**. São Paulo: Dialética, 2003.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 8ª. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2004.

_____. **Controle da Administração Pública**. São Paulo: RT, 1993.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 23ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 17ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

MILESKI, Hélio Saul. Parcerias Público-Privadas: Fundamentos, Aplicação e Alcance da Lei, Elementos Definidores, Princípios, Regras Específicas Para Licitações e Contratos, Aspectos Controvertidos, Controle e Perspectivas de Aplicação da Lei nº. 11.079, de 30.12.2004. **Revista Bimestral de Direito Público Interesse Público** – Ano VI, nº 29, janeiro/fevereiro de 2005 – Porto Alegre, Notadez: 2005.

MODESTO, Paulo. Reforma do Estado, Formas de Prestação de Serviço Público e Parcerias Público-Privadas: Demarcando as Fronteiras dos Conceitos de 'Serviço Público', 'Serviço de Relevância Pública' e 'Serviços de Exploração Econômica' para as Parcerias Público-Privadas, In: SUNDFEL, Carlos Ari (coordenador). **Parcerias Público-Privadas**. São Paulo, Malheiros: 2005.

MOREIRA, Egon Bockmann. A Experiência das Licitações para Obras de Infra-Estrutura e a Nova Lei de Parcerias Público-Privadas. In: SUNDFEL, Carlos Ari (coordenador). **Parcerias Público-Privadas**. São Paulo, Madeiros: 2005.

MOTTA, Paulo Roberto Ferreira. O Cidadão Usuário de Serviços Públicos na Constituição Federal. In: FERRAZ, Luciano; MOTTA, Fabrício. **Direito Público Moderno**. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

PORTO NETO, Benedito. Licitação para contratação de Parceria Público-Privada. In: SUNDFEL, Carlos Ari (coordenador). **Parcerias Público-Privadas**. São Paulo, Madeiros: 2005.

SEBASTIÃO, Simone Martins. As Agências Reguladoras no Direito Brasileiro. **Revista da Procuradoria Geral do Município de Curitiba** – vol.1, n.1, 2003 – Curitiba: Procuradoria Geral do Município de Curitiba, 2003.

SUNDFEL, Carlos Ari. Guia Jurídico das Parcerias Público Privadas. In:_____. **Parcerias Público-Privadas**. São Paulo, Madeiros: 2005.

ANEXO – VERSÃO PRELIMINAR DO ANTEPROJETO DE LEI SOBRE PARTICIPAÇÃO E DEFESA DO USUÁRIO DE SERVIÇO PÚBLICO¹⁹⁹

Dispõe sobre a participação e defesa do usuário dos serviços públicos e dá outras providências.

CAPÍTULO I Das Disposições Preliminares

Art. 1º - Esta lei estabelece normas gerais sobre o regime de participação e defesa do usuário dos serviços públicos prestados pela administração direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, no exercício da função administrativa, diretamente ou sob o regime de concessão, permissão ou autorização.

Parágrafo único - Considera-se usuário a pessoa física ou jurídica que, direta ou indiretamente, utiliza ou pode utilizar os serviços referidos neste artigo.

Art. 2º - No início de cada ano civil, o Poder Público publicará o quadro geral dos serviços públicos, indicando:

I - a entidade ou órgão executor;

II - a autoridade administrativa a que está subordinado ou vinculado a entidade ou órgão executor;

III - a avaliação, quando houver, dos serviços prestados no exercício anterior;

IV - o prazo, a forma e local para os usuários apresentarem reclamações e sugestões referentes aos serviços.

Art. 3º - Os serviços públicos serão prestados de forma adequada ao pleno atendimento do usuário, obedecendo aos princípios da generalidade, cortesia, transparência, regularidade, continuidade, segurança, atualidade e, quando cabível, modicidade das tarifas.

Art. 4º - Para a adequada prestação dos serviços públicos é indispensável a participação do usuário no planejamento, execução e fiscalização dos serviços, cabendo às pessoas de direito público e as de direito privado assegurar os meios necessários ao seu exercício.

¹⁹⁹ VERSÃO PRELIMINAR APRESENTADA PELO RELATOR, PROF. MANOEL EDUARDO ALVES CAMARGO E GOMES, A SER DISCUTIDA NA AUDIÊNCIA PÚBLICA QUE SERÁ REALIZADA ÀS 8:00 HS. DO DIA 10 DE NOVEMBRO DE 1998, NA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ (PRAÇA SANTOS ANDRADE Nº 50 - CURITIBA). AS PROPOSTAS DOS PARTICIPANTES SERÃO, APÓS APROVAÇÃO DA COMISSÃO DE JURISTAS, INCORPORADAS AO ANTEPROJETO ANTES DE SEU ENCAMINHAMENTO AO PODER EXECUTIVO.

Parágrafo único - Consideram-se meios necessários ao exercício da participação:

I - livre acesso às informações referentes ao planejamento, execução, fiscalização, avaliação, custo, segurança, duração, eficácia, normas legais, regulamentares e, quando cabíveis, contratuais que regulam a execução do serviço;

II - acesso direto e facilitado do usuário:

a) ao órgão ou entidade responsável pela execução do serviço;

b) ao órgão ou entidade a que o executor do serviço estiver vinculado ou subordinado;

c) ao Serviço de Atendimento do Usuário, à Comissão de Avaliação e ao Conselho Nacional de Serviço Público, nos termos desta lei.

III - registro gratuito, sem requisitos formais e mediante entrega de recibo, de sugestões e críticas sobre o serviço prestado e a forma de sua execução.

Art. 5º - A participação do usuário poderá ser exercida diretamente ou através das entidades indicadas no artigo 10 desta lei.

CAPÍTULO II Dos Direitos do Usuário

Art. 6º - São direitos do usuário, sem prejuízo de outros decorrentes de tratado, convenções, leis, atos e contratos:

I - a adequada prestação dos serviços, nos termos do art. 3º desta lei;

II - a participação no planejamento, execução e avaliação dos serviços;

III - o acesso a registros administrativos e informações sobre atos do governo, observado o disposto no artigo 5º, XXXIII, da Constituição Federal;

IV - a obtenção e utilização do serviço com liberdade de escolha, observadas as normas legais;

V - o sigilo sobre informações relativas à sua pessoa constantes de registros ou bancos de dados de prestadores dos serviços, observado o disposto no artigo 5º, X, da Constituição Federal;

VI - o acesso e fruição do serviço sem discriminação;

VII - atendimento preferencial, no caso de usuário idoso, gestante ou portador de deficiência física.

Art.7º - Aplica-se subsidiariamente a esta lei o contido na Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990, em especial os dispositivos que tratam:

- I - dos direitos básicos do consumidor;
- II - da proteção ao consumidor e reparação dos danos;
- III - da responsabilidade do fornecedor de serviços;
- IV - das práticas comerciais e cláusulas contratuais abusivas.

Art. 8º- Os prestadores de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nesta qualidade, causarem ao usuário, a terceiros e, quando for o caso, ao Poder Público, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

CAPÍTULO III Dos Deveres do Usuário

Art. 9º - São deveres do usuário:

- I - utilizar adequadamente os serviços, procedendo com lealdade e boa-fé;
- II - prestar as informações que lhe forem solicitadas e colaborar para a adequada prestação do serviço;
- III - comunicar às autoridades responsáveis as irregularidades praticadas pelos prestadores dos serviços;
- IV - não formular reclamações, críticas ou sugestões ciente de que são destituídas de fundamento;
- V - não alterar a verdade dos fatos;
- VI - opor resistência injustificada para a prestação adequada dos serviços.

CAPÍTULO IV Da legitimação

Art. 10 - Estão legitimados para o exercício da participação e defesa dos direitos estabelecidos nesta lei:

- I - o usuário;
- II - a entidade legalmente constituída há mais de dois anos que inclua entre seus objetivos institucionais a defesa dos interesses e direitos estabelecidos nesta lei.

CAPÍTULO V Do Conselho Nacional de Serviço Público

Art.11 - Fica criado, no âmbito da União, o Conselho Nacional de Serviço Público, órgão consultivo do Poder Executivo, com a finalidade de formular e fiscalizar as políticas gerais e setoriais de prestação dos serviços públicos.

§ 1º - O Conselho Nacional de Serviço Público será composto por:

I - vinte e cinco por cento de membros indicados pelo Poder Público;

II - vinte e cinco por cento de membros indicados pelas pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos;

III - cinqüenta por cento de membros indicados ou eleitos pelas entidades associativas de usuários de serviços públicos, legalmente constituídas há mais de dois anos;

§ 2º - Caberá ao Conselho Nacional de Serviço Público:

I - opinar sobre a política nacional de serviço público, especialmente no que se refere à defesa dos direitos e interesses do usuário;

II - propor critérios para a delegação dos serviços;

III - estabelecer as diretrizes de prestação, avaliação e aprimoramento dos serviços;

IV - indicar um Ouvidor para a defesa do usuário, observadas as disposições desta lei;

V - publicar, anualmente, em meio oficial ou em jornal de grande circulação, relatório circunstanciado de suas atividades;

§ 3º - As sessões do Conselho serão públicas e suas pautas deverão ser publicadas em meio oficial com antecedência mínima de quarenta e oito horas.

CAPÍTULO VI Dos Serviços de Atendimento ao Usuário

Art. 12 - Os prestadores de serviços públicos manterão Serviço de Atendimento ao Usuário, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de fiscalizar a adequação e eficiência do atendimento.

§ 1º - Os Serviços de Atendimento ao Usuário deverão:

I - situar-se em locais de fácil acesso ao usuário;

II - afixar de forma legível e didática:

a) o local e hora de atendimento, bem como o nome do responsável pelo serviço;

- b) a descrição dos serviços e dos indicadores de desempenho;
- c) as eventuais modificações previstas na prestação do serviço, explicitando suas condições e duração;
- d) o resultado da avaliação efetuada no exercício anterior.

Art. 13 - As sugestões e reclamações do usuário relativas à prestação dos serviços serão numeradas e registradas em livro próprio, mediante entrega de certificado de registro.

§ 1º - Os registros a que se refere este artigo serão públicos, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas em lei.

§ 2º - Os prestadores de serviços colocarão à disposição do usuário formulários simplificados e de fácil compreensão para a elaboração das sugestões e reclamações.

Art. 14 - Os Serviços de Atendimento ao Usuário encaminharão anualmente relatório circunstanciado de suas atividades às Comissões de Avaliação previstas no artigo 15 desta lei.

CAPÍTULO VII Das Comissões de Avaliação

Art. 15 - A qualidade dos serviços e a observância dos direitos e princípios estabelecidos nesta lei serão periodicamente avaliados, externa e internamente, pelo prestador do serviço e por uma Comissão de Avaliação especialmente constituída para este fim, observando-se:

I - a Comissão de Avaliação será composta por:

- a) cinquenta por cento de membros indicados pelo Poder Público quando o serviço for prestado pela administração pública direta ou indireta, e quando o serviço for prestado por particular, vinte e cinco por cento de membros indicados pelo executor do serviço e vinte e cinco por cento de membros indicados pelo órgão ou entidade do Poder Público;
- b) cinquenta por cento de membros indicados ou eleitos pelas entidades associativas de defesa do usuário;

II - os membros indicados ou eleitos para compor a Comissão de Avaliação terão mandato de dois anos, admitida uma recondução;

III - os membros da Comissão de Avaliação não serão remunerados, ressalvada a ajuda de custo por reunião da qual participem;

IV - a Comissão de Avaliação poderá ser assessorada por pessoa física ou jurídica especializada;

V - o ato de instalação da Comissão de Avaliação deverá ser publicado em órgão oficial e amplamente divulgado, devendo conter:

- a) indicação dos membros e o segmento que representam;
- b) o prazo de funcionamento;
- c) o prazo, modo e local para o usuário apresentar reclamações e sugestões referentes aos serviços.

§ 1º - a avaliação a que se refere este artigo terá periodicidade anual, devendo ser publicada e amplamente divulgada pelo prestador do serviço, indicando, obrigatoriamente:

- a) o serviço público prestado;
- b) as pessoas jurídicas de direito público ou privado responsáveis pela prestação e supervisão do serviço;
- c) os membros da Comissão de Avaliação;
- d) o atendimento aos princípios e direitos estabelecidos nesta lei;
- e) o cumprimento das metas eventualmente fixadas para a prestação do serviço;
- f) as reclamações, sugestões e representações relativas à prestação dos serviços;
- g) a avaliação do Serviço de Atendimento ao Usuário;
- h) o parecer do órgão responsável pela prestação ou supervisão do serviço; e,
- i) quando houver, a declaração de voto.

CAPÍTULO VIII Das Ouvidorias de Defesa do Usuário

Art. 16 - Fica criada, no âmbito da União, a Ouvidoria de Defesa do Usuário de Serviço Público, órgão subordinado ao Conselho Nacional de Serviço Público.

Art. 17 - O Ouvidor será indicado pelo Conselho Nacional de Serviço Público e nomeado pelo Presidente da República, após arguição e aprovação pelo Senado Federal, com mandato de dois anos, permitida uma recondução.

Art.18 - Ao Ouvidor competirá:

I - atuar, de ofício ou por provocação, na defesa dos direitos e interesses individuais e coletivos do usuário dos serviços públicos contra atos e omissões ilegais ou manifestamente injustos praticados pelos prestadores de serviço;

II - receber e apurar as reclamações ou denúncias relativas à prestação dos serviços, recomendando aos órgãos competentes, quando cabível, a instauração de sindicâncias, inquéritos administrativos ou auditorias;

III - recomendar a correção de atos e procedimentos que violem os princípios estabelecido nesta lei;

IV - sugerir aos prestadores medidas de aprimoramento e adequação dos serviços;

V - difundir amplamente os direitos do usuário;

VI - apresentar anualmente ao Conselho Nacional de Serviço Público relatório circunstanciado de suas atividades e dos resultados obtidos.

§ 1º - Não serão objeto de apreciação do Ouvidor as questões judiciais ou administrativas pendentes de decisão.

§ 2º - O recebimento de reclamações ou denúncias pelo Ouvidor não implicará na suspensão ou interrupção dos prazos administrativos.

Art. 19 - O Ouvidor, no uso de suas atribuições, terá acesso a todo e qualquer documento referente à prestação dos serviços, podendo requisitá-lo para exame e posterior devolução.

Art. 20 - Todos os servidores do Poder Público deverão prestar apoio e informações ao Ouvidor em caráter prioritário e em regime de urgência.

§ 1º As informações requisitadas, por escrito, pelo Ouvidor, deverão ser prestadas no prazo de 72 (setenta e duas) horas, responsabilizando-se quem der causa ao atraso.

§ 2º A impossibilidade de cumprir o prazo determinado no parágrafo anterior deverá ser comprovada, em igual prazo.

Art. 21 - Ao Ouvidor será vedado:

I - receber, a qualquer título e sob qualquer pretexto, honorários, porcentagens ou custas;

II - exercer outra função pública ou atividade privada remunerada de qualquer espécie, salvo a de magistério superior;

III - participar de sociedade comercial, na forma da lei;

IV - exercer atividade político-partidária, salvo exceções previstas em lei.

Art. 22 - Qualquer cidadão poderá representar contra o Ouvidor junto ao Conselho Nacional de Serviço Público, assegurado o direito a ampla defesa e ao contraditório.

Parágrafo único - Será destituído do cargo o Ouvidor que:

I - infringir o disposto no artigo anterior;

II - abusar das prerrogativas do cargo;

III - negligenciar o cumprimento de suas atribuições;

IV - sofrer condenação criminal em sentença transitada em julgado.

Art. 23 - O Ouvidor poderá requisitar, com ônus, servidores de órgãos e entidades integrantes da administração pública direta e indireta, quaisquer que sejam as funções a serem exercidas, observado o disposto no artigo 18 desta lei.

CAPÍTULO IX

Da Apuração de Violação dos Direitos do Usuário

Art. 24 - De ofício ou mediante representação do interessado, o dirigente do órgão responsável pela prestação do serviço promoverá a apuração de qualquer violação dos direitos do usuário que chegue ao seu conhecimento.

Art.25 - A instauração do processo será feita por ato administrativo devidamente fundamentado em que se designará o servidor encarregado da apuração dos fatos, sendo-lhe assegurado todos os meios e recursos necessários ao desempenho da tarefa que lhe foi atribuída.

Art. 26 - Os atos administrativos do processo terão forma escrita, com registro em banco de dados próprio, indicando a data e o local de sua emissão, e com a assinatura do agente público responsável.

Art. 27 - Serão observados os seguintes prazos:

I - dois dias, para autuação, juntada aos autos de quaisquer elementos e outras providências de simples expediente;

II - quatro dias, para efetivação de notificação ou intimação pessoal;

III - cinco dias, para elaboração de informe sem caráter técnico;

IV - quinze dias, para elaboração de pareceres, perícias e informes técnicos, prorrogáveis por mais dez dias a critério da autoridade superior, mediante pedido fundamentado;

V - cinco dias, para decisões no curso do processo;

VI - quinze dias, a contar do término da instrução, para decisão final;

VII - dez dias, para manifestações em geral do usuário ou providências a seu cargo.

Art. 28 - Se no decorrer da apuração surgirem provas, ainda que indiciárias, que digam respeito a possível responsabilidade de algum servidor ou preposto de pessoa física ou jurídica de direito privado prestadora de serviço público, deverá ele ser ouvido e prestar esclarecimentos, facultando-se-lhe produzir provas que julgar convenientes.

Art. 29 - Durante a tramitação do processo serão assegurados aos interessados os direitos de:

I - ter vista dos autos e obter cópia dos documentos nele contidos;

II- ter ciência da tramitação do processo e das decisões nele proferidas, inclusive da respectiva motivação e das opiniões divergentes;

III - formular alegações e apresentar documentos os quais serão juntados aos autos e levados em consideração pelo responsável pela apuração dos fatos.

Art.30 - Quando for necessária a prestação de informações ou a apresentação de provas pelos interessados ou terceiros, estes serão intimados para esse fim, com antecedência mínima de três dias úteis, mencionando-se data, prazo, forma e condições de atendimento.

Parágrafo único - Quando a intimação for feita ao denunciante para fornecimento de informações ou documentos necessários à apreciação e apuração da denúncia, o não atendimento autorizará o arquivamento do processo, se de outro modo o órgão responsável pelo processo não puder obter os dados solicitados.

Art.31 - Concluída a instrução, o responsável pela apuração deverá elaborar relatório de todos os atos do processo e opinar conclusivamente, encaminhando os autos à autoridade que determinou a instauração do processo.

Art. 32 - O dirigente do órgão responsável pela apuração deverá proferir decisão que, conforme o caso, poderá ser:

I - arquivamento dos autos;

II- determinação da prática dos atos que se fizerem necessários para atendimento dos direitos do usuário;

III- encaminhamento dos autos ou das peças que julgue pertinentes ao órgão competente para apurar os ilícitos administrativo, civil e criminal contra os responsáveis pelas violações dos direitos do usuário ou, se competente, determinar a apuração.

Art. 33 - Sempre que no processo for identificada alguma deficiência na prestação dos serviços, por inadequação de procedimentos, deficiência de meios ou

outra qualquer causa, a autoridade responsável pela decisão final promoverá a correção de tudo quanto entendido como insatisfatório.

Art. 34 - Aplicam-se ao processo regulado neste Capítulo, no que forem compatíveis, os preceitos legais do processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal.

CAPÍTULO X Das Disposições Transitórias e Finais

Art.35 - Fica o Poder Executivo autorizado no ano de 1999 a efetuar as despesas necessárias à instalação do Conselho Nacional de Serviço Público e da Ouvidoria de Defesa do Usuário , podendo remanejar, transferir ou utilizar saldos orçamentários, empregando como recursos dotações destinadas às atividades finalísticas e administrativas do Ministério da Administração e da Reforma do Estado - MARE.

Art. 36 - Os contratos mantidos entre o Poder Público e prestadores privados de serviços públicos deverão ser adequados às exigências estabelecidas nesta lei no prazo de 90 (noventa) dias, contado de sua publicação.

Art. 37. Esta Lei entra em vigor na data da sua publicação.

Brasília,

AGENTES DE CONTROLE DAS CONCESSOES COMUNS – QUADRO 1¹

DENOMINAÇÃO	PREVISÃO LEGAL	MOMENTO E TIPO DE CONTROLE	LOCALIZAÇÃO INSTITUCIONAL E CONTROLE	NATUREZA
Cidadão / Usuários / Partidos Políticos / Associação / Sindicatos / Imprensa	Arts. 5º, XXXIII, XXXIV, a, 37, §3º e 74, §2º da CF. Arts. 7º, II, IV, V; 22, 29, XII e 30 § único da Lei 8.987/1995. Art. 33 Lei 9.074/95. Arts. 48 e 49 da LC 101/2000. Art. 48 da Lei 9784/1999. Art. 7º, §8º da Lei 8.666/93. Art. 14, § 5º e §6º Lei 11.079	Prévio, concomitante e posterior / Extra-orgânico	Sociedade Civil / Controle Social	Pessoas Físicas ou Jurídicas
Congresso Nacional	CF e Lei PPP's	Prévio, concomitante e posterior / interorgânico e intra-orgânico	Poder Legislativo / Controle Legislativo	Órgão Constitucional
Tribunal de Contas da União	CF e Lei PPP's	Concomitante e posterior / interorgânico e intra-orgânico	Poder Legislativo / Controle Legislativo	Órgão Constitucional
Corregedoria Geral da União / auditorias e ouvidorias	Art. 74, CF; Lei 9.649/95; Decreto n.º 4490/1992, Anexo 1; MP 2216-37/01	Prévio, concomitante e posterior / Interorgânico e Intra-Organico	Poder Executivo / Controle Administrativo	Órgãos vinculados ao Poder Executivo
Tribunais e CNJ	CF - Título IV, Capítulo III, Seções I a IV	Prévio, concomitante e posterior / interorgânico e intra-orgânico	Poder Judiciário / Controle Judiciário	Órgãos constitucionais

O que está grifado refere-se exclusivamente às PPP's

DENOMINAÇÃO	OBJETO	COMPOSIÇÃO DO SUJEITO ATIVO	SUJEITO PASSIVO
Cidadão / Usuários / Partidos Políticos / Associações / Sindicatos / Imprensa	Requerer quantitativo das obras, e preços unitários de determinada obra (Lei 8.666). Receber informações solicitadas para defesa de direitos, e participação em comissões de fiscalização (Lei 8.987). Acesso aos instrumentos de transparência de gestão fiscal previstos na LC 101/00. Acesso a relatórios de desempenho das PPP's na internet (Lei 11079) . Proposição de processo administrativo, solicitações e reclamações (Lei 9784). Comunicação de atos ilícitos, irregularidades e ilegalidades às autoridades competentes (Art. 74 CF).	Cidadãos / Usuários / Partidos Políticos / Associações / Sindicatos / Imprensa	Poder Concedente e Concessionárias
Congresso Nacional	Artigo 14, §5º, Lei PPP's , artigos 48, XII; 49, V, IX, X, XII e 50 da CF / artigo 51 da CF / artigo 52 da CF / artigos 58, §2º, II, III, IV, V e VI, §3º; 70; 72 e 166, § 1º da CF. Artigo 70; 74, I, II, III, IV, §1º da CF.	Congresso Nacional / Câmara dos Deputados / Senado Federal / Comissões Permanentes e Temporárias	Poder concedente e concessionárias
Tribunal de Contas	Inter-Organico : Artigo 71, I, II, IV, V, VI, VII, VIII, IX, X, XI, §1º, 2º e 3º, da CF. Intra-Organico : Artigos 71, II, VIII, XI, §4º, 74, I, II, III, IV. Artigo 14, §5º Lei PPP's	Ministros do TCU / Auditores / Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União	Poder concedente e concessionárias
Corregedorias / Ouvidorias	Artigo 74, incisos e §1º, defesa do patrimônio público, controle interno, auditoria pública e ouvidoria-geral	Ministro de Estado, Corregedor-Geral da União e estrutura organizacional	Poder Concedente
Tribunais e CNJ	Interorganico : art. 5º, LXIX, LXX, LXXIII; 129, III; 102; 105; 108 109, da CF; Lei 1533/51; Lei 4717/65; Lei 7347/85 e Lei 8.078/90. Intra-Organico : Artigo 103-B, §4º. 74. I. II. III. IV. §1º da CF.	STF, STJ, TRF's, Juizes Federais	Poder concedente, concessionárias e usuários

AGENTES DE CONTROLE DAS CONCESSOES COMUNS - QUADRO 2:

DENOMINAÇÃO	PREVISAO LEGAL	MOMENTO E TIPO DE CONTROLE	LOCALIZAÇÃO INSTITUCIONAL E NATUREZA DO CONTROLE	NATUREZA
Poder concedente (órgão técnico ou entidade com ele conveniada)	Lei 8.987/1995.	Prévio e concomitante / Intra-Orgânico	Poder Judiciário, Legislativo ou Executivo, conforme a vinculação ou natureza da entidade que celebrou o contrato / Controle Administrativo	Pessoa jurídica de Direito Público ou Direito Privado, determinada por Lei. Ex: União, município, agência reguladora
Comissão de controle	Lei 8.987/95	Concomitante / interorgânico	Poder Executivo / Controle Administrativo	Comissão mista de controle
Concessionária	Lei 8.987/1995 e Lei 8.666/93	Prévio e concomitante / Intra-Orgânico e Extra-Orgânico	Setor Privado / Controle Administrativo	Empresas privadas, contratáveis (Idôneas) pela Administração Pública
Polícia Federal	CF	Prévio, concomitante e posterior / Interorgânico	Poder Executivo / Controle Administrativo e Judiciário	Órgão Constitucional
Ministério Público Federal	CF	Prévio, concomitante e posterior / Interorgânico	Instituição permanente essencial à função jurisdicional do Estado / Controle Administrativo e Judiciário	Órgão Constitucional

O que está grifado refere-se exclusivamente às PPP's

DENOMINAÇÃO	OBJETO	COMPOSIÇÃO DO SUJEITO ATIVO	SUJEITO PASSIVO
Poder concedente (suas funções podem ser exercidas em parte por uma agência reguladora)	Art. 3º, 18; 29, I; 29, V e VII; 30, § único; 31 e 32 da Lei 8.987/95: Elaborar edital de licitação; deveres e poderes de controle; verificar a administração, a contabilidade, os recursos técnicos, econômicos e financeiros da concessionária. Verificar o adimplemento das cláusulas contratuais, como a avaliação de desempenho do parceiro privado e vistorias dos bens reversíveis; art. 20 e 26 do DL 200/67.	Órgão ou entidade da Administração Pública Direta e Indireta	Concessionária
Comissão mista de controle	Art. 30, § único da Lei 8.987/1995: <i>"A fiscalização do serviço será feita por intermédio de órgão técnico do poder concedente ou por entidade com ele conveniada, e, periodicamente, conforme previsto em norma regulamentar, por comissão composta de representantes do poder concedente, da concessionária e dos usuários."</i>	Comissão mista de controle composta pelo poder concedente, concessionária e usuários	Concessionária, poder concedente e usuários
Concessionária	Artigo 30, § único da Lei 8.987/1995 e art. 40, XV da Lei 8.666/93. Verificar o adimplemento das cláusulas contratuais, como a verificação dos fatos que caracterizem inadimplemento pecuniário do parceiro público. Recursos previstos na Lei de Licitações.	Sociedades empresariais ou sociedades em consórcio	Poder concedente
Polícia Federal	Art. 144, §1º, I e IV da CF: Apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas e exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União.	Agentes Federais	Poder concedente e concessionárias
Ministério Público Federal	Artigo 129, I, II, III, VI, X, IX da CF	Procuradores Federais	Poder concedente, concessionárias e usuários

AGENTES DE CONTROLE DAS PPP's (Além dos agentes das concessões comuns) – QUADRO 1

DENOMINAÇÃO	PREVISÃO LEGAL	MOMENTO E TIPO DE CONTROLE	LOCALIZAÇÃO INSTITUCIONAL E NATUREZA DO CONTROLE	NATUREZA
Comitê Gestor de PPP – CGP	Lei PPP's e Decreto n.º 5385/05	Prévio e concomitante/interorgânico	Poder Executivo – Ministérios / Controle Administrativo	Órgão colegiado, sem personalidade jurídica, mas que pode ir a Juízo
Ministério respectivo da contratação da PPP	Lei PPP's	Prévio, concomitante / intra-orgânico	Poder Executivo / Controle Administrativo	Órgão vinculado ao Poder Executivo
Agências Reguladoras	Lei PPP's, Lei n.º 9.986/2000.	Prévio e concomitante / Interorgânico e Intra-Orgânico	Poder Executivo / Controle Administrativo	Autarquias, sob a natureza de órgãos colegiados criados por lei.
Sociedade de Propósito Específico	Lei PPP's	Prévio e concomitante / Interorgânico e Intra-Orgânico	Sociedade entre o Setor Público e o Privado / Controle Administrativo	Companhia aberta, com valores mobiliários negociáveis no mercado

DENOMINAÇÃO	OBJETO	COMPOSIÇÃO DO SUJEITO ATIVO	SUJEITO PASSIVO
Comitê Gestor de PPP – CGP	Art.14 Lei 11079/04. Artigo 3º, IV, V, VI, X Decreto n.º 5385/05: Apreciar os relatórios semestrais de execução dos contratos, enviados pelos Ministérios e Agências Reguladoras, em suas áreas de competência; elaborar e enviar ao Congresso Nacional e ao TCU relatório anual de desempenho de contratos, e disponibilizar, na Internet, as informações nele constantes; acompanhar, avaliar e aprovar o Plano de PPP's – PLP; estabelecer os procedimentos básicos para o acompanhamento e avaliação periódicos dos contratos de PPP.	Um representante (e suplente) dos Ministérios: Planejamento, Orçamento e Gestão; Fazenda; Casa Civil da Presidência da República	Poder concedente e concessionárias
Ministério respectivo da contratação da PPP	Art.74, I, II, III, IV, §1º, 87, I, CF, art.15 Lei PPP's: Submeter o edital de licitação ao órgão gestor (Comitê Gestor), proceder à licitação, acompanhar e fiscalizar os contratos de PPP's, encaminhar ao Comitê Gestor, semestralmente, relatórios circunstanciados acerca da execução dos contratos de PPP's, na forma definida em regulamento; Art. 20 e 26 do DL 200/67.	Ministro de Estado, Autoridades a ele subordinadas e funcionários.	Poder concedente e concessionárias
Agências Reguladoras	Artigo 15 da Lei 11079/04: Na sua respectiva área de competência, submeter o edital de licitação ao órgão gestor (Comitê Gestor), proceder à licitação, acompanhar e fiscalizar os contratos de PPP's, encaminhar ao Comitê Gestor, semestralmente, relatórios circunstanciados acerca da execução dos contratos de PPP's, na forma definida em regulamento.	Dirigentes e empregados públicos	Poder concedente e concessionárias
Sociedade de Propósito Específico	Artigo 9º da Lei das PPP's: Implantar e gerir o objeto da parceria	Contratante público e empreendedor privado	Contratante público e empreendedor privado

AGENTES DE CONTROLE DAS PPP's (Além dos agentes das concessões comuns) – QUADRO 2

DENOMINAÇÃO	PREVISAO LEGAL	MOMENTO E TIPO DE CONTROLE	LOCALIZAÇÃO INSTITUCIONAL E NATUREZA DO CONTROLE	NATUREZA
Conselho Monetário Nacional	Lei PPP's	Prévio / Inter-Organico	Ministério da Fazenda / Controle Administrativo	Orgão vinculado ao Poder Executivo
Secretaria do Tesouro Nacional	Lei PPP's e Decreto 5.411/2005	Prévio e concomitante / Interorganico	Ministério da Fazenda / Controle Administrativo	Orgão Central do Sistema de Administração Financeira do Governo Federal
Fundo Garantidor das PPP's – FGP	Lei das PPP's e Decreto n°. 5411/2005	Concomitante / Interorganico	Setor Público, a depender da instituição financeira? / Controle Administrativo	Natureza Privada, instituídas por cotas da União, suas autarquias e fundações, e Gerenciada por uma instituição financeira

DENOMINAÇÃO	OBJETO	COMPOSIÇÃO DO SUJEITO ATIVO	SUJEITO PASSIVO
Conselho Monetário Nacional	Artigo 24 da Lei PPP's: Estabelecer as diretrizes para a concessão de crédito destinado ao financiamento de contratos de PPP's, bem como para a participação de entidades fechadas de previdência complementar	Conselheiros	Investidores nas PPP's
Secretaria do Tesouro Nacional	Artigo 25 da Lei PPP's e art. 4º Decreto 5.411/2005: Estabelecer normas gerais relativas à consolidação das contas públicas aplicáveis aos contratos de PPP's. Acompanhamento da gestão do Fundo Garantidor das PPP's - FGP	Secretários e Servidores Públicos	Poder Concedente
Fundo Garantidor das PPP's FGP	Artigo 16 da Lei 11.079/04 e Decreto 5.411/2005. Prestar garantia de pagamento das obrigações pecuniárias assumidas pelos parceiros públicos federais em virtude de PPP's	União, suas autarquias e fundações, no limite global de 6 (seis) bilhões de reais em cotas	Concessionárias

INSTITUTOS NORMATIVOS DE CONTROLE DAS CONCESSÕES COMUNS

DENOMINAÇÃO	PREVISÃO LEGAL	ENVOLVIDOS E MOMENTOS DE REALIZAÇÃO	OBJETO
Audiências públicas	Lei 8.666/93 e LC 101/00	Contratantes público, privado, e sociedade civil / Prévio	Art. 39 da Lei 8.666/93: Audiências públicas sempre que o valor estimado para uma licitação ou para um conjunto de licitações simultâneas ou sucessivas for superior a R\$ 150.000.000,00 para todo contrato firmado pela administração; art. 9º, §4º LC 101/00
Contratos	Lei 8.666/93, Lei 8.987/1995	Contratantes público e privado / Concomitante e posterior	Artigo 55 Lei 8.666/93; Art. 23 Lei 8.987/95;
Garantias - Prestadas pelo parceiro privado e também pelo público	Lei 8.666/93 e Lei 8.987	Contratantes público e privado / Concomitante e posterior	Artigo 56, §1º da Lei 8.666: caução em dinheiro, seguro-garantia, fiança bancária; Artigo 18, XV; 28 - A, da Lei 8.987
Recursos Administrativos	Lei 8.666/93	Contratante privado / Prévio e concomitante	Art. 41, §1º; 109 da Lei 8.666/93: Atos da administração decorrentes da aplicação da Lei 8.666/93

DENOMINAÇÃO	PREVISÃO LEGAL	ENVOLVIDOS E MOMENTOS DE REALIZAÇÃO	OBJETO
Licitação	Lei 8.666/93 e Lei 8.987/95	Poder concedente, e empresas interessadas nas concessões comuns e cidadãos / Prévio	Artigo 40 da Lei 8.666/93; Artigo 14 e 18 da Lei 8.987/95;
Diretrizes e Princípios	CF; Lei 8.666/93; Lei 8.987/95	Contratante público, privado e cidadãos / Prévio, concomitante e posterior	Art. 37 CF: Legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, e eficiência; Art. 3º da Lei 8.666/93: Isonomia, proposta mais vantajosa, vinculação ao instrumento convocatório, proibidade administrativa, e julgamento objetivo; Art. 6º Lei 8.987/95: Serviço adequado, ou seja, que atenda as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

INSTITUTOS NORMATIVOS DE CONTROLE DAS PPP's

DENOMINAÇÃO	PREVISÃO LEGAL	ENVOLVIDOS E MOMENTOS DE REALIZAÇÃO	OBJETO
Licença ambiental prévia	Lei PPP's, Resolução n.º 1/86, 09/90 e 237/97 do CONAMA	Contratantes público e privado, e Ibama / prévio	Art. 10, VII Lei PPP's: licença ambiental prévia ou expedição das diretrizes para o licenciamento ambiental, na forma do regulamento, sempre que o objeto do contrato exigir; Resolução 1/86, Art. 1º Estudo de Impacto Ambiental, quando couber. Resolução 237, Art. 10º: projetos e estudos pertinentes; V- Audiências Públicas, quando couber.
Arbitragem e outros mecanismos privados de resolução de conflitos	Artigo 11 da Lei PPP's	Contratantes público e privado / Concomitante e posterior	Dirimir conflitos decorrentes ou relacionados aos contratos. Saliente-se que tal instituto é facultativo, dependendo da oportunidade e da conveniência do administrador público.
Contratos	Lei 8.666/93, Lei 8.987/1995 e Lei PPP's	Contratantes e privado / Concomitante e posterior	Artigo 55, Lei 8.666/93; Art. 23, Lei 8.987/95; Art. 5º, Lei PPP's, como: VI- modos de regularização do inadimplemento do Estado e acionamento da garantia; VII- critérios de avaliação de desempenho privado; VIII- garantias do setor privado.
Consultas públicas (a melhor doutrina entende que o melhor termo é audiência pública)	Artigo 39 da Lei 8.666/93 e artigo 10, VI da Lei PPP's	Contratantes público e privado, e sociedade civil / Prévio	Audiências Públicas sempre que o valor estimado para uma licitação ou para um conjunto de licitações simultâneas ou sucessivas for superior a R\$ 15.000.000,00 para todo contrato firmado pela administração
Estimativa impacto orçamentário-financeiro	Lei 8.666/93 e LC 101/2000	Contratante Público / Prévio	Art. 38 Lei 8.666/93: O procedimento da licitação será iniciado com a abertura de processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo a <u>autorização respectiva</u> , a indicação sucinta de seu objeto e do recurso próprio para a despesa, (...); e art. 16, I LC 101/00: "A criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento da despesa será acompanhado de: I - estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva entrar em vigor e nos dois subsequentes"

DENOMINAÇÃO	PREVISÃO LEGAL	ENVOLVIDOS E MOMENTOS DE REALIZAÇÃO	OBJETO
Garantias - Prestadas pelo parceiro privado (Lei 8.666/93 e 8.987/95) e também pelo parceiro público (casos da Lei 8.987 e PPP's)	Lei 8.666/93, Lei 8.987 e Lei PPP's	Contratantes público e privado / Prévio, concomitante e posterior	Além do artigo 56, §1º da Lei 8.666 e do artigo 18, XV Lei 8.987 -; artigo 5º, VIII e 8º da Lei PPP's, como: I- vinculação de receitas; II- utilização de fundos especiais previstos em lei; III- contratação de seguro-garantia com companhias não controladas pela Administração Pública; IV- garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras não controladas pelo Poder Público; V- garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade; VI- outros modos.
Licitação	Lei 8.666/93; Lei 8.987/95; Lei PPP's	Poder concedente, empresas interessadas em contratos de PPP's e cidadãos / Prévio	Artigo 40 Lei 8.666/93, artigo 14 e 18 Lei 8.987/95; Artigo 10 da Lei PPP's, como: I-autorização da autoridade competente, fundamentada em estudo técnico que demonstre a conveniência e a oportunidade da contratação; bem como a austeridade fiscal das despesas criadas ou aumentadas; II-elaboração de estimativa do impacto orçamentário-financeiro; III-declaração do ordenador de despesas de que estas serão compatíveis; IV-estimativa do fluxo de recursos suficientes.
Diretrizes e Princípios	Art. 37, 'caput' da CF; Lei 8.666/93; Lei 8.987/95; Lei PPP's.	Contratante público e empreendedor privado e cidadãos / Prévio, concomitante e posterior	Além do art. 37 CF, art. 3º. Lei 8.666/93, art. 6º. Lei 8.987/95; Lei 11079, Art. 4º: I - eficiência no cumprimento das missões de Estado e no emprego dos recursos da sociedade; II- respeito aos interesses e direitos dos destinatários dos serviços e dos entes privados envolvidos; IV- responsabilidade fiscal na celebração e execução das parcerias; V- transparência dos procedimentos e das decisões; VI-repartição objetiva de riscos entre as partes.
Leis Orçamentárias	Lei 8.666/93, PPA, LDO e LOA; Lc 101/00	Contratante Público / Prévio	Art. 38 Lei 8.666/93: O procedimento da licitação será iniciado com a abertura de processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo a autorização respectiva, a indicação sucinta de seu objeto e do <u>recurso próprio</u> para a despesa, (...); e art. 16, II, LC 01/01: Declaração do ordenador da despesa da adequação orçamentária e financeira com a LOA, o PPA e com a LOA.