

IDENTIDADE ENTRE PERMISSÃO E PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA PATROCINADA NO TRANSPORTE PÚBLICO URBANO MUNICIPAL? ANÁLISE DE CONTRATOS DO RIO DE JANEIRO, SÃO PAULO E CAMPINAS

IDENTITY BETWEEN PERMISSION AND PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIP SPONSORED IN MUNICIPAL URBAN PUBLIC TRANSPORT? ANALYSIS OF CONTRACTS IN RIO DE JANEIRO, SÃO PAULO AND CAMPINAS.

Josué Mastrodi¹Arthur Colombo Bergamaschi²**Resumo**

Analisando as permissões de transporte público urbano das cidades de Rio de Janeiro, São Paulo e Campinas, depreende-se que as permissões têm o mesmo efeito prático das parcerias público-privadas patrocinadas, atinentes ao subsídio estatal na contraprestação; posto isso, consubstanciou-se um limbo jurídico dos institutos na praxe administrativa. Objetiva-se identificar esta igualdade terminológica e propor relações administrativas seguras e eficazes. Utiliza-se o método documental e bibliográfico. Entrementes, esmiuçado os contratos, sedimenta-se o tímido reconhecimento doutrinário da igualdade entre permissão condicionada e parceria público-privada patrocinada na praxe administrativa, concluindo a mutação (in)evolutiva da permissão a longa data símiles ou idênticos a outros institutos, *in casu*, concessão e parceria público-privada patrocinada respectivamente.

Palavras-chave: transporte público; parceria público-privada; permissão.

Abstract

Analyzing the urban public transport permits of the cities of Rio de Janeiro, São Paulo and Campinas, it can be seen that the permits have the same practical effect of the public-private partnerships, related to the state subsidy in the consideration; given this, a juridical limbo of the institutes was consubstantiated. Thus, it aims to identify terminological equality and to propose safe and effective administrative relations. The documentary and bibliographic method is used. In the meantime, contracts have been sketched, the timid doctrinal recognition of the equality of conditioned leave and of the public-private partnership sponsored in administrative practice is settled, concluding the (in)

¹ Prof. Dr. da PUC-Campinas, Direito Administrativo, e do Programa de Pós-graduação *stricto sensu* de Sustentabilidade da mesma instituição. E-mail: mastrodi@puc-campinas.edu.br

² Mestrando em sustentabilidade da PUC-Campinas. Advogado. E-mail: arthurbergamaschi@hotmail.com

evolutionary change of the institute of the long-standing permission similes or identical to other institutes, in casu, concession and public-private partnership sponsored respectively.

Keywords: public transport; public-private partnership; permission.

1. INTRODUÇÃO

Consubstancia-se este artigo em atestar que o instituto da Permissão de Transporte Público Urbano, na praxe administrativa e nos conceitos doutrinários, possui as mesmas características da Parceria Público-Privada Patrocinada. A permissão subvencionada existe de longa data na delegação do transporte público urbano brasileiro, antes mesmo que existisse qualquer disciplina legal a esse respeito.

Utiliza-se o método documental e bibliográfico para provar a igualdade do instituto de permissão e parceria público-privada patrocinada.

Dito isto, a análise deste trabalho, primeiramente, será realizada compreendendo o histórico do serviço público (ênfase no transporte público e a legislação pertinente) e a sua execução por pessoas privadas (físicas ou jurídicas), bem como a competência constitucional do transporte público coletivo urbano e a fiscalização financeira do órgão competente de ente Municipal ou Distrital.

Depois, analisar-se-ão os contratos administrativos de permissão de transporte público urbano na ótica atual.

Por fim, conceituará Parceria Público-Privada, Permissão, Concessão e Autorização de serviços públicos, em termos legais e doutrinários, com destaque sobre a disparidade fundante entre a Concessão e a Permissão de serviço público, assim como sobre a identidade entre o contrato administrativo da Parceria Público-Privada Patrocinada e o da Permissão de transporte público urbano.

2. HISTÓRICO DO SERVIÇO PÚBLICO E A SUA EXECUÇÃO POR PESSOAS PRIVADAS (ÊNFASE NO TRANSPORTE COLETIVO URBANO E SUA LEGISLAÇÃO PERTINENTE)

É cediço que, ao longo da história, matizes liberais imprimiram força na relação entre o Ancien Régime e Indústrias na fase capitalista, como no fato *v.g.* de a Inglaterra dar guarida à produção lanífera por meio dos cercamentos (expropriação da terra habitada como moradia para seu arrendamento em cultura intensiva de ovelhas) fitando suprir a demanda mercadológica global, e conseqüentemente

engendrando o esvanecimento das guildas (associações artesanais, de ofício) por meio da mão-de-obra de custo pífio dos próprios artesãos em razão do crescimento populacional gerado (*i.e.* os cercamentos criaram o exército de trabalhadores de reserva, cf. HUNT, 2005, p. 13 e seguintes). Assim, em última análise, esse envidar de forças em favor do Estado-Nação e das Indústrias nada mais é do que uma nítida associação público-particular do Imperialismo Inglês para com o fomento do capitalismo efervescente e dominante.

Repisando a associação público-particular, agora na seara da execução e prestação de serviços públicos pelos particulares; não mais detido no fomento do capital como visto no caso inglês aludido, temos *v.g.* paradigmático a criação das Companhias das Índias Orientais e Ocidentais, organizações privadas cujo fim precípua era arremeter o comércio internacional dos Estados soberanos atendendo a sua própria conveniência; e, doutro lado na colônia brasileira em caso inédito quando a Coroa Portuguesa autorizou a criação do Banco do Brasil em 1.808, com capitais privados, e com ele associou-se em 1.812, sendo, neste último caso, a primeira sociedade de economia mista nacional (CAIO TACITO, 2005, p. 109).

Deste modo, latente a associação público-particular por azo de conveniência e oportunidade, seja para fomento do capital, seja para execução de serviços públicos a partir da hegemonia dos Estados Independentes³.

Já quanto ao modo de delegação dos serviços públicos aos particulares, do período colonial até a promulgação da Constituição Federal de 1.988, sob a égide do regime jurídico administrativo, a regência Estado-particular fundou-se em tradições ditatoriais de governança política e atuações administrativas desmedidas, importadas dos colonizadores portugueses, perpetuando-se essa situação na Administração Pública até a promulgação da Carta Política em 1.988 (GAMA E SOUZA JUNIOR, 2.005, p. 127). Não só por isso, mas também devido aos altos riscos dos negócios não reutilizáveis (*sunk costs*⁴), neste interregno (período colonial à *Lex Mater* referida), os grandes projetos de infraestrutura, crucias

³ A paz de Westfália foi o divisor de águas para a autonomia dos Estados perante ao poder-domínio da Igreja Católica e, por conseguinte, a gênese do Direito Internacional Público em 1.648, como denota MAZZUOLI (2.009, p. 46): “foi tão-somente a partir do final do século XVI e início do século XVII que o Direito Internacional Público aparece como ciência autônoma e sistematizada, principalmente a partir dos Tratados de Westfália (de cuja elaboração Hugo Grotius participou na qualidade de Embaixador da Suécia), concluídos em 24 de outubro de 1.648, que colocaram fim a sanguinária Guerra dos Trinta Anos (1.618 -1.648), conflito religioso entre católicos e protestantes que teve como bloco vitorioso este último (protestantes), fortalecido pela França. Foi a reforma protestante a motivadora da insurgência que mais tarde acabaria na Guerra dos Trinta Anos, quando desmontou a unidade católica na Europa Medieval, fomentando o início do conflito.”

⁴ Sunk costs, em seara econômica, são investimentos sem retorno significativo ou lucrativo para aquele que os custeou.

para o desenvolvimento econômico deste país, eram geridos e mantidos quase que exclusivamente pelo próprio Estado brasileiro (FERNANDEZ et al, 2014, p. 206).

Contemporaneamente, convergindo com a nova *Lex Mater* e os princípios da supremacia constitucional, bem como com a teoria dos direitos fundamentais⁵ e a crise de financiamento dos Estados na década de 1980, em pilares básicos de estruturas governamentais, paralelamente com o crescimento acelerado de entidades privadas ávidas pelo lucro do grande capital, bem como cunhado e disseminado que a máquina do Estado desfalece ante eficiência dos particulares, restava claro que a única saída mercadológica era lançar mão da iniciativa privada para executar serviços públicos (ARAGÃO, 2005, p.105).

Contudo, mesmo após as desestatizações da década de 1990, o Estado brasileiro permanecia arruinado pela crise fiscal e pelo endividamento externo, sujeitando-se a juros nefastos, frustrando-se, destarte, a cidadania nacional, bem como encerrando as verbas para a prestação dos serviços próprios⁶ do Estado, restando séria dúvida, assim, sobre a inteligência ou não das privatizações (ARAGÃO, 2005, p.106).

Recentemente, em âmbito nacional, a Lei n. 8.987 de 1.995 (Lei das Concessões e Permissões) disciplina a delegação da prestação de serviços públicos ao agente privado, mediante licitação, na modalidade concorrência, desde que este agente privado demonstre capacidade de desempenho, por sua conta e risco, a tal serviço público tomado por vencido (no caso da licitação) ao Concessionário ou Permissionário, atendendo, sempre, ao disposto no artigo 175 da Constituição da República Brasileira (artigo 2º da Lei n. 8.987/95). Com esta inovação normativa de concessões e permissões, o Poder Legiferante, embasado no cunho político que a engendrou, preocupou-se precipuamente com a dilatação do acervo de direitos e garantias dos concessionários e permissionários, em prejuízo das cláusulas exorbitantes⁷ da seara administrativa (COSTA, 1995, p.97).

Já acerca do nascimento internacional das Parcerias Público-Privadas e a implementação normativa na pátria brasileira (Lei n. 11.079 de 2.004), importa conhecer a parceria público-privada sob

⁵ A teoria geral dos direitos fundamentais, gênese da *teoria dos direitos fundamentais*, consoante BULOS (2014, p.525), é “o conjunto de noções, ideias, classificações e distinções relativas à disciplina constitucional das *liberdades públicas*. Seu fundamento reside na proteção da dignidade da pessoa humana, sendo a constituição a sua fonte de validade.”

⁶ Segundo MEIRELLES (2010, p.222), serviços próprios “são aqueles que se relacionam intimamente com as atribuições do Poder Público (segurança, polícia, higiene e saúde pública etc.) e para a execução dos quais a Administração usa da sua supremacia sobre os administrados.”

⁷ DI PIETRO (2013, p.277) explica que. “São cláusulas exorbitantes aquelas que não seriam comuns ou que seriam ilícitas em contrato celebrado entre particulares, por conferirem prerrogativas a uma das partes (a Administração) em relação à outra; elas colocam a Administração em posição de supremacia sobre o contratado”.

o ângulo histórico. Trata-se de instituto duvidoso, criado na Inglaterra, sob o comando da então primeira ministra britânica Margareth Thatcher, jubilosamente acolhido pelo Banco Mundial e pelo Fundo Monetário Nacional, como sugestão aos países subdesenvolvidos, e auspiciosamente abraçado pela base do governo, traduzindo-se hodiernamente numa novel fonte lucrativa dos banqueiros, além concretizar a *crème de la crème* do neoliberalismo, e o escrúpulo pomenorizado para com o grande capital e empresas financeiras (MELLO, 2010, p. 773).

Nessa senda realista do cenário brasileiro e a legislação da Parceria Público-Privada, o prognóstico é que os particulares propõem ofertas pírias para a Administração Pública, não detendo esta (Administração Pública) qualquer controle de qualidade técnica sobre custos e despesas, perfazendo-se, deste modo, numa contratação de valor diminuto, não se olvidando, evidentemente, da corrupção dos agentes fiscalizadores e do ultraje para com o erário (*res publica*) e o interesses público² (JUSTEN FILHO, 2015, p.893). Por sua vez, aquele contrato perceptivelmente verificável pela Administração Pública quanto ao controle de qualidade dos custos e despesas, ressalvada os infamantes subornos e intempéries de pujança política e grupos econômicos, a previsão é um contrato de significativo avanço em comparação com o arranjo experimental das privatizações antes realizadas (FERNANDEZ et al, 2014).

Especificamente quanto ao transporte público coletivo e as inovações legislativas pertinentes, a Emenda Constitucional n. 90 de 2.015 elevou o transporte a direito social com sua inclusão no artigo 6º da Carta Magna brasileira, bem como editou a Lei de Mobilidade Urbana (Lei n. 12.587 de 2009), arrolando princípios basilares⁸ dum transporte condizente com a realidade e da dignidade da pessoa humana⁹; já a Lei n. 12.996 de 2004 alterou a Lei n. 10.233 de 2.001 (Lei que disciplina sobre a ordenação dos transportes aquaviário e terrestre, nos termos do artigo 178 da Constituição Federal) quanto ao instrumento da autorização¹⁰ (não mais permissão) para a outorga de transporte coletivo regular

⁸Os princípios da Mobilidade estão arrolados no artigo 5º da Lei de Mobilidade Urbana (Lei n. 12.587 de 2.009)

⁹ A Dignidade da Pessoa Humana, como vetor fundamental da Carta Magna é, conforme BULOS, (2014, p. 512): “*amplo e pujante, envolvendo valores espirituais (liberdade de ser, pensar e criar etc.) e materiais (renda mínima, saúde, alimentação, lazer, moradia, educação etc.). Seu acatamento representa a vitória contra a intolerância, o preconceito, a exclusão social, a ignorância e a opressão.*”

¹⁰ Sobre a autorização sem licitação, BINENBOJM (2017) defende ser constitucional em nosso ordenamento jurídico pátrio, tendo em vista, resumidamente, que o artigo 21, XII da Constituição Federal prevê este instituto (autorização); a existência dum monopólio prejudica a concorrência, a modicidade das tarifas, o avanço tecnológico e a eficiência deste serviço público; a jurisprudência do STF já reconheceu o tratamento assimétrico regulatório das telecomunicações; e a própria *Lex Mater* não proíbe esta forma de delegação, pelo contrário, o permite. Ressalta, por fim, que o artigo 3º da Lei n. 12.996 de 2.014 foi submetido ao Supremo Tribunal Federal, por meio da ADI n. 5549, na sabatina, justamente, da constitucionalidade do modelo inaugurado (modelo de autorização), à luz do disposto nos artigos 37, caput e inciso XXI, e 175 da Constituição Federal.

interestadual e internacional, independentemente de licitação, conquanto expressou que o instituto da concessão de transporte público está vinculada à exploração de infraestrutura e, por sua vez, a permissão associa-se à prestação regular de serviços de transporte terrestre coletivo interestadual semiurbano, desvinculadas da exploração de infraestrutura. *Tout court*, em caso de conjugação do transporte público e exploração de infraestrutura (v.g. a exploração dum terminal rodoviário e o transporte público oferecido no terminal rodoviário por meio da mesma Concessionária), o instituto legal é a concessão; não havendo exploração de infraestrutura, dependerá se o transporte coletivo é interestadual ou urbano, neste caso, trata-se de permissão, ou transporte coletivo interestadual e internacional, neste caso, autorização.

Hodiernamente, conforme a própria Carta Magna (artigo 6º) e as legislações infraconstitucionais (Lei da Mobilidade Urbana, Estatuto do Idoso etc.), o transporte público urbano coletivo é reconhecido como um direito social, sendo assim, confere aos indivíduos que usufruem de tal serviço (usuários do transporte público) o bem-estar de que necessitam ao cabo de seus interesses (v.g. laborais, estudantis, voluptuários).

Todavia, conquanto haja Lei (*de iure*) em vigor protetiva dos utentes, não são raras as vezes, na prática (*de facto*) em grandes urbes da pátria brasileira, o ultraje aos direitos subjetivos¹¹ dos usuários - dum transporte digno da pessoa humana-- impresso pelo trânsito babélico comumente noticiado¹² por todos nós. Não se olvidando ainda, nessa linha de raciocínio, que o utente é vislumbrado como mercadoria dos permissionários que executam tal serviço público por estes almejam o lucro como um fim em si mesmo, pois lançam-se mão do *marketing* para cooptar os consumidores (usuários) no sentido de que seu transporte é digno e eficaz; ao revés do que realmente são, v.g., ausência de assentos para todos, fazendo-se incutir aos usuários, assim, que seu transporte nada tem a melhorar e inovar. Outrossim, usam astutamente da imprescindibilidade temporal e estática dos utentes durante o percurso perquirido como instrumento para outros ramos mercadológicos nos próprios espaços físicos do transporte, v.g., publicidade em ônibus (CAIAFA, 2006).

¹¹Acerca dos *direitos subjetivos do usuário*, ensina MEIRELLES (2010, p. 357): “Os direitos dos usuários são, hoje, reconhecidos em qualquer serviço público ou de utilidade pública como fundamento para a exigibilidade de sua prestação nas condições regulamentares e em igualdade com os demais utentes. São direitos cívicos, de conteúdo positivo, consistentes no poder de exigir da Administração ou de seu delegado o serviço que um ou outro se obrigou a prestar individualmente aos usuários (Magalhães Colaço, *Concessões de Serviços Públicos*, Lisboa EDITORA 1.928, p. 66 e ss.)”.

¹²No noticiário do link <http://exame.abril.com.br/mundo/estas-sao-as-cidades-mais-congestionadas-do-planeta/>, a cidade do Rio de Janeiro em 2015, segundo o ranking da empresa Tom Tom (navegadores do GPS), foi considerada a 4ª pior cidade do mundo em mobilidade urbana (congestionamento).

Prosseguindo-se quanto à ocorrência do trânsito babélico e o tratamento mercadológico para com os utentes, dois são os motivos para que isso ocorra, ferindo-se de morte os direitos sociais efetivamente garantidos pela Carta Magna, *prima facie* o desmantelamento dos recursos públicos, em verdade, a má gestão desse erário, devido à ausência de participação democrática dos cidadãos no âmbito político-decisório pelo escrutínio exclusivo dos políticos em suas deliberações (artigo 1º, parágrafo único da Constituição Federal), *v.g.* no transporte público coletivo, concessões e permissões sem rigor técnico, supedâneo financeiro para com a Administração Pública e não publicidade efetiva (no próprio veículo de transporte os preços de subsídios pagos ao permissionários); e segundo, a perpetuação do sustentáculo individualista e escopos do grande capital indissociável nas ações governamentais, *v.g.*, grandes empresas monopolizam o transporte coletivo por meio de consórcio ou cartéis de preços (POLI e HAZAN, 2014).

Nesse topos, de acordo com cada caso concreto, é possível, consoante construção doutrinária e jurisprudencial, que o indivíduo ou a coletividade invoquem o Poder Judiciário para solver equívoco (ou ausência) no itinerário de linhas de transporte coletivo, exercendo o poder judicante, nesse sentido, uma função atípica¹³, assim, recorre-se a uma instância independente e imparcial, com fulcro na máxima do princípio da inafastabilidade do controle judicial¹⁴ e a Lei de Mobilidade Urbana para o deslinde duma política pública essencial¹⁵ de transporte público coletivo.

3. COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL DO TRANSPORTE COLETIVO URBANO E A FISCALIZAÇÃO FINANCEIRA DO ÓRGÃO COMPETENTE

¹³ Função atípica é aquela que não é a principal do Poder Político. Em outras palavras, a função precípua (função típica) do Poder Judicante é julgar, embora deva também exercer funções atípicas (não julgar) fitando sua independência, como administrar e legislar. Explica BULOS (2014, p. 1.279): “*Como o regime constitucional das liberdades públicas exige independência e imparcialidade no julgamento, o Poder Judiciário, além de dirimir conflitos de interesses – atribuição que lhe é afeta por excelência -, também legisla e administra.*”

¹⁴ Princípio da inafastabilidade do controle judicial é previsto no artigo 5º, XXXV da *Lex Mater*, *in verbis* “*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*”. Para BULOS, (2014, p. 629) o sentido de *lei* “*deve ser compreendida no sentido material e formal, precisamente para englobar todas as pautas jurídicas de comportamento que, porventura, pretendam obstaculizar o acesso à Justiça, e não, apenas, aquelas produzidas pelo Poder Legislativo. Assim, emendas constitucionais, decretos legislativos, resoluções, leis complementares, ordinárias e delegadas não podem ser objeto de propostas tendentes a impedir, direta ou indiretamente, a apreciação do Poder Judiciário de lesão ou ameaça a direito.*”

¹⁵ O caráter essencial é dado pelo artigo 30, inciso V da Constituição Federal, em seus termos: “Organizar e prestar, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que **tem caráter essencial**”.

Com a leitura sistemática¹⁶ da Constituição Federal, compreende-se que cabe à União legislar sobre os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros (artigo 21, XII, “e”); enquanto que cabe aos Municípios, pelo princípio da predominância do interesse local¹⁷ de prestar diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial (artigo 30, I e II, da Carta Magna).

Por seu turno, aplicando a hermenêutica teleológica e axiológica das normas constitucionais,¹⁸ não se deve preterir a competência dos Estados, que detêm competência remanescente¹⁹ na Constituição, podendo, assim, editar normas pertinentes ao transporte coletivo urbano, desde que não afrontem com as da União e dos Municípios (artigo 25 da Constituição Federal). É o caso da Constituição Estadual do Rio de Janeiro, prevendo nos artigos 242 e 243, respectivamente, que compete a tal Estado prestar diretamente, ou sob o regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse estadual, metropolitano ou microrregional, incluindo o transporte coletivo; propugnando, ainda, que cabe ao Estado legislar sobre transporte intermunicipal (WILLEMAN, 2.010, p.147).

Nesse pórtico, os três entes políticos, desde que respeitem sua competência constitucional, podem legislar sobre o transporte coletivo urbano.

Restringindo-se ao âmbito urbano cidadão, cabe ao Chefe do Poder Executivo Municipal, isto é, ao Prefeito, ser o protagonista de promover as diligências necessárias para a implementar o direito fundamental ao transporte, sendo, pois, a entidade política responsável, haja vista o princípio da predominância do interesse local (GOMES e SANTOS, 2017, p.961).

Quanto à fiscalização financeira da permissão de transporte público na seara municipal, prescreve a Carta Magna, nos termos do artigo 31:

A fiscalização do Município será exercida pelo poder Legislativo Municipal, mediante controle externo, e pelos sistemas de controle interno do Poder Executivo, na forma da lei.

¹⁶ Interpretação sistemática para o insigne FERRAZ JÚNIOR (2013, p. 256-257), corresponde “à organização hierárquica das fontes, emergem recomendações sobre a subordinação e a conexão das normas do ordenamento num todo que culmina (e principia) pela primeira norma-origem do sistema, a Constituição”.

¹⁷ O princípio da predominância do interesse local, segundo o mestre BULOS (2014, p. 976), “objetiva nortear a repartição de competências das entidades políticas, tomando como base a natureza do interesse afeto a cada um deles (...) aos Municípios competem assuntos de interesse local (CF, art. 30, I)”.

¹⁸ O método teleológico e axiológico é, conforme FERRAZ JÚNIOR, (2013, p.266-267), “para o hermenêuta, sempre um objetivo que serve para controlar até consequências da previsão legal (a lei sempre visa aos fins sociais do direito e às exigências do bem comum, ainda que, de fato, possa parecer que eles não estejam sendo atendidos).”

¹⁹ Competência remanescente ou residual é explícita no artigo 25, §1º da *Lex Mater*. Já especialmente quanto ao transporte coletivo e a competência residual, ensina BULOS, (2014). p. 989) “só os Estados podem legislar sobre normas de trânsito e transporte intermunicipal, algo que a União e os Municípios não foram autorizados pela Carta Magna a fazê-lo, sob pena de invadirem a esfera de competência estadual.”

§1º. O controle externo da Câmara Municipal será exercido com o auxílio dos Tribunais de Contas dos Estados ou do Município ou dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios, onde houver.

§2º. O parecer prévio, emitido pelo órgão competente sobre as contas que o Prefeito deve anualmente prestar, só deixará de prevalecer por decisão de dois terços dos membros da Câmara.

§3º. As contas dos Municípios ficarão, durante 60 (sessenta dias), anualmente, à disposição de qualquer contribuinte, para exame e apreciação, o qual poderá questionar-lhes a legitimidade nos termos da lei.

§4º. É vedada a criação de Tribunais, Conselhos ou órgãos de Contas Municipais.

Com o dispositivo, depreende-se que o parecer técnico emitido pelo órgão competente não vinculará o prefeito, caso a Câmara, por dois terços, assim afirmar em sentido contrário ao parecer.

Na seara federal, a fiscalização financeira, dispõe a *Lex Mater* em seus artigos 70 e 71, cabe ao Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder, a fiscalização contábil das subvenções e renúncias de receitas, sendo que o controle externo será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União (a Lei n. 8.443 de 1.992 regula a natureza, competência e jurisdição do Tribunal de Contas da União).²⁰

Em bojo Estadual, preconiza a Carta Magna em seu artigo 75, arrimado no princípio da simetria constitucional²¹, que as normas estabelecidas para a fiscalização em seara federal “aplicam-se, no que couber, à organização, composição e fiscalização dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal, bem como dos Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios”. Assim, escoimando qualquer aparente contrariedade do artigo 31, §4º e as disposições concernentes ao Tribunais e Conselhos de Contas dos Municípios, tem-se que é vedado nova criação de Tribunais de Contas dos Municípios, porém mantidos os Tribunais que já existiam antes da Constituição de 1.988, v.g. o município de São Paulo com seu respectivo Tribunal de Contas.

Por tudo isso, ante a competência do transporte coletivo urbano e a fiscalização dos Municípios e Tribunais de Contas respectivamente (estes, salvo exceções, são vedados municipalmente)²² extraem-

²⁰ Discorrendo sobre a fiscalização interna e externa (AGRA, 2014, p. 544): “A fiscalização externa é exercida pelo Poder Legislativo auxiliado pelo Tribunal de Contas. Externo porque é realizado pelo Legislativo em órgãos do Executivo ou do Judiciário e não por órgãos da estrutura interna desses poderes. O objetivo principal do controle externo é a fiscalização financeira dos recursos estatais”.

²¹ O princípio da simetria constitucional, consoante BULOS (2014, p. 925): “Dessume-se de vários princípios explícitos, tais como a legalidade, a isonomia, o devido processo legal e, também, de inúmeros ditames implícitos, a exemplo da supremacia constitucional, da presunção de constitucionalidade dos atos normativos, da boa-fé, da razoabilidade (proporcionalidade ou proibição de excesso) etc.”

²² Como exemplos de Tribunais de Contas Municipais existentes pré-constituição 1988, podemos citar os Tribunais de Contas da cidade de São Paulo e do Rio de Janeiro.

se as seguintes assertivas: a) o transporte público coletivo urbano a cargo dos Municípios (inclui Distrito Federal), em razão do princípio da predominância de interesse (artigo 3º, inciso V da Constituição Federal), é o mais notório e volumoso no país, em detrimento da União e Estados e b) na fiscalização da seara municipal, o chefe do executivo (prefeito) dispõe dum instrumento importante da não vinculação do parecer prévio do órgão competente sobre suas contas, se assim quiser a Câmara por dois terços (artigo 31, §4º da *Lex Mater* 1988).

4. CONSIDERAÇÕES SOBRE CONCESSÃO, PERMISSÃO, AUTORIZAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO E PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA, DESTACANDO-SE O DISCRÍMEN FUNDANTE ENTRE CONCESSÃO E PERMISSÃO

Embora o constituinte de 1.988 tenha destacado evidentemente dois regimes jurídicos administrativos distintos, isto é, concessão e permissão para regência das interações entre a Administração Pública e os particulares, o déficit de normas claras para o estabelecimento de suas fronteiras fez com que a Lei n. 8.987 de 1995, na prática, praticamente igualasse os institutos da concessão e permissão (COSTA, 1.995, p.100).

Posto isso, a Lei de concessões e permissões, em linhas gerais, reputa que tanto a concessão quanto a permissão far-se-ão sempre por licitação, bem como que o particular delegado deve agir por sua conta e risco, inclusive sob responsabilidade objetiva²³, todavia, a nota distintiva técnica (legal) e doutrinária, é que a concessão é o contrato entre a Administração Pública e necessariamente uma pessoa jurídica, custeada exclusivamente por tarifa²⁴, bilateral e com prazo determinado, por isso,

²³ FIGUEIREDO NERY (2015, p. 469), explica a *responsabilidade objetiva*, adotada pela Constituição de 1.988: “Pela teoria do risco administrativo, teoria esta adotada pelo ordenamento jurídico brasileiro e fundada pelo artigo 37, §6º da Constituição Federal em vigor, surge à obrigação econômica de o Estado reparar o dano sofrido injustamente pelo particular, independe da prova de falta de serviço ou mesmo de culpa do agente público. Para a Administração Pública se eximir ou atenuar a obrigação de indenizar, é necessário comprovar alguma das excludentes de causalidade, ou seja: que houve culpa exclusiva da vítima, evento fortuito ou que simplesmente inexistente o nexo de causalidade.”

²⁴Taxa e tarifa não se confundem, como preconiza CASALINO (2012, p.408): “Ocorre que as taxas são espécie de tributo. As tarifas são espécies de preço público. O regime jurídico que disciplina cada uma das figuras, quer dizer, o conjunto de princípios e regras que os definem enquanto institutos jurídicos, são essencialmente diferentes (...) O tributo, como se percebe, decorre de lei e rege-se por regime jurídico de direito público. É manifestação de soberania estatal, vale dizer, da supremacia do interesse público sobre o privado. Preços públicos, por sua vez, são

indenizável; enquanto que a permissão é contrato administrativo entre a Administração Pública e pessoa natural ou jurídica, a título precário, discricionário, unilateral, aderente e revogável a qualquer tempo, sendo a indenização, nesse sentido, inadequada, contudo, se a permissão é contratualizada instrumentalmente por garantias para com a Administração Pública, a indenização é devida (FERREIRA, 1.999). Nesse ínterim, ora a permissão de serviço público aparece como ato unilateral; ora como efetivamente um contrato (DI PIETRO, 2.013, p. 237).

Progressivamente na praxe administrativa, a permissão de serviços públicos vem adotando aspectos inerentes ao regime das concessões, como fixação de prazo ou a sua aplicação em atividades necessárias de grande cifra financeira por parte dos interessados em assumi-las (COSTA, 1995, p.100).

Nessa esteira, certamente o *discrímen* fundante entre permissão e concessão mais vultoso cliva-se em base principiológica da reversibilidade dos bens ao final da concessão²⁵, ou seja, ao final de toda concessão, em razão da essencialidade da cláusula de reversibilidade dos bens (artigo 23, inciso X da Lei de Concessões), para que se possa consagrar a continuidade do serviço público²⁶ e a fruição dos usuários, mister que os insumos prestacionais de tal serviço público estejam na posse de quem tem o dever de manter a prestação do serviço mesmo após o término da concessão, neste caso, o Poder Concedente (Poder Público), ainda que o contrato de concessão não o preveja (presume-se a reversão) e não se amortize o valor do investimento pois, neste último caso, haverá indenização do Poder Concedente (Poder Público) para a concessionária (conjugação dos artigos 2º, 18, inciso XI, e 23, inciso X, da Lei de Concessões).

Entretanto, em sentido diametralmente oposto é o contrato de adesão do permissionário, que se desnuda da máxima da reversibilidade dos bens ao Poder Concedente (Poder Público) ao final do contrato de permissão, ainda que prejudique o princípio da continuidade do serviço público, salvo se o

prestações pecuniárias diferentes dos tributos. São disciplinadas por regime jurídico de direito privado, pactuadas conforme a liberdade das partes, e ensejam prestações recíprocas marcadas pela equivalência.”

²⁵A reversibilidade dos bens, em transcrição do artigo 35, §2º da Lei n. 8.987/95 é: “Extinta a concessão, haverá a imediata assunção do serviço pelo poder concedente, procedendo-se aos levantamentos, avaliação e liquidações necessários”. Nas palavras de Mello (2.010, p. 752): “Portanto, através da chamada reversão, os bens do concessionário, *necessários ao exercício do serviço público*, integram-se ao patrimônio do concedente ao se findar a concessão.”

²⁶No tocante ao axioma da *continuidade do serviço público*, previsto no artigo 37, XXI, da Constituição, DI PIETRO (2013, p. 112) ensina que: “O princípio da continuidade do serviço público, em decorrência do qual o serviço público não pode parar, tem aplicação especialmente com relação aos **contratos administrativos** e ao **exercício da função pública**. No que concerne aos contratos, o princípio traz como consequências: 1. a imposição de prazos rigorosos ao contraente; 2. a aplicação da teoria da imprevisão, para recompor o equilíbrio econômico-financeiro do contrato e permitir a continuidade do serviço. 3. a inaplicabilidade da *exceptio non adimpleti contractus* contra a Administração (hoje abrandada, conforme demonstrado (...)) 4. o reconhecimento de privilégios para a Administração, como o de encampação, o de uso compulsório dos recursos humanos e materiais da empresa contratada, quando necessário para dar continuidade à execução do serviço público.”

próprio ato convocatório²⁷ (edital) prever o contrário (inteligência dos artigos 2º, 18, inciso X, e 40 da Lei de Concessões).

No que tange à autorização de serviço público, em que pesem controvérsias doutrinárias, é tradicionalmente entendido como um ato administrativo, no exercício duma competência discricionária, caracterizada pela precariedade e revogabilidade a qualquer tempo, todavia, poder-se-á delegar autorização com prazo certo, condicionada ou não a determinados requisitos, inadmitindo neste último caso (prazo certo), pois, a revogação dessa autorização por simples conveniência administrativa, tanto é que em muitos casos a outorga da autorização pressupõe a realização de licitação e se faz mediante prazo certo (JUSTEN FILHO, 2015, p. 407 e ss.). Com as condicionantes inseridas na autorização, este instituto (autorização) deixa de ser simples -unilateral, discricionário e precário- transmutando-se em autorização condicionada, isto é, com prazo certo e garantias ao Autorizatório (MEIRELLES, 2010, p.192).

Vertendo-se para o transporte público coletivo internacional e interestadual e o instituto da autorização, conjugando os artigos 13, inciso V, e 43, inciso I, da Lei n. 10.333 de 2.001 (com as inclusas modificações da Lei n. 12.996 de 2014), afirma-se até que se julgue a ADI n. 5549 sobre a constitucionalidade da inclusão legiferante, que a autorização de serviço público realizar-se-á independentemente de licitação. Destarte, conquanto à primeira vista a permissão e a autorização se confundam, a autorização independe de licitação (artigo 175 da Carta Magna).

Quanto à Parceria Público-Privada, inicialmente cabe ressaltar que nada mais é do que espécie do gênero das Concessões (artigo 2º da Lei das Parcerias Público-Privadas), cingindo-se em duas espécies ou modalidades, sendo então parceria público-privada patrocinada e parceria público-privada administrativa. Dito isto, as parcerias público-privadas patrocinadas são chamadas também de subsidiadas, subvencionadas, e até mesmo de receita mínima assegurada, traduzindo-se numa contribuição tarifária e ao mesmo tempo a asseguarção do subsídio estatal para que o serviço público seja prestado aos administrados (ARAGÃO, 2005, p. 110).

Noutro turno, a parceria público-privada administrativa é de interesse e fruição direta ou indireta pela própria Administração Pública, não sendo possível, portanto, falar em tarifa dos usuários (num exemplo radical, presidiários jamais arcariam com as tarifas do presídio administrado por PPP em que estejam reclusos).

²⁷Edital ou ato convocatório da licitação, nas lições de JUSTEN FILHO, (2015, p.496), é *“um ato administrativo unilateral, que disciplina o procedimento licitatório, inclusive com fixação das condições de participação e dos critérios de julgamento. Possui forma escrita e define o objeto da licitação e as cláusulas do futuro contrato.”*

Nesse sentido, as modalidades da Parceria Público-Privada diferenciam-se pelo custeio, pelo usuário e também pelo Poder Público (patrocinada), ou somente pelo Poder Público (administrativa); e pela atividade-fim, sendo a fruição interessada aos administrados (patrocinada), ou ao interesse da própria Administração Pública (administrativa).

Nessa toada, além das espécies da Parceria Público-Privada, a vigente Lei n. 11.079/04 preconiza institutos inéditos na seara dos contratos administrativos, com mandamentos normativos imprescindíveis do contrato, ou seja, prazo mínimo de 5 anos e máximo de 35 anos, incluindo prorrogações; o investimento mínimo no importe de R\$ 20 milhões, a criação duma sociedade de propósito específico, imbuída de implantar e gerir o objeto da parceria, ficando vedado, ainda, a Administração Pública ser titular da maioria do capital votante das sociedades, restringindo, assim, as parcerias público-privadas apenas as grandes empreitadas financeiras.

Por derradeiro nessa inovação legislativa, exurgem no âmbito administrativo, outrossim, as garantias elencadas no artigo 9º da referida Lei, tais como a vinculação de receitas; contratação de seguro-garantia; garantia prestada por organismos internacionais, ainda que não sejam controladas pelo Poder Judiciário; por fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade; ou outros mecanismos admitidos em Lei. O ineditismo não cessa por aqui, ensejando também o engendramento do instituto da arbitragem²⁸, para eventual controvérsia duma lide contratual administrativa.

5. ANÁLISE DOS CONTRATOS DE PERMISSÃO DE TRANSPORTE PÚBLICO NA ÓTICA ATUAL E SUA MUTAÇÃO EM NATUREZA JURÍDICA AO REVÉS DO QUE DEVERIA SER, ISTO É, PRAZOS E GARANTIAS ALARGADÍSSIMAS.

Os contratos administrativos examinados neste artigo, encontrados a partir da rede mundial de computadores, referem-se às metrópoles do Município de São Paulo²⁹ e do Rio de Janeiro,³⁰ e também

²⁸ O instituto da arbitragem, perfunctoriamente, segundo DIDIER JÚNIOR (2.015, p. 169), “*É técnica de solução de conflitos mediante a qual os conflitantes buscam uma terceira pessoa, de sua confiança, a solução amigável e “imparcial” (porque não feita pelas partes diretamente) do litígio. É, portanto, heterocomposição.*”

²⁹ Contrato de concessão de ônibus nº 007, no dia 15/01/2015 entre a Secretaria Municipal de Transportes de São Paulo e a empresa Alfa Rodobus, Sociedade Anônima, Administração e Participação. Disponível em: http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/transportes/area_a_informacao/contratos/permissoes/area-8-1-Contrato007-15.pdf. Acesso em 08 de fevereiro de 2018.

³⁰ Contrato nº 03 de concessão de ônibus, no dia 17/09/2010, entre o Município do Rio de Janeiro e o consórcio Transcarioca de Transportes. Disponível em: <http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/7268770/4199101/ContratoTranscariocaeAnexos.pdf>. Acesso em 08 de fevereiro de 2018

ao do Município de Campinas,³¹ e provam que as permissões de transporte público se identificam sobremaneira com a parceria público-privada.

Em análise minudente, utilizamos de quatro vetores, a saber, prazo, valor do objeto, *modus operandi* da subvenção e garantia.

Destarte, no contrato entre o município do Rio de Janeiro e a Contratada, verificamos o prazo de 20 anos (cláusula 3ª); valor do contrato em quatro bilhões, quatrocentos e sessenta e oito milhões, setecentos e sessenta e nove mil, setecentos e sessenta reais e dez centavos (cláusula 18); subvenção na data da subscrição zero (cláusula 6ª), todavia, prevendo a contrapartida se necessário for para o equilíbrio econômico-financeiro; e a garantia de 2% como previu o edital, importando em dez milhões, duzentos e um mil, oitocentos e sete reais e setenta e seis centavos (cláusula 7ª).

Já no contrato do Município de Campinas e a Contratada, constata-se prazo de 15 anos (cláusula 16); o objeto do contrato é no valor de um bilhão, vinte e seis milhões, e oitocentos e oitenta e três mil, setecentos e quarenta e oito reais e oito centavos (cláusula 15) o; a garantia é de 1% do objeto contratado, conforme o artigo 56, §1º da Lei de Licitações, no importe de dois milhões, quinhentos e sessenta e sete mil reais, e duzentos e nove reais e trinta e sete centavos (cláusula 9ª); e a subvenção do Poder Público não é prevista no momento da subscrição, embora se possa realizá-la por decreto (cláusula 8.3)

Por sua vez, o contrato do Município de São Paulo com a Contratada perfez-se sob a égide de contrato emergencial, prescindindo-se de licitação (artigo 24, IV da Lei 8.666/93). Mesmo assim, conquanto o prazo de 180 dias (cláusula 14), o valor é de trinta milhões, setecentos e cinquenta e quatro mil, trezentos e trinta e dois reais; a garantia é de trezentos e sete mil reais e quinhentos e quarenta e três reais (cláusula 9ª), consoante a lei de licitações, que prescreve 1% de garantia para o objeto contratado; e a subvenção é subsumida através do conceito de Fator de Integração, que nada mais do que o subsídio estatal (cláusula 8).

Quanto à subvenção, a prática administrativa elucida que os governantes não agem de plano, às claras, pelo contrário, fazem-se valer de meios tangenciais e obnubilados para manter o equilíbrio econômico-financeiro por meio do aumento do subsídio quando previsto, ou criá-lo, se assim necessário. Gentile (2018) prova que em 2018 o Município de São Paulo gastou mais com investimentos de aporte ao subsídio (precisamente R\$2,9 bilhões) do que com “os chamados investimentos, verba

³¹Contrato entre a Secretaria Municipal de Campinas e a empresa URBCAMP de ônibus, no dia 25/01/2006. Disponível em: http://campinas.sp.gov.br/uploads/pdf/contrato%2017_2006.pdf. Acesso em 08 de fevereiro de 2018;

destinada ao pagamento de obras para a compra de equipamentos, consumiram apenas R\$ 1, 9 bilhão, um dos valores mais baixos da história”.

Assim, consubstanciam-se estes contratos administrativos, numa permissão condicionada, com prazos longos, bem como valores altíssimos (v.g. no Rio de Janeiro, o valor objeto é mais de quatro bilhões de reais!). Nessa guisa, não se configura mais como permissão a título precário e discricionário, e sim em uma real e depravada mutação do instituto. Nesse sentido, pode-se atestar que a permissão transvia de seu objetivo de simplicidade (por ser pessoa jurídica ou física); prazos exíguos; e reversibilidade, sendo ao revés disso, ou seja, prazo extensos, garantias licitatórias, valores imensuráveis e subsídio público da passagem, se assim for necessário.

Em outros noticiários relativos às subvenções dos transportes públicos urbanos pelas Prefeituras, atravessando de norte a sul a pátria brasileira, nomeadamente os municípios de Manaus;³² Cuiabá,³³ Recife³⁴ e Porto Alegre,³⁵ contratos firmados por esses municípios atestam, de modo inequívoco, o efetivo e amiúde contratos administrativos de permissões alastradas pela nação .

Perfilhado que os contratos administrativos de permissão condicionada de transporte público urbano são amplamente utilizados pelo nosso país, conquanto o *nomen iuris* de alguns contratos tratem este instituto (permissão condicionada de transporte público) como concessão, prevalece, pois, o princípio da instrumentalidade das formas³⁶ (incorporado do direito civil) combinado com a interpretação dos contratos administrativos,³⁷ a almejar o sublime interesse público,³⁸ em razão da incidência da máxima da reversibilidade dos bens cabíveis apenas em concessões. Em outras palavras, na permissão condicionada, que tratam os contratos administrativos e os noticiários aludidos, os bens

³²<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2017-01/passagem-de-onibus-fica-mais-cara-em-manaus-e-governo-do-am-suspende-subsidios>. Acesso em 26 de setembro de 2017.

³³<http://www.atribuna.com.br/noticias/noticias-detalle/cidades/greve-nas-linhas-de-onibus-urbanos-continua-em-cubatao/?cHash=4023fe5d2122d71903cf8b788eae00bf>. Acesso em 26 de setembro de 2017.

³⁴http://www.nenoticias.com.br/94073_aumento-do-onibus-no-nordeste-fica-entre-rs-310-e-rs-330.html.

³⁵<http://www.mobilize.org.br/noticias/9319/prefeitura-tenta-suspender-subsidio-a-empresas-de-onibus-de-porto-alegre.html>. Acesso em 26 de setembro de 2017.

³⁶ O princípio da *instrumentalidade das formas* é extraído do Código de Processo Civil nos dispositivos 188, 242 e 282, sendo, consoante MEDINA (2012, p. 192) “*mais importante que a forma do ato processual, em si mesma considerada, é o alcance de seu escopo. Significa dizer, neste caso, que interessa não apenas o intento do ato processual, em si mesmo considerado, mas a finalidade do processo como um todo.*”

³⁷ Para a exegese do contrato administrativo, MEIRELLES (2010, p.222) leciona que “*não se nega a aplicação das regras de hermenêutica comum à interpretação dos contratos administrativos, mas nessa operação não se pode olvidar que o objeto da contratação é, sempre e sempre, o atendimento do interesse público.*”

³⁸ O interesse público, no entendimento de NOHARA (2016, p. 60) divide-se em interesse público primário, sendo aqueles em que a Administração “*dever perseguir no desempenho genuíno da função administrativa, uma vez que abarcam os interesses da coletividade como um todo (o bem-estar ou comum)*”; e interesse público secundário, sendo de “*interesses imediatos do aparato administrativo, independentemente dos interesses da coletividade, geralmente são interesses fazendários, relacionados com o incremento do erário.*”

do transporte coletivo urbano permanecerão na titularidade do delegatário (pessoa jurídica ou física) após findar a permissão; não se revertendo sua dominialidade ao Poder Público. O que configura, sem hesitar, uma benesse inestimável aos Permissionários na avença do contrato de adesão.

Noutro aspecto significativo perscrutado nos contratos citados, é a previsão, ainda que implícita de a contratada (o particular) cumprir a Lei e atos normativos vigentes no ordenamento jurídico pátrio, deste modo, por vias oblíquas, a União Federal, por intervenção social heterônoma³⁹ de suas leis atinentes a serviços públicos municipais de transporte público de passageiros, intercede nos contratos administrativos de permissão condicionada de transporte público, mesmo não sendo diretamente o Ente Público Político (Estado, Município ou Distrito Federal) daquela relação administrativa, compelindo benefícios sociais (gratuidades) aos utentes dos entes políticos das esferas estaduais e municipais da relação contratual direta com a permissionário. Esta lei federal, por sua vez, que concede tais benefícios sociais, fazendo com que se cumpra a norma prestacional, é constitucionalmente aceita, respeitando-se, indubitavelmente, a competência constitucional para regular direito fundamental e o equilíbrio financeiro do contrato de permissão (WILLEMANN, 2010, p. 159).

6. IDENTIDADE ENTRE A PARCERIA PÚBLICO-PRIVADA, NA ESPÉCIE PATROCINADA, E A PERMISSÃO DE TRANSPORTE PÚBLICO URBANO

Neste tópico, a identidade diz respeito à Parceria Público- Privada Patrocinada; não à Parceria Público-Privada Administrativa. Nesse sentido, na modalidade patrocinada da parceria pública, além do pagamento das tarifas pelos utentes, o Poder Público também subvenciona a prestação de serviços públicos convencionada em contrato, ou seja, o usuário não dispense financeiramente sozinho para usufruir do serviço público, pois há evidente subsídio estatal em conjunto para tanto.

Neste trabalho, para fins de conceituação da Permissão de transporte público urbano, adotamos o conceito de permissão condicionada, isto é, aquela em que o Poder Público autolimita-se na faculdade discricionária de revogá-la a qualquer tempo, estabelecendo prazo de vigência, bem como incentivando e assegurando vantagens ao permissionário na execução dos serviços Públicos (MEIRELLES, 2.010, p.192). Carreando a força doutrinária da permissão condicionada e a sua praxe

³⁹Sobre a intervenção social heterônoma e a isenção gratuita de tarifas para estudantes, idosos e etc., explica CASALINO (2.012, página 242) “Uma isenção ‘heterônoma’ significa a imposição da vontade de um ente federativo a outro, que deve subordinar-se. Ora, vimos que a relação entre os entes pauta-se pela horizontalidade (princípio da isonomia) e não pela verticalidade (princípio da hierarquia). Por isso, as isenções heterônomas são, como regra, proibidas.”

administrativa nos contratos, Marçal Justen Filho (2015, p. 842-843) entende que de há muito tempo, com José Horácio Meirelles Teixeira, a permissão assecuratória de determinados direitos ao permissionário não é subordinada ao regime precário; e que Hely Lopes Meirelles, Caio Tácito, Miguel Reale, Eros Roberto Grau e Edmir Netto de Araújo comungam no mesmo sentido; já Celso Antônio Bandeira de Mello declara que a realização de dispêndios por parte do permissionário comporta uma estabilidade análoga à concessão.

Pois bem, vamos à identidade dos institutos.

A permissão condicionada no transporte coletivo urbano e a parceria pública, na espécie patrocinada, confundem-se quanto ao custeio ser simultaneamente por subvenção do Poder Público e também pela tarifa do usuário, em razão da insuficiência financeira exclusivamente do utente para a fruição do serviço público em nome das máximas do equilíbrio econômico-financeiro⁴⁰ e da política de direito social⁴¹ do Estado, inerente a qualquer contrato administrativo organicamente constitucional; e também quanto ao fim, tendo em vista que o serviço público é dirigido aos próprios usuários, não à Administração Pública. Em outras palavras, a identidade entre a Parceria Público-Privada, na modalidade patrocinada, e a permissão condicionada de transporte público urbano está no fato que, a cada passada na catraca o pagamento da tarifa pelo usuário é reforçado financeiramente pelo Poder Público, usufruindo o mesmo utente do serviço público de transporte coletivo.

A proximidade dos institutos da Parceria Público-Privada e da Lei de Concessões faz com que muitos autores propugnem que a consagração legal da espécie patrocinada de concessão não era imprescindível, vez que sob o manto da Lei das Concessões já seria perfeitamente possível ao Poder Público subvencionar direta ou indiretamente o valor arrecadado com as tarifas para viabilizar a prestação dos serviços públicos econômicos⁴² pela iniciativa privada (ARAGÃO, 2005, p.111). Na perspectiva da permissão de transporte público e da Parceria Público-Privada, seguindo a mesma linha

⁴⁰ A máxima do equilíbrio econômico financeiro, segundo Meirelles (2010, p. 219), é “a relação estabelecida inicialmente pelas partes entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração para a justa remuneração do objeto do ajuste. Essa relação encargo-remuneração deve ser mantida durante toda a execução do contrato, a fim de que o contrato não venha a sofrer indevida redução nos lucros normais do empreendimento.”

⁴¹ A política social nada mais é do que direito social positivo do Estado, previsto no artigo 6º da Constituição brasileira vigente. Nessa toada, ensina MASTRODI, (2008, p. 82) sobre os caracteres dos direitos sociais: “Sua característica principal é a necessidade de intervenção do Estado em seu favor, de modo a conferir eficácia e efetividade (i.e., eficácia no plano concreto) a tais direitos. Seriam direitos a receber *prestações de serviços públicos* pela sociedade e/ou pelo Estado, no sentido de conferirem igualdade concreta de oportunidades a todos os membros do grupo social.”

⁴² CARVALHO FILHO (2015, p.337) conceitua serviços públicos econômicos como “*embora classificados como serviços públicos, rendem ensejo a que o prestador aufera lucros oriundo de sua execução, tendo esse tipo de atividade fisionomia similar à daquelas de caráter tipicamente empresarial (industrial ou comercial). Não são deficitários, portanto, como os serviços sociais.*”

de raciocínio, de um modo geral, impreterivelmente, é despicienda a regulação normativa da parceria patrocinada, tendo em vista que de há muito a permissão condicionada faz as vezes da parceria, independentemente de qualquer disciplina legal, vez que a subvenção do Poder Público, conjuntamente com a tarifa do utente, segundo Caio Tácito (1995, p. 300), “tem precedentes históricos de mais de um século em nosso sistema de delegação de serviço público”.

Escoimando qualquer miscelânea entre os institutos da Permissão e da Parceria Público-Privada, conforme visto no item 5 (Análise dos Contratos de Permissão de Transporte Pública na Ótica Atual), é notório a mixórdia ainda no tocante ao prazo, valor e objeto (v.g. no artigo 2º, §4º da Lei de Parceria Pública o prazo mínimo de 5 anos; valor mínimo de R\$ 20.000.000; e no mínimo dois objetos executivos).

7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A permissão de transporte público urbano, sendo neste trabalho denominada categoricamente como permissão condicionada de transporte público urbano, sem dúvida, faz parte de nossa realidade cidadina, com licitações (artigo 175 da Constituição Federal) realizadas nas urbes de quase todo o país, tendo em vista que os contratos analisados de São Paulo, Rio de Janeiro e Campinas provam a filigrana contratual; e os noticiários atestam a subvenção permissionário de Manaus, Cuiabá, Recife e Porto Alegre (de norte a sul do país) em transporte coletivo interestadual semiurbano não vinculadas à exploração de infraestrutura, excetuando-se a forma de licitação dispensada, conforme a novel Lei n. 12.966 de 2.014, para o instituto da autorização no transporte coletivo internacional e interestadual desvinculados de exploração de infraestrutura.

Considera-se também que a predominância das licitações de permissão condicionada consubstancia-se destacadamente em cidades por azo expressado em determinação constitucional do interesse local previsto para os Municípios, ou melhor, na essencialidade do transporte público urbano para os munícipes (artigo 31 da Constituição Federal), em que pese remanescerem determinações da própria Constituição nos bojos federal e estadual de legislar e exercer o transporte público urbano (conforme item 3 deste trabalho).

Em seara doutrinária, há reconhecimento, embora tímido, da identidade dos institutos da Parceria Público-Privada Patrocinada e da permissão condicionada ou qualificada, no sentido de que a modalidade patrocinada já era prevista na Lei de Concessões. Todavia, com mais razão assiste a

assertiva de que a permissão condicionada de transporte público tem precedente histórico no nosso País (conforme item 5 deste trabalho), sendo que existia na praxe administrativa a permissão de transporte público coletivo urbano independente da própria Lei de Concessões de 1.995. Posto isso, a permissão condicionada ou qualificada (aquela que assegura prazo e garantias ao permissionário pelo Poder Público) é inegável na tradição administrativa nacional, bem como que a Lei de Parceria Público Privada, na espécie patrocinada, identifica-se com a permissão qualificada pelo subsídio do Poder Público conjuntamente com a tarifa dos utentes.

Com efeito, os contratos analisados (São Paulo, Rio de Janeiro e Campinas) e os noticiários asseverados neste trabalho sobre a subvenção conferida ao permissionário (Manaus, Cuiabá, Recife e Porto Alegre), é plausível firmemente atestar não ser apenas o cariz da Permissão de Transporte Público idêntico à Parceria Público-Privada, na espécie privada, mas sim havendo evidente confusão no cerne dos institutos no que diz respeito à complementação (subvenção) da tarifa paga pelo utente e pelo próprio Poder Público, em que pese o ineditismo dos pressupostos e garantias da Lei n. 11.079/04 (Lei da Parceria Público-Privada). Noutras palavras, o desiderato principal (*modus operandi*) dos contratos, seja de permissão, seja de parceria, é unísono, considerando que na parceria é perfeitamente possível a combinação da instalação dos equipamentos (ônibus, por exemplo) e a prestação de serviços públicos coletivos (o próprio transporte em si mesmo, artigo 2º, §4º da Lei 11.079/04); reforçando ainda a identidade dos institutos jurídicos coligidos, o Poder Público é guarido pela garantia dos permissionários nas obrigações, alto valor do objeto (ultrapassando um bilhão de reais!) e estipulam prazos demasiadamente longos segundo o edital licitatório respectivo, perfazendo, assim, com que a praxe administrativa (mundo dos fatos) da Permissão se equivalha a uma Parceria Público-Privada.

Sabido e ressabido que o gênero das Concessões alberga a Parceria Público-Privada (artigo 2º, *caput*, da Lei n. 11.079/2004) e as concessões tradicionais (artigo 2º, II e III da Lei n. 9784/1995) como espécie, outro aspecto a considerar, é que os contratos de parceria público-privada e de concessão, por expressa disposição legal, incidem na máxima da reversibilidade dos bens ao final, respectivamente, da parceria, artigo 5º, *caput* e inciso X da Lei das Permissões Público-Privadas, ou da concessão, artigo 23, X da Lei de Concessões, fitando a continuidade do serviço público; enquanto que, no contrato de adesão da permissão de transporte público urbano, despoja-se de tal princípio (reversibilidade dos bens), assim sendo, as matérias-primas imprescindíveis para a continuidade do serviço público permanece na titularidade do delegatário (nas mãos do particular), impossibilitando o serviço público ininterrupto,

com prejuízo, definitivamente, dos direitos subjetivos prestacionais do Estado⁴³ para com os usuários, salvo se o ato convocatório (edital) prever o contrário (inteligência dos artigos 2º, 18, inciso X, e 40 da Lei de Concessões). O que configura, no caso da permissão, um benefício extremado ao delegatário, porquanto além de lucrar com a prestação de serviços, fica com os bens (sejam imóveis ou móveis) que lhe trouxeram tal lucro depois do término do contrato, *v.g.*, a prestação de serviço de transporte público urbano através de ônibus, cujo delegatário, após cumprir o contrato, continuará proprietário dos ônibus.

Nesta feita, persiste no mundo dos fatos a tenacidade com o instituto da permissão condicionada, que é regulada pelas leis gerais das Concessões, todavia, é reconhecido o alto teor discricionário desses contratos, como visto no item 5., em vez da parceria público-privada, que é minuciosamente disciplinada legalmente, e estabeleceria a segurança jurídica dessas relações.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Editora Forense LTDA, 8ª edição, 2014, 905 p.

ARAGÃO, Alexandre Santos. A evolução da proteção do equilíbrio econômico-financeiro nas concessões de serviços públicos e nas PPPs. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro. v. 263. p. 35-66, maio/ago. 2013

ARAGÃO, Alexandre Santos, As Parcerias Público-Privadas – PPP’S no Direito Positivo Brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro. V. 240. P. 105-145, abr./jun. 2005.

A TRIBUNA. **Greve nas linhas de ônibus urbanos continua em Cubatão**. 2017. Disponível em: <<http://www.atribuna.com.br/noticias/noticias-detalle/cidades/greve-nas-linhas-de-onibus-urbanos-continua-em-cubatao/?cHash=4023fe5d2122d71903cf8b788eae00bf>> Acesso em 04 de julho de 2017.

BINENBOJM, Gustavo. Assimetria Regulatória no Setor de Transporte Coletivo de Passageiros (Lei nº 12.996/2014), **Revista de Direito da Cidade**, vol. 09, n. 3, p. 1268-1285, 2017.

BRASIL. Lei das Parcerias Público-Privadas, nº 11.079 de 2004.

⁴³ Direitos prestacionais do Estado são direitos de segunda dimensão ou, nas palavras de Mastrodi (2008, p. 82): “os direitos sociais devem ser entendidos como a materialização, no plano concreto, das Liberdades Públicas existentes no plano metafísico da Matriz Liberal. Os direitos sociais nada mais são senão as Liberdades Públicas em sua dimensão positiva. Não podemos imaginar direitos mais fundamentais que estes.”

- BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 8.ed., São Paulo: Saraiva, 2014, 1696 p.
- CAIAFA, Janice. Consumo e Transporte Coletivo. **Revista de Direito da Cidade**. Revista ECO-Pós. Rio de Janeiro. v. 9. n. 22. p. 64-72. 2006.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 29. ed. p.337. São Paulo: Atlas, 2015.
- CASALINO, Vinícius. **Curso de direito tributário e processo tributário**. 1.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.p.232,242,408.2012.
- Contrato de concessão de ônibus nº 007, no dia 15/01/ 2015, entre a Secretaria Municipal de Transportes de São Paulo e a empresa Alfa Rodobus, Sociedade Anônima, Administração e Participação. Disponível em: http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/transportes/aceso_a_informacao/contratos/permissoao/Area-8-1-Contrato007-15.pdf. Acesso em 08 (oito) de fevereiro de 2018.
- Contrato entre a Secretaria Municipal de Campinas e a empresa URBCAMP de ônibus, no dia 25/01/2006. Disponível em: http://campinas.sp.gov.br/uploads/pdf/contrato%2017_2006.pdf . Acesso em 08 (oito) de fevereiro de 2018;
- Contrato nº 03 de concessão de ônibus, no dia 17/09/2010, entre o Município do Rio de Janeiro e o consórcio Transcarioca de Transportes. Disponível em: <http://www.rio.rj.gov.br/dlstatic/10112/7268770/4199101/ContratoTranscariocaeAnexos.pdf>. Acesso em 08 (oito) de fevereiro de 2018.
- COSTA, Flávio Dino de Castro. A Nova Lei de Concessões de Serviços Públicos. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro. V. 242. p. 103-108. out./dez. 1995.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27.ed. p.277 São Paulo: Atlas, 2013.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. 17. ed. V.1, Salvador: Jus Podivm, 2015, 789 p.
- FERNANDEZ, Rodrigo Nobre, et al. Uma abordagem de Law & Economics para as Parcerias Público-Privadas no Brasil. **Economic Analysis of Law Review**. V. 5, n. 2. p. 205-219, jul./dez. 2014.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio Ferraz. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 7.ed. São Paulo: Atlas, 2013, 350 p.
- FERREIRA, Sérgio de Andrade. Alguns aspectos da permissão de uso de bem público. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro. v. 216. p. 25-37. abr./jun. 1999.
- GOMES, Magno Federici; SANTOS, Ariel Augusto Pinheiro. Do Controle Judicial da Política Pública de Mobilidade Urbana no Paradigma Sustentável. **Revista de Direito da Cidade**. vol. 09. n. 3. p. 951-971. 2017.
- HUNT, Emery Kay. **História do Pensamento Econômico**, Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

- GENTILE, Rogério. Subsídios de Doria a ônibus superam obras. **Folha de São Paulo**, 09 de fevereiro, 2018, p. B6.
- JUSTEN FILHO, Marçal Justen. **Curso de direito administrativo**. 11. ed. São Paulo: *Revista dos Tribunais*.p.496.2015.
- MASTRODI, Josué. **Direitos Sociais Fundamentais**, Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2008, 131 p.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Direito Internacional Público**, São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2009.
- MEDINA, José Miguel Garcia. **Código de processo civil comentado**. 2. ed.São Paulo: *Revista dos Tribunais*.p.192. 2012.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Curso de direito administrativo brasileiro**. 37.ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**, 27.ed. p.773, São Paulo: Malheiros, 2010.
- MOBILIZE. <http://www.mobilize.org.br/noticias/9319/prefeitura-tenta-suspender-subsidio-a-empresas-de-onibus-de-porto-alegre>. Acesso em 29 de setembro de 2017.
- NOHARA, Irene Patrícia. **Direito Administrativo**. 6.ed. São Paulo: Atlas. 2016.
- PAIVA, Bianca. Passagem de ônibus fica mais cara em Manaus e governo do AM suspende subsídios. Agência Brasil.2017. Disponível em:< <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2017-01/passagem-de-onibus-fica-mais-cara-em-manaus-e-governo-do-am-suspende-subsidios>>. Acesso em 04 de Julho de 2017.
- POLI, Luciana Costa; HAZAN, Bruno Ferraz. Orçamento Público: desenhando um modelo democrático de planejamento orçamentário. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro. V. 266. p. 187-208, maio/ago 2014.
- RUIC, Gabriela. As cidades mais congestionadas do planeta em 2015. *Revista Exame*, 2017. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/mundo/estas-sao-as-cidades-mais-congestionadas-do-planeta/>> Acesso em 02 de agosto de 2017.
- SETRANSP. Aumento do ônibus no Nordeste fica entre R\$ 3,10 e R\$ 3,30.2015. Disponível em:<http://www.nenoticias.com.br/94073_aumento-do-onibus-no-nordeste-fica-entre-rs-310-e-rs-330.html>. Acesso em 04 de julho de 2017.
- SOUZA E JUNIOR, Lauro da Gama. Sinal verde para a arbitragem nas parcerias público-privadas (a construção de um novo paradigma para os contratos entre o Estado e o investido privado). **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 241, p. 121-157, jul/set. 2005.
- TÁCITO, Caio. Subsídio tarifário em permissão de transporte coletivo. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 200, p. 338-347, 1995.

TÁCITO, Caio. O retorno do pêndulo: serviço público e empresa privada. O exemplo brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 200, p. 109-118, out./dez. 2005.

WILLEMANN, Flávio de Araújo. Intervenção social heterônoma da União Federal em serviços públicos estaduais e municipais: instituição de gratuidades no transporte público de passageiros. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro. v. 255, p. 145-159. set./dez. 2010.

Trabalho enviado em 12 de dezembro de 2018

Aceito em 02 de fevereiro de 2020