

**GOVERNO DO ESTADO DE SANTA CATARINA
FUNDAÇÃO ESCOLA DE GOVERNO ENABRASIL
TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SANTA CATARINA – TCE/SC
INSTITUTO DE CONTAS – ICON/TCE/SC**

FLÁVIA BOGONI

**O TRIBUNAL DE CONTAS COMO PROMOTOR DA DEMOCRACIA E DA
CIDADANIA NO CONTROLE DAS CONCESSÕES DE SERVIÇOS PÚBLICOS:
UM ESTUDO DA ATUAÇÃO DO TCE/SC NO CONTROLE DAS CONCESSÕES DE
TRANSPORTE PÚBLICO URBANO**

FLORIANÓPOLIS

2013

FLÁVIA BOGONI

**O TRIBUNAL DE CONTAS COMO PROMOTOR DA DEMOCRACIA E DA
CIDADANIA NO CONTROLE DAS CONCESSÕES DE SERVIÇOS PÚBLICOS:
UM ESTUDO DA ATUAÇÃO DO TCE/SC NO CONTROLE DAS CONCESSÕES DE
TRANSPORTE PÚBLICO URBANO**

Trabalho de Conclusão apresentado ao Curso de Especialização em Controle Externo na Concessão de Serviços Públicos, da Fundação Escola de Governo ENABrasil em parceria com o Instituto de Contas – ICON do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina – TCE/SC, como requisito parcial para a obtenção do grau de Especialista em Controle Externo na Concessão de Serviços Públicos.

Orientadora: Msc. Sabrina Nunes Iocken
Co-Orientador: Esp. Adircélio de Moraes
Ferreira Junior

FLORIANÓPOLIS

2013



FLÁVIA BOGONI

**O TRIBUNAL DE CONTAS COMO PROMOTOR DA DEMOCRACIA E
DA CIDADANIA NO CONTROLE DAS CONCESSÕES DE SERVIÇOS
PÚBLICOS – UM ESTUDO DA ATUAÇÃO DO TCE-SC NO
CONTROLE DAS CONCESSÕES DE TRANSPORTE PÚBLICO
URBANO**

Monografia aprovada como requisito para obtenção do grau de especialista em *Controle Externo nas Concessões de Serviços Públicos* pela Fundação Escola de Governo EnaBrasil.

Orientadora:

Msc. Sabrina Nunes Iocken
Universidade Federal de Santa Catarina

Co-Orientador:

Adircélio de Moraes Ferreira Junior
Esp. Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina
Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina

Coordenação Acadêmica:

Claudia Regina Castellano Losso
Fundação Escola de Governo ENABrasil

Florianópolis, 18 de novembro de 2013.



GOVERNO DO ESTADO DE SANTA CATARINA
FUNDAÇÃO ESCOLA DE GOVERNO – ENA



TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SANTA CATARINA
INSTITUTO DE CONTAS – ICON/TCE/SC

O Curso de Especialização em “Controle Externo nas Concessões de Serviços Públicos” é uma iniciativa do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, financiado nos termos da Resolução nº TC 10/2004, sob a Coordenação do Instituto de Contas do TCE/SC, e desenvolvido pela Escola de Governo Fundação ENA.

Título da Monografia: O Tribunal de Contas como promotor da democracia e da cidadania no controle das concessões de serviços públicos: um estudo da atuação do TCE/SC no controle das concessões de transporte público urbano.

Aluna: Flávia Bogoni

Orientadora: Msc. Sabrina Nunes Iocken

Co-orientador: Esp. Adircélio de Moraes Ferreira Junior

RESUMO

No exercício de suas competências constitucionais, o Tribunal de Contas atua no controle externo da Administração Pública. A Corte de Contas também pode atuar no controle das concessões de serviços públicos, as quais se submetem a um ordenamento complexo envolvendo poder concedente, concessionário, usuário e agência reguladora. Dentro desse sistema, os Tribunais de Contas estão autorizados a realizar o controle externo sob o aspecto da legalidade e sob o aspecto do resultado, este feito principalmente por meio de auditorias operacionais. Essa fiscalização pode incidir tanto nas agências reguladoras quanto na licitação e na execução do contrato de concessão. Nesse contexto, as Cortes de Contas podem desempenhar o seu papel de realizar o controle externo sendo verdadeiros agentes promotores de valores como a democracia e a cidadania, principalmente no caso de concessões de serviço de transporte público, as quais vêm provocando na sociedade um grande descontentamento devido ao aumento do custo do serviço sem a respectiva contrapartida na qualidade oferecida ao cidadão.

Palavras-chave: Tribunal de Contas. Controle da Concessão de Serviços Públicos. Democracia. Cidadania. Transporte Urbano.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	7
2 OS TRIBUNAIS DE CONTAS	9
2.1 O TRIBUNAL DE CONTAS COMO INSTITUIÇÃO FUNDAMENTAL NO EXERCÍCIO DO CONTROLE EXTERNO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	9
2.1.1 Conceito de controle.....	10
2.1.2 Tipos de controle	11
2.1.3 Controle externo e o Tribunal de Contas.....	14
2.2 POSIÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS NA ESTRUTURA ORGANIZACIONAL DO ESTADO BRASILEIRO: COMPOSIÇÃO, COMPETÊNCIAS CONSTITUCIONAIS E JURISDIÇÃO.....	16
2.2.1 Composição.....	18
2.2.2 Competências constitucionais.....	19
2.2.3 Natureza jurídica das funções.....	21
3 A CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS NO BRASIL.....	23
3.1 SERVIÇOS PÚBLICOS	23
3.1.1 Noção geral de serviço público.....	23
3.1.2 Classificação.....	26
3.1.3 Formas de prestação dos serviços públicos.....	28
3.2 O MODELO DE CONCESSÃO BRASILEIRO.....	30
3.2.1 Definição e natureza jurídica da concessão de serviços públicos.....	31
3.2.2 Aspectos gerais do regime de concessão.....	33
3.2.3 Poder concedente, concessionário, usuário e agência reguladora.....	37
4 OS TRIBUNAIS DE CONTAS E O CONTROLE DAS CONCESSÕES DE SERVIÇOS PÚBLICOS	41
4.1 O PAPEL DOS TRIBUNAIS DE CONTAS NO CONTROLE DAS CONCESSÕES DE SERVIÇOS PÚBLICOS	41
4.1.1 Formas de controle dos contratos de concessão dos serviços públicos.....	42
4.1.2 O controle das concessões pelos Tribunais de Contas.....	45

4.1.2.1 O controle sob o enfoque da legalidade	45
4.1.2.2 O controle sob o enfoque dos resultados	48
4.1.3 O Tribunal de Contas como garantidor da democracia e da cidadania no controle das concessões	53
4.2 ESTUDO DE CASO: MOBILIDADE URBANA – COMO O TCE/SC ATUOU NAS CONCESSÕES DE TRANSPORTE PÚBLICO SUBMETIDAS AO SEU CONTROLE E QUAIS AS DIRETRIZES DE ATUAÇÃO SUGERIDAS PARA QUE A INSTITUIÇÃO COLABORE NA PROMOÇÃO DA DEMOCRACIA E DA CIDADANIA	57
4.2.1 A atuação do TCE/SC no controle das concessões de transporte público	59
4.2.2 Sugestões para uma atuação do TCE/SC no controle das concessões de transporte público dirigida à promoção da democracia e da cidadania	67
5 CONCLUSÃO	71
REFERÊNCIAS	73

1 INTRODUÇÃO

O Tribunal de Contas é instituição autônoma, desvinculada dos poderes estatais, a quem incumbe, nos termos da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), atuar no exercício do controle externo da Administração Pública. Nos termos dos artigos 70 e 71 da CRFB, está incumbido da fiscalização contábil, financeira, orçamentária e patrimonial dos entes federados e das entidades da administração direta e indireta quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação de subvenções e renúncia de receitas.

Neste contexto, o Tribunal de Contas também deve atuar no controle das concessões de serviços públicos, as quais se submetem a um ordenamento todo particular envolvendo agentes como poder concedente, concessionário, usuário e agência reguladora. Apesar da complexidade desse sistema, pretende-se, com o presente trabalho, delimitar de que maneira os Tribunais de Contas podem desempenhar o seu papel de realizar o controle externo e ainda, como eles podem ser agentes promotores de valores como a democracia e a cidadania ao realizar esta tarefa.

O tema proposto se justifica, pois, em razão da importância de se garantir tais valores aos usuários de serviços públicos, os quais vêm reivindicando de forma cada vez mais contundente a sua insatisfação com a qualidade dos serviços e o preço das tarifas, tanto que diversas manifestações eclodiram em todo o Brasil em junho de 2013 protestando contra a situação atual do sistema de transporte urbano dos municípios brasileiros. Esse debate faz surgir a questão da importância que pode ter o Tribunal de Contas no acompanhamento das concessões públicas e na melhoria que este controle pode proporcionar aos cidadãos.

O estudo será realizado em três etapas distintas, dando origem a três capítulos.

No primeiro, pretende-se delimitar o Tribunal de Contas como uma instituição fundamental no exercício do controle externo da Administração Pública, bem como demonstrar a posição que ele ocupa na estrutura organizacional do Estado Brasileiro, definindo a sua composição, as suas competências constitucionais e a sua jurisdição, nos termos da disciplina da CRFB.

No segundo capítulo, serão expostos aspectos relacionados à concessão de serviços públicos no Brasil. Inicialmente, será dada uma noção geral do que sejam serviços públicos, sua classificação e a forma como podem ser prestados; e em seguida, parte-se para a descrição do modelo de concessão brasileiro, com a definição e a natureza jurídica do

instituto, seus aspectos gerais e a delimitação dos agentes envolvidos – poder concedente, concessionário, usuário e agência reguladora.

E, no terceiro capítulo, será feita a relação entre os Tribunais de Contas e o controle das concessões de serviços públicos: como é desempenhado o papel das Cortes de Contas neste controle? Serão explicadas de que formas as concessões podem ser controladas e em que medida podem sê-lo pelos Tribunais de Contas. Além disso, será dito como essas instituições podem contribuir para garantir a democracia e a cidadania no controle das concessões.

Por fim, será feito um estudo de caso com foco no tema mobilidade urbana e o serviço público de transporte urbano, mediante a análise de como o Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina – TCE/SC atuou no controle das concessões deste tipo e como poderá atuar na execução deste controle de modo a colaborar na promoção da democracia e da cidadania.

O método utilizado neste trabalho é o indutivo, cujo objetivo é buscar uma resolução ao tema proposto, partindo do geral para o específico.

2 OS TRIBUNAIS DE CONTAS

2.1 O TRIBUNAL DE CONTAS COMO INSTITUIÇÃO FUNDAMENTAL NO EXERCÍCIO DO CONTROLE EXTERNO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Uma das principais atividades do Estado é administrar a coisa pública, de forma que seja promovido o bem comum dos cidadãos. Nesse gerenciamento do dinheiro público – que inicia com a possibilidade de arrecadação e chega até a sua efetiva distribuição -, é preciso velar pela adequada destinação dos recursos, em nome do interesse coletivo.

Isso porque, não raro, o governo, no exercício do poder político, incorre em abusos, impondo-se, por tal motivo, a criação e a utilização de *controles* para o uso desse poder.¹

Como bem definiu Fernandes, “limitar o poder: eis a síntese do controle”.² A inspiração vem de Montesquieu, que, no século XVIII, afirmara: “temos a experiência eterna de que todo homem que tem em mãos o poder é sempre levado a abusar dele, e assim irá seguindo, até que encontre algum limite”.³

Com efeito, em um Estado de Direito, a ação estatal é submetida ao império da lei. Por consequência, ao gerir os órgãos públicos, os respectivos agentes devem pautar a sua ação conforme disposto na legislação, notadamente a Constituição.

Nesse sentido, confira-se o ensinamento de Costa:

A ideia de Estado de Direito, desde os seus primórdios, é inseparável da ideia de controle. Para que haja Estado de Direito é indispensável que haja instituições e mecanismos hábeis para garantir a submissão à lei. A finalidade, portanto, do controle é a de assegurar que a Administração atue em consonância com os princípios que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico, como, por exemplo, os princípios da legalidade, moralidade, finalidade pública, publicidade, motivação, impessoalidade, economicidade, razoabilidade, legitimidade, muitos deles plasmados expressamente na própria Constituição Federal.⁴

¹ MILESKI, Helio Saul. **O controle da gestão pública**. São Paulo: RT, 2003. p. 136

² FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Tribunais de Contas no Brasil: jurisdição e competência**. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p. 33

³ MONTESQUIEU. O espírito das leis. Tecnoprint. p. 132 *apud* FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Tribunais de Contas no Brasil: jurisdição e competência**. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p. 33

⁴ COSTA, Luiz Bernardo da. **Tribunal de Contas: evolução e principais atribuições no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Fórum, 2006. p. 37

Sob o prisma do Estado Democrático de Direito, o controle deve existir com a finalidade de defender os interesses da coletividade. Essa função lhe é inerente considerando que a verificação dos princípios e normas constitucionais precisa estar voltada sempre para a satisfação do interesse público. Dessa forma, o Estado refletirá fator de proteção não só para os administrados, como também para a própria Administração.⁵

2.1.1 Conceito de controle

Conforme o aspecto etimológico da palavra *controle*, sua origem é francesa (*contrerole, contrôle*), e significava - à luz do “latim fiscal medieval”⁶ -, rol, relação de contribuintes a ser verificada pelos exatores. Infere-se, daí, a ideia de verificar, confrontar com rol, relação ou modelo definido previamente.

Partindo para o sentido da palavra como a entendemos hoje, pode-se definir controle como a “fiscalização exercida sobre as atividades de pessoas, órgãos, departamentos, ou sobre produtos, etc., para que tais atividades, ou produtos, não se desviem das normas preestabelecidas”.⁷

No âmbito da Administração Pública, conforme a conceituação de Guerra, controle é

a possibilidade de verificação, inspeção, exame, pela própria Administração, por outros poderes ou por qualquer cidadão, da efetiva correção na conduta gerencial de um poder, órgão ou autoridade, no escopo de garantir atuação conforme os modelos desejados e anteriormente planejados, gerando uma aferição sistemática. **Trata-se, na verdade, de poder-dever de fiscalização, já que, uma vez determinado em lei, não poderá ser renunciado ou postergado**, sob pena de responsabilização por omissão do agente infrator.⁸ (grifo nosso)

⁵ MILESKI, *op. cit.*, p. 138.

⁶ GIANNINI, Massimo Severo. *Diritto amministrativo*. Milano: A. Guiffre, 1970. p. 55, nota 13 *apud* FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Tribunais de Contas no Brasil: jurisdição e competência**. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p. 31.

⁷ DICIONÁRIO Eletrônico da Língua Portuguesa Novo Aurélio - Século XXI. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

⁸ GUERRA, Evandro Martins. **Os controles externo e interno da administração pública e os Tribunais de Contas**. Belo Horizonte: Fórum, 2003. p. 23

Conforme salientou o autor, a atividade de controle se constitui em *poder-dever* dos órgãos a quem a lei atribui essa função. Credita-se ao controle tamanho relevo pelo fato de envolver todas as funções do Estado, capaz de direcionar a manutenção da regularidade e da legalidade administrativa.⁹

Há autores, como Fernandes, que erigem o controle como direito fundamental. Fazem-no com base no argumento de que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, em seu art. 15, definira que a “sociedade tem o direito de pedir conta a todo agente público de sua administração”, e a CRFB, por sua vez, admitiu a possibilidade de o intérprete reconhecer a existência de outros direitos fundamentais além daqueles expressamente previstos na Lei Maior (art. 5º, § 2º).¹⁰

A par desse debate, foi o Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967 que inicialmente previu, em seu art. 13, o controle das atividades da Administração Federal como um de seus princípios fundamentais, determinando a sua abrangência em todos os níveis e em todos os órgãos. Deu-se ênfase principalmente à ideia de controle sob o viés de limitação e vigilância para com a realização dos gastos públicos, a execução dos programas de governo e a observância das normas atreladas à gestão da coisa pública.¹¹

Assim, como o poder-dever de controle é exercitável por todos os Poderes e se estende a toda a atividade administrativa, diversas são as formas pelas quais é exercido – originando, assim, inúmeras denominações.

2.1.2 Tipos de controle

Há várias classificações, divergindo os autores quanto às espécies de controle. Neste trabalho, será adotada a exposta por Guerra¹², porque sucinta, didática e agrupada conforme o melhor símbolo dos diversos modelos pretendidos.

Existe a classificação quanto ao órgão que exerce, sendo que, esta se divide em: administrativo, legislativo e judicial.

⁹ MILESKI, *op. cit.*, p. 139.

¹⁰ *Ibidem*, p. 37.

¹¹ COSTA, *op. cit.*, p. 40.

¹² GUERRA, *op. cit.*, p. 24-26.

O controle administrativo é o controle que a própria Administração realiza sobre suas atividades, considerando aspectos de legalidade ou de conveniência. Deriva do poder de auto-tutela que a Administração tem sobre seus próprios atos e agentes¹³, sintetizado na Súmula 473 do STF:

A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.¹⁴

Por outro lado, o controle legislativo é o controle exercido pelo Poder Legislativo (incluindo suas comissões parlamentares) sobre determinados atos do Poder Executivo, da Administração Indireta e do Poder Judiciário (deste, somente no que tange à sua função administrativa). É chamado também de *controle parlamentar* ou *político*.

O art. 49, X, da CRFB prevê a possibilidade desse controle: “É da competência exclusiva do Congresso Nacional fiscalizar e controlar, diretamente, ou por qualquer de suas Casas, os atos do Poder Executivo, incluídos os da Administração Indireta”.¹⁵

Como se trata de controle de natureza política, é preciso levar em conta que deve ser respeitada a independência e a harmonia entre os poderes. Por isso, é a Constituição que elenca expressamente os mecanismos de controle legislativo, tais como os contidos nos artigos 49, V e IX; 58, § 3º. Aquele que mais importa a este trabalho é o controle que o Legislativo realiza, com o auxílio do Tribunal de Contas, no tocante à fiscalização contábil, financeira e orçamentária da Administração (art. 70) – assunto do qual cuidaremos mais adiante.

Já o controle judicial é o controle exercido pelo Poder Judiciário no tocante à legalidade dos atos praticados na Administração Pública – com a ressalva de que não é possível invadir o chamado mérito administrativo, ou seja, a apreciação subjetiva da Administração.¹⁶

¹³ ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo**. 12. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2006. p. 507.

¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 473. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 31 jan. 2013.

¹⁵ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

¹⁶ GUERRA, *op. cit.*, p. 25.

O controle judiciário encontra guarida no art. 5º, XXXV, da CRFB: “A lei não excluirá da apreciação do Judiciário lesão ou ameaça a direito”.¹⁷ Di Pietro observa que “o controle judicial constitui, juntamente com o princípio da legalidade, um dos fundamentos em que repousa o Estado de Direito”.¹⁸

Uma segunda classificação diz respeito à localização do órgão executor do controle: interno e externo.

O controle interno é aquele que decorre de órgão integrante da própria estrutura na qual se insere o órgão fiscalizado.¹⁹

O art. 74 da CRFB determina que os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário mantenham, de forma integrada, sistemas de controle interno.

Essa espécie de controle foi bem definida por Mileski, que partiu do sentido específico da fiscalização contábil, financeira e orçamentária para conceituá-la:

Controle interno é aquele efetuado pelos órgãos administrativos, no âmbito da própria Administração, sob o comando de um órgão central e, por isso, organizado de forma sistêmica, no sentido de atuar de maneira integrada em todos os Poderes do Estado, buscando comprovar a legalidade dos atos praticados pelos administradores e avaliar os resultados da ação governamental, verificando o seu grau de eficiência e eficácia, com prestação do devido apoio ao controle externo no exercício das suas atividades constitucionais.²⁰

O controle externo é o levado a efeito por organismo diverso, não pertencente à estrutura do responsável pelo ato controlado.²¹ É o caso dos controles parlamentar e judicial, já mencionados no item anterior, e, principalmente, do controle a cargo do Congresso Nacional no tocante à fiscalização contábil financeira e orçamentária, a ser exercido com o auxílio do Tribunal de Contas.

A classificação quanto ao momento se divide em prévio, concomitante e posterior. O controle prévio é o realizado antes de praticado o ato, a fim de prevenir ilegalidades ou dissonâncias com o interesse público. O concomitante é o exercido durante a realização do ato, permitindo acompanhar a sua regularidade no mesmo momento em que é praticado. Já o

¹⁷ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

¹⁸ DI PIETRO *apud* COSTA, *op. cit.*, p. 48.

¹⁹ GUERRA, *op. cit.*, p. 25.

²⁰ MILESKI, *op. cit.*, p. 160.

²¹ COSTA, *op. cit.*, p. 53.

posterior é o exercido depois de concluído o ato; também denominado subsequente ou corretivo, destina-se a confirmá-lo, corrigi-lo ou desfazê-lo, nesta última hipótese pela via da revogação ou declaração da nulidade.²²

Também, é possível fazer uma classificação baseada na extensão do controle, na qual, tem-se o controle da legalidade e de mérito.

O controle da legalidade é aquele em que se confere a conformidade do ato com a lei – a qual deve ser compreendida em sentido genérico, vale dizer, abrangendo não só as normas positivadas, mas também a aplicação dos princípios administrativos e todo o sistema normativo, incluindo decretos, regulamentos, portarias, dentre outros.²³

Pode ser exercido tanto pelo Poder Executivo, quanto pelo Legislativo e Judiciário. Como consequência da verificação da ilegalidade, declara-se a nulidade do ato ou, quando possível, determina-se a sua convalidação.

Nas palavras de Luciano Ferraz, “o controle de mérito visa aferir se a ação do administrador público alcançou o resultado pretendido da melhor forma e com menos custos para a Administração”.²⁴ São verificados, pois, os aspectos da economicidade, da eficácia e eficiência do ato.

Essas são as principais espécies de controle administrativo identificadas pela doutrina. Parte-se, agora, para o estudo mais aprofundado do controle externo, que tem o Tribunal de Contas como órgão fundamental para a sua execução.

2.1.3 Controle externo e o Tribunal de Contas

A CRFB, no art. 70, dispõe sobre o modo como deve se dar o controle da Administração Pública no que tange à fiscalização das contas públicas:

A fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial da União e das entidades da administração direta e indireta, quanto à legalidade, legitimidade, economicidade, aplicação das subvenções e renúncia de receitas, será

²² GUERRA, *op. cit.*, p. 26.

²³ MILESKI, *op. cit.*, p. 146.

²⁴ FERRAZ, Luciano de Araújo. **Controle da administração pública**: elementos para a compreensão dos tribunais de contas. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999 *apud* COSTA, *op. cit.*, p. 59

exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder.²⁵ (grifo nosso)

Percebe-se que o legislador constitucional optou por um sistema de fiscalização estruturado na dualidade de controle: o externo, a cargo do Poder Legislativo, e o interno, da responsabilidade de cada Poder.

No tocante ao controle externo, embora esteja incumbido ao Poder Legislativo, a CRFB disciplinou que este não o exercerá diretamente, e sim mediante o auxílio de um órgão preparado para exercer a atividade, que é de natureza eminentemente técnica, e não política: o Tribunal de Contas (art. 71).

Confira-se a lição de Hélio Saul Mileski:

O controle externo, como função fiscalizadora, acompanha e vigia a atividade financeira desenvolvida pelos diversos órgãos do Estado e lhes examina os atos praticados, averiguando a sua regularidade, no sentido de assegurar que sejam realizados de acordo com os princípios da legalidade, legitimidade e economicidade. **Por ser esta uma função totalmente diferenciada da função política de legislar, a Constituição destinou o exercício do controle externo para um órgão de natureza essencialmente técnica**, dotando-o de meios e garantias, com autonomia, competência e jurisdição, a fim de que possa bem exercer esta função constitucional. Este órgão é o Tribunal de Contas.²⁶ (grifo nosso)

O Brasil, com efeito, adotou o *sistema colegiado* de organismo de controle, em detrimento do *unipessoal*. Este se consubstancia nas controladorias, de origem inglesa; os Tribunais de Contas, por sua vez, predominam nos países latinos, principalmente de influência francesa e portuguesa.²⁷

O Tribunal de Contas foi instituído no Brasil em 7 de novembro de 1890 pelo Marechal Deodoro da Fonseca, com a edição do Decreto nº 966-A, após infrutíferas tentativas de criar o órgão na época do Império. Para tanto, muito contribuiu o grande incentivador para a criação da instituição no país, Rui Barbosa.²⁸

Depois da sua fundação, as Constituições que se seguiram mantiveram o Tribunal na estrutura do Estado, tendo a sua importância se consolidado ao longo do século. Por isso, à instituição foram conferidas cada vez mais autonomia e independência de atuação.

²⁵ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988

²⁶ MILESKI, *op. cit.*, p. 254.

²⁷ *Ibidem*, p. 177.

²⁸ FERNANDES, *op. cit.*, p. 572.

Com efeito, a inserção do Tribunal de Contas é indispensável ao Estado Democrático de Direito, bem como à realização dos valores que o orientam. A doutrina reforça essa ideia:

Como [as] características democráticas transformaram-se em essência dos órgãos de controle, adotando-se uma expressão figurativa, **pode-se dizer que o Tribunal de Contas é o olho do povo**, na medida em que verifica se há o regular e legal emprego dos dinheiros públicos e se a sua aplicação está direcionada ao interesse coletivo. **Este órgão de controle, como integrante da estrutura política do Estado, embora não seja Poder, atua em nome do povo, constituindo, por isso, peça imprescindível do regime democrático.** (grifo nosso)²⁹

Moreira Neto, por sua vez, tomando de referência os ensinamentos de Peter Häberle – para quem deve ser feita uma interpretação aberta da Constituição, vale dizer, as suas regras devem abrir possibilidades para atender aos reais anseios da sociedade – , ressalta que os Tribunais de Contas são instituições que servem como mecanismos protetores dos direitos fundamentais, já que visam garantir a efetividade dos princípios constitucionais vigentes no país.³⁰

Conforme o pensamento de Castro, os Tribunais de Contas são dignos de destaque por garantirem a efetividade na aplicação dos princípios da legalidade, moralidade e economicidade, essenciais à moralização da administração pública.³¹

Como se verá a seguir, o Tribunal de Contas é, como nas palavras de Pardini, “órgão especial de destaque constitucional”³², garantidor dos valores político-constitucionais por exercer funções indispensáveis ao funcionamento dos princípios republicano e democrático no tocante à gestão fiscal.³³

2.2 POSIÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS NA ESTRUTURA ORGANIZACIONAL DO ESTADO BRASILEIRO: COMPOSIÇÃO, COMPETÊNCIAS CONSTITUCIONAIS E JURISDIÇÃO

²⁹ MILESKI, *op. cit.*, p. 213.

³⁰ MOREIRA NETO *apud* GUERRA, *op. cit.*, p. 61.

³¹ CASTRO *apud* GUERRA, *op. cit.*, p. 62.

³² PARDINI *apud* GUERRA, *op. cit.*, p. 60.

³³ MOREIRA NETO *apud* COSTA, *op. cit.*, p. 68.

Como visto no ponto anterior, é necessária a participação do Tribunal de Contas na realização do controle por parte do Poder Legislativo. A CRFB é clara ao dizer que a fiscalização das contas públicas deve ser feita pelo Tribunal.

Isso, contudo, não significa que seja ele hierarquicamente subordinado ao Legislativo. As atribuições constitucionalmente designadas às Cortes de Contas evidenciam que estas são órgãos autônomos, livres de qualquer interferência – inclusive a do Congresso -, atuando de forma independente. O STF, inclusive, já se posicionou nesse sentido, quando decidiu a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) nº 1.140-5.

É bom ressaltar também que não integra a estrutura do Executivo nem do Judiciário. Por não estar sujeita a qualquer deles, resguarda-se a independência essencial ao exercício do controle que deve recair sobre os três Poderes.

A teoria tripartite dos poderes, aliás, não pode mais ser tida como estanque e absoluta, ante o regime jurídico constitucional peculiar da instituição.

O que a maioria dos doutrinadores propugna, nas palavras de Mileski, é que “o Tribunal de Contas consta na estrutura do Poder Legislativo, mas sem manter subordinação com ele”³⁴. É preciso diferenciar órgão autônomo que presta auxílio (como o Tribunal), e órgão auxiliar, este sim subordinado hierarquicamente ao Poder.

Medauar tem excelente doutrina sobre o assunto:

Muito comum é a menção do Tribunal de Contas como órgão auxiliar do Poder Legislativo, o que acarreta a ideia de subordinação. Confunde-se, desse modo, a função com a natureza do órgão. A Constituição Federal, em artigo algum, utiliza a expressão ‘órgão auxiliar’; dispõe que o controle externo do Congresso Nacional será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas; a sua função, portanto, é de exercer o controle financeiro e orçamentário da Administração em auxílio ao poder responsável, em última instância, por essa fiscalização. [...] **Se a sua função é atuar em auxílio ao Legislativo, a sua natureza, em razão das próprias normas da Constituição, é a de órgão independente, desvinculado da estrutura de qualquer dos três Poderes. A nosso ver, por conseguinte, o Tribunal de Contas configura instituição estatal independente.**³⁵ (grifo nosso)

Situado o Tribunal de Contas na estrutura organizacional do estado brasileiro, vejamos a forma como é composto, as suas competências constitucionais, e o alcance da jurisdição que exerce.

³⁴ MILESKI, *op. cit.*, p. 204.

³⁵ MEDAUAR, Odete *apud* MILESKI, *op. cit.*, p. 204.

2.2.1 Composição

A composição do Tribunal de Contas vem fixada no art. 73 da Constituição Federal, devendo ser seguida à risca para que sejam garantidas a autonomia e a independência do controle.

O Tribunal de Contas da União (TCU) é composto de nove Ministros, cuja escolha se dá um terço pelo Presidente da República, com a aprovação do Senado Federal (art. 73, § 2º, I), e dois terços, pelo Congresso Nacional (art. 73, § 2º, II).

Dos três Ministros a serem escolhidos pelo Presidente, infere-se da letra da Constituição que dois deles serão selecionados mediante indicação em lista tríplice, segundo critérios de antigüidade e merecimento, alternadamente, dentre os Auditores³⁶ e dentre os membros do Ministério Público que atuam junto à Corte. O terceiro será de livre escolha, desde que satisfeitos os requisitos do § 1º do mesmo artigo.

Nesse dispositivo, buscando a simetria com as exigências da Constituição em relação aos cargos de ministro do Poder Judiciário, o legislador estipulou que devem ser observados os seguintes requisitos:

Art. 73. (...)

§ 1º Os Ministros do Tribunal de Contas da União serão nomeados dentre brasileiros que satisfaçam os seguintes requisitos:

I – mais de trinta e cinco e menos de sessenta anos de idade;

II – idoneidade moral e reputação ilibada;

III – notórios conhecimentos jurídicos, contábeis, econômicos e financeiros ou de administração pública;

IV – mais de dez anos de exercício de função ou de efetiva atividade profissional que exija os conhecimentos mencionados no inciso anterior.³⁷

No § 3º, por outro lado, a Constituição conferiu aos Ministros do TCU as mesmas garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens dos Ministros do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que se estendem aos Auditores quando estiverem substituindo Ministros.

³⁶ Também chamados Conselheiros Substitutos. Vale registrar que apesar de serem denominados Auditores no texto da CRFB, no plano federal a nova Lei n. 12.811/2013 consagra a nomenclatura de Ministros Substitutos para o cargo.

³⁷ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

Os Tribunais de Contas estaduais e municipais (estes, se existentes), seguirão como modelo o que foi estabelecido pela Constituição para o TCU, com a diferença de que serão compostos em menor número (sete), e seus membros, chamados Conselheiros, na forma do art. 75 da CRFB. A escolha deles segue também os mesmos requisitos e critérios de escolha do art. 73.

Passa-se, agora, à análise do art. 71, que arrola as competências das Cortes de Contas.

2.2.2 Competências constitucionais

O legislador constitucional foi bastante preciso ao arrolar as competências do Tribunal de Contas. No que toca ao controle externo, não há espaço para o preenchimento da lei: a norma constitucional que dispõe sobre as competências têm eficácia plena, a fim de garantir a sua aplicação de forma independente e inequívoca.³⁸

Verifica-se, ademais, que na CRFB a fiscalização contábil, financeira e orçamentária foi alargada e sistematizada. Nunca as Cortes de Contas brasileiras dispuseram de competências constitucionais tão amplas.

Gualazzi afirma que

A nova Constituição Federal possibilitou que a instituição Tribunal de Contas evoluísse definitivamente da mera apreciação passiva da legalidade formal para a configuração de órgão administrativo de inquirição permanente, *a priori*, concomitante ou *a posteriori*, ativa e de ofício, a respeito de todos os ângulos jurídicos e extrajurídicos, atinentes à gestão administrativa integral do Estado, com relação às receitas e despesas públicas.³⁹

Com efeito, o controle externo não é apenas posterior; é exercido também previamente e concomitantemente, a critério discricionário do Tribunal de Contas, da Câmara dos Deputados, do Senado, ou de Comissão técnica ou de inquérito.

Assim funciona o sistema delineado na CRFB, que se caracteriza pela existência de duas forças paralelas de suportes distintos, com sentido único, atuando sobre o mesmo objeto. O Poder Legislativo – com ou sem a colaboração do Tribunal de Contas – e a atuação

³⁸ GUERRA, *op. cit.*, p. 66.

³⁹ GUALAZZI *apud* COSTA, *op. cit.*, p. 98.

deste, a quem compete, autonomamente, a execução de competências privativas. Nas palavras de Guerra, “para uma só função genérica dois órgãos foram determinados, formando um sistema a serviço da mesma causa”.⁴⁰

Nos termos do art. 71, eis as competências do Tribunal de Contas:

Art. 71. O controle externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas da União, ao qual compete:

I - apreciar as contas prestadas anualmente pelo Presidente da República, mediante parecer prévio que deverá ser elaborado em sessenta dias a contar de seu recebimento;

II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;

III - apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório;

IV - realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II;

V - fiscalizar as contas nacionais das empresas supranacionais de cujo capital social a União participe, de forma direta ou indireta, nos termos do tratado constitutivo;

VI - fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município;

VII - prestar as informações solicitadas pelo Congresso Nacional, por qualquer de suas Casas, ou por qualquer das respectivas Comissões, sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e sobre resultados de auditorias e inspeções realizadas;

VIII - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário;

IX - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade;

X - sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal;

XI - representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados.⁴¹

Guerra propõe a separação de tais competências em dois grandes grupos, a saber:

a) competências de auxílio ao Poder Legislativo, que são as dos incisos I, IV e VII; e b) competências exclusivas dos Tribunais de Contas, contidas nos incisos restantes.⁴²

⁴⁰ GUERRA, *op. cit.*, p. 66.

⁴¹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

Já Mileski classifica as competências em:

Próprias porque são peculiares aos procedimentos de controle. Trata-se de competências que envolvem atividades autênticas de controle, com a finalidade de vigiar, acompanhar e julgar a regularidade dos atos de atividade financeira controlados.

Exclusivas porque são competências constitucionais destinadas tão-somente para o Tribunal de Contas e não podem ser exercidas por nenhum outro órgão ou Poder, mesmo o Poder Legislativo. Embora o controle externo esteja a cargo do Legislativo, a Constituição estabeleceu o Tribunal de Contas como órgão executor desse controle, dando-lhe exclusividade de atuação para o exercício dessa função.

Indelegáveis porque são competências que envolvem atividade de controle da atividade financeira do Estado, sendo por isso de exercício privativo do Poder Público, cuja execução também é privativa do Tribunal de Contas, não podendo ser delegadas a qualquer dos Poderes ou a outra organização, pública ou privada. São competências que só podem e devem ser exercidas diretamente pelo Tribunal de Contas, sem possibilidade de delegação a terceiros.⁴³

A par dessas classificações doutrinárias, é certo que as competências apresentadas têm natureza técnica e política, na medida em que o Tribunal de Contas é um órgão misto. De fato, há uma verdadeira jurisdição especial de contas, exclusivamente desempenhada por ele. No exercício das suas inúmeras atribuições, emergem decisões prolatadas pelo órgão a respeito das matérias colocadas sob o seu controle. Assim, mostra-se necessário apreender qual a natureza jurídica das suas funções.

2.2.3 Natureza jurídica das funções

Há muita polêmica a respeito do aspecto jurisdicional das funções exercidas pelos Tribunais de Contas.

Primeiramente, cumpre delimitar o alcance da sua jurisdição, conforme a lição de Pardini:

É claro que **o conteúdo da jurisdição dos Tribunais do Poder Judiciário difere do conteúdo da jurisdição do Tribunal de Contas da União**. O conteúdo da jurisdição do Tribunal de Contas exercida com exclusividade, examina a legalidade, legitimidade, e economicidade expressas pelos elementos e valores contidos na prestação ou na tomada de contas públicas; enquanto a jurisdição dos órgãos judicantes do Poder Judiciário, exercida, também, com exclusividade, examina a

⁴² GUERRA, *op. cit.*, p. 68.

⁴³ MILESKI, *op. cit.*, p. 255.

legalidade e, de certa forma, a moralidade relativas ao comportamento, direitos e deveres das duas partes que compõe a relação processual.⁴⁴ (grifo nosso)

A grande maioria dos doutrinadores entende que as funções dos Tribunais de Contas são de natureza administrativa, porquanto no Brasil vige o sistema de jurisdição única, no qual ao Poder Judiciário é concedido o monopólio da tutela jurisdicional (art. 5º, XXV, CRFB).

Realmente, as decisões das Cortes de Contas têm valor e força coercitiva.⁴⁵ Contudo, são passíveis de revisão do Poder Judiciário quando constatado vício de forma, a exemplo da não observância do devido processo legal.⁴⁶ Assim já se pronunciou o STF, no MS 7.280: “ao apurar a alcance dos responsáveis pelos dinheiros públicos, o Tribunal de Contas pratica ato insusceptível de revisão na via judicial a não ser quanto ao seu aspecto formal ou terna de ilegalidade manifesta”.⁴⁷

Há ressalva, no entanto, quanto julga as contas dos administradores. Nesse caso, decide em caráter definitivo, exercendo função jurisdicional especial. É, de fato, uma exceção ao monopólio da jurisdição. No dizer de Mileski, o julgamento das contas é “função que a Constituição destinou ao Tribunal de Contas, determinando como atribuição o exercício de uma **jurisdição administrativa**, a qual não deve ser negada ou alterada” (grifo nosso).⁴⁸

Enfim, identificado o Tribunal de Contas como órgão fundamental para o controle externo, bem como suas características principais, passa-se ao estudo do sistema brasileiro de concessão de serviços públicos.

⁴⁴ PARDINI *apud* FERNANDES, *op. cit.*, p. 139.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 154.

⁴⁶ GUERRA, *op. cit.*, p. 70.

⁴⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 7.280. Relator: Ministro Henrique D’Avila. Brasília, 20 de junho de 1960. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 25 fev. 2013.

⁴⁸ MILESKI, *op. cit.*, p. 211.

3 A CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS NO BRASIL

3.1 SERVIÇOS PÚBLICOS

É indispensável, de início, analisar as principais características dos serviços públicos e fazer o registro de algumas classificações elaboradas pela doutrina, essenciais para compreender o objeto de estudo do presente trabalho.

3.1.1 Noção geral de serviço público

Usualmente, a expressão serviço público é utilizada em um sentido muito amplo, englobando toda e qualquer atividade realizada pela Administração Pública. Contudo, tecnicamente, o serviço público diz respeito à atividade realizada no âmbito das atribuições da Administração inserida no Executivo, referindo-se a uma atividade prestacional, em que o poder público propicia algo necessário à vida coletiva.⁴⁹

O serviço público pode ser definido como “todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade, ou simples conveniências do Estado”, no dizer de Meirelles.⁵⁰

Para Cretella Júnior, “serviço público é toda atividade que o Estado exerce, direta ou indiretamente, para a satisfação das necessidades públicas mediante procedimento típico do direito público”.⁵¹

Assim, da definição de serviço público, é possível extrair os seus três principais elementos: o material, o subjetivo e o formal.⁵²

⁴⁹ MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 1999, p. 345-346.

⁵⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 311.

⁵¹ CRETILLA JÚNIOR, José. Administração indireta brasileira. Rio de Janeiro: Forense, 1980 *apud* DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 95.

⁵² Celso Antônio Bandeira de Mello entende que a noção de serviço público é composta necessariamente de dois elementos apenas: o *substrato material*, consistente na prestação de utilidade ou comodidade fruível singularmente pelos administrados, e o *traço formal*, que corresponde a um específico regime de Direito Público, isto é, numa “unidade normativa”. (Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 15. ed. refund. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 615)

O fato de que todo serviço público visa atender a necessidades públicas, necessariamente existindo lei atribuindo esse objetivo ao Estado, corresponde ao elemento material do conceito de serviços públicos.⁵³

O elemento subjetivo se caracteriza por ser o serviço público sempre incumbência do Estado, seja no que se refere à sua criação, que deve ser feita por lei, como também à sua gestão, que pode se dar direta ou indiretamente, conforme o faça por meio dos próprios órgãos da Administração ou por meio de concessões e permissões.⁵⁴ Está expresso no texto do art. 175 da CRFB: “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”.

E o elemento formal, de resto, equivale ao regime jurídico a que estão submetidos os serviços públicos, no caso, o de direito público.⁵⁵

Além da subordinação a esse regime, os serviços públicos são regidos por princípios, tais como: funcionamento equitativo ou igualdade de todos perante o serviço público, ou paridade de tratamento; funcionamento contínuo; possibilidade de se modificar o modo de execução; e funcionamento eficiente.⁵⁶ Bem assim, aqueles insculpidos no *caput* do art. 37 da CRFB⁵⁷ e que norteiam toda a atividade da Administração Pública: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

No entender de Meirelles, tais princípios revestem-se da qualidade de requisitos do serviço público:

Os requisitos do serviço público ou de utilidade pública são sintetizados, modernamente, em cinco princípios que o Município deve ter sempre presentes, para exigi-los de quem os preste: o princípio da permanência impõe continuidade no serviço; o da generalidade impõe serviço igual para todos; o da eficiência exige atualização do serviço; o da modicidade exige tarifas razoáveis; e o da cortesia se traduz em bom tratamento para o público.⁵⁸

⁵³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 99-100.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 98-99.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 94.

⁵⁶ Cf. MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 1999, p. 348-349.

⁵⁷ Art. 37 A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (...).

⁵⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito municipal brasileiro**. 11. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 288.

Com efeito, se não colocadas em prática tais condições, surge o dever para a Administração de intervir para restabelecer um funcionamento regular dos serviços ou retomar a sua prestação. Dessa forma, é possível reconhecer a existência de direitos do usuário em qualquer serviço público, consistentes em direitos cívicos de conteúdo positivo, fundados no poder de exigir da Administração ou de seu delegado o serviço que um ou outro se obrigou a prestar individualmente aos usuários.⁵⁹ Noutras palavras, os usuários detêm o direito não só de obter o serviço, como também o de sua regular prestação.

Tais direitos tornaram-se constitucionalmente protegidos com a edição da EC 19/98, que, ao modificar a redação do §3º do art. 37, da CRFB,⁶⁰ concedeu ao usuário prerrogativas, agora expressas, de participar da Administração Pública direta e indireta, fiscalizando a prestação de serviços públicos e reclamando diante de eventuais falhas na qualidade dos mesmos serviços, na forma a ser disciplinada em lei.⁶¹

A competência para a prestação dos serviços públicos é tema tratado na CRFB. Vale destacar que a repartição das competências entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios opera-se segundo critérios técnicos e jurídicos, levando-se em conta: os interesses próprios de cada esfera administrativa; a natureza e extensão dos serviços; e a capacidade para executá-los vantajosamente para a Administração e para os administrados.⁶²

A competência da União está circunscrita aos serviços que lhe são privativos (art. 21, CRFB) e os comuns (art. 23, CRFB), os quais permitem a atuação paralela dos Estados-membros e Municípios.⁶³

A competência do Estado-membro para a prestação de serviços não está discriminada constitucionalmente (à exceção da exploração e distribuição dos serviços de gás canalizado, cuja competência é dos Estados, conforme o § 2º do art. 25, CRFB), mas, diante do que dispõe o § 1º do art. 25, CRFB,⁶⁴ infere-se que, por exclusão, pertencem aos Estados-

⁵⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito municipal brasileiro**. 11. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 288.

⁶⁰ § 3º A lei disciplinará as formas de participação do usuário na administração pública direta e indireta, regulando especialmente:

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;

⁶¹ Cf. MEIRELLES, Hely Lopes. *op. cit.*, p. 289-290.

⁶² Cf. MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 319.

⁶³ *Ibidem*, p. 320.

⁶⁴ § 1º São reservadas aos Estados as competências que não lhes sejam vedadas por esta Constituição.

membros todos os serviços públicos não reservados à União nem atribuídos ao Município pelo critério de interesse local.⁶⁵

A competência do Município está delimitada a todos os serviços que se enquadrem na atividade social a ele reconhecida, segundo o critério da predominância de seu interesse em relação às outras entidades estatais (critério do interesse local). Não obstante, a CRFB (art. 30) elegeu expressamente alguns serviços como de responsabilidade do Município, tais como os serviços de atendimento à saúde da população (inc. VII) e o controle da ocupação do solo urbano (inc. VIII), fazendo deles serviços prioritários aos demais.⁶⁶

3.1.2 Classificação

No que toca à classificação dos serviços públicos, observa-se que a doutrina os agrupa segundo vários critérios. Adotar-se-á nesta oportunidade a classificação reconhecida por Meirelles, para quem os serviços públicos dividem-se quanto à essencialidade, adequação, finalidade e aos destinatários dos serviços.

O primeiro critério diz respeito à essencialidade dos serviços públicos, segundo o qual podem ser públicos ou de utilidade pública.

Os primeiros são os serviços públicos propriamente ditos, prestados diretamente à coletividade e privativos do Poder Público, dada a sua essencialidade e necessidade para a sobrevivência do grupo social e do próprio Estado, a exemplo dos serviços de defesa nacional, polícia e preservação da saúde pública.⁶⁷

Os serviços de utilidade pública não são propriamente essenciais ou necessários, e sim convenientes para os membros da coletividade, podendo ser prestados, além de diretamente pela Administração, também por terceiros sob regulamentação e controle públicos, por conta e risco dos prestadores, e mediante remuneração dos usuários. É o caso do transporte coletivo, da energia elétrica, gás e telefone.⁶⁸

Quanto à adequação, os serviços públicos dividem-se em próprios ou impróprios do Estado.

⁶⁵ Cf. MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 320.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 321-322.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 312.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 312.

Os serviços próprios do Estado relacionam-se intimamente com as atribuições do Poder Público, sendo que a Administração se utiliza de sua supremacia para executá-los. Por isso, são prestados exclusivamente por órgãos ou entidades públicas, sem delegação a particulares, a exemplo dos serviços de segurança, polícia e saúde pública.⁶⁹

Os impróprios, por sua vez, equivalem àqueles serviços que não afetam substancialmente as necessidades da comunidade, mas que satisfazem interesses comuns de seus membros. Por consequência, a Administração os presta remuneradamente, seja através da administração indireta, seja por concessões, permissões ou autorizações. Tais serviços caracterizam-se ainda por apresentar rentabilidade e submeterem-se a regulamentação e controle do Poder Público.⁷⁰

Outro critério diz respeito à finalidade, segundo o qual os serviços são classificados em administrativos e industriais.

Entendem-se administrativos os serviços executados pela Administração a fim de atender as suas necessidades internas ou preparar outros serviços que serão prestados ao público, a exemplo da imprensa oficial.⁷¹

Já os serviços industriais produzem renda para quem os presta, mediante remuneração (tarifa ou preço público) fixada pelo Poder Público, sendo nada mais que serviços impróprios do Estado, na medida em que são prestados por órgãos ou entidades da Administração, ou ainda, por concessionários, permissionários ou autorizatários.⁷²

Di Pietro entende existir uma terceira categoria, quanto à finalidade: os serviços públicos sociais. Segundo ela, essa espécie “atende a necessidades coletivas em que a atuação do Estado é essencial, mas que convivem com a iniciativa privada, tal como ocorre com os serviços de saúde, educação, previdência, cultura, meio ambiente”⁷³.

Por fim, tem-se a classificação que leva em conta quem são os destinatários dos serviços. Conforme esse critério, os serviços são denominados gerais ou individuais.

Os serviços gerais, indivisíveis ou “uti universi” são os que atendem a toda a coletividade, sem que haja usuários determinados, destinando-se à população indiscriminadamente, sem que se erijam em direito subjetivo individual de qualquer

⁶⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *op. cit.*, p. 313.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 313.

⁷¹ *Ibidem*, p. 313.

⁷² *Ibidem*, p. 313.

⁷³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 104.

administrado à sua fruição particular, ou privativa de seu domicílio, de sua rua ou de seu bairro.⁷⁴

De forma oposta, os serviços individuais, divisíveis ou “uti singuli”⁷⁵ são prestados ou postos à disposição de usuários determinados, que os aproveitarão individualmente, mediante remuneração. Se implantados, esses serviços geram direito subjetivo à sua obtenção por todos os que se encontram na área de sua prestação ou fornecimento e satisfaçam as exigências regulamentares.⁷⁶

Eis as principais classificações dos serviços públicos, sem esquecer que há várias outras arroladas na doutrina, mas que, por ora, não se mostram importantes à compreensão do tema.

3.1.3 Formas de prestação dos serviços públicos

São três as formas como podem ser prestados os serviços públicos: centralizada, descentralizada e desconcentrada.

Serviço centralizado é o que o Poder Público presta por seus próprios órgãos em seu nome e sob sua exclusiva responsabilidade; descentralizado, aquele em que se transfere a titularidade ou a sua execução, mediante outorga ou delegação, a autarquias, fundações, empresas estatais, privadas ou particulares individualmente; e desconcentrado, o que a Administração executa centralizadamente, mas o distribui entre vários órgãos da mesma entidade, a fim de facilitar sua realização e obtenção pelos usuários.⁷⁷

Especificamente com relação aos serviços descentralizados, vale destacar que os mesmos podem ser delegados ou outorgados: delegados quando traspasada somente a execução do serviço pelo Estado a terceiro, através de contrato (no caso da concessão) ou ato administrativo (para a permissão e a autorização); outorgados, quando é transferido, somente

⁷⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito municipal brasileiro**. 11. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 284.

⁷⁵ Celso Antônio Bandeira de Mello entende que somente esta categoria constitui serviço público: “a atividade estatal denominada *serviço público* é a prestação consistente no oferecimento, *aos administrados em geral*, de *utilidades ou comodidades materiais* (...) singularmente fruíveis pelos administrados que o Estado assume como próprias (...)”. (Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 15. ed. refund. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 615-616)

⁷⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *op. cit.*, p. 284.

⁷⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 317-318.

por meio de lei, determinado serviço público a uma entidade criada pelo próprio Estado, como autarquias, fundações, empresas estatais e entidades paraestatais.⁷⁸

Normalmente, a concessão, a permissão e a autorização são os modos clássicos pelos quais a Administração transfere aos particulares a prestação de serviços públicos.⁷⁹

A partir de 2004, com o advento da Lei n. 11.079/2004, foram instituídas as parcerias público-privadas (PPP's), que são modalidades específicas de contratos de concessão. Elas têm por objetivo atrair o setor privado para investimentos em projetos de infraestrutura de grande vulto, necessários ao desenvolvimento do país, cujos recursos envolvidos excedem a capacidade financeira do setor público.⁸⁰

Cabe destacar que o Estado, na tentativa de se adaptar à modernidade, à necessidade de gerenciar de forma eficiente as atividades e ao fenômeno da globalização, vem adotando novas formas de prestação dos serviços públicos. Esse movimento, que iniciou com a desestatização no início da década de 1990 por meio das privatizações, e, anos depois, seguiu com a regulamentação das concessões e permissões, bem como a previsão das PPP's, só evidencia que o Estado precisou imprimir uma nova estratégia governamental, como bem destacou Carvalho Filho:

o Estado, depois de abraçar, por vários anos, a execução de muitas atividades empresariais e serviços públicos, com os quais sempre teve gastos infundáveis e pouca eficiência com os resultados, resolveu imprimir uma nova estratégia governamental: seu afastamento e a transferência das atividades e serviços para sociedades e grupos empresariais.⁸¹

Neste contexto, o mesmo autor elenca as diversas novas formas de prestação de serviços públicos, além das tradicionalmente conhecidas: a gestão associada e os regimes de parceria.

A gestão associada de serviços públicos significa uma conjugação de esforços visando a fins de interesse comum dos gestores, normalmente firmada por meio de convênios de cooperação e de consórcios públicos entre os entes federados – União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Por meio desse tipo de gestão, são realizadas as atividades de

⁷⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 322.

⁷⁹ Cf. MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 1999, p. 351.

⁸⁰ ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2011, p. 728.

⁸¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 349.

planejamento, regulação ou fiscalização, acompanhadas ou não da prestação de serviços públicos ou da transferência de encargos, serviços e bens necessários à continuidade dos serviços, tendo conteúdo eminentemente negocial.⁸²

Já os regimes de parceria caracterizam-se pela aliança entre o Poder Público e entidades privadas, ou seja, são formalizadas com pessoas de direito privado e da iniciativa privada, as quais ficam incumbidas da execução de serviços que beneficiem a coletividade, de modo que essa atuação se reveste de função delegada do Poder Público. Esses regimes são classificados em convênios administrativos, que objetivam a consecução de interesses comuns; em contratos de gestão, que são os celebrados com organizações sociais – OS; e, por fim, em gestão por colaboração, que são os celebrados com as organizações da sociedade civil de interesse público, chamadas OSCIP's.⁸³

Assim, vistas as principais características dos serviços públicos, algumas de suas classificações e o modo como podem ser prestados, parte-se para o estudo mais detido do modelo de concessão brasileiro, cujo controle pelos Tribunais de Contas será objeto de estudo no terceiro capítulo do presente trabalho.

3.2 O MODELO DE CONCESSÃO BRASILEIRO

Há várias alternativas para a definição e a implementação de modelos de concessão de serviço público. Com efeito, cada modelo reflete o modo de organização e institucionalização de poderes políticos e econômicos, como bem destaca Marçal Justen Filho. Segundo este autor, por meio desses modelos é que se define “o modo não apenas de satisfação das necessidades coletivas, mas a distribuição do patrimônio entre os diversos centros de interesses da sociedade”.⁸⁴ Neste estudo, interessará o modelo de concessão adotado no Brasil e as configurações que lhe foram dadas pela CRFB e pela legislação correlata.

⁸² CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 351.

⁸³ *Ibidem*, p. 352-357.

⁸⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003, p. 15.

3.2.1 Definição e natureza jurídica da concessão de serviços públicos

É comum definir concessão de serviço público como sendo a delegação temporária da prestação do serviço a um terceiro, o qual assume o seu desempenho por conta e risco.

Remontando à evolução histórica do instituto, a concessão teve berço no âmbito do Estado Liberal e foi largamente utilizada no Brasil durante o século XIX e o início do século XX, principalmente para incentivar a realização de investimentos privados na área de ferrovias e nos setores elétricos, telefônico e de gás.⁸⁵ A partir de 1940, no entanto, houve uma sensível redução da sua utilização em decorrência da concepção então vigente de intervenção estatal direta. Porém, nas últimas duas décadas do século XX, tendo em vista o modelo de prestação por empresas estatais ter se manifestado deficitário, a concessão foi resgatada como alternativa para o atendimento das necessidades coletivas e do Estado, conforme já foi dito no item anterior.⁸⁶

A partir daí, o instituto pode ser compreendido de forma mais precisa, identificando-se novos contornos que vão além da definição dada inicialmente, como se verá a seguir.

A CRFB determina, no art. 175, que a prestação dos serviços públicos incumbe ao Poder Público, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão.⁸⁷ No art. 21, a CRFB também menciona o instituto quando confere à União competência para explorar serviços públicos mediante concessão, além das outras formas previstas no inciso XII.⁸⁸ Entretanto,

⁸⁵ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo**. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 559-560.

⁸⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003, p. 50.

⁸⁷ Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

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.

⁸⁸ Art. 21. Compete à União:

XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 8, de 15/08/95)

não há no texto constitucional uma formulação conceitual precisa do que seja a definição de concessão de serviço público.⁸⁹

Em 1995 é que veio a ser editada a Lei n. 8.987, vindo então a fornecer uma definição legal formal para a concessão, que de acordo com o art. 2º, II, é:

a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado.⁹⁰

Os elementos trazidos pela Lei são, portanto: a) manutenção do serviço como sendo público; b) a obrigatoriedade de licitação; c) os requisitos de idoneidade do particular; d) atribuição da execução e do risco ao particular; e e) temporariedade da delegação.

A doutrina faz uma crítica à redação do dispositivo, aduzindo que ele é insuficiente para resolver alguns impasses graves verificados na gestão dos serviços públicos. Nas palavras de Marçal Justen Filho, há necessidade de se adequar a definição legal à construção da “nova concessão de serviço público”, que abrange não só os aspectos mencionados, mas leva em conta também outros enfoques demandados pelo contexto contemporâneo, como: a transformação da ordem política e jurídica; a constitucionalização e a democratização do Estado brasileiro; a concessão como um instrumento de implementação de políticas públicas e uma alternativa para a realização de valores constitucionais fundamentais; enfim, destacou o autor que o instituto deveria ser tratado de uma maneira bem mais abrangente do que o conteúdo genérico dado pela Lei n. 8.987/95.⁹¹

Este diploma legal, aliás, cuidou de definir normas gerais sobre concessões, em seguimento ao que previu a CRFB no art. 175. A Lei n. 8.987/95 é de âmbito nacional e aplica-se a toda e qualquer concessão de serviço público a ser realizada no âmbito do governo federal, estadual ou municipal. Ela serve de parâmetro para que os entes federados editem as suas leis quando queiram delegar algum serviço. Assim, estes são quem definirão as questões específicas relacionadas à delegação. Para instituir e regular qualquer concessão, devem ser

⁸⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003, p. 53.

⁹⁰ BRASIL. Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 13 set. 2013.

⁹¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *op. cit.*, p. 57-58.

observadas pelos menos duas leis: a 8.987/95 e outra específica, do ente que estiver instituindo a delegação.⁹²

Passando à natureza jurídica da concessão, a doutrina já formulou teorias de que ela seria um ato unilateral do Estado; de que seria uma modalidade de contrato; e sob o enfoque da teoria mista, que a concessão até apresenta natureza contratual, mas limitada a certos aspectos por atos unilaterais do Estado.

A par das discussões doutrinárias, entende-se, de forma consolidada, que a natureza da concessão é verdadeiramente contratual, pois configura um real contrato administrativo.⁹³ E este é, no entender de Marcelo Alexandrino e Vicente Paulo, um “contrato de adesão”, “porque as cláusulas são redigidas pela administração pública, sem possibilidade de negociação dessas cláusulas pelo particular contratante”.⁹⁴ Isso implica, a propósito, que a Lei n. 8.666/93 – que dispõe sobre as normas gerais de licitações e contratos administrativos – é aplicável às concessões subsidiariamente, ou seja, quando não houver disposição própria na Lei n. 8.987/95 e desde que não seja com ela incompatível.⁹⁵

Cabe destacar que não fosse isso, mais um argumento a reforçar a tese da natureza contratual consiste no art. 1º da Lei n. 8.987/95, que disciplinou as concessões e as permissões por meio de contratos.⁹⁶

3.2.2 Aspectos gerais do regime de concessão

Superadas a definição e a natureza jurídica da concessão, cumpre abordar outros temas relativos a este contrato.

Como foi visto no ponto anterior, a concessão consiste em delegação da prestação de serviço público, permanecendo a titularidade com o poder público; além disso, a prestação

⁹² FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo**. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 567.

⁹³ JUSTEN FILHO, Marçal. *op. cit.*, p. 156.

⁹⁴ ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2011, p. 680.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 681.

⁹⁶ Art. 1º. As concessões de serviços públicos e de obras públicas e as permissões de serviços públicos reger-se-ão pelos termos do art. 175 da Constituição Federal, por esta Lei, pelas normas legais pertinentes e pelas cláusulas dos indispensáveis contratos.

se dá por conta e risco da concessionária – isso sob fiscalização do poder concedente. Ela sempre será precedida de licitação, na modalidade concorrência, e possui natureza contratual. Por fim, se dará sempre por prazo determinado e será celebrada com pessoa jurídica ou consórcio de empresas, nunca com pessoa física.

Assim, não é possível ao poder público, ainda que se utilize de lei, instituir regime de concessão de serviço público para a exploração de serviços privados, que não se enquadrem no conceito de serviço público.⁹⁷

Nem todo serviço público, cumpre ressaltar, é passível de delegação por meio da concessão. Esta se restringe somente àqueles cuja exploração possa ser realizada em caráter empresarial, como atividade de risco. Vale dizer, os serviços serão sustentados a partir de tarifas pagas pelos usuários, os quais gerarão as receitas a serem auferidas pelo concessionário.⁹⁸

Além disso, o serviço público precisa ser aquele que é prestado à população, pois a concessão pressupõe que o serviço seja prestado ao particular, denominado usuário do serviço (e quem tem o ônus de pagar por isso). Quando o destinatário direto é unicamente a Administração Pública, como no caso dos serviços de limpeza e conservação de prédios públicos, por exemplo, não podem ser objeto de concessão.⁹⁹

Como consequência, é possível constatar que outro requisito para um serviço ser passível de concessão é que ele seja “uti singuli”, ou seja, aquele em que o destinatário pode ser perfeitamente indicado, conforme já foi descrito no item 3.1.2 deste capítulo.

Há que se registrar, também, um requisito de caráter formal para o regime de concessão: a existência de lei específica que autorize o Poder Público a realizar a delegação desta forma, devido à gravidade dos efeitos de uma medida como esta.¹⁰⁰ Assim dispõe, a propósito, o teor do art. 2º da Lei n. 9.074/95.¹⁰¹

⁹⁷ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo**. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 569.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 568.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 568.

¹⁰⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 8. ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 723.

¹⁰¹ Art. 2º. É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios executarem obras e serviços públicos por meio de concessão e permissão de serviço público, sem lei que lhes autorize e fixe os termos, dispensada a lei autorizativa nos casos de saneamento básico e limpeza urbana e nos já referidos na Constituição Federal, nas Constituições Estaduais e nas Leis Orgânicas do Distrito Federal e Municípios, observado, em qualquer caso, os termos da Lei nº 8.987, de 1995.

Justen Filho, sobre esse requisito, ensina que:

A outorga de uma concessão envolve decisão séria e grave, pertinente a interesses coletivos de diversa ordem, inclusive com potenciais efetivos sobre direitos e garantias individuais. Daí se segue a impossibilidade de reputar-se a decisão de produzir a outorga como abrangida nas competências puramente administrativas. A escolha de produzir a outorga de concessão envolve a manifestação do Poder Legislativo.¹⁰²

Interessante, ainda, trazer um aspecto a que deve atender a concessão, destacado pelo mesmo autor: “a outorga deve tomar em vista que o sucesso da concessão é necessário para a realização dos direitos fundamentais e dos interesses de todos os partícipes na relação jurídica. O Estado tem o dever de assumir um compromisso com a concessão”.¹⁰³

A propósito, não só os direitos fundamentais e interesses dos partícipes devem ser atendidos: a Lei n. 8.987/95, em seu art. 6º, dispõe que toda concessão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários. A lei inclusive descreve o que seria o serviço adequado: “é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas”. E, especificamente sobre a atualidade, o legislador esclareceu: “A atualidade compreende a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço”.¹⁰⁴

Outro ponto relevante tratado pela Lei n. 8.987/95 diz respeito às cláusulas essenciais enumeradas pelo legislador para compor o contrato de concessão de serviços públicos. Elas estão elencadas no art. 23:

Art. 23. São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas:
 I - ao objeto, à área e ao prazo da concessão;
 II - ao modo, forma e condições de prestação do serviço;
 III - aos critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros definidores da qualidade do serviço;
 IV - ao preço do serviço e aos critérios e procedimentos para o reajuste e a revisão das tarifas;
 V - aos direitos, garantias e obrigações do poder concedente e da concessionária, inclusive os relacionados às previsíveis necessidades de futura alteração e expansão

¹⁰² JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003, p.173.

¹⁰³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 8. ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 724.

¹⁰⁴ BRASIL. Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 13 set. 2013.

do serviço e conseqüente modernização, aperfeiçoamento e ampliação dos equipamentos e das instalações;
 VI - aos direitos e deveres dos usuários para obtenção e utilização do serviço;
 VII - à forma de fiscalização das instalações, dos equipamentos, dos métodos e práticas de execução do serviço, bem como a indicação dos órgãos competentes para exercê-la;
 VIII - às penalidades contratuais e administrativas a que se sujeita a concessionária e sua forma de aplicação;
 IX - aos casos de extinção da concessão;
 X - aos bens reversíveis;
 XI - aos critérios para o cálculo e a forma de pagamento das indenizações devidas à concessionária, quando for o caso;
 XII - às condições para prorrogação do contrato;
 XIII - à obrigatoriedade, forma e periodicidade da prestação de contas da concessionária ao poder concedente;
 XIV - à exigência da publicação de demonstrações financeiras periódicas da concessionária; e
 XV - ao foro e ao modo amigável de solução das divergências contratuais.¹⁰⁵

Dentre todas essas cláusulas essenciais elegidas pela Lei, cumpre dar relevo às mencionadas nos incisos V e VI relativas aos direitos e obrigações do poder concedente e da concessionária e aos direitos e deveres dos usuários. As obrigações da concessionária estão estipuladas no art. 31 da Lei n. 8.987/95, e dentre elas destaca-se a incumbência de “prestar serviço adequado”. Já entre os direitos dos usuários, expressos no art. 7º, está o de “receber serviço adequado”, retratando, pois, a preocupação do legislador em conferir importância à satisfação do interesse da coletividade mediante a prestação de um serviço que atenda às suas necessidades.

Como já foi dito acima, a Lei cuidou de dispor que para a prestação deste “serviço adequado”, uma das condições é a modicidade das tarifas (art. 6º). No art. 9º e seguintes, o diploma legal traz algumas regras com a pretensão de compor uma “política tarifária”. São regras sobre reajuste, revisão e manutenção do equilíbrio financeiro.¹⁰⁶

Interessa, neste ponto, recordar que a “tarifa é, especificamente, o nome dado ao preço público que representa a contraprestação pecuniária de um serviço público, pago diretamente pelo usuário ao respectivo prestador”,¹⁰⁷ de natureza não-tributária e sujeita ao regime jurídico administrativo, decorrente de obrigação contratual, pertencente ao particular delegatário do serviço público.¹⁰⁸

¹⁰⁵ BRASIL. Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 13 set. 2013.

¹⁰⁶ ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2011, p. 705.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 702-703.

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 703.

Delineados os aspectos gerais atinentes à concessão, passa-se, agora, a discorrer sobre os atores envolvidos no contrato, os quais de forma associada e ordenada exercem seus papéis para a consecução do serviço público delegado.

3.2.3 Poder concedente, concessionário, usuário e agência reguladora

O contrato de concessão, além dos aspectos gerais destacados no ponto anterior, possui uma “natureza institucional-associativa”, no dizer de Marçal Justen Filho.¹⁰⁹ Isso significa que as partes que se associam para a celebração deste tipo de contrato assumem compromissos recíprocos para executar prestações permanentes e continuadas, regidas por princípios e regras destinados a institucionalizar um serviço público.¹¹⁰

Não é a toa que o regime jurídico da concessão apresenta grande complexidade, tendo em vista principalmente a conjugação de interesses de natureza pública e privada. De outra parte, este regime se caracteriza pela unidade, pelo fato de todos os agentes comporem um conjunto único de direitos, deveres, poderes e encargos relacionados com a concessão do serviço.¹¹¹

Feitas essas importantes observações, de início tem-se que, com relação ao poder concedente, a própria Lei n. 8.987/95, no seu art. 2º, I, trouxe o seu conceito: “a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Município, em cuja competência se encontre o serviço público, precedido ou não da execução de obra pública, objeto de concessão ou permissão”.¹¹²

Em outras palavras, o poder concedente é aquele ente federado titular do serviço público que delega a respectiva prestação mediante a concessão. Representa a figura do Estado, que, no caso de cada ente, delegará os serviços de acordo com as respectivas competências constitucionais e com os serviços que possam prestar.¹¹³

¹⁰⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 8. ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 729.

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 729.

¹¹¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003, p. 289.

¹¹² BRASIL. Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 13 set. 2013.

¹¹³ CARVALHO FILHO. José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p.374.

O poder concedente possui algumas prerrogativas que, por serem de caráter extraordinário, foram denominadas pela doutrina de competências anômalas, a saber:

- regulamentar as condições da prestação do serviço e alterá-las unilateralmente;
- exercitar fiscalização severa, inclusive com poderes de acompanhamento direto das atividades desenvolvidas pela outra parte;
- extinguir o contrato unilateralmente, inclusive em virtude de razões de conveniência e oportunidade;
- impor unilateralmente sanções ao particular; e
- intervir extraordinária e temporariamente na administração do concessionário, ocupando instalações e exercitando a gerência do pessoal.¹¹⁴

A par dessas competências, é certo que o interesse do Estado deve ser um só: a prestação de um serviço adequado, de qualidade. Nesse sentido, há que se registrar a impropriedade de o Estado buscar vantagens econômicas quando realiza um contrato de concessão de serviço público.¹¹⁵

O contrato de concessão é pactuado entre três partes: o poder concedente, a sociedade e o particular (concessionário).

O concessionário é uma pessoa jurídica ou um consórcio de empresas que prestará o serviço concedido, por sua conta e risco, aplicando seus recursos e esforços para tanto, visando a obtenção de lucro com a remuneração paga pelos usuários mediante tarifa.

Conforme ensina Furtado, “o concessionário contratado não é um mero prestador de serviço: ele é um investidor que considera a concessão um projeto em será considerado o custo de oportunidade do investimento”.¹¹⁶ Ele busca, com efeito, o maior retorno possível para o capital investido.

Paralelamente, possui o concessionário o dever de prestar – tanto perante o poder concedente quanto aos usuários – um serviço adequado, a quem caberá, portanto, promover todas as atividades necessárias a configurar serviço compatível com o modelo legal.¹¹⁷ Esse encargo está expressamente previsto, dentre outros, no art. 31, I, da Lei n. 8.987/95.¹¹⁸

¹¹⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 729.

¹¹⁵ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo**. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 564.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 563.

¹¹⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003, p. 302.

¹¹⁸ Art. 31. Incumbe à concessionária:

I - prestar serviço adequado, na forma prevista nesta Lei, nas normas técnicas aplicáveis e no contrato;
II - manter em dia o inventário e o registro dos bens vinculados à concessão;

A participação do usuário na concessão se dá como sujeito de direitos – não exatamente os idênticos àqueles reservados ao poder concedente e ao concessionário. A sociedade civil dispõe de direitos de fiscalização, desde a licitação até a execução do contrato, e a ela devem ser prestados os esclarecimentos pertinentes ao empreendimento, bem como deve ser ouvida a sua manifestação antes das decisões regulatórias. A cooperação dos usuários nesta tarefa de fiscalizar é prevista expressamente no art. 3º da Lei n. 8.987/95, a qual, no art. 7º, dispõe, ainda, dos direitos e deveres de incumbência dos usuários dos serviços públicos concedidos.¹¹⁹

Quanto ao mais, resta discorrer sobre o papel das agências reguladoras.

Tendo o governo instituído a política de transferência da execução dos serviços públicos ao setor privado, reservando-se ao Estado a regulamentação, o controle e a fiscalização desses serviços, houve a necessidade de criar, na Administração, agências especiais destinadas a esse fim, no interesse dos usuários e da sociedade, denominadas agências reguladoras.¹²⁰

As agências reguladoras são na verdade autarquias de regime especial, instituídas sob essa forma com o intuito de garantir sua autoridade e autonomia administrativa. Ela tem a

III - prestar contas da gestão do serviço ao poder concedente e aos usuários, nos termos definidos no contrato;

IV - cumprir e fazer cumprir as normas do serviço e as cláusulas contratuais da concessão;

V - permitir aos encarregados da fiscalização livre acesso, em qualquer época, às obras, aos equipamentos e às instalações integrantes do serviço, bem como a seus registros contábeis;

VI - promover as desapropriações e constituir servidões autorizadas pelo poder concedente, conforme previsto no edital e no contrato;

VII - zelar pela integridade dos bens vinculados à prestação do serviço, bem como segurá-los adequadamente; e

VIII - captar, aplicar e gerir os recursos financeiros necessários à prestação do serviço.

Parágrafo único. As contratações, inclusive de mão-de-obra, feitas pela concessionária serão regidas pelas disposições de direito privado e pela legislação trabalhista, não se estabelecendo qualquer relação entre os terceiros contratados pela concessionária e o poder concedente.

¹¹⁹ Art. 3º As concessões e permissões sujeitar-se-ão à fiscalização pelo poder concedente responsável pela delegação, com a cooperação dos usuários.

Art. 7º. Sem prejuízo do disposto na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, são direitos e obrigações dos usuários:

I - receber serviço adequado;

II - receber do poder concedente e da concessionária informações para a defesa de interesses individuais ou coletivos;

III - obter e utilizar o serviço, com liberdade de escolha, observadas as normas do poder concedente;

III - obter e utilizar o serviço, com liberdade de escolha entre vários prestadores de serviços, quando for o caso, observadas as normas do poder concedente. (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)

IV - levar ao conhecimento do poder público e da concessionária as irregularidades de que tenham conhecimento, referentes ao serviço prestado;

V - comunicar às autoridades competentes os atos ilícitos praticados pela concessionária na prestação do serviço;

VI - contribuir para a permanência das boas condições dos bens públicos através dos quais lhes são prestados os serviços.

¹²⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 334.

função de regular a matéria específica que lhe foi atribuída por lei, o que a doutrina chama de princípio da especialidade.¹²¹ Di Pietro ensina que “regular significa, no caso, organizar determinado setor afeto à agência, bem como controlar as entidades que atuam nesse setor”.¹²²

Para tanto, são dotadas de regime especial que lhes confere maior autonomia em relação à Administração Direta, consubstanciada nas seguintes características: estabilidade dos seus dirigentes e caráter final das suas decisões, as quais não são passíveis de apreciação por outros órgãos ou entidades da Administração Pública.¹²³

Cumpra dizer, para finalizar, que apesar de o contrato de concessão envolver interesses distintos, ele precisa ser capaz de harmonizá-los. Como se viu, as particularidades dos agentes envolvidos diferenciam totalmente os contratos de concessão dos contratos comuns. No entanto, todos os atores envolvidos na concessão têm um interesse comum relacionado à prestação de um serviço de boa qualidade. Em todos os casos, o sucesso de uma concessão pressupõe que o contrato seja capaz de definir de modo o mais claro possível conceitos como “lucro justo”, “modicidade tarifária” e “risco de investimento”, dentre outros.¹²⁴

Para a garantia do sucesso da concessão e também para que o interesse público seja plenamente atendido, não só os agentes mencionados neste ponto podem colaborar, mas também órgãos de controle como o Tribunal de Contas podem auxiliar nesta tarefa. Por isso é que este tema será objeto de estudo no próximo capítulo, por meio do qual será possível a definição de que forma se dá a atuação dessas instituições de controle nos contratos de concessão de serviços públicos.

¹²¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 434.

¹²² *Ibidem*, p. 434.

¹²³ *Ibidem*, p. 436.

¹²⁴ FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo**. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 564-565.

4 OS TRIBUNAIS DE CONTAS E O CONTROLE DAS CONCESSÕES DE SERVIÇOS PÚBLICOS

No capítulo anterior, foi visto como está configurado o modelo de concessão dos serviços públicos no Brasil, bem como os atores envolvidos em todo esse processo: poder concedente, concessionária, usuário e agência reguladora.

A par de toda essa estrutura, é fato que: as concessões de serviços públicos envolvem a administração pública como poder concedente; dizem respeito a serviços de titularidade do poder público; e, em alguma medida, também se relacionam com recursos públicos, mesmo que indiretamente, já que as tarifas pagas ingressam para a concessionária, mas a estrutura para a prestação, muitas vezes, é proporcionada pelo titular do serviço (o poder público).

Essas considerações são para introduzir, em todo esse processo, mais um agente fomentador da prestação adequada do serviço público mediante concessão: o Tribunal de Contas.

As Cortes de Contas são o principal órgão que auxilia na realização do controle externo da administração pública, incumbência esta do Poder Legislativo, conforme visto no primeiro capítulo deste trabalho.

Assim, pretende-se, a seguir, delinear qual a função dessas instituições no controle das concessões de serviços públicos.

4.1 O PAPEL DOS TRIBUNAIS DE CONTAS NO CONTROLE DAS CONCESSÕES DE SERVIÇOS PÚBLICOS

Em princípio, o poder-dever de fiscalização do serviço público concedido é do poder concedente, que é quem controla permanentemente os contratos de concessão. É ele o titular do serviço, e como tal, possui as prerrogativas já mencionadas neste trabalho no item 3.2.3. Esse encargo de fiscalizar está previsto nos artigos 29 e 30 da Lei n. 8.987/95.¹²⁵ Com

¹²⁵ Art. 29. Incumbe ao poder concedente:

I - regulamentar o serviço concedido e fiscalizar permanentemente a sua prestação;

II - aplicar as penalidades regulamentares e contratuais;

III - intervir na prestação do serviço, nos casos e condições previstos em lei;

IV - extinguir a concessão, nos casos previstos nesta Lei e na forma prevista no contrato;

efeito, ensina Carvalho Filho que essa sistemática se justifica para que o Estado impeça que o interesse privado se sobreponha ao interesse público.¹²⁶

No entanto, não é somente o poder concedente que controla os contratos de concessão. Juarez Freitas ensina que atualmente se exige “o alargamento da dimensão estatal fiscalizadora das parcerias em sentido amplo”,¹²⁷ defendendo que a ideia agora deve ser a de um “controle sincronizado dos contratos públicos”, vale dizer, um controle proveniente de várias frentes e sob diversos enfoques, por terem os contratos de concessão nascido sob a marca de um Estado Democrático de Direito.¹²⁸

Dito isso, vejamos então as formas de controle nos contratos de concessão de serviços públicos.

4.1.1 Formas de controle dos contratos de concessão dos serviços públicos

O controle é uma função típica do poder concedente, pois é inerente à titularidade do serviço. Essa função, diga-se, não é mera faculdade, mas sim um dever. Por meio do controle, a pessoa federativa competente para instituir o serviço deverá aferir as condições em

V - homologar reajustes e proceder à revisão das tarifas na forma desta Lei, das normas pertinentes e do contrato;

VI - cumprir e fazer cumprir as disposições regulamentares do serviço e as cláusulas contratuais da concessão;

VII - zelar pela boa qualidade do serviço, receber, apurar e solucionar queixas e reclamações dos usuários, que serão cientificados, em até trinta dias, das providências tomadas;

VIII - declarar de utilidade pública os bens necessários à execução do serviço ou obra pública, promovendo as desapropriações, diretamente ou mediante outorga de poderes à concessionária, caso em que será desta a responsabilidade pelas indenizações cabíveis;

IX - declarar de necessidade ou utilidade pública, para fins de instituição de servidão administrativa, os bens necessários à execução de serviço ou obra pública, promovendo-a diretamente ou mediante outorga de poderes à concessionária, caso em que será desta a responsabilidade pelas indenizações cabíveis;

X - estimular o aumento da qualidade, produtividade, preservação do meio-ambiente e conservação;

XI - incentivar a competitividade; e

XII - estimular a formação de associações de usuários para defesa de interesses relativos ao serviço.

Art. 30. No exercício da fiscalização, o poder concedente terá acesso aos dados relativos à administração, contabilidade, recursos técnicos, econômicos e financeiros da concessionária.

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.

¹²⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p.343.

¹²⁷ FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 292.

¹²⁸ *Ibidem*, p. 292-293.

que ele é prestado, “sobretudo porque essa aferição traz repercussão na esfera dos indivíduos beneficiários do serviço”,¹²⁹ conforme bem observa Carvalho Filho.¹³⁰

Na prática, porém, há que se levar em consideração dois fatores: o movimento de desestatização, já mencionado neste trabalho; e a ampliação dos serviços concedidos. Tudo isso provocou a necessidade de ser reforçado o controle sobre a execução dos serviços. Com efeito, antes, esse controle tinha um caráter interno: o serviço era executado por empresas governamentais e o próprio Estado as controlava. Hoje em dia, no entanto, foi necessário instituir um sistema específico para manter o controle estatal, de modo mais particularizado, que abrangesse os concessionários e os serviços públicos concedidos.¹³¹

Assim, tendo em vista o contexto acima, reservou-se a certas entidades típicas do Estado o controle sobre determinados segmentos de serviços concedidos, mediante a criação das agências reguladoras, que consistem em uma segunda forma de controle das concessões de serviços públicos.

Conforme já foi exposto no item 3.2.3 do capítulo anterior, as agências reguladoras são autarquias com a finalidade de exercer o controle estatal sobre os numerosos serviços atualmente prestados sob o regime de concessão, dentre inúmeras outras funções que lhe competem, tais como: regulamentar os serviços, realizar o procedimento licitatório, celebrar o contrato, definir o valor da tarifa e aplicar sanções, por exemplo.¹³²

Elas são criadas por lei para deterem certa autonomia – o que faz delas “autarquias especiais”, no entanto, quanto à independência, não se pode afirmar o mesmo, pois com relação ao Poder Judiciário, ela praticamente não existe. É que as decisões das agências reguladoras, apesar de definitivas na instância administrativa, ficam sempre sujeitas ao controle do Poder Judiciário, visto que, no direito brasileiro, adotou-se o sistema de unidade da jurisdição.¹³³

Isso significa dizer que, a par dos controles já mencionados, há um controle judicial sobre as decisões das agências reguladoras, ou mesmo sobre qualquer ato praticado por elas que cause lesão ou ameaça de lesão, em decorrência direta do que dispõe o art. 5º,

¹²⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p.330.

¹³⁰ *Ibidem*, p. 330.

¹³¹ *Ibidem*, p. 410.

¹³² DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito administrativo**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 438.

¹³³ *Ibidem*, p. 437.

XXXV, da CRFB: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.¹³⁴

Ao lado do controle do poder concedente, das agências reguladoras e do Poder Judiciário, papel importante deve ter os cidadãos, os usuários, no controle das concessões de serviços públicos.

Resgatando mais uma vez o item 3.2.3 do capítulo anterior, já foi dito neste trabalho que cabe aos usuários de serviços públicos a cooperação para fiscalizar as concessões e permissões de serviços públicos juntamente com o poder concedente (art. 3º da Lei 8.987/95).

Não é por outro motivo que figuram como deveres dos usuários: levar ao conhecimento do poder público e da concessionária as irregularidades de que tenham conhecimento, referentes ao serviço prestado; e comunicar às autoridades competentes os atos ilícitos praticados pela concessionária na prestação do serviço (art. 7º da Lei n. 8.987/95). Esses mecanismos permitem o controle direto por parte dos usuários, os quais têm, cumpre ressaltar, o direito de receber um serviço adequado, e ainda, o direito de receber qualquer informação necessária para a defesa dos seus interesses.

Para isto colabora sobremaneira o fato de estarmos vivendo a “era da informação”. Com este fenômeno, ressalta Moreira Neto que a população passa, sucessivamente, a ter amplo acesso ao conhecimento, a tomar consciência dos seus interesses, a reivindicar participação e, como consequência, a se organizar cada vez mais para exigir eficiência no atendimento de suas necessidades.¹³⁵

Nesse sentido, a participação democrática, nas palavras do mesmo autor, leva às seguintes tendências influenciadoras da função administrativa pública: “pluralismo, subsidiariedade, transnacionalização, sócio-capitalismo, fiscalidade competitiva, despolitização, consensualidade e governabilidade”.¹³⁶ Esses propósitos, com efeito, têm impacto também sobre as concessões de serviços públicos e sobre a sua fiscalização e controle por parte dos agentes mencionados no presente item deste trabalho.

¹³⁴ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

¹³⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. A globalização e o direito administrativo. In: _____. (Coord.). **Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 547.

¹³⁶ *Ibidem*, p. 558.

Dentro desse contexto, cabe dizer que a participação democrática é um dos pressupostos do exercício do chamado controle social. Sobre este tipo de controle, exercido pelos cidadãos, extrai-se do Portal da Transparência do Governo Federal o seu conceito em termos simplificados:

(...) por meio da participação na gestão pública, os cidadãos podem intervir na tomada da decisão administrativa, orientando a Administração para que adote medidas que realmente atendam ao interesse público e, ao mesmo tempo, podem exercer controle sobre a ação do Estado, exigindo que o gestor público preste contas de sua atuação.

A participação contínua da sociedade na gestão pública é um direito assegurado pela Constituição Federal, permitindo que os cidadãos não só participem da formulação das políticas públicas, mas, também, fiscalizem de forma permanente a aplicação dos recursos públicos.

Assim, o cidadão tem o direito não só de escolher, de quatro em quatro anos, seus representantes, mas também de acompanhar de perto, durante todo o mandato, como esse poder delegado está sendo exercido, supervisionando e avaliando a tomada das decisões administrativas.¹³⁷

Com todo o exposto, restou definida a forma como se dá o controle sobre as concessões de serviços públicos, seja ele o exercido pelo poder concedente, por intermédio das agências reguladoras, ou o controle judicial, ou ainda, o exercido pelos cidadãos, por meio do controle social. Cumpre agora tratar do controle externo sobre as concessões de serviços públicos levado a efeito pelos Tribunais de Contas.

4.1.2 O controle das concessões pelos Tribunais de Contas

O controle externo, como visto neste estudo, compete ao Poder Legislativo e é exercido com o auxílio dos Tribunais de Contas, segundo o regramento constitucional disposto nos artigos 70 e seguintes da CRFB.

4.1.2.1 O controle sob o enfoque da legalidade

¹³⁷ BRASIL. Portal da Transparência do Governo Federal. Disponível em: <<http://www.portaldatransparencia.gov.br/controleSocial/>>. Acesso em: 23. out. 2013.

A fiscalização das Cortes de Contas, segundo o art. 70, parágrafo único da CRFB, tem ampla abrangência, nos seguintes termos:

Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assuma obrigações de natureza pecuniária.¹³⁸

Portanto, diante da amplitude de controle externo, é natural que também os órgãos e entidades estatais encarregadas de regular a prestação de serviços públicos delegados – as agências reguladoras – estejam sob o crivo do controle que os Tribunais de Contas exercem.

Isso porque, sendo as agências reguladoras entidades autárquicas, ainda que sob regime especial, o controle direto sobre os administradores das referidas agências decorre diretamente do texto constitucional.¹³⁹

Dentre as inúmeras funções das Cortes de Contas – fiscalizadora, judicante, sancionadora, pedagógica, consultiva, informativa, normativa, ouvidoria e corretiva –, algumas delas incidem com bastante propriedade sobre as agências reguladoras, notadamente as funções fiscalizadora, judicante e orientadora, insculpidas nas competências dos incisos II a IV do art. 71 da CRFB:

II - julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público;

III - apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como a das concessões de aposentadorias, reformas e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório;

IV - realizar, por iniciativa própria, da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, de Comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II;¹⁴⁰

¹³⁸ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

¹³⁹ ZYMLER, Benjamin. **Direito administrativo e controle**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 198.

¹⁴⁰ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

Vale dizer: cabe ao Tribunal de Contas, em decorrência do dispositivo transcrito, apreciar os atos de admissão de pessoal e de concessão de aposentadoria dos servidores das agências reguladoras; apreciar as contas prestadas dos recursos geridos pelos administradores principais; realizar auditorias e inspeções para verificar a regularidade nas áreas contábil, financeira, patrimonial e orçamentária.

Os Tribunais de Contas podem, ainda, avaliar os processos de delegações em dois momentos: no momento da outorga e no momento da execução do contrato.

Na fase da outorga dos serviços públicos, podem ser feitos: o exame da viabilidade da concessão ou da permissão; o exame da pré-qualificação do edital e da minuta dos contratos, quando houver; o exame da habilitação e do julgamento; e o exame do ato de outorga e dos contratos assinados. E ainda, devem ser avaliadas: a regularidade legal da delegação; a viabilidade técnico-econômica das condições de transferência do serviço público e as respectivas implicações ambientais.¹⁴¹ Essa atuação, de natureza concomitante e preventiva, torna a sua ação muito eficaz, considerando que o Tribunal pode adotar medidas urgentes e imprescindíveis quando necessárias para evitar a consumação de atos ilegais ou contrários ao interesse público.¹⁴²

Já na fase da execução contratual, o controle se dá por meio de inspeções e auditorias, oportunidades em que pode ser avaliado o cumprimento das cláusulas contratuais, tais como a tarifa praticada, a qualidade do serviço prestado e a efetiva realização dos investimentos previstos.¹⁴³

Além disso, cumpre lembrar que, em razão do poder geral de cautela atribuído aos Tribunais de Contas,¹⁴⁴ estes podem conceder medida cautelar diante da necessidade de uma rápida atuação, com vistas a evitar a ocorrência de dano efetivo ou potencial ao erário ou aos usuários dos serviços, conforme o caso.¹⁴⁵

Outro ponto em que pode atuar o Tribunal de Contas é na análise de denúncias elaboradas por cidadãos, partidos políticos, associações ou sindicatos que noticiem supostas irregularidades na atuação das agências, dentro da esfera de competências do Tribunal.

¹⁴¹ ZYMLER, Benjamin; ALMEIDA, Guilherme Henrique de La Rocque. **O controle externo das concessões de serviços públicos e das parcerias público-privadas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 162.

¹⁴² *Ibidem*, p. 162.

¹⁴³ *Ibidem*, p. 163.

¹⁴⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 24.510. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Brasília, 19 de novembro de 2003. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 23 out. 2013.

¹⁴⁵ ZYMLER, Benjamin. **Direito administrativo e controle**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 198.

Não fosse isso, do art. 71 e seus incisos VIII a XI, da CRFB,¹⁴⁶ é possível extrair mais algumas competências que podem ser exercidas quando do controle externo das agências reguladoras, tais como: aplicar penalidades aos responsáveis por ilegalidades constatadas; assinar prazo para que as agências adotem providências para o cumprimento da lei; e, por fim, representar aos órgãos competentes acerca das irregularidades de que teve notícia o Tribunal.¹⁴⁷

Enfim, todas essas frentes de atuação mencionadas fazem parte de um controle externo tradicional, que analisa precipuamente a legalidade dos atos praticados pelos gestores das agências reguladoras. Essa atuação do Tribunal de Contas baseia-se na análise das prestações de contas daquelas entidades e também por meio da realização de auditorias de conformidade, as quais nada mais são do que as que buscam aferir a conformidade dos atos administrativos aos dispositivos legais e regulamentares pertinentes.¹⁴⁸

4.1.2.2 O controle sob o enfoque dos resultados

Considerando que, com a tendência às privatizações, foi implementado um novo modelo regulatório pela Lei (8.987/95), no que toca às delegações de serviços públicos; e considerando a evolução das atividades fiscalizatórias pelos Tribunais de Contas, os quais passaram a analisar não só a legalidade, mas também o desempenho dos entes públicos, é possível vislumbrar uma outra frente de atuação das Cortes de Contas no controle das concessões de serviços públicos: o Tribunal de Contas pode e deve analisar a eficiência da entidade reguladora e a qualidade dos serviços prestados.

É por meio dessa nova visão de controle que o Tribunal de Contas poderá mais efetivamente contribuir para a democracia e a cidadania, já que poderá atuar para tornar as

¹⁴⁶ VII - prestar as informações solicitadas pelo Congresso Nacional, por qualquer de suas Casas, ou por qualquer das respectivas Comissões, sobre a fiscalização contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial e sobre resultados de auditorias e inspeções realizadas;

VIII - aplicar aos responsáveis, em caso de ilegalidade de despesa ou irregularidade de contas, as sanções previstas em lei, que estabelecerá, entre outras cominações, multa proporcional ao dano causado ao erário;

IX - assinar prazo para que o órgão ou entidade adote as providências necessárias ao exato cumprimento da lei, se verificada ilegalidade;

X - sustar, se não atendido, a execução do ato impugnado, comunicando a decisão à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal;

XI - representar ao Poder competente sobre irregularidades ou abusos apurados.

¹⁴⁷ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

¹⁴⁸ ZYMLER, Benjamin; ALMEIDA, Guilherme Henrique de La Rocque. **O controle externo das concessões de serviços públicos e das parcerias público-privadas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 153-155.

agências reguladoras mais operantes, tornando assim as concessões de serviços públicos de fato realizadoras do interesse público, tanto para o poder concedente quanto para o cidadão usuário.

Por oportuno, conforme bem observado por Marcos Vinícios Vilaça, ex-Ministro do TCU, “a fiscalização da legalidade só será relevante e eficaz se estiver integrada à avaliação do desempenho da Administração Pública e dos responsáveis pela gestão dos recursos públicos”.¹⁴⁹

A transição de uma análise jurídica formal para uma análise de resultados é consentânea com a previsão expressa do princípio da eficiência pela CRFB:

A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência¹⁵⁰ (art. 37, *caput*).

Importante trazer, para o desenvolvimento da questão do controle, a principal acepção do princípio da eficiência: espera-se que o agente público atue de forma a atingir o melhor desempenho possível das suas atribuições, a fim de lograr os melhores resultados.¹⁵¹

Meirelles afirma que o princípio da eficiência é um dos deveres da Administração Pública e destaca que um dos sentidos que esse princípio comporta é justamente o atendimento das necessidades da coletividade, ou seja, esse postulado, incluído na CRFB por meio da EC n. 19, de 04/06/1998, acaba por promover valores como a democracia e a cidadania. O princípio da eficiência, nas suas palavras, é:

o que se impõe a todo agente público de realizar suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento funcional. É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros.
(...) esse dever de eficiência bem lembrado por Carvalho Simas, corresponde ao ‘dever de boa administração’ da doutrina italiana, o que já se acha consagrado, entre nós, pela Reforma Administrativa Federal do Dec.-lei 200/67, quando submete toda atividade do Executivo ao *controle de resultado* (arts. 13 e 25, V), fortalece o *sistema de mérito* (art. 25, VII), sujeita a Administração indireta a *supervisão ministerial* quanto à *eficiência administrativa* (art. 26, III) e recomenda a *demissão* ou *dispensa* do servidor comprovadamente *ineficiente* ou *desidioso* (art. 100).¹⁵²

¹⁴⁹ VILAÇA, Marcos Vinícios. Palestra. In: Encontro anual de dirigentes do Tribunal de Contas da União, 21.; Informativo União *apud* ZYMLER, *op. cit.*, p. 198-199.

¹⁵⁰ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

¹⁵¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 75.

¹⁵² MEIRELLES, Hely Lopes *apud* DI PIETRO, *op. cit.*, p. 75.

Nesse contexto, e considerando que os Tribunais de Contas exercem a sua fiscalização quanto aos aspectos da legalidade, legitimidade e economicidade (art. 70, *caput*, da CRFB), sobressai o dever de eles examinarem os resultados alcançados pelas agências reguladoras no exercício da sua missão institucional.¹⁵³

Os Tribunais podem fazê-lo, dentre outros meios, por intermédio das auditorias operacionais, as quais consistem, segundo a definição do TCU inspirada nas diretrizes da INTOSAI - International Organisation of Supreme Audit Institutions (Organização Internacional das Entidades de Fiscalização Superior), no “exame independente e objetivo da economicidade, eficiência, eficácia e efetividade de organizações, programas e atividades governamentais, com a finalidade de promover o aperfeiçoamento da gestão pública”.¹⁵⁴

A INTOSAI, a propósito, apoia a realização de auditorias operacionais na área-fim das agências reguladoras. Tanto é assim que o Auditor-Geral do Reino Unido reforçou a preocupação daquela instituição com o efetivo controle externo das atividades das agências quando afirmou que:

Uma das consequências mais intrincadas da privatização é o desenvolvimento do papel da regulação econômica como modo de equilibrar o poder dos fornecedores dominantes ou monopolistas de serviços públicos agora sob controle privado. Os reguladores enfrentam a difícil tarefa de equilibrar os interesses legítimos dos consumidores em contraposição aos dos fornecedores, assegurando a prestação de um serviço razoável a preço justo.¹⁵⁵

Assim, quando o Tribunal de Contas realiza auditoria operacional sobre as agências reguladoras, deverá verificar se estão sendo atingidas as finalidades decorrentes da sua criação, ou seja, deve abranger a avaliação do cumprimento da sua missão de regular e fiscalizar os serviços públicos concedidos.¹⁵⁶ Além disso, o Tribunal pode fiscalizar, dentre outras questões, a execução dos contratos de concessão ou de permissão.¹⁵⁷

¹⁵³ ZYMLER, Benjamin; ALMEIDA, Guilherme Henrique de La Rocque. **O controle externo das concessões de serviços públicos e das parcerias público-privadas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 165.

¹⁵⁴ BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Manual de auditoria operacional**. 3. ed. Brasília: TCU, Secretaria de Fiscalização e Avaliação de Programas de Governo (Seprog), 2010, p. 11.

¹⁵⁵ ZYMLER, Benjamin; ALMEIDA, Guilherme Henrique de La Rocque. *op. cit.*, p. 159.

¹⁵⁶ ZYMLER, Benjamin. **Direito administrativo e controle**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 199.

¹⁵⁷ ZYMLER, Benjamin; ALMEIDA, Guilherme Henrique de La Rocque. *op. cit.*, p. 167.

No entanto, diante do exposto, poderia surgir a seguinte dúvida: essa fiscalização não implicaria uma redundância das esferas de controle, já que uma das principais atribuições das agências é exatamente fiscalizar tais contratos? Zymler, tratando desse questionamento, ensina que, para evitar essa superposição de controles, o Tribunal de Contas deve exercer uma fiscalização de “segundo grau”:

Para evitar que essa indesejável superposição de atividades ocorra, o Tribunal deve exercer uma fiscalização de segundo grau, buscando identificar se as agências estão cumprindo bem e fielmente seus objetivos institucionais, dentre os quais avulta o de fiscalizar a prestação de serviços públicos, sem se imiscuir indevidamente na área de competência privativa das agências.

Assim, se por um lado a Corte de Contas deve, no exercício de sua competência constitucional, avaliar a execução desses contratos, por outro lado, o TCU não pode controlar as empresas concessionárias em si mesmas consideradas, mas apenas examinar se as agências estão fiscalizando de forma adequada a execução dos contratos por ela firmados.¹⁵⁸

Com efeito, o Tribunal de Contas não pode substituir as agências reguladoras, e nem controlar a própria empresa concessionária. Prossegue aquele autor salientando que “cabe ao Tribunal contribuir para o atingimento de um nível de excelência na prestação de serviços públicos”, devendo “assumir uma posição de parceiro dessas entidades, paralelamente à de fiscal”.¹⁵⁹

Por outro lado, há autores que discordam da possibilidade de os Tribunais de Contas controlarem as agências reguladoras da forma como foi exposto acima. Luís Roberto Barroso, por exemplo, é um deles. Para ele, existe um limite para a atuação dos Tribunais de Contas no controle das agências reguladoras: “escapa às atribuições dos Tribunais de Contas o exame das atividades dessas autarquias especiais quando elas não envolvam dispêndio de recursos públicos”,¹⁶⁰ ou quando a atividade fiscalizatória incidir sobre a atividade-fim da agência reguladora. Prossegue o autor afirmando que:

Não pode o Tribunal de Contas procurar substituir-se ao administrador competente no espaço que a ele é reservado pela Constituição e pelas leis. O abuso seria patente. Aliás, nem mesmo o Poder Legislativo, órgão que é coadjuvado pelo Tribunal de Contas no desempenho do controle externo, poderia praticar atos dessa natureza.¹⁶¹

¹⁵⁸ ZYMLER, Benjamin; ALMEIDA, Guilherme Henrique de La Rocque. **O controle externo das concessões de serviços públicos e das parcerias público-privadas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 167.

¹⁵⁹ *Ibidem*, p. 167.

¹⁶⁰ BARROSO, Luís Roberto. Agências reguladoras: constituição, transformações do estado e legitimidade democrática. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. (Coord.). **Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 184.

¹⁶¹ *Ibidem*, p. 184.

Entretanto, diante de tais argumentos, Zymler e Almeida elencaram diversos outros capazes de derrubar aquela tese:

Em primeiro lugar, porque, além do exame da legalidade, os órgãos controladores devem verificar a eficiência e a economicidade da atuação das agências reguladoras, [...]. Esse poder-dever deflui das competências constitucionais da Corte de Contas Federal, especialmente daquela que autoriza a realização de auditorias operacionais (art. 71, IV, da Carta Magna). (...)

Em segundo lugar, porque [...] as agências reguladoras padecem de um *déficit* de legitimidade, o qual pode ser minimizado por meio da ação do controle externo, que confere mais transparência às ações dessas agências e afere a aderência dessas ações aos ditames legais e regulamentares e às políticas setoriais traçadas pelas instâncias competentes.

Em terceiro lugar, porque a emissão pelo TCU de pareceres técnicos bem fundamentados pode ajudar a esclarecer muitas questões controvertidas relativas à regulação. [...] Essa ação do Tribunal adquire ainda mais relevância quando se constata que [...] nosso aparelho judicial ainda não se encontra suficientemente preparado para responder tempestiva e adequadamente a questões versando sobre regulação.

Em quarto lugar, porque a consagração do princípio da eficiência como um dos princípios fundamentais da Administração Pública, em conformidade com a nova redação conferida pela Emenda Constitucional n. 19 ao caput do art. 37 da Constituição Federal, gerou novos deveres para o administrador público e, conseqüentemente, para o controle. (...)

Em quinto lugar, porque o exercício eficaz do controle externo colabora com o esforço que deve ser empreendido visando impedir a captura das agências reguladoras. Em todo o mundo, essas agências, por lidarem com interesses de forças econômicas poderosas, correm o risco de serem capturadas. [...] a atuação do TCU amplia o pluralismo de pressões sobre os reguladores e, conseqüentemente, ajuda a inibir eventuais relações clientelistas entre reguladores e agentes econômicos regulados. (...)

Em sexto lugar, porque [...] o TCU deve exercer o controle tanto sob o enfoque liberal (concernente à fiscalização da legalidade) quanto sob o enfoque gerencial (concernente ao incremento da eficiência da Administração Pública). Conseqüentemente, o Tribunal não só pode como deve atuar visando dotar as ações das agências da maior eficiência possível. (...)

Em sétimo lugar, porque compete ao TCU verificar se as agências estão atuando em consonância com as determinações legais e regulamentares e com as Políticas Públicas traçadas por quem detém competência para tanto.

Finalmente, deve-se considerar que a atuação do TCU, analisando detalhadamente os atos praticados pelas agências e divulgando o resultado dos seus trabalhos, facilita sobremaneira o exercício do controle social. (...)

Outra questão relevante diz respeito à estabilidade do sistema regulatório, que está diretamente relacionada ao nível de transparência dos processos decisórios dentro das agências reguladoras. [...] Atualmente, pesa sobre os usuários um grande déficit de informação, deixando os órgãos de defesa dos consumidores em flagrante desvantagem no debate de questões relevantes, tais como as revisões tarifárias. Excetuando os seus trabalhos de fiscalização que, em regra, são públicos, está o TCU contribuindo para viabilizar o surgimento de um controle social realmente efetivo.¹⁶²

¹⁶² ZYMLER, Benjamin; ALMEIDA, Guilherme Henrique de La Rocque. **O controle externo das concessões de serviços públicos e das parcerias público-privadas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 210-217.

Diante de todos esses argumentos, resta patente, tanto quanto razoável, que os Tribunais de Contas possuem competência para fiscalizar as atividades finalísticas das agências reguladoras.

Enfim, uma vez listadas as formas como se pode dar o controle das concessões pelos Tribunais de Contas – sob o aspecto da legalidade e dos resultados –, cumpre destacar de que maneira eles podem contribuir para alavancar a democracia e a cidadania nessa atividade fiscalizatória.

4.1.3 O Tribunal de Contas como garantidor da democracia e da cidadania no controle das concessões

Atualmente, a Administração Pública, controlada pelo Tribunal de Contas, não atua mais conforme um paradigma estanque e limitado, devido às inúmeras transformações ocorridas na ordem social e econômica.

Cumpre contextualizar que, segundo a concepção de uma Administração Pública prestacional, aquela tradicional tendência de associar este ramo do direito ao favorecimento do Poder deixa lugar para outra acepção – a de que, mediante a defesa do serviço público e o combate ao poder, a Administração estaria na verdade a serviço dos administrados. Segundo esse paradigma, denominado Escola do Serviço Público, a existência estatal estaria condicionada à prestação de serviços públicos para satisfazer as necessidades sociais. Portanto, para esta Escola, a Administração deve servir à coletividade, pois a sua autoridade só se justifica para o atendimento das suas necessidades.¹⁶³

No final do século XX, observado o movimento de redução do espaço de atuação estatal, a concepção de Direito Administrativo passou para a ideia de que o cidadão ocupa uma posição central, de modo que à Administração cabe promover os seus direitos fundamentais. Nessa linha, verificou-se “a mudança do papel do interesse geral unilateral da Administração por adotar-se um pensamento aberto, plural e dinâmico”¹⁶⁴, de forma a se

¹⁶³ DUGUIT *apud* BOURGES, Fernanda Schuli. **Serviços públicos concedidos: acesso e remuneração**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 19-20.

¹⁶⁴ RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime *apud* BOURGES, Fernanda Schuli, *op. cit.*, p. 23-24.

compatibilizar com os elementos do Estado Social e Democrático de Direito, no sentido de promover os direitos fundamentais dos indivíduos.¹⁶⁵

Essas observações servem para demonstrar que todas essas transformações na concepção da Administração Pública exigem que o controle exercido pelo Tribunal de Contas sirva também para a promoção de um Direito Administrativo voltado para o cidadão – ao indivíduo – adaptado e permeado pela realidade, pressuposto este que deve ser inerente aos institutos do serviço público e das concessões.¹⁶⁶

É desta forma que as Cortes de Contas poderão também promover a democracia e a cidadania, valores esses essenciais a uma sociedade plena.

A democracia é uma forma de governo, caracterizada pelo reconhecimento de que todo poder político se vincula à soberania popular. Nas palavras do doutrinador Marçal Justen Filho, “a democracia impõe a possibilidade de participação de todos os cidadãos, em igualdade de condições, no governo – seja por meio do voto ou de outros mecanismos de vinculação do governante à vontade do povo”.¹⁶⁷

Já a cidadania consiste na participação política do indivíduo nos negócios do Estado e também em outras áreas de interesse público. No entanto, o conceito não se limita mais a essa acepção mais comum, utilizada no sentido de gozo dos direitos políticos; ele vem sendo ampliado para compreender, também, os direitos e garantias fundamentais referentes à atuação do indivíduo em sua condição de cidadão.¹⁶⁸ Nas palavras de Juarez Freitas, a cidadania “atinge o seu ápice precisamente quando se mostra capaz de converter o Estado numa ética comunhão de membros respeitáveis e respeitados, em lugar de aparato da jugulação ou da arbitrariedade”¹⁶⁹.

Os Tribunais de Contas podem promover a democracia e a cidadania de diversas maneiras.

Inicialmente, apenas pelos aspectos próprios ao controle que exercem, as Cortes de Contas já auxiliam nessa tarefa. Isso porque, os Tribunais de Contas realizam a sua

¹⁶⁵ RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime *apud* BOURGES, Fernanda Schuli, *op. cit.*, p. 24.

¹⁶⁶ BOURGES, Fernanda Schuli. **Serviços públicos concedidos: acesso e remuneração**. Curitiba: Juruá, 2008, p. 25.

¹⁶⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 8. ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 170-171.

¹⁶⁸ CUNHA JR., Dirley; NOVELINO, Marcelo. **Constituição federal para concursos: doutrina, jurisprudência e questões de concursos**. 3. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2012, p. 12.

¹⁶⁹ FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 212.

fiscalização quanto aos aspectos da legalidade, legitimidade e economicidade (art. 70, *caput*, da CRFB). Ao assim dispor, a Carta Magna perfilou-se, nas palavras de Pardini, a uma corrente internacional que confere cada vez mais importância à aferição, pelo controle externo, da repercussão social da atividade estatal.¹⁷⁰ Com efeito, essa repercussão social pode ser verificada na análise do cumprimento do interesse público contido na lei; na análise do mérito dos atos praticados, se em conformidade com o mesmo interesse; e na análise do custo-benefício desses atos.

Essa repercussão social pode ser avaliada também se entendermos que a concessão serve como um instrumento de políticas públicas. Esse é o entendimento de Justen Filho, para quem a concessão de serviço público é uma maneira de implementar políticas públicas, não sendo, “pura e simplesmente, uma manifestação da atividade administrativa contratual do Estado”¹⁷¹; como bem destaca o autor, a concessão “é um meio para realização de valores constitucionais fundamentais”¹⁷² – a exemplo da democracia e da cidadania.

Outra maneira de promover tais valores está em o Tribunal de Contas focar na análise da adequação dos serviços que são prestados pelos concessionários de serviços públicos. Conforme bem lembra Juarez Freitas, a prestação de serviços essenciais de modo adequado não é uma mera expectativa de direito, mas verdadeiro direito subjetivo público.¹⁷³ Ensina o Professor que “entre as funções mais nobres do Estado Democrático, além de regular, está a de prestar, em tempo útil, ainda que por delegação, serviços essenciais, eficiente e eficazmente”.¹⁷⁴ Sendo assim, atuando as Cortes de Contas para avaliar o modo como se dá a prestação dos serviços públicos, estará, também, contribuindo para a consecução de uma das principais funções de um Estado Democrático de Direito – a de prestar aos cidadãos um serviço eficiente e eficaz, pois desta maneira estará assegurando a eles a proteção dos seus direitos fundamentais.

Seguindo essa mesma linha, os Tribunais de Contas podem agir em mais uma frente, realizando uma análise do custo-benefício dos serviços prestados, de modo a verificar:

¹⁷⁰ PARDINI, Frederico. **Tribunal de Contas da União**: órgão de destaque constitucional. Tese (Doutorado em Direito Público). Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 1997, p. 22 *apud* ZYMLER; ALMEIDA, *op. cit.*, p. 165.

¹⁷¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 8. ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 713.

¹⁷² *Ibidem*, p. 713.

¹⁷³ FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 291.

¹⁷⁴ *Ibidem*, p. 291.

é razoável a tarifa paga pelos cidadãos, se comparada com a qualidade do serviço que é prestado? Essa averiguação, com efeito, proporciona uma grande contribuição para a sociedade, pois representa uma atitude prática a favor da dignidade do cidadão, que paga a tarifa e necessita de um serviço à altura; e também se presta a favor do interesse público, pois com esta análise, pode-se verificar se a concessionária está usufruindo lucros exorbitantes à custa do dinheiro dos cidadãos.

A propósito, Câmara afirma categoricamente que sujeita-se à fiscalização dos Tribunais de Contas a fixação da relação de equilíbrio econômico-financeiro da concessão, relação esta que tem na fixação das tarifas um dos seus principais aspectos; bem assim, as alterações que venham a ser nela processadas, constituem medidas de índole administrativa de inegável impacto no patrimônio público.

Em consequência disso, o mesmo autor assevera que:

qualquer usuário que se sinta lesado pela fixação de tarifas abusivas em favor de prestadoras de serviços públicos pode invocar a atuação do Tribunal de Contas competente, uma vez que, além de atentar contra os direitos dos usuários, a medida impugnada também afetaria o próprio patrimônio público.¹⁷⁵

Além disso tudo, cumpre dizer que, considerando o vulto dos recursos financeiros envolvidos na prestação dos serviços públicos concedidos, é inegável que as decisões do Tribunais de Contas podem propiciar ganhos significativos para a sociedade, quando identificarem o legítimo interesse dos usuários desses serviços.¹⁷⁶

Por fim, para a promoção da democracia e da cidadania, as Cortes de Contas, enquanto instituições de controle externo, devem estimular o exercício do controle social, disponibilizando os resultados de suas auditorias e das informações relativas à gestão pública, de preferência em uma linguagem acessível ao cidadão. Devem, neste sentido, implementar mecanismos institucionais que viabilizem a transparência e a articulação com a sociedade, fomentando, assim, o diálogo do Estado com o cidadão dentro de sua esfera institucional.¹⁷⁷

Dessa forma, mostrando-se uma permanente porta de entrada aos cidadãos, os Tribunais de Contas poderão viabilizar o exercício de um controle externo de excelência, com

¹⁷⁵ CÂMARA, Jacintho Arruda. **Tarifa nas concessões**. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 158.

¹⁷⁶ ZYMLER, Benjamin; ALMEIDA, Guilherme Henrique de La Rocque. **O controle externo das concessões de serviços públicos e das parcerias público-privadas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 207.

¹⁷⁷ VUOLO, Cassyra L. **Os tribunais de contas como instrumento de construção de cidadania**. Cuiabá: 2007.

condições de contribuir para o atendimento das necessidades da população e tornar-se instrumento de cidadania, cujo maior beneficiário será a sociedade brasileira.¹⁷⁸

4.2 ESTUDO DE CASO: MOBILIDADE URBANA – COMO O TCE/SC ATUOU NAS CONCESSÕES DE TRANSPORTE PÚBLICO SUBMETIDAS AO SEU CONTROLE E QUAIS AS DIRETRIZES DE ATUAÇÃO SUGERIDAS PARA QUE A INSTITUIÇÃO COLABORE NA PROMOÇÃO DA DEMOCRACIA E DA CIDADANIA

A mobilidade urbana pode ser entendida como “a facilidade real ou efetiva das condições de deslocamento, realizada por qualquer modo em via pública, que leva em conta as necessidades dos cidadãos”¹⁷⁹. Ela é, em outras palavras, o que proporciona uma ligação eficiente aos bens e serviços; obtida, sobretudo, pela oferta adequada de transportes públicos e de uma infraestrutura viária, sendo desejável a integração de diferentes modais e das respectivas tarifas.¹⁸⁰

No Brasil há um estatuto da mobilidade urbana – a Lei n. 12.587, de 03/01/2012, que desde então previu um plano de política nacional para o tema. Esse diploma legal trouxe algumas definições que importam ser transcritas:

Art. 4º Para os fins desta Lei, considera-se:

I – transporte urbano: conjunto de modos e serviços de transporte público e privado utilizados para o deslocamento de pessoas e cargas nas cidades integrantes da Política Nacional de Mobilidade Urbana;

II – mobilidade urbana: condição em que se realizam os deslocamentos de pessoas e cargas no espaço urbano;

(...)

VI – transporte público coletivo: serviço público de transporte de passageiros acessível a toda a população mediante pagamento individualizado, com itinerários e preços fixados pelo poder público;¹⁸¹

A mobilidade urbana tem relação com a ideia de acessibilidade e, conseqüentemente, com o direito à locomoção. Como ela afeta a liberdade de locomoção,

¹⁷⁸ VUOLO, Cassyra L. **Os tribunais de contas como instrumento de construção de cidadania**. Cuiabá: 2007.

¹⁷⁹ GUIMARÃES, Geraldo Spagno. **Comentários à lei de mobilidade urbana – lei n. 12.587/12: essencialidade, sustentabilidade, princípios e condicionantes do direito à mobilidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 91.

¹⁸⁰ *Ibidem*, p. 91.

¹⁸¹ BRASIL. Lei 12.587, de 03 de janeiro de 2012. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 29 out. 2013.

incide em uma interdependência com os demais serviços públicos, razão pela qual é razoável concluir que “a mobilidade urbana, através do transporte coletivo, é meio assecuratório da efetividade dos direitos fundamentais”¹⁸² – isso se não for encarado, ele próprio, como um deles, analisando-se a questão por uma ótica mais vanguardista.

Com efeito, a mobilidade é de tal importância que o transporte coletivo urbano é o único serviço público que a CRFB classifica como de caráter essencial. Assim previu o legislador constituinte no art. 30, V: “Compete aos Municípios: organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial”.¹⁸³

Sobre a competência para legislar, cabe à União tratar dos assuntos nacionais de trânsito e transporte (art. 22, XI, CRFB); aos Estados-Membros, regular e prover os aspectos regionais e a circulação intermunicipal; e aos Municípios, a ordenação do trânsito urbano, que é de seu interesse local (art. 30, I e V, CRFB).¹⁸⁴

Assim, o serviço público de transporte urbano de passageiros tem como titular o Município e se classifica, quanto à prestação ou execução, em delegável; quanto à destinação, este serviço é *uti singuli*, ou seja, presta-se a atender determinados usuários que, individualmente, pagam a tarifa e se submetem ao regulamento próprio.¹⁸⁵

Na verdade, tanto o usuário quanto a coletividade são beneficiários do transporte público, já que, além de ser servido diretamente àquele, presta-se também ao benefício da coletividade: quando o usuário opta pelo transporte público, a sociedade tem como contrapartida a fluidez no trânsito.¹⁸⁶

É difícil, porém, atualmente, dizer que o serviço de transporte público coletivo urbano serve em plenitude o usuário, ou que a referida fluidez no trânsito seja garantida. Não é possível afirmar que existe cidadania ou dignidade da pessoa humana para a população brasileira, que despende horas todos os dias em trajetos demorados e pagando uma tarifa que não é barata, se considerado o serviço que é prestado.

¹⁸² GUIMARÃES, Geraldo Spagno. **Comentários à lei de mobilidade urbana – lei n. 12.587/12:** essencialidade, sustentabilidade, princípios e condicionantes do direito à mobilidade. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 89.

¹⁸³ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

¹⁸⁴ MEIRELLES, Hely Lopes *apud* GUIMARÃES, *op. cit.*, p. 204.

¹⁸⁵ *Ibidem*, p. 32-33.

¹⁸⁶ *Ibidem*, p. 41.

Não é a toa que a evidente falta de adequação do serviço, diante do caos no trânsito e no transporte urbano, fizeram eclodir, recentemente, um clamor social que levou a população brasileira às ruas para protestar. O mês de junho de 2013 foi marcado pelas manifestações que levaram mais de um milhão de pessoas às ruas em aproximadamente 350 cidades brasileiras, para protestar, dentre inúmeros motivos, tais como corrupção e gastos públicos desmedidos, contra o aumento das tarifas do transporte público, que geralmente ocorrem sem que haja qualquer contrapartida de qualificação do serviço para os usuários. Um reajuste de R\$ 0,20 nas tarifas praticadas na cidade de São Paulo, que acabou sendo aplicado também em outras capitais e regiões metropolitanas, desencadeou uma série de protestos que entraram para a história do país, sendo esta mobilização verificada também no Estado de Santa Catarina, principalmente nas cidades de Florianópolis, Joinville e Chapecó.¹⁸⁷

A mobilização social e o grande apoio popular a tais demandas faz com que ascenda a seguinte questão: como o Estado brasileiro conduz as concessões dos serviços públicos de transporte? Existe alguma preocupação efetiva com a modicidade das tarifas, aliada à adequação do serviço? As instituições envolvidas de fato atuam para cooperar com o interesse público?

Neste contexto, questiona-se o papel do Tribunal de Contas como promotor da democracia e da cidadania, na atuação perante tais contratos de concessão. É exatamente isso que se busca avaliar no presente estudo de caso, cuja análise será delimitada da seguinte forma: como o TCE/SC atuou nas concessões de transporte público submetidas ao seu controle?

Cumprido, então, elencar de que maneiras específicas o TCE/SC pode atuar no controle externo dessas concessões.

4.2.1 A atuação do TCE/SC no controle das concessões de transporte público

O Tribunal pode realizar a análise prévia dos editais de licitação das concessões de serviços públicos de transporte, conforme autorizam o art. 113, § 2º e 124 da Lei n.

¹⁸⁷ Disponível em: <http://www.infoescola.com/atualidades/protestos-no-brasil-em-junho-de-2013/>. Acesso em: 29 out. 2013.

8.666/93.¹⁸⁸ Essa análise tem como objetivo prevenir eventuais problemas no processo licitatório que possam influenciar, posteriormente, a execução do contrato. A Instrução Normativa n. TC-05/2008 é quem estabelece procedimentos para o TCE/SC examinar os editais de concorrência e de pregão realizados pelos Poderes, órgãos e entidades da Administração Pública do Estado e dos Municípios catarinenses, prevendo inclusive a possibilidade de sustação cautelar dos certames em caso de urgência, havendo fundada ameaça de grave lesão ao erário ou a direito dos licitantes, bem como para assegurar a eficácia da decisão de mérito.¹⁸⁹

Além disso, o TCE/SC também pode analisar denúncias e representações dos usuários quanto às concessões de serviços públicos, nos termos do art. 113, § 1º, da Lei n. 8.666/93.¹⁹⁰ Desta maneira, o Tribunal tem condições de examinar as concessões por provocação dos interessados, mostrando-se, assim, um instrumento útil à efetivação da democracia e da cidadania, já que, por meio destes processos, qualquer cidadão¹⁹¹ pode demonstrar a sua insatisfação com a concessão, a qualquer momento – seja na fase inicial da licitação, seja durante a execução do contrato -, e principalmente, quanto à adequação do serviço prestado.¹⁹² As denúncias e representações intentadas perante o TCE/SC são

¹⁸⁸ Art. 113. § 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.

Art. 124. Aplicam-se às licitações e aos contratos para permissão ou concessão de serviços públicos os dispositivos desta Lei que não conflitem com a legislação específica sobre o assunto.

¹⁸⁹ Instrução Normativa n. TC-05/2008. Art. 3º. § 3º. Em caso de urgência, havendo fundada ameaça de grave lesão ao erário ou a direito dos licitantes, bem como para assegurar a eficácia da decisão de mérito, mediante requerimento fundamentado do órgão de controle, ou por iniciativa própria, o Relator, sem a prévia manifestação do fiscalizado, interessado, ou do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, determinará, através de despacho singular, à autoridade competente a sustação do procedimento licitatório até manifestação ulterior que revogue a medida ex officio, ou até a deliberação pelo Tribunal Pleno.

¹⁹⁰ 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.

¹⁹¹ Conforme os artigos 65 e 66 da Lei Orgânica do TCE/SC (Lei Complementar Estadual n. 202/2000), “qualquer cidadão, partido político, associação ou sindicato é parte legítima para denunciar irregularidades ou ilegalidades perante o Tribunal de Contas do Estado”.

¹⁹² HILLESHEIM, Ana Sophia; ABREU, Andressa Zancanaro de; ACHKAR, Azor El; BOGONI, Flávia; MARTINS, Flávia L. F. B. **A atuação do Tribunal de Contas de Santa Catarina no fortalecimento e reconhecimento dos direitos dos usuários do transporte público de Florianópolis**. Florianópolis, 2012.

disciplinadas na Lei Orgânica do Tribunal (Lei Complementar Estadual n. 202/2000 – artigos 65 e 66) e também no Regimento Interno (Resolução n. TC-06/2001 – artigos 96 a 102).

Outra maneira de atuar do TCE/SC consiste na realização de auditorias – de regularidade ou operacionais – na execução dos contratos de concessão. Lembrando que o primeiro tipo de auditoria, a de regularidade, visa a verificar a legalidade, a economicidade e a legitimidade dos atos de gestão dos responsáveis sujeitos à sua jurisdição; e o segundo tipo, a operacional, destina-se a avaliar se estão sendo atendidos, na prestação do serviço, os aspectos da economicidade, eficiência, eficácia, efetividade e equidade, bem como outras dimensões de avaliação tais como *accountability*, transparência e sustentabilidade.

Na esteira da autorização constitucional (art. 59, IV, da Constituição Estadual¹⁹³), o Regimento Interno do TCE prevê esta espécie de auditoria – a operacional – em seu art. 49, III¹⁹⁴, sendo que o procedimento está regulamentado na Resolução n. TC-79/2013. Destaca-se que, por meio deste tipo de auditoria, o TCE/SC também pode servir como importante aliado na promoção da democracia e da cidadania, na medida em que consegue avaliar o verdadeiro atendimento dos aspectos mencionados e recomendar aos responsáveis medidas para o aumento do desempenho e para o aperfeiçoamento do serviço público prestado.¹⁹⁵

Por fim, mais uma forma de o TCE/SC colaborar com a democracia e a cidadania está na ouvidoria, cuja função principal é exatamente a de abrir um diálogo direto com o cidadão, sem que para isso seja necessário identificar-se. Desta maneira, o Tribunal pode tomar conhecimento de irregularidades que necessitem de uma medida efetiva de fiscalização, consistentes, por exemplo, em uma análise prévia de uma licitação de concessão, ou mesmo em uma auditoria sobre a execução do serviço público concedido. A Ouvidoria do TCE/SC foi instituída em 2008, pela Resolução n. TC-28/2008, e representa um canal importante para o exercício do controle social no acompanhamento das contas e atos dos gestores públicos.

Trabalho realizado na Especialização em Controle Externo nas Concessões de Serviços Públicos pela Fundação Escola de Governo EnaBrasil.

¹⁹³ Art. 59 — O controle externo, a cargo da Assembléia Legislativa, será exercido com o auxílio do Tribunal de Contas do Estado, ao qual compete: IV – realizar, por iniciativa própria, da Assembléia Legislativa, de comissão técnica ou de inquérito, inspeções e auditorias de natureza contábil, financeira, orçamentária, operacional e patrimonial, nas unidades administrativas dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, e demais entidades referidas no inciso II;

¹⁹⁴ Art. 49. A Auditoria tem por objetivo: III - avaliar, do ponto de vista de desempenho operacional, as atividades e sistemas desses órgãos e entidades, e aferir os resultados alcançados pelos programas e projetos governamentais a seu cargo;

¹⁹⁵ HILLESHEIM, Ana Sophia; ABREU, Andressa Zancanaro de; ACHKAR, Azor El; BOGONI, Flávia; MARTINS, Flávia L. F. B. **A atuação do Tribunal de Contas de Santa Catarina no fortalecimento e reconhecimento dos direitos dos usuários do transporte público de Florianópolis**. Florianópolis, 2012.

Com efeito, ela possibilita a participação da sociedade no acompanhamento da execução das ações e programas de governo, no âmbito das administrações públicas dos Municípios e do Estado de Santa Catarina, podendo contribuir, assim, para o aprimoramento e o aperfeiçoamento dos serviços públicos prestados, com reflexo na ampliação do exercício da cidadania.¹⁹⁶

Sabe-se que o TCE/SC já analisou alguns editais de licitação em processos de análise prévia e de representação, conforme se demonstra na tabela a seguir:

Tabela I – Análises de editais de concessão de transporte público urbano realizadas pelo TCE/SC

<p>REP 11/00378631 – Prefeitura Municipal de Brusque. Representação referente à Concorrência Pública n. 02/2011 - Concessão para prestação e exploração de serviços públicos de transporte coletivo urbano de passageiros do município. <u>Irregularidades apontadas:</u> Critérios de avaliação das propostas técnicas inadequados, por não estarem previstos no art. 46, § 1º, inciso I, da Lei Federal n. 8.666/93, por não demonstrarem a efetiva capacidade técnica da proponente e por restringirem a participação no certame e o princípio da igualdade, nos termos do art. 3º, caput e § 1º, inciso I, também da Lei Federal n° 8.666/93, além de serem contrários aos princípios da economicidade e eficiência – art. 37, <i>caput</i>, da Constituição Federal, da busca pela melhor proposta à Administração – art. 3º, caput, da Lei n° 8.666/93 e da modicidade das tarifas – art. 6º, § 1º, da Lei n° 8.987/95 (item 2.1 do Relatório DLC n° 560/2011). <u>Situação:</u> Edital anulado. Processo arquivado.</p>
<p>ELC 12/00055907 – Prefeitura Municipal de Caçador. Análise do edital de Concorrência Pública n. 04/2011 – Outorga da concessão para prestação do serviço público de transporte coletivo urbano do município. <u>Irregularidades apontadas:</u> 1. Concorrência, combinação de critérios de julgamento da licitação que não encontram amparo na Lei n. 8.987/95, exigência de critérios para julgamento das propostas - “pontuação técnica” – que estão pautados unicamente na comprovação de requisitos mínimos e desejáveis, sem qualquer exigência técnica complexa, de tecnologia sofisticada ou restrita, em desacordo com o disposto no inciso I do art. 46 da Lei n. 8.666/93 (item 2.1 do Relatório de Instrução DLC n. 507/2012); 2. Exigência de pagamento ao Poder Concedente de Obrigação Onerosa, cujo objetivo se destina à reversão ao Município para aplicação em investimento no sistema de transporte, mas com ausência de previsão legal e dos projetos para elaboração das estações e abrigos, o que representa violação ao disposto no art. 15 da Lei n. 8.987/95, em desatenção ao disposto no art. 6º, IX, alínea a c/c a alínea f, da Lei n. 8.666/93 (item 2.2 do Relatório de Instrução DLC n. 507/2012); 3. Elaboração de um fluxo de caixa 1 de orçamento básico com premissas incoerentes/inconsistentes, conforme itens 2.1 a 2.11 do Relatório de Instrução n. 507/2012, o que descumpra o previsto no art. 6º, inciso IX, alínea f da Lei n. 8.666/93 (item 3.1.1 da Conclusão do Relatório de Instrução DLC n. 507/2012); 4. Fixação de condicionantes que prejudicam a proposta das licitantes e, portanto, não leva à obtenção da proposta mais vantajosa para a Administração, conforme itens 2.1 a 2.11 do Relatório de Instrução DLC n. 507/2012, como previsto no art. 3º da Lei Federal n. 8.666/93 (item 3.1.2 da Conclusão do Relatório de Instrução DLC n. 507/2012); 5. Possibilidade de transferência da concessão mediante mera anuência do Poder Concedente, o que representa burla ao dever de licitar, consoante dispõe o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, representando violação ao disposto no art. 26, §1º, da Lei n. 8.987/95, pois interpretado de forma extensiva (item 2.3 do Relatório de Instrução Despacho n. DLC n. 70/2012); 6. Adoção de critérios de julgamento irrelevantes para a qualidade do objeto, contrariando o disposto no art. 46, §1º, I, c/c o §2º, da Lei n. 8.666/93 e em prejuízo da seleção da proposta mais vantajosa, prevista no art. 3º, caput, da mesma lei (itens 2.4 e 2.4.1 a 2.4.4 do Relatório de Instrução Despacho DLC n. 70/2012);</p>

¹⁹⁶ SANTA CATARINA. Tribunal de Contas. Resolução n. TC-28/2008. Disponível em: http://www.tce.sc.gov.br/site/legislacao/arquivos/resolucao_n_28-2008_consolidada.pdf. Acesso em: 17. nov. 2013.

7. Inexistência da definição de critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros para aferição da qualidade do serviço, em desacordo com o inciso III do art. 23 da Lei n. 8.987/1995 (item 2.15 do Relatório de Instrução Despacho DLC n. 70/2012);
8. Exigência de preenchimento de Declaração de Retirada do Edital, o que não encontra respaldo nos requisitos de habilitação contemplados pelo art. 27 da Lei n. 8.666/93, e mostra-se contrária aos princípios resguardados pelo art. 3º do mesmo diploma legal, em especial o da impessoalidade, bem como se mostra temerária à transparência do certame, diante da possibilidade de conhecimento prévio dos licitantes (item 2.5 do Relatório de Instrução Despacho DLC n. 70/2012);
9. Ausência de projetos para parcela do objeto licitado c/c a ausência da discriminação e detalhamento, contrariando o que dispõe o art. 6º, IX, alínea a c/c a alínea f, da Lei n. 8.666/93 c/c o artigo 18, incisos I e II, da Lei n. 8.987/95 (item 2.6 do Relatório de Instrução Despacho DLC n. 70/2012);
10. Incongruência sobre o Preço da Tarifa a ser praticado, diante da incompatibilidade entre o que resta previsto no Edital e o previsto na minuta do contrato, tornando duvidosa a forma como a mesma será fixada (item 2.7 do Relatório de Instrução Despacho DLC n. 70/2012);
11. Exigência de atestado de qualificação técnica com obrigação restritiva, em desacordo com o disposto no art. 30, §§ 1º e 3º, da Lei n. 8.666/93 (item 2.8 do Relatório de Instrução Despacho DLC n. 70/2012);
12. Exigência de qualificação técnica que extrapola ao disposto no art. 30, § 1º, inciso I, da Lei n. 8.666/93, em função da ausência de especificação da abrangência da expressão “quadro permanente” (item 2.9 do Relatório de Instrução Despacho DLC n. 70/2012);
13. Exigência de instalação da garagem da concessionária na sede no Município de Caçador, contendo área de estacionamento, manutenção, rampas de inspeção, local para lavagem e almoxarifado, e prédio administrativo com escritório, com exigência de prova de disponibilidade prévia, configurando violação ao disposto no art. 30, §6º, da Lei n. 8.666/93, atentando também contra os princípios da isonomia, da legalidade, da competitividade e da razoabilidade, esculpidos nos arts. 37, inciso XXI, da Constituição Federal e 3º, caput e §1º, inciso I, da Lei n. 8.666/93 (item 2.10 do Relatório de Instrução Despacho DLC n. 70/2012);
14. Utilização das fontes de receitas alternativas que carece do devido detalhamento e inserção no fluxo de caixa, considerando a estimativa de arrecadação, em desatenção ao disposto no art. 7º, §2º, incisos I e II, da Lei n. 8.666/93 (item 2.11 do Relatório de Instrução Despacho DLC n. 70/2012);
15. Cláusula incompleta na minuta do contrato que trata da revisão de tarifas, sendo insuficiente para atender ao disposto no art. 27 da Lei n. 8.987/95 (item 2.12 do Relatório de Instrução Despacho DLC n. 70/2012);
16. Cláusula incompleta na minuta do contrato que trata dos direitos e deveres dos usuários, sendo insuficiente para atender ao disposto no inciso VI do art. 23 da Lei n. 8.987/95 (item 2.13 do Relatório de Instrução Despacho DLC n. 70/2012); e
17. Cláusula incompleta na minuta do contrato que trata da forma da extinção da concessão, sendo insuficiente para atender ao disposto no inciso IX do art. 23 c/c art. 35 da Lei n. 8.987/95 (item 2.14 do Relatório de Instrução Despacho DLC n. 70/2012).

Situação:

Edital anulado. Processo arquivado.

ELC 12/00084753 – Prefeitura Municipal de Chapecó.

Análise do Edital de Concorrência n. 419/2011, para outorga de concessão para prestação dos serviços de transporte coletivo na área urbana do município.

Irregularidades apontadas:

1. Projeto básico incompleto, ausentes elementos necessários e suficientes para caracterizar o serviço e avaliar propriamente seu custo, em desacordo como previsto no art. 6º, inciso IX da Lei nº 8.666/93, aplicável ao presente caso por força do art. 18, “caput” da Lei nº 8.987/95 (conforme item 2.5 deste Relatório e item 2.1 do Relatório nº 595/2012);
2. Ausência de justificativa para fixar a tarifa base, ausência de informações de como foram obtidos ou a validade dos dados da demanda, ausência de justificativas para a taxa de crescimento da demanda utilizada e ausência de outras informações e dados no fluxo de caixa, considerando que , por tudo isso, o fluxo de caixa (orçamento básico) não está propriamente avaliado, em desacordo com o previsto no art. 6º, inciso X, alínea f, art. 7º, § 2º, inciso II e art. 40, § 2º, inciso II da Lei nº 8.666/93, aplicável no presente caso por força do art. 18, “caput” da Lei nº 8.987/95 (conforme item 2.5 deste Relatório e item 2.2 do Relatório nº 595/2012);
3. Exigência de índice contábil excessivo, sem justificativa, podendo restringir a competitividade do certame, em desatendimento aos artigos 3º, caput e § 1º, inciso I, e art. 31, inciso I, §1º e § 5º, ambos da Lei nº 8.666/93 (conforme item 2.4 deste Relatório);
4. Ausência de publicação do ato justificativo da conveniência de outorga do serviço público, inobservando o disposto no art. 5º, da lei nº 8.987/95 (item 2.2 Relatório nº 464/2012);
5. Ausência de autorização legislativa e inexistência no ato justificativo prévio da outorga para a adoção do critério da melhor oferta de pagamento, contrariando o princípio da modicidade da tarifa, previsto no art. 6º da Lei nº 8.987/95 (conforme item do 2.3 Relatório nº 464/2012);

6. Falta de clareza no item 3.8 do anexo do edital, ao prever que a exploração de outros formatos de publicidade não dependerá de análise e concordância do Município que definirá as respectivas regulamentações e autorizações (item 2.6 Relatório nº 464/2012);
7. Exigência de tempo mínimo de 5 (cinco) anos para a comprovação da qualificação técnica, em descompasso com o art. 30, § 5º da Lei nº 8.666/93, podendo cercear indevidamente a participação de empresas que estão a menos tempo em funcionamento, mas que detém condições técnicas de executar o objeto, o que fere o art. 3º da mesma lei (item 2.7 deste Relatório);
8. Falta de definição precisa do cronograma de investimentos, possibilitando a postergação no início da execução das obras de construção dos abrigos, causando possíveis prejuízos ao interesse público, em ofensa ao princípio da eficiência previsto no art. 6º, § 1º e ao art. 23, parágrafo único, I, ambos da Lei nº 8.987/95 (item 2.9 Relatório nº 464/2012);
9. Restrição à participação na licitação que extrapola o art. 9º da Lei nº 8.666/93, aplicado subsidiariamente as concessões por força do art. 18 da Lei nº 8.987/95 (item 2.12 Relatório nº 464/2012);
10. Exigência de instalação de garagem, oficina e escritórios no Município de Chapecó, comprometendo o princípio da ampla competitividade, em ofensa ao “caput” do art. 3º e seu inc. I, §1º da Lei nº 8.666/93 (item 2.14 Relatório nº 464/2012);
11. Projeto básico incompleto, ausentes elementos necessários e suficientes para caracterizar o serviço e avaliar propriamente seu custo, em desacordo com o previsto no art. 6º, inciso IX da Lei nº 8.666/93, aplicável ao presente caso por força do art. 18, “caput” da Lei nº 8.987/95 (conforme item 2.5 deste Relatório);
12. Ausência de justificativa para fixar a tarifa base, ausência de informações de como foram obtidos ou a validade dos dados da demanda, ausência de justificativas para a taxa de crescimento da demanda utilizada e ausência de outras informações e dados no fluxo de caixa, considerando que, por tudo isso, o fluxo de caixa (orçamento básico) não está propriamente avaliado, em desacordo com o previsto no art. 6º, inciso X, alínea f, art. 7º, § 2º, inciso II e art. 40, § 2º, inciso II da Lei nº 8.666/93, aplicável no presente caso por força do art. 18, “caput” da Lei nº 8.987/95 (conforme item 2.5 deste Relatório);
13. Exigência de índice contábil excessivo, sem justificativa, podendo restringir a competitividade do certame, em desatendimento aos artigos 3º, caput e § 1º, inciso I, e art. 31, inciso I, §1º e § 5º, ambos da Lei nº 8.666/93 (conforme item 2.4 deste Relatório).

Situação:

Edital considerado regular após a modificação de cláusulas do edital.

ELC 12/00383408 – Prefeitura Municipal de Itapoá.

Análise do Edital de Concorrência nº 02/2012, para outorga de concessão para prestação e exploração do serviço público de transporte coletivo urbano e rural regular no município.

Irregularidades apontadas:

1. Ausência do fluxo de caixa, o que, no presente caso, equivale ao orçamento básico, desatendendo ao previsto nos arts. 6º, inciso IX, f, e 7º, §2º, inciso II, da Lei n. 8.666/93, aplicável no presente caso por força do art. 18, caput, da Lei n. 8.987/95. (item 2.1 do Relatório de Instrução DLC n. 626/2012);
2. Exigência de que as licitantes apresentem, como requisito de habilitação, comprovante de que tenham prestado serviço privado autorizado de ônibus de fretamento contínuo, com no mínimo 16 ônibus, contrário ao previsto nos arts. 37, inciso XXI, da Constituição Federal e 3º, §1º, inciso I, da Lei n. 8.666/93 (item 2.2.1 do Relatório de Instrução Despacho DLC n. 553/2012);
3. Exigência de que as licitantes apresentem, como requisito de habilitação, comprovante de que tenham prestado serviço privado autorizado de ônibus de fretamento contínuo, durante o período de 10 anos, contrário ao previsto nos arts. 37, inciso XXI, da Constituição Federal e 3º, §1º, inciso I, da Lei n. 8.666/93 (item 2.2.2 do Relatório DLC n. 553/2012);
4. Exigência de outorga no valor de R\$ 700.000,00, afetando a modicidade tarifária, previsto no §1º do art. 6º e no art. 11 da Lei n. 8.987/95 (item 2.3 do Relatório DLC n. 553/2012);
5. Exigência de apresentação de Certidão de Registro Cadastral como requisito para a habilitação jurídica, em desacordo com o disposto nos arts. 3º, 27 e 28 da Lei n. 8.666/1993 (Decisão Singular GAC-LRH n. 952/2012);
6. Vedação, sem respaldo legal, de participação de empresas que estejam em processo de litígio com a Prefeitura de Itapoá, o que configura desatendimento do art. 9º da Lei n. 8.666/93 (item 2.1 do Relatório de Instrução DLC n. 660/2012);
7. Exigência de comprovação do recolhimento dos tributos pertinentes aos atestados de capacidade técnica, para fins de qualificação, extrapolando a previsão legal, em afronta aos arts. 3º e 30, II, §1º, da Lei n. 8.666/93 e 37, inciso XXI, da Constituição da República (item 2.2.1 do Relatório DLC n. 660/2012);
8. Exigência de inscrição no Conselho Regional de Administração (CRA), para fins de comprovação de capacitação técnico-profissional da licitante, em afronta ao caput e inciso XXI do art. 37 da Carta Maior e ao art. 3º da Lei n. 8.666/93 (item 2.2.2 do Relatório DLC n. 660/2012);
9. Exigência de comprovação de que a licitante possui em seu quadro permanente profissional com contrato de prestação de serviços com carga mínima de 10 horas semanais, sem amparo legal, contrariando o disposto no

- art. 30, §1º, inciso I, da Lei n. 8.666/93, estando também em desacordo com o disposto no art. 3º, §1º, inciso I, da mesma lei (item 2.2.3 do Relatório DLC n. 660/2012);
10. Exigência de comprovação de pedido de compra firmado entre a concessionária e os fornecedores no caso da frota necessitar ser adquirida, como condição para qualificação técnica na fase habilitatória, o que afronta a regra do art. 30, §5º, da Lei n. 8.666/93 (item 2.2.4 do Relatório DLC n. 660/2012);
11. Exigência de comprovação de índices contábeis sem justificativas, contrariando o disposto no art. 31, §5º, da Lei n. 8.666/93 (item 2.3 do Relatório DLC n. 660/2012);
12. Inexistência de definição, na minuta contratual, de critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros objetivos para aferição da qualidade do serviço, em desacordo com o inciso III do art. 23 da Lei n. 8.987/1995 e ausência de estabelecimento de metas mensuráveis de desempenho, não atendendo ao disposto no art. 18, I, da Lei n. 8.987/95 c/c os arts. 8º, IX, 10, I e 21, I, da Lei n. 12.587/12 (subitem 2.4.1 do Relatório DLC n. 660/2012);
13. Ausência de cláusula relativa aos bens reversíveis, em desacordo com o art. 18, X, c/c o art. 23, X, da Lei n. 8.987/95 (subitem 2.4.2 do Relatório DLC n. 660/2012);
14. Ausência de previsão das condições para a prorrogação do contrato de concessão, em desacordo com o disposto no art. 23 da Lei n. 8.987/95 (subitem 2.4.4 do Relatório DLC n. 660/2012);
15. Ausência de descrição dos riscos entre as partes, em desacordo com os arts. 21 e 23 da Lei n. 8.987/95 c/c o art. 10, III, da Lei n. 12.587/12 (subitem 2.4.5 do Relatório DLC n. 660/2012);
16. Falta de referência da gratuidade de usuários, em afronta ao art. 18, IV, da Lei n. 8.987/95 (item 2.6 do Relatório DLC n. 660/2012);
17. Imprecisão no quesito remuneratório das receitas alternativas, o que não atende ao disposto no art. 11 da Lei n. 8.987/95.
(item 2.7 do Relatório DLC n. 660/2012);
18. Exigência de apresentação de compromisso de assunção da mão de obra operacional contratada pela atual concessionária do serviço público, em contrariedade ao disposto no parágrafo único do art. 170 da Constituição da República (item 2.8 do Relatório DLC n. 660/2012);
19. Previsão, no item 10 do edital, de aplicação de penas de multa desproporcionais e abusivas, em afronta ao princípio da razoabilidade, previsto no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal (item 2.9 do Relatório DLC n. 660/2012);
20. Exigência de frota reserva em percentual divergente do que dispõe o art. 45 do Decreto n. 1.593/2012, que regulamenta o Sistema de Transporte Coletivo no Município (item 2.10 do Relatório DLC n. 660/2012);
21. Exigência da assinatura de Termo de Compromisso Formal de Aceite do Resultado da Licitação, contrariando o princípio da legalidade, previsto no art. 3º, direito recursal, consagrado no art. 109, ambos da Lei n. 8.666/93, e o direito ao contraditório e ampla defesa, consagrado no art. 5º LV da Constituição Federal.

Situação:

Edital anulado. Processo arquivado.

ELC 12/00460917 – Prefeitura Municipal de Lages.

Análise da Concorrência Pública n. 017/2012, para a concessão da prestação e exploração de serviços públicos de transporte coletivo urbano de passageiros no município.

Irregularidades apontadas:

1. Exigência de localização de garagem no Município de Lages, comprometendo o princípio da ampla competitividade, em ofensa ao caput do art. 3º e seu inciso I, §1º, da Lei n. 8.666/93 (item 2.2.1 do Relatório DLC n. 749/2012);
2. Exigência de promessa de compra e venda de veículos celebrada entre a licitante e fornecedores, como condição de habilitação, contrariando o art. 30, § 6º, da Lei n. 8.666/93 e restringindo a competição, em afronta aos artigos 3º da Lei de Licitações e 37, XXI, da Constituição Federal (item 2.2.2 do Relatório DLC n. 749/2012);
3. Ausência de condições válidas para a prorrogação do contrato de concessão, em desacordo com o disposto no art. 23, XII, da Lei n. 8.987/95 (item 2.2.3 do Relatório DLC n. 749/2012);
4. Exigência de assunção da mão de obra operacional contratada pela atual concessionária do serviço público, em contrariedade ao disposto no parágrafo único do art. 170 da Constituição Federal (item 2.2.4 do Relatório DLC n. 749/2012);
5. Critério de reajuste da tarifa contrariando a previsão do art. 3º, § 1º, da Lei n. 10.192/01 (item 2.2.5 do Relatório DLC n. 749/2012);
6. Vedação à participação de empresas de fretamento e de transporte regular rodoviário, o que contraria o inciso I, do § 1º, do artigo 3º e o inciso II do art. 30, ambos da Lei n. 8.666/93 (item 2.2.6 do Relatório DLC n. 749/2012);
7. Exigência de tempo mínimo de 60 (sessenta) meses para a comprovação de qualificação técnica, em desconformidade com o art. 30, § 5º, da Lei n. 8.666/93, podendo cercear indevidamente a participação de empresas que estão há menos tempo em funcionamento, mas que detém condições técnicas de executar o objeto, o que fere o art. 3º da mesma lei (item 2.2.7 do Relatório DLC n. 749/2012);

8. Inapropriação dos critérios de pontuação técnica da proposta, desvirtuando o que reza o inciso I do § 1º e o caput do art. 46 da Lei n. 8.666/93 (item 2.2.8 do Relatório DLC n. 749/2012);
9. Indefinição do prazo para assinatura do contrato, em descompasso com o art. 18 da Lei n. 8.987/95 (itens 2.2.9 do Relatório DLC n. 826/2012 e 2.2.1 do Relatório DLC n. 749/2012);
10. Critérios para o valor de outorga, constituindo restrição ao caráter competitivo da licitação, em contrariedade ao art. 3º, caput e § 1º da Lei n. 8.666/93 c/c o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal (item 2.1 do Relatório DLC n. 826/2012);
11. Autorização para a prestação precária dos serviços por prazo de até 6 (seis) meses, no caso de advento do termo contratual da concessão ora licitada, colidindo frontalmente com o princípio da obrigatoriedade da licitação, consagrado no art. 175 da Constituição c/c art. 8º da Lei (municipal) n. 2.413/1998 (item 2.2 do Relatório DLC n. 826/2012);
12. Ausência de veiculação do edital na internet, afrontando o princípio da publicidade do art. 37, caput, da Constituição Federal c/c art. 3º da Lei n. 8.666/93 e valor para obtenção do edital que supera o custo de sua reprodução em CD, caracterizando afronta ao art. 32, § 5º, da Lei n. 8.666/93 (item 2.3 do Relatório DLC n. 826/2012);
13. Ingerência da Administração sobre o pessoal da concessionária, em afronta aos princípios constitucionais da legalidade e da impessoalidade previstos no caput do art. 3º da Lei n. 8.666/93 e inciso XXI do art. 37 da Constituição Federal (item 2.4 do Relatório n. 826/2012);
14. Inapropriação do critério adotado quanto à pontuação para fins de avaliação da proposta técnica, considerando o prazo de início dos serviços e informações sobre a frota, desvirtuando o que reza o inciso I do § 1º e o caput do art. 46 da Lei n. 8.666/93, (item 2.6 do Relatório DLC n. 826/2012).
15. Insuficiência da cláusula de visitação técnica facultativa, em razão da ausência no edital da licitação de cláusula que explicita ser da responsabilidade do contratado a ocorrência de eventuais prejuízos em virtude de sua opção por não realizar a visita, em desacordo com os art. 30, inciso III, da Lei n. 8.666/93 e art. 18, inciso IV, da Lei n. 8.987/95 (item 2.7 do Relatório n. 826/2012).

Situação:

Foi assinado prazo para que o responsável apresente as justificativas quanto às irregularidades apontadas ou adote as medidas corretivas necessárias ao exato cumprimento da lei ou proceda à anulação da licitação.

ELC 11/00543934 – Prefeitura Municipal de Penha

Análise do Edital de Concorrência n. 002/2011, para a concessão do serviço público de transporte coletivo urbano de passageiros no perímetro urbano do município.

Irregularidades apontadas:

1. Adoção de modelo inadequado para fixação da tarifa, o que vai de encontro aos princípios da eficiência e da modicidade das tarifas previstos no art. 6º da Lei nº 8.987/95 (item 2.1 deste Relatório);
2. Visita obrigatória sem justificativas e com prazo inferior ao período de publicidade do instrumento convocatório, contrariando os artigos art. 3º, § 1º, inc. I, 30, inc. III, da Lei nº 8.666/1993 e o art. 37, inc. XXI, da Constituição Federal (item 2.2 deste Relatório);
3. Informações contidas no Anexo II - Projeto básico do edital -insuficientes para a formulação de propostas, contrariando o art. 18 da Lei nº 8.987/95, art. 40 e art. 44, § 1º, da Lei nº 8.666/93 (item 2.3 deste Relatório);
4. Ausência de previsão no edital da possibilidade do particular demonstrar a exequibilidade de sua proposta, contrariando o inc. II do art. 48 da Lei nº 8.666/93 (item 2.4 deste Relatório);
5. Ausência de previsão das condições para a prorrogação do contrato de concessão, em desacordo com o disposto no art. 23 da Lei nº 8.987/95 (item 2.5 deste Relatório);
6. Definição de sanções não previstas na Lei nº 8.987/95 e/ou Lei nº 8.666/93 (item 2.6 deste Relatório);
7. Previsão de publicação do extrato de contrato às expensas da concessionária, contrariando o disposto no parágrafo único do art. 61 da Lei nº 8.666/93 (item 2.7 deste Relatório).
8. Apresentação pelas licitantes de declaração de não terem sido condenadas pela prática de crimes, extrapolando o contido no art. 27 da Lei nº 8.666/93 (item 2.8 deste Relatório);e
9. Falta de previsão e indicação dos bens reversíveis ao final do período da concessão, em desacordo com o disposto no art. 35, §1º, art. 36, art. 18, inciso X e XI, e art. 23, inciso X, todos da Lei nº 8.987/95 (item 2.9 deste Relatório).

Situação:

Licitação cancelada. Processo arquivado.

Como se vê, por meio destes processos, os editais acabaram sendo anulados e os entes públicos concedentes do serviço tendo uma nova oportunidade de lançar um certame mais consentâneo com o interesse público e em conformidade com a legislação pertinente.

Além disso, preveniu-se, com tais análises, a ocorrência de ilegalidades futuras na execução do respectivo contrato de concessão, quando viesse a ser celebrado. Outros aspectos de relevo analisados foram os seguintes: revisão das tarifas, relacionada diretamente à economicidade da contratação; avaliação das propostas técnicas; avaliação de critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros para aferição da qualidade do serviço a ser prestado; análise de fluxo de caixa a fim de evitar o descumprimento dos princípios da economicidade, eficiência, igualdade e razoabilidade.

No tocante às auditorias operacionais, registra-se que o TCE/SC ainda não realizou este tipo de fiscalização no serviço de transporte urbano.

No entanto, devido aos protestos por todo o país que acabaram alertando para a magnitude do problema e devido aos evidentes problemas de mobilidade urbana da Grande Florianópolis, está prevista auditoria pelo TCE/SC nos sistemas de transporte coletivo rodoviário de passageiros, municipais e intermunicipais, de Biguaçu, Florianópolis, Palhoça e São José. Segundo a Programação de Fiscalização do Tribunal, serão analisadas pela Diretoria de Licitações e Contratações do Tribunal – DLC a validade das concessões de transporte coletivo, a existência de fiscalização e o planejamento de sua operação. Dessa forma, o TCE/SC pretende estudar a planilha de custos da nova licitação para avaliar se o valor da tarifa será adequado ou não.¹⁹⁷

Expostas as ações do TCE/SC no controle das concessões de transporte público submetidas à sua fiscalização, passa-se, agora, a algumas propostas de diretrizes que o Tribunal poderia adotar a fim de colaborar com um controle dirigido à promoção da democracia e da cidadania.

4.2.2 Sugestões para uma atuação do TCE/SC no controle das concessões de transporte público dirigida à promoção da democracia e da cidadania

Para que a atuação do TCE/SC no controle das concessões de transporte público torne-se capaz de contribuir com a cidadania e a democracia, é preciso que o Tribunal transfira o foco das análises em itens formais e estritamente legais das concessões para ater-se às necessidades da população atendidas por meio dessas concessões.

¹⁹⁷ Disponível em: <http://www.tce.sc.gov.br/web/noticias/noticia/3494>. Acesso em: 29. out. 2013.

Assim, por exemplo, a Corte de Contas deve avançar para coibir atos contrários ao interesse público no planejamento das outorgas e na execução dos contratos de concessão; deve contribuir para a definição dos preços das tarifas do transporte coletivo, a partir da análise dos editais; deve fazer levantamento sobre a situação das concessões e se estão de acordo com o interesse público.

Um exemplo de atuação de Tribunal de Contas que representa um controle cidadão e democrático foi o exercido pelo Tribunal de Contas do Distrito Federal – TC/DF em 2009, em uma auditoria operacional no sistema de transporte público do DF¹⁹⁸ cujos focos de atuação foram: a) confiabilidade e adequação do tempo de espera do usuário no transporte público coletivo; b) se o serviço está satisfatoriamente disponível aos usuários que dele necessitam e é prestado em condições adequadas; c) se o serviço atende às condições de segurança e cortesia; d) restrições de acesso ao serviço; e e) se o controle exercido pelo órgão gestor promove a qualidade do serviço.¹⁹⁹ Confirma-se as recomendações que resultaram da auditoria:

IV. Recomendar ao DFTrans:

- a. apresentar rotina para identificar, avaliar e acompanhar a variação das necessidades dos usuários para implementar mudanças na programação operacional de forma a inibir a lotação excessiva dos veículos e propiciar bom tempo de deslocamento de todos os usuários de suas residências até o ponto de acesso ao serviço de transporte coletivo;
- c. aumentar a capilaridade do serviço atualmente prestado, de forma a suprir a demanda existente, especialmente nas localidades prejudicadas com a extinção do STPA/STPAC;
- d. empreender medidas saneadoras para garantir condições adequadas de conforto aos usuários nos terminais de embarque de passageiros, dotando-os de cobertura, bancos e banheiros em bom estado de conservação;
- e. dotar os terminais de meios para ampla divulgação das linhas e horários do serviço de transporte público;
- f. dotar todos os terminais, de embarque/desembarque de passageiros, de unidades de atendimento ao usuário, de fácil acesso e de grande visibilidade, com recursos materiais (computadores, acesso on-line à base de dados do DFTrans) e humanos necessários à ampla divulgação de informações sobre o STPC;
- h. apresentar cronograma para a realização das adaptações necessárias em pontos/paradas e terminais para garantir a dignidade das pessoas portadoras de necessidades especiais, bem como incluir tais requisitos nos projetos dos pontos/paradas e terminais a serem construídos;

¹⁹⁸ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Contas. Processo 17.272/2008. Decisão n. 5.901/09. Disponível em: [https://www.tc.df.gov.br/app/mesaVirtual/implementacao/?a=consultaPublica&f=pesquisaPublicaDocumento&filter\[numero\]=5901&filter\[ano\]=2009&pesquisarDocumento=Enviar&filter\[idtipodocumento\]=13](https://www.tc.df.gov.br/app/mesaVirtual/implementacao/?a=consultaPublica&f=pesquisaPublicaDocumento&filter[numero]=5901&filter[ano]=2009&pesquisarDocumento=Enviar&filter[idtipodocumento]=13). Acesso em: 17 nov. 2013.

¹⁹⁹ HILLESHEIM, Ana Sophia; ABREU, Andressa Zancanaro de; ACHKAR, Azor El; BOGONI, Flávia; MARTINS, Flávia L. F. B. **A atuação do Tribunal de Contas de Santa Catarina no fortalecimento e reconhecimento dos direitos dos usuários do transporte público de Florianópolis**. Florianópolis, 2012.

- i. empreender medidas saneadoras para garantir condições adequadas de conforto e segurança aos usuários nas paradas de ônibus, provendo-as de cobertura, bancos, lixeira, baias e iluminação das imediações;
- n. fiscalizar as condições de limpeza e conservação da frota, bem como da lotação, punindo efetivamente os desvios ocorridos;
- y. construir informações gerenciais a partir das reclamações de usuários, para fins de atuação da fiscalização e aperfeiçoamento da gestão do transporte;²⁰⁰

Partindo para os avanços já experimentados pelo TCU, o TCE/SC pode extrair algumas lições com a atuação daquela Corte de Contas.

O controle das concessões realizado pelo TCU iniciou com o acompanhamento das concessões de rodovias federais, sendo que, com o passar do tempo, foram editadas instruções normativas sedimentando as decisões do Tribunal sobre o assunto. Em 1998, foi criada uma unidade técnica voltada para tais análises – a Secretaria de Fiscalização de Desestatização – SEFID.

O TCU segue a metodologia sugerida pela INTOSAI, cujo modelo de controle da regulação observa algumas diretrizes que podem ser agrupadas em cinco seções: a) competência técnica dos órgãos de controle; b) ambiente de regulação econômica; c) fornecimento do serviço; d) preço do serviço; e e) desenvolvimento da competição.

Seguindo tais diretrizes, o Tribunal reavaliou sua forma de atuação e passou a analisar a eficiência da agência reguladora e a qualidade dos serviços prestados. No item 4.1.2.2 deste trabalho, foi dito que é produtora a atuação do Tribunal de Contas em parceria com a agência reguladora para o controle das concessões. Então, partindo desta premissa, o TCU passou a estreitar o relacionamento com as agências, comunicando-se melhor e, desta forma conferindo maior legitimidade aos procedimentos de fiscalização. Além disso, foram realizados treinamentos específicos em parceria com as agências para proporcionar maior qualidade técnica dos trabalhos. Na mesma esteira, ações foram implementadas no sentido de capacitar recursos humanos, desenvolver e atualizar métodos e técnicas de controle de regulação, avaliar o modelo organizacional e elaborar documentos técnicos sobre o tema.²⁰¹

Um exemplo de procedimento de fiscalização empreendido pelo TCU que nitidamente levou à promoção da democracia e da cidadania foi a análise dos critérios de definição dos consumidores de energia elétrica que poderiam ser beneficiados com a tarifa

²⁰⁰ DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Contas. Processo 17.272/2008. Decisão n. 5.901/09. Disponível em: [https://www.tc.df.gov.br/app/mesaVirtual/implementacao/?a=consultaPublica&f=pesquisaPublicaDocumento&filter\[numero\]=5901&filter\[ano\]=2009&pesquisarDocumento=Enviar&filter\[idtipodocumento\]=13](https://www.tc.df.gov.br/app/mesaVirtual/implementacao/?a=consultaPublica&f=pesquisaPublicaDocumento&filter[numero]=5901&filter[ano]=2009&pesquisarDocumento=Enviar&filter[idtipodocumento]=13). Acesso em: 17 nov. 2013.

²⁰¹ ZYMLER, Benjamin; ALMEIDA, Guilherme Henrique de La Rocque. **O controle externo das concessões de serviços públicos e das parcerias público-privadas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 154-157.

social. Isso porque as sugestões formuladas por aquele Tribunal foram levadas em conta pela Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL quando da reformulação dos critérios de definição dos consumidores considerados como de baixa renda.²⁰²

Enfim, tomando-se como base a experiência destes Tribunais de Contas bem como os fundamentos do presente trabalho, pode-se afirmar que, para a promoção da democracia e da cidadania, o controle das concessões de transporte público devem ser feitas observando-se cláusulas tais como:

- o planejamento da concessionária considerado para atendimento da demanda, nos horários de pouco e bastante movimento (eficácia);
- o padrão das rotas executadas, se os usuários estão sendo atendidos de acordo com o local de residência ou trabalho e se as rotas possibilitam comodidade de deslocamento dos usuários;
- se há regramento sobre os direitos e deveres dos usuários, se este regramento é de conhecimento dos interessados e se é cumprido (transparência);
- se os usuários com menor poder aquisitivo (baixa renda) são tratados com desigualdade frente aqueles com condições de efetuar o pagamento da tarifa sem comprometer seu sustento (equidade);
- se os serviços de atendimento ao usuário funcionam, acolhem as reclamações, sugestões e encaminhamentos gerados e as informações processadas são utilizadas para avaliação e alteração do serviço prestado (transparência);
- se as condições de acessibilidade no transporte das pessoas com deficiência respeita sua característica (inclusão);
- se são oportunizados espaços para manifestação e expressão coletivas, quando há necessidade de mudanças, alterações e chance de melhoria (participação); e
- atuação dos organismos de fiscalização e controle do serviço para garantia dos interesses e anseios dos usuários.²⁰³

Desta forma, restou demonstrado que as Cortes de Contas – dentre elas o TCE/SC – podem e devem ser importantes agentes fomentadores da democracia e da cidadania no controle das concessões de serviços públicos, inclusive o de transporte público urbano.

²⁰² ZYMLER, Benjamin; ALMEIDA, Guilherme Henrique de La Rocque. **O controle externo das concessões de serviços públicos e das parcerias público-privadas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 160.

²⁰³ HILLESHEIM, Ana Sophia; ABREU, Andressa Zancanaro de; ACHKAR, Azor El; BOGONI, Flávia; MARTINS, Flávia L. F. B. **A atuação do Tribunal de Contas de Santa Catarina no fortalecimento e reconhecimento dos direitos dos usuários do transporte público de Florianópolis**. Florianópolis, 2012.

5 CONCLUSÃO

A proposta formulada inicialmente, sem pretensões de exaurir o tema ou encontrar solução definitiva para os questionamentos que envolvem a matéria pesquisada, foi a de demonstrar a importância que pode ter o Tribunal de Contas no controle das concessões de serviços públicos e como ele pode agir de forma a promover a democracia e a cidadania dos usuários desses serviços.

A análise do problema foi realizada tomando por referência o papel essencial que essas Cortes exercem para o controle externo da Administração Pública (Capítulo 1) e também as características do modelo concessório brasileiro de serviços públicos (Capítulo 2). Foi assim que se pôde estabelecer uma relação entre os Tribunais de Contas e o controle das concessões dos serviços, demonstrando-se, na sequência, o papel das Cortes de Contas na execução deste controle (Capítulo 3).

O estudo em referência prestou-se a evidenciar que a atuação dos Tribunais de Contas nesse campo permanece ignorada pela grande maioria da nação e da doutrina. No entanto, devido a um processo de aprendizagem e aperfeiçoamento, as Cortes de Contas podem se fazer mais visíveis e relevantes na produção de resultados positivos no atendimento do interesse público da sociedade brasileira.

Considerando que a democracia é ligada à ideia de soberania popular e que a cidadania consiste na viabilidade de participação nos assuntos afetos ao povo, registrou-se que os Tribunais de Contas podem promover tais valores de diversas maneiras.

Tomando por base um controle externo tradicional, podem analisar sob o aspecto da legalidade os atos praticados pelos gestores das agências reguladoras e realizar auditorias de conformidade. Além disso, Os Tribunais de Contas podem, ainda, avaliar os processos de delegações em dois momentos – no momento da outorga e no momento da execução do contrato, a fim de verificar a adequação à lei.

Considerando a evolução das atividades fiscalizatórias pelos Tribunais de Contas, os quais passaram a analisar não só a legalidade, mas também o desempenho dos entes públicos, foi possível vislumbrar outra frente de atuação das Cortes de Contas no controle das concessões de serviços públicos: verificou-se que o Tribunal de Contas pode e deve analisar a eficiência da entidade reguladora e a qualidade dos serviços prestados. É por meio dessa nova visão de controle, aliás, que o Tribunal de Contas pode mais efetivamente contribuir para a democracia e a cidadania, já que poderá atuar para tornar as concessões de serviços públicos

de fato realizadoras do interesse público, tanto para o poder concedente quanto para o cidadão usuário.

Especificamente no tocante às agências reguladoras, ficou bem esclarecido que o Tribunal de Contas não pode substituí-las, nem controlar a própria empresa concessionária. Cabe ao Tribunal, na verdade, contribuir para o atingimento de um nível de excelência na prestação de serviços públicos, devendo assumir uma posição de parceiro dessas entidades.

A repercussão social do controle realizado pelas Cortes de Contas pode ser verificada, ainda, na análise do cumprimento do interesse público contido na lei; na análise do mérito dos atos praticados, se em conformidade com o mesmo interesse; bem como na análise do custo-benefício desses atos. Ela pode ser avaliada também sob a perspectiva de que a concessão serve como um instrumento de políticas públicas.

Não fosse isso, foi visto que os Tribunais de Contas contribuem para a promoção da democracia e da cidadania quando analisam o custo-benefício dos serviços prestados, a fixação da relação de equilíbrio econômico-financeiro da concessão, e principalmente, quando estimulam o exercício do controle social, disponibilizando os resultados de suas auditorias e das informações relativas à gestão pública em uma linguagem acessível ao cidadão. Neste sentido, ficou claro que os Tribunais devem implementar mecanismos que viabilizem a transparência e a articulação com a sociedade, fomentando, assim, o diálogo do Estado com o cidadão dentro de sua esfera institucional.

Feitas essas considerações, partiu-se para um estudo de caso que teve por objetivo verificar como o TCE/SC atuou nas concessões de transporte público submetidas ao seu controle e quais diretrizes que ele pode observar para fomentar, efetivamente, a democracia e a cidadania no exercício deste papel. Como ideia principal, sugeriu-se transferir o foco das análises em itens formais e estritamente legais das concessões para ater-se às necessidades da população atendidas por meio das concessões.

Diante de todos os fundamentos expostos neste trabalho, seguramente é possível concluir que o controle exercido pelo Tribunal de Contas precisa servir para a promoção de um Direito Administrativo voltado para o cidadão – ao indivíduo – adaptado e permeado pela realidade, pressuposto este que deve ser inerente aos institutos do serviço público e das concessões.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo**. 12. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2011.

BOURGES, Fernanda Schuli. **Serviços públicos concedidos: acesso e remuneração**. Curitiba: Juruá, 2008.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 13 set. 2013.

_____. Lei 12.587, de 03 de janeiro de 2012. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 29 out. 2013.

_____. Portal da Transparência do Governo Federal. Disponível em: <<http://www.portaldatransparencia.gov.br/controlSocial/>>. Acesso em: 23. out. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança n. 7.280. Relator: Ministro Henrique D'Avila. Brasília, 20 de junho de 1960. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 25 fev. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Súmula n. 473. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>. Acesso em: 31 jan. 2013.

_____. Tribunal de Contas da União. **Manual de auditoria operacional**. 3. ed. Brasília: TCU, Secretaria de Fiscalização e Avaliação de Programas de Governo (Seprog), 2010.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

COSTA, Luiz Bernardo da. **Tribunal de Contas: evolução e principais atribuições no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

CUNHA JR., Dirley; NOVELINO, Marcelo. **Constituição federal para concursos**: doutrina, jurisprudência e questões de concursos. 3. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 20. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

DICIONÁRIO Eletrônico da Língua Portuguesa Novo Aurélio - Século XXI. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1999.

DISTRITO FEDERAL. Tribunal de Contas. Processo 17.272/2008. Decisão n. 5.901/09.

Disponível em:

[https://www.tc.df.gov.br/app/mesaVirtual/implementacao/?a=consultaPublica&f=pesquisaPublicaDocumento&filter\[numero\]=5901&filter\[ano\]=2009&pesquisarDocumento=Enviar&filter\[idtipodocumento\]=13](https://www.tc.df.gov.br/app/mesaVirtual/implementacao/?a=consultaPublica&f=pesquisaPublicaDocumento&filter[numero]=5901&filter[ano]=2009&pesquisarDocumento=Enviar&filter[idtipodocumento]=13). Acesso em: 17 nov. 2013.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Tribunais de Contas no Brasil**: jurisdição e competência. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

FREITAS, Juarez. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2009.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo**. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

GUERRA, Evandro Martins. **Os controles externo e interno da administração pública e os Tribunais de Contas**. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

GUIMARÃES, Geraldo Spagno. **Comentários à lei de mobilidade urbana – lei n. 12.587/12**: essencialidade, sustentabilidade, princípios e condicionantes do direito à mobilidade. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

HILLESHEIM, Ana Sophia; ABREU, Andressa Zancanaro de; ACHKAR, Azor El; BOGONI, Flávia; MARTINS, Flávia L. F. B. **A atuação do Tribunal de Contas de Santa Catarina no fortalecimento e reconhecimento dos direitos dos usuários do transporte público de Florianópolis**. Florianópolis, 2012. Trabalho realizado na Especialização em Controle Externo nas Concessões de Serviços Públicos pela Fundação Escola de Governo EnaBrasil.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 8. ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

_____. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2003.

MEDAUAR, Odete. **Direito administrativo moderno**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 1999.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 26. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. **Direito municipal brasileiro**. 11. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 15. ed. refund. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

MILESKI, Helio Saul. **O controle da gestão pública**. São Paulo: RT, 2003.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. (Coord.). **Uma avaliação das tendências contemporâneas do direito administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SANTA CATARINA. Tribunal de Contas. Resolução n. TC-28/2008. Disponível em: http://www.tce.sc.gov.br/site/legislacao/arquivos/resolucao_n_28-2008_consolidada.pdf. Acesso em: 17. nov. 2013.

VUOLO, Cassyra L. **Os tribunais de contas como instrumento de construção de cidadania**. Cuiabá: 2007.

ZYMLER, Benjamin. **Direito administrativo e controle**. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2003.

ZYMLER, Benjamin; ALMEIDA, Guilherme Henrique de La Rocque. **O controle externo das concessões de serviços públicos e das parcerias público-privadas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.