



UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO
CENTRO DE TECNOLOGIA E GEOCIÊNCIAS
Programa de Pós-Graduação em Engenharia Civil
Área de Transportes e Gestão das Infra-estruturas Urbanas

**LICITAÇÕES NOS TRANSPORTES PÚBLICOS DE PASSAGEIROS: UMA
ABORDAGEM BASEADA NA MEDIAÇÃO ENTRE ATORES**

Claudia Guerra Oliveira da Costa

Professor Orientador: Anísio Brasileiro de Freitas Dourado
Professor Co-orientador: Joaquim José Guilherme de Aragão

Recife, fevereiro/2009

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

CLAUDIA GUERRA OLIVEIRA DA COSTA

**LICITAÇÕES NOS TRANSPORTES PÚBLICOS DE PASSAGEIROS: UMA
ABORDAGEM BASEADA NA MEDIAÇÃO ENTRE ATORES**

Dissertação submetida ao Corpo Docente da Coordenação da Universidade Programa de Pós-Graduação de Engenharia Civil da Universidade Federal de Pernambuco como parte dos requisitos necessários para a obtenção do grau de Mestre em Engenharia Civil.

Área de concentração: Área de Transportes e Gestão das Infra-estruturas Urbanas

Professor Orientador: Anísio Brasileiro de Freitas Dourado
Professor Co-orientador: Joaquim José Guilherme de Aragão

RECIFE

2009

C837I

Costa, Claudia Guerra Oliveira da

Licitações nos transportes públicos de passageiros: uma abordagem baseada na mediação entre atores / Cláudia Guerra Oliveira da Costa. – Recife: O Autor, 2009.

vi, 123 f.

Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal de Pernambuco. CTG. Programa de Pós-Graduação em Engenharia Civil, 2008.

Inclui Referências Bibliográficas.

1. Engenharia Civil. 2. Serviço Público. 3. Licitações. 4. Concessões. 5. Agências Reguladoras. 6. Mediação. I. Título.

624 CDD (22.ed.)

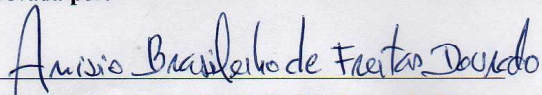
**UFPE
BCTG/2009-172**

**LICITAÇÕES NOS TRANSPORTES PÚBLICOS DE PASSAGEIROS: UMA
ABORDAGEM BASEADA NA MEDIAÇÃO ENTRE ATORES**

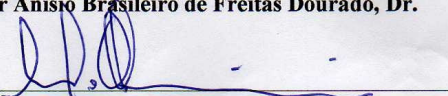
Cláudia Guerra Oliveira da Costa

**DISSERTAÇÃO SUBMETIDA AO CORPO DOCENTE DA COORDENAÇÃO
DA ÁREA DE TRANSPORTES E GESTÃO DAS INFRA-ESTRUTURAS
URBANAS, DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM ENGENHARIA
CIVIL DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE PERNAMBUCO, COMO PARTE
DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS PARA A OBTENÇÃO DO GRAU DE
MESTRE EM ENGENHARIA CIVIL.**

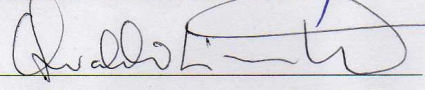
Aprovada por:



Professor Anísio Brasileiro de Freitas Dourado, Dr.



Professor César Cavalcanti de Oliveira, Dr.



Professor Oswaldo Cavalcanti da Costa Lima Neto, Dr.



Professor Dr. Enilson Medeiros dos Santos, D.Sc.

Recife, fevereiro de 2009

Dedicatória

**Dedico este trabalho a Eduardo, Maria
Eduarda e Sylvio, com amor.**

Agradecimentos

A DEUS, por tudo.

A Eduardo, grande incentivador, Maria Eduarda e Sylvio, fontes de inspiração e razões para continuar.

Às minhas mães, Socorro e Isa, pelo amor, carinho e por acreditarem em mim.

Ao meu pai e a Tiinho, meu pai do coração, que se aqui estivesse presente, traria indisfarçável no rosto a emoção de ver mais uma etapa da minha trajetória profissional cumprida.

Aos professores do mestrado, em especial, Oswaldo Lima Neto, pela sua paciência relativamente às questões técnicas estudadas, Enilson Medeiros e Joaquim Aragão, por suas intervenções apropriadas para o enriquecimento da minha pesquisa e Nona pelas suas aulas irretocáveis.

Ao meu orientador Anísio Brasileiro por acreditar no meu propósito, pela sua vibração a cada capítulo concluído e incentivo nos momentos mais difíceis da pesquisa.

Aos professores e técnicos entrevistados especialmente, Regilma Souza, Gemano Travassos, César Cavalcanti, Oswaldo Lima Neto e Carlos Eduardo Vasconcelos pela valiosa colaboração para o desenvolvimento da pesquisa.

Aos colegas Karla Leite, Fábio Iumatti, Eloísa Basto, Adolfo Sá e Wagner Henriques pelo companheirismo e troca de experiências na busca do nosso objetivo e a Andréa Negromonte pela sua paciência, disponibilidade e amizade nesta jornada.

A Maria Eduarda, Thiago Coelho e Sylvio, pela disponibilidade na revisão dos textos.

Aos queridos amigos e grandes incentivadores Luciane Paiva, Lúcia Recena, Fátima Dantas, Cristina Sá Leitão, Cristina Kirzner, Renato Eloy, Margarida Martins, Cristiane Figueiredo, Simone Araújo, Renata Teti, Gerson Accioly, Sílvio Neves Baptista Filho e Gertrudes Costa, que acompanharam o esforço dedicado à pesquisa e com os quais pude compartilhar os momentos de dificuldade e de euforia nessa realização pessoal.

RESUMO

Resumo da dissertação submetida a Universidade Federal de Pernambuco, como parte dos requisitos necessários para a obtenção do grau de Mestre em Engenharia Civil.

LICITAÇÕES NOS TRANSPORTES PÚBLICOS DE PASSAGEIROS: UMA ABORDAGEM BASEADA NA MEDIAÇÃO ENTRE ATORES

Cláudia Guerra Oliveira da Costa

Professor Orientador: Anísio Brasileiro de Freitas Dourado

Professor Co-orientador: Joaquim José Guilherme de Aragão

De acordo com a Constituição Federal, o transporte de passageiros nos municípios é um serviço público essencial. Ainda de acordo com o artigo 175 da Constituição a prestação desse serviço deve ser feita diretamente pelo Estado ou através da delegação a operadores privados mediante prévio processo de licitação pública. Esse quadro jurídico se completa com a edição da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 – Lei de Concessões. Não obstante a existência dessas regras jurídicas estabelecidas, na grande maioria das cidades brasileiras a licitação para concessão da prestação desse serviço público não vem ocorrendo, ou ocorre de forma lenta, em detrimento da qualidade do serviço prestado e do atendimento ao interesse público. A Dissertação tem como objetivo discutir e analisar os fatores que dificultam a realização dos processos licitatórios no Brasil e, em particular no caso da aglomeração do Recife. A pesquisa realizada constatou a existência, ao longo dos anos de uma relação de constante competição, de carência de confiança recíproca entre os atores envolvidos na prestação desse serviço público - poder público, operadores privados e usuários -. Assim, considerando a responsabilidade indelegável do Estado de garantir a prestação dos serviços públicos e de promover a abertura dos processos licitatórios para a sua delegação, os resultados da pesquisa apontam para a necessidade da adoção do instituto da mediação como uma ferramenta moderna, consistente e eficaz no restabelecimento da confiança entre as partes envolvidas, favorecendo a cooperação recíproca entre os atores para o atendimento do interesse público. As conclusões da pesquisa apontam também para o papel de mediador a ser

desempenhado pela Agência Reguladora. Ela possui os requisitos necessários ao exercício dessa atribuição, pelas suas características inerentes e sua missão institucional, prevista inclusive em sua lei instituidora. Espera-se que esse novo ator mediador venha contribuir decisivamente para a realização de licitações públicas para que o serviço de transporte possa ser prestado com qualidade à população.

Palavras-chave: Serviço Público; Licitações, Concessões; Agências Reguladoras; Mediação

ABSTRACT

Abstract of the dissertation submitted to the Federal University of Pernambuco as part of the necessary requirements for the obtaining of Master's degree in Civil Engineering.

BIDDING IN PUBLIC PASSENGER TRANSPORT: AN APPROACH BASED MEDIATION BETWEENACTORS

Cláudia Guerra Oliveira da Costa

Supervisor: Prof. Anísio Brasileiro de Freitas Dourado

Co-Supervisor: Prof. Joaquim José Guilherme de Aragão

According to the Federal Constitution, the passenger transport in cities is an essential public service. Still in agreement with the article 175 of the Constitution the provision of this service must be directly performed by the State or through the delegation to private operators by a previous process of public bidding. This legal scenario completes itself with the edition of the Law No. 8987, February 13, 1995 – Law of Concessions. Despite the existence of established legal rules, in most Brazilian cities the bidding for the concession and provision of this public service does not occur, or occurs slowly, at the expense of providing a quality service and the attendance to public interests. The dissertation aims to discuss and analyze the factors that ease the realization bidding processes in Brazil and, in particularly the case of the agglomerate in Recife. The performed research found the existence, throughout the years of a constant relation of competition, scarcity of reciprocal confidence between the actors involved in the provision of this public service – public power, private operators and users -. Thus, considering the Estate's responsibility of assuring the provision of public services and promoting the opening of public biddings for its delegation, the research's results point to the necessity of adopting the institute of mediation as a consistent and effective modern tool, to the restoration of trust between the involved parts, favoring the reciprocal cooperation between the actors for attendance of the public interests. The research's conclusion also indicates to the role as a mediator that must be performed by the Regulatory Agency. It has the necessary requirements to employ this attribution, by its inherent characteristics and its institutional mission, predicted in its institutional law. It is expected that this new mediator will decisively contribute to the realization of public biddings so that the transport service can be provisioned with quality to the population.

Keywords: Public service; Biddings, Concessions; Regulatory Agencies; Mediation

SUMÁRIO

Dedicatória	i
Agradecimentos	ii
RESUMO	iii
ABSTRACT	v
1 - INTRODUÇÃO	1
1.1 - Importância do tema.....	1
1.2 - Questões postas.....	2
1.3 - Elementos conceituais.....	3
1.4 - Objetivos e Metodologia.....	4
1.5 - Estrutura da Dissertação.....	6
2 - SERVIÇO PÚBLICO: UM CONCEITO ATUAL	8
2.1 - Antecedentes. Contribuição francesa ao caso brasileiro.....	8
2.2 - Serviço Público. Conceito e natureza jurídica.....	15
2.3 - Sentidos do Serviço Público no Direito Brasileiro.....	18
2.4 - Transporte como serviço público essencial.....	20
3 - QUADRO JURÍDICO BRASILEIRO	24
3.1 - Abrangência da norma constitucional.....	24
3.2 - Norma constitucional e seus efeitos.....	26
3.3 - Constituição Federal e os serviços públicos.....	28
3.4 - Concessões de serviços públicos.....	28
3.5 - Contratualização da concessão da prestação de serviços públicos.....	31
3.6 - Licitação para concessões de serviços públicos.....	35
3.7 - Licitação: uma questão política.....	39
4 - MEDIAÇÃO: UMA ALTERNATIVA POSSÍVEL	46
4.1 - Poder Concedente, Concessionário e Usuário: relação conflituosa.....	47
4.1.1 - Características do conflito.....	48
4.2 - Interesses público e privado na prestação de serviço público.....	50
4.3 - Cooperação nas relações entre interesses público e privado.....	52
4.4 - Conceito de confiança.....	54
4.5 - Modos amigáveis e extrajudiciais de resolução de conflitos.....	58
4.5.1 - A arbitragem.....	58
4.5.2 - A Mediação.....	60
4.6 - O Mediador.....	69
4.6.1 - Ministério Público.....	71
4.6.2 - Tribunal de Contas.....	73
4.6.3 - Agência Reguladora.....	75
5 - O TRANSPORTE PÚBLICO EM RECIFE SOB A ÓTICA JURÍDICA	90
5.1 - Evolução da relação contratual Estado/Operador no Brasil.....	90
5.2 - Sistema de Transporte Público de Passageiros da Região Metropolitana do Recife.....	96
5.3 - Marco regulatório do STPP/RMR e a EMTU/Recife: um quadro inovador.....	98
5.4 - Gerenciamento e Regulação do STPP/RMR.....	102
5.4.1 - O Recife: um ambiente propício à realização de licitação.....	104
5.5 - O Consórcio de Transportes da Região Metropolitana do Recife.....	106
5.6 - Em defesa de licitação baseada em processos cooperativos.....	108
6 - CONCLUSÕES	113
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	118

1 - INTRODUÇÃO

1.1 - Importância do tema

A noção de serviço público teve seu marco inicial a partir da Revolução Francesa no final do século XVIII, firmando-se, em meados do século XIX, como escola do serviço público. Mas foi a partir da segunda guerra mundial, na Europa, em especial na França, na vigência do chamado Estado do bem-estar social, que o conceito de serviço público começou efetivamente a ser posto em prática (ROCHA, Francisco Brochado, 1987).¹ No Brasil, o conceito é introduzido pela Constituição Brasileira de 1937, que estabeleceu direitos ao cidadão atribuindo ao Estado a obrigação de respeitá-los e garanti-los ou de prestá-los, de conformidade com as esferas de competência – Municipais, Estaduais ou Federais -.

No Brasil, na década de 1980, teve início uma nova redefinição da noção de serviço público, com as atividades desenvolvidas pela Estado sendo orientadas para o setor privado, com o argumento do aumento da eficiência do Poder Público. É neste cenário, com a promulgação da Constituição Federal de 1988 que o transporte coletivo foi definido como um serviço público essencial (art. 30, V), de competência municipal, cuja prestação é delegada pelo poder público ao operador privado, mediante processo de licitação pública (art. 175). Em razão dessa delegação de sua prestação, todo um arcabouço normativo foi traçado com vistas ao estabelecimento das regras para a concessão, fiscalização e regulação das atividades por parte do Estado.

A regulamentação do artigo 175 da Constituição Federal que atribui ao Poder Público a incumbência de garantir a prestação dos serviços públicos gerou a edição da Lei de Concessões – Lei n 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e, na esteira do precitado dispositivo constitucional, estabeleceu que a competição para entrar no mercado de transporte público urbano em cada cidade brasileira deve se dar através da participação dos operadores privados em processo de licitação pública.

Com a licitação é possível se estabelecerem regras de relacionamento entre os atores envolvidos na prestação do serviço público licitado, com vistas a fazer valer os princípios constitucionais e o interesse público. Ademais, as licitações segundo Santos e Orrico (1996),

¹ ROCHA, Francisco Brochado. A Constituição Brasileira de 10 de novembro de 1937. As Constituições do Brasil-Vol.4. Fundação Projeto Rondon – Ministério do Interior. Coord. Walter Costa Porto. 1987.

podem desempenhar um papel regulador, substituindo a auto-regulação impossível do mercado de transporte urbano, fomentando o estímulo à eficiência, através da introdução da competição no setor. Para os autores, através da adoção de processos licitatórios pode-se induzir as empresas operadoras a adotarem estratégias de redução de custos e de aumento da qualidade de serviços, com repasse desses ganhos para a sociedade.

Infelizmente, as delegações da prestação de serviços de transporte de passageiros no Brasil precedidas de licitação pública na forma da Lei, vêm ocorrendo em poucas capitais, em detrimento do imperativo constitucional e de toda a estrutura normativa vigente.

1.2 - Questões postas

O objetivo da presente Dissertação é compreender as razões da ocorrência de poucas licitações para concessões da prestação de serviço público de transporte coletivo nos municípios brasileiros e, em particular a sua não realização em Recife. Da mesma forma, buscaremos identificar as oportunidades e fatores positivos para que as licitações ocorram, assim como oferecer uma contribuição metodológica, através de uma proposta de incentivo à criação de uma cultura de cooperação entre os atores envolvidos para que as licitações possam se realizar.

Para isso, as seguintes questões serviram de referência para a pesquisa e para as entrevistas que realizamos com vistas a identificar as barreiras e oportunidades à realização de licitações no transporte público das cidades brasileiras:

- a) O plano legal brasileiro dos transportes coletivos está delineado quais as dificuldades e os entraves que se postam para a não implementação das licitações para concessão dos serviços de transporte público de passageiros em termos de Brasil?
- b) Sendo o Poder Público responsável direto pela prestação dos serviços públicos, quando a questão política se apresenta como um problema a ser enfrentado, como se coloca a questão licitatória para a sua concessão?
- c) Para implantar um modelo licitatório em um ambiente competitivo, além do poder público, operadores privados e usuários, que outros atores são importantes para a

- construção de um processo cooperativo para promover os processos licitatórios e conciliar os interesses presentes na prestação do serviço público de transporte coletivo?
- d) Em que medida o instituto da mediação como método amigável e extrajudicial de solução de conflitos e prática pacificadora de relações, poderia contribuir para conseguir obter das partes a interação necessária com vistas ao despertar de um interesse cooperativo?
- e) E nesse contexto, as agências regulatórias, dentro da concepção para que foram criadas, ou seja, como órgão de Estado e não órgão de Governo teriam algum papel ou alguma relevância no sentido de poderem atuar como mediador?

As respostas para as questões postas passam necessariamente pela análise da postura dos atores envolvidos na prestação dos serviços públicos de transportes, a saber, o poder público, os operadores privados e os usuários.

1.3 - Elementos conceituais

No contexto acima, de ausência de uma cultura de cooperação entre os atores, buscamos construir uma alternativa válida e dotada de alto grau de atualidade. Trata-se de identificar um novo ator para atuar nestas relações que envolvem a prestação dos serviços públicos de transporte, com vistas a tornar possível o estabelecimento do diálogo entre os atores já atuantes no processo.

Atualmente, considerando o asoberbamento dos órgãos judiciais para a solução dos conflitos, tem se robustecido a cultura da mediação com vistas a evitar que divergências passíveis de solução extrajudicial acabem por aguardar por anos uma decisão nas barras dos Tribunais. A cultura da mediação ressalta atualmente alguns paradigmas do Direito na Modernidade, que são: o do Estado de Direito, o do Estado de Bem-estar Social e o do Estado Democrático de Direito.²

Esses paradigmas trazem como pano de fundo a busca do entendimento entre as partes com base no diálogo, onde cada um expõe suas razões ao outro e buscam a melhor forma de

² Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação, vol. II – pág. 63 – Editora Universidade de Brasília

compor as diferenças existentes, com ganhos para ambos. Para tanto, faz-se necessário a presença de um novo ator, cuja participação no processo de mediação tem a função precípua de auxiliar as partes envolvidas no conflito a chegarem de forma voluntária, a um acordo mutuamente aceitável das questões em disputa.

O Ator que ingressará nesta relação na qualidade de mediador deverá, para que possa cumprir seu papel fielmente, considerar todas as peculiaridades inerentes a cada um dos atores envolvidos, e buscar harmonizá-las através da facilitação do diálogo, superando as barreiras de comunicação existentes e cultivadas ao longo do tempo.

1.4 - Objetivos e Metodologia

Nesta dissertação, buscar-se-á analisar os avanços e desafios postos à implementação das regras do artigo 175 da Constituição Federal, que contempla a obrigatoriedade de licitação pública para delegação de serviço público de interesse essencial e identificar as razões pelas quais os processos licitatórios para concessão da prestação do serviço público de transportes não acontecem não obstante o exposto imperativo constitucional assim o determine, considerando e analisando as interfaces de ordem política, social, econômica, operacionais e regulatórias envolvidas no cenário hoje existente.

Buscará esclarecer em que medida as relações entre os atores – Poder Público, os operadores e usuários – envolvidos com o transporte coletivo, dificultam ou facilitam a adequação da concessão do serviço de transporte ao conceito de serviço público essencial à luz da Constituição e demais regramentos vigentes, com vistas a identificar a possibilidade de através da mediação, incentivar o despertar para a confiança recíproca e fomentar uma cultura de cooperação.

O referencial teórico apoia-se no arcabouço legal e doutrinário existente sobre o assunto, em especial a Constituição Federal de 1988 e legislação ordinária correlata, além das normas regulamentadoras dos serviços públicos delegados. Considerará os conceitos de serviços públicos na doutrina estrangeira notadamente do Direito Francês adotado pelo Direito Administrativo brasileiro sob a influência e predominância da escola de serviços públicos francesa (ARAGÃO, Alexandre, 2007, p. 236).

Além da revisão bibliográfica, foram destacados no Estado de Pernambuco doutores, professores, técnicos e especialistas em transporte e regulação e construído um painel de *experts*, com os quais foram realizadas entrevistas para fins de responder às questões levantadas.

São analisadas no trabalho, as razões do Ministério Público de Pernambuco na Ação Civil Pública movida com vistas a impelir os Poderes Públicos – Estado de Pernambuco e Município do Recife, por intermédio do seu órgão gestor a Empresa Metropolitana de Transportes Urbanos - EMTU/Recife³ a deflagrar os certames licitatórios no âmbito do Sistema de Transporte Público de Passageiros da Região Metropolitana do Recife - STPP/RMR.⁴

Por fim, analisa-se a possibilidade de inserir um novo ator para realizar as atribuições de mediador na relação entre os atores envolvidos na prestação de serviços públicos de transporte coletivo, partindo-se da identificação dos pontos em conflito e a partir do seu delineamento, identificar e indicar um ator que possa dentro de suas características político-institucionais ser mais adequado ao desempenho dessa função, com maiores possibilidades de êxito.

A partir dos textos legais vigentes, são apresentados os conceitos empregados relativos ao Transporte Público, Serviço Público Essencial, Concessão, Licitação, Competências institucionais dos atores envolvidos, Usuários e Sistemas licitados dentre outros e focalizado o caso do Recife.

São igualmente reunidos, a partir da análise subjacente aos questionários aplicados a *experts* previamente escolhidos, os conceitos, as concepções e os interesses pessoais e profissionais de relação de confiança, com vistas a identificar as causas geradoras dos conflitos existentes entre os atores.

³ EMTU/Recife - Empresa Metropolitana de Transportes Urbanos - por uma questão didática, doravante nesta Dissertação será feita referência a esta entidade apenas pela sigla EMTU/Recife.

⁴ STPP/RMR- Sistema de Transporte Público de Passageiros da Região Metropolitana do Recife - por uma questão didática, doravante nesta dissertação será feita referência ao mesmo apenas pela sigla STPP/RMR.

A municipalização do serviço de transporte coletivo de passageiros, instituída pela Constituição Federal de 1988 causou visível impacto nas cidades em que vigorava o regime metropolitano de administração e coordenação desses serviços. Em Belo Horizonte, por exemplo, o sistema metropolitano foi desfeito e no Recife, a EMTU/Recife passou a gerenciar o transporte público de passageiros mediante convênio de delegação de gestão celebrado com aquele município.

A escolha do Recife como referencial empírico justifica-se por se tratar de um sistema metropolitano criado por lei há 27 anos, gerenciado por uma empresa pública criada pelo mesmo diploma legal supra referido para tal finalidade - a EMTU/Recife -, e que, não obstante as disposições legais infraconstitucionais vigentes, editadas a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, tal sistema é operado por empresas de ônibus detentoras de instrumentos de permissão, outorgados há mais de 20 anos, sem prévio processo licitatório.

1.5 - Estrutura da Dissertação

Esta dissertação foi estruturada de forma a abranger aspectos normativos cujos dispositivos legais encontram-se transcritos “*ipsis litteris*”, a medida em que são citados, a fim de que as pessoas que o consultem possam se servir de seu conteúdo e entender a interpretação normativa aplicável, sem a necessidade de recorrer ao texto legal, tornando, dessa forma, mais fluente a leitura ou a pesquisa.

O texto foi dividido em capítulos, incluindo esta Introdução como o Capítulo 1, e após apresentação inicial da pesquisa objeto da dissertação, em que foi colocado o objetivo a que se propõe, o texto foi estruturado para seqüencialmente, tratar dos seguintes temas:

O Capítulo 2 tratará dos serviços públicos, seu conceito e retrospectiva histórica a partir da escola de Serviços Públicos da França e sua influência no Direito brasileiro. Trará o conceito de serviço público na doutrina e a discussão da sua natureza jurídica e competência legal de sua prestação pelo Estado, segundo os ditames constitucionais e legislação correspondente, notadamente no que se refere ao transporte coletivo de passageiros, que se destaca dentre os serviços públicos pela relevância social de que se reveste ao qual foi atribuído o enquadramento constitucional de serviço público essencial.

O Capítulo 3 comentará o artigo 175 da Constituição Federal, identificando os avanços e desafios postos à sua implementação que contempla a obrigatoriedade de licitação pública para delegação de serviço público de interesse essencial. Este capítulo enfocará o quadro jurídico existente no Brasil, a partir da Constituição Federal, e as conseqüências trazidas para a prestação dos serviços de transporte coletivo através de sua regulamentação, inserido no contexto normativo como serviço público e conferindo-lhe a qualidade de essencial, conforme disposto no artigo 30, V.

O Capítulo 4 abordará a proposta de inserção da mediação como mecanismo de facilitação do entendimento entre os atores, como instrumento pacificador das divergências e promotor de uma cultura de cooperação nesta relação continuada.

O Capítulo 5 tratará do STPP/RMR, suas características técnicas e estruturais, desde a sua concepção e gerenciamento pela EMTU/Recife que aponta positivamente para a implementação de processos licitatórios. Destacará o papel do Estado no contexto legal e institucional e o quadro atual de gestão dos transportes coletivos, com a criação do Consórcio de Transporte Metropolitano -CTM, apresentando o instituto da mediação como ferramenta para a implementação de processos licitatórios competitivos, dentro de uma cultura de cooperação entre os atores envolvidos.

O Capítulo 6 trará as conclusões da pesquisa objeto da dissertação, as respostas às questões postas, face às disposições legais vigentes e à dinâmica do arcabouço jurídico, a partir da Constituição Federal. Apresentará como proposta dentro deste contexto, a mediação, como um instrumento de fomentação à cultura do entendimento e da cooperação para a implementação dos processos licitatórios bem como para atuação junto às partes, na relação contratual decorrente da concessão.

2 - SERVIÇO PÚBLICO: UM CONCEITO ATUAL

2.1 - Antecedentes. Contribuição francesa ao caso brasileiro

Discutir serviço público representa enfrentar questões nucleares da Política e do Direito. Trata-se de definir as funções do Estado, seus limites de atuação e o âmbito reservado aos particulares.

Na Roma Republicana, na antiguidade, já existiam as noções de utilidade pública e de utilidade privada, incumbindo àquela, as instituições de decisão e comando, que teriam inclusive o poder de impor constrição aos particulares para velar pela qualidade da coisa pública, conceito no qual se incluía a organização de certos serviços destinados à satisfação das necessidades então consideradas essenciais para a população.” (Aragão, A., p.26).

Na sua mais antiga formulação, para a caracterização do serviço público fazia-se mister a reunião de três elementos essenciais: a) serviço de interesse geral ou de utilidade pública (critério funcional ou objetivo); b) prestado pelo Estado direta ou indiretamente, por delegatários privados (critério subjetivo ou orgânico); e c) sob regime jurídico especial, de Direito Público. Os dois últimos elementos há muito já se modificaram. Pessoas Jurídicas de Direito Privado também prestam serviço público, mas seria sempre necessária a existência de um vínculo orgânico com o Estado. No tocante ao regime jurídico, ele não é só o de Direito Público, a que se subordinam os serviços públicos de natureza administrativa. Quase sempre a prestação dos serviços públicos industriais e comerciais se realiza sob regime misto.⁵

Os serviços públicos advieram, a partir do ideário da Revolução Francesa, da construção jurisprudencial do Conselho de Estado e da Escola do Serviço Público capitaneada por Léon Duguit. A França, por constituir o berço do Direito Administrativo tem enorme importância na construção jurídica da idéia de serviço público em todos os países latinos e latino-americanos. (ARAGÃO, 2007, p. 77)

Na França, o serviço público foi alçado à própria idéia republicana de igualdade e liberdade, constituindo-se em uma verdadeira ideologia. Essas raízes ideológicas do serviço público e

⁵ COUTO E SILVA, Almiro do. *In* ARAGÃO, Alexandre, p. 144-145.

do Direito Administrativo que foram plantadas se ramificaram para outros países europeus e suas colônias americanas, com algumas adaptações, por conta da grande influência produzida pelo ideário da Revolução Francesa.

“A doutrina tradicional, sobretudo francesa, construiu uma noção unitária de serviço público: tal conceito evoca, ao mesmo tempo, a natureza do sujeito agente, a função a ser assegurada e o regime jurídico a ser aplicado. Progressivamente, esta abordagem do serviço público como um conceito unitário não se revelou mais capaz de colher toda a diversificada realidade dos grandes serviços públicos.”⁶

E isso vem se confirmando ao analisar-se o conceito de serviço público na doutrina especializada brasileira, que adota como referência o conceito clássico de serviço público de Leon Duguit – Escola de Serviços Públicos da França – segundo o qual: “*serviço público é uma atividade ou organização, em sentido amplo, abrangendo todas as funções do Estado*”.

Este conceito de serviço público de Leon Duguit o torna amplo demais, pelo que sofre críticas por parte de alguns renomados especialistas. Ressaltam eles que por causa dessa ampliação desmedida do conceito de serviço público, sua noção tornou-se polêmica e confusa, abarcando múltiplas atividades, sem discriminar ao certo o que realmente constitui serviço público e o que não é. Na França, todas as funções públicas são abrangidas no conceito de serviço público, sendo os serviços públicos econômicos franceses, os serviços públicos brasileiros.

Duguit, que considera serviço público todas as funções do Estado, coloca este como um grande prestador de serviços públicos, motivo pelo qual segundo o Professor Celso Ribeiro Bastos (BASTOS, 1999, pág. 165), este conceito está “*alijando do Estado a sua nota característica: a soberania*”.

E prossegue o citado professor, tomando como exemplo clássico o conceito de Leon Duguit acima transcrito, afirmando que a proliferação da rotulação de “*serviços públicos*” de forma indiscriminada atribuída ao Estado, acabou por confundir a função pública que é inerente à Administração Pública, como serviço público.

⁶ RANGONE, Nicoletta. *I Servizi Pubblici*, Ed. Il Mulino, Bologna, 1999, p.13.

Na França e em países que sofreram a influência do conceito francês de serviços públicos, como a Itália, Grécia e Portugal, as respectivas constituições não contemplam um conceito de serviço público. A noção de serviço público nesses países foi muito mais trabalhada pela Jurisprudência e pela doutrina, as quais, assim como a legislação, não têm os pesados condicionamentos constitucionais existentes no Brasil.⁷

Há várias acepções de serviço público, que abalizam seu conceito, na busca da identificação das fronteiras entre o espaço público e o privado e de como os serviços públicos nele se inserem, segundo Alexandre Aragão (2007), quais sejam:

Em primeiro lugar, tem-se a acepção amplíssima de Serviço Público, que advém da Escola de Serviços Públicos da França, de Leon Duguit, representa a noção clássica francesa, segundo a qual: “equivale a serviço público, todas as atividades exercidas pelo Estado, sejam internas ou externas, inerentes ou não à soberania, econômicas, potencialmente lucrativas ou não, prestacionais de política administrativa ou de fomento” (ARAGÃO, Alexandre, 2007, p.144). Nesta acepção, serviço público define o próprio Estado com suas atribuições inerentes inclusive as jurisdicionais e legislativas.

Ainda neste sentido, Gaston Jèze, discípulo da Escola de Serviços Públicos da França, apresenta uma versão mais restrita, segundo o qual “serviços públicos seriam todas as atividades exercidas pelo Estado em regime jurídico de Direito Público por uma decisão política dos órgãos de direção do Estado”.

Uma segunda acepção traz a noção ampla de Serviço Público, que, segundo Alexandre Aragão, (2007), corresponderiam os serviços públicos às atividades prestacionais em geral do Estado, ou seja, às funções que exerce para proporcionar diretamente aos indivíduos comodidades e utilidades independentemente de poderem deles ser cobradas individualmente ou não, ou de serem de titularidade exclusiva do Estado. Abrangeriam os chamados serviços públicos econômicos, remuneráveis por taxa ou tarifa, os serviços sociais, que podem ser prestados livremente pela iniciativa privada, mesmo sem delegação e os serviços *uti universi* inespecíficos e indivisíveis, sem beneficiários definidos com precisão.

⁷ COUTO E SILVA, Almiro do. “Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares. Serviço Público à brasileira? In Revista de Direito Administrativo – RDA, Editora Renovar, vol. 230, pp.72-73, 2002) (A. Aragão p.143).

Dessa assertiva ficariam excluídas a polícia administrativa e as atividades de fomento, uma vez que a primeira apenas restringe a esfera de liberdade dos indivíduos e as segundas, servem apenas de incentivo para a sociedade e o mercado.

A terceira acepção de Serviço Público, desta feita de forma restrita, abrange apenas as atividades prestacionais que tivessem um liame imediato com os indivíduos, podendo os seus beneficiários ser identificados e a sua fruição quantificada. Excluem-se dessa acepção, os serviços *uti universi* insusceptíveis de remuneração direta pelos seus beneficiários.

Alexandre Aragão (2007) manifesta-se favorável à acepção de serviço público de forma restrita, por considerá-la “*mais operacional, por contemplar um conjunto de atividades (serviços públicos econômicos e serviços públicos sociais) que, apesar de não terem regimes jurídicos idênticos (uns só podem ser prestados pela iniciativa privada mediante delegação do poder público, outros quando muito necessitam apenas de autorizações administrativas e de polícia, uns são via de regra cobrados dos usuários, outros geralmente são gratuitos), possuem um mínimo satisfatório de pontos em comum (unidade de sentido)*” capaz de justificar a sua inclusão no mesmo conceito (ambos são em maior ou em menor escala sujeitos à legislação consumerista; são específicos e divisíveis; geram direitos subjetivos individuais etc.).”

E com base nesta acepção a qual o referido autor diz ser inferível da Constituição Federal de 1988, formulou o seguinte conceito de serviço público, ao qual denomina “conceito constitucional de serviços públicos: “*serviços públicos são as atividades de prestação de utilidades econômicas a indivíduos determinados, colocadas pela Constituição ou pela Lei a cargo do Estado, com ou sem reserva de titularidade, e por ele desempenhadas diretamente ou por seus delegatários, gratuita ou remuneradamente, com vistas ao bem-estar da coletividade.*”

E uma quarta acepção de serviço público, desta feita de forma restritíssima, contempla apenas os serviços públicos que podem ser pagos com taxas ou tarifas, ou seja, os serviços denominados “econômicos” os quais são específicos e divisíveis e é possível a identificação de quem usufruiu e em que proporção e ainda os que são de titularidade do Estado, exploráveis pela iniciativa privada apenas mediante concessão ou permissão, nos termos do artigo 175 da Constituição Federal. Por esse conceito, estariam excluídos os *uti universi* e os

serviços sociais que não competem apenas ao Estado com exclusividade, constituindo também atividades abertas à iniciativa privada, tais como saúde e educação.

Dentro das acepções acima referenciadas, o conceito de serviço público enfrentou várias crises e isso se deve de certa forma às chamadas “atividades privadas regulamentadas” (Aragão, A. 2007), assim denominados os serviços públicos impróprios ou virtuais neles inseridas as atividades privadas de interesse público e as atividades privadas de relevância pública.

No Brasil na época da Colônia e do Império, surgiram as primeiras formas de organização dos serviços públicos, que se deram em razão das características da época, de forma muitas vezes patrimonialista, em que um serviço público era instalado para atender diretamente às necessidades de uma pessoa, com as estruturas improvisadas e a prestação dos serviços pelo Estado se dava com interesses eminentemente eleitoreiros.

Com o advento do Estado Novo, em 1930, os serviços públicos sofreram grande influência da doutrina norte-americana das *public utilities*, tendo como conseqüência o início do processo de estatização da prestação dos serviços públicos no Brasil. Esse processo representou a superação do liberalismo até então vigente no Brasil, passando o Estado a intervir mais fortemente nas atividades econômicas em geral, tendo início um grande processo de estatização da prestação de serviços públicos.

Foi, contudo, depois de 1930, que surgiram as normas contratuais regendo as relações entre Governo e concessionárias com a edição do Código das Águas – Decreto no. 24643, de 1934, no qual pela primeira vez, se estabeleciam normas de conduta sobre o conteúdo dos serviços e sua função social, assim como estabeleciam limites à apropriação de lucros por parte dos concessionários.

Segundo JOHNSON, Bruce Baner et alli, 1996, o Código das Águas foi o principal instrumento de fortalecimento dos poderes da União sobre as concessões de energia elétrica, por exemplo, através da transformação das quedas d’água em patrimônio federal, prevendo a reversão e a desapropriação, devida indenização calculada com base no custo histórico (*in* A. Aragão, p.68) ⁸.

Nos últimos anos, por força da globalização econômica, da predominância ideológica do liberalismo, da evolução tecnológica em muitos dos serviços prestados em rede e da legislação da União Européia, houve uma aproximação da noção latina de serviço público, à noção anglo-saxônica de *public utilities*, passando o legislador a considerar, em alguns casos (mas não em todos), não ser mais necessário que o Estado assegure a prestação dessas atividades, que poderiam passar a ser atividades da iniciativa privada, apenas sujeitas a uma regulação estatal exógena de variável intensidade.

Isso se choca com a idéia tradicional de os serviços públicos serem atividades excluídas da livre iniciativa, e, conseqüentemente, da concorrência, pressupondo apenas um prestador, fosse ele o próprio Estado ou delegados seus. Mas a partir da década de 80, como expressão das mencionadas evoluções político-ideológicas, econômicas e tecnológicas, que fizeram com que muitas dessas atividades deixassem de ser monopólios naturais, e sua prestação passasse a ser feita por mais de uma empresa, com maior liberdade de entrada no mercado, com vistas a um melhor atendimento aos interesses públicos buscados.

A inserção da concorrência, que é a principal modificação que o regime jurídico dos serviços públicos sofre no Estado contemporâneo não pode, contudo, ser generalizada ou feita sem cautelas, já que em um setor em que há serviço público em razão de sua importância para a coesão social dificilmente apenas a concorrência dará conta das necessidades coletivas envolvidas. Entretanto, a aplicação da concorrência somente se legitima na medida em que constituir instrumento da implementação prática dos objetivos constitucionais voltados ao interesse público e à dignidade da pessoa humana.

O fundamento último da qualificação jurídica de determinada atividade como serviço público foi e é de ser pressuposto da coesão social e da dignidade dos seus cidadãos, constituindo os serviços públicos as prestações sem as quais, em determinada cultura, as pessoas se vêm desvestidas daquele mínimo necessário para a viabilização adequada das suas vidas.

⁸ARAGÃO, Alexandre Santos de. 2007. Direito dos Serviços Públicos. Forense. Rio de Janeiro.

Se no Estado contemporâneo em geral, a aplicação da lógica concorrencial aos serviços públicos sofre sérias ressalvas, no Direito positivo brasileiro ainda há o artigo 175 da Constituição Federal,⁹ que faz uma ligação muito forte entre a idéia de serviço público e a titularidade estatal, ainda de maneira não absoluta e dá sede constitucional aos serviços públicos ao prevê-los como atividades econômicas *lato senso* titularizadas pelo Estado, com exclusão da iniciativa privada, que pode prestá-los apenas mediante delegação, e outros dispositivos que prevêm obrigações do Estado na prestação de serviços públicos específicos como a saúde e a educação, ainda que sem a exclusão da iniciativa privada como por exemplo o disposto no art. 197 da Constituição Federal.¹⁰

A Professora Odete Medauar¹¹ após destacar que na Europa muitas das atividades que sempre foram consideradas serviços públicos estão recebendo outras denominações (ex.: atividades econômicas de interesse geral), ressalva: “*alguns autores afirmam que não mais existe serviço público, nem titularidade estatal de atividades. Tais concepções não se aplicam ao ordenamento brasileiro, ante o art. 175 da CF, que atribui o serviço público ao poder público, diretamente ou mediante concessão ou permissão. Pode-se pensar de modo evolutivo no serviço público, para inserir o dado econômico, a gestão privada, a concorrência, sem abolir a presença do Estado.*”

Pelo menos enquanto subsistir a redação original do art. 175, não há como, à exceção dos serviços sociais, ignorar, na identificação de determinadas atividades como serviços públicos ou atividades privadas, o fato de a sua titularidade ter ou não sido reservada ao Estado.

As alterações mais substanciais no regime jurídico dos serviços públicos visam não a simplesmente fortalecer a iniciativa privada ou outros valores constitucionais, mais sim a melhor atender aos fins dos serviços públicos de coesão social e proteção da dignidade da pessoa humana, que continua sendo o seu principal papel.

⁹ 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.”

¹⁰ Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

¹¹ MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. São Paulo: RT, 1996

É assim que no Estado contemporâneo e especialmente no Direito brasileiro, o instituto do serviço público se mantém como um dos principais instrumentos de busca da coesão social e da dignidade da pessoa humana, para o que as prerrogativas tradicionais do Estado na matéria se combinam aos atuais mecanismos mercadológicos, concorrenciais e consumeristas, não sendo possível, muitas vezes inclusive por força de dispositivos constitucionais, que todas as atividades consideradas serviços públicos sejam transferidas para a iniciativa privada.

2.2 - Serviço Público. Conceito e natureza jurídica

Na Europa, o conceito de serviço público se faz presente desde o início da construção europeia, através do Tratado de Roma (1957) que aborda a idéia de "serviços de interesse econômico geral" (Boual, 1997). Mas é apenas a partir dos anos 80, que o debate sobre o conceito se desenvolve, com os processos de privatização, de desregulamentação e de introdução da concorrência nos mercados das infra-estruturas nacionais em rede, tais como transporte, energia, telecomunicações, água, correios, gás.

O conceito de serviço público deriva do tipo de Estado vigente no momento histórico. No Brasil, deve-se considerar a preponderância da Constituição Federal sobre os demais institutos para servir de critério para interpretação e de aplicação do sistema jurídico brasileiro ao conceito de serviço público.

Quando da promulgação da Constituição Federal de 1988, o conceito de serviço público no Brasil atendeu ao contexto histórico-econômico e político de um sistema capitalista fundado na propriedade privada dos meios de produção, no livre exercício das atividades econômicas e na limitação da intervenção do Estado no domínio econômico. (Justen F^o., 2003, p.17)

O Estado moderno tem adotado postura diferente, ou seja, em determinados setores substituiu a atuação direta do poder público na prestação dos serviços, pelas funções de regulamentação e fiscalização, delegando a prestação dos serviços públicos não inerentes à sua soberania.

Serviço Público encontra-se definido pela doutrina especializada brasileira e estrangeira, segundo aspectos econômicos e históricos.

Sob o aspecto econômico, o Prof^o Eros Grau (in Justen F., 2003, p.19), define que “*serviço público é uma modalidade de atividade econômica*”. Logo, a atividade econômica é um gênero do qual são espécies: o serviço público e a atividade econômica em sentido restrito.¹²

Sob o aspecto histórico, o jurista Arnold Wald ensina que por volta da primeira metade do século XX, o que se verificou nos países de uma maneira geral, foi um aumento dos serviços públicos, em virtude de estar vigente o “Estado de bem-estar social” ou Estado assistencial, cujas funções se resumiam em fiscalizar as condições de trabalho, os preços e a proteger os chamados “economicamente fracos”. Era a vigência do *Welfare State*” onde o Estado afastou-se de suas funções de Estado-polícia.

O serviço público possui características próprias da função pública, mas dela se distingue fundamentalmente (Bastos, C. 1999, p. 166) pelo fato de que o serviço público visa atender a necessidades materiais, consubstanciadas em comodidades ou serviços postos à disposição dos usuários individualmente, ou de forma coletiva, como é o caso, por exemplo, dos serviços de iluminação e de segurança pública. Mas há que se ressaltar que há um atendimento de uma necessidade coletiva, ou seja, genérica, ampla, e que emerge da convivência em sociedade.

Para conceituar Serviço Público, há na doutrina especializada vários posicionamentos cada qual contemplando um aspecto característico que vale ressaltar:

Dentre renomados administrativistas brasileiros, destaca-se José Cretella Júnior que conceitua serviço público como “*toda atividade que o Estado exerce, direta ou indiretamente, para a satisfação das necessidades públicas mediante procedimento típico do direito público.*”

Outro não menos festejado jurista especialista em Direito Público, o Professor Helly Lopes Meirelles, de forma mais detalhada, conceitua serviço público como “*todo aquele prestado pela Administração (excluídas as atividades legislativa e jurisdicional) ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade, ou simples conveniências do Estado.*” Esse conceito abrange todas as atividades executivas exercidas pela Administração Pública.

¹² GRAU, Eros. A ordem econômica na Constituição de 1988. 5ª. Ed. São Paulo: Malheiros, p. 123.

Partindo-se para um conceito mais restrito, cita-se a Professora Maria Sylvia Zanella di Pietro que situa Serviço Público entre as atividades exercidas pela Administração Pública exceto as funções legislativa e jurisdicional. O conceito que formula é o de que serviço público “*é toda atividade material (atividade que tem por objeto a satisfação de necessidades coletivas) que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público*”.

A autora em apreço classifica a atividade jurídica como sendo o Poder de Polícia voltado para a preservação do direito objetivo, ordem pública, paz e a segurança coletiva e a atividade social onde a administração cuida de assuntos de interesse coletivo, visando ao bem estar e ao progresso social, mediante o fornecimento de serviços aos particulares que considera serviços públicos propriamente ditos.

O jurista Celso Antônio Bandeira de Melo para quem “*Serviço Público consiste em toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça às vezes, sob um regime de Direito Público*”, destaca como principal distinção entre serviço público e atividades econômicas o regime jurídico, onde a necessidade a ser satisfeita tem a ver com a dignidade da pessoa humana.

Marçal Justen Filho (2003) formula sua conceituação de serviço público, partindo da conjugação das diversas definições já formuladas pelos administrativistas brasileiros, e adota, por considerá-la completa, a definição de serviço público de Celso Antônio Bandeira de Mello acima transcrita.

Ressalta o autor que se faz mister considerar que a maior parte da doutrina brasileira reconhece que o conceito de serviço público se desdobra em três aspectos que são: material, subjetivo e formal. E esclarece que sob o aspecto material ou objetivo, o serviço público “*consiste numa atividade de satisfação de necessidades individuais de natureza essencial*”, sob o aspecto formal, “*configura-se o serviço público pela aplicação do regime jurídico de direito público*” e sob o aspecto subjetivo, “*por tratar-se de atuação desenvolvida pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes.*”

Entretanto, ressalva que esses aspectos não exauram todas as questões relacionadas ao conceito de serviço público, sendo, contudo, complementares entre si. Não restam dúvidas, porém, de que o serviço público se peculiariza pela existência de um regime jurídico específico e por imprimir constitucionalmente a sua distinção de atividade econômica, tornando o direito brasileiro diferente dos demais ordenamentos jurídicos.

2.3 - Sentidos do Serviço Público no Direito Brasileiro

No Brasil, ainda que não haja de forma explícita, no texto Constitucional uma conceituação de serviço público, nele contém relacionados vários serviços que são constitucionalmente considerados públicos.¹³

A Constituição brasileira refere-se ora a serviços públicos em sentido econômico, como sendo aquelas atividades da titularidade do Estado, conforme dispõem os artigos 145, II e 175, ora trata dos serviços públicos como sinônimos de Administração Pública, conforme se denota da redação do artigo 37 daquele diploma legal, outras vezes, dispõe apenas como serviço, haja vista o teor do artigo 21 e por fim, como serviços de relevância pública tal como está disposto no artigo 197.¹⁴

A legislação infraconstitucional brasileira não contempla a definição de “serviço público”. Entretanto, diante do quadro normativo vigente e à luz da doutrina especializada, denota-se que todo o arcabouço jurídico-normativo vigente volta-se para o preceito constitucional insculpido no artigo 175 que assim dispõe:

“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.”

¹³ GUGLIELMI, Gilles J. e KOUBI, Geneviève. *Droit du Service Public*, Ed. Montchrestien, Paris, 2000,p.23.

¹⁴ Constituição Federal de 1988 - Art. 37 A administração pública direta e indireta de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Art. 145 A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos: II – taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos à sua disposição; Art. 197 – São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado.

Esse dispositivo constitucional deixa claro que a titularidade dos serviços públicos é do Estado, a quem compete a sua prestação, embora admita que essa sua prestação seja realizada por ente privado, mediante delegação do poder público: através de concessão ou permissão, sempre precedida de licitação pública.

Por não contemplar uma definição própria de “serviço público”, a Constituição Federal de 1988 faz referência ora a serviços públicos ora a serviços de utilidade pública que são tratados de forma distinta na doutrina e jurisprudência, tanto no que se refere à natureza como no que toca às suas conseqüências jurídicas.

O Estado moderno tem adotado postura diferente da adotada na época do estado-provedor ou assistencial da primeira metade do século passado. Em determinados setores substituiu a sua atuação direta na prestação dos serviços, pelas funções de regulamentação e fiscalização, delegando a prestação dos serviços públicos não inerentes à sua soberania, que podem ser denominados de serviços de utilidade pública pela sua característica inerente de delegabilidade, dentre os quais se inserem os serviços de transporte público de passageiros.

No entanto, nem sempre é possível em função das interfaces existentes e da conjugação de interesses privados e tutelados pelo regime econômico, pelo quadro político e pelo contexto histórico-normativo vivenciado, que acabam por entravar o poder público no exercício de sua função fiscalizadora e reguladora da prestação dos serviços públicos.

Como visto anteriormente, a referência constitucional do artigo 175 aos serviços públicos, atribuindo-lhe a incumbência ao Poder Público, remete à letra constitucional do artigo 30, inciso V, segundo o qual, dentro do Capítulo IV que trata dos Municípios, dentro do Título III – Da Organização do Estado, fixar-lhe a competência para organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, inclusive o de transporte coletivo que tem caráter essencial.

Essa tutela sobre os transportes coletivos retornou ao controle dos Municípios e isso se deve em parte, a uma herança do texto constitucional de 1967, que naquela época já inseria os serviços públicos como de competência local, que deveria ser gerido pelo Município.¹⁵

¹⁵ Constituição Federal de 1967 – Art. 15 A autonomia municipal será assegurada: I- pela eleição direta de Prefeito, Vice-Prefeito e Vereadores, realizada simultaneamente em todo o País; II – pela administração própria, no que respeite ao seu peculiar interesse, especialmente quanto: ... b) à organização dos serviços públicos locais.

Em seqüência, com o retorno às eleições diretas dos prefeitos em 1985, os transportes readquiriram um lugar de destaque nos programas de governo municipais (como nos anos 50) e os prefeitos tendendo a não abdicarem do exercício de tutela sobre um serviço essencial para a população.

Além do que, a Constituição do Brasil de 1946 já estabelecia autonomia municipal, para organização dos serviços de interesse comum, posto sob a responsabilidade dos prefeitos de cada Município. Isso se deve ao fato de que os constituintes de 1946 partiram do princípio filosófico Kantiano de que o Estado não é o fim em si mesmo, mas meio para o fim, sendo o homem sempre este fim, para o qual deveria o Estado fazer convergir os seus esforços, para elevá-lo social, física, moral e intelectualmente.¹⁶

A partir de 1955, os prefeitos de cada município assumiram a responsabilidade da organização dos transportes coletivos, até então a cargo dos governadores de cada Estado do Brasil. Isso ocorreu por duas razões: A primeira delas, porque nas cidades se priorizavam a construção da rede viária para facilitar a circulação de automóveis, ficando o transporte coletivo em segundo plano nas preocupações do Estado Federal. O segundo motivo foi devido as primeiras eleições municipais ocorridas em 1955 nas capitais brasileiras, tornando-se plano de campanha dos candidatos, a reorganização dos transportes coletivos.

2.4 - Transporte como serviço público essencial

O transporte público, dentre as funções de interesse comum, tem sua importância na medida em que proporciona aos cidadãos a mobilidade e a acessibilidade necessárias para o atendimento às suas necessidades básicas, da sua família e da sua comunidade, relativamente ao acesso a outros serviços públicos, tais como saúde e educação, por exemplo.

Entretanto, em que pese essa evidente importância e relevância social, os transportes públicos são tratados como coisa menor, “para pobres”, não merecendo ser contemplado como

¹⁶ BALLEIRO, Aliomar. “A Constituinte e a Constituição de 1946. in As Constituições no Brasil. Fundação Projeto Rondon. Ministério do Interior. Coordenação Walter Costa Porto. 1987. Constituição Federal de 1946 – Art. 28 A autonomia dos municípios será assegurada: I – pela eleição do prefeito e dos vereadores; II – pela administração própria, no que concerne ao seu peculiar interesse e, especialmente: a) à decretação e arrecadação dos tributos de sua competência e à aplicação das suas rendas; b) à organização dos serviços públicos locais.

atividade estratégica por parte da União, Estados ou Municípios Metropolitanos (LIMA NETO, O, 1999).

As políticas de transporte atualmente vigentes na maioria das cidades brasileiras favorecem de forma acintosa a utilização do automóvel, segregando assim, a população e dificultando a acessibilidade para aqueles que necessitam utilizar o transporte público para se deslocar.

Presente dentre as diretrizes gerais da política urbana contempladas nos artigos 182 e 183 da Constituição Federal, dispositivos estes regulamentados pela Lei Federal nº. 10.257, de 10 de julho de 2001 – Estatuto da Cidade -, o transporte é referenciado da seguinte forma:

Art. 2º. A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais:

I – garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações;

...

V - oferta de equipamentos urbanos e comunitários, transporte e serviços públicos adequados aos interesses e necessidades da população e às características locais.

Esta constitui dentre outras, uma das formas de intervenção do Estado na reforma urbana, de competência do Poder Público Municipal, o qual, com fundamento na Constituição Federal, prescreve a sua forma de execução e constitui na forma da lei, o Estatuto das Cidades que insere o transporte dentre as diretrizes gerais como forma de garantir às cidades o direito de se tornarem sustentáveis.

Sob o ponto de vista político, o transporte coloca as cidades em conexão com o mundo a sua volta, e com isso, diversifica as riquezas culturais promovendo o conhecimento através da comunicação, além de exercer papel fundamental de integração do tecido urbano, afetando diretamente a produtividade das demais atividades econômicas, em função da sua própria qualidade e produtividade.

Como visto, o transporte tem importância fundamental para o desenvolvimento das cidades, também sob o aspecto econômico na medida em que propicia a entrada de produtos e tecnologia, assim como a saída da produção para o recebimento de divisas por parte do Estado e por proporcionar a interligação entre os pontos extremos das cidades, possibilitando aos cidadãos os seus deslocamentos para as suas atividades e de sua família.

Presente e com destaque no cotidiano das cidades, o transporte marca sua presença no suprimento das necessidades das economias modernas e desde os seus primórdios, ocupando assim, a função de elo nas cadeias de atividades desenvolvidas pelos povos.

Assim, é que a qualidade do serviço prestado deve ser melhorada, já que existe uma ligação intrínseca entre o transporte coletivo urbano e a qualidade de vida de seus usuários (Fernandes e Bodmer, 1995). Neste sentido, observa-se que a qualidade dos transportes públicos por ônibus, no Brasil, apesar dos significativos avanços ocorridos nas últimas décadas, ainda deixa muito a desejar.

O arcabouço jurídico normativo brasileiro, a partir da Constituição Federal de 1988, traz em diversos artigos referência específica ao transporte coletivo de passageiros, tanto estabelecendo competências para discipliná-lo como para geri-lo e definindo as regras para operá-lo.

A Constituição brasileira além de representar um marco regulatório para os serviços públicos de uma maneira geral trouxe em seu texto, de forma explícita, a referência ao transporte coletivo como serviço público essencial. Tal disposição insculpida no artigo 30, V da Constituição Federal confere competência para organizá-lo e prestá-lo ao Município que pode fazê-lo diretamente ou delegar a sua prestação à iniciativa privada, sob regime de concessão ou permissão.

Art. 30 – Compete aos Municípios:

...

V - organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial.

O significado semântico de “essencial” dá a verdadeira amplitude de sua relevância constituindo aquilo que é da substância, indispensável, o ponto mais importante,

fundamental, imprescindível.¹⁷ O citado dispositivo constitucional, ao inserir o qualificativo de essencial ao transporte coletivo, nada mais fez do que exprimir o reconhecimento legal, da importância do transporte coletivo, até porque, a lei não contém palavras inúteis.

Por seu turno, a Lei Federal nº. 7.783, de 28 de junho de 1989 que dispõe sobre o direito de greve, define as atividades essenciais, regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, reza que o transporte coletivo constitui serviço essencial, definindo como tal aqueles que tal qual as atividades essenciais, constituem necessidades inadiáveis da comunidade, cujo não atendimento acarretará a responsabilização de quem lhe deu causa, nos termos da lei.¹⁸

Restando assim indubitável a atribuição de essencialidade ao transporte coletivo, enquanto serviço público, consagrada por instrumentos legais dentro do sistema normativo brasileiro, no próximo capítulo, será estudado o quadro jurídico vigente, a partir da Constituição Brasileira de 1988 e os dispositivos legais infraconstitucionais relativos ao disciplinamento, a competência e as regras relativas à delegação de sua prestação a particulares, apresentando a sua evolução e enquadramento no conceito de serviço público, bem como casos práticos de sua aplicação nas cidades brasileiras.

¹⁷Ferreira, Aurélio Buarque de Holanda. Dicionário da Língua Portuguesa. Ed. Nova Fronteira. Rio de Janeiro. 1977

¹⁸ Lei nº. 7783, de 28.06.1989 - Art. 10 São considerados serviços ou atividades essenciais:.... V - transporte coletivo;... Art. 11 Nos serviços ou atividades essenciais, os sindicatos, os empregadores e os trabalhadores ficam obrigados, de comum acordo, a garantir, durante a greve, a prestação dos serviços indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade. Parágrafo Único. São necessidades inadiáveis da comunidade aquelas que, não atendidas, colocam em perigo iminente a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população.

3 - QUADRO JURÍDICO BRASILEIRO

O serviço público tal como visto no capítulo anterior tem tratamento constitucional no Direito brasileiro e todo um arcabouço normativo editado voltado à sua regulamentação. No entanto, o alcance e a eficácia da norma constitucional estão condicionados à possibilidade fática de atuar, por se fazer necessária a sua adequação à realidade social e aos valores positivos, para que tornem possível o seu cumprimento pela sociedade.

Como o objetivo da pesquisa é analisar os avanços e desafios postos à implementação das regras do artigo 175 da Constituição Federal, que contempla a obrigatoriedade de licitação para delegação de serviço público de interesse essencial, este capítulo tratará do quadro jurídico existente no Brasil, a partir da Constituição Federal e as conseqüências trazidas para a prestação dos serviços de transporte público através de sua regulamentação, inserido no contexto normativo como serviço público e conferindo-lhe a qualidade de essencial, conforme disposto no artigo 30, V.

3.1 - Abrangência da norma constitucional

As normas constitucionais não são produtoras do direito, mas consistem no próprio direito objetivo, que brota de circunstâncias políticas, históricas, geográficas, econômicas, axiológicas e sociais.

A Constituição Federal brasileira de 1988 é uma ordem legítima da comunidade política, pois adveio de um titular genuíno que é o Poder Constituinte. Para a sua promulgação, houve a convocação da Assembléia Nacional Constituinte¹⁹ eleita pelo povo que é o titular do poder e como tal, exprime a vontade política da Nação.²⁰ O valor contido neste poder transfere-se, portanto, à norma constitucional, conferindo-lhe legitimidade, de forma que a ela se submete toda a produção normativa do país.

Sob o aspecto sociológico, segundo a Professora Maria Helena Diniz (2001) a norma será eficaz se for realmente seguida e aplicada pelos seus destinatários e órgãos competentes,

¹⁹ Emenda Constitucional no. 26, de 27 de novembro de 1985.

²⁰ Constituição Federal de 1988 - Artigo 1º., Parágrafo Único

respectivamente. “*Consiste a eficácia no fato real da aplicação da norma, tendo, portanto, um caráter experimental, por se referir ao cumprimento efetivo da norma por parte de uma sociedade, ao reconhecimento dela pela comunidade, no plano social, ou mais particularizadamente, aos efeitos sociais que ela suscita pelo seu cumprimento pelos órgãos públicos.*”²¹

Para a ciência jurídica, a norma constitucional deve estudar além da realidade social, o valor quando positivado. A norma constitucional deve vislumbrar a realidade social e sua aderência do sentido jurídico à realidade. A eficácia social constitui requisito essencial para a efetividade da sua aplicação jurídica e significa a efetiva correspondência da norma constitucional ao querer coletivo ou dos comportamentos sociais ao seu conteúdo.

De acordo ainda com a citada professora, é preciso analisar as normas constitucionais vigentes, imersas na realidade social. A norma constitucional deve ser um reflexo da situação fática existente, evitando-se assim, uma oposição entre o social e o jurídico, que levaria à sua ineficácia por falta de ressonância no seio da coletividade.

Toda norma vige com pretensão de eficácia, logo, não lhe pode faltar a finalidade de ser justa. Deve haver correspondência entre o texto constitucional e o valor porque a Constituição Federal não nasce como elemento do pensamento, mas de fenômenos sociais, políticos e econômicos, que visam atender a valores positivados numa dada época, concretizando as aspirações de determinados momentos.

Segundo Telles Jr., (1986), a Constituição “*constitui o complexo de normas fixando a estrutura fundamental do governo, determinando as funções e competências de seus órgãos principais, estabelecendo os processos de designação dos governantes e declarando os direitos essenciais das pessoas e suas respectivas garantias.*”

A Constituição declara uma série de direitos fundamentais, restringindo a ação do Poder Legislativo. Tais direitos podem ser regulados e sofrem limitações por leis

²¹ DINIZ, Maria Helena. 2001. Norma Constitucional e seus Efeitos. 5ª. Ed. São Paulo, Saraiva.

infraconstitucionais, embora não possam ser negados. Eis porque se diz que não há eficácia da Constituição, mas da norma constitucional.

3.2 - Norma constitucional e seus efeitos

O artigo 175 da Constituição Federal reza que: *Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.* ”(grifos nossos)

O citado dispositivo, ao conter o termo “na forma da lei” em seu *caput*, transferiu para a regulamentação através de lei ordinária, como seria a relação que se estabelecerá através da concessão ou da permissão do serviço público, não dispendo sobre as permissões ou concessões então vigentes à época da sua promulgação.

Da mesma forma, não há como desconsiderar, pois, que existe uma determinação legal explícita, de nível constitucional, da exigência do certame licitatório prévio para a concessão ou permissão da prestação de serviços públicos, entretanto, na forma da lei que o regulamentar. Nesse diapasão, emergem discussões doutrinária e jurisprudencial acerca da impositividade do referido dispositivo legal supracitado, apenas por ter status constitucional, antes de sua regulamentação por lei ordinária.

Um dos posicionamentos espousa os ensinamentos de Hans Kelsen,²² segundo o qual “a Constituição representa o escalão do direito positivo mais elevado.” E por essa razão, encontra-se em posição de supremacia em relação às demais normas do ordenamento jurídico, as quais devem, ao serem editadas, estarem com ela conforme, sob pena de serem ineficazes, e dessa forma, não produzirem efeitos quando declarada a sua inconstitucionalidade.

A supremacia da constituição justifica-se em razão da segurança jurídica que deve ser garantida aos atos praticados e dessa forma, terem asseguradas a ordem e a estabilidade social que tem como missão resguardar.

²² Hans Kelsen, *Teoria Pura*, cit. V.2. p.65 e 66, apud Diniz, Maria Helena (2001, p.11)

Ocorre, porém, que a eficácia das normas constitucionais na forma como estão dispostas, pode ser produzida de forma absoluta, plena, limitada ou contida, de conformidade com a necessidade de serem ou não regulamentadas posteriormente por lei ordinária para que possam os seus comandos ter obrigatoriedade perante a sociedade e conduzirem o seu aplicador na prática dos atos administrativos.

Essa classificação foi proposta pelo italiano Vezio Crizafulli (Apud Diniz, 2001, p.105), segundo o qual, o dispositivo constitucional se diz de eficácia absoluta quando é imutável, por não ser passível de emendas, sedimentando assim, a obrigatoriedade de seus preceitos. Diz-se de eficácia limitada quando a norma constitucional somente terá eficácia imediata quando estiverem devidamente regulamentadas por lei infraconstitucional. Dividem-se tais comandos em normas de princípio institutivo que são mandamentos constitucionais que para entrar em vigor, precisam de ampla legislação infraconstitucionais e programáticas que são aquelas que traçam metas que devem ser alcançadas.

Essas normas programáticas não geram eficácia positiva de forma imediata, mas mesmo sem regulamentação, geram efeitos imediatos negativos, ou seja, não podem ser afrontadas por normas infraconstitucionais nem podem ser atacadas por sentenças judiciais que lhe neguem a vigência.

Essa classificação é ratificada na doutrina brasileira, entre outros, pelo professor José Afonso da Silva (op. Cit. DINIZ, 2001, p. 116), segundo o qual a norma programática tem eficácia jurídica porque impede que o legislador comum edite normas em sentido oposto ao direito assegurado pelo constituinte, antes mesmo da possível legislação integrativa que lhe dará plena aplicabilidade.

O enquadramento normativo do artigo 175 da Constituição Federal, que interessa a este estudo, cuja regulamentação se deu através da Lei Ordinária nº. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 - Lei de Concessões -, confere-lhe o status de norma constitucional de eficácia limitada de caráter programático segundo a classificação citada, o qual, mesmo pendente de regulamentação, tem reconhecida a impositividade do seu preceito, relativamente à exigência de licitar.

3.3 - Constituição Federal e os serviços públicos

Ao referir-se de forma explícita aos “serviços públicos“, a Constituição Federal na qualidade de “escalão do direito positivo mais elevado,” (Hans Kelsen in Diniz, 2001, p. 46), introduziu esse conceito no mais alto patamar normativo nacional, ditando assim, a imperatividade de seu reconhecimento.

No entendimento de Arnold Wald, (WALD,1999, p. 312), o citado artigo 175 da Constituição Federal contempla a necessidade de edição de uma lei de caráter nacional, incumbida de disciplinar a prestação dos serviços públicos, ditando os princípios e diretrizes gerais sobre os quais deve se pautar o poder público para delegar a sua prestação quando for o caso, entretanto, não pode ser contrariado por norma de hierarquia inferior, no que se refere à exigência de licitar que contempla.

3.4 - Concessões de serviços públicos

O instituto da concessão de serviços públicos, historicamente, tem demonstrado ser cíclico.

No Brasil, quando foram implementadas as primeiras concessões, no final do século passado, o instituto surge como instrumento de atração de capital estrangeiro e de tecnologia externos mediante a concessão de serviços públicos (Caio Tácito, 2003).

O concessionário realizava a obra e isso lhe assegurava o direito de explorar a atividade até o limite do seu investimento. Esse fato ocasionou crescimento econômico e dessa forma se implantaram, dentre outros, os serviços de transporte urbano. Foi um período caracterizado pela pouca intervenção estatal nas relações contratuais estabelecidas entre o poder concedente e o concessionário.

A natureza dos interesses então em jogo passou, entretanto, a impor uma nova concepção, admitindo que as obrigações dos concessionários fossem alteradas por ato unilateral do poder concedente, desde que mantido o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. (José Santos, 2004).

Aos poucos, o regime contratual foi se modificando, passando a aparecer o regime público, mediante a implementação do sistema de tarifas como forma de remuneração da concessão de serviços públicos. Sendo esse sistema predominantemente público, com a revisão da tarifa sendo ato exclusivo do poder público, houve um crescimento da intervenção estatal na prestação do serviço público concedido, o que fez com que o sistema de concessões entrasse em decréscimo. Dessa forma, surgiram as sociedades de economia mista e as empresas públicas prestadoras de serviços públicos, regime este que vigorou até bem pouco tempo.

Hoje, considerando-se a falta de capacidade do Estado de prestar serviços públicos, verifica-se o fortalecimento da tendência à prestação de serviços públicos em parceria com a iniciativa privada, fato este que representa um ressurgimento do instituto da concessão, segundo o Professor Arnold Wald. É dessa forma que se verifica a realidade imposta pela globalização da economia e pela demanda de uma estrutura administrativa eficaz não mais voltada à prestação de serviços públicos, mas ao exercício de sua função fiscalizadora e regulamentar.

Nesse diapasão, a Constituição Federal de 1988 reza em seu artigo 174 que o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado. E o art. 175 determina que incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

O tratamento constitucional dado ao instituto das concessões dos serviços públicos tem uma conotação principiológica, ou seja, traduz os efeitos da constitucionalização e da democratização do Estado e do Direito brasileiros. Impondo, para que ocorra, a observância de uma pluralidade de princípios a partir do Princípio da Dignidade Humana e subordinou a atividade pública e a privada a limites anteriormente inexistentes. Para a Constituição Federal de 1988, a concessão constitui uma relação jurídica trilateral, em que são partes o Estado, o Concessionário e a Sociedade.

Sobre esse aspecto comentou Marçal Justen Filho que *“a prestação de serviço público adequado e satisfatório se configura como um objetivo comum, compartilhado pelo Estado, pela Sociedade Civil e também pelo Concessionário. É a natureza associativa da concessão, constituindo-se em um meio de obter a colaboração dos particulares no desempenho de*

serviços públicos.” (Justen Fo. 2003, p.62).²³

Assim, na visão do autor antes citado, “*mais que um contrato comutativo, a concessão é uma via associativa, por meio da qual, se produz a conjugação de esforços de diversa origem e qualitativamente distintos, para a realização de interesses comuns.*”

Na Lei de Concessões, que regulamentou o artigo 175 da Constituição Federal, o legislador trouxe definições legislativas formais para o instituto da concessão (art. 2º,II).²⁴ No entanto, para Marçal Justen Filho, as definições são precárias e insuficientes e ressaltam a existência no citado dispositivo legal, da exigência de licitação na modalidade de concorrência para sua outorga.

Diz ele que: “*a outorga mediante licitação pode ser essencial ao regime da concessão.*” Mas não é elemento constitutivo de sua identidade. Daí concluir-se que “a exigência de licitação é decorrência da presença da concessão, logo, a alusão à obrigatoriedade da licitação não apresenta cunho definitório do instituto da concessão. Trata-se de exigência que integra o regime jurídico correspondente.”

Segundo Marçal Justen Filho (2003, p. 100), “*é usual destacar-se que o serviço público que comporta delegação por meio de concessão é aquele que apresenta natureza econômica. Essa solução se reporta às origens do pensamento francês*”. O Direito brasileiro reproduziu esse conceito de serviços econômicos na hipótese do artigo 173 da Constituição Federal,²⁵

²³ O referido autor comenta ainda a esse respeito, que “*as novas concepções sobre o Estado pressupõem a chamada Sociedade Civil. Com isso, afirma-se a superação das concepções políticas que contrapunham a organização política à organização civil, atribuindo àquela uma função de tutela sobre esta. Isso não equivale a negar a autoridade do Estado e a heteronomia do Direito, mas sim reconhecer a impossibilidade (prática e ideológica) de dissociar-se a gestão política de uma concepção associativa. A república significa a instrumentalidade do Estado para a realização de fins coletivos e individuais com absoluto predomínio da dignidade da pessoa humana.*” (JUSTEN Fº. “As diversas configurações da Concessão de Serviço Público.”. Artigo publicado na Revista de Direito Público da Economia. Belo Horizonte. Editora Forum, nº 1, p. 95-136, jan./mar/2003).

²⁴ Lei nº 8.987/95 – Art. 2º. Para fins do disposto nesta Lei, considera-se: ... II- concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado.

²⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso. A. 2008. Curso de Direito Administrativo. São Paulo. 25ª. Ed. Malheiros Editores, p. 298.

que tratou o instituto da concessão de forma distinta do diploma anterior, uma vez que a ordem jurídica que foi tutelada por esta Carta, contemplou interesses tanto individuais, como difusos e coletivos, como reflexo da consolidação do processo de redemocratização do país.

Para Celso Antônio Bandeira de Mello (2008), tendo a concessão como objeto de delegação “apenas” serviço público, é das formas mais simples de concessão, e cita como exemplo a concessão de transporte urbano de passageiros. Considera neste caso, que o particular concessionário de tal serviço público assume o dever de promover o fornecimento de utilidades determinadas que as identifiquem como serviço público, e a ele caberá promover o aparelhamento necessário à prestação do serviço, ficando sua atividade adstrita à prestação de tal serviço.

Por outro lado, ressalta o autor a propósito do exemplo, que a concessão neste caso, também se relaciona à exploração empresarial das atividades de serviço público pela iniciativa privada, sob a concepção da lucratividade, impondo-se assim, a observância e aplicação de princípios peculiares fora do âmbito estatal, que é a proteção à propriedade privada, à livre iniciativa e de forma eventual, à livre concorrência.

É que a concessão, por sua própria natureza jurídica, vincula-se à temática do serviço público, que torna obrigatório o atendimento das necessidades essenciais, diretamente relacionadas ao princípio da Dignidade da Pessoa Humana, objeto de proteção pelo Estado, pelo que não se pode reduzir a concessão a uma relação jurídica entre Estado e concessionário, porque envolve diretamente a titularidade de interesses jurídicos da sociedade, integrando-a, dessa forma, na relação jurídica que passa a ser trilateral.

“A outorga de uma concessão significa que a prestação do serviço público deixará de ser custeada pela sociedade em seu conjunto e passará a sê-lo somente por parte dos usuários e na medida direta da intensidade de sua fruição” (Justen Filho. 2003,p.14)

3.5 - Contratualização da concessão da prestação de serviços públicos

Superada a questão relativa à obrigatoriedade de prévia licitação para concessão de serviço público, vez que os artigos 37, XXI e 175 da Constituição Federal apontam nesse sentido, impondo-lhes a observância, tratar-se-á a partir de então do conseqüente lógico do processo

de licitação que é a formalização da outorga da delegação da prestação do serviço licitado, mediante a celebração, com o vencedor do certame e adjudicatário, do respectivo contrato administrativo de concessão.

Tomando-se por base o texto legal, extrai-se da Lei de Concessões, igual obrigatoriedade de licitação prévia, nos termos do artigo 14 e na seqüência, as disposições relativas ao contrato de concessão, cuja indispensabilidade é contemplada no artigo 1º. do citado diploma legal.²⁶

O instrumento de contrato de concessão formalizará a outorga da delegação ao adjudicatário. Por meio da formalização contratual é que, segundo Marçal Justen Filho, a delegação adquirirá existência jurídica. (JUSTEN Fº. 2003, p. 311).

O Contrato de concessão é uma espécie do gênero contrato administrativo que é o ajuste entre um órgão da Administração Pública e um particular que produz direitos e obrigações para as partes.

Para Marçal Justen Filho, a expressão “contrato administrativo” é utilizada para indicar um vínculo jurídico entre a Administração Pública e um particular, visando à realização de determinada prestação. O ponto característico dos contratos administrativos reside na possibilidade de uma das partes – Administração Pública – alterar unilateralmente o conteúdo da avença, em razão da supremacia do interesse público sobre o particular.

Inseri-se na categoria de contrato público que é regido por normas e princípios próprios do Direito Público mais a aplicação de normas de Direito Privado supletivamente. Está sujeito a limitações de conteúdo e requisitos formais rígidos, mas dispõe de privilégios administrativos para fixação e alteração de cláusulas de interesse público.

²⁶Lei nº 8.987/95 – Art. 14. Toda concessão de serviço público, precedida ou não da execução de obra pública, será objeto de prévia licitação, nos termos da legislação própria e com observância dos princípios da legalidade, moralidade, publicidade, igualdade, do julgamento por critérios objetivos e da vinculação ao instrumento convocatório. Art. 1º. As concessões de serviços públicos e obras públicas e as permissões de serviços públicos, reger-se-ão pelos termos do artigo 175 da Constituição Federal, por esta Lei, pelas normas legais pertinentes e pelas cláusulas dos indispensáveis contratos. (grifos nossos)

A concessão se vincula primeiramente à temática do serviço público que significa o atendimento às necessidades essenciais, conduzindo à participação estatal. Está em jogo o interesse coletivo cuja persecução é atribuída ao Estado e que se faz sob o regime jurídico de Direito Público.

O regime jurídico dos contratos administrativos é de direito público. No entanto, a supremacia e a indisponibilidade do interesse público não afastam a prevalência dos princípios da legalidade e da moralidade, contemplados dentre outros, no artigo 3º da Lei de Licitações, aos mesmos aplicando-se supletivamente os princípios de direito privado, acerca da matéria contratual, consoante o disposto no artigo 54, *caput*, da Lei de Licitações.²⁷

A indispensabilidade legal atribuída ao contrato para a outorga de serviços públicos pela Lei de Concessões deve-se dentre outras razões à necessidade de que sejam formalmente sintetizadas e publicamente conhecidas pelas partes, as regras que nortearão a relação entre elas. O contrato de concessão celebrado após o certame licitatório, entre o Poder Concedente – Agente Público - e o Concessionário – Operador Privado - deve traduzir fielmente os termos do Edital e da proposta apresentada pelo licitante vencedor, devidamente homologada quando do julgamento do processo.

É que, conforme ressalta Marçal Justen Filho (2003), “*o instituto da Concessão de serviço Público envolve o inter-relacionamento entre Estado e iniciativa privada, tendo por objeto o desenvolvimento de atividades de essencial relevância para o interesse da coletividade.*”

Ressalte-se, entretanto, que a concessão não constitui apenas um contrato, mas também uma relação de regulamentação de atividade econômica. É contratual no que se refere aos direitos financeiros percebidos pelo contratado e no que se refere à determinação unilateral do funcionamento, organização e modo de prestação do serviço pelo Poder Público, este assume um papel de poder regulamentador (B. de Mello, 1995).

²⁷ Lei nº 8.666/93 – Art. 3º. A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da moralidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhe são correlatos. Art. 54. Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.

A concessão de serviço público pressupõe, necessariamente, a sua temporariedade, não sendo admitidas concessões por prazo indeterminado tampouco aquelas em que o Poder Concedente renuncie de forma definitiva ao poder de retomar o serviço, pois restaria descaracterizado o instituto da concessão tal como definido legalmente.

Para Helly Lopes Meirelles, contrato de concessão “*é o ajuste administrativo típico, bilateral, oneroso, comutativo e intuitu personae. É um acordo que visa precipuamente o interesse público, com vantagens e encargos recíprocos, no qual se fixam as condições de prestação do serviço pelo delegatário do Poder Concedente*”. (MEIRELLES, 1999,p. 35)

Pela concessão, o Poder Concedente não transfere nenhuma propriedade ao concessionário, nem se despoja de qualquer direito ou prerrogativa pública. O serviço apesar de concedido continua sendo público, o que se delega é apenas a sua prestação, dentro dos limites legais e contratuais respectivos, sob a tutela e a regulamentação do poder concedente que continua sendo o seu titular.

Daí o reconhecimento da complexidade de que se reveste a natureza jurídica do contrato de concessão, uma vez que a sua existência no mundo jurídico determinará a forma de relacionamento entre o Poder Concedente, o concessionário, entre o poder concedente e os usuários e do relacionamento entre concessionário e usuários de modo específico.

Para Marçal Justen Filho (2003, p. 311), “*é por intermédio da contratualização da relação estabelecida que a delegação adquirirá, e, se preenchidos os requisitos apropriados, a validade e a eficácia*”.

A teoria geral dos contratos atualmente enxerga o contrato como uma relação jurídica dinâmica, influenciada pelas constantes mudanças sociais, econômicas e tecnológicas, que não permitem uma estagnação nos conceitos jurídicos tradicionais, sob pena de tornar estática e comprometer o êxito da relação contratual.

Dessa forma é que, a Lei de Concessões editada em 1995, foi alterada pela Lei nº. 11.196/95, para inserir o artigo 23-A, contemplando em seu texto a possibilidade de solução extrajudicial de conflitos decorrentes da relação contratual, através de mecanismos privados, inclusive a

Arbitragem.²⁸

Não que ainda não houvesse a previsão legal na Lei de Concessões para a possibilidade de utilização de formas amigáveis para a solução de divergências contratuais, conforme se pode denotar do disposto no inciso XV do artigo 23, constituindo cláusula essencial do contrato de concessão, a cláusula relativa ao foro e ao modo amigável de solução das divergências contratuais.²⁹

A arbitragem, inserida legalmente como mecanismo de solução extrajudicial de conflitos, assim como a mediação constitui uma ferramenta poderosa para a solução de divergências decorrentes de uma relação contratual, de forma mais célere, produzindo todos os efeitos como se a solução tivesse sido buscada judicialmente.

Além de ter sido inserida no ordenamento jurídico vigente, quando estipulada no Contrato de Concessão a possibilidade do estabelecimento do entendimento extrajudicial de conflitos, abre, dessa forma, uma porta larga ao diálogo.

Essa possibilidade de estipulação contratual da eleição de árbitro para julgamento de controvérsias constitui um avanço nas relações constituídas. Principalmente por não transformar uma simples divergência em uma disputa judicial por tempo indeterminado, haja vista a existência de várias instâncias judiciais para se recorrer, atingindo, frontalmente, o princípio administrativo da continuidade que permeia a prestação de todo serviço público, notadamente o de transporte coletivo.

3.6 - Licitação para concessões de serviços públicos

O Direito Público brasileiro recepcionou o instituto da licitação desde 1862 através da regulamentação das arrematações dos serviços através do Ministério da Agricultura,

²⁸ Lei nº. 8.987/95 – Artigo 23-A – O contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei 9307, de 23 de setembro de 1996. (grifos nossos)

²⁹ Lei nº. 8.987/95 – Capítulo VI – Do Contrato de Concessão – Art. 23 São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas: ... XV- ao foro e ao modo amigável de solução das divergências contratuais. (grifos nossos)

Comércio e Obras Públicas pelo Decreto no. 2.926, de 14 de maio, e posteriormente, em nível federal, através da instituição do Código de Contabilidade da União, consolidado através do Decreto nº. 4.536, de 28 de janeiro de 1922.

Diante da necessidade de imprimir maior eficiência às contratações pela administração pública, o instituto da licitação foi se aperfeiçoando, sendo editado o Decreto-lei nº. 200, de 25 de fevereiro de 1967, que implementou a reforma administrativa federal, posteriormente estendendo-se aos Estados e Municípios com a edição da Lei nº. 5.456, de 20 de junho de 1968.

Dentro dessa proposta evolutiva buscada pela administração pública voltada à eficiência, em nível federal, o Decreto-lei nº. 200/67 foi sucedido pelo Decreto-lei nº. 2.300, de 21 de novembro de 1986, atualizado pelos Decretos-leis nºs. 2.348 e 2.360, inserindo no ordenamento jurídico o Estatuto Jurídico das Licitações e Contratos Administrativos.

Segundo o Professor Helly Lopes Meirelles, a respeito desse retrospecto normativo da inserção do instituto da licitação no ordenamento jurídico brasileiro, a sistemática da licitação sofreu fundamental modificação no Direito brasileiro desde a edição do Código de Contabilidade da União antes referido, o qual o mestre considera incipiente, até a edição do Decreto-lei nº. 200, de 25 de fevereiro de 1967 e das Leis nº.s 5.456/68, 6946/81 e do Decreto-lei nº. 2.300/86.

Na dinâmica evolutiva dos regramentos legais relativos à contratação pela administração pública, os diplomas legais supra referidos, foram sendo alterados, e atualmente, o Poder Público dispõe da Lei nº. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 – Lei de Concessões - e da Lei nº 9.074, de 07 de julho de 1995, alterada pelas Leis nº.s 11.196/2005 e 11.445, de 05 de janeiro de 2007, além das normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e de outros instrumentos jurídicos complementares aplicáveis.

O fundamento teórico para a determinação da obrigatoriedade de licitação para contratação pela administração pública, além da busca pela eficiência de sua atuação, é basicamente a de agregar ao Estado, prestadores de serviços públicos que tenham compromisso com o interesse público tutelado pelo Poder Público.

O processo licitatório deflagrado dentro dos princípios da administração pública, segundo o professor Hely Lopes Meirelles (1989), é o antecedente obrigatório do contrato administrativo. É o seu procedimento administrativo preparatório. Pela licitação se seleciona a melhor proposta e pelo contrato se vinculam as partes para a consecução do seu objeto. Os vínculos contratuais não nascem da licitação, mas são preparados por esta para a celebração do ajuste.

Apenas com a promulgação da Constituição Federal de 1988, é que o instituto da licitação adquiriu status de princípio constitucional, cuja obrigatoriedade de observação passou a abranger todas as esferas administrativas, quer Federal, Estadual ou Municipal.

A licitação arrima-se em princípios, que se encontram insculpidos no artigo 3º. da Lei nº. 8.666/93 e no artigo 14 da Lei nº. 8987/95, a cuja observância se obriga toda a administração pública, ao pretender celebrar qualquer contratação, quais sejam: legalidade, igualdade, impessoalidade, moralidade, publicidade, probidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório e do julgamento objetivo e ainda adota como princípios correlatos, a competitividade, motivação, fiscalizabilidade, formalismo, participação popular e direito ao contraditório.

Tudo isso decorre do Estado Democrático de Direito, consagrado na Carta Constitucional de 1988, na qual houve a *“humanização do interesse público, dando valor não apenas aos bens materiais que a livre iniciativa proporciona, mas preocupando-se também com a dignidade da pessoa humana, por meio da diminuição das desigualdades sociais e acesso de toda a coletividade ao bem-estar social.”* (MOOR, 2002, p. 83).

A disciplina do instituto da licitação assim como do contrato administrativo, agrega normas não apenas de direito administrativo, mas de natureza civil, comercial, penal, financeiro, processual penal e outros, tendo seu “núcleo primordial” na Constituição Federal, a qual consagra os princípios fundamentais que regem a função pública da administração, da organização do Estado e se encontra no topo da pirâmide normativa, segundo o princípio da hierarquia das leis, consagrado no ordenamento jurídico brasileiro (Meirelles, 1999, p.13).³⁰

A licitação tem como finalidade precípua, garantir que o privilégio de firmar ajustes com a Administração Pública seja disputado com equidade, de acordo com o Princípio da Isonomia

e possibilitar à Administração Pública escolher a proposta mais vantajosa uma vez que foi assegurada a igualdade de direitos dos licitantes.

Trata-se de um procedimento administrativo uma vez que se desenvolve mediante a prática ordenada de uma sucessão de atos administrativos, concatenados e articulados, que vinculam tanto a administração pública quanto os licitantes tendo como finalidade a garantia da igualdade entre os participantes do certame e com objetivo constituir “fator de eficiência e moralidade nos negócios administrativos”. (MEIRELLES, 1999, p. 246)

Como visto anteriormente, o artigo 175 da Constituição Federal impôs a realização de prévio processo licitatório para concessão de serviços públicos e postergou para a regulamentação ordinária a forma da realização dessas licitações, impedindo, pelo princípio da hierarquia das normas, que fosse editada nesse ínterim, qualquer norma infraconstitucional que negasse e obrigatoriedade de procedimento licitatório prévio para fazê-lo.

A norma regulamentadora de tal dispositivo constitucional, a Lei de Concessões é de abrangência nacional, devendo, pois, as legislações estaduais, municipais e do Distrito Federal adequar-se às suas prescrições, podendo quando muito suplementá-la naquilo em que for omissa, mas jamais contraditá-la, sob pena de ensejarem o incidente de conflito positivo de leis com a sua conseqüente derrogação no que lhe afrontar.

É de ressaltar, contudo, que a Constituição Federal assegura aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, a prerrogativa de editar normas peculiares para licitações e contratos administrativos de obras e serviços no que não contrariar as normas gerais contidas na Lei de Licitações, em especial, relativamente aos princípios básicos da licitação dispostos no artigo 3º, quais sejam: legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, publicidade, probidade administrativa, vinculação ao instrumento convocatório e julgamento objetivo.

³⁰ “Em virtude do Princípio da Constitucionalidade (hierarquia das leis), a disciplina das licitações e contratos administrativos deve ser procurada primeiramente na Constituição. Mesmo quando se recorra à legislação inferior, deve ter-se em vista a superioridade da Constituição. Em inúmeras passagens, a atual Lei restringe-se a repetir preceitos constitucionais – como não poderia deixar de ser. Em outros casos, há silêncio ou omissão da Lei. Isso não pode ser interpretado como afastamento dos comandos constitucionais. A incompatibilidade entre a Lei e a Constituição se soluciona através da aplicação da última.”(MEIRELLES, 1999, p.13/14)

E assim, no âmbito do Estado de Pernambuco, dentro do exercício da competência concorrente para legislar, assegurada pelo artigo 24, Parágrafos primeiro e segundo da Constituição Federal, foi editada a Lei nº. 10.904, de 04 de junho de 1993, que dispõe sobre o regime de concessões de obras públicas e permissão de serviços públicos, que dispõe sobre a concessão e permissão de serviço público em seus artigos 9º. e 45, parágrafo único respectivamente, apontando igualmente para a licitação como precedente obrigatório à concessão da prestação de serviços públicos.³¹

Dessa forma, tanto na esfera constitucional quanto nos dispositivos infraconstitucionais, supra transcritos e legislações correlatas e especiais, denota-se claramente que a Administração Pública não prestando pessoalmente serviços públicos, ao delegá-los, obrigatoriamente, deverá promover certame licitatório.

Deve ser observado pela administração pública e, sobretudo relativamente aos contratos de concessão de exploração ou de prestação de serviços públicos por delegação do Estado a particulares, que há que se estabelecer de forma clara o âmbito de abrangência da norma, para melhor situar os seus destinatários.

3.7 - Licitação: uma questão política

Não obstante a obrigatoriedade legal de licitação para concessão de serviços públicos estabelecida com a promulgação da Constituição Federal de 1988, e sua aplicação indistintamente a todas as espécies de contratação da administração pública, denota-se uma intensa presença de questões políticas influenciando a sua ocorrência ou não.

É que houve ao longo dos anos e a história da administração pública nos comprova, a conscientização por parte do Estado de sua incapacidade de prestar diretamente os serviços públicos, o que fez com que os poderes públicos fossem se voltando para a delegação da prestação de alguns serviços a empresas especialmente criadas para tal fim, e a particulares, por delegação, mediante sua tutela e sua fiscalização.

³¹ Lei Estadual PE nº. 10.904, de 04 de junho de 1993 - Art. 9º. Toda concessão de obra e serviço público ser[á] sempre precedida de procedimento licitatório, na modalidade concorrência. Art. 45 – Parágrafo Único – Permissão de serviço público será sempre delegada através de licitação.

Como visto anteriormente, o instituto da licitação para a concessão de sua prestação a particulares, ingressou no ordenamento jurídico brasileiro, no início do século XX, e veio se aperfeiçoando ao longo dos anos e se firmando como instrumento do poder público na busca da eficiência na oferta de serviços públicos à população cujo interesse público era de sua competência.

Ocorre que, a competência estabelecida constitucionalmente aos entes da federação no caso brasileiro, seja para editar normas gerais, legislar concorrentemente, ou mesmo estabelecer os serviços de seus interesses respectivos, em muito acaba por ocasionar um conflito positivo ou negativo de competências, prejudicial à promoção dos certames licitatórios para a escolha dos prestadores privados de serviços públicos que a eles competiam.

Entretanto, quando há uma consciência conjunta por parte dos poderes públicos de que devem estabelecer uma relação de cooperação e deliberam dentro de suas competências para a realização de uma determinada política pública, normalmente, o êxito é obtido.

Tome-se como exemplo a deflagração de processo licitatório em 2003 no âmbito do Município do Recife, para a contratação de permissionários do sistema complementar de transporte público de passageiros.

Na época, os poderes Municipal e Estadual decidiram solucionar o grave problema que se abatia sobre o Recife com a proliferação do transporte clandestino (não autorizado) de passageiros efetuado por kombis e vans, causando transtornos de toda ordem ao trânsito e concorrência danosa ao transporte autorizado de passageiros por ônibus.

Tal situação gerou clamor público por solução dos governos municipal e estadual, uma vez que as externalidades produzidas estavam tornando a vida dos usuários e da população em geral um caos generalizado.

Assim é que em deliberação de comum acordo, os poderes Municipal e Estadual, com a interveniência e sob a coordenação técnica e operacional da EMTU/Recife enquanto órgão gestor do STPP/RMR, promoveram, conjuntamente, ações de combate ao transporte clandestino, iniciando-se com aquelas de natureza operacional, com o estabelecimento de barreiras à circulação de tais veículos, através de postos de bloqueio montados em pontos

estratégicos da cidade, em todo o seu entorno e nas principais vias de circulação, com apoio da polícia militar do Estado, dos agentes de trânsito municipais e dos agentes de fiscalização da EMTU/Recife.

Em paralelo e de forma concomitante, foi feito um trabalho de conscientização da população usuária de tais serviços que mesmo em detrimento de sua segurança, optaram por tal modo de transporte, dentre outras razões, por cobrarem uma tarifa mais barata em relação ao transporte público oferecido.

Assim, essa deliberação política conjunta dos poderes públicos das esferas municipal e estadual, resultou na concretização de um trabalho eficiente com resultado positivo e total apoio da população, alijando, assim, o transporte clandestino de passageiros da rotina da cidade, ação esta que se difundiu para outros municípios integrantes da Região Metropolitana do Recife cujo poder municipal mostrou-se interessado em resolver problema semelhante em seu município e buscou na experiência do Recife e na colaboração do Poder Estadual os meios para a consecução do resultado positivo precedente.

Em Recife, posteriormente a essa ação combativa e eficaz realizada no transporte público, foi deflagrado processo licitatório, na forma da lei, para a outorga de permissões aos operadores de kombis e vans, para que de forma legal e operacionalmente regulada, prestassem serviço de transporte público, de forma complementar ao sistema em operação, afastando, assim qualquer espécie de sobreposição de serviços ou cobranças diferenciadas de tarifas, que pudesse ocasionar externalidades negativas e retornar ao caos anteriormente vivenciado.³²

Em entrevista realizada com o Dr. Germano Travassos, indagado sobre os termos da Lei de Concessões, que é uma lei nacional que veio regulamentar o artigo 175 da Constituição Federal e que determina o prévio processo licitatório para as concessões, dentro dessa estrutura jurídica vigente, quais são para o entrevistado, os entraves a essa questão, para não realização das licitações, além da questão política que envolve.

³² Concorrência nº. 001/03- CEL, de 10 de setembro de 2003 - Licitação para execução do serviço público de transporte coletivo complementar intermunicipal de passageiros na Região Metropolitana do Recife, sob o regime jurídico da permissão de serviço público delegada à pessoa física. Este certame teve como objeto, com base nos critérios de melhor técnica e com preço fixado no edital, a seleção de 112 permissionários para execução do Serviço Complementar de Pequeno Porte – SCPP.

O mesmo respondeu que: *“Há a questão política, há uma questão cultural, tanto do lado da operadora quanto do poder público. Quando estava se montando as agências reguladoras, houve um menosprezo relativamente ao transporte. Tem a base institucional muito frágil. Ainda não se construiu um modelo licitatório com qualidade. Não temos um arcabouço jurídico consistente para se fazer isso. Hoje ainda há lacunas enormes nessa área.*

E prossegue: *Sob o ponto de vista técnico operacional, como licitar um sistema que esta desarrumado operacionalmente, estabelecer um contrato consistente, pressupõe uma série de exigências para o operador e também compromissos do poder público, em cima de demanda, receita, equilíbrio econômico-financeiro. Hoje o sistema de ônibus é macarrônico, não apenas no Recife. Como preservar mercados e conseqüentemente equilíbrio econômico-financeiro, em sistemas estruturados dessa forma, quase que espontaneamente, etc. As dificuldades são dessa natureza, no entanto, a prática é que ensinará a fazer. Sistemas operacionalmente desarrumados pode ser feita licitação por período mais curto, e um nível de exigências menor (investimentos por parte do operador).*

Em contrapartida, se o meu projeto básico, ou o termo de referência contém imprecisões, falhas, se por acaso o mercado não foram preservados por conta da rede de linhas, não se tem um contrato de 8 ou 10 anos para administrar. Eu entendo que deve se avançar no processo, essas dificuldades não devem paralisar o processo. Mas falta a questão política para decisão de fazer, somente assim, se pode avançar. Da mesma forma que a EMTU capacitou os empresários através das suas exigências, das suas cobranças, ensinou o que era IPK, as empresas aprenderam e evoluíram tecnicamente.

Nessa linha de raciocínio, o processo licitatório pode acontecer também. Os empresários têm que entender que tarifa não é leilão, não é um processo nebuloso e o poder público precisa também aprender isso. É um processo de aprendizado para os dois lados e precisa ser praticado. Com as devidas restrições, ou seja, com a base jurídica que a gente tem hoje, com o conhecimento que se tem hoje, com o sistema operacional como é o que se tem hoje, não se vai racionalizar do dia para a noite, fazer contratos de 5, 8 ou 10 anos é loucura.”

Assim, há na lógica do raciocínio do entrevistado exposto anteriormente, em que pese a estrutura jurídico-normativa existente a partir da Constituição Federal, desde sua promulgação em 1988, e todo o aparato legal infraconstitucional vigente, apontar para a

obrigatoriedade de licitação para a concessão de serviço público, para que se implemente há a necessidade de uma conscientização política dos poderes públicos.

Encontrar as razões pelas quais essa conscientização política não acontece, não constitui o objetivo deste trabalho, todavia, guarda em paralelo, estreito relacionamento com a tese defendida de que se faz necessário o estabelecimento de uma cultura de cooperação entre os atores envolvidos na concessão do serviço público – Poder Concedente – Concessionário – Usuário - e que essa cooperação pode ser fomentada através da participação ativa de um mediador, vez que tal relação se dá de forma continuada, necessitando assim, de constantemente fazer-se necessário a manutenção do diálogo e a composição dos conflitos inerentes, na medida em que foram ocorrendo.

Em razão de tratar o presente trabalho do serviço público de transporte coletivo de passageiros, igualmente inserido nas regras gerais vigentes para sua concessão mediante licitação prévia, no que tange à ingerência política para a sua consecução, convém citar oportuno comentário proferido por Plínio Assman, segundo o qual: *“O Estado é o principal agente promotor do transporte público, no Brasil, e assim como, normalmente, em qualquer país”*.³³

Segundo ele, a Constituição Federal de 1988 ao tratar do assunto relativo às competências da regulação, prestação ou delegação dos serviços públicos, dentre os quais se inserem os transportes coletivos, causou um conflito positivo entre o poder metropolitano e municipal, com uma grande superposição de atribuições e responsabilidades, ao que atribui constituir o *“fator inibidor para o desenvolvimento do transporte público e urbano”*.

Destaca como a mais grave indefinição constitucional a falta de definição de quem é o Poder Concedente nestes casos, se o Estado ou o Município, num processo de concessão quando os limites de extensão de determinada linha não extrapolarem o Município, mas sua área de influência sim, que é o que ocorre na maioria dos casos.

Mas problemas dessa natureza, a exemplo do clandestino em Recife, como visto

³³ REVISTA DOS TRANSPORTES PÚBLICOS ANTP ANO 26. 1º TRIM.2004 – Nº 101 (Pag. 117) – PONTO DE VISTA. ASSMANN, Plínio. “Pode o Estado que temos promover os transportes públicos de que precisamos?”

anteriormente, tiveram solução satisfatória com o entendimento entre os poderes municipal e estadual na Região Metropolitana superando no que foi possível as questões legais por meio de entendimento, onde Estado e Municípios fizeram concessões institucionais em proveito do benefício metropolitano, mediante a transferência, por lei, pelo Estado e pelos Municípios, a um ente participativo metropolitano, proporcionando assim, uma gestão compartilhada em nome de todos.

Ratificamos o entendimento do autor sob comento, no sentido de que o entendimento entre poderes urbanos com apoio em legislação disciplinadora pode ser a solução para Regiões Metropolitanas, mesmo relativamente ao serviço público de transporte, fazendo-se necessário pensar-se de forma mais efetiva na edição de uma norma de caráter geral, que ordene as interfaces superpostas de poderes e esclareça as competências, suprimindo a lacuna constitucional apontada.

A propósito do assunto, a celebração do contrato para a concessão da prestação de serviços públicos, foi abordada nas entrevistas realizadas, dentre as quais destacamos o entendimento do Professor César Cavalcanti de Oliveira, o qual quando indagado sobre quais benefícios ou dificuldades decorrem ou são previsíveis de decorrerem com a licitação e a conseqüente contratualização do sistema de transporte, respondeu da seguinte forma: *“Essa é uma questão complexa e difícil para quem não tem formação jurídica, mas a gente pode se permitir dar uma visão muito pessoal dessa questão.*

Por um lado, haverá sem dúvida alguma, uma clareza maior uma especificidade maior dos direitos e deveres de cada um dos contratantes e isso me parece constituir a grande vantagem, o grande benefício que o processo licitatório trará. Em esclarecer sem deixar margem a dúvidas, quais são os direitos e deveres de cada uma das partes.

Pelo lado negativo, e tudo na vida tem um aspecto positivo ou vários e negativos, eu vejo um certo aumento de aspectos burocráticos e administrativos que tendem a tomar mais tempo para serem resolvidos, para serem conduzidos, então acho que essa é uma dificuldade inescapável, inerente à complexidade das relações humanas que deve ser administrada através das leis. Então quando se chega a um grau de complexidade elevado, não há como evitar um determinado grau burocrático administrativo e decorrente da complexidade das leis que estão prevalecendo sobre aquelas relações.”

E no tocante à relação entre: órgão gestor e a contratualização, também perguntado, disse o mesmo que: *“Provavelmente essa resposta vai depender da qualidade do contrato que precisa ser muito bem feito para deixar bem claro quais as funções de cada um dos contratantes, e ao esclarecer essas funções, esses direitos, esses deveres, o objetivo final que é a prestação de um serviço de transporte adequado, ela deve servir de farol, de guia para que esse objetivo maior seja atingido. Se o contrato for bem feito, for competentemente elaborado tendo em vista esse objetivo maior, que é a prestação adequada do serviço de transporte, acredito que a função do órgão gestor será facilitada. Se o contrato for mal feito, o que é uma possibilidade, se ele não for competentemente elaborado, certamente a atuação do órgão gestor será dificultada.”*

Na concessão de serviço público de transporte objeto do presente estudo, a relação entre os contratantes se dá de forma continuada, dinâmica, e dessa forma os expõe aos acontecimentos cotidianos que influenciam sobremaneira, quer de forma direta ou indireta, a qualidade e a continuidade da prestação dos serviços.

Tal situação torna uma relação em constante transformação, pelo que neste trabalho se ressalta a possibilidade legal da arbitragem como solução extrajudicial de conflitos e propõe a inserção da mediação como mecanismo de facilitação do entendimento entre as partes, como instrumento pacificador das divergências e promotor de uma cultura de cooperação nesta relação continuada, que será objeto do capítulo seguinte.

4. MEDIAÇÃO: UMA ALTERNATIVA POSSÍVEL

O transporte público como visto anteriormente, está inserido no contexto legal brasileiro como um serviço público essencial, tal como o define a Carta Constitucional de 1988, em seu artigo 30, inciso V. A sua relevância social e a sua importância na vida cotidiana das cidades são indiscutíveis, muito embora não tenha sido ao longo dos anos considerado como prioridade nas políticas públicas traçadas pelos governos.

O quadro legal vigente encontra-se delineado, dentro da dinâmica do arcabouço jurídico acerca da concessão dos serviços públicos, dentre os quais o transporte se insere que aponta para a obrigatoriedade de prévia licitação para concessão de sua prestação, conforme se depreende do teor do artigo 175, *caput*, da Constituição Federal de 1988.

Historicamente, a prestação do serviço público de transporte de passageiros, não obstante ser um serviço público com a característica de essencialidade, tem observado na prática, de forma precária os princípios legais da regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade de tarifas, afastando-se, por conseguinte, da definição legal de serviço adequado e da licitação para a sua concessão.³⁴

A esse fato pode-se atribuir a causa dessa inadequação da prestação do serviço de transporte, além do que a relação que se estabelece entre os prestadores desse serviço público, quando concedido a particulares, vem ocorrendo de maneira conflituosa, em relação ao poder público concedente e também aos usuários, num relacionamento de constante disputa e desconfiança mútua, em prejuízo ao atendimento do interesse público que envolve.

Diante desse quadro, o interesse público que deveria se situar acima e equidistante às partes dessa relação, resta prejudicado, pelo que se faz necessário uma intervenção premente nessa relação, para que se promova o estabelecimento de um quadro de confiança entre os atores envolvidos na prestação desses serviços, e se fomente um clima de cooperação recíproca para

³⁴ Lei nº. 8.987/95 – Capítulo II – DO SERVIÇO ADEQUADO: Art. 6º. Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato. Parágrafo Primeiro: Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

que seja possível realizar os processos licitatórios para concessão, conforme determina a Constituição Federal e toda a legislação correlata.

4.1 - Poder Concedente, Concessionário e Usuário: relação conflituosa

Para que se possa entender em que consiste a relação conflituosa entre as partes envolvidas na prestação de um serviço público, faz-se necessário tecer alguns comentários acerca do conflito, seu conceito e sua natureza, ressaltando a sua importância quando presente em relações que envolvem interesses públicos e privados.

Conflito, nem sempre significa desentendimento. Seria uma abordagem muito generalizada que não se aplica de forma satisfatória, ao contexto em que se pretende enquadrá-lo neste trabalho. O conflito está mais perto do conceito de desarmonia ou desconfiança, decorrente de visões distintas de uma mesma situação, onde existem interesses comuns, mas nem sempre convergentes e que as partes envolvidas se deparam constantemente.

O conflito é inerente às relações humanas, entretanto, não deve ser encarado de forma negativa, pois decorre de percepções divergentes quanto a fatos e condutas, valores e expectativas ou interesses comuns. *“O conflito é dissenso. Decorre de expectativas, valores e interesses contrariados, mas quando bem conduzido, pode resultar em mudanças positivas e novas oportunidades de ganho mútuo. Em uma situação de conflito, há partes que disputam a prevalência do seu interesse unilateralmente.”* (VASCONCELLOS, 2008).

Essa consciência de que o conflito é um fenômeno inerente à condição humana, é fundamental, pois, sem ela, a tendência é ignorá-lo, ao passo que, quando encarado, há possibilidade de se desenvolver soluções autocompositivas. *“A solução transformadora do conflito depende do reconhecimento e da identificação dos interesses comuns e contraditórios”* (VASCONCELLOS, 2008).

Morton Deutsch (op. Cit. Vol II pág. 431), levanta a questão referente às funções desempenhadas pelo conflito que podem ser positivas ou negativas. Dentre as positivas, destaca a de que o conflito previne a estagnação de uma relação e dá estímulo a novos interesses e dentre as negativas, os efeitos devastadores que pode causar quando subestimado ou mal resolvido.

O citado autor delinea o conflito ainda, a partir de duas classes de processos: os cooperativos e os competitivos, sendo ambos interdependentes. Enquanto nos processos cooperativos a interdependência conduz a ganhos mútuos, os processos competitivos a relação é inversa, ou seja, para que uma parte ganhe, a outra tem que necessariamente sofrer prejuízos.

Sob a ótica dos envolvidos, o autor destaca dentre outros, os conflitos intergrupais, considerando principalmente as condições internas em que ocorrem, isto é, o contato, a identificação de grupo, visibilidade, competição e mudança social e as condições externas em que ocorrem, que são a coesão, estrutura e poder que levam ao conflito. As partes envolvidas ao adotarem posições de adversários prejudicam, sobremaneira, o resultado que buscam conseguir, ao passo que se adotassem uma postura cooperativa o resultado seria mais satisfatório para ambos.

4.1.1 - Características do conflito

Um estudo coordenado pelo Professor Jean-François Chanlat (1996), aporta a conclusão de que “todo conflito apresenta certo número de características generalizáveis qualquer que seja o nível de observação”.³⁵ Existem características que são geralmente associadas à existência do conflito, que são basicamente, a interdependência das partes que os associam mutuamente à sua satisfação recíproca e a incompatibilidade percebida por uma delas, sobre objetivos ou comportamentos do outro, que serve de elemento detonador do conflito, e, em alguns casos, a interação que isto provoca entre eles.

Essa característica de interdependência das partes coloca em relevo o conflito como fenômeno relacional em que cada parte tem necessidade da outra, e, ao mesmo tempo, exerce sobre o outro certo poder, o que lhe permite impor ao outro certas limitações, restringindo-lhe a ação. Este poder está na base de toda transação entre as partes. Sobre esse aspecto, a análise das estruturas das relações entre as partes será determinante para melhor compreender o conflito.

A incompatibilidade por sua vez, percebida nos objetivos respectivos das partes, remete à natureza subjetiva da frustração na origem do conflito. Além disso, é preciso notar que a incompatibilidade não é necessariamente percebida pelas duas partes. A evolução do conflito

³⁵ Thomas – 1976, Putnam e Poole (1987).

será então fortemente associada à interpretação que cada parte desenvolve da situação e os mecanismos de resolução do conflito farão forte apelo a tudo o que é suscetível de provocar nas partes em causa, uma reinterpretação dos parâmetros do conflito.

O Professor Chanlat, em sua análise do conflito, cita algumas fontes de conflito, que são a natureza humana e as relações dos grupos entre si (Kabanoff, 1985, Olson, 1978). Nessa perspectiva, há ênfase à influência subjetiva e recíproca das partes envolvidas. Concentram-se nos comportamentos adotados por cada um dos atores em conflito e tentam apreender as consequências desses comportamentos para o seu desenvolvimento.

Numa análise estrutural do conflito, o mesmo destaca que de modo geral, a probabilidade de emergência de um conflito será mais elevada quando o trabalho de um indivíduo (ou de um grupo) estiver marcado pela ambigüidade, pela incerteza e pelo exercício de papéis de interface, ou quando os objetivos ou os valores forem incompatíveis com a outra parte.

Segundo Thomas e Pondy (1977), cada parte é influenciada pela visão que desenvolve das intenções do outro, por suas expectativas quanto ao desfecho do conflito (Schelling, 1975).

Na relação entre os atores envolvidos na prestação de serviço público de transporte coletivo de passageiros, os conflitos surgem em razão de estarem se relacionando interesses públicos e privados, que repercutem diretamente na satisfação do interesse do terceiro ator que é o usuário, a quem cabe o pagamento e a fruição do serviço. É a relação entre o interesse público tutelado pelo Estado e o interesse econômico de que se reveste a prestação do serviço pelo operador privado.

Durante o desenvolvimento da metodologia adotada nessa dissertação, em entrevista realizada com o Professor Carlos Eduardo Vasconcellos³⁶ foi esclarecido inicialmente ao entrevistado o objetivo do trabalho, pelo fato do mesmo não atuar na área de transportes, enfatizando a questão do relacionamento entre os Atores envolvidos na prestação desse serviço público e seus respectivos interesses, a questão regulatória, aspectos políticos,

³⁶O Professor Carlos Vasconcellos é mestre em Direito e Relações Sociais, Mediador e Árbitro, e especialista em relações sociais.

econômicos, e a necessidade de se realizar processos licitatórios para atender aos ditames legais, após o que foram feitas indagações no sentido de como a mediação dos conflitos decorrentes da divergência dos interesses dos atores pode ser empregada para que essa relação possa se desenvolver num clima harmônico e cooperativo.

E assim, foi feita, dentre outras, a seguinte indagação: “Quais os entraves que o senhor identifica como complicadores desse relacionamento entre os atores e que contribuem para dificultar ou até mesmo impedir a conquista do objetivo que se destina a prestação desse serviço público?”

Em resposta à questão, disse o mesmo que: ³⁷ (*ipsis litteris*)

“Um dos entraves é o entrave cultural. Em nosso país, em nossa cultura, podemos verificar inclusive que há vários estudos, a exemplo de um estudo publicado num livro chamado “A cabeça do brasileiro” de Alberto Carlos Almeida, que foi o coordenador dessa pesquisa e concluiu a respeito da dificuldade que a nossa cultura encontra em identificar as diferenças de tratamento entre o público e o privado.

Entre aquilo que significa interesse privado do agente econômico, do agente cultural, do agente político e aquilo que significa interesse público, envolvido na respectiva atividade. Aqui é um exemplo típico de interesse público e privado, ou seja, há um interesse público de prestação de um serviço essencial e um interesse privado de obter lucro com a atividade. Então, compatibilizar esses dois interesses realmente não é fácil, daí porque as normas são tão rígidas a esse respeito mas se não houver uma cultura que concorra para o respeito a esta identificação e esta separação as normas terminam sendo de alguma forma burladas.”

4.2 - Interesses público e privado na prestação de serviço público

O Direito Administrativo reconhece a prestação de serviço público como correspondente a uma função pública, diversamente do que ocorre no que se refere aos empreendimentos privados, por isso, muitas restrições ou limitações impostas ao consumidor do serviço público

³⁷ Preferimos transcrever o inteiro teor das respostas para que pudéssemos ser fiéis à opinião do entrevistado.

podem justificar-se em face do interesse público, o que usualmente não ocorre no âmbito das atividades econômicas privadas. (Justen Fº. 2002, p.558).

Nesse sentido, vale a pena citar Maria Sylvia Zanella di Pietro segundo a qual: “... *as cláusulas regulamentares do contrato podem ser unilateralmente alteradas pelo poder concedente para atender as razões de interesse público. Nem o concessionário, nem os usuários do serviço podem opor-se a essas alterações; inexistente direito adquirido à manutenção do regime jurídico vigente no momento da celebração do contrato. Se é o interesse público que determina tais alterações, não há como opor-se a elas.*”³⁸

Segundo o Prof. Hely Lopes Meirelles³⁹ “*os fins da Administração consubstanciam-se na defesa do interesse público, assim entendidas aquelas aspirações ou vantagens lícitamente almejadas por toda a comunidade administrada, ou por uma parte expressiva de seus membros. O ato ou contrato administrativo realizado sem interesse público, configura desvio de finalidade.*”

Esclarece ainda o citado autor, que os poderes outorgados ao agente do Poder Público não lhe são conferidos em consideração pessoal, mas sim, para serem utilizados em benefício da comunidade a qual se dispôs a administrar e dessa forma não pode se afastar sob nenhuma hipótese.

Celso A. Bandeira de Mello conceitua *interesse público* como aquele “*resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem.*”⁴⁰

Em contraponto, o interesse privado é inerente a todos os membros da sociedade, representados, enquanto cidadãos comuns, na sua vontade de receber serviços públicos adequados, terem respeitados os seus direitos constitucionalmente assegurados, e conviverem numa sociedade fundada em parâmetros de equidade e justiça social e enquanto prestadores de serviços públicos, auferirem justa remuneração através da cobertura dos custos e obtenção

³⁸ Parcerias na Administração Pública, cit., p. 52

³⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. 1999, p. 81

⁴⁰ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. 2008, p. 60/63

de lucro por parte do poder público sobre a prestação do serviço público de sua responsabilidade por delegação.

A concessão de serviço público produz, segundo o Professor Marçal Justen Filho, a exploração empresarial de um serviço público, que investe recursos para a sua prestação e espera em contrapartida, a justa remuneração e lucro. Essa contrapartida é inerente a essa relação, pois, faz parte de qualquer atividade empresarial e não poderia ser diferente na prestação pelo particular de um serviço público por concessão, pois, é a perspectiva da exploração econômica do serviço que motiva o empresário a participar da relação, arrimado também na proteção constitucional à propriedade privada, consagrada no artigo 170, III, como princípio fundamental da Ordem Econômica.⁴¹

Conciliar esses interesses é que constitui um desafio, uma vez que não obstante a sua prevalência sobre o interesse privado, o interesse público para ser atingido na prestação de serviços públicos delegados a particulares, não pode desconsiderar os direitos a estes inerentes, pelo que é mais racional e lógico fomentar a cooperação.

4.3 – Cooperação nas relações entre interesses público e privado

A atividade econômica representa uma parte fundamental da vida social e se entrelaça com uma grande variedade de normas, regras, obrigações morais e outros hábitos, que, juntos, moldam a sociedade. Segundo Fukuyama (1996, p.35), *“uma das lições mais importantes que se aprende com um exame da vida econômica é que o bem-estar de uma nação, bem como sua capacidade de competir, é condicionado a uma única, abrangente característica cultural: o nível de confiança inerente à sociedade.”*

Na prestação de serviço público por particular, se forem de natureza econômica as finalidades atinentes às partes envolvidas, têm natureza diversa, ou seja, enquanto o operador privado enxerga a atividade econômica com perspectiva de lucro, o poder público concedente tem em vista a satisfação do interesse público.

⁴¹Constituição Federal de 1988 – Art. 170 – A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: ... III – função social da propriedade privada.

Essas finalidades antagônicas têm necessariamente que ser harmonizadas, sob pena de inviabilizarem a oferta do serviço adequado em detrimento das disposições legais respectivas que o definem e da satisfação do usuário que é o seu destinatário.

Robert Axelrod na análise matemática da “Teoria dos Jogos” demonstra que a confiança e a cooperação emergem em situações diferentes. A chave é a interação, segundo o qual, *“se você sabe que terá de trabalhar com o mesmo grupo de pessoas por um período prolongado e sabe que elas irão se lembrar de quando você foi honesto com elas e quando trapaceou, então será do seu interesse agir honestamente. Numa situação como esta, uma norma de reciprocidade irá emergir espontaneamente, porque a reputação passará a ser um ativo.”*⁴²

A Teoria dos Jogos coloca o problema da cooperação nos seguintes termos: como agentes racionais, mas egoístas, conseguem chegar a normas cooperativas que maximizam o bem-estar do grupo, quando eles são tentados a deixar de lado a solução cooperativa e obter retornos individuais mais certos?

O problema clássico na teoria dos jogos é chamado *“o dilema do prisioneiro”*, no qual dois suspeitos, A e B, são presos pela polícia e concordam em armar um plano para fugir da cadeia. Se ambos cooperarem, escaparão. No entanto, surge uma dúvida secreta entre eles: A polícia tem provas insuficientes para condená-los, mas, separando os prisioneiros, oferece a ambos o mesmo acordo: se um dos prisioneiros, confessando, testemunhar contra o outro e esse outro permanecer em silêncio, o que confessou sai livre enquanto o cúmplice silencioso cumpre 10 anos de sentença. Se ambos ficarem em silêncio, a polícia só pode condená-los a 6 meses de cadeia cada um. Se ambos traírem o comparsa, cada um leva 5 anos de cadeia. Assim, concluem que o melhor para ambos será cumprir o acordo original, todavia, estão cientes de que é grande o risco de um trair o outro e dessa forma, desistem do plano e se calam, apesar das vantagens mútuas da cooperação, o risco de ser surpreendido com uma traição, evita que ela ocorra.

Analisando, pois, o que ocorre com o jogo de “dilema do prisioneiro”, no qual os jogadores se encontram somente uma vez, não tem uma solução cooperativa basicamente por falta de estratégias elaboradas para que eles se comprometam antecipadamente com o resultado

⁴² FYKUYAMA, Francis. As origens da Cooperação – FCAP, 1997, p. 178

cooperativo.

Para Robert Axelrod, promovendo um torneio de estratégias, a cooperação poderia surgir caso os jogadores fossem forçados a interagir com o outro repetidamente. E assim, diz o citado autor que isso se justifica pelo fato de que se uma pessoa enfrenta a decisão de confiar em outra, a quem ela não conhece e nunca verá novamente, é provável que ela seja cautelosa por insuficiência de razões para confiar. A interação, por outro lado, permite que as pessoas construam reputações por honestidade ou por traição. As da segunda categoria serão evitadas, ao passo que as da primeira terão fortemente a possibilidade de trabalharem uma com a outra.

Nesse sentido, partindo-se da confiança como elemento central da cooperação (Fukuyama, 1996), a capacidade de associação depende do grau em que as comunidades compartilham normas e valores e mostram-se dispostas a subordinar interesses individuais aos de grupos maiores. Desses valores compartilhados é que nasce a confiança, que, segundo Fukuyama, tem um grande e inestimável valor econômico.

Para os fins do presente trabalho, a teoria dos jogos nos diz muito a respeito de como confiança e cooperação emergem em situações diferentes, mostrando que a chave para que se possa trabalhar em nível cooperativo é a interação entre as partes envolvidas na relação. A estratégia interativa proposta por Axelrod é normalmente usada por agentes humanos racionais e, se eles aprendem a cooperar com base na experiência dentro de um grupo, esta norma torna-se um artefato cultural.

4.4 – Conceito de confiança

Segundo Fukuyama, os contratos possibilitam que pessoas estranhas, sem condições mútuas de confiança, trabalhem umas com as outras, mas o processo funciona com muito mais eficiência quando há confiança.⁴³ Quase sempre consideramos um nível mínimo de confiança e lealdade como coisa certa e esquecemos que elas permeiam a vida econômica diária e são cruciais para seu funcionamento harmonioso.

O relacionamento entre as partes interessadas e envolvidas no mesmo objetivo, torna-se mais

⁴³ Fukuyama 1996, p.166

fácil na medida em que as partes acreditarem na honestidade recíproca básica. Este comportamento, traduz o valor social da confiança e com isso, haverá menos necessidade de especificações detalhadas em contratos longos, menos necessidade de precauções contra contingências inesperadas, menos controvérsias, e menos necessidade de litígios no caso de surgirem controvérsias.

Na realidade, exemplifica o Autor em referência, que em alguns relacionamentos considerados como de alta confiança, as partes nem precisam se preocupar com a maximização de seus lucros a curto prazo, porque sabem que um *déficit* num período será compensado posteriormente pela outra parte.

Segundo o economista Kenneth Arrow, Prêmio Nobel, “atualmente, a confiança tem um valor pragmático muito importante. Ela é extremamente eficiente, poupa muito trabalho termos um razoável grau de confiança na palavra dos outros. Infelizmente, não se trata de uma mercadoria que possa ser adquirida com facilidade. Se tiver de comprá-la, de saída você começa a ter dúvidas sobre o que comprou. Confiança e valores do mesmo quilate – lealdade ou a enunciação da verdade – são exemplos do que o economista chamaria de “exteriorizações”.⁴⁴

Fukuyama (1996, p. 168), diz que *“talvez seja mais fácil apreciar o valor econômico da confiança se imaginarmos como seria um mundo destituído de confiança.”* E explica sua afirmação, no sentido de que *“se tivéssemos de considerar todo contrato admitindo aprioristicamente, que nossos parceiros poderiam nos passar a perna, teríamos de perder um tempo enorme checando o documento para nos certificarmos de que não houvesse furos legais que permitissem sermos ludibriados. Os contratos seriam exaustivamente longos e detalhados, prevendo toda possível contingência e definindo toda obrigação concebível. Nunca nos disporíamos a fazer mais do que fosse legalmente exigível num empreendimento conjunto, receando ser explorados. Tudo teria de se referir ao sistema legal para obter uma resolução, com todos os inconvenientes de regulamentos e métodos intrincados, ou potencialmente até mesmo nos tribunais de justiça.”*

⁴⁴ Kenneth J. Arrow, *The Limits of Organization* – Nova York: Norton, 1974, p. 23, *in* Fukuyama, 1996, op. cit. p. 239.

De um modo geral, a confiança brota quando a comunidade compartilha um conjunto de valores morais de forma tal, que cria uma expectativa de comportamento equilibrado e geralmente, quanto mais exigentes forem os valores do sistema ético da comunidade, maior será o grau de solidariedade e confiança mútua entre os seus componentes.

Entretanto, assim como o nível geral de confiança varia muito entre as sociedades, ele também pode mudar com o tempo numa sociedade como resultado de condições ou eventos especiais. Alvin Gouldner (in, Fukuyama, 1996, p.241) argumenta que a reciprocidade é uma norma compartilhada no mesmo grau praticamente por todas as culturas, isto é, se a pessoa X presta um serviço à pessoa Y, a pessoa Y se sentirá grata e procurará retribuir de alguma maneira.

Da mesma forma que partes envolvidas num mesmo interesse, as comunidades em geral, dependem de confiança mútua e não despontarão espontaneamente sem ela. Para tanto, as regras e sanções são de fundamental importância para fazerem valer o respeito às regras éticas vigentes e estabelecidas para a convivência nessa comunidade. Em razão disso, a confiança pode nascer no seio dessa comunidade de comportamento estável, honesto e cooperativo, baseado em normas compartilhadas pelos seus membros.

Em contraste, pessoas que não confiam umas nas outras, acabarão cooperando somente num sistema de regras e regulamentos, que têm de ser postos em vigor muitas vezes por meios coercitivos. O desempenho das atividades que lhes competem será feito de forma automática, sempre enxergando no outro a possibilidade de ser ludibriado, gastando todas as suas energias na tentativa constante de descobrir o que o outro está pretendendo fazer para não ser surpreendido.

Esse comportamento foi ressaltado como realidade no STPP/RMR, no relacionamento entre os atores envolvidos (Poder Concedente, operadores e usuários), pelo entrevistado Germano Travassos, técnico e especialista em transporte, quando lhe foi colocada a seguinte questão: - Se há o entendimento da importância do transporte como elemento estratégico ao desenvolvimento, esse seria um elemento positivo para realização da licitação e que outros aspectos em particular aqui para a RMR, somam positivamente para que esse quadro licitatório possa ser posto em prática?

O entrevistado respondeu que “*seria o início do processo de se ter uma relação saudável entre o poder público e empresas operadoras a médio e longo prazo.*” E ressaltou que “*na hora que se dá um contrato estável, com cláusulas claras, consistente, que permite inclusive que os empresários se voltem mais para suas empresas, hoje os empresários atuantes no setor, gastam energia enorme cuidando do que é papel do poder público, por desconfiança do poder público, por não confiar no poder público, por não ter um contrato legítimo. A licitação vale por isso, mas para sentir os efeitos a médio e longo prazo, pois muda uma cultura. A relevância é mais no sentido de mudar a cultura, mudar essa relação. A qualidade do serviço ou redução do custo viria a médio e longo prazo em função dessa nova prática na relação.*”

Então pergunta-se: Como então, promover essa cultura de confiança e cooperação recíprocas entre os atores que têm de conviver na prestação do serviço público de transporte coletivo de passageiros?

Esta é uma questão que merece destacada atenção por parte dos poderes públicos, uma vez que a relação que se estabelece entre os atores envolvidos nesta prestação de serviço público, como toda relação em que há interesses econômicos presentes, não se dá de forma pacífica e harmônica. Seus posicionamentos por vezes antagônicos acabam por prejudicar o atendimento ao interesse público e gerando conflitos quase incontornáveis sem a intervenção efetiva do poder público.

Essa prestação de serviço acarreta uma enorme competição entre os próprios operadores privados os quais nem sempre estão preparados ou dispostos a renunciar a alguns direitos e adotar uma postura cooperativa, em benefício do interesse público.

Entretanto, não se pode desconsiderar que “as relações de competição são universais e ocorrem entre diversos tipos de atores nos diferentes planos de decisão e ação. Tais relações convivem, com o pólo oposto da cooperação e da negociação, sem a qual nenhuma competição é possível, especialmente em projetos de grande alcance, que envolvem muitos interesses de atores diversos (*Stakeholders*). Pode-se dizer que uma é a cópia em negativo da outra. Uma abordagem científica do estudo das relações entre atores em torno da formulação e implantação de projetos deve analisar tanto as relações competitivas quanto as cooperativas. “(GUERRA, Brasileiro et al, 2007)

E considerando que esse quadro de competição constante, carência de confiança dos operadores privados no poder público e vice-versa e dos usuários, vem se arrastando ao longo do tempo na prestação desse serviço público, propõe-se através desse trabalho uma nova forma de abordagem dessa situação, sob a perspectiva da promoção do entendimento e da criação de uma cultura cooperativa, através da introdução e da prática da mediação.

É importante ressaltar que um passo significativo no sentido de aplainar as arestas que decorrem dessa relação competitiva e fomentar atitudes cooperativas, foi dado no sentido de possibilitar os prestadores de serviços públicos a solucionarem seus conflitos através de métodos extrajudiciais. Não se trata de afastar da apreciação do Judiciário as questões que envolvam divergência entre os atores até porque se estaria ferindo frontalmente a Constituição Federal,⁴⁵ mas de procurar resolver os litígios de forma amigável antes de recorrer ao Judiciário.

As formas extrajudiciais de resolução de conflitos em qualquer esfera, não constituem novidade, a exemplo da Arbitragem que era utilizada na Roma Antiga. É que nos tempos modernos no Brasil, a solução de conflitos centralizou-se no Poder Judiciário, mas com a necessidade de soluções mais rápidas e eficientes está fazendo surgir com muita força a busca de outras formas de resolução de conflitos sem a interferência do Estado e assim, têm sido observadas e buscadas, de forma mais efetiva, no ordenamento jurídico nacional, a arbitragem, a mediação e a conciliação.

4.5 - Modos amigáveis e extrajudiciais de resolução de conflitos

4.5.1 - A arbitragem

Assim como a mediação, a arbitragem constitui um meio alternativo e extrajudicial de resolução de disputas. É um mecanismo privado de inserção pacífica para a solução de uma

⁴⁵Constituição Federal de 1988 - Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: ... XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito. controversia e constitui uma ferramenta poderosa para a solução de conflitos decorrentes de

uma relação contratual ou não, de forma extrajudicial e, por conseguinte, mais célere, produzindo todos os efeitos como se a solução tivesse sido buscada judicialmente.

Sua inserção no ordenamento jurídico brasileiro data da época do Brasil Colônia, onde nas Ordenações Filipinas que vigoraram até após a Proclamação da República, em 1889, já continham referências aos “juízes árbitros”. A própria Constituição do Brasil de 1824 facultava às partes a nomeação de juízes-árbitros, nas ações penais que fossem intentadas na esfera civil e nas ações civis, cujas sentenças eram executadas pelas partes quando delas não recorriam.

E dessa forma se seguiu a previsão da arbitragem no ordenamento jurídico brasileiro, com a edição do Código Comercial, em 1850,⁴⁶ no âmbito da Justiça Federal, em 1894, no Código Civil de 1916⁴⁷ e no Código de Processo Civil brasileiro de 1939, que permitia a composição de pendências tanto que já estivessem sob a esfera judicial quanto as extrajudiciais, em qualquer tempo, por meio do juízo arbitral, de qualquer valor desde que se tratassem de direitos disponíveis.

Atualmente, o instituto da arbitragem encontra-se regido por lei própria – Lei nº. 9.307, de 23 de setembro de 1996, e legislação especial autoriza a Administração Pública a dirimir os litígios, via arbitragem, nos casos que especifica, em harmonia com o Poder Judiciário e com os Tribunais de Contas.

Recentemente, no que se refere aos contratos de concessão de serviços públicos, regidos pela Lei nº. 8.987/95, em 2005, foi editada a Lei nº. 11.196/2005 que alterou o referido diploma legal, para inserir o artigo 23-A, contemplando em seu texto a possibilidade de solução extrajudicial de conflitos decorrentes da relação contratual, através de mecanismos privados, inclusive a arbitragem.⁴⁸

⁴⁶ Código Comercial Brasileiro- Lei nº. 556, de 25.06.1850 – Artigos 80,95, 107,111,139,201,217 e 772.

⁴⁷ Código Civil Brasileiro de 1916 – Lei nº. 3.071, de 1º. de janeiro – Artigos 136,VII, 1.041,1.043, 1.042, 1.037 a 1.040 e 1.218.

⁴⁸ Lei nº. 8.987/95 –Artigo 23-A – O contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei 9307, de 23 de setembro de 1996.

Assim, o modo amigável de solução das divergências contratuais além de encontrar-se legalmente previsto, como cláusula essencial do contrato (artigo 23, XV), a Arbitragem encontra-se formalmente referida, na forma como dispõe o artigo 23-A da Lei nº. 8.789/95, significa um avanço nas relações constituídas.

Além do que a cláusula contratual que prevê a solução de conflitos de forma amigável seja ou de outra forma ou por intermédio da arbitragem, não pode ser questionada relativamente à impossibilidade de composição extrajudicial de direitos indisponíveis, tais como os que envolvem o interesse público, pelo fato de que, por expressa disposição legal, contida no artigo 25 da Lei nº 9.307/96, sobrevindo no curso da arbitragem, dissenso acerca de direitos indisponíveis, o árbitro ou o tribunal arbitral deverá obrigatoriamente, nos termos da lei, remeter as partes ao juízo competente.⁴⁹

Da mesma forma porque a matéria sobre a qual se comporá a desavença por intermédio da arbitragem, diz respeito a apuração apenas de questões de fato que se ponham relativamente à prestação do serviço público concedido, não se tratando de direitos ou interesses, mas de promover a reconstrução histórica de fatos passados, constituindo cláusula essencial do contrato de concessão na forma do artigo 23, XV da Lei de Concessões.⁵⁰

Ao tornar possível a solução da controvérsia sem ter sido objeto de uma contenda judicial, sujeita a todos os ditames processuais legais vigentes por tempo indeterminado, respeita o princípio administrativo da continuidade que permeia a prestação de todo serviço público, notadamente o de transporte coletivo.

4.5.2 - A Mediação

A mediação constitui atualmente um novo paradigma da ciência na condução dos conflitos. É uma ferramenta poderosa para compreender a dinâmica das relações interpessoais e que vem

⁴⁹ Lei nº. 9.307/96 – Art. 25. Sobrevindo no curso da arbitragem controvérsia acerca de direitos indisponíveis e verificando-se que de sua existência, ou não, dependerá o julgamento, o árbitro ou o tribunal arbitral remeterá as partes à autoridade competente do Poder Judiciário, suspendendo o procedimento arbitral. Parágrafo único – Resolvida a questão prejudicial e juntada aos autos a sentença ou acórdão transitados em julgado, terá normal seguimento a arbitragem.

⁵⁰ Lei nº. 8.987, de 13.02.1995 – Art. 23 – São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas: ... XV - ao foro e ao modo amigável de solução das divergências contratuais.

se desenvolvendo ao longo dos anos desde os anos setenta e oitenta em países como o Canadá, Austrália, Nova Zelândia, Estados Unidos e França, ampliando assim, espaços para soluções de conflito a partir do estabelecimento do diálogo entre as partes que se encontram envolvidas na relação conflituosa, fora do âmbito judicial.

“Segundo Haynes, *“A Mediação é um processo no qual uma terceira pessoa – o mediador - auxilia os participantes na solução de uma disputa. O acordo final resolve o problema com uma solução mutuamente aceitável e será estruturado de modo a manter a continuidade das relações das pessoas envolvidas no conflito”*.⁵¹

É um meio não hierarquizado de solução de disputas, em que duas ou mais pessoas, com a colaboração de um terceiro que deve ser livremente escolhido e aceito pelas partes – o mediador – expõem o problema, são escutadas e questionadas entre si, dialogam construtivamente no sentido de identificar os interesses comuns com o intuito de acordarem na solução de sua disputa.

É tida como um método por estar baseada num complexo interdisciplinar de conhecimentos científicos extraídos especialmente da comunicação, da Psicologia, da Sociologia, da Antropologia, do Direito e da Teoria dos Sistemas. É também considerada uma arte, em virtude das habilidades e sensibilidades inerentes ao mediador. A mediação é definida pela Dra. Marilis Tereza Cagna⁵² como um processo de cooperação para resolver um conflito, onde um terceiro imparcial é convocado pelas partes envolvidas para ajudá-las a encontrar um acordo satisfatório para ambos. Dessa forma, denota-se que a mediação tem como objetivo recuperar a postura cooperativa entre as partes, propiciando uma transformação tanto das pessoas quanto da relação que as envolve.

⁵¹ Haynes e Marodin, 1999:11

⁵² A Revista Eletrônica do Escritório de Programas internacionais de Informação do Departamento de Estado dos EUA (*“A Mediação e os tribunais”*, vol. 4, n.03, dezembro/99, www.usinfo.state.gov) examina o processo da mediação e explica vários pontos para o crescimento deste método de solução de conflitos.. No artigo inicial, Hiram Chodosh, professor de Direito e diretor do Frederick K. Cox International Law Center (Centro Internacional de Advocacia Frederick K. Cox) na Case Westernreserve University School of Law (Faculdade de Direito da Universidade Case Western Reserve), explora as várias características da mediação e a maneira pela qual ela pode ser adaptada para atender às necessidades de nações com culturas e tradições muito diferentes. (*in* http://www.crasp.com.br/mediação_arbitragem/solução_conflito.htm)

A mediação pode transformar a relação por possibilitar a uma das partes enxergar a outra como cada uma se enxerga individualmente e assim, ver a situação sob a ótica do outro. Nas palavras da citada professora, “*é um processo que utiliza uma forma de comunicação para derrubar barreiras e construir pontes*”...

A mediação existe desde a antiga China, na era de Confúcio, (551 a.C. – 479 a.C.), segundo o qual “*uma resolução ótima de uma desavença deveria ser conseguida pelo acordo e não pela coação*”, havia sempre um terceiro não envolvido no conflito que era instado a mediar e promover o entendimento entre as partes discordantes. Há mais de mil anos, existe o conselho de anciãos que tem a função de aconselhar casais em conflito.

Outras antigas sociedades orientais desenvolvidas também se valiam desta prática resultante de uma ética conciliatória, naquele tempo muito presente, oriunda de princípios religiosos e culturais que regulavam a vida das comunidades. Há registros da prática da mediação na Antiguidade, na Idade Média, principalmente nos assuntos relativos às relações mercantis mediante a utilização de um intérprete, que facilitava o entendimento entre os comerciantes.

No Alcorão, há dispositivos que prevêm a participação de um terceiro em assuntos que envolvam disputas conjugais, atuando como pacificador.

Na Grécia antiga, os filósofos gregos entendiam a mediação como um processo capaz de proporcionar o relacionamento entre interesses opostos e há registros da prática da mediação na Roma antiga e em outros países da Europa.

Segundo Moore grande parte dos mediadores de épocas mais remotas, era treinada informalmente e desempenhava o seu papel concomitantemente a outras funções ou deveres. Todavia, foi apenas a partir do final do século XX que a mediação tornou-se formalmente institucionalizada e desenvolveu-se como uma profissão reconhecida.

E prossegue: “este crescimento deve-se em parte a um reconhecimento mais amplo dos direitos humanos e da dignidade dos indivíduos, à expansão das aspirações pela participação democrática em todos os níveis sociais e políticos, à crença de que um indivíduo tem o direito de participar e de ter o controle das decisões que afetam a sua própria vida, a um apoio ético

aos acordos particulares e às tendências, em algumas regiões, para maior tolerância e diversidade”.⁵³

No Brasil, o despertar pela mediação como solução extrajudicial de conflitos ocorreu nas duas últimas décadas do século XX e vem adquirindo força no âmbito das relações trabalhistas, comerciais, contratuais e familiares, além de estar sendo incluída de forma mais presente no ordenamento jurídico vigente, embora ainda não exista uma legislação regulamentando o instituto.

Atualmente, há um projeto de lei em tramitação no Congresso nacional e verifica-se a existência de várias instituições públicas ou particulares, que desenvolvem tanto a sua prática, como promovem cursos de capacitação em mediação, assim como considerável volume de obras publicadas sobre Mediação, envolvendo conteúdos de sociologia, psicologia e direito, por guardar considerável interface com estas ciências em sua prática.⁵⁴

O principal objetivo do Projeto de Lei antes referido é tornar obrigatório que qualquer pedido de natureza civil feito ao Poder Judiciário, seja submetido a uma tentativa de mediação, antes de ser apreciado por um Juiz e por essa razão, cumpre tecer alguns comentários acerca da Mediação preventiva de conflitos sob esse aspecto.

A propósito, em audiência pública no Ministério da Justiça, sobre o referido Projeto de Lei de Mediação realizada em 17 de setembro de 2003, a Ministra Nancy Andrighi, ao se reportar sobre o compromisso internacional assumido pelo Brasil em março de 1988 perante os Supremos Tribunais de Justiça Ibero-Americanos em Caracas, manifesta o seu entendimento de que é dever do Poder Judiciário brasileiro apoiar as iniciativas de adoção de vias alternativas de resolução de conflitos. (*in SALES, 2007, p.62/63*).

A mediação pode ser aplicada nos mais variados contextos, dentre os quais se destaca o contexto laboral, organizacional, familiar, comunitário, público, e nos contratos em geral,

⁵³ MOORE, Christopher W. *O processo de mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos*. 2. ed. Porto Alegre: Artmed, 1998.

⁵⁴ PL no.4827/1998 – Autora: Dep. Zulaiê Cobra – PSDB/SP. Apresentado em 10.11.1998. Institucionaliza e disciplina a mediação, como método de prevenção e solução consensual de conflitos. <http://www2.camara.gov.br/proposicoes> (Tipo: PL - No. 4827 – Ano: 1998 – “Pesquisar.”)

enfim, em todos os aspectos relacionais nos quais podem ocorrer conflitos decorrentes ou não de relação continuada.

Nesse sentido, foi perguntado ao Professor Carlos Vasconcellos, quando de sua entrevista na qualidade de especialista em mediação de conflitos, no caso da relação entre o poder público e os operadores privados do transporte público de passageiros, se ele acha que o instituto da mediação poderia atuar como facilitador dessa relação e em que medida?

O mesmo respondeu que: *“Penso que o instituto da mediação pode sem dúvida alguma, contribuir muito. A mediação além de estar comprometida, digamos assim, esse conjunto de procedimentos e abordagens e de modelos que nós dispomos na mediação, além de contribuir para solucionar determinadas disputas específicas, determinadas controvérsias, também contribui para uma pedagogia de diálogo, de assertividade, de compartilhamento de informações de uma maneira mais aberta, mais franca, e com isto, sem dúvida alguma, contribuindo para o encontro do justo interesse a ser contemplado, tanto do ponto de vista do fornecedor do serviço, no seu legítimo desejo de um resultado econômico adequado, razoável, quanto do interesse e a obrigação da entidade pública no sentido de assegurar os direitos coletivos envolvidos nessa atividade. Um bom mediador pode sem dúvida, contribuir para o enriquecimento desse diálogo e dessa negociação permanente que se estabelece nesse tipo de atividade.”*

E ainda no mesmo sentido, foi abordada a questão da cooperação entre os atores que se relacionam na prestação dos serviços, com ênfase naturalmente no tema do trabalho que é o transporte público, tendo sido perguntado ao entrevistado o seguinte:

Como no contexto dos serviços públicos de transporte coletivo de passageiros, poder-se-ia conseguir obter das partes essa interação com vistas ao despertar de um interesse cooperativo?

A resposta foi a seguinte: *“Na realidade, no momento em que se tem um problema objetivo colocado na mesa que é a contradição entre o interesse público e o interesse privado, a mediação estimula a discussão franca e aberta desses interesses.*

E prossegue: *“Na realidade, isso é um conflito de interesses é também um conflito que envolve também a questão de valores. Numa mediação se pode colocar na mesa quais são esses valores que precisam ser contemplados numa atividade dessa natureza, e depois colocar os interesses, mas sempre tendo como referência os valores, porque uma discussão só em torno de interesses pode empobrecer, pode não abarcar a riqueza e a complexidade do problema. Uma boa mediação pode trabalhar a questão dos valores que estão envolvidos e precisam ser por uma questão de princípios, contemplados necessariamente e dentro desses valores, o espaço possível de uma negociação legítima que atenda as necessidades de todos os envolvidos”*

A inserção da obrigatoriedade da mediação como antecedente à promoção de ação judicial que se quer implementar legalmente no Brasil encontra antecessores com resultados positivos como é o caso da Argentina, onde estudos relatam que mais da metade dos casos que seriam submetidos ao Judiciário foram solucionados e em curtíssimo prazo através de processos de mediação.

Mas essa é apenas uma faceta da mediação, denominada de mediação para-processual, que pode ocorrer antes da audiência instrutória do feito ou mesmo, após esta, todavia, antes do seu julgamento pelo magistrado. Até porque, fazendo menção ao recentíssimo inciso LXXVIII do artigo 5º. da Constituição Federal, segundo o qual: *“ todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”*, a mediação é justamente o procedimento para regular tal norma, uma vez que trará possibilidades para os litigantes de qualquer gênero, resolverem seus conflitos em pequeno espaço de tempo e com a devida segurança jurídica.⁵⁵

A mediação como forma de solucionar conflitos tem suporte em vários fundamentos constitucionais, tais como o da Dignidade da Pessoa Humana, insculpido no artigo 1º, inciso III da Constituição, uma vez que o mediador proporciona aos envolvidos, exporem seus pontos de vista relativamente a questão da discordância, dessa forma, promovendo o diálogo e de forma mais ampla, o resgate das relações.⁵⁶

⁵⁵ Inciso acrescido pela Emenda Constitucional no. 45, de 08.12.2004

⁵⁶ CF/88 – Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I – a Soberania; II- a cidadania; III- a dignidade da pessoa humana; IV- os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V- o pluralismo político.

“A Dignidade da Pessoa Humana é princípio fundamental de que todos os demais princípios derivam e que norteia todas as regras jurídicas. A supremacia e indisponibilidade do interesse público são subordinados a ele.”⁵⁷

Esse princípio, em sua exegese, abriga uma densificação valorativa que tem em conta o seu amplo sentido normativo-constitucional. (SILVA, 2007, p.35). Envolve a garantia a todos de uma existência digna, eliminação da pobreza (artigo 3º., III da Constituição Federal),⁵⁸ tanto quanto a garantia à propriedade privada (arts. 5º. e 170, II da Constituição Federal)⁵⁹ e o seu preparo para o exercício da cidadania, assegurado no artigo 205 da Constituição Federal.⁶⁰

Sob a ótica da concepção capitalista para a ordem econômica, a dignidade da pessoa humana assegura a livre iniciativa e a livre concorrência (art. 170, IV, Parágrafo Único),⁶¹ mas exclui a possibilidade de abuso do poder econômico (art. 173, Parágrafo 4º).⁶²

A mediação também privilegia o princípio da Igualdade consagrado no artigo 5º, I, da Constituição Federal, uma vez que o processo de mediação proporciona tratamento

⁵⁷ Marçal Justen Filho, 2002, p. 319 in “O Direito das Agências Reguladoras Independentes”.

⁵⁸ Constituição Federal de 1988 - Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I- construir uma sociedade livre, justa e solidária; II- garantir o desenvolvimento social; III- erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV- promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

⁵⁹ Constituição Federal de 1988 - Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: ... II- propriedade privada;

⁶⁰ Constituição Federal de 1988 - Art. 205 A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

⁶¹ Constituição Federal de 1988 - Art. 170 A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:... IV- livre concorrência; Parágrafo Único: É assegurado a todos os livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

⁶² Constituição Federal de 1988 - Art. 173 – Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos de segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei... Parágrafo Quarto - A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

isonômico nas falas e questionamentos dos envolvidos.⁶³

No caso do serviço público de transporte coletivo de passageiros, em que há uma relação constante entre o poder público concedente e titular do serviço público, os operadores privados concessionários e os usuários, é que se pode denotar uma potencial necessidade de mediação, desta feita sob a forma transformativa, que tem como foco a relação necessariamente mantida de forma constante entre as partes.

A outra faceta da mediação que interessa propriamente ao presente trabalho é a mediação extrajudicial, preventiva e relacional, que será detalhada mais adiante.

É que, como visto anteriormente, existem modelos de mediação focados no acordo e outros modelos, focados na relação. Os modelos que têm como foco o acordo, nos quais a mediação é satisfativa, visa a conciliação, pois têm em mãos um caso concreto a resolver, e buscam solucioná-lo, mediante a celebração de um acordo entre as partes conflitantes, as quais não necessariamente desenvolverão algum tipo de relação após aquele fato.

Nos modelos focados na relação, também denominados circular-narrativo e transformativo, (Vasconcellos, 2007), busca-se a conversão do padrão relacional existente, promovendo a comunicação entre as partes, uma vez que as mesmas estarão envolvidas em uma relação que transcenderá aquele episódio conflituoso e solucionado através da mediação.

Esta forma de mediação aplica-se aos casos em que os conflitos encontram-se presentes na relação mantida entre as partes em decorrência da atividade que as envolve. A mediação aplicada para estes casos, visa ao estabelecimento de uma melhoria nessa relação, com a facilitação do diálogo, o abrandamento das arestas existentes, e a promoção a médio e longo prazo de um clima de confiança com vistas à conquista de uma cultura de cooperação entre as partes e dessa forma tornando essa relação perene mais satisfatória em benefício do atendimento ao interesse público.

⁶³ CF/88 - Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade. I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.

Nas relações entre o poder concedente, operadores e usuários do serviço público de transporte coletivo de passageiros, tanto o modelo satisfativo como o transformativo podem ser utilizados, uma vez que tais atores envolvidos nesta prestação de serviço público essencial estão em constante relação, cuja dinâmica se perfaz dia-a-dia, de forma intensa, necessitando sempre de acompanhamento com vistas a dirimir os conflitos que ocorrem.

Segundo Vasconcellos (2007), “as mediações focadas na relação obtêm melhores resultados nos conflitos entre pessoas que mantêm relações permanentes ou continuadas. A sua natureza transformativa supõe uma mudança de atitude em relação ao conflito.” Nesse modelo de mediação podem ser identificadas as expectativas das partes, os seus reais interesses, suas necessidades e, colocados no caso concreto, buscam a solução do conflito juntamente com a restauração da relação para que o acordo seja selado.

Esta forma de mediação contribui para o reconhecimento e integração das partes, na medida em que ao narrarem individualmente seu ponto de vista acerca do assunto motivo de discordância e ouvirem da outra parte igualmente o seu posicionamento, torna dessa maneira mais transparente a defesa de seus interesses e expectativas com amplas possibilidades de se chegar a um meio termo que satisfaça ambas as partes.

A mediação é, pois, um processo que possibilita resgatar a postura cooperativa entre as pessoas, construindo assim, um cenário favorável ao restabelecimento da confiança recíproca, até mesmo pelas próprias características e princípios que a norteiam, quais sejam: voluntariedade e liberdade das partes, confidencialidade e privacidade, participação de um terceiro imparcial, economia financeira de tempo, informalidade, reaproximação das partes, autonomia das decisões e autocomposição e não-competitividade.

Sua função não é a de apenas atuar na resolução de conflitos, mas igualmente na sua prevenção, e talvez seja essa a sua maior contribuição para manutenção das relações cooperativas implementadas através de sua intervenção, como também na busca incessante pela conservação e fortalecimento da confiança estabelecida, tendo em vista a relação continuada como é o caso da prestação dos serviços de transporte público de passageiros.

Por ser um serviço público de caráter essencial, o transporte público de passageiros tem obrigatoriamente que observar dentre outros, o princípio da continuidade, na forma da lei,

como pressuposto de um serviço público adequado, o que torna duradoura e continuada a relação entre o poder concedente, o concessionário e os usuários desse serviço público.

Assim, a proposta que constitui objeto deste trabalho e nos desafia neste momento, envolve a demonstração da vantagem do fomento da cultura da mediação no modelo focado na relação, de forma sistemática e permanente, para não apenas prevenir conflitos, mas transformar a relação entre operador e poder concedente cooperativa e produtora e a prestação do serviço público se dar de forma adequada nos termos da lei.⁶⁴

4.6 - O Mediador

O exercício do ofício de mediador não é dos mais fáceis, pois, lida também com o lado desconhecido do conflito, que é a intenção não manifestada verbalmente pelas partes. Para isso, é que deve o mediador possuir talento e intuição para fazer fluir essa intenção das partes e instigá-las a partir disso, a encontrar a solução do impasse.

Para o exercício dessa tarefa, o mediador não precisa necessariamente possuir apenas o conhecimento das leis, das normas ou dos usos e costumes aplicáveis ao caso, mas sim, possuir a sensibilidade necessária para tirar das próprias partes os subsídios necessários para construir uma proposta nova que congregue os seus anseios e expectativas.

Daí porque Warat (2001, p.93) diz que: *“A solução de um conflito, a única possível, está em sua alquimia. Cada um de nós guarda, em si, essa resposta, esse caminho. O mediador ajuda as partes a descobrirem-se nessa alquimia.”*⁶⁵

O mediador pode funcionar como uma “caixa de ressonância” para idéias criativas. Pode testá-las e até mesmo aperfeiçoá-las, conferindo-lhes assim, uma maior credibilidade e legitimidade, que são possibilitadas pela sua situação de neutralidade e equanimidade,

⁶⁴ Lei nº. 8.987/95 – Capítulo II – DO SERVIÇO ADEQUADO: Art. 6º. Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato. Parágrafo Primeiro: Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

⁶⁵ WARAT, Luiz Alberto. O ofício do Mediador. Florianópolis/SC: Habitus, 2001

fazendo surgir daí, uma solução aceitável para todos. Neste caso, atuará como um transmissor de propostas criativas entre as partes.

Em um processo em que se busca desenvolver um maior entrosamento, as informações que vêm à tona de parte a parte, merecem obter por parte do mediador um tratamento diferenciado, a fim de que sejam utilizadas como propulsoras do fortalecimento do espírito de confiança e de colaboração estabelecido.

Daí pergunta-se: Quem ou qual instituição poderia assumir o papel de mediador nas relações entre os atores envolvidos na prestação de serviço público de transporte coletivo de passageiros?

Segundo Medauar (2003), “O Estado é uma instituição criada pelos povos para cuidar da gestão da sociedade. É a instituição que detém o poder político para possibilitar a coexistência humana, servindo tanto para reprimir condutas anti-sociais quanto para promover condutas qualificadas como positivas para a comunidade. E para cumprir funções de interesse coletivo e de defesa dos interesses individuais, a sociedade – ou representantes da sociedade – promove a organização do poder político mediante instrumentos jurídicos.

Na década de 80, a tendência para a Administração Pública consistiu na maior proximidade com a comunidade, o predomínio da transparência, a transferência para particulares de atividades antes desempenhadas pelo Poder Público, a utilização subsidiária do Direito Privado nas relações entre o público e o privado, a redução do poder de império estatal, a utilização de instrumentos contratuais como forma de estabelecer direitos e deveres entre partes e convenções para a solução de conflitos e um aumento do controle das atividades pelos resultados obtidos.

Segundo a professora Odete Medauar, (1996), no século XX, novas atribuições foram conferidas à Administração pública em razão da redefinição de funções atribuídas ao Estado e assim, foram surgindo órgãos reguladores tanto de atividades de mercado quanto de serviços públicos, passando os órgãos colegiados já existentes e os criados, a contar com maior presença de representantes da sociedade civil para as deliberações que envolvessem assuntos de interesse público.

4.6.1 - Ministério Público

Inserido no capítulo IV da Constituição Federal dentre as Funções Essenciais à Justiça, o Ministério Público é referido no Artigo 127 da seguinte forma:

Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Numa visão inovadora dentro do processo de redemocratização do país, a consagração do Estado Democrático de Direito fundamentado na soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e do pluralismo político, conforme explícito no artigo 1º. da Constituição Federal, torna clara a intenção de impor limites ao exercício do poder estatal.

Dessa forma, é que foi traçado um novo perfil do Ministério Público enquanto instituição, o qual por expressa fundamentação constitucional, passou a exercer a defesa da sociedade e dos chamados direitos de cidadania, conforme se depreende dos termos do artigo 127 da Constituição Federal supra transcrito.

Sendo uma instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, com autonomia funcional e administrativa, cabendo-lhe intervir em defesa dos interesses individuais, coletivos e difusos e sendo o conflito inerente às relações humanas, verifica-se a busca pelo Ministério Público por novos mecanismos de solução de conflitos fora do âmbito do Poder Judiciário, possibilitando assim a sociedade, resolvê-los de outras formas não contenciosas.

A experiência vivenciada em outros países como os Estados Unidos, a França e a Argentina, e em São Paulo, Minas Gerais, Santa Catarina e Rio Grande do Sul, da atuação do Ministério Público como mediador em conflitos, tem sido proveitosa e apresentado resultados satisfatórios. Houve uma disseminação positiva dessa forma de atuação do Ministério Público na sociedade aumentando a procura por parte por esse tipo de mecanismo para resolver seus conflitos, tendo em vista o estímulo ao diálogo entre as pessoas que têm a possibilidade assim

de se expressar de forma direta e ouvir também as razões da outra parte, o que torna possível a sua participação de forma ativa na solução do conflito.

Outro exemplo de sucesso é o caso do Ministério Público do Estado do Ceará, que através de sua Procuradoria-Geral de Justiça, segundo informa a Dra. Lília Maia de Moraes Sales, idealizou e criou o primeiro Núcleo de Mediação Comunitária no Brasil vinculado ao Ministério Público. Essa atitude inovadora implementada se propunha através do Núcleo, atingir os seguintes objetivos: oferecer à comunidade um instrumento de cidadania que venha a garantir um atendimento rápido, gratuito e eficiente, por meio de seus próprios membros; contribuir para a boa administração dos conflitos e a redução dos índices de violência por meio da mediação e da conciliação; incentivar a organização da sociedade civil mediante a participação ativa dos indivíduos na solução de conflitos e nas discussões sobre garantia de direitos; oferecer um espaço público de discussão, diálogo e escuta para a comunidade; contribuir para a qualidade de vida, orientando a comunidade sobre os direitos e deveres, contribuindo para a compreensão e a efetivação da cidadania; Incentivar a prática do serviço voluntário.⁶⁶

O Ministério Público do Estado do Ceará, por meio da criação do Núcleo de Mediação, coloca à disposição da sociedade um instrumento efetivo de acesso à Justiça, inclusão e pacificação sociais, comprovando a sua função constitucional de defensor da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.”

No Brasil, desde a década de 90, há previsão legal para que o Ministério Público do Trabalho funcione como mediador no âmbito das relações do trabalho, cuja disciplina encontra-se nos termos da Instrução Normativa nº 4/93 do Tribunal Superior do Trabalho, na Portaria nº. 817/95, do Ministério do Trabalho e Emprego que estabelece critérios para a participação do mediador nos conflitos de negociação coletiva, na Portaria nº 818/95 que prevê o credenciamento do mediador perante as Delegacias Regionais do Trabalho e no Decreto nº 1.572/95 que regulamenta a mediação coletiva.

⁶⁶ SALES, Lília Maia de Moraes. O Ministério Público e a mediação de conflitos – A experiência do Núcleo de Mediação Comunitária do Ministério Público do Estado do Ceará. Artigo Publicado na Revista da Associação Cearense do Ministério Público –ACMP.: Cf. acmp@acmp-ce.org.br.

A mediação coletiva é exigida como meio de solução de controvérsias de acordo com previsão de norma internacional, a Convenção 154 da OIT, ratificada pelo Brasil em 10/7/93 e aprovada pelo Decreto Legislativo nº 22, de 12/5/92.

4.6.2 - Tribunal de Contas

Integrantes do sistema de controle da Administração Pública, os Tribunais de Contas ao lado das Controladorias, Contadorias e Auditorias, têm por finalidade “*garantir a conformidade da atuação da administração pública com os princípios que lhe são impostos pelo ordenamento jurídico*” (SÁ, 2004, p. 56)

Esse controle pode ser Interno ou Externo de conformidade com a entidade que o exerça, se vinculada à estrutura da administração, se dá o Controle Interno que cabe às Controladorias, eis que vinculada ao Poder Executivo e quando ocorre por entidade não vinculada a essa estrutura, ocorre o Controle Externo, a cargo dos Tribunais de Contas e das Auditorias.

A Constituição Federal de 1988 trata em seu artigo 71 do Controle Externo da Administração,⁶⁷ atribuindo competência para exercê-lo ao Congresso Nacional, auxiliado pelo Tribunal de Contas da União. Sua competência, eminentemente fiscalizatória, abrange e submete todos os atos praticados pelos exercentes de cargos públicos, aos quais compete utilizar, arrecadar, guardar, gerenciar ou administrar dinheiros, bens e valores públicos, nos termos como dispõe o Parágrafo Único do Artigo 70.⁶⁸

Convém salientar que apesar da Constituição colocar o Tribunal de Contas da União como "auxiliar" do Congresso Nacional a quem cabe exercer o Controle Externo, conforme dispõe o citado artigo 71, “os Tribunais de Contas brasileiros têm autonomia para, de ofício próprio, realizarem

⁶⁷ Constituição Federal de 1988 – Art. 71 – O Controle Externo, a cargo do Congresso Nacional, será exercido com auxílio do Tribunal de Contas da União.

⁶⁸ Constituição Federal de 1988 – Art. 70. 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 exercida pelo Congresso Nacional, mediante controle externo, e pelo sistema de controle interno de cada Poder. Parágrafo Único. 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, assumira obrigações de natureza pecuniária.

auditorias e inspeções em quaisquer órgãos e entidades da administração pública.” (ROLIM, 2007, p.57) ⁶⁹

No exercício de sua função, a atuação dos Tribunais de Contas nas delegações de serviços públicos não tem como propósito substituir o ente regulador ou o poder concedente, mas verificar como a administração pública está atuando, para assegurar a boa prestação de serviços públicos ao usuário, defendendo a estabilidade das regras, a eficiência da regulação e a economicidade. (SÁ, 2004) ⁷⁰

Em razão de sua competência fiscalizatória, os Tribunais de Contas exercitam seu mister com base em informações recebidas da ocorrência de desvios por parte dos administradores e gestores públicos, que lhes cumprirá investigar. Essa missão constitucional impinge-lhes um compromisso com a eficiência e eficácia de sua atuação sob pena de tornar inócua a sua existência.

Consistindo a informação a fonte propulsora para atuação dos Tribunais de Contas, é que foi inserida na sua estrutura a ouvidoria, “com o papel de receber críticas, sugestões, pedidos de informações e elogios relativos à atuação do tribunal e dos servidores, bem como prestar informações relevantes acerca da gestão dos recursos públicos no Estado e nos municípios. (MAIA, 2007). Nesse contexto, as ouvidorias dos Tribunais de Contas recebem as denúncias e as demandas da sociedade sobre a existência de possíveis irregularidades na gestão governamental dos entes administrativos e adotam as providências legais” ⁷¹

Segundo Edna Delmondes (2006 *in* MAIA, 2007), “a ouvidoria é uma *provedora de informações* tanto para o tribunal de contas a fim de trazer insumos para as auditorias, quanto a sociedade a fim de contribuir para o controle social.” As ouvidorias públicas, continua Delmondes têm a função de *escuta do cidadão*, de mediador, de conciliador e facilitador dos

⁶⁹ ROLIM, Fernando Antônio Oliveira. *Tribunais de Contas e a regulação do Transporte Intermunicipal de Passageiros por ônibus (TIPO)*. 2007, 299f. Dissertação (Mestrado) - Departamento de Engenharia Civil, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2007.

⁷⁰ SÁ, Adolfo Luís Souza de. *Tribunais de Contas, Economicidade e Concessões de Rodovias Brasileiras à Iniciativa Privada*. 2004, 340f. Dissertação de (Mestrado) – Departamento de Engenharia Civil, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2004.

⁷¹ MAIA, Janaína DE Souza. *Ouidoria como Instrumento de Gestão Ética, Transparente e Participativa*. Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais – Edição no. 02 de 2007 – Ano XXV.

serviços. Por meio delas, o cidadão manifesta-se para reclamar da má administração e dos abusos de servidores no exercício da função pública.

4.6.3 - Agência Reguladora

Como visto anteriormente, há toda uma experiência tanto nacional quanto internacionalmente, da atuação do Ministério Público e dos Tribunais de Contas como mediadores de conflitos decorrentes de relações que se estabeleçam quer envolvam pessoas físicas ou pessoas jurídicas e até entidades de direito público.

A experiência vivenciada no Brasil aponta satisfatoriamente para essa prática, devendo, pois, ser fomentada, tendo em vista o asoberbamento do Poder Judiciário e a necessidade de se promover na sociedade uma consciência menos beligerante e mais cooperativa para a solução de divergências.

Desde que a administração pública vem sendo reestruturada ao longo dos anos, sempre em busca de uma maior eficiência no atendimento ao interesse público, denota-se cada vez mais a necessidade de promoção de conciliação com o interesse privado, haja vista a maior delegabilidade da prestação de serviços públicos. Ao reverso, essa maior descentralização e delegação a particulares enseja a ocorrência de mais conflitos, necessitando assim, de uma maior e mais eficaz intervenção para que esses conflitos não acabem por comprometer e até mesmo inviabilizar a prestação dos serviços públicos delegados.

Nesse contexto de transformações na forma de administrar é que, não obstante a existência do Ministério Público e dos Tribunais de Contas foram criadas as agências reguladoras de serviços públicos delegados, entidades estas conforme se verá adiante, com potencial capacidade para o exercício da função de mediador, dado às características de que se revestem, bem como o contexto legal em que se inserem.

As Agências Reguladoras de Serviços Públicos como autarquias sob regime especial, na qualidade de órgãos de Estado, foram criadas no contexto do processo de reforma do Estado brasileiro, tendo como missão, conciliar os interesses divergentes que existem entre os consumidores, os governantes e as empresas prestadoras de serviços públicos, de forma a

assegurar que a prestação dos serviços se dê com qualidade e que estes sejam acessíveis a toda a população.

Historicamente, o instituto da agência nasceu e se desenvolveu espontaneamente na história dos Estados Unidos (Justen F^o., 2002,p. 55). Tal fato deveu-se segundo doutrinadores, da tradição jurídica anglo-saxã, que sempre comportou a intervenção regulatória estatal e dessa forma, originou o desenvolvimento de instituições cuja competência era a de produzir atos com efeitos normativos de ordem geral ou individual.⁷²

Esse surgimento das agências reguladoras nos Estados Unidos ocorreu ao longo do século XIX, em que se deu uma revolução econômica, com a produção de novas riquezas, e dessa forma, ampliação da atividade econômica, derivando ao reverso, a ocorrência de um aumento de litígios, disputas e controvérsias, gerando assim a necessidade urgente da adoção por parte do governo, de medidas regulatórias da atividade econômica a ser exercida pelo Estado.

Quando de sua concepção, vislumbrou-se a instituição de um ente, dotado de personalidade própria e de autonomia técnica, administrativa e financeira, que possibilitasse a sua intervenção em casos de conflitos de interesses, a qual considerando a sua equidistância em relação às partes garantia a sua imparcialidade na mediação dos interesses dos envolvidos.

Segundo o Professor Francisco Queiroz B. Cavalcanti, no artigo intitulado “A independência da função reguladora e os entes reguladores independentes.” Revista de Direito Administrativo, jan/jul.2000, “*nos Estados Unidos, as agências são entendidas como uma pessoa jurídica, autônoma, com capacidade de produção normativa reguladora, com poderes discricionários, com capacidade de precisar conceitos indeterminados, com mecanismos de controle sobre elas mais limitados, com maior autonomia e com estabilidade para seus dirigentes.*”

Na Itália, as agências foram criadas no início da década de 90, com o conceito e a natureza jurídica de autoridades administrativas independentes, com autonomia orçamentária, criadas

⁷² O que não impede de uma parte relevante da doutrina afirmar que a experiência dos EUA resultou da influência britânica anterior.

por lei, sendo, contudo, desprovidas de personalidade jurídica. Em Portugal, conserva características semelhantes, sendo igualmente reconhecidas como autoridades administrativas independentes, assim como na França que as cria da mesma forma, através de lei. Não possuem personalidade jurídica que constitui aspecto fundamental no que se refere à questão de responsabilidade.

Convém destacar que a efetiva consolidação da regulação estatal e de um modelo de agência derivou da disciplina das atividades ferroviárias, considerando que neste segmento de atividade empresarial de transporte, é que se deu o mais elevado progresso econômico na época, tornando-se nos Estados Unidos, o segmento mais poderoso economicamente. (Justen Fº.,2002, p. 73)

Ressalta McKraw, (*in* Justen Fº., 2002, p. 73), que “*as ferrovias influenciaram a sociedade Americana no final do século dezenove do modo como apenas a televisão o fez no final do século vinte – ou a Igreja Católica Romana tinha influenciado a vida na Europa medieval*”.

Assim, como destaca Marçal Justen Filho (2002), “as ferrovias tinham passado a desempenhar função essencial na sociedade norte-americana. Mas o crescimento desenfreado das ferrovias e a dependência dos demais setores econômicos em face delas produziu um enorme número de problemas, altamente complexos. Surgiam dificuldades relacionadas à cartelização e ao abuso na fixação de preços e nas condições de transporte.”

Esse estado de coisas, relativamente ao transporte ferroviário gerou externalidades negativas relativamente a outros setores, e conseqüentemente, a insatisfação fez com que houvesse pleitos por parte da população de uma intervenção do governo nessa atividade, uma vez que o disciplinamento legislativo se revelou insuficiente para solucionar os problemas.

Dessa forma é que começou a surgir o embrião das agências, a partir da criação de uma comissão criada no Estado de Rhode Island, em 1839, com poderes muito limitados e que se orientava a incentivar a atuação conjunta e ordenada entre as empresas ferroviárias. Essa primeira “agência” era dotada de competência fiscalizatória, emitindo recomendações sem poder de coerção, e dando publicidade a informações necessárias ao controle social sobre as ferrovias.

O aspecto curioso que se sobressai e fortalece a proposta deste trabalho, é que a agência sob comento, desde essa assim considerada a primeira experiência nos Estados Unidos, Segundo Marçal Justen Filho, *“nunca optou por confrontações definitivas com a indústria regulada, buscando soluções conciliatórias para ampliar eficiência econômica, redução de custos e segurança no transporte, o que lhe permitiu obter respaldo de todos os setores. Sempre evitou demandas judiciais, o que impediu inclusive disputas acerca da constitucionalidade de seus poderes.”*

Ressalta ainda o citado autor que esse modelo de agência, foi amplamente aceito pela sociedade, difundindo-se rapidamente a outros setores. A simpatia angariada na sociedade deveu-se ao fato de que apesar de se tratar de uma unidade burocrática, era destituída de complexidade o que lhe assegurava um elevado nível de eficiência na solução dos assuntos de sua competência, sem onerar a comunidade.

Não há um perfil único e definido para as agências reguladoras no Direito Comparado, as quais, em regra, apresentam estrutura, função e regime jurídico próprios. Por isso, entre diferentes países, os modelos são distintos, e se adequam à configuração interna de cada ordenamento jurídico a que se submetem. Tal característica das agências reguladoras pode ser atribuída à origem histórica de sua criação nos Estados Unidos, que as concebeu sem disciplinamento uniforme, ou seja, foram sendo disciplinadas por intermédio de disposições legislativas esparsas.

Ao estudar a proliferação das agências, Giuliano Amato (in Justen F^o., 2002, p. 53), apontou a existência de contradição comum à maior parte dos estudos existentes sobre as agências reguladoras, a que atribuiu à impossibilidade de tratamento uniforme considerando a pluralidade de suas manifestações.

Disso se conclui que essa diversidade de perfis apresentados pelas agências existentes dificulta a formulação de uma definição abrangente de agência. Pode-se afirmar sem receio que inexistente no Direito Positivo dos diversos países do mundo, inclusive no Brasil, uma disciplina única para as agências, que vem repetindo as características do processo de difusão das agências nos outros países. (Justen F^o., 2002, p. 53)

No que se refere à definição das agências reguladoras, a falta de normas gerais nesse sentido não significa a inexistência de disciplina legislativa a respeito, uma vez que a criação dessas entidades se dá por lei específica produzida pelo Poder Legislativo do país a qual determinará o regime jurídico que a submeterá, suas atribuições, competências, a nomeação de seu quadro de pessoal e organização administrativa e funcional assim como os vínculos que manterá com os Poderes Executivo e Legislativo e os limites de sua autonomia.

Com isso, cada agência criada através do processo legislativo próprio, subordinar-se-á àquele regime jurídico previsto, propiciando variações no âmbito federal e estadual. Isso ocorre no Brasil, o qual possui normas gerais acerca de agências reguladoras, nos termos da Lei nº. 9.986, de 18 de julho de 2000, alterada pela Lei nº. 10.871, de 2004, que dispõe sobre a gestão de recursos humanos das Agências Reguladoras.

No que se refere à fixação de sua competência, as agências reguladoras americanas, tomadas como modelo de criação das agências brasileiras, de uma maneira geral, têm competência normativa de feição regulamentar para editar um conjunto de normas disciplinando genericamente certo segmento de atividades, e também se utiliza o termo “*adjudication*” para indicar a competência reconhecida às agências para promover o accertamento dos fatos, avaliando o cumprimento das regras legais e regulamentares, e ainda na ocorrência de conflitos com ou entre particulares.

A agência também tem a competência para emitir decisões em casos concretos assim como verificar o cumprimento de suas determinações ou de regras legais, inclusive com poderes punitivos. (Justen Fº. 2002, p. 63).

Assim, pode-se verificar que a função preponderante das agências regulatórias é a de exercer atividade regulatória da prestação de serviços públicos, entretanto, a competência de mediar conflitos e promover o entendimento já estava inerente à sua essência desde a sua concepção no modelo norte-americano copiado pelo Brasil, variando, evidentemente, como dito anteriormente, conforme o ordenamento jurídico no qual se insere, curiosamente, para o escopo deste trabalho, surgindo no âmbito do transporte.

No Brasil, em meados dos anos 90, o novo governo federal pós-constituente eleito, adotou medidas no sentido da reforma ou reconstrução do Estado, de modo a resgatar sua autonomia

financeira, corrigir sua forma de intervenção e resgatar a capacidade de implementar políticas públicas (Bresser Pereira, 1998).

É que a transição do Estado Liberal para o Estado Social custou ao Poder Público um alargamento de suas funções e conseqüentemente um crescimento exagerado na máquina administrativa, para que pudesse atuar diretamente em diversas atividades, sobretudo naquelas de cunho econômico.

Ocorre que com o passar do tempo, o desempenho das empresas estatais criadas para tal fim, acabou por gerar ineficiência na prestação de serviços públicos essenciais, gerando com isso, uma necessidade premente de uma reestruturação por parte do Estado, culminando com processos de privatização dessas empresas públicas e outorga a particulares da prestação de serviços públicos.

Assim, é que surgiram no cenário brasileiro as Agências Reguladoras em decorrência da crise da forma como o Estado era administrado e conseqüentemente, da necessidade de uma mudança no seu desenho institucional. Com o aprofundamento da reflexão e do debate que se intensificou em todo o mundo acerca da questão, foi ficando cada vez mais claro que a solução não estava no desmantelamento do aparelho estatal, mas na sua reconstrução, para exercer novas estratégias e funções (B. Pereira, 1997).

A idéia relativa a esses entes reguladores era a de dotá-los de independência para que não ficassem sujeitos a influência política ou não sofressem captura por parte de agentes econômicos. Dessa forma, as agências reguladoras criadas na década de 90, foram dotadas de autonomia financeira, e seus dirigentes, de mandato.

Neste cenário é que a Constituição Federal de 1988 em seu artigo 21, inciso XI, atribuiu competência à União de instituir órgão regulador inicialmente para os serviços de telecomunicações a quem competia explorar diretamente ou delegar a particulares mediante autorização, concessão ou permissão, nos termos da lei. Tal inciso foi alterado pela Emenda Constitucional nº. 08, de 15 de agosto de 1995, sendo em decorrência, editada a Lei nº. 9.472, de 16 de julho de 1997, regulamentando tal inciso, nos termos da Emenda Constitucional referida.⁷³

Segundo esse entendimento, os objetivos de desenvolvimento das sociedades estarão mais bem atendidos por um Estado Novo, recuperado, fortalecido e redefinido em termos de sua capacidade de intervenção, ou de governança.

Justen F^o. (2002) apresenta uma definição de agência reguladora independente como sendo “uma autarquia especial, criada por lei para intervenção estatal no domínio econômico, dotada de competência para regulação de setor específico, inclusive com poderes de natureza regulamentar e para arbitramento de conflitos entre particulares, e sujeita a regime jurídico que assegure sua autonomia em face da Administração direta”.

A expressão agência reguladora independente adotada no Direito brasileiro envolve a conjugação de algumas características conhecidas e tradicionais com inovações diferenciadoras (Justen F^o., 2002). É uma autarquia e, por conseguinte, integrante da administração indireta do Estado, dotada de personalidade de direito público e sujeita ao regime jurídico inerente.

O mesmo professor antes citado assim define Agência Reguladora: “*É uma autarquia especial, criada por lei para intervenção estatal no domínio econômico, dotada de competência para regulação de setor específico, inclusive com poderes de natureza regulamentar e para arbitramento de conflitos entre particulares, e sujeita a regime jurídico que assegure sua autonomia em face da Administração Direta.*”

Trata-se de uma autarquia especial, por existirem peculiaridades no regime jurídico a ela aplicável, que lhe confere maior autonomia face às demais autarquias existentes sem o caráter de especialidade. Dentre essas peculiaridades, destaca-se inicialmente a sua competência

⁷³ Constituição Federal de 1988 – 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.

Lei nº. 9.472, de 16 de julho de 1997 – Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos constitucionais, nos termos da EC nº.8 de 1995.

regulatória, pautada pela mediação e não pela imposição dos objetivos e comportamentos ditados pelo Estado, promovendo dessa forma, a interlocução entre os atores envolvidos na atividade por ela regulada.

Essa forma de regulação é considerada pelo Professor Floriano de Azevedo Marques, como “uma moderna noção de regulação, que remete à idéia de equilíbrio dentro de um dado sistema regulado”.⁷⁴

No Brasil a partir de meados da década de 90, começaram a ser editadas as leis de criação das Agências Reguladoras,⁷⁵ quando ocorria no país a execução do Plano Diretor de Reforma

⁷⁴ Professor Floriano de Azevedo Marques é advogado e Professor Doutor do Departamento de Direito Público da Universidade de São Paulo, em um texto publicado pela Associação Brasileira de Agências de Regulação - ABAR, em 2006, no qual faz uma análise sobre a moderna regulação estatal, abrangendo a importância das Agências no exercício dessa função pública, os fundamentos jurídicos dos agentes reguladores no Direito Brasileiro e a separação que deve existir entre políticas públicas e atividade regulatória. A análise, segundo a Professora Maria Augusta Feldman, Presidente da ABAR, “mostra, claramente, que as Agências regulatórias são, sem dúvida, instrumentos de fortalecimento do Estado e que, no exercício de suas atividades, devem priorizar a transparência de seus atos, o incentivo à participação da sociedade no processo regulatório e a mediação de conflitos como instrumentos para que se garanta o equilíbrio nas relações entre o Poder Público, o agente regulador, o ente regulado e os cidadãos.”

⁷⁵ Lei nº. 9.427, de 26.12.1996 - Institui a Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, disciplina o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica.

Lei nº. 9.472, de 16.07.1997 – Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da EC no. 8, de 1995 – cria a Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL.

Lei nº. 9.478, de 06 de agosto de 1997 – Dispõe sobre a política energética nacional, as atividades relativas ao monopólio do petróleo, institui o Conselho Nacional de Política Energética e a Agência Nacional de Petróleo – ANP, alterada pela Lei no. 9.990, de 21 de julho de 2000;

Lei nº. 9.782, de 26 de janeiro de 1999 – Define o Sistema Nacional de Vigilância Sanitária, cria a Agência Nacional de Vigilância Sanitária – ANVISA;

Lei nº. 9.961, de 28 de janeiro de 2000 – Cria a Agência Nacional de Saúde Suplementar – ANS;

Lei nº. 9.984, de 17 de julho de 2000 - Dispõe sobre a criação da Agência Nacional de Águas – ANA, entidade federal de implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos e de coordenação do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos;

Lei nº. 10.233, de 05 de junho de 2001 – Dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários - ANTAC e o Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes - DENIT;

Medida Provisória 2.228, de 06 de setembro de 2001 – Estabelece princípios gerais da Política Nacional do Cinema – ANCINE, institui o Programa de Apoio ao Desenvolvimento do Cinema Nacional – PRODECINE, autoriza a criação de Fundos de Financiamento da Indústria Cinematográfica Nacional – FUNCINES, altera a legislação sobre a Contribuição para o Desenvolvimento da Indústria Cinematográfica Nacional;

Lei nº. 11.182, de 27 de setembro de 2005 – Cria a Agência Nacional de Aviação Civil – ANAC.

Administrativa do Estado no governo de Fernando Henrique Cardoso, o qual contemplava uma redução no tamanho do Estado, através de privatizações e o reforço da função fiscalizatória do Estado.⁷⁶

O Estado passa a ter uma “administração pública gerencial, baseada em conceitos de administração e eficiência, advindos do direito privado”, reposicionando-se relativamente à forma de controle da atividade econômica.⁷⁷

As Agências Reguladoras também são titulares de outras funções tipicamente administrativas, com perfil amplamente conhecido no âmbito do Direito Administrativo, dentre as quais se destacam a fiscalização sobre entidades privadas no que se refere ao cumprimento de determinações legais e regulamentares, a atuação como árbitro na composição de conflitos entre particulares, como alternativa à solução judicial e o exercício de função repressora na ocorrência de desvios na área de concorrência pública.

No âmbito do Estado de Pernambuco, foi instituída a Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Estado de Pernambuco – ARPE, através da Lei Estadual nº. 11.742, de 14 de janeiro de 2000, regulamentada pelo Decreto nº. 22.184, de 12 de abril de 2000, alterada pelas Leis nºs. 12. 524, de 30 de dezembro de 2003, e nº. 13.461, de 09 de junho de 2008.

A ARPE, segundo a sua lei de criação, detém no rol de suas competências estabelecidas no artigo 4º., VI – moderar, dirimir e arbitrar conflitos de interesse, no limite das atribuições previstas nesta Lei, relativos aos serviços sob sua regulação, dentre os quais se inserem os transportes, de acordo com o artigo 3º., V, do mesmo diploma legal supra referido.⁷⁸

⁷⁶O programa de desestatização foi instituído pela Lei Federal nº. 8.031/90, alterada pela Lei nº. 9.451/97.

⁷⁷Mello, Vanessa Vieira de. Regime Jurídico da competência regulamentar. Dialética, 2001. p.89, in DI PIETRO, Maria Sylvia, 2003

⁷⁸ Lei nº. 13.461, de 09 de junho de 2008 – altera a Lei nº. 12. 524, de 30 de dezembro de 2003 para inserir na estrutura organizacional da Agência de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Estado de Pernambuco – ARPE, o Conselho Superior de Transporte Metropolitano – CSTM e o Conselho Superior de Transporte Intermunicipal – CSTI.

O Decreto regulamentador nº. 22.184, de 12 de abril de 2000, traz em seu artigo 5º., V, dentre os objetivos da ARPE: prevenir potenciais conflitos entre o poder concedente, entidades reguladas e usuários, no mesmo sentido, dispondo o Parágrafo Único do mesmo citado artigo, segundo o qual: “em cumprimento a seus objetivos institucionais,⁷⁹ compete à ARPE: VI – moderar, dirimir e arbitrar conflitos de interesse, os limites das atribuições legais; e XVI – atuar na defesa e proteção dos direitos dos usuários, reprimindo infrações, compondo e arbitrando conflitos de interesses e promovendo a coordenação dos serviços delegados com o sistema.

Adiante, o artigo 29 do mesmo citado Decreto, atribui competência ao Ouvidor, de propor à diretoria medidas tendentes a minimizar ou solucionar os conflitos.⁸⁰

É de se destacar que o papel regulador do Estado, exercido por intermédio das Agências Reguladoras, vem sendo encarado como uma forma moderna de regulação, que busca basicamente o equilíbrio dentro de um dado sistema regulado, onde a competição, o respeito aos direitos dos usuários e admissão da exploração lucrativa de atividade econômica são levados em consideração como um todo integrante do interesse de uma parte que deve ser conciliado com o interesse público buscado pelo Poder Concedente, no qual se insere a universalização do serviço e a redução das desigualdades.

Nesse diapasão, o equilíbrio do sistema buscado no exercício desse papel regulador pelas Agências, passa fatalmente pela necessidade de promoção do entendimento entre as partes, pelo que deve estar preparada para o exercício, dentre outras da competência para o arbitramento de conflitos e a busca pela solução de disputas via administrativa e extrajudicial,

⁷⁹ Lei nº. 11.742, de 14.01.2000 – Art. 2º.

⁸⁰ Decreto nº. 22.184, de 12 de abril de 2000 - Artigo 29, IV. Tais atribuições legais, que são classificadas como objetivos institucionais da ARPE encontram-se também incluídas nas incumbências do Conselho Superior de Transporte Metropolitano – CSTM, órgão colegiado, formado pelos entes consorciados integrantes do Consórcio de Transportes da Região Metropolitana do Recife – CTM, que foi inserido na estrutura daquela Agência através da Lei no. 13.461, de 09 de junho de 2008, ao qual, de acordo com o artigo 13-A, compete: inciso II – mediar a solução de conflitos entre os operadores e o CTM. O CSTM sucedeu o Conselho Metropolitano de Transportes Urbanos – CMTU, que exercia, no âmbito do STPP/RMR a função de órgão deliberativo a quem competia de forma colegiada, deliberar e estabelecer as diretrizes sobre as medidas operacionais, administrativas e financeiras relativas ao sistema. (grifos nossos)

que encontra previsão legal e se coaduna com o disposto na Lei de Concessões,⁸¹ tendo sido repetida nas respectivas leis de criação das Agências Reguladoras no Brasil.⁸²

É que, conforme comenta a Professora Lília Maia M. Sales (2007, p. 47), o exercício da Magistratura tornou-se distante da sociedade e em descompasso em relação à atual realidade, muito embora a Constituição Federal contemple como direito fundamental o princípio da inafastabilidade da prestação jurisdicional, segundo o qual *a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito*, conforme disposto no artigo 5º., inciso XXXV da Constituição Federal de 1988.

⁸¹ Lei nº. 8.987, de 13.02.1995 – Art. 23 – São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas: ... XV - ao foro e ao modo amigável de solução das divergências contratuais; Artigo 23-A – O contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei 9307, de 23 de setembro de 1996. (grifos nossos)

⁸² Lei nº. 9.472, de 16 de julho de 1997 - ANATEL – Art. 19 À agência compete adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, atuando com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade, e especialmente: ... XVII – compor administrativamente conflitos de interesses entre prestadoras e serviço de telecomunicações e Art. 93 O contrato de concessão indicará: ... XV – o foro e o modo para solução extrajudicial das divergências contratuais.

Lei nº. 9.427, de 26 de dezembro de 1996 – ANEEL – Art. 3º. Além das atribuições previstas nos incisos II, III, V,VI,VII,X,XI e XII do artigo 29 e no artigo 30 da Lei no. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, de outras incumbências expressamente previstas em lei e observado o disposto no parágrafo 1º., compete à ANEEL: ... V – dirimir, no âmbito administrativo, as divergências entre concessionárias, permissionárias, autorizadas, produtores independentes e autoprodutores, bem como entre esses agentes e seus consumidores;

Lei nº. 10.233 , de 05 de junho de 2001 – ANTT/ANTAQ – Art. 20 São objetivos da Agências Nacionais de Regulação dos Transportes Terrestres e Aquaviário: II – regular ou supervisionar, em suas respectivas esferas e atribuições, as atividades de prestação de serviços e de exploração da infraestrutura de transportes, exercidas por terceiros, com vistas a:... b) harmonizar, preservado o interesse público, os objetivos dos usuários, das empresas concessionárias, permissionárias, autorizadas e arrendatárias, e de entidades delegadas, arbitrando conflitos de interesses e impedindo situações que configurem competição imperfeita ou infração da ordem econômica; Art. 25 Cabe à ANTT, como atribuições específicas pertinentes ao Transporte Ferroviário: ...V - regular e coordenar a atuação dos concessionários, assegurando neutralidade com relação aos interesses dos usuários, orientando e disciplinando o tráfego mútuo e o direito de passagem de trens de passageiros e cargas e arbitrando as questões não resolvidas pelas partes. Art. 35 O contrato de concessão deverá refletir fielmente as condições do edital e da proposta vencedora e terá como cláusulas essenciais as relativas a: XVI – regras sobre solução de controvérsias relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem; Art. 39 O contrato de concessão deverá refletir fielmente as condições do edital e da proposta vencedora e terá como cláusulas essenciais as relativas a: XI – regras sobre solução de controvérsias relacionadas com o contrato e sua execução, incluindo conciliação e arbitragem.

Lei nº. 11.182, de 27 de setembro de 2005 – ANAC. Art. 8º. Cabe à ANAC adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento e fomento da aviação civil, da infra-estrutura aeronáutica e aeroportuária do País, atuando com independência , legalidade, impessoalidade e publicidade, competindo-lhe: ...XX – compor, administrativamente, conflitos de interesses entre prestadoras de serviços aéreos e de infra-estrutura aeronáutica e aeroportuária.

Entretanto, não se pode desconsiderar que quando da criação das agências reguladoras na década de 90, em pleno processo de reforma administrativa do Estado, a Justiça já se encontrava há muito tempo extrapolada em seus limites de Prestação jurisdicional, fortalecendo assim, mais ainda, a intenção do legislador em instituir mecanismos extrajudiciais para solução de conflitos, e, portanto, fazendo robustecer os estudos e as iniciativas legislativas pela criação de tais procedimentos.

Os meios alternativos de resolução de conflitos tão atualmente em ascensão, têm possibilitado tanto a solução mais célere dos problemas como a satisfação das partes numa mudança de conduta transformadora, o que não se torna possível com a propositura de ação judicial e seus intermináveis e desgastantes recursos.

Assim foi com a edição, em 1996, da Lei nº. 9.307, de 23 de setembro, que instituiu a arbitragem no ordenamento jurídico brasileiro, possibilitando às pessoas dirimir seus litígios de forma extrajudicial. Ressalte-se, porém, que esse importante salto para a cultura do entendimento pelas próprias partes, não desqualifica a prestação jurisdicional pelo Estado, que ainda é imprescindível, mas, os meios alternativos e extrajudiciais vêm galgando espaço a passos largos na sociedade, por sua forma célere e pacífica de resolução de problemas.

A previsão legal da utilização da arbitragem pelas agências reguladoras de serviços públicos para dirimir conflitos existentes, tal como consta nas leis de suas respectivas criações, significa uma porta aberta ao diálogo, ao entendimento, à possibilidade do estabelecimento de um clima de confiança que leva à cooperação. A arbitragem é um procedimento que permite uma tentativa de conciliação antes da decisão do árbitro, abrindo assim, às partes envolvidas, uma oportunidade ao diálogo.

Essas competências são classificadas por Marçal Justen Filho, como materialmente peculiares (Justen Fº., 2002, p. 482), quando a uma autoridade independente é atribuída o exercício da função de árbitro, para compor conflitos entre particulares, como alternativa à solução jurisdicional. No entanto, a leitura que deve ser feita por todos relativamente à relação entre os mecanismos extrajudiciais de solução de conflitos e a prestação jurisdicional não deve ser de maneira excludente, mas sim de fomento da colaboração mútua.

Além dessas vantagens que se aportam através dos mecanismos pacíficos de solução de conflitos, destaca-se mais ainda que além de novas alternativas, trazem a possibilidade de proporcionarem uma “mudança de mentalidade”, mediante o desenvolvimento no seio da sociedade, de uma cultura do diálogo, a qual possibilita que, em um litígio, as próprias partes envolvidas ajam como atores responsáveis pela resolução de suas controvérsias. (SALES, 2007, p. 62)

Para a Ministra do Supremo Tribunal Federal Nancy Andriahi, incentivar a mediação, a conciliação e a arbitragem, significa fortalecer a sociedade para que ela possa discutir e resolver seus conflitos, deixando para a esfera jurisdicional aqueles litígios que obrigatoriamente necessitam de sua apreciação (direitos indisponíveis, por exemplo) ou aqueles para os quais as pessoas não estão aptas a resolver.⁸³

Por fim, cita-se a opinião de Luis Alberto Gomes de Araújo,⁸⁴ segundo o qual: *“falar de mecanismos alternativos de solução de conflitos, entre os quais está inserida a mediação, é falar de uma nova cultura (pela mudança que implica na cultura atual), todavia tão velha quanto a humanidade e infelizmente em desuso na mesma sociedade que a relegou ao esquecimento quando de maneira incondicional entregou ao Estado os mecanismos básicos para solucionar suas disputas. Daí ser indispensável fazer avançar simultaneamente um processo educativo para que a sociedade entenda em que consistem esses mecanismos, mas não só no nível jornalístico ou publicitário, mas também que compreenda e avalie as novas ferramentas que ajudarão a obter a consecução dos objetivos finais desse processo, que é a paz social. “*

Como se pode denotar, conforme citação supra, o próprio Poder Judiciário através de alguns de seus juristas de renome nacional, vem demonstrando o reconhecimento da viabilidade da composição extrajudicial de conflitos, quer através do estímulo à cultura da mediação, quer através do instituto da arbitragem, o que significa um grande avanço para a sua consolidação, constituindo o apoio do judiciário um forte aliado para o incentivo e a afirmação da cultura da solução amigável de conflitos.

⁸³ ANDRIGHI, Fátima Nancy. Mediação e outros meios alternativos. [http:// bdjur.stj.gov.br](http://bdjur.stj.gov.br). Acesso em janeiro de 2009

⁸⁴ ARAÚJO, Luis Alberto Gomes. Op. Cit. SALES, 2007, p. 64

Dado à proposta do trabalho relativamente à inserção da prática da mediação de conflitos na relação que se estabelece entre os atores envolvidos na prestação de serviço público de transporte coletivo, entrevistamos o Professor Carlos Eduardo de Vasconcellos, mestre em Direito das Relações Sociais, especialista em mediação e arbitragem, o qual contribuiu sobremaneira para uma visão mais técnica e especializada dos dois institutos.

Para fins de ilustrar o presente capítulo, trazemos mais um trecho da entrevista com o referido professor, o qual indagado sobre a atuação das Agências Reguladoras da função de mediadora de conflitos dentro da concepção para que foram criadas, ou seja, como órgão de Estado e não órgão de Governo, teriam algum papel ou alguma relevância no sentido de poderem atuar como mediador, disse o mesmo que:

“Na verdade, na minha visão essas agências regulatórias são acima de tudo, agências de mediação de conflitos. A consciência disso deveria estar mais bem consolidada e o conhecimento dessas técnicas, dessas práticas, deveria ser melhor desenvolvido no âmbito dessas agências reguladoras para que elas possam efetivamente se capacitar a uma ação preventiva mais eficaz. É claro que a lei prevendo a arbitragem, já abre do ponto de vista formal uma sinalização nesse sentido.”

Continua dizendo: *Claro que se já se recomenda uma solução através da arbitragem para situações em que não haja um acordo prévio, evidentemente que muito mais interessante, seria que nem se precisasse chegar a uma arbitragem, que independentemente dessa arbitragem que na realidade vai resultar numa sentença que vai satisfazer apenas a uma das partes, melhor seria certamente uma mediação, que pudesse trabalhar todos os argumentos, todas as necessidades, todos os interesses envolvidos com base também na compreensão do interesse comum e dos valores que deveriam ser contemplados para que a solução encontrada a cada situação seja uma solução de ganhos mútuos, uma solução que possa efetivamente atender a todos os envolvidos inclusive a comunidade consumidora dos serviços.”*

Neste mesmo sentido, a entrevista concedida pelo Professor César Cavalcanti de Oliveira, quando indagado a respeito da atuação das agências reguladoras, como ente regulador e como ente mediador de conflitos, respondeu que *“a atuação das agências reguladoras efetivamente acho que têm um papel importante a cumprir no conjunto do transporte público brasileiro.*

Na realidade não podemos imaginar que órgãos gestores se encarreguem também da regulação dos serviços de transporte, porque seria uma auto-regulação que tende a não funcionar, a perder a sua eficácia. A regulação veio para ficar no Brasil e é preciso apenas que essas agências tenham definida de forma bastante explícita, bastante adequada as suas funções para que elas possam exercer na sua plenitude a função reguladora.” E no que se refere à função mediadora, disse o mesmo que: *“Sem dúvida, acho que esse é o papel fundamental, central da agência reguladora. E creio que se ela for bem estruturada, criada com inteligência, com objetividade, ela deverá cumprir esse papel acima de qualquer outro e em cumprindo-o, vai contribuir de maneira significativa para a melhoria do sistema de transporte.*

Ainda mais, sem que tenha sido feita referência explícita a essa competência legal atribuída às Agências Reguladoras através de suas próprias estruturas organizacionais ou de entes colegiados às mesmas vinculados, de mediar conflitos e arbitrá-los no âmbito da prestação de serviços públicos delegados, alguns entrevistados foram veementes em suas respostas, no sentido de que o exercício de tais atribuições, estaria inerentemente presente na concepção desses órgãos.

É o caso do posicionamento manifestado pelo entrevistado Professor César Cavalcanti quando indagado sobre as agências regulatórias, dentro da concepção para que foram criadas, ou seja, como órgão de Estado e não órgão de Governo teriam algum papel ou alguma relevância na relação que se estabelece na prestação de serviço de transporte coletivo e qual a importância que o mesmo atribuiria às agências regulatórias em particular as agências estaduais como a ARPE, por exemplo?

O entrevistado respondeu que a atuação das agências reguladoras têm um papel importante a cumprir no conjunto do transporte público brasileiro. Na realidade não podemos imaginar que órgãos gestores se encarreguem também da regulação dos serviços de transporte, porque seria uma auto-regulação que tende a não funcionar, a perder a sua eficácia. A regulação veio para ficar no Brasil e é preciso apenas que essas agências tenham definida de forma bastante explícita, bastante adequada as suas funções para que elas possam exercer na sua plenitude a função reguladora.

5 - O TRANSPORTE PÚBLICO EM RECIFE SOB A ÓTICA JURÍDICA

5.1 - Evolução da relação contratual Estado/Operador no Brasil

O início do século XX marca a provisão e operação dos serviços urbanos principalmente transporte de passageiros, através de empresas de capital estrangeiro, sob regime de monopólio e mediante concessão do Estado.

A forma predominante de transporte nas grandes cidades era o bonde elétrico, cujas tarifas cobradas pelas companhias concessionárias eram fixadas à revelia dos poderes públicos locais que também não exercia qualquer regulação ou controle sobre os custos dos serviços.

Segundo Stiel (1984), os bondes constituíram o maior acervo de transporte organizado que o país teve e que foi sucedido pelo transporte por ônibus, normalmente objeto de “permissões” que, via de regra, não se insere em um plano básico de locomoção ou de uso do solo. E a extinção daquele sistema eletrificado foi habitualmente forçada pela crescente e devastadora presença do transporte individual, admitido equivocadamente na década de 60 como solução definitiva da mobilidade urbana.⁸⁵

A partir da década de 1930, houve um crescimento urbano acelerado e desordenado, em razão do processo de industrialização e em decorrência da migração da população do campo para os centros urbanos, ocasionando novas demandas por serviços públicos, principalmente de transporte.

Dessa forma, prefeitos assumem o transporte e tentam organizar a oferta, e concedem aos proprietários de ônibus, permissões para operarem, a título precário, adotando como critérios para seleção, o parentesco, influência política, amizade ou favores eleitorais (Brasileiro, 1996).

O primeiro tipo de contrato realizado entre prefeitura e proprietários de transporte foi do tipo permissão a título precário, por linha de ônibus, para que operassem o serviço. Este tipo de

⁸⁵ STIEL, Waldemar Corrêa. História do transporte urbano no Brasil. Edição Convênio – EBTU/PINI, Brasília, 1984.

contratação se adequava à realidade da política institucional da época, porque os Municípios não possuíam recursos financeiros nem materiais suficientes para impor às operadoras normas mais rígidas e eficazes.

No Estado de Pernambuco, em 1941, foi editado o Decreto nº 675, de 13 de novembro, que constituiu a primeiro ato executivo regulatório da operação do transporte por ônibus no Recife. *“Este decreto já continha algumas premissas para operação das linhas de ônibus municipais e intermunicipais. Para o Recife, pela primeira vez, definia-se como seria o regime de operação, no caso, concessão. (COSTA, 2008).*

*Seguindo as disposições legais acima citadas, relativamente a abertura de concorrência pública para delegação da concessão da prestação dos serviços de transporte por ônibus, o Município do Recife publicou no Diário do Estado de 07 de junho de 1944, o Edital nº. 147 (Anexo 2) de Concorrência Pública para a exploração dos serviços de ônibus nas zonas urbanas e suburbanas da cidade do Recife, estabelecendo que as propostas seriam recebidas ate o dia 06 de julho de 1944, na Secretaria da Prefeitura do Recife. O Edital nº. 147 e o Decreto-lei nº. 391 pela primeira vez estabeleciam uma concorrência pública para a exploração dos serviços de ônibus no Recife, seriam motivos de muita discussão na cidade, pelo menos nos próximos dez anos. A concorrência foi autorizada pelo Interventor Federal de acordo com um despacho do Presidente da República e processado no Conselho Administrativo da República e seria realizada no dia 6 de julho de 1944.”*⁸⁶

A Constituição Federal do Brasil de 1946, promulgada em 18 de setembro de 1946, consagra o fim do Estado Novo e dando início a um período de redemocratização no país, estabeleceu um equilíbrio entre os Poderes, constitucionalizou a proteção do direito líquido e certo via Mandado de Segurança e assegurou autonomia aos municípios para organizar os serviços públicos locais.⁸⁷

⁸⁶ COSTA, Eduardo. Pernambuco Autoviária: História da ascensão e extinção de uma empresa de transportes urbanos de padrão incomum para sua época. Dissertação de Mestrado – Departamento de Engenharia Civil, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2008.

⁸⁷ Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 18 de setembro de 1946 – Art.28 A autonomia dos municípios será assegurada: I- pela eleição do prefeito e dos vereadores; II – pela administração própria, no que concerne ao seu peculiar interesse e, especialmente: a) à decretação e arrecadação dos tributos de sua competência e à aplicação das suas rendas; b) à organização dos serviços públicos locais.

Após a Segunda Guerra Mundial, por volta de 1950, houve o desenvolvimento da indústria automobilística, passando o veículo motorizado a invadir as áreas urbanas como meio de transporte mais utilizado.

O Plano de Metas do governo Juscelino Kubitschek, (1955 a 1958), com a idéia de fazer o país crescer “cinquenta anos em cinco”, representava o momento modernista da época (Brasileiro, 1996). Havia neste plano, metas voltadas à prioridade das infra-estruturas de transportes e energia, aliadas à construção neste espaço de tempo, da nova capital, Brasília.

Verificava-se claramente com essas medidas, o decréscimo do modo ferroviário de transporte e o fortalecimento do modo rodoviário de transporte, atribuído basicamente, ao crescimento acelerado das cidades, em decorrência da migração e conseqüente aumento populacional dos Estados mais produtivos.

Por outro lado, os investimentos concentrados na infra-estrutura viária nacional, a opção da política de transporte pelo modo rodoviário, trouxe sérias conseqüências para as cidades, submetidas à lógica de construção da rede viária urbana a fim de permitir a circulação de automóveis e, secundariamente, de ônibus (Brasileiro, 1996).

Em 1960, com o desaparecimento dos bondes, surgiram várias formas de transporte coletivo urbano, que era realizado por ônibus de vários tamanhos, jipes, vans, dirigidos pelos proprietários dos veículos.

Na metade dos anos 70, o contexto econômico era marcado pela crise do petróleo, rápida urbanização em nível nacional e uma centralização política decisória relativa à destinação e uso de recursos públicos, em decorrência da vigência do regime autoritário implementado com o golpe militar de 1964.

Diante desse quadro teve início uma preocupação por parte do Governo Federal com os sistemas de transportes coletivos que se apresentavam deficientes, inadequados às necessidades do crescimento urbano e abalado fortemente com a crise do petróleo, a cobrança de tarifas altas e precariedade na gestão dos serviços.

Dado ao seu caráter flexível, os poderes públicos poderiam adequar a oferta de transporte coletivo às variações de demanda e dessa forma, tornou-se incompatível a organização, urbanização e uso do solo das cidades com a manutenção de uma oferta dispersa de transporte e sem nenhum controle por parte dos poderes públicos municipais.

Na tentativa de controlar esse descompasso entre oferta e demanda em diversas cidades, foram postos em prática regulamentos proibindo a circulação de veículos de pequeno porte nas áreas centrais, e os operadores foram pressionados para se agruparem em empresas de ônibus, passando os mesmos por um processo de profissionalização, sendo separadas as atividades de administração, operação e manutenção.

Entretanto, como os municípios não dispunham de recursos humanos e financeiros para coordenar e regular uma oferta de transportes que funcionava de forma deficiente, na segunda metade dos anos 70, ocorreu uma centralização dessa coordenação na esfera federal. Para tanto, foram criadas as regiões metropolitanas e a Empresa Brasileira de Transportes Urbanos - EBTU, o Fundo de Desenvolvimento dos Transportes Urbanos - FDTU, as Empresas Metropolitanas de Transportes Urbanos - EMTUs e as Superintendências de Transportes Urbanos – STUs e assim, os poderes públicos municipais, sem condições financeiras, outorgavam ao Estado a gestão dos transportes públicos urbanos.

Diante dessa nova realidade, a política federal do período de 1976 a 1984 foi orientada para a reorganização do setor privado de ônibus, propondo medidas de natureza técnica, administrativa, empresarial e institucional, tais como: a racionalização dos itinerários, dos pontos de parada e terminais, o reagrupamento dos proprietários individuais em empresas de transportes (estabelecendo uma frota mínima para a empresa continuar operando), a adoção de subsídios para a renovação da frota de ônibus e uma política de formação de recursos humanos com a criação de organismos de tutela eficientes.

Essa política implementada despertou o interesse do setor privado, fazendo com que os empresários operadores investissem na renovação e ampliação das suas frotas de ônibus. Esse processo de modernização empresarial nas empresas privadas de ônibus urbanos no Brasil, é resultado da convergência de vários fatores: a forma específica de produção do serviço de transporte, as características culturais e sociológicas do perfil dos primeiros transportistas, e o

modo particular de desenvolvimento econômico e urbano bem como das relações entre os setores público e privado, na gestão dos transportes coletivos (Brasileiro, 1996).

O instrumento de permissão até então utilizado tomou nova feição nesta nova realidade, passando a adotar características contratuais, e sendo denominados de "permissão condicionada", na qual os poderes públicos municipais definiam um prazo, que variava de cinco a sete anos, para as empresas operarem em monopólio, contemplando não mais linhas isoladas, mas sim setores de operação definidos pelas cidades.

Nesses contratos, também constavam parâmetros e indicadores operacionais que deveriam ser cumpridos pelas empresas, obrigando-as a recrutarem pessoal técnico de nível superior, reforçando o processo de modernização gerencial (Brasileiro, 1996; Vera, 1999).

Na segunda metade dos anos 80, ocorreu um processo de desengajamento do Estado Federal em relação à organização e financiamento dos transportes coletivos urbanos, tendo como exemplo a extinção da EBTU em 1991. (Brasileiro, 1996; Siqueira, 1998). Ainda, percebeu-se um processo de fortalecimento do setor privado de ônibus urbanos, que se manifestou, por exemplo, através da criação, em 1987, da Associação Nacional das Empresas de Transporte Urbano - NTU.

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, a competência para prestar serviços públicos foi atribuída ao Poder Público, o qual poderia fazê-lo diretamente, ou delegá-lo sob regime de concessão ou permissão, através de licitação prévia. Assim dispõe o artigo 175 que remeteu para a lei a regulamentação da forma de prestação desses serviços públicos.

Antes, porém, da regulamentação do referido dispositivo constitucional, foi editada a Lei nº.8.666, de 21 de junho de 1993, denominada Lei de Licitações,⁸⁸ instituindo normas gerais para licitações e contratos da Administração Pública, abrangendo todos os poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Tal diploma legal, foi editado na vigência do processo de reforma administrativa do Estado,

⁸⁸ Por uma questão didática, doravante nesta dissertação, ao nos referirmos a dispositivos da Lei no. 8.666, de 21 de junho de 1993, faremos referência apenas como Lei de Licitações.

tendo como objeto regulamentar o artigo 37, inciso XXI da Constituição Federal, alterada posteriormente pela Lei nº. 8884/94, que acrescentou o artigo 124, para determinar que os dispositivos daquela Lei se apliquem às concessões de serviços públicos, no que não conflitem com a legislação específica sobre o assunto, ou seja, de forma subsidiária.

Em 1995, é que, o artigo 175 da Constituição Federal foi regulamentado pela Lei Federal nº. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 - Lei de Concessões ⁸⁹ a qual estabelece as regras básicas para a deflagração de processo licitatório prévio para a delegação da prestação dos serviços públicos, por concessão ou permissão, seu Artigo 1º., segundo o qual: *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.* ⁹⁰

No que se refere ao transporte coletivo, a Constituição Federal de 1988, os considera essencial, na forma como dispõe o artigo 30, V, e confere competência para organizá-lo e prestá-lo ao Município que pode fazê-lo diretamente ou delegar a sua prestação à iniciativa privada, sob regime de concessão ou permissão. ⁹¹

Essa municipalização do serviço de transporte coletivo de passageiros, instituída pela Constituição Federal de 1988 causou visível impacto nas cidades em que vigorava o regime metropolitano de administração e coordenação desses serviços. Em Recife, a EMTU/Recife passou a gerenciar o transporte público de passageiros mediante convênio de delegação de gestão celebrado com aquele Município.

⁸⁹ Por uma questão didática, doravante nesta dissertação, ao nos referirmos a dispositivos da Lei nº. 8.666, de 21 de junho de 1993, faremos referência apenas como Lei de Licitações.

⁹⁰ A Lei de Concessões contempla os princípios básicos que regerão os serviços públicos, quais sejam: adequação do serviço ao pleno atendimento dos usuários, com regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas (artigo 6º. Parágrafo 1º), estabelecendo direitos e obrigações dos usuários, e dos concessionários e as atribuições do poder público, dentre outras, a de regulamentar o serviço concedido e fiscalizar a sua prestação, estimular o aumento da qualidade, produtividade, preservação do meio-ambiente; incentivar a competitividade (artigo 29, incisos I a XII).

⁹¹ Neste mesmo sentido, a Lei nº. 7.783, de 28 de junho de 1989, que dispõe sobre o exercício do direito de greve, define as atividades essenciais, regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, dispõe em seu Artigo 10 - São considerados serviços ou atividades essenciais: ...V- transporte coletivo. (grifos nossos)

5.2 – Sistema de Transporte Público de Passageiros da Região Metropolitana do Recife

Sob a égide da Constituição Federal de 1967 e através da Lei Complementar nº. 14, de 08 de junho de 1973, foi instituída a Região Metropolitana do Recife - RMR, inicialmente abrangendo os municípios do Recife, Igarassu, Itamaracá, Paulista, Olinda, São Lourenço, Moreno, Jaboatão e Cabo de Santo Agostinho, aos quais se juntaram, em 1994, os municípios de Abreu e Lima, Camaragibe, Itapissuma, Ipojuca e Araçoiaba, integrando, pois, atualmente a RMR um total de 14 Municípios. (Fonte: EMTU/Recife, 2006)

A Constituição Federal de 1967, então vigente, dispunha que os Municípios tinham assegurada a sua autonomia, pela administração própria de seus próprios interesses, sobretudo no que se referir à organização dos serviços públicos locais e podiam celebrar convênios com a União e os Estados para execução de suas leis, serviços ou decisões.⁹²

Através da edição da Lei Estadual nº. 7.832, de 06 de abril de 1979, foi o Governador do Estado autorizado a constituir uma empresa pública, a ser denominada EMTU/Recife, com natureza jurídica de direito privado, com jurisdição na Região Metropolitana do Recife e tendo como atribuições, planejar, estruturar, gerenciar e fiscalizar o sistema de transporte público de passageiros da região metropolitana do Recife a ser criado.

Através da Lei Estadual nº. 8.043, de 19 de novembro de 1979, foi criado o Sistema de Transporte Público de Passageiros da Região Metropolitana do Recife – STPP/RMR, e atribuídas competências e poderes à EMTU/Recife, dentre os quais: disciplinar, delegar e fiscalizar a operação e a exploração dos serviços, e as competências técnicas de controlar o desempenho dos operadores, propor e executar a política tarifária, além de gerir a receita e definir a sistemática de remuneração dos operadores e promover a efetivação das diretrizes, condições e normas gerais relativas ao STPP/RMR e administrar a delegação da operação

⁹² **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967, de 24 de janeiro de 1967** – com redação pela Emenda Constitucional no. 1, de 17 de outubro de 1969 e as alterações pelas Emendas nos. 2 a 27 - Art.15 A autonomia municipal será assegurada: I- pela eleição direta de Prefeito, Vice-Prefeito e Vereadores, realizada simultaneamente em todo o País; II – pela administração própria, no que respeite ao seu peculiar interesse, especialmente quanto: a) à decretação e arrecadação dos tributos de sua competência e à aplicação de suas rendas, sem prejuízo da obrigatoriedade de prestar contas e publicar balancetes nos prazos fixados em lei; e b) à organização dos serviços públicos locais.

do transporte a particulares, mediante concorrência, autorizações, permissões e concessões.⁹³

Quando da criação da EMTU/Recife, o transporte coletivo era oferecido à população através de empresas de ônibus que operavam 157 linhas, num total de 1.281 Coletivos distribuídos entre 66 (sessenta e seis) empresas. Os itinerários das linhas eram determinados pelas próprias empresas, que concorriam entre si sem critérios técnicos pré-estabelecidos, motivo pelo qual priorizavam os locais de mais fácil acesso em detrimento da população que habitava em áreas de difícil acesso.

Antes de ser criado o STPP/RMR e a EMTU/Recife em 1979, o sistema de transporte público de passageiros era gerenciado em Recife pela Companhia de Transportes Urbanos – CTU.⁹⁴ Empresa pública municipal operadora exclusiva do transporte de ônibus urbano por força da Lei Municipal nº. 4.983, de 26 de dezembro de 1957, a CTU surgiu em decorrência da obrigatoriedade do município de oferecer por si próprio e de forma imediata, serviços de transporte à população em forte ascensão, em razão da extinção dos bondes.

A CTU iniciou suas atividades operando trolebus ou ônibus elétricos, utilizando-se da infraestrutura estrangeira existente montada para operação dos bondes, o que lhe ocasionou desde a sua criação, problemas estruturais, sendo dessa forma, mal vista operacionalmente pela população.

Ocorre que segundo Brasileiro (Brasileiro et al, 1996), “o problema da empresa pública, podendo desembocar em má prestação de serviços à população, explica-se pelo fato de ela não ter surgido dentro de uma política clara de prioridade ao transporte coletivo. Ao contrário, desde o início, a empresa pública exerceu papel coadjuvante nas políticas locais de transporte, sempre pautadas pela lógica rodoviarista e pela prioridade ao automóvel.”

A CTU atuou por mais de 20 anos precariamente, como órgão gestor e operadora, carente de recursos materiais, humanos e dispondo de recursos financeiros mínimos, que lhe dessem condições de exercer os papéis de regulamentador e de fiscalizador de forma satisfatória.

⁹³ Por uma questão didática, doravante nesta Dissertação, a referência ao Sistema de Transporte Público de Passageiros será feita apenas através de sua sigla STPP/RMR assim como no que se refere à Empresa metropolitana de Transportes Urbanos, que será referida simplesmente por EMTU/Recife.

⁹⁴ Por uma questão didática, doravante nesta dissertação a referência à Companhia de Transportes Urbanos, será feita simplesmente através da sigla CTU. Da mesma forma, relativamente à sua sucessora, a Companhia de Trânsito e Transporte Público do Recife – CTTU e à operadora Cidade do Recife Transportes – CRT.

Segundo Brasileiro, (1996), o que se registrou neste período é que na aglomeração recifense, com vistas a atender a uma demanda diversificada pela própria natureza da economia em crise, ocorreu a operação do transporte de várias formas, a saber: ônibus a diesel – convencional, articulado, dois andares – trolleybus até inícios dos anos 2000; trem de subúrbio; trem metropolitano; sprinters, vans e similares e disputando o exíguo espaço viário, encontra-se uma significativa frota de automóveis privados.

Em 1997, através da Lei Municipal nº. 16.308, de 14 de julho de 1997, foi autorizada a privatização da CTU, tendo sido criada a Companhia de Trânsito e Transporte Público do Recife – CTTU a qual na sua reestruturação societária promovida através da Lei Municipal nº. 16.534, de 24 de novembro de 1999, a ela coube a atribuição de gestão e fiscalização do sistema municipal do Recife.

Dessa forma, a partir de 2000, com a privatização da CTU/Recife-Companhia de Transportes Urbanos do Recife, única operadora pública até então existente na RMR, o Município do Recife passou a ter o seu sistema municipal de transporte público, operado pela concessionária CRT, para as linhas intra-municipais, em decorrência do processo de licitação promovido sob a modalidade de leilão, sendo as demais linhas que tinham característica metropolitana, gerenciadas pela EMTU/Recife mediante Convênio de Delegação da Gestão do Sistema de Transporte Público de Passageiros, vigente deste a sua celebração em 25 de abril de 1994 pelo prazo de 20 anos, alterado pelo Primeiro Termo Aditivo que prorrogou o seu prazo de vigência por mais 20 anos.

5.3 - Marco regulatório do STPP/RMR e a EMTU/Recife: um quadro inovador

A instituição do STPP/RMR e a criação da EMTU/Recife podem ser consideradas o marco histórico e regulatório moderno dos transportes públicos de passageiros na Região Metropolitana do Recife, que inseriu a EMTU/Recife no cenário institucional para exercer de forma pioneira no Brasil, as funções de gerenciamento e de regulação metropolitana e criou ao longo dos anos, instrumentos inovadores de gestão.

Ao iniciar as suas atividades em 1980 e com a criação do Sistema de Transporte Público de Passageiros da Região Metropolitana do Recife - STPP/RMR, a EMTU/Recife definiu o

zoneamento da RMR, criou e definiu linhas e itinerários, implantou corredores e faixas exclusivas de ônibus e as empresas até então operadoras, algumas se consorciaram e passaram a operar em áreas específicas, através da emissão de Termos de Permissão. Sob o aspecto econômico do STPP/RMR, foram estabelecidos anéis tarifários e com vistas ao gerenciamento operacional, foi instituído o Sistema de Informações Gerenciais de Transporte por ônibus e montada, capacitada e treinada, uma equipe de fiscalização para atuar no campo.

Aos usuários até então apenas passageiros do sistema de transporte operado sem o gerenciamento da EMTU/Recife, foi dada a possibilidade de participar efetivamente do funcionamento do serviço, com a criação, em 1983, da Central de Informações e Reclamações. Este serviço possibilitou ao usuário interagir com o órgão gerenciador, mediante o registro de suas queixas sobre a qualidade da operação do sistema, assim como tecer comentários, tirar dúvidas e fazer sugestões para a sua melhoria.

Mais um avanço foi registrado na gestão do STPP/RMR pela EMTU/Recife, quando da criação da Câmara de Compensação Tarifária – CCT, através da Resolução nº 011/85, de 01 de outubro de 1985, do Conselho de Administração da EMTU/Recife, inovando em termos de gerenciamento da receita operacional do sistema, decorrente da execução dos serviços de transporte público de passageiros por ônibus na Região Metropolitana do Recife, mediante a compensação financeira entre as empresas operadoras.

Posteriormente, outro salto de qualidade e modernidade operacional foi dado, com a implantação em 1994 do Sistema Estrutural Integrado, o SEI, e continua em expansão, permitindo uma integração entre os modos de transporte por ônibus e metrô, por intermédio de terminais especialmente construídos. Este Sistema operacional é constituído por eixos radiais e perimetrais cujos cruzamentos se dão nos Terminais de Integração o que permite aos usuários a troca de linhas sem pagar nova tarifa.

E para consolidação da gestão operacional e financeira do STPP/RMR, e com vistas a possibilitar a obtenção de informações mais rápidas e confiáveis bem como combater a evasão de receita do sistema, a EMTU/Recife implantou em 1998 o Sistema Automático de Bilhetagem Eletrônica – SABE, instituído pela Resolução nº 002, de 29 de abril de 1998 do Conselho Metropolitano de Transportes Urbanos – CMTU, cujo regulamento foi aprovado pela Portaria nº 189/2000, de 17 de maio de 2000 e alterada pela Portaria nº 247, de 26 de

março de 2003 que dispôs sobre o Regulamento do Sistema Automático de Bilhetagem Eletrônica - SABE⁹⁵, estabelecendo as regras de sua gestão e operacionalização.

No exercício de sua competência reguladora dos transportes públicos de passageiros na RMR, foi baixado pelo Poder Executivo o Decreto Estadual nº. 6.392, de 13 de abril de 1980, criando o Regulamento dos Transportes Públicos de Passageiros da Região Metropolitana do Recife – RTPPP/RMR, que sofreu alterações posteriores através dos Decretos n.º.s 6.663, de 27 de agosto de 1980, Decreto nº. 14.846, de 28 de fevereiro de 1991, Decreto nº. 25.654, de 15 de julho de 2003 e o Decreto nº. 27.099, de 08 de setembro de 2004 e por último, através da Resolução do CSTM, de 08 de setembro de 2008 (DOE 17.09.2008), que determina que este Regulamento seja acatado sem ressalvas, até a vigência de um novo texto em sua substituição.⁹⁶

No exercício de sua competência institucional, conferida pelos seus Estatutos aprovados pela Lei nº. 6.232, de 02 de janeiro de 1980, e com fundamento no disposto no RTPPP/RMR, a EMTU/Recife baixou Portarias e firmou os respectivos Termos de Permissão, conferindo às empresas operadoras de transporte permissão para operar as Áreas de Atuação de Ônibus de Motor a Combustão.

Tais instrumentos eram individuais, válidos por 5 (cinco) anos, e continham as diretrizes básicas para a operação e as condições da permissão conferida, cujos itinerários e limites das linhas constituíam parte integrante, vinculada e complementar do Termo de Permissão respectivo, aprovados previamente pelo Conselho de Administração da EMTU/Recife, e constantes da Resolução relativo àquela área de atuação.

Os Termos de Permissão depois de firmados eram publicados no Diário Oficial do Estado de Pernambuco, com vistas a produzirem todos os efeitos jurídicos decorrentes do ato

⁹⁵ Por uma questão didática, a referência ao Sistema Automático de Bilhetagem Eletrônica será referido nesta Dissertação apenas pela sigla SABE.

⁹⁶ RTPPP/RMR - Regulamento dos Transportes Públicos de Passageiros da Região Metropolitana do Recife –, aprovado pelo Decreto no. 6.392, de 13 de abril de 1980 alterado pelo Decreto no. 6.664, de 27 de agosto de 1980. Doravante, nesta dissertação a referência a esta norma será feita abreviadamente pela sigla RTPPP/RMR, por uma questão didática.

administrativo, em atendimento ao princípio administrativo da publicidade, de obrigatória observação na prática de tais atos, sob pena de ineficácia.

À época da outorga dos Termos de Permissão às empresas operadoras pela EMTU/Recife, os instrumentos legais vigentes que regulamentavam a outorga de serviços públicos, não apontavam para a obrigatoriedade de prévia licitação, pelo que a delegação foi efetuada para as empresas operadoras habilitadas e que atendessem aos requisitos operacionais, técnicos e administrativos necessários, estando a renovação de suas permissões condicionada a obtenção de conceito satisfatório na avaliação de seu desempenho operacional e condições administrativas da empresa, sendo, ao revés, cassadas as permissões outorgadas àquelas empresas que não atingissem o conceito segundo os critérios pré-determinados, que lhes possibilitasse permanecer prestando o serviço.

Além do RTPP/RMR que representava o instrumento regulatório do STPP/RMR estabelecendo as diretrizes gerais relativamente ao transporte público de passageiros, a EMTU/Recife no uso de suas prerrogativas gerenciais e reguladoras, baixou instrumentos normativos correlatos, com vistas a disciplinar a operacionalização do STPP/RMR.

Instituindo diretrizes técnico-operacionais, foi aprovado através da Resolução nº. 32/80 de 30 de setembro de 1980 do Conselho Metropolitano de Transportes Urbanos - CMTU, o Primeiro Manual de Operação dos Transportes Públicos de Passageiros – MOSTPP o qual em 1991 quando da realização da primeira reestruturação do STPP/RMR foi substituído pelo Segundo Manual de Operação do STPP, aprovado pela Portaria nº. 020, de 01 de março de 1991 da EMTU/Recife e alterado pelas Portarias 240, de 17 de agosto de 1992, 69-A, de 25 de fevereiro de 1993 e 132, de 31 de agosto de 1994 encontra-se atualmente vigente.

Esta realidade normativa e técnica instituída a partir da criação da Região Metropolitana do Recife - RMR, posteriormente, a criação do STPP/RMR e da EMTU/Recife, fez com o que o Recife se destacasse no cenário nacional pelo pioneirismo tanto no que se refere a forma de intervenção pública na regulamentação dos serviços de transporte por ônibus, como por exemplo a introdução do sistema de avaliação das empresas até então inédito na gestão da prestação desses serviços (aliada a uma importante atuação do setor privado operador) quanto pelas relações entre planejamento urbano e transportes.

Essas relações, segundo o Professor Anísio Brasileiro (Brasileiro, 1998), “criaram uma expressiva cultura técnico-científica no setor”. Três vetores moldaram historicamente os mercados de transportes da cidade e de sua aglomeração: seus elementos físico-espaciais, urbanísticos e sócio-econômicos. Esse ambiente constitui, assim, o espaço privilegiado da concentração e da expansão territorial da empresa privada, impulsionada pela forte tutela do órgão público estadual, a Empresa Metropolitana dos Transportes Urbanos – EMTU/Recife.

5.4 – Gerenciamento e Regulação do STPP/RMR

Sob a égide da Constituição Federal de 1988, que tornou obrigatório o prévio processo licitatório para a delegação da prestação de serviços públicos, dentre os quais se inserem os transportes coletivos, estes ainda, gravados constitucionalmente pelo requisito da essencialidade, a EMTU/Recife, enquanto gestora do STPP/RMR, manteve em vigor os instrumentos de permissão outorgados às empresas operadoras, com amparo no disposto nos artigos 42 e 43 da Lei de Concessões.⁹⁷

⁹⁷ **Art. 42.** As concessões de serviço público outorgadas anteriormente à entrada em vigor desta Lei consideram-se válidas pelo prazo fixado no contrato ou no ato de outorga, observado o disposto no art. 43 desta Lei. Parágrafo Primeiro – Vencido o prazo mencionado no contrato ou ato de outorga, o serviço poderá ser prestado por órgão ou entidade do poder concedente, ou delegado a terceiros, mediante novo contrato. Parágrafo Segundo – As concessões em caráter precário, as que estiverem com prazo vencido e as que estiverem em vigor por prazo indeterminado, inclusive por força de legislação anterior, permanecerão válidas pelo prazo necessário à realização dos levantamentos e avaliações indispensáveis à organização das licitações que precederão a outorga das concessões que a substituirão, prazo esse que não será inferior a 24 (vinte e quatro) meses. Parágrafo Terceiro – As concessões a que se refere o parágrafo segundo deste artigo, inclusive as que não possuam instrumento que as formalize ou que possuam cláusula que preveja a prorrogação, terão validade máxima até o dia 31 de dezembro de 2010, desde que até o dia 30 de junho de 2009, tenham sido cumpridas cumulativamente, as seguintes condições: I- levantamento mais amplo e retroativo possível dos elementos físicos constituintes da infra-estrutura de bens reversíveis e dos dados financeiros, contábeis e comerciais relativos à prestação dos serviços, em dimensão necessária e suficiente para a realização do cálculo de eventual indenização relativa aos investimentos ainda não amortizados pelas receitas emergentes da concessão, observadas as disposições legais e contratuais que regulavam a prestação do serviço ou a ela aplicáveis nos 20 (vinte) anos anteriores ao da publicação desta Lei; II- celebração de acordo entre o poder concedente e o concessionário sobre os critérios e a forma de indenização de eventuais créditos remanescentes de investimentos ainda não amortizados ou depreciados apurados a partir dos levantamentos referidos no inciso I deste parágrafos e auditados por instituição especializada escolhida de comum acordo pelas partes; e III- publicação na imprensa oficial de ato formal de autoridade do poder concedente autorizando a prestação precária dos serviços por prazo de até 6 (seis) meses, renovável até 31 de dezembro de 2008, mediante comprovação do cumprimento do disposto nos incisos I e II deste parágrafo. (O Parágrafo Terceiro do artigo 42 foi acrescido pela Lei no. 11.445/2007, de 08.01.2007) **Art. 43.** Ficam extintas todas as concessões de serviços públicos outorgadas sem licitação na vigência da Constituição de 1988.

Os dispositivos legais supra referidos têm relevância relativamente ao STPP/RMR, tanto no que se refere à validade dos instrumentos de outorga conferidos às operadoras pela EMTU/Recife antes da vigência da Constituição de 1988, quanto no que se refere à adoção das medidas necessárias ao cumprimento dos prazos e das condições para a nova outorga.

Merece destaque o fato de que conforme se depreende da letra e da interpretação dos citados dispositivos legais, até que fossem concluídos os levantamentos e avaliações indispensáveis à organização das licitações, as permissões outorgadas pela EMTU/Recife continuariam válidas e legítimas (Art. 42, §2º da Lei de Concessões).

É que não se pode deixar de considerar, que quando da criação do STPP/RMR e da EMTU/Recife, em 1979, a Permissão, segundo o Direito Administrativo Brasileiro, em sua concepção clássica era conceituada como um ato administrativo unilateral e negocial. A partir da promulgação da Constituição, de acordo com a redação dada ao art. 175, é que este instituto jurídico passou a ser tratado como um contrato assemelhado às concessões de serviço público.⁹⁸

Mesmo assim, seguindo a esteira constitucional, e aplicando-se ao caso das permissões outorgadas no STPP/RMR, conforme exposição feita no capítulo II desta dissertação relativamente à aplicabilidade imediata do referido artigo, é de se concluir que o citado dispositivo legal não pode ser argüido para determinar a nulidade dos termos de permissão.

É que, conforme já explicado, o art. 175 não é auto-aplicável uma vez que remete à lei a sua regulamentação. Por sua vez a lei regulamentadora do dispositivo constitucional determina que a licitação das permissões outorgadas anteriormente à constituição deverão submeter-se a uma realização dos levantamentos e avaliações indispensáveis à organização das licitações, conforme disposto no parágrafo segundo do artigo 42 da Lei de Concessões.

⁹⁸ A Lei de Concessões conceituou a Permissão em seu art. 2º, inciso IV, como sendo *a delegação, a título precário, mediante licitação, da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco*. Mais adiante, em seu art. 40, a Lei determina que a Permissão será formalizada mediante contrato de adesão, confirmando a natureza contratual trazida pela Constituição, a qual ratifica e preceitua a sua indispensabilidade nos exatos termos como dispõe em seu artigo 1º. Segundo o qual: *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*. (grifos nossos).

Com o advento da Lei Federal nº. 10.233 de 05 de junho de 2001, (D.O.U. 06.06.2001), que dispõe sobre a reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, cria o Conselho Nacional de Integração de Políticas de Transporte, a Agência Nacional de Transportes Terrestres, a Agência Nacional de Transportes Aquaviários e o Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes, foram criados dispositivos legais determinantes do tipo de contrato a ser celebrado pela administração pública para o caso do transporte público de passageiros.

Segundo o disposto no Art. 13 da citada lei: As outorgas a que se refere o inciso I do art. 12 serão realizadas sob a forma de: I - concessão, quando se tratar de exploração de infraestrutura de transporte público, precedida ou não de obra pública, e de prestação de serviços de transporte associados à exploração da infra-estrutura;. IV - permissão, quando se tratar de prestação regular de serviços de transporte terrestre coletivo de passageiros desvinculados da exploração da infra-estrutura; (Inciso acrescentado pela Medida Provisória nº 2.217-3, de 04 de setembro de 2001, DOU 05.09.2001, em vigor conforme o art. 2º da EC nº 32/2001).

5.4.1- O Recife: um ambiente propício à realização de licitação

Mesmo após 1988 com a promulgação da Constituição Federal e 1995, com a edição da Lei de Concessões, em que o quadro jurídico-institucional vigente brasileiro foi delineado no sentido de regulamentar a prestação dos serviços públicos de transporte, apontando e deliberando pela obrigatoriedade de prévia licitação para concessão do serviço de transporte público de passageiros, tem havido dificuldades à sua implementação na maioria das capitais brasileiras.

Em meados da década passada (1995-2000) a realidade vivenciada nas grandes capitais relativamente ao serviço de transporte público de passageiros, para que pudesse se adequar aos ditames legais acima referidos, apontava para a necessidade premente de uma reestruturação.

A invasão desmedida de formas clandestinas de transporte por vans, ônibus piratas, kombis, entre outros, que remunerados e não autorizadas pelo poder público, prestando esses serviços de forma irregular e à revelia de qualquer regulamentação pelo poder público, vinham promovendo uma concorrência desleal e danosa com o transporte regular existente, causando

um desgaste e conseqüentemente uma desestruturação generalizada da prestação desses serviços.

O Recife passou por uma grande desestruturação do transporte coletivo, com um volume excessivo de veículos clandestinos realizando transporte remunerado não autorizado de passageiros, em toda a sua região metropolitana. Várias foram as tentativas de coibir tal irregularidade e de retomada da prestação de serviços de forma regular, através de medidas repressivas que geraram protestos por parte dos prestadores clandestinos do serviço e de alguns segmentos da população. Tal situação somente veio a se regularizar com a ação conjunta por parte do governo de alguns municípios da Região Metropolitana e do Governo Estadual mediante atuações efetivas de fiscalização ostensiva e autuação com aplicação de multas pecuniárias e retenção dos veículos para aqueles que insistissem em desrespeitar a decisão do poder público. Somente após o ano de 2001 é que se conseguiu retomar as rédeas do gerenciamento pelo poder público do transporte coletivo de passageiros em Recife e na maioria dos municípios integrantes de sua Região Metropolitana.

Tais mudanças vêm sendo produzidas ao longo da última década, devido entre outros fatores, à emergência e às diferentes formas de incorporação dos veículos de pequeno porte, à adoção, ainda que incipiente, de processos licitatórios para concessão de serviços públicos, à retomada de ações de planejamento e a avanços tecnológicos na bilhetagem eletrônica.

Durante a gestão do STPP/RMR pela EMTU/Recife, cuja criação se deu bem antes da promulgação da Constituição Federal e até bem depois, além da edição da Lei de Concessões em 1995, o processo licitatório para a concessão da prestação dos serviços de transporte coletivo no âmbito da RMR não ocorreu.

O ambiente institucional, técnico e operacional do Recife e sua Região Metropolitana, eram favoráveis à deflagração dos processos licitatórios conforme determina a Constituição Federal, inclusive e principalmente, pela não necessidade de interrupção da prestação dos serviços até então prestados sob a tutela de termos de permissão, os quais, como visto anteriormente, permaneciam válidos, segundo a interpretação dos artigos 42 e 43 da Lei nº. 8987/95, não gerando, com isso, afronta ao princípio da continuidade dos serviços públicos, e prejuízo à população, até que fosse concluído o certame para a outorga de novas concessões sob a égide dos comandos normativos respectivos.

Havia até meados dos anos 2000, a coexistência operacional dos modos público e privado de transportes no Recife, pela necessidade de atender a uma demanda que era naturalmente diversificada, inclusive de automóveis particulares.

Em 2005, o STPP/RMR era operado por 18 empresas, sendo 17 privadas e uma pública (trem metropolitano). As 306 linhas, excetuando as noturnas, realizavam em média, 24.000 viagens, utilizando-se 2.465 ônibus que percorriam cerca de 730.000 km e transportavam 1,6 milhão de passageiros dia (Ferreira, 2006).

Ocorre que, esse diferencial presente no STPP/RMR não foi suficiente para que as autoridades públicas competentes se mobilizassem no sentido de adequar a prestação dos serviços de transporte coletivo, aos ditames normativos, pelo que atribuímos tal fato à inexistência de interesse político e visão prioritária deste serviço por parte do Estado, como ente promotor do transporte público.⁹⁹

5.5 – O Consórcio de Transportes da Região Metropolitana do Recife

O STPP/RMR embora criado em 1979, ainda hoje, representa, sob o aspecto técnico, um cenário metropolitano que pode servir de modelo a ser adotado em outras capitais com as características da nossa Região Metropolitana. Quando de sua instituição, foi à época pioneiro neste formato e considerado inovador pela adoção de nova forma de gestão, ao longo do tempo se aperfeiçoando e ampliando, a exemplo da criação do Sistema Estrutural Integrado – SEI, instituição do modelo de remuneração através inicialmente, da Câmara de Compensação Tarifária – CCT e implantação de normas de avaliação das empresas permissionárias, como condição para a sua permanência como operadora do sistema.

Concebido pela EMTU/Recife o STPP/RMR, conforme visto anteriormente, foi gerenciado por esta empresa durante mais de 25 anos, até a EMTU/Recife ser extinta e sucedida pelo

⁹⁹ “O Estado é o principal agente promotor do transporte público no Brasil, e assim, como, normalmente, em qualquer país” ASSMAN, Plínio. *In* Revista dos Transportes Públicos ANTP ano 26. 1º. Trim. 2004 – nº. 101, p.117 – Ponto de Vista: Pode o Estado que temos promover os transportes públicos que precisamos? Sobre o assunto: “Licitação: uma questão política” – remetemos ao item V do Capítulo II desta dissertação.

Consórcio de Transportes da Região Metropolitana do Recife – CTM.

Criado pela Lei Estadual nº. 13.235, de 24 de maio de 2007, que ratifica o Protocolo de Intenções celebrado entre o Estado de Pernambuco e os Municípios do Recife e de Olinda, o CTM sucedeu a EMTU/Recife para promover a gestão associada plena do Sistema de Transporte Público de Passageiros da Região Metropolitana do Recife – STPP/RMR, com fundamento legal nos termos do artigo 241 da Constituição Federal e da Lei Federal nº. 11.107, de 06 de abril de 2005.¹⁰⁰

O CTM tem a forma de empresa pública, sem fins lucrativos, com autonomia administrativa e financeira, é uma pessoa jurídica de direito privado, integrante da administração indireta dos entes federativos consorciados.

Ao ser instituído, o CTM encontrou o cenário de uma Região Metropolitana do Recife, com superfície de 2.742,4 km², reunindo 14 municípios e agrupando uma população de 3.731.719 habitantes (IBGE, 2008). O município do Recife concentra mais de 1,55 milhão de habitantes numa área de 217,8 km². O vetor econômico determina, do mesmo modo que o demográfico e o espacial, a constituição do mercado de um trabalho metropolitano repartido entre o segmento da capital e aquele localizado em importantes municípios (Olinda, Jaboatão, Paulista). Tanto a capital (74%) quanto a sua região metropolitana (70%) apresentam expressiva concentração de empregos no setor terciário (comércio, serviços e administração pública), com participação próxima a 70% do total do emprego existente. (Fonte: Grande Recife Consórcio, 2008).

Como sucessor da EMTU/Recife e desta tendo herdado o patrimônio operacional e o acervo técnico qualificado e experiente, notadamente no que se refere à experiência advinda da concepção do STPP/RMR e de seus instrumentos normativos respectivos, cabe desta feita ao CTM promover os certames licitatórios para a concessão da prestação de serviços de transporte coletivo, na forma legal.

¹⁰⁰ Por uma questão didática, de agora em diante nesta dissertação, a referência ao Consórcio de Transporte Metropolitano será feita apenas pela sigla que o representa – CTM.

O diferencial favorável ao CTM, relativamente à sucedida EMTU/Recife é que aquele encontra atualmente um cenário bem mais favorável à implementação das medidas necessárias à promoção dos certames, haja vista o exemplo bem sucedido, da licitação promovida em 2003 para delegação da prestação de serviços de transporte complementar aos permissionários, no âmbito do Recife, como decorrência da campanha de combate ao transporte clandestino de passageiros, cuja “batalha” se deu entre 2002 e 2003, e que, mediante a decisão política poder público no âmbito das duas esferas de o esforço cooperativo e conjunto dos governos estadual e municipal, foi possível debelar essa prática nociva ao interesse público.

Esse episódio de tamanha repercussão positiva na população pelo resultado obtido, pode servir de base para uma nova conscientização dos poderes públicos de que, a cooperação e a união de esforços só têm a contribuir para a consecução de objetivos maiores, dentre os quais se insere o interesse público e o atendimento às necessidades básicas, porém essenciais, da população, como é o caso do transporte coletivo de passageiros.

Nesse diapasão é que, se pode observar que a licitação para concessão do serviço público de transporte se reveste de um caráter político decisivo, e que por isso, cabe aos entes públicos a iniciativa de promovê-la. Até porque, na esteira constitucional, a própria Constituição atribui essa competência aos entes públicos, como a União, relativamente à edição das normas gerais e aos Estados e Municípios a incumbência, dentro de suas esferas, de promover os certames para delegação da prestação de serviços públicos aos particulares, quando não os prestarem diretamente.

5.6 – Em defesa de licitação baseada em processos cooperativos

A prática regulatória nos diversos sistemas de transporte público de passageiros nas cidades brasileiras vem sendo desenvolvida ao longo dos anos dentro de um cenário legal definido pela legislação específica vigente, a partir de 1988, entretanto, ainda deveras influenciada pelos interesses políticos e econômicos prevalecentes. Não se verificam estratégias regulatórias definidas, mesmo com a realização ou não de licitação prévia como determina a Constituição Federal.

Sob a ótica econômica, ainda não se têm definidos os critérios de proteção ou não do mercado, ou seja, se a competição entre os interessados se verificará para o mercado, na seleção do operador por processo licitatório na forma da lei, ou se dará no mercado, isto é, quando os operadores já tiverem sido escolhidos e definirão suas estratégias de permanecerem operando.

No campo do poder público, a modernização dos equipamentos e das formas de controle operacional, a exemplo da bilhetagem eletrônica, a maior conscientização da população pelos seus direitos e pelos deveres do Poder Público de garantir-lhes o acesso aos serviços públicos, têm impulsionado alguns gestores no sentido de buscar novas formas de atender ao interesse público de forma mais eficiente.

Por outro lado, ressalte-se o custo imposto ao poder público com demandas judiciais perdidas em decorrência do não atendimento ou do mau atendimento às necessidades coletivas e a cobrança por parte dos órgãos de controle externo – Tribunais de Contas e Controladorias Públicas – e por parte do Ministério Público e entidades de defesa do consumidor, tem causado visível impacto e contribuído para uma premente mudança de comportamento no que se refere ao estabelecimento de prioridades para as Políticas Públicas.

Ainda que de forma tímida, mas impulsionado também pela legislação, o poder público tem sido instado constantemente a se mobilizar em torno do interesse público do qual é tutor, inclusive buscando alternativas mais rápidas e eficazes de solucionar conflitos e atender às demandas menos complexas da comunidade.

Isso se pode denotar com a inserção nas leis de criação das agências reguladoras, conforme visto detalhadamente no capítulo anterior, de práticas extrajudiciais de solução de conflitos e o recurso ao método privado de julgamento de demandas, através do instituto da arbitragem.

É dentro desse propósito pacificador e de contribuir para o despertar de uma cultura cooperativa entre os atores envolvidos na prestação de serviços públicos de transporte coletivo de passageiros, que esta dissertação, se propõe a demonstrar a viabilidade do atendimento aos preceitos legais que determinam a obrigatoriedade de prévios processos licitatórios para a concessão da operação desses serviços a entes privados, e implementar os processos licitatórios, através da participação de um ente mediador, que concilie e congregate

os interesses dos atores envolvidos e faça com que as partes possam estabelecer um convívio de forma harmônica, em benefício do interesse público.

É que como se sabe, na prestação por particulares de serviços públicos por delegação, há a convivência do interesse público e do interesse privado, os quais vistos sob a ótica de cada um dos atores, ocupam posições antagônicas. No entanto, o fato de estarem em lados diferentes, não quer dizer que devam estar obrigatoriamente em conflito, mas significa que pelo papel que desempenham na prestação de serviços devem obrigatoriamente conviver. Neste momento é que se faz imprescindível a necessidade de um entendimento harmônico o qual, se não é possível conseguir pelas próprias partes, que seja promovido através da presença de um ente mediador.

A realidade atual do STPP/RMR, com a instituição do Consórcio de Transporte Metropolitano – CTM, sinaliza positivamente para o alcance dos objetivos legais e adequabilidade da prestação dos serviços de transporte público de passageiros, mediante a implementação dos processos licitatórios para a contratação das empresas operadoras.

A própria concepção do CTM na forma jurídica de que se reveste, consolidando interesses conjuntos manifestados formalmente pelos entes públicos no sentido de gerir de forma associada o STPP/RMR, promover a sua reestruturação e modernização objetivando assegurar a eficiência e a qualidade na prestação dos serviços públicos de transporte, sinaliza positivamente para a disponibilidade de colaboração por parte dos entes consorciados, vez que o resultado satisfatório da prestação e do gerenciamento do serviço público interessa a todos de forma indistinta.

Tal disposição ratifica os propósitos da defesa da criação de uma cultura de cooperação desta feita que envolva tanto os entes consorciados como os operadores privados concessionários ou permissionários dos serviços e os usuários, que constitui a proposta desta dissertação.

E não é à toa que as iniciativas do poder público através da administração pública ao longo de suas reformas direcionou-se sempre na busca da moralidade e de uma maior eficiência da prestação de serviços públicos, tendo como principal exemplo a elevação do instituto da licitação pública a princípio, com a Constituição de 1988 como meio obrigatório da seleção e contratação dos prestadores de serviços públicos, assim como o despertar para a necessidade

de implementação de meios extrajudiciais de solução de conflitos, na busca de uma solução mais célere das controvérsias que se apresentam, mais uma vez, rumo à eficiência.

Neste sentido, a Lei Estadual nº. 13.235, de 24 de maio de 2007, criou o Conselho Superior de Transporte Metropolitano - CSTM,¹⁰¹ órgão colegiado formado pelos entes consorciados integrantes do CTM além de representantes de entidades da sociedade civil e do poder público, dos operadores privados, dos estudantes e do poder legislativo, atribuindo-lhe competência dentre outras, para mediar a solução de conflitos entre os operadores e o CTM.

Tal competência atribuída ao CSTM de atuação como mediador não conflita com a competência semelhante atribuída às Agências Reguladoras¹⁰², por representarem atuações em momentos diversos e envolver entes distintos, embora comprometidos também com a prestação de serviços públicos por delegação.

É que como visto no Capítulo 4 desta dissertação, em que foi tratado do instituto da Mediação e das Agências Reguladoras como potenciais mediadores, esta qualidade lhe foi concedida a partir de sua própria concepção, da mesma forma como se depreende da leitura dos dispositivos legais relativos ao assunto nas leis de criação das agências brasileiras de regulação.

Dessa forma, não se trata da criação de algo novo ou de propor que seja tal competência legalmente inserida nas leis das Agências Reguladoras. A atribuição legal já existe apenas deve ser implementada na prática, de forma sistemática, para que se torne um hábito salutar, na promoção do entendimento, da cooperação e do fomento à criação de uma cultura de confiança.

A prestação de serviços públicos de transporte coletivo de passageiros promove por si só um relacionamento continuado entre as partes envolvidas, demandando constante acompanhamento e minimização das controvérsias, com vistas à preservação de sua qualidade.

¹⁰¹ Por uma questão didática, nesta Dissertação doravante será feita referência ao Conselho Superior de Transporte Metropolitano – CSTM, apenas pela sigla CSTM.

¹⁰² Sobre o assunto, v. Capítulo 4 desta dissertação.

De grande relevo, destacamos a importância das entrevistas realizadas ao longo da elaboração desta dissertação, para as quais foram destacados nomes de relevo no meio técnico, acadêmicos, especialistas e doutores em transporte, aos quais foi indagado dentre outros assuntos, sobre a possibilidade de se incentivar uma cultura cooperativa entre o poder concedente, os operadores privados concessionários envolvidos com a prestação do serviço público de transportes, os quais, se manifestaram favoráveis a tal prática, alguns deles, inclusive, por considerarem tal prática moderna e com grandes probabilidades de trazerem resultados muito benéficos para a prestação desses serviços públicos.

6 - CONCLUSÕES

O transporte coletivo é um serviço público que deve ser encarado pelo Estado como uma questão social. A garantia de sua prestação à sociedade constitui princípio do qual o Poder Público não pode se furtar, daí o seu tratamento constitucional inserindo-o no rol dos serviços públicos essenciais e determinando que a sua prestação se não for diretamente pelo Estado, mas por delegação, se dará mediante prévio processo licitatório.

A Constituição Federal e toda a legislação decorrente formam um arcabouço normativo consistente e apontam para a obrigatoriedade de licitação para a concessão de sua prestação a particulares, entretanto, o que se denota é que os dispositivos legais são pouco observados e o transporte público não constitui prioridade nas políticas públicas dos governos em detrimento dos dispositivos legais vigentes e da satisfação do interesse público que envolve.

Na realidade, o que se constata é que a inércia do Estado no exercício de sua função de ente político fomentador da garantia da prestação de serviços públicos e propulsor da deflagração dos processos licitatórios na forma da lei, tem propiciado uma prestação de serviço de transporte por operadores privados mediante uma convivência firmada em bases competitivas não formalizadas contratualmente e que acabam por promover uma cultura de desconfiança e a existência de conflitos de interesses.

Essa desconfiança recíproca e os conflitos de interesses na prestação de serviço público de transporte, analisada no estudo objeto dessa dissertação, inspirou a proposta do trabalho, que envolve uma nova forma de abordagem dessa situação, sob a perspectiva da promoção do entendimento e da criação de uma cultura cooperativa, através da introdução dos princípios e técnicas do instituto da mediação, com vistas ao cumprimento da legislação e a realização de licitações competitivas.

É que na prestação do serviço público de transporte, a relação entre os atores—poder público, os operadores privados e os usuários - se dá de forma continuada, dinâmica, e assim, os expõe aos acontecimentos cotidianos que influenciam sobremaneira, quer de forma direta ou indireta, a qualidade e a continuidade da prestação dos serviços, o que torna uma relação em constante transformação.

Essa dinâmica da relação é que carece da presença constante de um ente mediador, cuja função é pacificar as divergências e facilitar o entendimento.

A mediação aplicada para estes casos, visa ao estabelecimento de uma melhoria nessa relação, com a facilitação do diálogo, o abrandamento das arestas existentes, e a promoção a médio e longo prazo de um clima de confiança e dessa forma tornando essa relação perene mais satisfatória em benefício do atendimento ao interesse público que a envolve. A mediação constitui um processo para a gestão do conflito, possibilitando transformar antagonismos em convergências de propósitos.

O principal objetivo da mediação é a satisfação das partes. Atingi-la, significa a identificação da melhor solução do conflito na interpretação delas e a conseqüente celebração do acordo, atendendo essa solução. Portanto, compreende-se que a mediação vai além de um simples método alternativo de solução de conflitos, para se constituir em um processo de transformação positiva dos envolvidos e pode ser utilizada livremente pelas partes.

Para o exercício dessa função de mediador, o estudo feito identificou nas Agências Reguladoras de Serviços Públicos delegados as características inerentes a partir de sua natureza jurídica. Além do mais, as Agências Reguladoras foram criadas no contexto do processo de reforma do Estado brasileiro, tendo como missão, conciliar os interesses divergentes que existem entre os consumidores, os governantes e as empresas prestadoras de serviços públicos, de forma a assegurar que a prestação dos serviços se dê com qualidade e que estes sejam acessíveis a toda a população.

Essa sua missão pacificadora e mediadora de conflitos encontra-se nos dispositivos legais de sua criação, conforme explicitado no capítulo 4 desta dissertação, quando foi feita referência à atribuição das agências reguladoras de realizarem composição extrajudicial de controvérsias, bem como o estabelecimento de regras sobre solução de divergências relacionadas com o contrato e sua execução, incluindo conciliação e arbitragem assim como compor, administrativamente, conflitos de interesses entre prestadoras de serviços.

Além do mais, a sua autonomia técnica, administrativa e financeira, favorece a sua intervenção em casos de conflitos de interesses, a qual considerando a sua equidistância em

relação às partes constitui a garantia da sua imparcialidade na mediação dos interesses dos envolvidos.

O Recife constitui um exemplo a ser seguido no Brasil, desde 1980 com a concepção do STPP/RMR e a criação da EMTU/Recife como gestora do sistema metropolitano. Neste cenário, em que o Recife se destacou nacionalmente à época, pelo pioneirismo tanto no que se refere a forma de intervenção pública na regulamentação dos serviços de transporte por ônibus e se destaca atualmente, com a constituição do Consórcio de Transporte Metropolitano, mais uma vez inovando o quadro regulatório brasileiro dos transportes públicos.

Essa realidade aponta mais uma vez para o Recife como um ambiente propício à deflagração dos certames licitatórios para a concessão da prestação dos serviços públicos de transporte.

Os seus ambientes técnico e operacional são favoráveis à realização da licitação, inclusive e principalmente, na realidade institucional vivenciada atualmente com a criação do CTM, como ente multifederativo, congregador dos interesses comuns dos poderes públicos municipais integrantes da Região Metropolitana do Recife, tendo como objeto a gestão associada do sistema de transporte público coletivo de passageiros com vistas a assegurar a eficiência e qualidade na prestação dos serviços públicos de transporte.

O consórcio público na própria acepção da palavra visa a união de esforços através de entes públicos, para a realização de objetivos de interesse comum, assim como o estabelecimento de diretrizes e obrigações fundamentais para as partes, o que se coaduna e encaixa com as premissas que norteiam o instituto da mediação, apontando assim, de forma conjunta para a promoção do entendimento, da confiança e para o fomento de uma cultura de cooperação.

Dessa forma, é forçoso concluir que o clima institucional atualmente estabelecido no Recife e Região Metropolitana para a prestação do serviço público de transporte coletivo sinaliza positivamente para o cumprimento da legislação vigente com a realização da licitação com a utilização da mediação como facilitadora desse processo.

Ressalte-se, no entanto, que o exercício da mediação pelas Agências Reguladoras na proposta objeto desta dissertação precisa ser incentivada e buscada pelo poder público, de forma a que

seja adotada como rotina, desde a tomada da decisão pelo poder público de promover os certames licitatórios, podendo ser utilizada nos seguintes momentos:

1º. Momento: participação na realização da audiência pública na qual seja proposta a realização de licitação para a concessão da prestação do serviço público;

2º. Momento: através do recebimento e da análise das reivindicações e sugestões das entidades participantes da audiência pública supra referida, assim como dos usuários e dos entes privados interessados no serviço a ser licitado, propondo às demais partes interessadas, a sua inserção ou não no Edital de licitação a ser elaborado;

3º. Momento: emissão de parecer técnico acerca do Edital de licitação, propondo adequações se necessário, e ratificando as demais, pedindo, se for o caso, esclarecimentos ao poder público promotor do evento, com vistas a uma melhor clareza nas regras que nortearão o certame licitatório;

4º. Momento: após a deflagração do processo licitatório, mediante a participação junto ao ente promotor da análise das impugnações ou recursos acaso interpostos, convidando os interessados a ponderarem sobre as razões apresentadas, no sentido de acatá-las ou convencer o impetrante a desistir do recurso, e no caso de medida judicial proposta, atuar de forma paraprocessual, no sentido de malograr o julgamento pela justiça e abreviar o seu desfecho, e;

5º. Momento: julgado, homologado e adjudicado o objeto licitado, realizando o acompanhamento da celebração do contrato a ser firmado entre as partes, cujas condições foram fixadas no edital do certame licitatório, assim como a execução, exercendo a sua competência fiscalizatória, nos termos como lhe confere a lei.

Não se pode, por fim, deixar de ressaltar que é de responsabilidade inafastável do Estado impulsionar o cumprimento da lei, determinando a abertura dos processos licitatórios para concessão da prestação dos serviços públicos de transporte coletivo de passageiros.

Trata-se de uma decisão política do Poder Público no exercício de seu papel, que pode se dar através do ente público constituído e dotado de recursos humanos capacitados para tal, no caso do Recife, o Consórcio de Transporte Metropolitano podendo utilizar-se da mediação

como uma ferramenta para facilitar o processo, mediante a superação das barreiras decorrentes da falta de confiança e mediante a conscientização das vantagens da construção de um processo de confiança e de cooperação.

Esta é a proposta da presente dissertação. Resta claro que não se trata de afastar do Estado a sua responsabilidade de indutor do cumprimento da lei e dessa forma, promotor do certame licitatório, mas de oferecer-lhe o instituto da mediação como uma ferramenta moderna e capaz de contribuir significativamente para facilitar o exercício dessa sua responsabilidade.

Há ainda, outras questões a serem estudadas e melhor analisadas e que podem influenciar na implementação da proposta deste trabalho, que constituem lacunas a serem preenchidas. Trata-se do conflito positivo de competência que se faz presente nas atribuições legais conferidas aos entes públicos – União, Estados e Municípios – e que são passíveis de delegação às Agências Reguladoras, que acabam por gerar superposição de atribuições, dificultando o seu exercício pleno por qualquer um dos envolvidos.

Para tanto, uma questão importante e que pode ser objeto de pesquisas futuras é a possibilidade de alteração da legislação criadora das agências reguladoras para suprimir essa possibilidade de atuarem como concedentes ou contratantes nos contratos relativos à concessão de serviços públicos delegados, principalmente o que tange à proposta desta dissertação, para que não afaste das Agências a sua posição de equidistância em relação às partes, que é condição essencial para o exercício do ofício de mediador.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, A. C. Cintra. 1996. Concessão de Serviço Público. Malheiros. São Paulo

ARAGÃO, Alexandre Santos de. 2007. Direito dos Serviços Públicos. Forense. Rio de Janeiro. _

ARAGÃO J. et all (2004) Parcerias sociais para o desenvolvimento nacional, Ed. Universitária, UFRN, Natal

ARAGÃO J.J.G, MARAR J.R.: Transporte público: um serviço público ou uma atividade econômica policiada pelo Estado? O caso de quatro cidades brasileiras. *Anais do VIII Congresso Latino-americano de Transporte Público e Urbano - CLAPTU*. Curitiba: arquivos em diskettes. 1996.

ANDRADE, Rogério Emílio de. “O Preço na ordem Ético-jurídica, EDICAMP, Campinas, 2003, p. 60-61).

BANDEIRA DE MELLO, Celso. A. 2008. Curso de Direito Administrativo. São Paulo. 25ª. Ed. Malheiros Editores.

BALLEIRO, Aliomar. “A Constituinte e a Constituição de 1946. in As Constituições no Brasil. Fundação Projeto Rondon. Ministério do Interior. Coordenação Walter Costa Porto. 1987.

BASTOS. Celso Ribeiro. 1999. Curso de Direito Administrativo. Saraiva. São Paulo.

BOAVENTURA, Edivaldo M. Metodologia da Pesquisa. 1 ed. São Paulo: Atica, 2004.

BRASILEIRO, A; GUERRA, Claudia; ARAGÃO, J.J.G., *Regulatory Reform of the urban bus system in Recife (Brazil): Stakenholders and the constituency building process*. In Thredbo 10-10th International Conference on Competition and ownership in Land Passenger Transport, 2007, Harnilton Island. Sidney – Austrália: Thredbo 10,2007. v.1.p.1-16.

BRASILEIRO, A. e Henry E. (orgs.) (1999) Viação Ilimitada. Ônibus das Cidades Brasileiras. Cultura, SP.

BRASILEIRO A. Santos E. (1999) Sucesso metropolitano no Recife e influência estatal e empresarial no Nordeste, in Brasileiro, A. e Henry E. (1999) Viação Ilimitada. Ônibus das Cidades Brasileiras Cultura, SP.

BRASILEIRO A. Santos E. Orrico Filho R. Aragão J (2000) Transportes públicos metropolitanos no Brasil: Uma pauta para sua reorganização, in Santos, E. Aragão J. (Ed.) (2000) Transporte em Tempos de Reforma. Ensaio sobre a Problemática.

CAMPOS, Marcos Vinícius de. 2008. Concorrência, Cooperação e Desenvolvimento. Do falso dilema entre competição ou cooperação ao conceito de concorrência cooperativa. Ed. Singular. SP.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. 2008. Manual de Direito Administrativo. 18ª. Ed. Rio de Janeiro. Lúmen Júris.

CHANLAT, Jean-François – Coordenador – O indivíduo na Organização. Atlas, SP. 1996. Vol. III.

COSTA, Eduardo. Pernambuco Autoviária: História da ascensão e extinção de uma empresa de transportes urbanos de padrão incomum para sua época. Dissertação de Mestrado – Departamento de Engenharia Civil, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2008.

COUTO E SILVA, Almiro do. “Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares. Serviço Público à brasileira? In Revista de Direito Administrativo – RDA, Editora Renovar, vol. 230, pp.72-73, 2002) (A. Aragão p.143).

DINIZ, Maria Helena. 2001. Norma Constitucional e seus Efeitos. 5ª. Ed. São Paulo, Saraiva.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 13ª. Edição. Ed. Atlas. São Paulo, 2001.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 5ª. Edição. São Paulo: Atlas, 2005.

ECO, Humberto. 2002. Como se faz uma tese. Perspectiva. São Paulo.

FOLBERG,J., TAYLOR,A. Mediación – resolución de conflictos sin litigio. Buenos Aires: Noriega, 1984.

FUKUYAMA, Francis. 1996. Confiança. As virtudes sociais e a criação da prosperidade. Tradução de Alberto Lopes. Ed. ROCCO. Rio de Janeiro.

GOMIDE, A. A. (1998). Regulação econômica nos serviços públicos de transporte urbano por ônibus no Brasil. Dissertação de Mestrado, Curso de Pós-graduação em Economia da Universidade Federal do Rio Grande do Sul.

GRAU, Eros. A ordem econômica na Constituição de 1988. 5ª. ed. São Paulo: Malheiros,pp 123 e ss.

GUERRA, Claudia; BRASILEIRO,Anísio; ARAGÃO, J.J.G. e SANTOS, E.M. - Licitações em transportes públicos no Brasil: avanços e limites a partir da análise dos interesses dos stakeholders. *In* XV Congresso Panamericano de Ingeniería de Tránsito Y Transporte, 2008, Cartagena das Índias.

HAYNES, J.M & MARODIN, M.. Fundamentos da mediação familiar. Porto Alegre: Artes Médicas, 1999.

JUSTEN Fº. Marçal. 2003. Teoria Geral das Concessões de Serviço Público. Dialética. São Paulo.

JUSTEN Fo. Marçal. 2002. O Direito das Agências Reguladoras Independentes. 1ª. Ed. Dialética. São Paulo

LIMA, I. M. O. (1994) Eficiência e qualidade em regimes de concessão. Anais do VIII Congresso de Pesquisa e Ensino em Transportes. Recife 21 a 25 de Novembro de 1994, pp. 599-610.

MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno, São Paulo: RT, 1996.

MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo em Evolução. 2ª. Edição. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2003, p. 79

MEIRELLES, H.Lopes. 1999. Licitação e Contrato Administrativo. Malheiros. São Paulo.

MEIRELLES, H.Lopes. 2002. Licitação e Contrato Administrativo. Malheiros. São Paulo.

MOOR, F Stracke. 2002. O Regime de delegação da prestação de Serviços Públicos. Livraria do Advogado. Porto Alegre.

MORAIS, José Luiz Bolzan de. Mediação e Arbitragem, Alternativas à Jurisdição!. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.

ORRICO FILHO, R. D., BRASILEIRO, A., FORTES, J. A. (1998). Produtividade e competitividade na regulamentação do transporte urbano: Nove casos brasileiros. In: Transporte em transformação. Problemas e soluções dos transportes no Brasil. CNT/ANPET, Makron Books, São Paulo, p. 160-181.

ORRICO Filho R Brasileiro A Santos E Aragão J (1996) Ônibus Urbano — Regulamentação e Mercados, Ed. L.G.E., Brasília, 1996, 304 p.

PEREZ, Marcos Augusto. O risco no Contrato de Concessão de Serviços Públicos. Tese, USP, 2005.

QUEIROZ, Roosevelt Brasil e PRADO Fº, Kleber. Agências Reguladoras: um referencial teórico para o entendimento do seu papel no ambiente atual, in REVISTA DOS

TRANSPORTES PÚBLICOS ANTP- ANO 27 – 4º TRIMESTRE – Nº 104 – GESTÃO DO TRANSPORTE .

ROCHA, Francisco Brochado. A Constituição Brasileira de 10 de novembro de 1937. As Constituições do Brasil-Vol.4. Fundação Projeto Rondon – Ministério do Interior. Coord. Walter Costa Porto. 1987.

ROLIM, Fernando Antônio Oliveira. Tribunais de Contas e a regulação do Transporte Intermunicipal de Passageiros por ônibus (TIPO). 2007, 299f. Dissertação (Mestrado) - Departamento de Engenharia Civil, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2007

SÁ, Adolfo Luís Souza de. Tribunais de Contas, Economicidade e Concessões de Rodovias Brasileiras à Iniciativa Privada. 2004, 340f. Dissertação de (Mestrado) – Departamento de Engenharia Civil, Universidade Federal de Pernambuco, Recife, 2004.

SALES, Lília Maia de Moraes. 2007. Mediação de Conflitos:Família, Escola e Comunidade. Conceito Editorial. Florianópolis/SC

SANTOS, E.; & ORRICO FILHO, R. O. (1996). Regulamentação do transporte por ônibus: elementos do debate teórico. In: Orrico Filho et al. Ônibus Urbano: Regulamentação e Mercados. L. G. E., Brasília

SANTOS, E.; ARAGÃO, J. (2000). Transporte em tempos de reforma: ensaio sobre a problemática, 1º edição. Editora L. G. E., Brasil.

SANTOS, José Anacleto Abduch . Contratos de Concessão de Serviços Públicos, Juruá Editora, Curitiba/PR, 2005.

SCHNITMAN, D.F.. Novos paradigmas na resolução de conflitos. In: Schnitman, D.F. & Littlejohn, S. (org.) Novos paradigmas em mediação. Porto Alegre: Artmed Editora, 1999.

TELLES JR., Godofredo. Introdução à ciência do Direito (apostila), 1972, fasc.4. p.234 e 244; A Constituição, a Assembléia Constituinte e o Congresso Nacional São Paulo. Saraiva. 1986.

WALD, Arnoldo. O Direito de Parceria e a Lei de Concessões (análise das Leis 8.987/95 e 9.074/95 e legislação subsequente). 2ª. Edição. Editora Saraiva. São Paulo, 2004.

WARAT, L.A.. O ofício do mediador. Florianópolis: Habitus, 2001.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)