

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS
MESTRADO PROFISSIONAL EM GESTÃO E POLÍTICAS PÚBLICAS

CASSIANO QUEVEDO ROSAS DE ÁVILA

**A IMPORTÂNCIA DA FISCALIZAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO
COMO INSTRUMENTO DE GESTÃO E POLÍTICA PÚBLICA**
**Uma breve análise do Sistema de Transporte Coletivo Urbano de Passageiros
da Cidade de São Paulo**

São Paulo

2014

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS
MESTRADO PROFISSIONAL EM GESTÃO E POLÍTICAS PÚBLICAS

CASSIANO QUEVEDO ROSAS DE ÁVILA

**A IMPORTÂNCIA DA FISCALIZAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO
COMO INSTRUMENTO DE GESTÃO E POLÍTICA PÚBLICA**
**Uma breve análise do Sistema de Transporte Coletivo Urbano de Passageiros
da Cidade de São Paulo**

São Paulo

2014

“Non scholae sed vitae discimus.”

RESUMO

O trabalho tem por objetivo analisar a importância da fiscalização do serviço público como instrumento de gestão e política pública. Para tanto, propõe-se estudar o Sistema de Transporte Coletivo Urbano da Cidade de São Paulo, a partir do modelo instituído através da Lei nº 13.241/01, assim como toda a estrutura jurídica e elementos característicos presentes nessa forma de delegação.

Sem a preocupação de esgotar o tema, com base na doutrina, o trabalho pretende abordar os principais conceitos que envolvem a prestação de serviços públicos, o dever legal de fiscalização e a estrutura legal da prestação dos serviços de transporte coletivo. E, a partir disso, verificar se o sistema de transporte municipal possui instrumentos jurídicos adequados à fiscalização dos serviços delegados. Além disso, busca-se avaliar se isso é suficiente para a prestação de um “serviço adequado”, ou seja, se os instrumentos de fiscalização utilizados, por si só, são efetivamente capazes de garantir as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na prestação e modicidade das tarifas, conforme preceitua a lei.

Em síntese, entende-se que o ordenamento jurídico dispõe de diversos mecanismos que permitem a fiscalização dos serviços públicos. Ademais, que encontra-se juridicamente adequado o modelo de fiscalização adotado pelo Município de São Paulo, para o sistema de transporte público. Todavia, apesar de ser correto, o modelo ainda necessita de melhorias, tanto no que diz respeito às obrigações estabelecidas nos contratos de concessão e permissão em vigor (e respectivos regulamentos, como é o caso do RESAM – Regulamento de Sanções e Multas), quanto na sua operação e, principalmente, na sua fiscalização. Por fim, o trabalho aponta que, tanto a regulação, quanto a fiscalização ou até mesmo a gestão, quando realizadas de forma inadequada, fomentam a prestação de um serviço público com má qualidade, ou seja, inferior à esperada pela população.

Palavras-chave: Gestão Pública. Serviço Público. Delegação. Regime de concessão e permissão de serviço público. Serviço adequado. Transporte Coletivo Urbano de Passageiros. Fiscalização. Eficiência.

ABSTRACT

The paper aims to analyze the importance of supervision of public service as an instrument of public policy and management. For this purpose, we propose to study the Urban Public Transportation System of the City of São Paulo, from the model established by Law No. 13,241 / 01, as well as the entire legal structure and characteristic elements present in this form of delegation.

Without being preoccupied with exhausting the theme, based on the doctrine, the study intends to address the key concepts that involve the provision of public services, the legal duty of supervision and the legal framework of the provision of public transportation services. From this we will verify if the municipal transportation system will have adequate legal instruments for supervision of the delegated services. In addition, we seek to assess whether this is sufficient to provide an "adequate service", i.e., if the supervision used alone, are effectively able to guarantee the conditions of regularity, continuity, efficiency, safety, actuality, generally, courtesy in providing access and reasonable tariffs, as the law prescribes.

In summary, it is understood that the legal system provides several mechanisms that allow the supervision of public services. Furthermore, that the legal supervision model adopted by the Municipality of São Paulo it finds itself legally appropriate, for the public transport system. However, despite being correct, the model still needs improvement, both in respect of the obligations established in the concession contract and permission in force (and related regulations, such as RESAM - Sanctions and Fines Regulation), as in their operation, and especially in its supervision. Finally, this paper shows that both the regulation, as well as the supervisory or even management, when improperly performed, encourages the provision of a public service with poor quality, i.e. lower than expected by the population.

Keywords: *Public Management. Public Service. Delegation. System of concession and granting public service. Urban Public Transportation Service. Supervision. Efficiency.*

SUMÁRIO

1 – INTRODUÇÃO	7
2 – DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS	9
3 – DO DEVER DE FISCALIZAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS	16
4 – DO SERVIÇO DE TRANSPORTE COLETIVO	20
5 – ESTUDO DE CASO: A FISCALIZAÇÃO NO STCUP-SP	23
6 – CONCLUSÃO	29
REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA.....	32

1 – INTRODUÇÃO

O presente trabalho individual de conclusão de curso do Mestrado Profissional em Gestão e Políticas Públicas, da Escola de Administração de Empresas de São Paulo, da Fundação Getúlio Vargas tem por objetivo analisar a importância da fiscalização do serviço público como instrumento de gestão e política pública.

De acordo com a “orientação para elaboração do trabalho individual”, o aluno deve escolher um tema para desenvolver individualmente, a partir do trabalho a ser desenvolvido em grupo, que, no caso, tem por finalidade discutir a modernização da gestão do transporte público na Cidade de São Paulo.

Segundo consta do “termo de referência para trabalho final – 2014”, a SPTrans – que é a empresa responsável pela gestão do Sistema de Transporte Coletivo Urbano de Passageiros da Cidade de São Paulo – ainda utiliza ferramentas arcaicas de gestão de documentos e comunicação, especialmente, no que diz respeito às comissões que julgam as defesas e recursos administrativos interpostos contra as sanções aplicadas aos concessionários e permissionários do serviço de transporte público, em virtude de faltas contratuais cometidas. Há excesso de papel e flagrante desperdício de mão de obra. Consoante depreende-se do referido TR, busca-se a modernização imediata do processo sancionatório que envolve a Comissão de Infrações e Multas – COMIM, desde o momento da autuação do veículo em operação até o julgamento definitivo do último recurso cabível perante a esfera administrativa, por meio da implantação de sistema informatizado que permita a melhor gestão de dados e informações.

Durante a elaboração do diagnóstico do trabalho em grupo, além de confirmar a necessidade de melhorias no fluxo do processo de autuação e julgamento das multas, foi possível observar que a informatização e as melhorias a serem propostas, por si só, não serão suficientes para trazer melhoras no sistema de transporte como um todo. Em outras palavras, por mais moderna e eficiente que a COMIM seja, isso não significa necessariamente que o sistema público de transporte será melhor, ou, conforme prescreve a Lei nº 13.241/01, que haverá “boa qualidade do serviço”, assim considerada a sua prestação envolvendo rapidez, conforto, regularidade, segurança, continuidade, modicidade tarifária, eficiência, atualidade tecnológica e acessibilidade, particularmente para as pessoas com deficiência, idosos e gestantes (art. 3º, inc. III).

Isso porque, para a melhoria do sistema de transporte público, torna-se necessário que o Poder Público possua um conjunto melhor de mecanismos voltados à fiscalização desse serviço público de caráter essencial. Ou seja, o serviço só vai melhorar quando a fiscalização for mais eficiente, o número de fiscais for adequado, o processo sancionatório for mais ágil, o valor das multas for mais alto, enfim, quando o operador do sistema perceber que, sob o aspecto econômico, é mais vantajoso prestar um serviço nos moldes pretendidos pelo Poder Público, isto é, com boa qualidade, do que, por exemplo, com menos veículos nas ruas ou ainda com veículos em desconformidade com as normas.

O trabalho individual de conclusão do curso, então, tem por objetivo geral avaliar a importância da fiscalização como instrumento de gestão pública, analisando, no caso concreto, os problemas verificados agora no Sistema de Transporte Coletivo Urbano de Passageiros da Cidade de São Paulo. Por sua vez, o objetivo específico do trabalho visa: identificar os principais conceitos jurídicos aplicáveis, de modo geral, à fiscalização do serviço público; destacar o modelo adotado, pelo Município de São Paulo, na gestão do sistema de transporte público; discutir, a partir da legislação existente assim como das informações obtidas para o desenvolvimento do trabalho em grupo, possíveis erros e acertos do modelo atual de regulação, no que tange ao controle da prestação do serviço público.

Em síntese, pode se dizer que o trabalho tem por finalidade solucionar, sob o ponto de vista acadêmico, as seguintes questões: o Sistema de Transporte Coletivo Urbano de Passageiros da Cidade de São Paulo, instituído através da Lei Municipal nº 13.241/01, possui instrumentos jurídicos adequados à fiscalização desse serviço público de caráter essencial? A fiscalização, nos moldes atuais, permite uma gestão pública eficiente, conforme determina a Constituição Federal? Por meio do modelo atual de prestação desse serviço público essencial, a Administração Pública conseguirá alcançar a “boa qualidade do serviço”?

São hipóteses do presente projeto de pesquisa: (i.) o ordenamento jurídico dispõe de diversos mecanismos que permitem a fiscalização dos serviços públicos; (ii.) o modelo de fiscalização adotado pelo Município de São Paulo, para o sistema de transporte público, encontra-se adequado; (iii.) apesar de ser correto, o modelo ainda necessita de melhorias, tanto no que diz respeito às obrigações estabelecidas nos contratos de concessão e permissão em vigor (e respectivos regulamentos, como é o caso do RESAM – Regulamento de Sanções e Multas), quanto na sua operação e, principalmente, na sua fiscalização; (iv.) tanto a regulação, quanto a fiscalização ou até mesmo a gestão, quando realizadas de forma inadequada (ou tardiamente), fomentam a prestação de um serviço público com qualidade ruim, ou seja, muito inferior àquela esperada pela população; etc.

Para o melhor desenvolvimento do trabalho, reputamos necessário dividir o texto nas seguintes partes: a delegação de serviço público, a fiscalização do serviço público e o serviço de transporte coletivo. A partir dos conceitos trabalhados nestes três pontos, analisaremos o Sistema de Transporte Coletivo Urbano de Passageiros da Cidade de São Paulo, conforme o modelo de regulação estabelecido na legislação municipal em vigor. Por fim, o trabalho apresentará a conclusão, onde serão destacadas a síntese das principais ideias e as observações mais relevantes percebidas durante o desenvolvimento da pesquisa.

2 – DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988, ao dispor sobre a ordem econômica e financeira do Estado, mais especificamente dos princípios gerais da atividade econômica, determina expressamente que os serviços públicos devem ser prestados pelo Poder Público, de forma direta, ou por particulares, por meio do regime de concessão ou permissão, nestes casos sempre precedidos de licitação pública.

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

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

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

Apesar de apontar a titularidade e as formas de sua prestação, nem a Constituição, nem as leis ordinárias, apresentam um conceito, por mais simplista que seja, do que vem a ser serviço público. Isso nos permite buscar, desde já, auxílio na doutrina pátria.

Hely Lopes Meirelles, ao frisar que o conceito de serviço público é variável e flutua ao sabor das necessidades e contingências políticas, econômicas, sociais e culturais de cada comunidade, em cada momento histórico, entende que “serviço público é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controle estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniências do Estado” (2002:316).

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, por sua vez, ressalta que o serviço público pode ser conceituado tanto de forma ampla, quanto de modo restrito, uma vez que nas duas hipóteses, em geral, combinam-se três elementos para a definição: o material (atividade de interesse coletivo), o subjetivo (presença do Estado) e o formal (procedimento de Direito Público). De modo amplo, amparado nas lições de Mário Masagão, a professora considera serviço público “toda atividade que o Estado exerce para cumprir seus fins, exceto a judiciária” e, de forma restrita, “toda atividade material 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” (2004:95-99).

Para Marçal Justen Filho, “serviço público é uma atividade pública administrativa de satisfação concreta de necessidades individuais ou transindividuais, materiais ou imateriais, vinculadas diretamente a um direito fundamental¹, insuscetíveis de satisfação adequada mediante os mecanismos da livre iniciativa privada, destinada a pessoas indeterminadas, qualificada legislativamente e executada sob regime de direito público” (2014:727). Celso Antônio Bandeira de Mello conceitua serviço público como “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 – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais – , instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo” (2007:650). E amparado justamente neste entendimento, Diógenes Gasparini conceitua serviço público como sendo “toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade fruível preponderantemente pelos administrados, prestada pela Administração Pública ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público, instituído a favor de interesses definidos como próprios pelo ordenamento jurídico” (2008:294).

¹ Ao comentar este elemento da definição proposta, Marçal Justen Filho assevera que: “A atividade de serviço público é um instrumento de satisfação direta e imediata dos direitos fundamentais, relacionados à dignidade da pessoa humana. O serviço público existe porque os direitos fundamentais não podem deixar de ser satisfeitos. Isso não significa afirmar que o único modo de satisfazer os direitos fundamentais seja o serviço público, nem que este seja a única atividade estatal norteadora pela supremacia dos direitos fundamentais. Todas as atividades estatais, mesmo as não administrativas, são um meio de promoção dos direitos fundamentais. Mas o serviço público é o desenvolvimento de atividades de fornecimento de utilidades necessárias, de modo direto e imediato, à satisfação dos direitos fundamentais. Isso significa que o serviço público é o meio de assegurar a existência digna do ser humano. É o serviço de atendimento a necessidades fundamentais e essenciais para a sobrevivência material e psicológica dos indivíduos. Há um vínculo de natureza direta e imediata entre o serviço público e a satisfação de direitos fundamentais. Se esse vínculo não existir, será impossível reconhecer a existência de um serviço público” (2014:729).

Nessa esteira, não é demais ressaltar que, para Di Pietro, a noção de serviço público encontra amparo em três princípios²⁻³ fundamentais: o da continuidade do serviço público, o da mutabilidade do regime jurídico e o da igualdade dos usuários (2004:101-103). O primeiro, como o próprio nome diz, pressupõe que o serviço público não pode sofrer solução de continuidade, ou seja, não pode ser interrompido; o segundo, autoriza mudanças no regime de execução do serviço para adaptá-lo ao interesse público, que é variável no tempo; já o terceiro garante que, perante o serviço público, desde que satisfaça às condições legais, todos têm direito à sua prestação, sem qualquer distinção de caráter pessoal. Porém, esta posição não é uníssona na doutrina pátria. Bandeira de Mello entende que o serviço público encontra assento nos seguintes princípios: dever inescusável do Estado de promover-lhe a prestação; princípio da supremacia do interesse público; princípio da adaptabilidade; princípio da universalidade; princípio da impessoalidade; princípio da continuidade; princípio da transparência; princípio da motivação; e princípio da modicidade das tarifas (2007:656-657).

Quanto à titularidade do serviço público, segundo depreende-se do próprio texto constitucional, o mesmo pertence ao Estado, que pode prestá-lo diretamente ou de maneira indireta, por meio de particulares ou outras pessoas criadas para esse fim. Consoante adverte Bandeira de Mello, não se deve confundir a titularidade do serviço com a titularidade da prestação. Uma e outra são realidades visceralmente distintas. Melhor explicando:

O fato de o Estado (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) ser titular de serviços públicos, ou seja, de ser o sujeito que detém “senhoria” sobre eles (a qual, de resto, é antes de tudo, um dever em relação aos serviços que a Constituição ou a lei puseram ou venham a por seu cargo) não significa que deva obrigatoriamente *prestá-los* por si ou por criatura sua quando detenha a titularidade exclusiva do serviço.

Na esmagadora maioria dos casos estará apenas obrigado a discipliná-lo e a *promover-lhes* a prestação.

² Para Carlos Ari Sundfeld, “princípios são as idéias centrais de um sistema, ao qual dão um sentido lógico, harmonioso, racional, permitindo a compreensão de seu modo de organizar-se.” Neste sentido, complementa o professor: O princípio jurídico é norma de hierarquia superior à das regras, pois determina o sentido e o alcance destas, que não podem contrariá-los, sob pena de pôr em risco a globalidade do ordenamento jurídico. Deve haver coerência entre os princípios e as regras, no sentido que vai daquelas para estas. [...] Por isso, conhecer os princípios é condição essencial para aplicá-lo corretamente. Aquele que só conhece as regras, ignora a parcela mais importante do Direito – justamente a que faz dela um todo coerente lógico e ordenado. Logo, aplica o Direito pela metade. Em outras palavras, aplicar as regras desconsiderando os princípios é não crer em Deus mas preservar a fé em Nossa Senhora!” (1998:133).

³ E, nesta toada, adverte Celso Antônio Bandeira de Mello: “violiar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível e seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que sustentam e alui-se toda a estrutura nelas esforçada” (2007:923).

Assim, tanto poderá prestá-los por si mesmo como poderá promover-lhes a prestação *conferindo a entidades estranhas ao seu aparelho administrativo* (particulares e outras pessoas de direito público interno ou da administração indireta delas) titulação para que os desempenhem, isto é, para que os prestem segundo os termos e condições que fixe e, ainda assim, enquanto o interesse público aconselhar tal solução (sem prejuízo do devido respeito aos interesses econômicos destes terceiros que sejam afetados com a retomada do serviço). Ou seja, poderá conferir “autorização”, “permissão” ou “concessão” de serviços públicos (que são as expressões constitucionalmente utilizadas) para que sejam efetuados por tais pessoas. É óbvio que nos casos em que o Poder Público não detém a exclusividade do serviço, não caberá imaginar esta outorga, pois quem o desempenhe prescinde dela para o exercício da atividade em questão.

Em princípio, poder-se-ia pensar que o titular *exclusivo* dos serviços seria o Estado. Nem sempre, porém, é assim, como de passagem já se anotou. Há certos serviços que serão públicos quando prestados pelo Estado, mas que concernem a atividades em relação às quais não pretendeu deter exclusividade. (MELLO, 2007:659-660)

A doutrina ainda apresenta uma série de outras classificações⁴ bastante interessantes acerca desse assunto. Neste momento, contudo, para fins deste trabalho, faz-se relevante destacar unicamente que a ordem constitucional permite que determinados serviços públicos sejam prestados indiretamente por particulares, por meio de concessão ou permissão, na forma da lei e sempre através de licitação. Nestas hipóteses, vale reprimir, a titularidade dos serviços continua sendo do Estado, cabendo ao particular, tão-somente, uma vez atestada a capacidade da empresa para tanto, a sua prestação por conta e risco e prazo determinado.

Mas qual é a “forma da lei” para tanto?

A resposta para essa pergunta encontra-se na Lei Federal nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição acima anteriormente. Essa norma traz, ao longo de seus diversos artigos, os vetores que norteiam a delegação da prestação de um serviço público, em especial, comandos que orientam os seguintes assuntos: o serviço adequado, os direitos e obrigações dos usuários, a política tarifária, a licitação, o contrato de concessão, os

⁴ Bandeira de Mello, por exemplo, os classifica de acordo com o tratamento constitucional em: serviços de prestação obrigatória e exclusiva do Estado; serviços de prestação obrigatória do Estado e em que é também obrigatório outorgar a concessão a terceiros; serviço de prestação obrigatória pelo Estado, mas sem exclusividade; serviços de prestação não obrigatória pelo Estado, mas não os prestando é obrigatório a promover-lhes a prestação, tendo, pois, que outorgá-los em concessão ou permissão a terceiros (2007:667); Di Pietro, por sua vez, os distingue em: próprios ou impróprios; quanto ao objeto em: administrativos, comerciais ou industriais e sociais; quanto à maneira como concorrem para satisfazer ao interesse geral em: *uti singuli* e *uti universi*; quanto à exclusividade na prestação em: exclusivo e não exclusivo do Estado (2004:103-107); Hely Lopes Meirelles defende que a prestação desse serviço pode ser: centralizada, descentralizada e desconcentrada e que a execução pode ser acontecer de forma direta ou de modo indireto (2002:327-329); Justen Filho entende que os serviços públicos podem ser classificados segundo diversos critérios, tomando-se vista a competência federativa, o grau de essencialidade e a necessidade a ser satisfeita (2014:755); Diógenes Gasparini afirma que os serviços podem ser classificados levando-se em conta os seguintes elementos: a entidade a quem foram atribuídos, a essencialidade, os usuários, a obrigatoriedade da utilização e a execução (2008:297-299); etc.

encargos do poder concedente, os encargos da concessionária, a intervenção, a extinção da concessão; etc.

Concessão de serviço público, nas palavras de Diógenes Gasparini, “é o contrato administrativo pelo qual a Administração Pública transfere, sob condições, a execução e exploração de certo serviço público que lhe é privativo a um particular que para isso manifeste interesse e que será remunerado adequadamente mediante a cobrança, dos usuários, de tarifa previamente por ela aprovada” (2008:365). Importante salientar que a Lei considera a concessão de serviço como 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” (art. 2º, inc. II).

Na visão de Justen Filho⁵, a concessão comum de serviço público “é um contrato plurilateral de natureza organizacional e associativa, por meio do qual a prestação de um serviço público é temporariamente delegada pelo Estado a um sujeito privado que assume seu desempenho diretamente em face dos usuários, mas sob controle estatal e da sociedade civil, mediante remuneração extraída do empreendimento” (2014:759).

Gasparini observa, todavia, que o conceito ofertado para concessão de serviço público vale também para permissão de serviço público, com uma só alteração: em lugar de contrato administrativo coloca-se contrato de adesão, conforme exigido pelo art. 40 da Lei⁶. É de se notar, todavia, que a norma também apresenta o conceito de permissão de serviço público, no caso, assim considerado “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” (art. 2º, inc. IV).

Feita essa observação, merece atenção a orientação contida no art. 6º da citada Lei:

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.

⁵ O autor ainda recomenda conferir a definição adotada pelo Superior Tribunal de Justiça, qual seja: “A concessão de serviço público é o instituto através do qual o Estado atribui o exercício de um serviço público a alguém que aceita prestá-lo em nome próprio, por sua conta e risco, nas condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Poder Público, mas sob garantia contratual de um equilíbrio econômico-financeiro, remunerando-se pela própria exploração do serviço, e geral e basicamente mediante tarifas cobradas diretamente dos usuários do serviço.” (REsp nº 976.836 - RS (2007/0187370-6), Rel. Min. Luiz Fux).

⁶ Art. 40. A permissão de serviço público será formalizada mediante contrato de adesão, que observará os termos desta Lei, das demais normas pertinentes e do edital de licitação, inclusive quanto à precariedade e à revogabilidade unilateral do contrato pelo poder concedente.

§ 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

§ 2º A atualidade compreende a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço.

Em breve síntese, pode se dizer que: a regularidade exige que os serviços sejam prestados segundo padrões de qualidade e quantidade impostos pela Administração Pública; a continuidade impõe ao serviço público o caráter de ser contínuo, sucessivo; a eficiência exige que o responsável pelo serviço público se preocupe sobremaneira com o bom resultado prático da prestação que cabe oferecer aos usuários; a noção de segurança envolve a ideia de que nada deve ser menosprezado se puder, de qualquer modo, colocar em risco os usuários do serviço público ou terceiros ou, ainda, bens públicos e particulares; a atualidade significa que a prestação dos serviços públicos deve acompanhar as modernas técnicas de oferecimento aos usuários; a generalidade significa que o oferecimento do serviço público deve ser igual para todos, sem qualquer discriminação a quem o solicita; pelo princípio da cortesia, a Administração Pública obriga-se a oferecer aos usuários de seus serviços um bom tratamento, ou melhor, um tratamento urbano, sem o desdém daquele que o oferece, uma vez que a prestação não é um favor mas sim um dever; por fim, pela modicidade impõe-se que os serviços públicos sejam prestados mediante taxas ou tarifas justas, pagas pelos usuários para remunerar os benefícios recebidos e permitir o seu melhoramento e expansão (GASPARINI, 2008:301-303). Percebe-se, em suma, que os conceitos que envolvem a noção de serviço público adequado são muito próximos dos princípios gerais mencionados anteriormente.

Note-se que, sempre quando for interesse a concessão ou a permissão de um serviço público, caberá ao Poder Público definir previamente os parâmetros que serão utilizados para aferir se a prestação encontra-se (ou não) adequada ao interesse público envolvido. Conforme preleciona Eurico de Andrade Azevedo (1998:30-31):

Serviço adequado é aquele que está conforme à pretensão do Poder Público no atendimento aos usuários. Em outras palavras, serviço adequado será aquele que corresponder precisamente ao objeto desejado pela Administração para satisfazer as necessidades da comunidade interessada. Nos termos da lei, toda concessão ou permissão pressupõe a obrigação de prestar serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários. Isto quer dizer que o serviço prestado deverá satisfazer o universo de usuários pretendido. Na verdade, o preceito exprime um ideal pouco atingível na prática, em face das condições de desenvolvimento que o País atravessa. Mas é indispensável que a lei assim disponha para que o Poder Público possa exigir do concessionário ou permissionário as providências imprescindíveis à melhoria do serviço.

E uma vez reunidos esses elementos que permitem identificar objetivamente o que vem a ser “serviço adequado”, cumpridas as demais formalidades legais⁷⁻⁸, poderá o Poder Público realizar licitação para conceder ou permitir que o particular preste o serviço público de sua titularidade. Pois, não obstante o comando prescrito no art. 175 da Constituição, dispõe também a Lei nº 8.987/95 que a licitação se faz necessária:

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.

Esse certame deverá observar, obrigatoriamente, além dos termos da Lei nº 8.987/95, as regras estabelecidas na Lei Federal nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que instituiu normas

⁷ De acordo com a Lei nº 8.987/95: Art. 18. O edital de licitação será elaborado pelo poder concedente, observados, no que couber, os critérios e as normas gerais da legislação própria sobre licitações e contratos e conterá, especialmente: I - o objeto, metas e prazo da concessão; II - a descrição das condições necessárias à prestação adequada do serviço; III - os prazos para recebimento das propostas, julgamento da licitação e assinatura do contrato; IV - prazo, local e horário em que serão fornecidos, aos interessados, os dados, estudos e projetos necessários à elaboração dos orçamentos e apresentação das propostas; V - os critérios e a relação dos documentos exigidos para a aferição da capacidade técnica, da idoneidade financeira e da regularidade jurídica e fiscal; VI - as possíveis fontes de receitas alternativas, complementares ou acessórias, bem como as provenientes de projetos associados; VII - os direitos e obrigações do poder concedente e da concessionária em relação a alterações e expansões a serem realizadas no futuro, para garantir a continuidade da prestação do serviço; VIII - os critérios de reajuste e revisão da tarifa; IX - os critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros a serem utilizados no julgamento técnico e econômico-financeiro da proposta; X - a indicação dos bens reversíveis; XI - as características dos bens reversíveis e as condições em que estes serão postos à disposição, nos casos em que houver sido extinta a concessão anterior; XII - a expressa indicação do responsável pelo ônus das desapropriações necessárias à execução do serviço ou da obra pública, ou para a instituição de servidão administrativa; XIII - as condições de liderança da empresa responsável, na hipótese em que for permitida a participação de empresas em consórcio; XIV - nos casos de concessão, a minuta do respectivo contrato, que conterá as cláusulas essenciais referidas no art. 23 desta Lei, quando aplicáveis; XV - nos casos de concessão de serviços públicos precedida da execução de obra pública, os dados relativos à obra, dentre os quais os elementos do projeto básico que permitam sua plena caracterização, bem assim as garantias exigidas para essa parte específica do contrato, adequadas a cada caso e limitadas ao valor da obra; XVI - nos casos de permissão, os termos do contrato de adesão a ser firmado.

⁸ Art. 23. São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas: I - ao objeto, à área e ao prazo da concessão; II - ao modo, forma e condições de prestação do serviço; III - aos critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros definidores da qualidade do serviço; IV - ao preço do serviço e aos critérios e procedimentos para o reajuste e a revisão das tarifas; V - aos direitos, garantias e obrigações do poder concedente e da concessionária, inclusive os relacionados às previsíveis necessidades de futura alteração e expansão do serviço e conseqüente modernização, aperfeiçoamento e ampliação dos equipamentos e das instalações; VI - aos direitos e deveres dos usuários para obtenção e utilização do serviço; VII - à forma de fiscalização das instalações, dos equipamentos, dos métodos e práticas de execução do serviço, bem como a indicação dos órgãos competentes para exercê-la; VIII - às penalidades contratuais e administrativas a que se sujeita a concessionária e sua forma de aplicação; IX - aos casos de extinção da concessão; X - aos bens reversíveis; XI - aos critérios para o cálculo e a forma de pagamento das indenizações devidas à concessionária, quando for o caso; XII - às condições para prorrogação do contrato; XIII - à obrigatoriedade, forma e periodicidade da prestação de contas da concessionária ao poder concedente; XIV - à exigência da publicação de demonstrações financeiras periódicas da concessionária; e XV - ao foro e ao modo amigável de solução das divergências contratuais.

gerais para licitações e contratos da Administração Pública, em atenção ao disposto no art. 37, inc. XXI, da Constituição Federal⁹, como se extrai do artigo 18 a seguir reproduzido:

Art. 18. O edital de licitação será elaborado pelo poder concedente, observados, no que couber, os critérios e as normas gerais da legislação própria sobre licitações e contratos e conterà, especialmente: [...]

3 – DO DEVER DE FISCALIZAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS

A Constituição Federal, conforme visto acima, admite expressamente a possibilidade de que a prestação do serviço público seja realizada sob o regime de concessão ou permissão, sendo que, em ambos os casos, impõe-se que seja realizado de modo “adequado” pelo particular. Importante reprimir que, de acordo com a Lei, adequado é o serviço que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas (art. 6º, parágrafo 1º, da Lei nº 8.987/95).

Como bem observa Diógenes Gasparini, a inobservância desses requisitos ensancha à Administração Pública concedente a oportunidade de exigir seu total cumprimento, de aplicar, depois do devido processo legal, as penas cabíveis e de intervir na prestação (2008:379).

É de se notar, todavia, que somente a partir da definição do serviço público a ser delegado é que se pode estabelecer especificamente aquelas condições a serem satisfeitas para efeitos de mensuração do que é ou não adequado. Assim, o que pode ser considerado “seguro” para fins de concessão de serviços de conservação de rodovias, por exemplo, pode ser insuficiente para um modelo de concessão de infraestrutura aeroportuária; o que pode ser considerado “atual” para uma concessão de serviços de telefonia móvel pode não ser para uma concessão de serviços de telefonia fixa; e assim por diante.

Compete ao Poder Público, então, estabelecer previamente quais serão as condições necessárias à prestação do serviço a partir da sua outorga ao particular, sob todos aqueles aspectos citados no art. 6º, parágrafo 1º, da Lei nº 8.987/95 mencionado anteriormente. Com base nesses elementos, isto é, uma vez delimitado o escopo do serviço público a ser delegado,

⁹ Art. 37 [...] XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

após cumpridas as demais formalidades previstas em lei¹⁰, o Poder Público poderá dar início ao procedimento licitatório voltado à concessão ou permissão. Percebe-se, desta forma, que no momento em que a fase externa da licitação é iniciada, com a publicação do edital na imprensa oficial, o Poder Público já tem definido dois pontos que são fundamentais para a execução do contrato a ser firmado: os parâmetros técnicos necessários à prestação do serviço adequado e, também, a equação econômico-financeira que deve ser mantida durante todo o período de vigência contratual.

Com essas informações em mãos, o particular interessado em obter a delegação da prestação do serviço público poderá avaliar os ônus e bônus a serem assumidos perante o Poder Público, assim como elaborar a proposta comercial a ser ofertada e, por consequência, obviamente, providenciar todos os documentos exigidos por lei para fins de habilitação na licitação.

Assim, após concluída a licitação, uma vez firmado o contrato de concessão, não há dúvida de que as partes contratantes conhecem os seus direitos e as suas obrigações. Até porque, além de constar da minuta do contrato anexo ao edital de licitação, as respectivas atribuições decorrem de lei. É o que se observa dos artigos 29 e 31 da Lei nº 8.987/95:

Art. 29. Incumbe ao poder concedente:

- I - regulamentar o serviço concedido e fiscalizar permanentemente a sua prestação;
- II - aplicar as penalidades regulamentares e contratuais;
- III - intervir na prestação do serviço, nos casos e condições previstos em lei;
- IV - extinguir a concessão, nos casos previstos nesta Lei e na forma prevista no contrato;
- V - homologar reajustes e proceder à revisão das tarifas na forma desta Lei, das normas pertinentes e do contrato;
- VI - cumprir e fazer cumprir as disposições regulamentares do serviço e as cláusulas contratuais da concessão;
- VII - zelar pela boa qualidade do serviço, receber, apurar e solucionar queixas e reclamações dos usuários, que serão cientificados, em até trinta dias, das providências tomadas;
- VIII - declarar de utilidade pública os bens necessários à execução do serviço ou obra pública, promovendo as desapropriações, diretamente ou mediante outorga de poderes à concessionária, caso em que será desta a responsabilidade pelas indenizações cabíveis;
- IX - declarar de necessidade ou utilidade pública, para fins de instituição de servidão administrativa, os bens necessários à execução de serviço ou obra pública, promovendo-a diretamente ou mediante outorga de poderes à concessionária, caso em que será desta a responsabilidade pelas indenizações cabíveis;
- X - estimular o aumento da qualidade, produtividade, preservação do meio-ambiente e conservação;
- XI - incentivar a competitividade; e
- XII - estimular a formação de associações de usuários para defesa de interesses relativos ao serviço.

¹⁰ Art. 5º O poder concedente publicará, previamente ao edital de licitação, ato justificando a conveniência da outorga de concessão ou permissão, caracterizando seu objeto, área e prazo.

[...]

Art. 31. Incumbe à concessionária:

I - prestar serviço adequado, na forma prevista nesta Lei, nas normas técnicas aplicáveis e no contrato;

II - manter em dia o inventário e o registro dos bens vinculados à concessão;

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

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

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

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

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

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

Verifica-se que, seguindo as diretrizes constitucionais, dentre outras atribuições, compete ao Poder Público regulamentar o serviço concedido, fiscalizar a sua prestação, além de aplicar as penalidades regulamentares e contratuais. E a Lei reitera, por diversas ocasiões, essa obrigação de fiscalizar, conforme denota-se do texto reproduzido abaixo:

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

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

Ao tratar do poder de inspeção e fiscalização, Celso Antônio Bandeira de Mello destaca o seguinte:

Poder de inspeção e fiscalização: por força dele, o concedente está qualificado para manter-se permanentemente informado sobre todo o comportamento do concessionário relacionado com o desempenho do serviço. Com isto poderá verificar, como de seu dever, se o concessionário está atendendo de modo satisfatório e desejável às obrigações assumidas, ao acompanhar, mesmo no interior da vida da empresa, inclusive através de exame de livros, registros e assentamentos desta, as providências tomadas e a lisura delas para implemento dos encargos da concessão. Ao poder de permanente inspeção e fiscalização a Lei 8.987 se refere em diferentes passagens. Assim, já o art. 3º menciona a fiscalização efetuada pelo poder concedente, *com a cooperação dos usuários*. Outras menções existem, tanto no art. 29, I, no qual se relacionam os “encargos do poder concedente”, quanto no art. 30, ao estatuir que, no exercício da fiscalização, “o poder concedente terá acesso aos dados relativos à administração, contabilidade, recursos técnicos, econômicos e financeiros da concessionária”, e assim também no parágrafo único do mesmo preceptivo, a teor do qual “a fiscalização do serviço será feita por intermédio de órgão técnico do poder concedente ou por entidade com ele conveniada, e,

periodicamente, conforme previsto em norma regulamentar, por comissão composta de representantes do poder concedente, da concessionária e dos usuários”. Do mesmo modo está contemplado no art. 31, ao tratar dos “encargos da concessionária”, entre os quais menciona, no inciso V, o de “permitir aos encarregados da fiscalização livre acesso, em qualquer época, às obras, aos equipamentos e às instalações integrantes do serviço, bem como a seus registros contábeis”. Além destes preceptivos, o art. 23, atinente às cláusulas essenciais do “contrato” de concessão, em seu inciso VII, arrola, entre elas, as relativas “à forma de fiscalização das instalações, dos equipamentos, dos métodos e práticas de execução do serviço, bem como a indicação dos órgãos competentes para exercê-la”. (MELLO, 2007:705-706)

No mesmo sentido é a opinião de Diógenes Gasparini:

O direito de fiscalizar o exercício da concessão ou acompanhar a prestação do serviço concedido pode ser exercido mesmo que não expresso no ato e outorga. Dele se vale a Administração pública enquanto vigente a concessão de serviço público. Ademais, é atribuição que não se exaure a cada utilização; é direito que a qualquer instante pode ser exercitado. Por ele, o concedente mantém-se permanentemente informado sobre o comportamento do concessionário. Só é cabível se com a concessão tiver um mínimo de relação. Fora da concessão não cabe qualquer espécie de inspeção e fiscalização. Não tem sentido o concedente, a pretexto de exercitar qualquer desses poderes, fiscalizar as atividades industriais desempenhadas pelos sócios da concessionária. Está previsto como encargo da Administração Pública concedente no inciso I, do art. 29, da Lei federal n. 8.987/95. No exercício do direito de fiscalizar, prescreve o art. 30 dessa lei, a Administração Pública concedente terá acesso aos dados relativos à administração, contabilidade, recursos técnicos, econômicos e financeiros do concessionário. (GASPARINI, 2008:389-390)

Antônio Carlos Cintra do Amaral ainda adverte que “é desejável que as concessões estejam submetidas ao controle permanente da sociedade, especialmente das organizações de usuários. A eficácia desse controle, porém, está na dependência direta do grau de desenvolvimento do processo democrático no país, já que seria ingenuidade acreditar que segmentos sociais possam ser organizados e estruturados apenas por normas jurídicas” (2002:38).

Importante ressaltar que, não obstante as obrigações impostas pela Lei nº 8.997/95 ao Poder Público, dispõe a Lei nº 8.666/93 que constituem prerrogativas inerentes ao regime jurídico aplicável aos contratos administrativos fiscalizar e aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste. *In verbis*:

Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:

- I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado;
- II - rescindi-los, unilateralmente, nos casos especificados no inciso I do art. 79 desta Lei;
- III - fiscalizar-lhes a execução;
- IV - aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste;

V - nos casos de serviços essenciais, ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, na hipótese da necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, bem como na hipótese de rescisão do contrato administrativo.

São as denominadas “cláusulas exorbitantes”, características aos contratos em que tem como uma das partes o Poder Público, que podem ser consideradas como sendo aquelas que não seriam comuns ou que seriam ilícitas em contrato celebrado entre particulares, por conferirem privilégios a uma das partes (a Administração) em relação à outra. Nas lições de Hely Lopes Meirelles:

Cláusulas exorbitantes são, pois, as que excedem do Direito Comum para consignar uma vantagem ou uma restrição à Administração ou ao contratado. As cláusulas exorbitantes não seriam lícitas num contrato privado, porque desigualariam as partes na execução do avençado; mas são absolutamente válidas no contrato administrativo, uma vez que decorrem da lei ou dos princípios que regem a atividade administrativa e visam estabelecer prerrogativas em favor de uma das partes, para o perfeito atendimento do interesse público, que se sobrepõe sempre aos interesses particulares. É, portanto, a presença dessas *cláusulas exorbitantes* no contrato administrativo que lhe imprime o que os franceses denominam *la marque du Droit Public*, pois, como observa Laubadère: “*C’est en effet la présence de Telles clauses dans un contrat que est Le critère par excellence se son caractere administratif*”. (MEIRELLES, 2002:189)

4 – DO SERVIÇO DE TRANSPORTE COLETIVO

A Constituição Federal, ao tratar da organização político-administrativa do Estado, estabelece que constitui competência¹¹ dos municípios organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local¹²⁻¹³, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial¹⁴ (art. 30, inc. V).

¹¹ Competência, segundo De Plácido e Silva, na técnica jurídica, possui uma dupla aplicação: a) tanto significa a capacidade, no sentido de aptidão, pela qual uma pessoa pode exercer ou fruir um direito; b) como significa a capacidade, no sentido de poder em virtude do qual a autoridade possui legalmente atribuição para conhecer de certos atos jurídicos e deliberar a seu respeito. No primeiro caso, a competência revela a faculdade que é assegurada por lei, para que se possam exercer direitos, autorizando a prática de todos os atos defensivos dos mesmos, ou necessários para mantê-los. No segundo caso, significa o poder que outorga à pessoa ou instituição, autoridade jurisdicional para deliberar sobre determinado assunto, resolvendo-o segundo as regras ou os limites que a investem nesse mesmo poder. Em tais circunstâncias, a competência toma o duplo aspecto de administração da Justiça. E, daí, a distinção entre competência administrativa e competência judiciária. Na terminologia do Direito Público, a competência administrativa indica a soma de poderes que as leis outorgam às autoridades administrativas, para que possam administrar e gerir os negócios públicos. (SILVA, 2000:186)

¹² Celso Ribeiro Bastos ressalta que, “no que toca à repartição de competências entre os níveis de governo existentes no Brasil, a Constituição adotou o seguinte critério: competem aos Municípios todos os poderes inerentes a sua faculdade para dispor sobre tudo aquilo que diga respeito ao seu interesse local; competem aos Estados-Membros todos os poderes residuais, isto é, tudo aquilo que não lhes foi vedado pela Magna Carta, nem estiver contido entre os poderes da União ou dos Municípios. O conceito-chave utilizado pela Constituição para

Em São Paulo, a Lei Orgânica do Município reforça a atribuição da Prefeitura de planejar, organizar, implantar e executar, diretamente ou sob regime de concessão, permissão, ou outras formas de contratação, bem como regulamentar, controlar e fiscalizar o transporte público, no âmbito do Município (art. 172). Neste sentido, ressalta Hely Lopes Meirelles que, embora a Constituição Federal não tenha se referido à “autorização”¹⁵ para transporte coletivo, em casos excepcionais e de pequena duração, esse regime de prestação de serviço público pode ser utilizado, como fez essa LOM, ao admitir “outras formas de contratação” (2003:429).

A partir disso, por iniciativa do Poder Executivo (Projeto de Lei nº 539/01), editou-se a Lei Municipal nº 13.241, 12 de dezembro de 2001, dispondo sobre a organização dos serviços do Sistema de Transporte Coletivo Urbano de Passageiros na Cidade de São Paulo, em substituição ao antigo Sistema Municipal de Transportes Urbanos, instituído por meio da Lei nº 11.037, de 25 de julho de 1991.

Esse Sistema, não é demais frisar, pautou-se, dentre outras, nas seguintes diretrizes: na universalidade de atendimento, respeitados os direitos e obrigações dos usuários; na boa qualidade do serviço; na prioridade do transporte coletivo sobre o individual; na redução das diversas formas de poluição ambiental e no estímulo à participação do usuário na fiscalização da prestação dos serviços delegados.

Ademais, conforme observa Alexandre de Ávila Gomide:

definir a área de atuação do Município é o de interesse local. Cairá, pois, na competência municipal tudo aquilo que for de seu interesse local. É evidente que não se trata de um interesse exclusivo, visto que qualquer matéria que afete uma dada comuna findará de qualquer maneira, mais ou menos direta, por repercutir nos interesses da comunidade nacional. Interesse exclusivamente municipal é inconcebível, inclusive por razões de ordem lógica: sendo o Município parte de uma coletividade maior, o benefício trazido a uma parte de todo acresce a este próprio todo. Os interesses locais dos Municípios são os que entendem imediatamente com as suas necessidades imediatas, e, indiretamente, em maior ou menor repercussão, com as necessidades gerais.” (BASTOS, 1997:311)

¹³ Registra, também, Hely Lopes Meirelles: “O critério do interesse local é sempre relativo ao das demais entidades estatais. Se predomina sobre determinada matéria o interesse do Município em relação ao Estado-membro e ao da Federação, tal matéria é de competência do Município; se seu interesse é secundário comparativamente ao das demais pessoas político-administrativas, a matéria refoge de sua competência privativa, passando para a que tiver interesse predominantemente a respeito do assunto.” (MEIRELLES, 2002:326)

¹⁴ Antônio Carlos Cintra do Amaral aduz que constitui um equívoco falar-se em serviço público essencial. Isso porque: “A prestação dos serviços públicos é dever do Poder Público, que pode prestá-los diretamente ou indiretamente. Se uma atividade foi definida pelo ordenamento jurídico como ‘serviço público’, ela é essencial à comunidade. Não há serviços públicos *essenciais* e serviços públicos *não-essenciais*. Nem serviços públicos *mais essenciais* e serviços públicos *menos essenciais*. O Poder Público tem o dever de prestar, adequada e continuamente, todos os serviços públicos, como tais definidos pelo ordenamento jurídico.” (AMARAL, 2002:18).

¹⁵ “Serviços autorizados são aqueles que o Poder Público, por auto unilateral, precário e discricionário, consente na sua execução por particular para atender a interesses coletivos instáveis ou emergência transitória. [...] Os serviços autorizados não se beneficiam das prerrogativas das atividades públicas, só auferindo as vantagens que lhe forem expressamente deferidas no ato da autorização, e sempre sujeitas a modificação ou supressão sumária, dada a precariedade ínsita desse ato.” (MEIRELLES, 2003:399)

O novo modelo de delegação previu a diversificação da oferta e da estrutura competitiva, com a absorção pelo sistema de parcela dos autônomos e informais que operava à margem do sistema regular. A cidade foi dividida em oito áreas, enquanto referência para a definição dos lotes de delegação. A operação do transporte, com base no modelo proposto, foi objeto de licitação, que teve como modalidade o critério de menor preço oferecido. O modelo adotado possibilitou avanços significativos a partir de melhorias de eficiência operacional como racionalização da oferta, renovação expressiva da frota, novo patamar de equilíbrio operacional do sistema, além da recuperação da credibilidade da população nos serviços, da implantação do bilhete único e da redução significativa da informalidade e da ilegalidade. As lacunas existentes no modelo, que podem comprometer seu sucesso, estão relacionadas com fatores relativos ao equilíbrio financeiro, dadas a implementação da integração temporal, a questão metropolitana e a integração intermodal, que continuam em aberto. (GOMIDE, 2004:07)

A regulação¹⁶ proposta para o STCUP-SP adotou o seguinte modelo:

- *prazo da delegação*: 15 anos para a concessão, contados da data da assinatura do contrato, incluindo-se eventuais prorrogações, com a possibilidade de ser fixados em até 25 anos, contados da data da assinatura do contrato, nos casos de elevados investimentos em bens reversíveis; até 7 anos para a permissão, contados da assinatura do contrato, com possibilidade de prorrogação por até 3 anos;

- *organização dos serviços*: um Sistema Integrado, composto por um subsistema estrutural (conjunto de linhas de transporte coletivo público de passageiros que atendem a demandas elevadas e integram as diversas regiões da cidade) e um subsistema local (conjunto de linhas de transporte coletivo público de passageiros que atendem a demandas internas de uma mesma região e alimentam o subsistema estrutural); acrescido da prestação de serviços complementares, no caso, serviços de Transporte Público de caráter especial, com tarifa diferenciada, que serão prestados por operadores ou terceiros, de acordo com as disposições regulamentares editadas pela Secretaria Municipal de Transportes;

- *condições de entrada e saída do mercado*: o ingresso será sempre por meio de licitação, seja para a concessão ou para a permissão. A saída, no caso, a extinção da concessão poderá ocorrer mediante os seguintes fatores: advento do termo do contrato, encampação, caducidade, rescisão, anulação, falência ou extinção da empresa concessionária e falecimento ou incapacidade do titular, no caso de empresa individual. Já a permissão será extinta pelo

¹⁶ Alexandre de Ávila Gomide, pautado nas lições de Giambiagi e Além (2000), destaca que “os principais objetivos da regulação são: o bem-estar do usuário; a melhora da eficiência alocativa (situação na qual se realiza o maior volume de transações econômicas, com a geração da maior renda agregada possível), da eficiência distributiva (definida pela capacidade da redução da apropriação dos excedentes econômicos por parte do prestador do serviço ou produtor do bem) e da eficiência produtiva da atividade (entendida como a utilização da planta instalada, com o máximo rendimento e menor custo); a interoperabilidade da rede (i.e. a interconexão entre os diferentes operadores); a qualidade e a universalização do acesso aos serviços.” Mais adiante, o autor ressalta: “a necessidade da regulação do transporte urbano de maneira mais ampla se justifica no crescimento dos congestionamentos de trânsito, da poluição do ar e da privação do acesso pelos mais pobres aos serviços nas grandes cidades, ou seja: nas perdas de bem-estar para toda a sociedade.” (GOMIDE, 2004:11-13)

advento do termo final previsto no contrato ou, ainda, por sua natureza, poderá ser revogada pela inexecução total ou parcial do contrato, que pode ensejar, a critério do Poder Público, a aplicação de sanções contratuais ou por razões de interesse público, obedecida a análise de conveniência e oportunidade do Poder Público;

- *formas de remuneração*: remuneração com base no número de passageiros transportados, atendidos os padrões de qualidade do serviço definidos pelo Poder Público;

- *divisão de riscos*: os riscos de demanda recaem sobre os operadores e os riscos de custos recaem sobre os usuários pagantes;

- *papel dos agentes*: constituem atribuições do Poder Público planejar os serviços do STCUP; autorizar e regular as linhas ou trechos de linha dos serviços de transporte coletivo urbano, terminais e paradas, que estejam em território do Município, independentemente de sua origem ou do poder delegador, disciplinando a sua inserção no espaço urbano do Município; e regulamentar o serviço de transporte coletivo público de passageiros. De outro lado, constitui obrigação dos operadores prestar o serviço delegado, de forma adequada à plena satisfação dos usuários, conforme disposições estabelecidas na Lei nº 8.987/95, bem como na Lei nº 8.666/93, nos regulamentos, editais e contratos.

Reunidos estes e outros elementos, no ano de 2002, a cidade de São Paulo, por meio de sua Secretaria Municipal de Transportes, instaurou dois processos¹⁷, sendo um voltado à concessão da prestação dos serviços de transporte coletivo público de passageiros, em 8 (oito) áreas operacionais, em favor de pessoa jurídica ou consórcio de empresas brasileiras, e outro voltado à permissão, a título precário, em parcela de cada uma das áreas do subsistema local, para pessoa física ou jurídica, com a finalidade de atender às necessidades atuais e futuras de deslocamento da população. Esses certames ensejaram a formalização de diversos contratos de concessão, assim como de permissão de serviço público, os quais permanecem em vigor desde a sua formalização.

5 – ESTUDO DE CASO: A FISCALIZAÇÃO NO STCUP-SP

O Poder Público, sem sombra de dúvida, tem o dever de fiscalizar a prestação dos serviços delegados. Essa obrigação é inerente à própria natureza dos serviços públicos.

¹⁷ Concorrência Pública nº 012 (concessão) e 013/02 (permissão). Posteriormente, em 2006, foi instaurada uma nova licitação, voltada exclusivamente para a concessão da Área 4 (Concorrência Pública nº 006/06).

Como bem observa Eurico de Andrade Azevedo:

Embora o concessionário atue em nome próprio, o serviço continua sendo público, motivo pelo qual o seu controle e fiscalização são reservados ao poder concedente, que é o fiador da boa prestação do serviço perante o usuário. (AZEVEDO, 2008:25)

E conforme exposto anteriormente, trata-se de atribuição que, além de decorrer da Constituição Federal em vigor, também encontra-se lastreada em todas as legislações de âmbito federal e municipal que tratam sobre a matéria.

No Sistema de Transporte Coletivo Urbano da Cidade de São Paulo, a competência para fiscalizar e controlar a prestação do serviço é do Poder Público Municipal. Todavia, por força de lei, esse serviço é executado pela São Paulo Transporte S.A. – SPTrans, que é uma empresa municipal, constituída sob a forma de uma sociedade de economia mista, com o objetivo de realizar estudos para planejamento, gestão, fiscalização e exploração de serviço de transporte coletivo urbano de passageiros.

Como não poderia deixar de ser, a fiscalização da prestação dos serviços afetos ao STCUP-SP tem como base a já citada Lei nº 13.241/01, os contratos firmados em decorrência das licitações voltadas à concessão/permissão e, ainda, os manuais técnicos e regulamentos¹⁸, em especial, aqui, o Regulamento de Sanções e Multas – RESAM, editado pela SMT¹⁹.

A lei define a modelagem a ser adotada pelo Sistema ou, melhor, estabelece as atribuições de cada um dos agentes e, principalmente, os pilares – *técnico, financeiro e legal* – da delegação.

O contrato, por sua vez, melhor detalha o modelo de delegação, estabelecendo os direitos e as obrigações de cada uma das partes. Além disso, o instrumento contratual também delimita o escopo da prestação dos serviços²⁰, define as competências institucionais (Poder Executivo Municipal e SMT), fixa a forma de prestação dos serviços (especialmente no que diz respeito às linhas, veículos e terminais), delimita as penalidades, a forma de remuneração

¹⁸ Para Celso Antônio Bandeira de Mello, “pode se conceituar o regulamento em nosso Direito como ato geral e (de regra) abstrato, de competência privativa do Chefe do Poder Executivo, expedido com a estrita finalidade de produzir as disposições operacionais uniformizadoras necessárias à **execução de lei** cuja aplicação demande de atuação da Administração Pública.”

¹⁹ Portarias SMT de nº 085/02; 111/03; 097/05 e 168/07 (a última alterada pelas Portarias nº 027/08, 129/08, 086/09, 088/10, 029/12, 042/13 e 003/14).

²⁰ É de se notar que objeto do contrato de concessão é mais amplo do que o de permissão. Enquanto este limita-se a delegação da prestação dos serviços de transporte coletivo público de passageiros em parcela de uma determinada a área do subsistema local, aquele também envolve: 1) serviço de operação de transporte coletivo público de passageiros, no Subsistema Estrutural, de uma área de concessão; 2) serviço de operação de transporte coletivo público de passageiros em parcela do Subsistema Local, nos termos do § 1º do artigo 10 da Lei nº 13.241/01; 3) participação no serviço de transporte coletivo público de passageiros na área central; e 4) serviço de operação dos equipamentos de transferência das correspondentes as respectivas áreas.

pelos serviços, as condições para o reajuste da remuneração, dentre outros elementos que lhe são característicos (valor, prazo, garantia, foro, documentos integrantes, etc.).

E sendo, na essência, um contrato administrativo, deve ser executado fielmente pelas partes, de acordo com as cláusulas avençadas e as normas da Lei nº 8.666/93, respondendo cada uma pelas consequências de sua inexecução total ou parcial (art. 66). Consoante Marçal Justen Filho:

O regime de direito administrativo atribui à Administração o poder-dever de fiscalizar a execução do contrato (art. 58, III). Compete à Administração designar um agente seu para acompanhar diretamente a atividade do outro contratante. O dispositivo deve ser interpretado no sentido de que a fiscalização pela Administração não é mera faculdade assegurada a ela. Trata-se de um dever, a ser exercitado para melhor realizar o interesse público. Parte-se do pressuposto, inclusive, de que a fiscalização induz o contratado a executar de modo mais perfeito os deveres a eles impostos. (JUSTEN FILHO, 2002:510)

Acrescenta, ainda, Renato Geraldo Mendes²¹:

Após a formalização do “contrato”, cabe à Administração exigir que o contratado execute o “E” tal como definido no edital. Cumprido rigorosamente o “E”, a Administração deve pagar o “R”, de acordo com o que foi previsto na proposta. Há cumprimento do contrato quando cada uma das partes realiza o que foi acordado. A Administração terá um representante para acompanhar a execução do “E”, e o contratado, um preposto para zelar pela sua realização. O representante da Administração deve anotar todas as ocorrências em registro próprio (livro ou outro meio). Se necessário, o representante pode ser assistido por um terceiro. Como o contratado deve executar fielmente o “E”, cabe ao representante da Administração determinar a regularização das falhas ou defeitos constatados. O representante (fiscal) não pode alterar o “E”, deve se limitar a exigir o seu cumprimento, tal como constante do contrato. A alteração do “E” somente pode ser determinada pela autoridade competente para contratar, pois representa alteração contratual. O contratado é obrigado a reparar, corrigir, remover, reconstruir ou substituir, às suas expensas, no total ou em parte, o encargo (“E”) quando forem verificados vícios, defeitos ou incorreções resultantes da execução ou dos materiais empregados. O contratado somente pode repassar a terceiros a execução de parte do “E”, se permitido pela Administração. A permissão e o seu limite devem constar do edital, não podendo ser autorizada na fase contratual quando não admitida no edital, exceto em situações excepcionais. A Administração deve receber o “E”. O “E” será recebido integralmente ou parcialmente, conforme definido no edital, em razão do planejamento. O recebimento importará na aceitação ou rejeição do “E”, que podem ser total ou parcial. Executado o “E”, deve ser pago o “R”, de acordo com as regras previstas no edital. O pagamento do “R” pode ser feito de uma só vez ou em partes, à medida que o “E” é executado. O princípio que norteia essa questão, no entanto, é o de que, para que o “R” seja pago, é preciso antes cumprir o “E”. Essa é uma norma de Direito Financeiro. Existem exceções que podem ser admitidas, em face de certas condições especiais ou peculiaridades que informam as práticas de mercado.

²¹ MENDES, Renato Geraldo. LeiAnotada.com. Lei nº 8.666/93, nota ao art. 66, categoria Legislação. Disponível em <<http://www.leianotada.com>>. Acesso em 28 ago. 2014.

Os manuais técnicos detalham o Sistema em todos os principais aspectos, dentre eles os fundamentos, a sua estrutura e a forma de operação. Também delimitam cada uma das áreas de operação, seja para concessão, seja para a permissão. Fora isso, os diversos manuais também definem os padrões técnicos de veículos e a infraestrutura básica de garagem, para controle do serviço e, ainda, para a bilhetagem eletrônica.

O STCUP-SP, conforme já citado, com o RESAM. Este regulamento disciplina as sanções e multas aplicáveis aos concessionários e permissionários do serviço de transporte coletivo urbano de passageiros do Município de São Paulo. Além disso, ainda estabelece o Regimento Interno das comissões de julgamento de recursos de autos de infrações lavrados em decorrência de sanções e multas previstas no RESAM. Seguindo os critérios fixados na Lei nº 13.241/01, as sanções passíveis de aplicação em virtude de faltas cometidas pelos operadores são: advertência, multa, apreensão do veículo, afastamento de funcionários, intervenção, no caso de concessão, rescisão do contrato e a declaração de caducidade da concessão. As sanções são classificadas, ainda, segundo padrões de *qualidade, eficiência e segurança* em leves, médias, graves e gravíssimas, diante de 171 posturas definidas para o Sistema (acrescidas de mais 12 condutas específicas para o Subsistema Estrutural, e mais 11 para o Subsistema Local), sendo que para cada nível de infração o RESAM fixa um valor de multa, o qual, como regra²², deve ser multiplicado no caso de reincidência.

Somando-se, então, todos esses elementos técnicos, em especial, esses manuais e o regulamento acima citado, pode se afirmar que o Poder Público possui instrumentos legais suficientes para fiscalizar a prestação dos serviços delegados. Há definição do que é o atual STCUP-SP, de como funciona, de qual é a regra, de quem deve fazer o quê, de qual será o prazo, de quanto deve custar, quais são as sanções cabíveis em caso de descumprimento, etc. Os documentos técnicos complementam a estrutura e o funcionamento do sistema de transporte coletivo, de modo a regulamentar o contrato, o qual encontra-se em conformidade com a Lei Municipal nº 13.241/01, a Lei nº 8.987/95 e a Lei nº 8.666/93 (no que lhe cabe) e, por consequência, com a própria Constituição Federal. Existe, portanto, uma série de fatores e parâmetros técnicos que se permite chegar àquilo que seria o serviço adequado na visão do poder concedente. Em outras palavras, em tese, se observadas todas as particularidades que foram externadas no edital, a coletividade poderá usufruir de serviços regulares, contínuos, eficientes, seguros, atuais, gerais, com cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

²² A partir da edição da Portaria SMT nº 027/08, o RESAM foi alterado para que as infrações decorrentes do descumprimento das partidas programadas previstas no código G-48 do Padrão de Eficiência fossem sancionadas com base em uma fórmula específica, ou seja, não mais com o critério da necessidade de pagamento em dobro na hipótese de reincidência.

Mas isso é suficiente para a existência de um bom serviço? Ou seja, a existência de uma boa regulação (e regulamentação) é suficiente para a prestação de um serviço de maneira adequada? De outro modo, só a lei o contrato bastam?

A resposta, aqui, quer nos parecer bastante simples: não! De nada adianta o Poder Público dispor de “ferramentas” se não sabe como e quando utilizá-las. Por melhor que seja a estrutura jurídica da delegação de um determinado serviço público, como bem se sabe, isso não inibe, por si só, a ocorrência de irregularidade. Se assim o fosse, não existiriam crimes, uma vez que, nos dias de hoje, há previsão legal restringindo a prática de uma infinidade de condutas que são formalmente repelidas pela sociedade há anos (assassinatos, roubos, furtos, fraudes, corrupção, práticas de racismo, etc.). Em virtude disso, a presença do Poder Público, na qualidade de fiscal, deve ser constante e efetiva, de modo a assegurar que um serviço de sua titularidade seja prestado por terceiro de forma adequada.

Essa fiscalização, conforme se extrai da própria lei, deve abranger toda a estrutura da delegação. Assim, não basta acompanhar simplesmente a operação da prestação do serviço. De fato, sem sombra de dúvida, a fiscalização das posturas técnicas é a mais importante para o serviço, pois qualquer vício pode acarretar no comprometimento imediato da regularidade da prestação, ou da continuidade, ou da eficiência ou mesmo da sua segurança, o que não pode ser admitido pela coletividade em hipótese alguma, ainda mais em se tratando de um serviço de caráter essencial, como é o transporte coletivo urbano. Isso impõe, sim, um controle técnico mais rigoroso sobre a operação. Porém, vale insistir, essa mesma atenção deve ser conferida à parte administrativa, financeira e jurídica da concessão/permissão. Isso porque, nos dias de hoje, um problema fiscal ou mesmo contábil pode interferir diretamente na prestação do serviço. Um encargo trabalhista não recolhido ou recolhido incorretamente, por exemplo, pode ocasionar em greve, onde acabará ocorrendo a paralisação de inúmeros funcionários, cujas consequências serão absorvidas no mesmo instante pela população usuária do serviço. E isso, por óbvio, não é o que o interesse público almeja. Desta forma, deve o Poder Público se cercar de todas as cautelas que possam eventualmente interferir na prestação do serviço.

As “ferramentas” também devem ser adequadas para coibir novas irregularidades. Não tem sentido a fiscalização cumprir perfeitamente o papel, inclusive, na hora e na forma que se espera, mas em consequência disso o operador ser sancionado com uma pena que se apresenta aquém ou desproporcional à falta cometida. Uma simples advertência quando seria necessário uma multa ou, no caso, uma multa com valor baixo (ou mesmo desatualizado), não resolve o problema. Não há desestímulo à má prática.

Ademais disso, a fiscalização também deve ser eficiente, o que significa dizer, de acordo com a doutrina, que deve ser feita pela Administração Pública com rapidez, perfeição e rendimento, além, por certo, de observar outras regras, a exemplo do princípio da legalidade. Nas palavras de Diógenes Gasparini:

O desempenho deve ser rápido e oferecido de forma a satisfazer os interesses dos administrados em particular e da coletividade em geral. Nada justifica qualquer procrastinação. Aliás, essa atitude pode levar a Administração Pública a indenizar os prejuízos que o atraso possa ter ocasionado ao interessado num dado desempenho estatal. [...]

As atribuições devem ser executadas com perfeição, valendo-se das técnicas e conhecimentos necessários a tornar a execução a melhor possível, evitando a sua repetição e reclamos por parte dos administrados. Ademais, a realização cuidadosa das atribuições evita desperdício de tempo e de dinheiro públicos, tão necessários na época atual. Por fim, tais competências devem ser praticadas com rendimento, isto é, com resultados positivos para o serviço público e satisfatórios para o interesse da coletividade. Resultados positivos não significam lucros, embora, em alguns casos, possam existir. Deve-se com esse desempenho, rápido e perfeito, atingir um maior número de beneficiados. Procura-se maximizar os resultados em toda e qualquer intervenção da alçada da Administração Pública. Qualquer ação ou decisão deve ter essa preocupação, evitando-se as que não têm ou que não atendam a esse princípio. É, pois, a relação custo benefício que deve presidir todas as ações públicas. (GASPARINI, 2008:22)

E para se eficiente, nos dias de hoje, faz-se necessário que o Poder Público disponha tanto de profissionais capacitados e treinados, em quadros com números suficientes, quanto de tecnologia adequada em todas as suas etapas. E isso permite que a Administração seja, de fato, transparente. E a transparência favorece o maior controle, não só por aquele que tem o dever legal de fiscalizar, mas principalmente pelos usuários do serviço. Não é demais observar que, com o avanço da comunicação digital nos últimos anos, toda sociedade tem demandado por maiores informações que afetem o seu cotidiano. O que antes só interessava aos especialistas, hoje, de um modo mais sintético e objetivo, obviamente, também interessa à coletividade, ainda mais nas grandes metrópoles.

Importante repetir que a ordem jurídica impõe o dever fiscalização ao Poder Público concedente, porém, assegura a possibilidade de que isso seja realizado com o auxílio do usuário do serviço. A Lei nº 8.987/95 é expressa ao afirmar que “as concessões e permissões sujeitar-se-ão à fiscalização pelo poder concedente responsável pela delegação, com a cooperação dos usuários” (art. 3º). No mesmo sentido é a orientação da Lei nº 13.241/01, ao dispor que constitui diretriz do STCUP-SP “estímulo à participação do usuário na fiscalização da prestação dos serviços delegados” (art. 3º, inc. VIII). Isso, contudo, ao que nos parece, não vem acontecendo.

Outro ponto que merece destaque diz respeito à atualidade. Serviço adequado, como visto, é aquele que, dentre outros quesitos, satisfaz as condições de atualidade, o que, segundo a Lei nº 8.987/95, compreende a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço (art. 6º, parágrafo 2º). Desta forma, com base nesta orientação legal, pode se concluir que o Poder Público deve promover a atualização de todos os insumos afetos à prestação do serviço, de modo a manter a sua plena adequação. E isso deve ser constante. Por esta razão, a todo tempo, a Administração deve se preocupar em saber quais tecnologias afetas ao setor vem sendo aprimoradas e como o usuário (ou toda população) espera receber o serviço. Trata-se, portanto, de uma atividade permanente, principalmente, no que diz respeito ao treinamento e capacitação dos agentes envolvidos no seu controle e fiscalização.

Isto posto, para um bom serviço, é imprescindível que haja fiscalização e que ela aconteça de forma permanente, transparente, célere e, é claro, com os meios adequados e sanções razoáveis e proporcionais às faltas cometidas, de modo que seja interessante para o delegatário, ao invés de tentar burlar a regra, prestá-lo nos moldes pretendidos originalmente pelo Poder Público.

6 – CONCLUSÃO

A delegação de serviço público, segundo dispõe o ordenamento jurídico vigente no país, impõe claramente a necessidade de prestação de “serviço adequado”, assim considerado aquele que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas. Essa noção de serviço adequado, contudo, apenas delimita quais são os princípios que envolvem a matéria.

Assim, compete ao gestor público, diante do caso concreto, definir os parâmetros de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, etc., para cada tipo de serviço público, uma vez que é impossível estabelecer um modelo universal para todos os serviços públicos. E mais: ainda que isso fosse possível, a nosso ver, não seria a opção mais adequada ao interesse público, posto que compete ao gestor público, a partir das diretrizes que lhe são fixadas pela Administração superior, definir qual a alternativa que, naquele momento, melhor satisfaz os anseios da coletividade. A melhor opção hoje pode não ser mais correta amanhã; pode não funcionar em outras condições ou, mesmo, em contexto histórico diferente.

No Município de São Paulo, o sistema de transporte coletivo urbano de passageiros, instituído por meio da Lei nº 13.241/01, oferece um conjunto de informações, sob diversas óticas, que permitem ao interessado compreender o que é serviço adequado para a cidade, no que tange ao tema transporte coletivo urbano. E são justamente esses mesmos parâmetros que permitirão que o Poder Público avalie objetivamente se o serviço público delegado vem sendo prestado, pelo particular, a contento.

A fiscalização, não é demais reprisar, não é uma faculdade, mas sim uma atribuição, conferida expressamente por lei ao Poder Público, para que haja o controle permanente da prestação do serviço, nos moldes pretendidos pela coletividade, assim como o próprio poder de aplicar as penalidades regulamentares e contratuais. Essa competência, no âmbito de São Paulo, recai sobre a Secretaria Municipal de Transportes, que conta com o auxílio da SPTrans para a realização de estudos voltados ao planejamento, gestão, fiscalização e exploração de serviço de transporte coletivo urbano de passageiros.

Esse processo de fiscalização pode contar com a cooperação dos usuários. Isto não significa, contudo, que o usuário do serviço possa exercer a fiscalização em nome do Poder Público. Longe disso. O poder de fiscalizar, como se sabe, decorre do poder de polícia administrativa que detém o Estado para condicionar a liberdade e a propriedade de modo a ajustá-la aos interesses coletivos. Trata-se de um poder indelegável. Por esta razão, inclusive, que a função do usuário limita-se a “cooperar” (ou seja, operar, ou obrar, simultaneamente; trabalhar em comum; ajudar; participar; colaborar). Para tanto, deverão existir mecanismos claros que permitam que isso realmente ocorra. Destaque-se que esse comando legal impõe o dever ao Poder Público. No caso do STCUP-SP, a regra exige que o usuário seja estimulado à participar na fiscalização, o que significa dizer que não cabe a Administração não permitir que isso aconteça.

Em razão da sua importância para manutenção da prestação do serviço em patamares adequados, a fiscalização não pode se limitar a questões técnicas. Ainda que este seja o pilar mais importante para a delegação do serviço, ele não é o único. E, neste sentido, a novamente a lei foi incisiva ao afirmar que constitui cláusula obrigatória do contrato, dentre outras, aquela relativa à forma de fiscalização das instalações, dos equipamentos, dos métodos e práticas de execução do serviço, bem como de que o poder concedente, no exercício da fiscalização, terá acesso aos dados relativos à administração, contabilidade, recursos técnicos, econômicos e financeiros da concessionária (arts. 23, inc. VII, e 30, da Lei nº 8.987/95). E no mesmo sentido é a orientação contida na legislação municipal (art. 9º, inc. II).

Ao que nos parece, apesar de encontrar-se juridicamente em ordem, esse processo ainda necessita de melhorias, especialmente no que diz respeito aos instrumentos voltados à fiscalização. A informatização de todas as etapas do procedimento sancionatório, desde o fiscal em campo até o julgamento administrativo de recurso em última instância; a atualização constante das especificações técnicas e demais regulamentos afetos à prestação dos serviços; o treinamento e a capacitação dos agentes envolvidos; maior transparência dos atos; são medidas imprescindíveis à Administração, principalmente sob a ótica da gestão pública.

Neste passo, merece especial atenção o RESAM. Por ser o principal instrumento de fiscalização, esse regulamento deve conter regras rígidas que desestimulem efetivamente a prática de infrações por parte dos operadores do STCUP-SP. Em razão disso, sugere-se que o enquadramento das condutas sejam revistos, assim como os valores das multas. Além disso, o RESAM deve estabelecer a estrutura mínima para o funcionamento de um processo eletrônico, de modo que haja segurança e confiabilidade das informações para todas as partes envolvidas no processo.

A atualização, enquanto princípio inerente à prestação de serviço adequado, impõe à Administração Pública o dever constante de zelar pela modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço.

Por fim, deve se ter em mente que a fiscalização da prestação de serviço público, na essência, não constitui um fim em si mesmo; ela tem por finalidade, única e exclusiva, garantir que o serviço vai ser prestado de forma adequada. E, caso assim não ocorra, deverá o operador do Sistema ser responsabilizado imediatamente, em prol do interesse público.

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Concessão de Serviço Público*. 2 ed., São Paulo: Malheiros, 2002.

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

AZEVEDO, Eurico de Andrade; ALENCAR, Maria Lúcia Mazzei de. *Concessão de Serviços Públicos – Comentários às Leis 8.987 e 9.074 (Parte Geral), com as modificações introduzidas pela Lei 9.648, de 27.5.98*. São Paulo: Malheiros, 1998.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. 18 ed., São Paulo: Saraiva, 1997.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 17 ed., São Paulo: Atlas, 2004.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 13 ed., São Paulo: Saraiva, 2008.

GOMIDE, Alexandre de Ávila (Coord.) *Regulação econômica e organização dos serviços de transporte público urbano em cidades brasileiras : estudos de caso : relatório final*. Brasília : Ipea : Ministério das Cidades, 2004.

GROTTI, Dinorá Adelaide Mussetti. *O serviço público e a Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 10 ed., São Paulo: RT, 2014.

_____. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 9 ed., São Paulo: Dialética, 2002.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 27 ed., São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Direito Municipal Brasileiro*. 13 ed., São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Licitação e Contrato Administrativo*. 13 ed., São Paulo: Malheiros, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 22 ed., São Paulo: Malheiros, 2002.

MENDES, Renato Geraldo. LeiAnotada.com. Lei nº 8.666/93, categoria Legislação. Disponível em <<http://www.leianotada.com>>. Acesso em 28 ago. 2014.

SILVA, De Plácido. *Vocabulário Jurídico*. 17 ed., Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2000.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 3 ed., São Paulo: Malheiros, 1998.