



Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT
Superint. de Serviços de Transporte de Passageiros – Supas
Superintendência Executiva – Suexe

Universidade Federal de Santa Catarina – UFSC
Laboratório de Transportes e Logística – LabTrans



TERMO DE COOPERAÇÃO TÉCNICA 003/2013

Estudos e Pesquisas para Subsidiar o Aprimoramento do Arcabouço Regulatório do Transporte Ferroviário de Passageiros

Produto 3: Requisitos para a Delegação da Prestação do Serviço de Transporte Ferroviário de Passageiros

RELATÓRIO 3

Atividade: Definição dos Requisitos para a Delegação

Brasília, outubro de 2016

FICHA TÉCNICA

AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES – ANTT

Superintendência de Serviços de Transporte de Passageiros – Supas

Alexandre Muñoz de Oliveira – Superintendente

Juliano de Barros Samor – Gerente de Regulação e Outorga de Transporte de Passageiros – Gerot

Alan José da Silva – Fiscal do Termo de Cooperação Técnica

Anderson Lousan do Nascimento Poubel – Fiscal do Termo de Cooperação Técnica

Superintendência Executiva – Suexe

Fábio Rogério Teixeira D. de A. Carvalho – Superintendente

Milton da Silva Cordilha Filho – Gestor do Termo de Cooperação Técnica

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA – UFSC

Laboratório de Transportes e Logística – LabTrans

Eng. Civil Amir Mattar Valente, Prof. Dr. – Coordenador do Termo de Cooperação Técnica – CREA/SC 11036-8/D

Equipe Técnica: Transporte de Passageiros

Eng. Civil Rodolfo Carlos N. Philippi, MSc. – Coord. Técnico – CREA/SC 37925-3

Eng. Ind. Mec. Luiz Guilherme R. da Costa – Esp. Ferroviário – CREA/RJ 76035

Eng. Civil Eliana Bittencourt, Dra. – CREA/SC 006801-0

Eng. Civil Fernanda Faust Gouveia – CREA/SC 136970-6

Geol. Luiz Antonio dos S. Aranovich, MSc. – Esp. Ferroviário – CREA/RS 06126

Eng. Civil Thaís dos Santos Ventura Chibiaqui, MSc. – CREA/SC 099184-0

Apoio técnico e administrativo

Bibl. Luana Corrêa da Silveira – CRB/SC 1458

Secr. Executiva Márcia Cristina B. O. dos Passos

Anderson Schmitt, graduando em Engenharia Civil, bolsista

Consultores

Adv. Renata Franco Trevisan – OAB/PR 23.984

Eng. Eletric. João Luiz Elguezabal Marinho, MSc. – CREA/RJ 22.291

Eng. Civil Claudio Amarante de Almeida Magalhães, MSc. – CREA/RJ 80-1-01078-1

LISTA DE SIGLAS

ANTT	Agência Nacional de Transportes Terrestres
CAT	Certidão de Acervo Técnico
CEIS	Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas
CF	Constituição Federal
CGC	Cadastro Geral de Contribuintes
CLT	Consolidação das Leis do Trabalho
CND	Certidão Negativa de Débitos
CNEP	Cadastro Nacional das Empresas Punidas
CNPJ	Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica
Cofins	Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social
Confea	Conselho Federal de Engenharia e Agronomia
CPF	Cadastro de Pessoas Físicas
Crea	Conselho Regional de Engenharia e Agronomia
CRF	Certificado de Regularidade de Situação do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço
CSLL	Contribuição Social Sobre o Lucro Líquido
CTM	Consórcio de Transporte da Região Metropolitana do Recife
CTPS	Carteira de Trabalho e Previdência Social
CVM	Comissão de Valores Mobiliários
Diplan	Diretoria de Planejamento, Administração e Logística (do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade)
Dnit	Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes
EMTU/SP	Empresa Metropolitana de Transportes Urbanos de São Paulo
ERJ	Estado do Rio de Janeiro
FGTS	Fundo de Garantia por Tempo de Serviço
FIP	Fundo de Investimento em Participações
ICMBIO	Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade
IE	Índice de Endividamento
ILG	Índice de Liquidez Geral
INSS	Instituto Nacional do Seguro Social
IPTU	Imposto Predial e Territorial Urbano
ISS	Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza
LC	Liquidez Corrente
LI	Licença Ambiental de Instalação
LO	Licença Ambiental de Operação
MKBF	Quilometragem Média entre Falhas

MMA	Ministério do Meio Ambiente
OFI	Operador Ferroviário Independente
PE	Estado de Pernambuco
PED/ERJ	Programa Estadual de Desestatização/Estado do Rio de Janeiro
PGFN	Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional
PIS	Programa de Integração Social
PPP	Parceria público-privada
RFB	Secretaria da Receita Federal do Brasil
RMC	Região Metropolitana de Campinas
RMR	Região Metropolitana do Recife
SG	Solvência Geral
Sicaf	Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores
SP	Estado de São Paulo
SPE	Sociedade de Propósito Específico
SRC	Seguro de Responsabilidade Civil
STPP/RMR	Sistema de Transporte Público de Passageiros da Região Metropolitana do Recife
TAV	Trem de Alta Velocidade
UAAF	Unidade Avançada Administrativa e Financeira do Rio de Janeiro (do Ministério do Meio Ambiente)
VLT	Veículo Leve sobre Trilhos

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO.....	9
1 INTRODUÇÃO.....	11
2 OS SERVIÇOS PÚBLICOS.....	15
2.1 Conceito de serviço público.....	15
2.2 Princípios aplicáveis à prestação do serviço público	17
2.3 Classificações do serviço público	18
3 A DELEGAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS	21
3.1 Licitação.....	22
3.2 O cenário específico da delegação dos serviços de transporte ferroviário de passageiros.....	26
3.3 Concessão	29
3.3.1 Conceito	29
3.3.2 Concessão de serviço público	31
3.4 Permissão	37
3.5 Política tarifária.....	38
3.6 Autorização	39
3.6.1 Cerne da divergência doutrinária acerca da autorização	40
3.6.2 Serviço público delegado por meio de autorização	42
3.7 Parcerias público-privadas	44
3.7.1 Requisitos para a configuração da PPP.....	47
3.7.2 Condições para a configuração de uma PPP.....	48
3.8 Síntese.....	51
4 PRÁTICA DAS ÚLTIMAS CONCESSÕES NO SETOR FERROVIÁRIO NO BRASIL..	53
4.1 Condições gerais.....	53
4.1.1 Limitações à participação	53
4.1.2 Participação em consórcio.....	54
4.1.3 Participação de empresa estrangeira	56
4.1.4 Participação de Fundos de Investimento em Participações	57
4.2 Condições para habilitação	57
5 PROPOSTA DE DEFINIÇÃO DE REQUISITOS PARA A DELEGAÇÃO DO TRANSPORTE FERROVIÁRIO DE PASSAGEIROS.....	59
5.1 Concessão e permissão	59
5.1.1 Condições de participação.....	59
5.1.2 Das declarações.....	60

5.1.3	Outros requisitos e condições.....	73
5.2	Autorização	81
5.2.1	Considerações iniciais	81
5.2.2	Condições específicas para habilitação já previstas em regulamentação da ANTT	82
5.2.3	Condições para início de operações	91
6	CONCLUSÃO	95
	REFERÊNCIAS	97

APRESENTAÇÃO

O presente relatório constitui-se no Produto 3 – Requisitos para a Delegação da Prestação do Serviço de Transporte Ferroviário de Passageiros –, objeto do Termo de Cooperação Técnica nº 003/2013 (TCT 003) firmado entre a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) e a Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC) em dezembro de 2013, visando à realização de estudos para subsidiar o aprimoramento do arcabouço regulatório do transporte ferroviário de passageiros sob jurisdição federal. As atividades desenvolvidas compreendem: (i) o embasamento legal do tema da delegação de serviços públicos, (ii) o levantamento de informações sobre algumas concessões realizadas no setor de transportes nos últimos anos e (iii) a apresentação de uma proposta de definição dos requisitos para a delegação dos serviços de transporte ferroviário de passageiros.

Em que pese o Plano de Trabalho faça referência aos requisitos para autorização, nomeando o Produto 3 como "Requisitos para a Autorização da Prestação do Serviço de Transporte Ferroviário de Passageiros", o presente relatório ocupa-se dos requisitos para a delegação (autorização, concessão, permissão), em conformidade com o deliberado na primeira reunião de trabalho realizada entre a ANTT e a UFSC em 17 de fevereiro de 2014, limitando-se, no entanto, àquilo que é possível, em estrita observância à legislação,

O relatório foi estruturado de forma a apresentar os contornos legais dos serviços públicos – conceito e princípios norteadores –, as formas de delegação possíveis e, finalmente, a proposta de definição dos requisitos específicos para a delegação dos serviços de transporte ferroviário de passageiros.

No conjunto dos estudos, o Produto 3 fornecerá a base para o desenvolvimento do Produto 7, que compreende o objetivo principal dos estudos, quer seja, a avaliação da legislação brasileira vigente e a elaboração de proposta de sua adequação.

1 INTRODUÇÃO

Para o desenvolvimento desta atividade a metodologia empregada partiu da coleta de informações sobre os requisitos para delegação da prestação do serviço de transporte ferroviário de passageiros na legislação brasileira pertinente, incluindo resoluções da ANTT, e na prática brasileira encontrada em editais de licitação e em contratos de concessão e permissão, além da análise da legislação internacional resultante do Produto 1B. Quando pertinente, também foi levada em consideração a legislação brasileira sobre prestação do serviço de transporte rodoviário de passageiros.

Da legislação federal brasileira, foram considerados, particularmente, os seguintes normativos, sem prejuízo dos demais aplicáveis:

- a) Constituição Federal (CF) de 1988;
- b) Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001;
- c) Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993;
- d) Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; e
- e) Lei nº 11.079, de 30 de dezembro de 2004.

Da prática brasileira, foram analisados os seguintes documentos disponibilizados na internet:

- a) edital de licitação PED/ERJ nº 01/1998 para concessão da exploração dos serviços públicos de transporte ferroviário de passageiros do Rio de Janeiro e, respectiva, minuta de contrato de concessão;
- b) edital de licitação nº 01/2003 para PPP, na modalidade de concessão patrocinada, para implantação das obras civis e sistemas, fornecimento do material rodante, operação, manutenção e expansão do sistema metroviário dos Municípios de Salvador e Lauro Freitas, ambos no Estado da Bahia;
- c) contrato para prestação de serviço de transporte público metroviário e sua integração com as linhas de transporte coletivo de passageiros dos Municípios de Salvador e Lauro Freitas,
- d) edital de licitação EMTU/SP nº 003/2012 para concessão onerosa dos serviços correspondentes às funções de operação de transporte coletivo intermunicipal por ônibus e demais veículos de baixa e média capacidade de

todo o sistema regular (comum, seletivo e especial), atuais e que vierem a ser implantados e as funções de operação, manutenção e conservação da infraestrutura implantada e a ser implantada na Região Metropolitana de Campinas (RMC), no Estado de São Paulo;

- e) edital de licitação nº 01/2012 para contratação de PPP na modalidade concessão patrocinada, incluindo a realização das Obras e Fornecimentos da Rede Prioritária, visando à implantação, operação e manutenção de sistema de transporte de passageiros através de Veículos Leves sobre Trilhos (VLT) na região portuária e central do Rio de Janeiro e, respectivo, contrato de concessão;
- f) edital de licitação nº 001/2012 para concessão para exploração do serviço público de transporte ferroviário de passageiros por Trem de Alta Velocidade na Estrada de Ferro EF-222, no trecho Rio de Janeiro - Campinas (TAV Rio de Janeiro - Campinas) e, respectiva, minuta de contrato;
- g) edital da concorrência internacional nº 004/2013 para concessão patrocinada para prestação dos serviços públicos de transporte de passageiros da linha 6 – laranja de metrô de São Paulo, contemplando implantação das obras civis e sistemas, fornecimento do material rodante, operação, conservação manutenção e expansão;
- h) edital de concorrência nº 01/2014 – UAAF 9 RJ/DIPLAN/ICMBIO/MMA para ampliação, modernização, manutenção e exploração de serviços de transporte ferroviário de passageiros na Estrada de Ferro do Corcovado e, respectiva, minuta de contrato; e,
- i) regulamento do STPP/RMR e manual de operação do Consórcio de Transporte da Região Metropolitana do Recife (CTM).

Da análise internacional verificou-se não ser possível importar exemplos, em razão das limitações impostas pelo rigoroso tratamento conferido à questão dos serviços públicos pela Constituição Federal Brasileira, bem como pela legislação infra-constitucional que a regulamenta.

Esse levantamento de informações visou à constituição de subsídios para a definição dos requisitos de delegação para prestação do serviço de transporte ferroviário de passageiros. Dessa forma, contemplou a classificação proposta no Produto 2, bem como as dimensões jurídico-legal, institucional, operacional e tecnológica, de gestão e controle, econômico-financeira, ambiental e de segurança.

Ressalve-se, no particular, que não pareceu razoável a separação dos requisitos segundo as citadas dimensões, ao contrário do que ocorreu nos Produtos anteriores, porquanto os assuntos envolvidos precisam ser considerados conjuntamente no contexto dos requisitos propostos. Mas, para organizar e dar maior clareza às análises e informações apresentadas, este Relatório foi estruturado em duas partes:

- 1 - a parte teórica, composta pelos itens de 1 a 4, na qual os aspectos legais da delegação são abordados;
- 2 - a parte dos requisitos, constituída pelo item 5, que segue a divisão comumente adotada pelos editais analisados, abordando os requisitos para a habilitação jurídica, técnica e econômico-financeira.

2 OS SERVIÇOS PÚBLICOS

2.1 Conceito de serviço público

Cumpre, inicialmente, e para contextualizar a abordagem do Produto 3, entender-se o que é serviço público, desde seu conceito, passando pelos princípios que regem sua prestação e suas classificações.

Nas palavras de Maria Sylvia Zanella Di Pietro serviço público é:

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.

Já Hely Lopes Meirelles assim o define:

Serviço público é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniência do Estado.

E 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 fundamental, destinadas a pessoas indeterminadas e executada sob regime de direito público.

Os serviços públicos podem, então, e conforme depreende-se de seu próprio conceito, ser prestados de forma centralizada ou descentralizada, sendo (i) serviço centralizado aquele prestado diretamente pelas entidades políticas da Administração Direta (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) por meio de seus órgãos e agentes, e (ii) serviço descentralizado aquele prestado por outra pessoa que não seja integrante da Administração Direta.

A prestação direta ou centralizada ocorre quando o próprio ente estatal realiza o serviço, a execução do serviço é direta e imediata e continua com o próprio ente político. A prestação descentralizada surge quando o serviço é transferido a pessoa distinta do Estado, pertencente ou não à Administração Pública, que age em nome próprio, sob controle do Estado, mas não subordinado a ele. Nesse caso, a prestação é indireta e mediata.

Quando o Estado cria uma entidade da administração indireta, atribuindo-lhe o serviço público, ocorre a outorga da atividade, em que se transfere não só a execução, mas a própria titularidade do serviço. Já quando a transferência é feita a empresas privadas que se dispõem a prestar o serviço (concessionárias e permissionárias de serviços públicos), tem-se a delegação, deslocando-se apenas a execução do serviço, permanecendo sua titularidade com o poder concedente.

Por expressa previsão constitucional, a criação de entidades da Administração Indireta para a prestação de serviços públicos deve ser precedida de lei específica (art. 37, XIX, CF/1988). As entidades com personalidade jurídica de direito público – autarquias e fundações públicas de direito público – são criadas por lei, enquanto as de direito privado – empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas de direito privado –, têm sua criação apenas autorizada por lei.

A transferência de um serviço a uma entidade da administração indireta deve atender ao chamado princípio da especialidade ou especialização, significando que essas entidades só podem desempenhar as atividades para as quais foram instituídas. Já a prestação de serviço público por empresas privadas tem fundamento na conveniência e oportunidade da descentralização do serviço público.

A delegação de serviços públicos a empresas particulares pode ser feita mediante concessão, permissão ou autorização, do que este relatório se ocupará mais adiante, sendo suficiente, por ora, esclarecer que as concessões e permissões de serviços públicos são regidas pela Lei nº 8.987/1995, que regulamentou o artigo 175 da CF/1988.

A licitação é obrigatória em ambos os casos e as duas modalidades constituem contratos administrativos. Aliás, a licitação deve conter, como requisito obrigatório, a minuta do contrato a ser celebrado (art. 40, § 2º, III, da Lei nº 8.666/1993, e art. 18, XIV, da Lei nº 8.987/1995).

Ainda, a Lei nº 8.987/1995 não diz que a permissão terá prazo determinado, como faz com a concessão, mas, na prática, não é o que ocorre, pois o particular não se proporá a realizar altos investimentos se não tiver garantia de um prazo mínimo de exploração do serviço. Assim, acabam por aproximarem-se ainda mais os institutos da concessão e da permissão, já que a mencionada precariedade da permissão é inadequada à prestação de serviços públicos, pois dificilmente alguém se interessará pelo empreendimento sem ter as garantias de respeito ao equilíbrio econômico-financeiro, o que só é possível num cenário em que haja um prazo mínimo

estabelecido para obter o retorno do investimento. Outrossim, a Lei nº 10.233/2001, em seu artigo 38, II, prevê que as permissões feitas sob sua égide tenham seu prazo de duração já determinado no edital de licitação.

Já a autorização de serviço público é o ato unilateral e discricionário por meio do qual o Poder Público delega ao particular a prestação de serviço público, a título precário, sem obrigatoriedade de licitação.

2.2 Princípios aplicáveis à prestação do serviço público

O objetivo dos serviços públicos é promover o bem-estar da população em geral, haja vista que se traduzem em infraestrutura fundamental para a vida em sociedade. Nesse particular contexto encontra-se a justificativa para o rigor com que o ordenamento jurídico regulamenta sua prestação, daí sendo extraídos os princípios que lhe são aplicáveis.

A doutrina diverge quanto ao rol dos princípios que regem a prestação dos serviços públicos, mas, em regra, há consenso em relação aos seguintes: continuidade, regularidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade (para alguns universalidade), moralidade, supremacia do interesse público sobre o particular, indisponibilidade do interesse público, razoabilidade, proporcionalidade, modicidade tarifária e cortesia.

Discorrendo brevemente sobre alguns deles:

- a) continuidade: o serviço público não pode sofrer interrupção, em razão da sua relevância perante a coletividade;
- b) regularidade: é dever do Estado a prestação regular do serviço público, direta ou indiretamente;
- c) eficiência: serviço eficiente é aquele que atinge o resultado pretendido, seja no tocante à qualidade, seja no aspecto da quantidade;
- d) segurança: o serviço público deve ser prestado de forma a não colocar em perigo a integridade física e a vida do usuário;
- e) atualidade: esse princípio está bem definido no § 2º do artigo 6º da Lei nº 8.987/1985 e compreende a modernidade das técnicas, dos equipamentos e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço;
- f) generalidade/universalidade: o serviço deve ser prestado a todos os usuá-

rios de forma igualitária e impessoal, sem qualquer espécie de discriminação;

- g) cortesia: o serviço público deve ser prestado por pessoas que tratem os usuários com respeito e educação; e
- h) modicidade tarifária: a prestação de serviço público deve ser feita a um preço reduzido, de forma a garantir a universalidade. Esse princípio será atendido quando o preço da tarifa corresponder à justa relação de custo-benefício na prestação do serviço.

2.3 Classificações do serviço público

O serviço público comporta diferentes classificações, segundo critérios diversos. Passa-se a analisá-las.

O primeiro critério aplicado classifica os serviços públicos quanto à essencialidade, segundo o qual têm-se:

- a) serviços públicos indelegáveis: são aqueles que somente podem ser prestados pela Administração, ou seja, não admitem delegação de sua execução a terceiros, em razão de estarem relacionados com as atividades inerentes do Poder Público; e
- b) serviços públicos delegáveis: são aqueles que admitem a execução por intermédio de terceiros.

O segundo critério empregado classifica os serviços quanto ao objeto:

- a) serviços administrativos: visam a atender necessidades internas da Administração ou a servir de base para outros serviços;
- b) serviços comerciais ou industriais: visam a atender necessidades da coletividade no aspecto econômico; e
- c) serviços sociais: visam a atender necessidades essenciais da coletividade, em que há atuação da iniciativa privada ao lado da atuação do Estado.

De acordo com o terceiro critério, que é o do usuário, os serviços públicos podem ser:

- a) serviços públicos individuais (*uti singuli*): prestados a usuários determinados ou determináveis; e
- b) serviços públicos gerais (*uti universi*): prestados à coletividade como um todo.

Essas classificações revelar-se-ão especialmente relevantes na análise da modalidade de delegação a ser eleita em cada situação.

3 A DELEGAÇÃO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS

Atualmente, são as seguintes as modalidades de delegação de serviços públicos: a concessão comum, prevista na Lei nº 8.987/1995 (concessão e permissão), a autorização e as parcerias público-privadas (PPP), criadas pela Lei nº 11.079/2004, contemplando, a seu turno, a concessão patrocinada e a concessão administrativa. Saliente-se, desde logo, que também para os contratos de PPP é exigida a licitação na modalidade concorrência. Destaque-se, ainda, que a concessão patrocinada nada mais é do que a concessão comum da Lei nº 8.987/1995, envolvendo, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, uma contraprestação pecuniária pelo parceiro público ao parceiro privado.

A autorização de serviço público gera polêmica na doutrina, pois alguns acham que não existe, já que o artigo 175 da Constituição Federal não menciona autorização, mas apenas a concessão e permissão, enquanto o artigo 21 menciona a autorização. A autorização de serviços públicos constitui sim uma forma de descentralização dos serviços públicos, mas apenas nas hipóteses mencionadas no artigo 21, incisos XI e XII da CF, e só é aceitável nos casos de serviço transitório ou emergencial, e nunca para necessidade permanente, sob pena de violar a necessidade de licitação. A questão será abordada em mais detalhes mais adiante.

Antes de analisar cada uma das modalidades de licitação, abre-se, também, um parêntesis para importante lição de Marçal Justen Filho:

Defende-se que a concessão comporta uma pluralidade de configurações, o que impede inclusive aludir “à” concessão, tal como se houvesse conceito único, determinado e padronizado para o instituto. Talvez se pudesse afirmar que a expressão indica um gênero, que contempla inúmeras espécies. A tentativa de produzir uma solução única para a concessão não encontra respaldo na ordem jurídica e acaba produzindo resultados extremamente negativos. Essa proposta se choca contra uma postura usual do pensamento jurídico vigente entre nós, exposta não apenas a propósito da questão ora examinada. É costumeiro o pleito pela simplificação dos institutos e sua inserção em grandes categorias lógico abstratas, ainda que tal se faça à custa de ignorar a realidade ou desconstituir a complexidade do mundo real. No âmbito da concessão de serviço público, dita concepção se traduz na tentativa de reconduzir toda e qualquer delegação de serviço público a um modelo único e padronizado, qualificando-se como inválida toda situação que não se enquadrar nesse esquema.

[...] Não existe, porém, uma formulação conceitual precisa, no âmbito da Constituição, sobre os contornos da concessão de serviço público — nem caberia, aliás, definição dessa ordem no plano constitucional. Ressalte-se que a omissão normativa se verificava também no nível infraconstitucional, à época da entrada em vigor da CF/88. Essa circunstância é relevante por-

que afasta eventual argumentação no sentido da recepção constitucional de um conceito cristalizado em outro nível. Ou seja, não é viável afirmar que a alusão constitucional a “concessão” devia ser interpretada no sentido da constitucionalização de um conceito definido por meio de lei ordinária. Nem se poderia afirmar que, à época da edição da CF/88, o conceito doutrinário da concessão de serviço público estivesse pacificado a ponto de dispensar o aplicador da Constituição de cogitações mais amplas sobre a figura. Apenas em 1995 veio a ser editada a Lei nº 8.987, que forneceu definição legislativa formal para o instituto da concessão. De acordo com o art. 2º, inc. II, a concessão de serviço público é “a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado”. Também houve referência à concessão de serviço público precedida da execução de obra pública, definida como “a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegada pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para a sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado. Essas definições são precárias e insuficientes.

Para Marçal Justen Filho, a definição do artigo 2º da Lei nº 8.987/1995 exige a manutenção do risco do empreendimento no âmbito do delegatário, de modo que sua remuneração seja variável em função do desempenho obtido por meio da atividade concedida e que nenhuma remuneração seja extraída dos cofres públicos para manutenção do serviço. Ou seja, no modelo clássico de concessões, “o particular aplica verbas privadas e desenvolve o empreendimento, fazendo jus ao lucro que obtiver ou arcando com os prejuízos que sofrer”. A garantia de um rendimento vinculado apenas ao esforço do particular exclui a característica essencial da concessão e configura uma empreitada.

Conclui-se, assim, que a escolha do modelo de delegação a ser adotado deverá ser norteadas pelas características do empreendimento. Nesse sentido, é oportuna a opinião da Professora Maria Silvia Di Pietro, para quem cabe ao Poder Público optar, em cada caso, pelo regime que for considerado o mais adequado diante das exigências legais e constitucionais. Essa escolha não é arbitrária, no entanto, devendo ser feita em função do tipo de atividade e sempre em consonância com as diretrizes do ordenamento jurídico.

3.1 Licitação

Inicialmente, deve-se destacar que a delegação (nas modalidades de concessão, permissão ou PPP) será sempre precedida de licitação, conforme previsto no

artigo 175 da CF. O dispositivo constitucional não faz a ressalva do artigo 37, XXI da CF, que permite contratação direta nas hipóteses previstas em lei, portanto, não se aplicam às licitações para concessão de serviço público os casos de dispensa de licitação previstos na Lei nº 8.666/1993.

Por outro lado, e como já se disse, a hipótese de delegação por autorização, cabível apenas nas hipóteses mencionadas no artigo 21, incisos XI e XII da CF, só é possível nos casos de serviço transitório ou emergencial, e nunca para necessidade permanente, para não violar a necessidade de licitação.

Ressalte-se, ainda, que todo ato da Administração Pública deve observar, além do interesse público, o princípio da legalidade, portanto, só poderá ser concedido o serviço público ao particular se houver lei que autorize, apesar da Lei nº 8.987/1995 não mencionar a necessidade de lei autorizadora.

Além do princípio da legalidade, que pressupõe a observância das normas que regem a licitação, impõe-se ainda a observância dos princípios da moralidade, igualdade, publicidade e impessoalidade, conforme dispõe o artigo 14 da Lei nº 8.987/1995.

De igual forma, é imperativo que haja transparência, ou seja, acesso aos elementos do processo licitatório, divulgação dos editais, divulgação das decisões, entre outros, sendo tal princípio traduzido no artigo 3º, § 3º da Lei nº 8.666/1993, que dispõe que “a licitação não será sigilosa, sendo públicos e acessíveis ao público os atos de seu procedimento, salvo quanto ao conteúdo das propostas, até a respectiva abertura”.

O artigo 3º da Lei nº 8.666/1993 proíbe que exista cláusula que frustre ou restrinja o caráter competitivo, que estabeleça referências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou domicílio dos licitantes ou de qualquer outra circunstância impertinente ou irrelevante para o objeto específico do contrato, destinando-se a coibir práticas atentatórias do direito de os interessados se apresentarem perante a Administração Pública.

Quanto à modalidade da licitação para concessões de serviço público e de obra pública, dispõe o artigo 2º, II da Lei nº 8.987/1995, que deve ser adotada a concorrência. Dispõe, ainda, o art. 27 da Lei nº 9.074/1995 que os casos de serviços públicos, prestados por pessoas jurídicas sob controle direto ou indireto da União, para promover a privatização simultaneamente com a outorga de nova concessão ou coma prorrogação das concessões existentes, a União, exceto quanto aos serviços

públicos de telecomunicações, poderá utilizar, no procedimento licitatório, a modalidade de leilão.

Há, ainda, outras peculiaridades a serem observadas na licitação para concessão de serviço público. O artigo 18-A da Lei nº 8.987/1995 prevê a possibilidade de inversão da ordem das fases de habilitação e julgamento, caso em que, após a classificação, será examinada a habilitação do concorrente que se classificou em primeiro lugar. Se ele for considerado inabilitado, serão examinados os documentos do segundo colocado e assim sucessivamente.

A licitação para concessão de serviço público deve estipular, também, os critérios para o julgamento do certame, devendo ser considerado apenas um deles. Tais critérios estão previstos no artigo 15 da Lei nº 8.987/1995:

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

Outra diferença entre a licitação para a concessão do serviço público e a disciplinada pela Lei nº 8.666/1993 é a possibilidade de solução de conflitos, decorrentes ou relacionados ao contrato, por meio privado, através da arbitragem, que deverá ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, conforme disposto no artigo 23-A da Lei nº 8.987/1995.

Destaque-se que a Lei de Concessões (Lei nº 8.987/1995) elenca como requisitos do edital:

- 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:
- 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 ca-

pacidade 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; (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)

XVI - nos casos de permissão, os termos do contrato de adesão a ser firmado.

Art. 18-A. O edital poderá prever a inversão da ordem das fases de habilitação e julgamento, hipótese em que: (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

I - encerrada a fase de classificação das propostas ou o oferecimento de lances, será aberto o invólucro com os documentos de habilitação do licitante mais bem classificado, para verificação do atendimento das condições fixadas no edital; (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

II - verificado o atendimento das exigências do edital, o licitante será declarado vencedor; (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

III - inabilitado o licitante melhor classificado, serão analisados os documentos habilitatórios do licitante com a proposta classificada em segundo lugar, e assim sucessivamente, até que um licitante classificado atenda às condições fixadas no edital; (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

IV - proclamado o resultado final do certame, o objeto será adjudicado ao vencedor nas condições técnicas e econômicas por ele ofertadas. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

Art. 19. Quando permitida, na licitação, a participação de empresas em consórcio, observar-se-ão as seguintes normas:

I - comprovação de compromisso, público ou particular, de constituição de consórcio, subscrito pelas consorciadas;

II - indicação da empresa responsável pelo consórcio;

III - apresentação dos documentos exigidos nos incisos V e XIII do artigo anterior, por parte de cada consorciada;

IV - impedimento de participação de empresas consorciadas na mesma licitação, por intermédio de mais de um consórcio ou isoladamente.

§ 1º O licitante vencedor fica obrigado a promover, antes da celebração do contrato, a constituição e registro do consórcio, nos termos do compromisso referido no inciso I deste artigo.

§ 2º A empresa líder do consórcio é a responsável perante o poder concedente pelo cumprimento do contrato de concessão, sem prejuízo da responsabilidade solidária das demais consorciadas.

Art. 20. É facultado ao poder concedente, desde que previsto no edital, no

interesse do serviço a ser concedido, determinar que o licitante vencedor, no caso de consórcio, se constitua em empresa antes da celebração do contrato.

Art. 21. Os estudos, investigações, levantamentos, projetos, obras e despesas ou investimentos já efetuados, vinculados à concessão, de utilidade para a licitação, realizados pelo poder concedente ou com a sua autorização, estarão à disposição dos interessados, devendo o vencedor da licitação ressarcir os dispêndios correspondentes, especificados no edital.

Art. 22. É assegurada a qualquer pessoa a obtenção de certidão sobre atos, contratos, decisões ou pareceres relativos à licitação ou às próprias concessões.

3.2 O cenário específico da delegação dos serviços de transporte ferroviário de passageiros

Descentralizar as ações do gerenciamento da infraestrutura e da operação do transporte terrestre é uma das diretrizes estabelecidas pela Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001. A forma de descentralização é dada por transferência a outras entidades públicas, por meio de outorgas, e, a empresas públicas ou privadas, por meio de delegação, nas modalidades de concessão, permissão ou autorização, conforme regra do artigo 13. A concessão é válida quando houver exploração de infraestrutura de transporte público, precedida ou não de obra pública, e de prestação de serviços de transporte associados à exploração da infraestrutura. Já a permissão é atribuída à prestação regular de serviços de transporte ferroviário de passageiros sem vinculação à exploração de infraestrutura.

A autorização, no que se refere ao transporte ferroviário de passageiros, fica condicionada à: prestação não regular de serviços de transporte terrestre coletivo de passageiros, exploração de infraestrutura de uso privativo e prestação regular de serviços de transporte terrestre coletivo interestadual e internacional de passageiros desvinculados da exploração da infraestrutura. Mencione-se, ainda, a possibilidade da autorização especial, para atender situações especiais ou emergenciais.

O artigo 14 da citada Lei estabelece as diretrizes para o disposto no artigo 13, complementando-o:

Art. 14. Ressalvado o disposto em legislação específica, o disposto no art. 13 aplica-se conforme as seguintes diretrizes:

I – depende de concessão:

- a) a exploração das ferrovias, das rodovias, das vias navegáveis e dos portos organizados que compõem a infraestrutura do Sistema Nacional de Viação;
- b) o transporte ferroviário de passageiros e cargas associado à exploração da infraestrutura ferroviária;

- III - depende de autorização: (Redação dada pela Lei nº 12.815, de 2013)
[...]
f) o transporte ferroviário não regular de passageiros, não associado à exploração da infraestrutura. (Incluída pela Lei nº 11.314 de 2006)
[...]
i) o transporte ferroviário de cargas não associado à exploração da infraestrutura, por operador ferroviário independente; e (Incluída pela Lei nº 12.743, de 2012)
[...]
IV - depende de permissão: (Incluída pela Medida Provisória nº 2.217-3, de 4.9.2001)
[...]
b) o transporte ferroviário regular de passageiros não associado à infraestrutura. (Redação dada pela Lei nº 11.483, de 2007)
[...]

Em linhas gerais, o cenário quanto aos regimes de delegação possíveis é apresentado no Quadro 1.

Quadro 1 – Regimes de delegação possíveis para o transporte ferroviário de passageiros

Resumo dos regimes de delegação aplicáveis ao transporte ferroviário de passageiros		
Concessão*	Permissão	Autorização
Transporte ferroviário regular de passageiros.		Transporte ferroviário regular de passageiros em caso de emergência .
Serviço de transporte ferroviário de passageiros que envolva conjuntamente a exploração de infraestrutura de transporte (eventual construção, operação, manutenção).	Serviço de transporte ferroviário de passageiros desvinculado da exploração de infraestrutura.	Serviço de transporte ferroviário não regular de passageiros, não associado à exploração da infraestrutura.

Fonte: própria (2016).

Nota: (*) Concessão inclui a modalidade de PPP.

Especificamente ao transporte ferroviário, é função da ANTT, conforme disposto no artigo 25 da Lei nº 10.233/2001:

- Art. 25. Cabe à ANTT, como atribuições específicas pertinentes ao Transporte Ferroviário: (Redação dada pela Medida Provisória nº 576, de 2012)
I – publicar os editais, julgar as licitações e celebrar os contratos de concessão para prestação de serviços de transporte ferroviário, permitindo-se sua vinculação com contratos de arrendamento de ativos operacionais;
II – administrar os contratos de concessão e arrendamento de ferrovias celebrados até a vigência desta Lei, em consonância com o inciso VI do art. 24;
III – publicar editais, julgar as licitações e celebrar contratos de concessão para construção e exploração de novas ferrovias, com cláusulas de reversão à União dos ativos operacionais edificados e instalados;
IV – fiscalizar diretamente, com o apoio de suas unidades regionais, ou por meio de convênios de cooperação, o cumprimento das cláusulas contratuais

de prestação de serviços ferroviários e de manutenção e reposição dos ativos arrendados;

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;

VI – articular-se com órgãos e instituições dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para conciliação do uso da via permanente sob sua jurisdição com as redes locais de metrô e trens urbanos destinados ao deslocamento de passageiros;

VII – contribuir para a preservação do patrimônio histórico e da memória das ferrovias, em cooperação com as instituições associadas à cultura nacional, orientando e estimulando a participação dos concessionários do setor.

VIII – regular os procedimentos e as condições para cessão a terceiros de capacidade de tráfego disponível na infraestrutura ferroviária explorada por concessionários. (Incluído pela Lei nº 12.743, de 2012)

Parágrafo único. No cumprimento do disposto no inciso V, a ANTT estimulará a formação de associações de usuários, no âmbito de cada concessão ferroviária, para a defesa de interesses relativos aos serviços prestados.

A ANTT deve obedecer, nas delegações de sua incumbência, entre outras disposições legais aplicáveis, às condições estabelecidas no artigo 28 da Lei nº 10.233/2001. É necessário garantir que a exploração da infraestrutura, se for o caso, e a prestação de serviços de transporte sejam realizadas de forma adequada, atendendo às “condições de regularidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na prestação do serviço e modicidade nas tarifas” (art. 28, I). Ressalte-se que, além das já mencionadas, a Lei nº 8.987/1995, define serviço adequado como aquele que satisfaça, também, às condições de continuidade.

Cabe à ANTT, ainda, para as concessões ou permissões, a definição dos limites máximos tarifários e suas condições de reajuste e revisão, o estabelecimento de prazos dos contratos e a definição do pagamento pelo valor das outorgas e participações do ente público, se for o caso (art. 28, II).

É essencial que, para a obtenção dos instrumentos de delegação (concessão, permissão ou autorização) para a exploração das infraestruturas de transporte doméstico e prestação de serviços, tratados no artigo 29 da Lei em comento, as empresas ou entidades sejam, necessariamente, constituídas sob as leis brasileiras, possuam sede e administração no território nacional e atendam aos requisitos técnicos, econômicos, jurídicos impostos pela ANTT. Ainda, não estão aptas a participar de licitação para concessão ou permissão ou a receber autorização empresas que tenham sido declaradas inidôneas (art. 78-J).

Os atos de outorga celebrados pela ANTT devem atender à Lei nº 8.987/1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de

serviços públicos (art. 33).

Feitos esses esclarecimentos preambulares, passa-se a analisar cada uma das modalidades de delegação em seus detalhes e particularidades.

3.3 Concessão

3.3.1 Conceito

Assim como quanto ao conceito de serviço público, não há um consenso na doutrina acerca do conceito de concessão. No entanto, prevalece, no Brasil, uma concepção menos ampla, admitindo três tipos de concessão: a de serviço público, a de obra pública e a de uso de bem público. Essa corrente ainda considera a concessão apenas a delegação de poderes para prestação de serviço público. Releva, então, destacar a diferença entre a concessão translativa e constitutiva.

A concessão translativa refere-se à hipótese em que a concedente atribui ao concessionário, de forma inalterada, os poderes e deveres que lhe cabem, para que possa exercê-los e cumpri-los em seu lugar, podendo praticar um ato jurídico, construir obra pública, entre outros.

Maria Sylvia Zanella de Pietro esclarece que:

Em resumo, a concessão translativa importa a passagem, de um sujeito a outro, de um bem ou de um direito que se perde pelo primeiro e se adquire pelo segundo; os direitos derivados dessa concessão são próprios do Estado, porém transferidos ao concessionário; são dessa modalidade as concessões de serviço público e de obra pública, as concessões patrocinadas e as concessões administrativas, estas últimas quando tiverem por objeto a prestação de serviço público.

A concessão constitutiva, a seu turno, é aquela em que o Poder Público delega poderes ao concessionário a fim de utilizar ou explorar bem público, porém de forma menos ampla em relação aos poderes que possui. Novamente Maria Sylvia de Pietro Zanella ensina que:

a concessão constitutiva ocorre quando, com base em um poder mais amplo, o Estado constitui, em favor do concessionário, um poder menos amplo; é o que ocorre no caso de concessão de uso de bem público.

Sob o aspecto formal, pode-se dizer que as duas modalidades de concessão são iguais, pois ambas referem-se a contrato administrativo submetido ao regime de

direito público. Sob o aspecto material, as concessões translativas e constitutivas diferenciam-se, pois, a primeira constitui a delegação de uma atividade que seria atribuição do Estado, sendo, portanto, a transferência ao concessionário de um poder, direito, vantagem ou utilidade da Administração Pública; na segunda, o Estado concede ao particular a utilização do bem público, entretanto, o direito exercido pelo concessionário corresponde a uma parcela menor do direito do concedente, pois apenas uma pequena parcela do bem é destinado ao uso privativo do concessionário.

Apesar das diferenças, em todas as concessões a Administração Pública se reserva alguns poderes e direitos, como a rescisão unilateral do contrato, fiscalização, entre outros. Em sentido amplo, Maria Sylvia Zanella di Pietro define concessão:

[...] pode-se definir concessão, em sentido amplo, como o contrato administrativo pelo qual a Administração confere ao particular a execução remunerada de serviço público, obra pública ou de serviço de que a Administração seja a usuária direta ou indireta, ou lhe cede o uso de bem público, para que o explore pelo prazo e nas condições regulamentares e contratuais.

A delegação para particulares dar-se-á, como já se disse, sempre por meio de licitação (princípio da impessoalidade) e na forma da lei. De acordo com o artigo 175, parágrafo único, I, II, III e IV da CF:

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.

A Lei nº 8.987/1995 estabelece, ainda, em seu artigo 1º, parágrafo único, as normas gerais de competência dos quatro entes da federação quanto à sua regulamentação:

A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios promoverão a revisão e as adaptações necessárias de sua legislação às prescrições desta Lei, buscando atender as peculiaridades das diversas modalidades de seus serviços.

3.3.2 Concessão de serviço público

Dispõe o artigo 1º da Lei nº 8.987/1995 que:

As concessões de serviço público 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.

Assim, as concessões e permissões reger-se-ão pela Lei nº 8.987/1995, pela Constituição, pelas normas legais pertinentes (Lei de Licitações, entre outras) e pelas cláusulas dos indispensáveis contratos. Concessão e permissão são instrumentos por meio dos quais se descentraliza a prestação de serviços públicos para particulares. A diferença entre elas está no grau de precariedade.

O legislador infraconstitucional, ao mencionar “cláusulas indispensáveis aos contratos”, posicionou-se em linha com a Constituição Federal, reconhecendo que as concessões e permissões são contratos. Ainda, como as concessões e as permissões estão incluídas no capítulo da ordem econômica e financeira, devem observar seus princípios (art. 170, I, II, III, IV, V, VI, VII, VIII, IX da CF):

A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames de justiça social, observados os princípios:

- I - soberania nacional;
- II - propriedade privada;
- III - função social da propriedade;
- IV - livre concorrência;
- V - defesa do consumidor;
- VI - defesa do meio ambiente,
- VII - redução das desigualdades regionais e sociais;
- VIII - busca do pleno emprego;
- IX - tratamento favorecido para empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

A definição de concessão de serviço público está prevista no inciso II do artigo 2º da Lei nº 8.987/1995:

Art. 2º [...]

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.

O contrato de concessão de serviço público tem como objeto a transferência

da gestão e a execução de um Serviço do Poder Público ao particular, por sua conta e risco. Cabe ao Estado fiscalizar a adequada execução do contrato e o atendimento do interesse público.

O contrato de concessão deve definir, no mínimo, o ente concedente, o objeto da concessão, a delimitação da área, forma e período da exploração e os direitos e deveres das partes envolvidas.

3.3.2.1 Cláusulas mínimas do contrato de concessão

Incumbe lembrar, preambularmente, que os contratos de concessão são espécie do gênero contratos administrativos. A Lei de Licitações (Lei 8.666/1993) estabelece as cláusulas mínimas que devem constar, obrigatoriamente, nos contratos administrativos:

Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

- I - o objeto e seus elementos característicos;
 - II - o regime de execução ou a forma de fornecimento;
 - III - o preço e as condições de pagamento, os critérios, data-base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento;
 - IV - os prazos de início de etapas de execução, de conclusão, de entrega, de observação e de recebimento definitivo, conforme o caso;
 - V - o crédito pelo qual correrá a despesa, com a indicação da classificação funcional programática e da categoria econômica;
 - VI - as garantias oferecidas para assegurar sua plena execução, quando exigidas;
 - VII - os direitos e as responsabilidades das partes, as penalidades cabíveis e os valores das multas;
 - VIII - os casos de rescisão;
 - IX - o reconhecimento dos direitos da Administração, em caso de rescisão administrativa prevista no art. 77 desta Lei;
 - X - as condições de importação, a data e a taxa de câmbio para conversão, quando for o caso;
 - XI - a vinculação ao edital de licitação ou ao termo que a dispensou ou a inexistiu, ao convite e à proposta do licitante vencedor;
 - XII - a legislação aplicável à execução do contrato e especialmente aos casos omissos;
 - XIII - a obrigação do contratado de manter, durante toda a execução do contrato, em compatibilidade com as obrigações por ele assumidas, todas as condições de habilitação e qualificação exigidas na licitação.
- § 1º (Vetado). (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)
- § 2º Nos contratos celebrados pela Administração Pública com pessoas físicas ou jurídicas, inclusive aquelas domiciliadas no estrangeiro, deverá constar necessariamente cláusula que declare competente o foro da sede da Administração para dirimir qualquer questão contratual, salvo o disposto no § 6º do art. 32 desta Lei.
- § 3º No ato da liquidação da despesa, os serviços de contabilidade comunicarão, aos órgãos incumbidos da arrecadação e fiscalização de tributos da União, Estado ou Município, as características e os valores pagos, segundo o disposto no art. 63 da Lei nº 4.320, de 17 de março de 1964.

Art. 56. A critério da autoridade competente, em cada caso, e desde que

prevista no instrumento convocatório, poderá ser exigida prestação de garantia nas contratações de obras, serviços e compras.

§ 1º Caberá ao contratado optar por uma das seguintes modalidades de garantia: (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

I - caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública, devendo estes ter sido emitidos sob a forma escritural, mediante registro em sistema centralizado de liquidação e de custódia autorizado pelo Banco Central do Brasil e avaliados pelos seus valores econômicos, conforme definido pelo Ministério da Fazenda; (Redação dada pela Lei nº 11.079, de 2004)

II - seguro-garantia; (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

III - fiança bancária. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 8.6.94)

§ 2º A garantia a que se refere o caput deste artigo não excederá a cinco por cento do valor do contrato e terá seu valor atualizado nas mesmas condições daquele, ressalvado o previsto no parágrafo 3º deste artigo. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

§ 3º Para obras, serviços e fornecimentos de grande vulto envolvendo alta complexidade técnica e riscos financeiros consideráveis, demonstrados através de parecer tecnicamente aprovado pela autoridade competente, o limite de garantia previsto no parágrafo anterior poderá ser elevado para até dez por cento do valor do contrato. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

§ 4º A garantia prestada pelo contratado será liberada ou restituída após a execução do contrato e, quando em dinheiro, atualizada monetariamente.

§ 5º Nos casos de contratos que importem na entrega de bens pela Administração, dos quais o contratado ficará depositário, ao valor da garantia deverá ser acrescido o valor desses bens.

Cumpre mencionar, ainda, as cláusulas exorbitantes, que em razão da supremacia do interesse público sobre o privado, conferem à Administração Pública certas prerrogativas em relação ao particular, e estão previstas no artigo 58 da Lei de Licitações, quais sejam: I – alteração unilateral do contrato; II – rescisão unilateral; III – fiscalização unilateral da sua execução; IV – aplicação de sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste; V – a inoponibilidade integral da execução de contrato não cumprido por parte do contratado.

Especificamente quanto aos contratos de concessão, dispõe o artigo 23 da Lei nº 8.987/1995 que são cláusulas essenciais e obrigatórias:

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.
Parágrafo único. Os contratos relativos à concessão de serviço público precedido da execução de obra pública deverão, adicionalmente:
I - estipular os cronogramas físico-financeiros de execução das obras vinculadas à concessão; e
II - exigir garantia do fiel cumprimento, pela concessionária, das obrigações relativas às obras vinculadas à concessão.

Art. 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 nº 9.307, de 23 de setembro de 1996. (Incluído pela Lei nº 11.196, de 2005)

3.3.2.2 Outras condições contratuais

São, ademais, encargos do concessionário, a rigor do disposto no artigo 31 da Lei das Concessões (Lei nº 8.987/1995):

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

E quanto às obrigações do poder concedente, estabelece o artigo 29 do

mesmo diploma legal:

- 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.

3.3.2.3 Formas de extinção da concessão:

Prevê o artigo 35 da Lei das Concessões (Lei nº 8.987/1995) que a concessão extingue-se por:

Art. 35 [...]

- I - advento do termo contratual;
- II - encampação;
- III - caducidade;
- IV - rescisão;
- V - anulação; e

VI - falência ou extinção da empresa concessionária e falecimento ou incapacidade do titular, no caso de empresa individual.

§ 1º Extinta a concessão, retornam ao poder concedente todos os bens reversíveis, direitos e privilégios transferidos ao concessionário conforme previsto no edital e estabelecido no contrato.

§ 2º Extinta a concessão, haverá a imediata assunção do serviço pelo poder concedente, procedendo-se aos levantamentos, avaliações e liquidações necessários.

§ 3º A assunção do serviço autoriza a ocupação das instalações e a utilização, pelo poder concedente, de todos os bens reversíveis.

§ 4º Nos casos previstos nos incisos I e II deste artigo, o poder concedente, antecipando-se à extinção da concessão, procederá aos levantamentos e

avaliações necessários à determinação dos montantes da indenização que será devida à concessionária, na forma dos arts. 36 e 37 desta Lei.

Art. 36. A reversão no advento do termo contratual far-se-á com a indenização das parcelas dos investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizados ou depreciados, que tenham sido realizados com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido.

Art. 37. Considera-se encampação a retomada do serviço pelo poder concedente durante o prazo da concessão, por motivo de interesse público, mediante lei autorizativa específica e após prévio pagamento da indenização, na forma do artigo anterior.

Art. 38. A inexecução total ou parcial do contrato acarretará, a critério do poder concedente, a declaração de caducidade da concessão ou a aplicação das sanções contratuais, respeitadas as disposições deste artigo, do art. 27, e as normas convencionadas entre as partes.

§ 1º A caducidade da concessão poderá ser declarada pelo poder concedente quando:

I - o serviço estiver sendo prestado de forma inadequada ou deficiente, tendo por base as normas, critérios, indicadores e parâmetros definidores da qualidade do serviço;

II - a concessionária descumprir cláusulas contratuais ou disposições legais ou regulamentares concernentes à concessão;

III - a concessionária paralisar o serviço ou concorrer para tanto, ressalvadas as hipóteses decorrentes de caso fortuito ou força maior;

IV - a concessionária perder as condições econômicas, técnicas ou operacionais para manter a adequada prestação do serviço concedido;

V - a concessionária não cumprir as penalidades impostas por infrações, nos devidos prazos;

VI - a concessionária não atender a intimação do poder concedente no sentido de regularizar a prestação do serviço; e

VII - a concessionária não atender a intimação do poder concedente para, em 180 (cento e oitenta) dias, apresentar a documentação relativa a regularidade fiscal, no curso da concessão, na forma do art. 29 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. (Redação dada pela Lei nº 12.767, de 2012)

§ 2º A declaração da caducidade da concessão deverá ser precedida da verificação da inadimplência da concessionária em processo administrativo, assegurado o direito de ampla defesa.

§ 3º Não será instaurado processo administrativo de inadimplência antes de comunicados à concessionária, detalhadamente, os descumprimentos contratuais referidos no § 1º deste artigo, dando-lhe um prazo para corrigir as falhas e transgressões apontadas e para o enquadramento, nos termos contratuais.

§ 4º Instaurado o processo administrativo e comprovada a inadimplência, a caducidade será declarada por decreto do poder concedente, independentemente de indenização prévia, calculada no decurso do processo.

§ 5º A indenização de que trata o parágrafo anterior, será devida na forma do art. 36 desta Lei e do contrato, descontado o valor das multas contratuais e dos danos causados pela concessionária.

§ 6º Declarada a caducidade, não resultará para o poder concedente qualquer espécie de responsabilidade em relação aos encargos, ônus, obrigações ou compromissos com terceiros ou com empregados da concessionária.

Art. 39. O contrato de concessão poderá ser rescindido por iniciativa da concessionária, no caso de descumprimento das normas contratuais pelo poder concedente, mediante ação judicial especialmente intentada para esse fim.

Parágrafo único. Na hipótese prevista no caput deste artigo, os serviços prestados pela concessionária não poderão ser interrompidos ou paralisados, até a decisão judicial transitada em julgado.

3.4 Permissão

Por meio de permissão, é possível delegar ao particular o mesmo objeto da concessão, qual seja, o serviço público. Entretanto, na permissão, em que pese a necessidade de licitação, esta não precisa ser na modalidade concorrência, que é a mais complexa de todas e exigida para os casos de concessão de serviço público.

Ademais, por expressa previsão do artigo 13, alínea b, da Lei nº 10.233/2001, apenas pode ser delegada mediante permissão "a prestação regular de serviços de transporte ferroviário de passageiros desvinculados da exploração de infraestrutura".

Por conceito, a permissão de serviço público é:

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, IV da Lei 8987/95).

Já o artigo 40 da Lei nº 8.987/1995 traz outra definição, que também é incompatível tanto com o artigo 1º como com o 2º, pois declara que as permissões são contratos de adesão.

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.

Os aspectos comuns aos institutos da concessão e permissão consistem no fato de: (i) ambos serem formalizados por contratos administrativos; (ii) terem o mesmo objeto: a prestação de serviços públicos; (iii) representarem a mesma forma de descentralização – ambos são resultantes de delegação negocial; (iv) não dispensarem licitação prévia; e, por fim, (v) estarem igualmente sujeitos aos princípios desta categoria de delegação, como, por exemplo, a supremacia do Estado, mutabilidade contratual, remuneração tarifária, etc.

Por sua vez, os aspectos distintivos consistem no fato de que enquanto a concessão pode ser contratada com pessoa jurídica, ou consórcio de empresas, a permissão somente pode ser firmada com pessoa física ou jurídica. Isto significa que não há concessão com pessoa física, bem como não haverá permissão com consórcio de empresas, residindo a distinção na natureza do delegatário.

Ademais, sendo o objeto da permissão o mesmo da concessão, a medida de

rescisão do contrato pelo permissionário também é a mesma, recorrendo-se à via judicial. Aplica-se o princípio da continuidade do serviço público para a não-paralisação dos serviços.

Com característica de contrato de adesão, verifica-se, portanto, e como já se disse, que a precariedade da permissão é relativa. E nem poderia ser diferente, sob pena de não se conferir ao interessado a mínima segurança jurídica necessária aos investimentos pela falta de garantia de um prazo mínimo de exploração do serviço. Embora a lei não preveja que a permissão terá prazo determinado, como faz com a concessão, na prática os institutos acabam por aproximar-se, já que a mencionada precariedade da permissão é inadequada à prestação de serviços públicos, pois dificilmente alguém se interessará pelo empreendimento sem ter as garantias de respeito ao equilíbrio econômico-financeiro, o que só é possível num cenário em que haja um prazo mínimo estabelecido para obter o retorno do investimento.

Fazendo a distinção entre os instrumentos da concessão e permissão, Odete Medauar salienta que:

[...] a Constituição Federal, no art. 175, estabeleceu a exigência de licitação para ambas, o que levava a aproximar a permissão da natureza de contrato. Essa é a natureza que lhe confere a Lei 8.987/95, ao determinar sua formalização mediante contrato de adesão, observada a precariedade e revogabilidade unilateral do contrato pelo poder concedente (art. 40). Assim, para veicular a permissão de serviço público foi criado o contrato administrativo de adesão. Além do mais, o mesmo art. 40 determina a aplicação, às permissões, do disposto na lei, sem ressalvas. Ante a Lei 8.987/95 a diferença entre concessão e permissão de serviço público situa-se em dois aspectos: a) a concessão é atribuída à pessoa jurídica ou consórcio de empresas, enquanto a permissão é atribuída à pessoa física ou jurídica; b) a concessão destina-se a serviços de longa duração, inclusive para propiciar retorno de altos investimentos da concessionária; a permissão supõe média ou curta duração.

3.5 Política tarifária

Como já afirmado, algumas disposições, além da obrigatoriedade de prévia licitação, são comuns à permissão e à concessão. É o caso, por exemplo, da política tarifária.

“A lei disporá sobre a política tarifária” (art. 175, parágrafo único, III da CF). A tarifa é a principal fonte de arrecadação do concessionário ou permissionário e tem a natureza jurídica de preço público, não se submetendo ao regime jurídico tributário (princípio da legalidade e anterioridade), ou seja, não precisa de lei para ser instituí-

da e pode ser cobrada no mesmo exercício financeiro.

Quanto à sua fixação, o valor inicial é o valor da proposta ganhadora da licitação:

A tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta lei, no edital e no contrato (art. 9º da Lei 8987/95).

Quanto à sua revisão, nos termos do artigo 9º, § 2º da Lei nº 8.987/1995, os contratos devem prever mecanismos de revisão das tarifas, a fim de manter-se o equilíbrio econômico-financeiro. A alteração deverá assegurar o lucro do contrato e ao mesmo tempo estabelecer tarifas módicas.

Nos contratos de concessão, há a possibilidade de alterações unilaterais da tarifa em razão de situações imprevisíveis e supervenientes para restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro. “Em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração” (art. 9º, § 4º da Lei nº 8.987/1995). Trata-se da Teoria da Imprevisão.

Destaque-se, ainda, que o Poder Concedente pode prever no edital de licitação novas fontes alternativas de arrecadação com a finalidade de manter a modicidade das tarifas:

No atendimento às peculiaridades de cada serviço público, poderá o poder concedente prever, em favor da concessionária, no edital de licitação, a possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas, observado o disposto no art. 17 desta lei (art. 11 da Lei 8987/95).
As fontes de receita previstas neste artigo serão obrigatoriamente consideradas para aferição do inicial equilíbrio econômico-financeiro do contrato (art. 17, parágrafo único da Lei 8987/95).

3.6 Autorização

Trata-se de ato administrativo unilateral discricionário e precário, por meio do qual o Poder Público delega a particulares a execução de certos serviços.

Não são todos os serviços públicos que podem ser delegados por intermédio de autorização, mas apenas aqueles admitidos pela Constituição Federal e por leis específicas. Ex: serviços de telecomunicações.

A autorização é um ato administrativo precário, unilateral, discricionário e que tem como função consentir com o uso de um bem público ou viabilizar a prática de uma atividade por um particular, caso em que é chamada de autorização de serviço público. Por ser ato discricionário, não gera direito subjetivo e por ser precário, pode ser revogado a qualquer tempo sem direito a indenização. Cabe ressaltar que nem sempre será discricionário, como por exemplo, na autorização de serviço de telecomunicação, no qual a Lei nº 9.472/1997 coloca como ato vinculado.

A autorização de serviço público gera polêmica na doutrina, pois alguns acham que não existe, já que o artigo 175 da Constituição Federal não menciona autorização, mas apenas a concessão e permissão, enquanto o artigo 21 menciona a autorização.

Dessa forma, pode-se concluir que a autorização de serviços públicos constitui sim uma forma de descentralização dos serviços públicos, mas apenas nas hipóteses mencionadas no artigo 21, incisos XI e XII da CF. Além de ser restrita a essas hipóteses, a autorização de serviço público também só será aceitável nos casos de serviço transitório ou emergencial, e nunca para suprir necessidade permanente, sob pena de violação do princípio da necessidade de licitação.

3.6.1 Cerne da divergência doutrinária acerca da autorização

O debate travado na doutrina, acerca da aptidão da autorização para prestar-se ao papel de instrumento apto para a delegação de serviço público ao particular, encontra fundamento no fato de a CF/1988, por um lado, em seu artigo 21, inciso XI, determinar que à União compete explorar, de forma indireta, as atividades ali elencadas por meio de concessão, permissão ou autorização, enquanto que, em seu artigo 175, a seu turno, a CF/1988 referir-se apenas à concessão e à permissão como instrumentos de delegação de serviço público. Nessa medida, alguns autores reconhecem a autorização como instrumento para a delegação de serviços públicos (por força do inciso XII, do artigo 21 da CF/1988), enquanto outros entendem que a autorização não configura instrumento do qual o Estado possa lançar mão para a delegação de serviço público. Para essa corrente doutrinária, a autorização não é instrumento hábil para a delegação de serviço público ao particular, pelo que só será possível quando tratar-se de atividade econômica de exclusivo interesse do autorizado (ou seja, atividade econômica de titularidade da iniciativa privada).

Desse modo, a interpretação mais razoável para a menção às três espécies de consentimento federal, reside em que a concessão e a permissão são institutos próprios para a prestação de serviços públicos, enquanto a autorização é o instrumento adequado para o desempenho da atividade do próprio interesse do autorizatório. Reforçando esse entendimento, há o argumento definitivo: a Constituição Federal, ao referir-se à prestação direta de serviços públicos, só fez menção à concessão e à permissão (art. 175). Parece, pois, que hoje a questão está definitivamente resolvida, no sentido de que o ato de autorização não pode consentir o desempenho de serviços públicos. A conclusão, desse modo, é a de considerar inaceitável a noção dos denominados serviços públicos autorizados. A atividade, quando for autorizada, há de refletir interesse exclusivo ou predominante de seu titular, ou seja, haverá, na atividade autorizada, interesse meramente privado, ainda que traga alguma comodidade a um grupo de pessoas.

Para Diogo de Figueiredo Moreira Neto, a autorização como instrumento de delegação (art. 21, XI e XII) é mero instrumento para o Poder Público

anuir discricionariamente com o desempenho pelos particulares de certos serviços privados de interesse público, assim por lei considerados todos aqueles que não obstante o prevalecente interesse privado, atendam também ao público; neste caso, porém, recorde-se, não existe qualquer delegação de serviço público.

As autorizações são instrumentos de ordenação pública de atividades de titularidade privada.

Marçal Justen Filho defende que a autorização não é instrumento apto para a delegação de serviço público e, mais, entende que autorização e serviço público encerram uma contradição em si, pois:

Ora a expressão autorização é incompatível com a existência de um serviço público. Não se outorga autorização de serviço público – fórmula verbal destituída de sentido lógico-jurídico. Somente se cogita de autorização para certas atividades econômicas em sentido restrito, cuja relevância subordina seu desempenho à fiscalização mais ampla e rigorosa do Estado. Sendo outorgada autorização, não existirá serviço público.

Floriano Peixoto de Azevedo Marques Neto, refletindo sobre para o que se presta, então, o instrumento da autorização previsto no inciso XII, do artigo 21, conclui que:

Se não seja a de delegar, só consigo ver que ela é um instrumento para admitir que alguém venha, sem ser delegado ou titular de serviço público, a explorar aquela atividade sujeito a uma regra regulatória, sujeito a uma série de disciplinas, inclusive a licença via mecanismo de autorização. E aí eu vejo, para nos aprofundar, uma vertente do princípio da subsidiariedade nisto, que é, para mim, presente na Constituição de 88.

No mesmo sentido, Sara Jane Leite de Farias entende a modalidade de autorização concedida para o desenvolvimento de atividade econômica da seguinte forma:

Significa que existem algumas atividades econômicas que não poderão ser exercidas pela iniciativa privada sem que seja conferido um ato autorizatório prévio. Todavia, deve-se perquirir o que pautará o legislador a impor a necessidade de uma autorização prévia para realização de uma atividade econômica. Os motivos podem ser os mais diversos possíveis, de acordo com o setor em que se encontra aquela atividade econômica. [...] Tal autorização configura-se como consentimento de polícia administrativa e vai receber uma denominação própria do comércio e da indústria, polícia das profissões, etc. Da dicção do art.170, parágrafo único, da CRFB verifica-se que se trata de função de polícia inerente ao desenvolvimento de atividade econômica, que a lei exige uma autorização prévia para que possam ser exercidas, impondo-se ainda a sua contínua sujeição à regulação da autoridade autorizante e, muitas vezes, a obrigação de universalidade e continuidade. Destaque-se como característica desta modalidade regulatória a sua setorização, ou seja, as autorizações são emitidas em consideração de cada setor da economia a ele vinculado, para o qual, via de regra, também há um específico órgão ou entidade estatal regulador.

Conclui Marcos Juruena Villela Souto que:

O certo é que só se pode utilizar a autorização quando não houver a predominância do interesse público sobre o particular; do contrário, deve-se firmar uma concessão ou permissão, submetidas ao princípio licitatório.

3.6.2 Serviço público delegado por meio de autorização

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a autorização é ato administrativo que pode ser entendido sob várias acepções:

Na terceira acepção autorização é o ato administrativo unilateral e discricionário pelo qual o Poder Público delega ao particular a exploração de serviço público, a título precário. Trata-se da autorização de serviço público. Esta hipótese está referida, ao lado da concessão e da permissão, como modalidade de delegação de serviço público de competência da União. Até a 17ª edição, vínhamos entendendo que a autorização não existe como forma de delegação de serviço prestado ao público, porque o serviço é prestado no interesse exclusivo do autorizatário. A partir da 18ª edição, esse entendimento é reformulado. Os chamados serviços públicos autorizados, previstos

no artigo 21, XI e XII, da Constituição Federal, são de titularidade da União, podendo ou não ser delegados ao particular por decisão discricionária do poder público; e essa delegação pode ser para atendimento de necessidades coletivas, com prestação a terceiros (casos da concessão e da permissão), ou para execução no próprio benefício do autorizatário, o que não deixa de ser também de interesse público. A essa conclusão chega-se facilmente pela comparação entre os serviços de telecomunicações, energia elétrica, navegação aérea e outros referidos no artigo 21, XI e XII, com os serviços públicos não exclusivos do Estado, como educação e saúde. Estes últimos, quando prestados pelo Estado, são serviços públicos próprios; quando prestados por particular, são serviços públicos impróprios, porque abertos à iniciativa privada por força da própria Constituição; no primeiro caso, existe autorização de serviço público; no segundo, existe autorização como ato de polícia.

A autorização administrativa, em sentido amplo, é o ato administrativo unilateral, discricionário e precário, pelo qual a Administração faculta ao particular o uso de bem público (autorização de uso) ou a prestação de serviço público (autorização de serviço público), ou o desempenho de atividade material, ou a prática de ato que, sem esse consentimento, seria legalmente proibida (autorização como ato de polícia).

Continuando, Maria Sylvia Zanella Di Pietro ensina que a autorização de serviço público (da mesma forma que a autorização de uso de bem público) é dada no interesse exclusivo do particular que a obtém; ele não exerce uma atividade que vá ser usufruída por terceiros, mas apenas por ele mesmo. Vale dizer que aquela mesma atividade que constitui serviço público propriamente dito, quando prestado diretamente pelo Poder Público ou pelas concessionárias, praticamente perde essa qualidade quando prestado mediante autorização, por faltar-lhe uma característica essencial que é o atendimento de necessidades coletivas.

Sendo a autorização dada no interesse exclusivo do particular, não há necessidade de que lhe sejam delegadas prerrogativas públicas. O Poder Público titular do serviço dá a autorização com base no poder de polícia do Estado e, com base nesse mesmo poder, estabelece as condições em que a atividade será exercida e fiscaliza esse exercício.

Contrario sensu, na permissão e na concessão o Poder Público delega ao particular uma atividade que vai atender a necessidades coletivas, definida pela lei como serviço público e, por isso mesmo, deve ser prestada sob regime jurídico parcialmente público, na medida em que o concessionário e o permissionário estarão sujeitos aos princípios inerentes à prestação de serviços públicos (continuidade, mutabilidade, igualdade entre os usuários) e exercerão as prerrogativas públicas que

lhe forem conferidas pela lei e pelo contrato.

Ato precário que é, a autorização deve ser outorgada sem prazo, de tal forma que o Poder Público possa revogá-la, a qualquer momento, sem direito à indenização.

Em apertada síntese, são diferentes entre si os regimes jurídicos de autorização, permissão e concessão. Os poderes, direitos e deveres que decorrem para as partes, nas três hipóteses, são diversos. Não sendo os três institutos fungíveis entre si, a adoção de um ou outro depende de seu correto enquadramento legal.

O Quadro 2 resume os principais traços distintivos entre as modalidades de delegação possíveis.

Quadro 2 – Modalidades de delegação (sem PPP)

Itens	Concessão	Permissão	Autorização
Natureza	Contrato	Contrato	Ato unilateral
Licitação	Obrigatória, na modalidade concorrência	Obrigatória, em qualquer modalidade	Não há obrigatoriedade
Objeto	Serviços públicos	Serviços públicos	Serviços públicos impróprios* e serviços privados
Delegatária	Pessoa jurídica ou consórcio de empresas	Pessoa física ou jurídica	Pessoa física ou jurídica

Fonte: própria (2016)

Nota: *Serviços públicos impróprios são aqueles que não afetam substancialmente as necessidades fundamentais dos cidadãos, mas são de interesse da coletividade. Não são, de fato, serviço público em sentido estrito.

3.7 Parcerias público-privadas

As PPPs surgiram como alternativa aos investimentos em serviços públicos que não eram economicamente viáveis para a iniciativa privada, seja porque não geravam lucro, seja porque o prazo de retorno era longo demais. O objetivo foi atrair a iniciativa privada para investimentos em que ela não teria interesse se mantidos os moldes da concessão comum, regulada pela Lei nº 8.987/1995.

Caracteriza-se a PPP, ainda, pela: (i) repartição de riscos, que deverá constar em cláusula contratual (art. 4º, inciso VI, c/c art. 5º, inciso III); (ii) reciprocidade de garantias, distanciando-se das concessões comuns, uma vez que nas parcerias público-privadas não só o parceiro-privado, mas também o parceiro-público terá de prestar garantias em favor do outro; e (iii) pela reciprocidade de penalidades, sujeitando-se o Poder Público, e não somente o particular, a uma pena em caso de des-

cumprimento contratual. Introduce-se, assim, uma nova forma de soberania estatal, classificada como consensual, em que o parceiro-público, embora soberano, assume riscos juntamente com o parceiro-privado e presta-lhe garantias.

Consoante o inciso IV do artigo 5º, a modalidade de contraprestação escolhida deve estar prevista não só no contrato, mas também no edital de licitação, necessariamente de forma clara e mais detalhada possível.

Em seu artigo 6º da Lei de PPPs estabelece as modalidades de contraprestação pública sem ser, contudo, exauriente. A própria norma legal possibilita, em seu inciso V, outros meios admitidos em lei.

São meios previstos para a contraprestação efetuada pelo Poder Público contratante: (i) a ordem bancária, isto é, o depósito realizado em conta aberta pelo particular contratado em instituição financeira na qual o parceiro-público faz seus pagamentos; (ii) a cessão de créditos não-tributários, disciplinada no artigo 286 e seguintes do Código Civil de 2002. Frisa-se que, como ocorre em qualquer cessão de crédito, o parceiro-público (cedente) garante a existência do crédito frente ao parceiro-privado (cessionário), podendo aquele, ainda, responsabilizar-se pela solvabilidade dos créditos (cessão pro solvendo) – caso em que somente estará extinta a obrigação com o efetivo pagamento do cessionário – ou não garanti-la (cessão pro soluto) – caso em que se considera cumprida a obrigação com a simples transferência dos créditos; (iii) a outorga de direitos em face da Administração Pública (desde que tais direitos que tenham o caráter de conversibilidade em pecúnia, ou que ao menos estampem a representação de determinado valor); (iv) outorga de direitos sobre bens públicos dominicais (desde que não recaia sobre bens de uso comum do povo e de uso especial).

Como tentativa de minimizar os riscos do particular frente a uma possível inadimplência do Poder Público, a Lei nº 11.079/2004 prevê um amplo sistema de garantias em favor do parceiro privado.

O artigo 8º da Lei nº 11.079/2004 prevê cinco modalidades de garantias que poderão ser prestadas nos contratos de parceria público-privada, permitindo, todavia, conforme o inciso VI, outras modalidades admitidas em lei, quais sejam: (i) vinculação de receitas, garantia de natureza orçamentária que impede que determinadas receitas sejam utilizadas para outros fins que não o pagamento da contraprestação pública a qual se vincularam; (ii) instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei, entendendo-se por fundo especial, conforme definição do artigo 71 da Lei

nº 4.320, de 17 de março de 1964 (“o produto de receitas especificadas que por lei se vinculam à realização de determinados objetivos ou serviços, facultada a adoção de normas peculiares de aplicação”); (iii) contratação de seguro-garantia com as companhias seguradoras; (iv) garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras não controladas pelo Poder Público, conceituando-se instituições financeiras, conforme o artigo 17 da Lei nº 4.595/1964, como “as pessoas jurídicas públicas ou privadas, que tenham como atividade principal ou acessória a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros”; e (v) garantia prestada por fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade.

Vale ressaltar que a questão da constitucionalidade das garantias previstas na Lei nº 11.079/2004 suscita ainda alguma controvérsia, que, no entanto, não será enfrentada neste relatório. Cumpre registrar, porém, e para o caso específico da garantia mediante vinculação de receita que – salvo melhor juízo – não parece haver inconstitucionalidade, eis que: (i) não se trataria de garantia propriamente, mas de pagamento com vinculação orçamentária; e (ii) o princípio da não-vinculação vige somente para as receitas provenientes de impostos, e não para toda e qualquer receita pública.

Relevante abordar, ainda, a questão da possibilidade de aportes de recursos, nas PPPs, para obras e bens reversíveis ainda na fase de implantação do projeto, inclusive com tratamento tributário específico, novidade introduzida pela Lei nº 12.766, de 27 de dezembro de 2012, e a previsão de um amplo sistema de garantias em favor do particular contratado a fim de minimizar os riscos envolvidos e, dessa forma, viabilizar as contratações nessa modalidade de concessão especial.

Em se tratando de projetos do tipo *greenfield*, como é o caso de novas ferrovias, que contemplam uma fase pré-operacional, o parceiro privado tem que arcar com pesados investimentos, seja com capital próprio ou à custa de vultosos empréstimos e financiamentos. Assim, a possibilidade dos aportes de recursos pelo parceiro público ainda na fase de implantação, além de contribuir para reduzir o volume de investimentos privados necessários, ainda enseja o oferecimento desses recebíveis em garantia dos financiamentos necessários, tudo com o tratamento tributário adequado.

A inovação representou importante avanço em relação ao antigo regime das

PPPs, em que a remuneração do parceiro privado somente seria devida após a construção da infraestrutura, na fase operacional. O efeito prático disso era o estabelecimento, pelo parceiro privado, de uma taxa compatível com seu custo de oportunidade pelo emprego do capital na fase pré-operacional, bem como de um *spread* equivalente ao prêmio pelo risco assumido. O custo de deixar o concessionário sem receber qualquer receita na fase pré-operacional seria, de qualquer modo, repassado ao Estado.

O desembolso do aporte de recursos, à medida da conclusão das etapas, elimina esse custo embutido. Entretanto, o aporte não deve representar o pagamento de 100% dos investimentos em bens reversíveis, o que poderia caracterizar o reenquadramento do contrato como empreitada, regido pela Lei nº 8.666/1993.

De outro lado, o pagamento dos aportes poderia ser considerado receita do parceiro privado, com as consequências tributárias decorrentes. Para solucionar a questão, tratou a Lei de prever expressamente a exclusão de tais aportes da determinação do lucro líquido para fins de base de cálculo da CSLL, PIS e Cofins.

A possibilidade do aporte de recursos traz, portanto, soluções valiosas para a viabilização do subsídio estatal, pago *pari passu* à realização da obra, aliviando os custos financeiros para ambas as partes e diferindo o pagamento dos impostos.

3.7.1 Requisitos para a configuração da PPP

A Lei Federal nº 11.079/2004 fixou alguns requisitos para a contratação da parceria público-privada, diferenciando, portanto, no plano jurídico, as respectivas modalidades de concessão, afastando eventual confusão entre as concessões comum e patrocinada, que possuem objetos similares.

A contratação das parcerias tem como finalidade arrecadar investimento privado para setores de infraestrutura pública, o que envolve custos elevados. Portanto, não se justifica a contratação do particular por meio de parceria público-privada cujo valor do objeto seja inferior a R\$ 20 milhões.

A prestação dos serviços deve perdurar no mínimo por cinco anos. Ainda em relação a prazo, o artigo 5º da Lei das parcerias público-privadas exige a previsão nas cláusulas contratuais do termo final do vínculo obrigacional, assim a vigência do contrato de parceria público-privada não pode ter prazo inferior a cinco anos nem superior a 35. A previsão do prazo mínimo legal visa tanto a permitir à Administração

Pública amortizar os investimentos, como a expor o responsável pela obra ou serviço (particular contratado) ao risco do prejuízo econômico da má execução da infraestrutura.

Não obstante, os demais elementos essenciais do contrato devem restar caracterizados. Portanto, em instituto distinto das parcerias público-privadas resulta o contrato que não estipular a repartição dos riscos entre as partes, nem delegar a responsabilidade e a gerência pela execução da obra.

A PPP não pode ter por objeto único a execução de obra pública. Para Carlos Ari Sundfeld, a vedação da mera execução de obra pública por meio de parceria público-privada tem como finalidade prevenir o desinteresse econômico do particular pela boa execução do contrato, pois a contraprestação por parte da Administração Pública será obrigatoriamente precedida da disponibilização do serviço contratado (art. 7º), e, ainda, variável de acordo com o desempenho do parceiro privado, conforme metas e padrões de qualidade e disponibilidade fixadas (art. 6º, parágrafo único).

As diretrizes a serem observadas na contratação das parcerias público-privadas estão dispostas no artigo 4º da Lei respectiva. Além dos princípios gerais consagrados no ordenamento jurídico, a celebração do contrato deve observar alguns preceitos específicos.

O diploma legal das parcerias público-privada não somente reforçou determinados princípios, como o da eficiência, da responsabilidade fiscal e da transparência dos procedimentos e decisões, presentes em diversos textos legais vigentes, como inovou, ao determinar a repartição dos riscos de acordo com a capacidade dos parceiros em gerenciá-los.

Não obstante, na contratação deve ser observada a sustentabilidade financeira e vantagens socioeconômicas do projeto de parceria (inciso VII, art. 4º). Isso quer dizer, o contrato celebrado entre o Poder Público e o particular deve tanto observar a viabilidade econômica e o retorno financeiro, como atender ao interesse público.

3.7.2 Condições para a configuração de uma PPP

A Lei nº 11.079/2004 deixa claros os requisitos para que um contrato de concessão seja celebrado na modalidade de PPP:

Art. 2º Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na

modalidade patrocinada ou administrativa.

§ 1º Concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.

§ 2º Concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens.

§ 3º Não constitui parceria público-privada a concessão comum, assim entendida a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando não envolver contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.

§ 4º É vedada a celebração de contrato de parceria público-privada:

I - cujo valor do contrato seja inferior a R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais);

II - cujo período de prestação do serviço seja inferior a 5 (cinco) anos; ou

III - que tenha como objeto único o fornecimento de mão-de-obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública.

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

§ 1º As concessões patrocinadas regem-se por esta Lei, aplicando-se-lhes subsidiariamente o disposto na Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e nas leis que lhe são correlatas.

§ 2º As concessões comuns continuam regidas pela Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e pelas leis que lhe são correlatas, não se lhes aplicando o disposto nesta Lei.

§ 3º Continuam regidos exclusivamente pela Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e pelas leis que lhe são correlatas os contratos administrativos que não caracterizem concessão comum, patrocinada ou administrativa.

Art. 4º Na contratação de parceria público-privada serão observadas as seguintes diretrizes:

I - eficiência no cumprimento das missões de Estado e no emprego dos recursos da sociedade;

II - respeito aos interesses e direitos dos destinatários dos serviços e dos entes privados incumbidos da sua execução;

III - indelegabilidade das funções de regulação, jurisdicional, do exercício do poder de polícia e de outras atividades exclusivas do Estado;

IV - responsabilidade fiscal na celebração e execução das parcerias;

V - transparência dos procedimentos e das decisões;

VI - repartição objetiva de riscos entre as partes;

VII - sustentabilidade financeira e vantagens socioeconômicas dos projetos de parceria.

Estabelece, ainda, as cláusulas obrigatórias dos contratos de parceria público-privada:

Art. 5º As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no art. 23 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever:

I - o prazo de vigência do contrato, compatível com a amortização dos investimentos realizados, não inferior a 5 (cinco), nem superior a 35 (trinta e cinco) anos, incluindo eventual prorrogação;

II - as penalidades aplicáveis à Administração Pública e ao parceiro privado em caso de inadimplemento contratual, fixadas sempre de forma proporcional à gravidade da falta cometida, e às obrigações assumidas;

III - a repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária;

IV - as formas de remuneração e de atualização dos valores contratuais;

V - os mecanismos para a preservação da atualidade da prestação dos serviços;

VI - os fatos que caracterizem a inadimplência pecuniária do parceiro público, os modos e o prazo de regularização e, quando houver, a forma de acionamento da garantia;

VII - os critérios objetivos de avaliação do desempenho do parceiro privado;

VIII - a prestação, pelo parceiro privado, de garantias de execução suficientes e compatíveis com os ônus e riscos envolvidos, observados os limites dos §§ 3º e 5º do art. 56 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e, no que se refere às concessões patrocinadas, o disposto no inciso XV do art. 18 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995;

IX - o compartilhamento com a Administração Pública de ganhos econômicos efetivos do parceiro privado decorrentes da redução do risco de crédito dos financiamentos utilizados pelo parceiro privado;

X - a realização de vistoria dos bens reversíveis, podendo o parceiro público reter os pagamentos ao parceiro privado, no valor necessário para reparar as irregularidades eventualmente detectadas.

XI - o cronograma e os marcos para o repasse ao parceiro privado das parcelas do aporte de recursos, na fase de investimentos do projeto e/ou após a disponibilização dos serviços, sempre que verificada a hipótese do § 2º do art. 6º desta Lei. (Incluído pela Lei nº 12.766, de 2012)

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

§ 2º Os contratos poderão prever adicionalmente:

I - os requisitos e condições em que o parceiro público autorizará a transferência do controle ou a administração temporária da sociedade de propósito específico aos seus financiadores e garantidores com quem não mantenha vínculo societário direto, com o objetivo de promover a sua reestruturação financeira e assegurar a continuidade da prestação dos serviços, não se aplicando para este efeito o previsto no inciso I do parágrafo único do art. 27 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; (Redação dada pela Lei nº 13.097, de 2015)

II - a possibilidade de emissão de empenho em nome dos financiadores do projeto em relação às obrigações pecuniárias da Administração Pública;

III - a legitimidade dos financiadores do projeto para receber indenizações por extinção antecipada do contrato, bem como pagamentos efetuados pelos fundos e empresas estatais garantidores de parcerias público-privadas.

Art. 5º -A. Para fins do inciso I do § 2º do art. 5º, considera-se: (Incluído pela Lei nº 13.097, de 2015)

I - o controle da sociedade de propósito específico a propriedade resolúvel de ações ou quotas por seus financiadores e garantidores que atendam os requisitos do art. 116 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976; (Incluído pela Lei nº 13.097, de 2015)

II - A administração temporária da sociedade de propósito específico, pelos financiadores e garantidores quando, sem a transferência da propriedade de ações ou quotas, forem outorgados os seguintes poderes: (Incluído pela Lei nº 13.097, de 2015)

a) indicar os membros do Conselho de Administração, a serem eleitos em Assembleia Geral pelos acionistas, nas sociedades regidas pela Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976; ou administradores, a serem eleitos pelos quotistas, nas demais sociedades; (Incluído pela Lei nº 13.097, de 2015)

b) indicar os membros do Conselho Fiscal, a serem eleitos pelos acionistas ou quotistas controladores em Assembleia Geral; (Incluído pela Lei nº

13.097, de 2015)

c) exercer poder de veto sobre qualquer proposta submetida à votação dos acionistas ou quotistas da concessionária, que representem, ou possam representar, prejuízos aos fins previstos no caput deste artigo; (Incluído pela Lei nº 13.097, de 2015)

d) outros poderes necessários ao alcance dos fins previstos no caput deste artigo; (Incluído pela Lei nº 13.097, de 2015)

§ 1º A administração temporária autorizada pelo poder concedente não acarretará responsabilidade aos financiadores e garantidores em relação à tributação, encargos, ônus, sanções, obrigações ou compromissos com terceiros, inclusive com o poder concedente ou empregados. (Incluído pela Lei nº 13.097, de 2015)

§ 2º O Poder Concedente disciplinará sobre o prazo da administração temporária. (Incluído pela Lei nº 13.097, de 2015)

3.8 Síntese

Percebe-se que com a prestação indireta do serviço público, de titularidade do Estado, o delegatário, por sua conta e risco, assume a execução da prestação e passa a ser responsabilizado pelos danos causados a terceiros e usuários. Em contrapartida, apesar dos riscos da operação, o concessionário faz jus a uma justa remuneração, composta, na maior parte das vezes, pela tarifa cobrada do usuário. Entretanto, essa contraprestação poderá ter fontes diversas, ou seja, pode ser composta por contraprestação do poder concedente.

Experiências internacionais comprovam a eficácia da atuação da iniciativa privada nas políticas públicas, com vantagens não somente econômicas como também práticas, já que o particular detém condições de prestar um serviço público mais qualificado. Assim, interessa cada vez mais à sociedade a aproximação do Estado da iniciativa privada, direcionando capital privado para o investimento e financiamento de obras e serviços públicos.

Em razão de todo o exposto e considerando a rigidez do ordenamento jurídico e dos princípios que vinculam a administração pública, observa-se que não há muito espaço para a discricionariedade nas delegações de serviços públicos. Os balizadores estão claros e bem definidos na lei e nos princípios informativos dos serviços públicos.

Outrossim, quanto à definição dos requisitos objetivos para delegação, estes estão, no mais das vezes, estritamente vinculados ao tipo de projeto a ser executado ou serviço a ser delegado. Tais definições só serão possíveis diante das circunstâncias concretas decorrentes de projeto especificamente elaborado.

Nesse particular contexto, o que se proporá, a seguir, representa, ao mesmo

tempo, o máximo que se pode prever e o mínimo que deve ser exigido nos editais de descentralização dos serviços de transporte ferroviário de passageiros.

4 PRÁTICA DAS ÚLTIMAS CONCESSÕES NO SETOR FERROVIÁRIO NO BRASIL

Na prática, os editais lançados para as recentes concessões de serviços de transporte ferroviário de passageiros no Brasil apresentam condições para participação em concorrência, assim como limitações para essa participação, as quais são mostradas a seguir. Os requisitos gerais reprisam as exigências já previstas na legislação aplicável; os requisitos específicos variam de acordo com cada projeto licitado.

Aos consórcios, empresas estrangeiras e Fundos de Investimento em Participações (FIPs) são impostas condições específicas para participação em concorrências, que também serão apresentadas nos tópicos a seguir.

4.1 Condições gerais

Poderão participar de concorrência todas as pessoas jurídicas legalmente constituídas, nacionais ou estrangeiras, entidades de previdência complementar, e Fundos de Investimento em Participações, isolados ou reunidos em consórcio, de acordo com os seguintes termos:

- a) que estejam cadastradas e habilitadas no Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores (Sicaf), nos termos do § 1º, artigo 1º do Decreto nº 3.722, de 9 de janeiro de 2001; e
- b) que atendam às condições do edital/anexos a que se referem e apresentem os documentos nele exigidos, em original ou por qualquer processo de cópia autenticada por cartório de notas e ofício competente, ou por servidor da comissão de licitação, à vista dos originais.

Ressalte-se que a licitante deverá apresentar compromisso de que, em vencendo a concorrência, constituirá, antes da formalização do contrato de concessão, Sociedade de Propósito Específico (SPE) segundo a lei brasileira, bem como comprovar capital social mínimo de 5% do valor do contrato.

4.1.1 Limitações à participação

Não poderão participar de concorrência as empresas, isoladamente ou em consórcio:

- a) que tenham sido declaradas inidôneas por qualquer órgão da Administra-

- ção Pública, direta ou indireta, Federal, Estadual, Municipal ou do Distrito Federal (Sistema Integrado de Registro do CEIS/CNEP);
- b) proibidas de licitar ou contratar com a Administração Pública, nos termos do artigo 12 da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992;
 - c) que estejam em regime de recuperação judicial ou extrajudicial ou cuja falência haja sido decretada;
 - d) que tenham sido condenadas, por sentença transitada em julgado, à pena de interdição de direitos devido à prática de crimes ambientais, conforme disciplinado no artigo 10 da Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, ou seus dirigentes, gerentes, acionistas ou detentores de mais de 5% (cinco por cento) do capital com direito a voto, controladora, responsável técnico ou subcontratado, que tenham participado da elaboração dos estudos jurídicos, econômicos e técnicos que lhe serviram de base;
 - e) cujo(s) dirigente(s) ou responsável(is) técnico(s) seja(m) ou tenha(m) sido ocupante(s) de cargo efetivo, emprego, ou ocupante(s) de cargo de direção ou assessoramento superior da União, nos últimos 180 dias anteriores à data da publicação do edital;
 - f) que tenham parlamentar diplomado(a) ou empossado(a) exercendo função de gestão ou entre seus proprietários, controladores, administradores ou diretores, configurando as vedações previstas no artigo 54 da Constituição Federal; ou
 - g) cujo(s) diretor(es), responsável(is) legal(is) ou técnico(s), sócio(s) ou membro(s) de conselho(s) técnico, consultivo, deliberativo ou administrativo, pertença(m), ainda que parcialmente, de empresa do mesmo grupo, ou de mais de uma empresa que estejam participando da licitação.

4.1.2 Participação em consórcio

Se as empresas estiverem constituídas em consórcio, deverão ser observadas as normas constantes no artigo 33 da Lei nº 8.666/1993 e os documentos elencados nos artigos de 27 a 30 da Lei nº 8.666/1993:

Art. 27. Para a habilitação nas licitações exigir-se-á dos interessados, exclusivamente, documentação relativa a:
I - habilitação jurídica;
II - qualificação técnica;

- III - qualificação econômico-financeira;
- IV - regularidade fiscal e trabalhista; (Redação dada pela Lei nº 12.440, de 2011) (Vigência)
- V - cumprimento do disposto no inciso XXXIII do art. 7º da Constituição Federal. (Incluído pela Lei nº 9.854, de 1999)

A Lei nº 8.987/1995, em seu artigo 19, cita que as empresas em consórcio, quando participantes de licitação, devem observar as seguintes normas:

- I - comprovação de compromisso, público ou particular, de constituição de consórcio, subscrito pelas consorciadas;
 - II - indicação da empresa responsável pelo consórcio;
 - III - apresentação dos documentos exigidos nos incisos V e XIII do artigo anterior, por parte de cada consorciada;
 - IV - impedimento de participação de empresas consorciadas na mesma licitação, por intermédio de mais de um consórcio ou isoladamente.
- § 1º O licitante vencedor fica obrigado a promover, antes da celebração do contrato, a constituição e registro do consórcio, nos termos do compromisso referido no inciso I deste artigo.
- § 2º A empresa líder do consórcio é a responsável perante o poder concedente pelo cumprimento do contrato de concessão, sem prejuízo da responsabilidade solidária das demais consorciadas.

Além disso, deverão apresentar comprovação de compromisso público ou particular de constituição do consórcio (cujo prazo de duração do consórcio deve, no mínimo, coincidir com o prazo de vigência do contrato), subscrito pelas consorciadas, contemplando:

- a) denominação do consórcio;
- b) composição, com indicação do percentual da participação de cada uma das consorciadas na licitação;
- c) objetivos do consórcio, restritos à participação na licitação;
- d) indicação da sociedade líder, que deverá ser aquela detentora da maior cota consorcial, a quem caberá a responsabilidade pelo desenvolvimento e gerenciamento dos serviços e que responderá junto ao poder concedente por todas as obrigações contratuais previstas no edital e seus anexos;
- e) procuração outorgando à sociedade líder poderes expressos, irretratáveis e irrevogáveis para concordar com condições, transigir, compromissar-se, assinar quaisquer papéis e documentos relacionados com o objeto da concessão, na fase da licitação; e
- f) compromisso de que as consorciadas responderão perante o poder concedente isolada e solidariamente pelos atos praticados pelo consórcio, na fase da licitação, cobrindo integralmente todas as obrigações assumidas

na proposta, na proporção de sua participação.

Outras condições que aparecem nos editais estabelecem que:

- a) no consórcio formado entre empresas brasileiras e estrangeiras, a liderança caberá, obrigatoriamente, à empresa brasileira;
- b) as empresas consorciadas não poderão apresentar, isoladamente ou integrando outro consórcio, cotação para a prestação do mesmo serviço que estiver sendo disputado pelo consórcio do qual faça parte;
- c) todas as empresas consorciadas deverão apresentar toda a documentação de habilitação exigida no edital;
- d) para efeito de qualificação técnica, jurídica, fiscal e trabalhista será aceito o somatório da capacidade técnica das empresas consorciadas; e
- e) para efeito de qualificação econômico–financeira, será aceito o somatório dos valores de cada consorciado, na proporção de sua respectiva participação, exceto para a exigência relativa ao patrimônio líquido, para a qual cada consorciado, individualmente, deverá comprovar patrimônio líquido igual ou superior à parcela do patrimônio líquido mínimo exigido, correspondente à sua respectiva participação no consórcio.

4.1.3 Participação de empresa estrangeira

Para participar de concorrência, as sociedades ou entidades estrangeiras deverão:

- a) ter, na data de apresentação dos documentos para qualificação, representação legal no Brasil com poderes expressos para receber citação e responder administrativa e judicialmente;
- b) no caso de empresas estrangeiras em funcionamento no País, apresentar decreto de autorização e ato de registro ou autorização para funcionamento expedido pelo órgão competente, quando a atividade assim o exigir;
- c) apresentar, para sua qualificação, uma declaração de submissão à legislação da República Federativa do Brasil e de renúncia a qualquer reclamação por via diplomática; e
- d) no caso de empresas sediadas no exterior e as sociedades civis, fundos e fundações, observar as condições exigidas para habilitação no edital, admitindo-se documentos equivalentes.

Qualquer documento apresentado em língua estrangeira deverá ter sido emitido por pessoa jurídica de direito público ou privado, quando for o caso, de seu país de origem, notariado e autenticado por Embaixada ou Consulado Brasileiro no país de origem do documento e traduzido para a língua portuguesa por tradutor juramentado.

Será considerada inabilitada a empresa estrangeira que não apresentar documentação comprobatória de representação no Brasil, com poderes expressos para receber citação, responder administrativa e judicialmente e atender a todos os requisitos do edital.

4.1.4 Participação de Fundos de Investimento em Participações

Os FIPs deverão fornecer, juntamente com a documentação de habilitação, a relação de seus cotistas e apresentar cópia autenticada de registro na Comissão de Valores Mobiliários (CVM). A documentação de habilitação dos FIPs, que não possa ser apresentada em nome próprio, deverá ser apresentada em nome do administrador do fundo, sendo sua participação permitida apenas por meio de consórcio que atenda às qualificações estabelecidas no edital.

4.2 Condições para habilitação

Como já mencionado, o edital de licitação deve indicar a relação dos documentos exigidos e os critérios a serem seguidos para aferição da habilitação das empresas licitantes, ou seja, para reconhecimento da sua capacidade em efetuar serviços delegados. Na prática brasileira, isso pode ser constatado por meio da lista de requisitos de boa reputação e da lista de requisitos para habilitação jurídica, econômico-financeira, técnica, regularidade fiscal e trabalhista das empresas, que se encontram nos editais de licitação.

Com o intuito de facilitar essa aferição, no Brasil, em âmbito federal, foi criado o Sistema de Cadastramento Unificado de Fornecedores (Sicaf) pelo Decreto nº 3.722, de 9 de janeiro de 2001, publicado no D.O.U. de 10 de janeiro de 2001, alterado pelo Decreto nº 4.485, de 25 de novembro de 2002. Esse sistema deve conter os registros dos interessados relativamente à habilitação jurídica, de qualificação econômico-financeira e de regularidade fiscal, bem como das sanções aplicadas pela Administração Pública relativas ao impedimento para contratar com o Poder Público.

Assim, a confirmação da regularidade da empresa licitante poderá ocorrer mediante consulta *on line* ao referido sistema, no ato da abertura do certame, exceto no que diz respeito à habilitação técnica.

De maneira similar, na União Europeia, as empresas que solicitam uma habilitação devem provar às autoridades responsáveis que satisfazem os requisitos de boa reputação, capacidade financeira, competência profissional e de cobertura da responsabilidade civil. Ressalte-se que caso a empresa deixe de cumprir algum dos requisitos após ter sido habilitada, a habilitação poderá ser suspensa ou revogada pela autoridade responsável.

Ainda na União Europeia, quando a suspensão ou revogação tiver como origem o não cumprimento dos requisitos de capacidade financeira, a autoridade responsável poderá conceder uma licença temporária, de até seis meses, durante a reorganização da empresa ferroviária, contanto que a segurança dos serviços não seja posta em risco.

Da prática brasileira em relação às condições exigidas para a habilitação dos licitantes, em linha com a legislação pátria e com as demais considerações jurídicas expendidas no presente estudo, propõe-se, abaixo, a definição dos requisitos para a delegação dos serviços de transporte ferroviário de passageiros.

A proposta pressupõe, ainda, a aplicação dos mesmos requisitos para a delegação via concessão ou permissão eis que, como já mencionado, as modalidades têm se aproximado cada vez mais, na prática, inclusive, da já referida relativização do caráter de precariedade da permissão. A eleição de uma das modalidades, a seu turno, de acordo com a Lei nº 10.233/2001, fica condicionada ao tipo de projeto a ser licitado, qual seja, vinculado ou não à exploração da infraestrutura.

5 PROPOSTA DE DEFINIÇÃO DE REQUISITOS PARA A DELEGAÇÃO DO TRANSPORTE FERROVIÁRIO DE PASSAGEIROS

5.1 Concessão e permissão

5.1.1 Condições de participação

Poderão participar de licitações pessoas jurídicas (e físicas, no caso de permissão) brasileiras e estrangeiras, entidades de previdência complementar, instituições financeiras e fundos de investimento, isoladamente ou em forma de consórcio, exceto se:

- a) estiverem impedidos ou cumprindo suspensão do direito de participarem de licitações ou de contratarem com a Administração Pública de qualquer esfera;
- b) tiverem sido declarados inidôneos por órgão da Administração Pública Federal, Estadual ou Municipal, nos últimos cinco anos, sem que tenham sido promovidas suas reabilitações perante o órgão em questão;
- c) tiverem sócio(s), dirigente(s) ou responsável(is) técnico(s) que seja(m) ou tenha(m) sido ocupante(s) de cargo efetivo ou comissionado, ou emprego na ANTT, no Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil, na Interviente Anuente, na Empresa de Planejamento e Logística S.A., ou no Dnit, ou ocupante(s) de cargo de direção, gerência executiva, assessoramento ou assistência da União, nos últimos 180 dias anteriores à data da publicação do Edital;
- d) forem detentores, diretamente, de outorga para a exploração de infraestrutura ferroviária associada à prestação de serviço de transporte ferroviário (condição a ser incluída ou suprimida a depender das definições do projeto e de se tratar de concessão ou permissão);
- e) tiverem por meio de seus dirigentes, gerentes, contratados ou detentores de mais de 5% do capital com direito a voto, responsável técnico ou subcontratado, fornecido ou participado da elaboração dos estudos que serviram de base à licitação;
- f) os seus dirigentes se enquadrarem em qualquer uma das hipóteses previstas no inciso I do artigo 1º da Lei Complementar nº 64, de 18 de maio

de 1990, exceto nos casos de crimes de ação penal privada, culposos ou aqueles definidos em lei como de menor potencial ofensivo; ou

- g) os seus dirigentes tiverem sido condenados por improbidade administrativa.

Caso o licitante participe por meio de consórcio, cada consorciado deverá atender individualmente às exigências relativas à habilitação.

5.1.2 Das declarações

De acordo com a prática brasileira, os seguintes documentos devem ser apresentados pela licitante:

- a) indicação da pessoa legalmente habilitada;
- b) declaração quanto à inexistência de fato impeditivo em participar do leilão;
- c) declaração de que a proponente não se encontra em processo de (i) falência, (ii) autofalência, (iii) recuperação judicial ou extrajudicial, (iv) liquidação judicial ou extrajudicial, (v) insolvência, (vi) administração especial temporária ou (vii) intervenção do órgão fiscalizador competente;
- d) declaração de recebimento de todos os elementos componentes do edital;
- e) declaração do pleno conhecimento das condições e exigências do edital e anexos, assim como dos serviços e das condições de sua execução;
- f) declaração de que, no caso de vencer a licitação, compromete-se a atender aos termos fixados no contrato e em seus anexos;
- g) declaração de elaboração independente de proposta;
- h) declaração de que as informações por ela fornecidas e o serviço por ela ofertado no âmbito da licitação não infringem direitos de propriedade intelectual e nem o disposto nos itens do edital;
- i) declaração da responsabilidade pela veracidade de todas as informações constantes da documentação e da proposta apresentadas;
- j) declaração que autoriza a comissão especial de licitação a proceder a diligências visando à comprovação de informações prestadas pela licitante, relativas à licitação;
- k) declaração subscrita pelo representante legal da licitante de que se encontra em situação regular perante o Ministério do Trabalho, nos termos do inciso V, do artigo 27, da Lei nº 8.666/1993, no que se refere à observân-

cia do disposto no inciso XXXIII, do artigo 7º, da Constituição Federal do Brasil, sobre a proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de 18 e de qualquer trabalho a menores de 16 anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de 14 anos;

- l) declaração, sob as penas da lei, que a licitante, na qualidade de empregadora, não tenha diretor, gerente, ou empregado condenado por crimes ou contravenções em razão da prática de atos de preconceito de raça, de cor, de sexo ou de estado civil, ou pela adoção de práticas inibidoras, atentatórias ou impeditivas do exercício do direito à maternidade ou de qualquer outro critério discriminatório para a admissão ou permanência da mulher ou do homem no emprego;
- m) declaração subscrita pelo representante legal da licitante, de que atende às normas relativas à saúde e à segurança do trabalho;
- n) declaração de que a empresa licitante não está sob pena de interdição temporária de direitos de que trata o artigo 10 da Lei nº 9.605/1998, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente; e
- o) minuta do estatuto social da SPE, que deverá conter disposições que não sejam contrárias aos termos do edital e da minuta do contrato.

5.1.2.1 Da habilitação jurídica

A prática brasileira recomenda que os seguintes documentos devam ser apresentados pela licitante para sua habilitação jurídica:

- a) cédula de identidade e registro comercial do proponente;
- b) certidão atualizada da proponente pessoa jurídica, expedida pelo registro empresarial ou cartório competente;
- c) contrato social, estatuto ou ato constitutivo em vigor devidamente registrado, em se tratando de sociedades comerciais, ou inscrição do contrato social, regulamento e/ou registro do ato constitutivo no órgão competente, no caso de sociedades simples, fundações ou fundos, com comprovação dos seus administradores, seus poderes e atribuições, feita em uma das formas a seguir:
 - em se tratando de sociedades limitadas, documento comprobatório devidamente registrado no órgão competente, ou

- no caso de sociedades por ações, acompanhados de documentos de eleição dos seus administradores e das respectivas publicações na imprensa, devidamente registrados na Junta Comercial;
- d) no caso de consórcio, compromisso de constituição do consórcio, apresentado pela sociedade líder, subscrito pelas consorciadas, devidamente acompanhado da documentação de demonstração de habilitação jurídica de cada uma das consorciadas;
- e) no caso de empresa ou sociedade estrangeira em funcionamento no País, decreto de autorização e ato de registro ou autorização para funcionamento, expedido pelo órgão competente, quando a atividade assim o exigir;
- f) no caso de entidade aberta ou fechada de previdência complementar, comprovante de autorização expressa e específica quanto à constituição e ao funcionamento da entidade de previdência complementar, concedida pelo órgão fiscalizador competente, e declaração de que os planos e benefícios por ela administrados não se encontram sob liquidação ou intervenção do órgão fiscalizador competente;
- g) no caso de se tratar de instituição financeira, comprovação de que está autorizada a funcionar como instituição financeira pelo Banco Central do Brasil; e
- h) no caso de se tratar de fundo de investimento:
 - ato constitutivo, suas posteriores alterações e regulamento em vigor, arquivados perante órgão competente;
 - comprovante de registro do fundo de investimentos na Comissão de Valores Mobiliários;
 - regulamento do fundo de investimentos (e suas posteriores alterações, se houver);
 - comprovante de registro do regulamento do fundo de investimentos perante o Registro de Títulos e Documentos competente;
 - comprovação de que o fundo de investimentos encontra-se devidamente autorizado a participar do leilão e que o seu administrador pode representá-lo em todos os atos e para todos os efeitos do leilão, assumindo em nome do fundo de investimentos todas as obrigações e direitos que decorrem do leilão;

- comprovante de registro do administrador e, se houver, do gestor do fundo de investimentos, perante a comissão de valores mobiliários; e
- certidão negativa de falência da administradora e gestora do fundo, expedida pelo(s) cartório(s) de distribuição da sede da(s) mesma(s), com data de até 60 dias anteriores à data para recebimento dos envelopes.

Segundo a Lei nº 8.666/1993, para participantes em consórcio, a documentação relativa à habilitação jurídica, consistirá em (art. 28):

- I - cédula de identidade;
- II - registro comercial, no caso de empresa individual;
- III - ato constitutivo, estatuto ou contrato social em vigor, devidamente registrado, em se tratando de sociedades comerciais, e, no caso de sociedades por ações, acompanhado de documentos de eleição de seus administradores;
- IV - inscrição do ato constitutivo, no caso de sociedades civis, acompanhada de prova de diretoria em exercício;
- V - decreto de autorização, em se tratando de empresa ou sociedade estrangeira em funcionamento no País, e ato de registro ou autorização para funcionamento expedido pelo órgão competente, quando a atividade assim o exigir.

5.1.2.2 Da habilitação econômico-financeira

Nos editais brasileiros, foram encontrados como requisitos para habilitação econômico-financeira das licitantes:

- a) declaração de capacidade financeira;
- b) garantia de proposta apresentada em sua forma original comprovando o recolhimento pela licitante do valor de 1% do valor do contrato, conforme prevê o inciso III do artigo 31 da Lei nº 8.666/1993, efetuada nas modalidades seguro garantia, fiança bancária ou títulos da dívida pública brasileira;
- c) comprovação do valor do patrimônio líquido da proponente de, no mínimo, 5% do valor estimado do contrato ou outro valor definido no edital;
- d) no caso de consórcio, para a comprovação do valor do patrimônio líquido será admitido o somatório dos valores de cada consorciado, na proporção de sua respectiva participação na licitação;
- e) no caso de entidade aberta ou fechada de previdência complementar, a comprovação do patrimônio, considerando as normas legais vigentes, corresponderá ao somatório das contas do passivo do exigível atuarial e das

reservas e dos fundos;

- f) prova de que dispõe de capital social subscrito e integralizado em valor igual ou superior a 10% do valor estimado do contrato ou outro valor definido no edital;
- g) no caso de consórcio, a exigência acima deverá ser atendida nos termos do artigo 33, III, da Lei de Licitações, com o somatório dos valores de cada consorciado, na proporção da respectiva participação, com acréscimo de 30% dos valores exigidos para as licitantes individuais;
- h) comprovação de que a licitante captou recursos financeiros de, no mínimo, 20% do valor estimado do contrato ou outro valor definido no edital, para cumprimento das obrigações financeiras assumidas em um só empreendimento de infraestrutura ou projeto estruturado, por meio de financiamento de longo prazo;
- i) balanço do último exercício social, assinado por contador ou por outro profissional equivalente, devidamente registrado no Conselho Regional de Contabilidade, que evidencie os Índices de Liquidez Geral (ILG), Solvência Geral (SG) e Liquidez Corrente (LC), que deverão ser maiores que 1,00 (um inteiro);
- j) carta de declaração de inexistência de processo falimentar, recuperação judicial, extrajudicial ou regime de insolvência;
- k) além disso, quando a licitante for uma entidade aberta ou fechada de previdência complementar, deverá também apresentar certidão de que os planos e benefícios por ela administrados não se encontram sob liquidação ou intervenção da entidade reguladora;
- l) além disso, quando a licitante for um fundo de investimento, deverá também apresentar certidão negativa de falência da administradora e gestora do fundo, expedida pelo(s) cartório(s) de distribuição da sede da mesma, com data de emissão de até 180 dias corridos anteriores ao recebimento da proposta comercial;
- m) além disso, quando a licitante for qualquer tipo de sociedade empresária, deverá também apresentar certidão negativa de falência, concordata, recuperações judiciais e extrajudiciais, expedida pelo Distribuidor Judicial da Comarca (Varas Cíveis) da cidade onde a empresa for sediada; e
- n) além disso, quando a licitante for sociedade simples ou outras que não se

enquadrem nos subitens acima, deverá também apresentar certidão expedida pelo Distribuidor Judicial das Varas Cíveis em geral (Execução Patrimonial) da Comarca onde a empresa está sediada.

Ainda, e além da documentação técnica, deve-se exigir a prova da qualificação econômico-financeira. Propõe-se aplicação de uma fórmula, aqui trazida em caráter meramente exemplificativo, haja vista que as variáveis e fatores de ponderação (referidos entre colchetes) que a compõem devem variar para adequar-se à necessidade de cada projeto:

- a) comprovação de Índice de Liquidez Geral (ILG) igual ou superior a [0,5 (cinco décimos)], apurado com os valores constantes do balanço, de acordo com a seguinte fórmula:

$$\text{ILG} = (\text{Ativo Circulante} + \text{Ativo Não-Circulante}) / (\text{Passivo Circulante} + \text{Passivo Não-Circulante}) \quad (1)$$

- b) com exceção dos fundos de investimento e das entidades de previdência complementar, comprovação de Índice de Liquidez Corrente (ILC) igual ou superior a [0,5 (cinco décimos)], apurado com os valores constantes do balanço, de acordo com a seguinte fórmula:

$$\text{ILC} = \text{Ativo Circulante} / \text{Passivo Circulante} \quad (2)$$

- c) comprovação de Índice de Endividamento (IE) igual ou inferior a [0,8 (oito décimos)], apurado com os valores constantes do balanço, de acordo com a seguinte fórmula:

$$\text{IE} = \text{Passivo Circulante} + \text{Passivo Não-Circulante} / \text{Ativo Total} \quad (3)$$

5.1.2.3 Da habilitação técnica e de responsabilidade civil

Como requisitos para habilitação técnica e de responsabilidade civil, listam-se:

- a) certidão de registro da licitante ou de membro de consórcio e de seus responsáveis técnicos junto ao Conselho Regional de Engenharia e Agronomia (Crea), atualizados, em observância ao artigo 69 da Lei Federal nº 5.194/1966 e artigo 1º, inciso II da Resolução nº 413/1997 do Confea;

b) caso se trate de atividade de construção:

- comprovação de que a concorrente participa ou participou de empreendimento em que tenha sido realizado investimento de, no mínimo [valor a ser definido em edital] em infraestrutura, sendo aceito como atestado:
 - comprovação fornecida por pessoas jurídicas de direito público ou privado contratantes da execução do empreendimento,
 - comprovação por meio de atestados e/ou certidões e/ou declarações fornecidas por instituição financeira, mencionando os objetos do empreendimento e os valores obtidos, ou
 - declaração da concorrente que indique os valores investidos com recursos próprios ou de terceiros acompanhada de cópia de contrato de concessão e de financiamento firmado com instituição financeira e demais comprovantes que possuir,
- prova de possuir no seu quadro técnico permanente, na data da concorrência, profissional de nível superior detentor de certidão ou atestado, acompanhado de Certidão de Acervo Técnico (CAT) expedida pelo CREA, demonstrando já haver sido responsável técnico ou responsável técnico por atividade de construção pertinente e compatível em características com o objeto da concorrência e declaração de que a licitante se obriga a manter o profissional indicado no item anterior como responsável técnico na direção dos trabalhos e no(s) local (is) dos serviços até a sua inteira conclusão,
- comprovação de aptidão da concorrente para o desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, por meio da apresentação de atestado(s) de capacidade técnico-operacional, em nome da concorrente, emitido por pessoa jurídica de direito público ou privado, que comprove a experiência da concorrente na execução de obras e serviços de engenharia, na qual tenham sido requeridos desvios de tráfego em ruas ou avenidas e remanejamentos de interferências, inclusive de redes de utilidades públicas, por período de pelo menos 90 dias corridos, e que compreendam, pelo menos, as seguintes atividades:
 - construção de via permanente metroviária ou ferroviária,

- construção de Obras de Arte Especiais (pontes, viadutos e túneis),
 - fornecimento e instalação de trilhos para via permanente metroviária e ferroviária,
 - fornecimento e instalação de aparelhos de mudança de via, e/ou
 - construção ou reforma de estações de passageiros metroviárias e/ou ferroviárias;
- c) caso se trate de atividade de **exploração de transporte ferroviário de passageiros**, atestado(s) de capacidade técnica e operacional (em caso de consórcio, de quaisquer das empresas que o compõem) fornecido por pessoas jurídicas de direito público ou privado que declare ter a empresa licitante prestado ou estar prestando serviços compatíveis em características com a exploração de transporte ferroviário de passageiros, incluindo:
- memorial descritivo da operação de transporte ferroviário de passageiros, já praticado pelo licitante, com ata de início e término dos serviços prestados – com no mínimo três anos de operação,
 - local de execução,
 - nome do contratante e da pessoa jurídica contratada,
 - especificações técnicas dos serviços e apresentação do responsável técnico registrado no CREA, com o devido vínculo por meio de contrato profissional com a licitante conforme Decisão Normativa Confea nº 41, de 8 de julho de 1992,
 - comprovação de capacidade técnica do pessoal especializado em operação e manutenção de ferrovias,
 - relação do material rodante utilizado na operação anterior, acompanhado de laudo técnico idôneo comprovando o atendimento as condições de segurança necessárias ao transporte de passageiros,
 - relação detalhada da infra e superestrutura já utilizada, incluindo relação de estação e pátios, e
 - apresentar as apólices de Seguro de Responsabilidade Civil (SRC) e acidentes pessoais contratadas em sua operação anterior;
- d) na hipótese da licitante apresentar atestado(s) relativo(s) a serviços executados em consórcios, tal(is) atestado(s) deverá(ão) apontar a proporção, e se houver, as variações temporais de participação da empresa no consór-

cio;

- e) no caso de **Veículo Leve sobre Trilhos (VLT)**, essa comprovação pode ser feita através de contratos de concessão, atestados, ou certidões ou declarações desde que contemple a operação de transporte metroviário ou metrô leve (monotrilho, VLT), ferroviário urbano ou ferroviário metropolitano de passageiros, por, no mínimo, um ano, com, no mínimo, 250.000 entradas de passageiros média por dia útil, obtida durante 12 meses consecutivos, e indique o local, capacidade, distância operada e dados do responsável técnico pela operação do respectivo contratado onde o sistema foi implantado;
- f) no caso de **Trem de Alta Velocidade (TAV)**, essa comprovação deve incluir:
- contratos de concessão, atestados, ou certidões ou declarações que contemplem a operação de um completo sistema de TAV durante pelo menos os últimos cinco anos, contados da data para recebimento dos envelopes, incluindo a manutenção de todos os seus subsistemas, com a indicação do padrão tecnológico de TAV operado, das principais características técnico-operacionais do sistema TAV operado, e da data de início de operações comerciais com TAV,
 - declaração do operador que apresentar o documento de comprovação de operação de um completo sistema de TAV, no sentido de que não participou da operação de qualquer sistema de TAV onde tenha ocorrido acidente fatal, no período de comprovação indicado, por causas imputáveis à operação do sistema,
 - comprovação de experiência na implantação de sistemas de sinalização, eletrificação, telecomunicação e segurança, bem como estações e outras instalações físicas compatíveis com o projeto de TAV,
 - comprovação de experiência no desenvolvimento de projeto e na fabricação de material rodante de TAV, comprovada pela indicação de projeto, fabricação, local de operação, tempo de experiência, quantidade fabricada em operação ou declaração da provedora de tecnologia, indicando que:
 - detém, diretamente ou por sua(s) contratada(s), o estado da arte da tecnologia de TAV ofertada, devidamente homologada e certificada

em seu país de origem e comprovadamente em operação comercial, inclusive os direitos de titularidade sobre essa tecnologia, e se compromete a transferi-la à empresa pública federal e aos agentes locais por ela indicados,

- conhece e concorda com os termos e as disposições do edital e seus anexos, e
 - se compromete, em seu nome e no de suas contratadas detentoras de tecnologia, nos casos em que não for titular dos direitos de propriedade intelectual, das instalações, do conhecimento e da mão-de-obra qualificada necessários para transferir a tecnologia, a fornecer esses direitos, equipamentos e serviços, exceto nas situações de recusa absoluta e fundamentada da detentora de tecnologia,
 - identificação, pela provedora de tecnologia, de cada uma das parcelas integrantes da tecnologia a ser fornecida para atender às finalidades previstas no edital e em seus anexos; e
- g) declaração formal, nos termos do § 6º do artigo 30 da Lei Federal nº 8.666/1993 e suas alterações, sob as penas da lei, de disponibilidade de vinculação ao objeto do futuro contrato relativa a veículos e garagens (anexos), nas quantidades e qualidades mínimas necessárias ao cumprimento do objeto da licitação, nos termos que se seguem:
- veículos: declaração formal de disponibilidade, acompanhada de relação explícita de veículos ferroviários na quantidade necessária para execução do serviço do objeto da presente licitação, individualizando o tipo (locomotiva, auto de linha ou carro de passageiro);
 - garagem(ns): declaração formal de disponibilidade, acompanhada de relação explícita de garagem(ns) a serem utilizadas, que deverão estar disponíveis para a execução do objeto da presente licitação, com indicação de localização (cidade) e área.

Os participantes em consórcio, de acordo com a legislação brasileira, devem entregar, para obter habilitação técnica, os seguintes documentos (art. 30 da Lei nº 8.666/1993):

Art. 30 [...]

- I - registro ou inscrição na entidade profissional competente;
- II - comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica que se responsabilizará pelos trabalhos;
- III - comprovação, fornecida pelo órgão licitante, de que recebeu os documentos, e, quando exigido, de que tomou conhecimento de todas as informações e das condições locais para o cumprimento das obrigações objeto da licitação;
- IV - prova de atendimento de requisitos previstos em lei especial, quando for o caso.

§ 1º A comprovação de aptidão referida no inciso II do "caput" deste artigo, no caso das licitações pertinentes a obras e serviços, será feita por atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, limitadas as exigências a: (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

I - capacitação técnico-profissional: comprovação do licitante de possuir em seu quadro permanente, na data prevista para entrega da proposta, profissional de nível superior ou outro devidamente reconhecido pela entidade competente, detentor de atestado de responsabilidade técnica por execução de obra ou serviço de características semelhantes, limitadas estas exclusivamente às parcelas de maior relevância e valor significativo do objeto da licitação, vedadas as exigências de quantidades mínimas ou prazos máximos; (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994)

II - (Vetado). (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994)

a) (Vetado). (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994)

b) (Vetado). (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994)

§ 2º As parcelas de maior relevância técnica e de valor significativo, mencionadas no parágrafo anterior, serão definidas no instrumento convocatório. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

§ 3º Será sempre admitida a comprovação de aptidão através de certidões ou atestados de obras ou serviços similares de complexidade tecnológica e operacional equivalente ou superior.

§ 4º Nas licitações para fornecimento de bens, a comprovação de aptidão, quando for o caso, será feita através de atestados fornecidos por pessoa jurídica de direito público ou privado.

§ 5º É vedada a exigência de comprovação de atividade ou de aptidão com limitações de tempo ou de época ou ainda em locais específicos, ou quaisquer outras não previstas nesta Lei, que inibam a participação na licitação.

§ 6º As exigências mínimas relativas a instalações de canteiros, máquinas, equipamentos e pessoal técnico especializado, considerados essenciais para o cumprimento do objeto da licitação, serão atendidas mediante a apresentação de relação explícita e da declaração formal da sua disponibilidade, sob as penas cabíveis, vedada as exigências de propriedade e de localização prévia.

§ 7º (Vetado). (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

I - (Vetado). (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994)

II - (Vetado). (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994)

§ 8º No caso de obras, serviços e compras de grande vulto, de alta complexidade técnica, poderá a Administração exigir dos licitantes a metodologia de execução, cuja avaliação, para efeito de sua aceitação ou não, antecederá sempre à análise dos preços e será efetuada exclusivamente por critérios objetivos.

§ 9º Entende-se por licitação de alta complexidade técnica aquela que envolva alta especialização, como fator de extrema relevância para garantir a execução do objeto a ser contratado, ou que possa comprometer a continuidade da prestação de serviços públicos essenciais.

§ 10. Os profissionais indicados pelo licitante para fins de comprovação da capacitação técnico-profissional de que trata o inciso I do § 1º deste artigo deverão participar da obra ou serviço objeto da licitação, admitindo-se a substituição por profissionais de experiência equivalente ou superior, desde que aprovada pela administração. (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994)

§ 11. (Vetado). (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994)

§ 12. (Vetado). (Incluído pela Lei nº 8.883, de 1994)

5.1.2.4 Da habilitação de regularidade fiscal e trabalhista

Para aferição de sua habilitação de regularidade fiscal e trabalhista devem ser requisitados os seguintes documentos:

- a) prova de inscrição no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas (CNPJ);
- b) prova de inscrição no Cadastro de Contribuintes Estadual ou do Distrito Federal ou Municipal, se houver, relativo à sede da licitante, pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto da licitação;
- c) Certidão Negativa de Débitos (CND) expedida pela Receita Federal do Brasil, relativamente às contribuições sociais previstas no artigo 11, parágrafo único, alíneas “a”, e “c” da Lei nº 8.212, de 24 de julho de 1991, as contribuições instituídas a título de substituição, e as contribuições devidas, por lei, a terceiros, inclusive as inscritas em dívida ativa do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS);
- d) prova da inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho;
- e) prova de regularidade perante com a Fazenda Nacional, Estadual e Municipal, ou do Distrito Federal, compreendendo os seguintes documentos:
 - a regularidade para com a Fazenda Nacional e situação de regularidade perante a Procuradoria Geral da Fazenda Nacional, estarão comprovadas mediante a apresentação da Certidão Conjunta de Débitos, relativos a Tributos Federais e à Dívida Ativa da União,
 - a regularidade para com a Fazenda Estadual estará comprovada mediante a apresentação de Certidão expedida pelo órgão competente do Estado, no qual está localizada a Licitante, dando conta da regularidade de débitos fiscais relativos ao ICMS, e
 - a regularidade para com a Fazenda Municipal estará comprovada mediante a apresentação de Certidão expedida pelo Órgão competente da Prefeitura do Município onde está localizada a Licitante, dando conta

da regularidade de Tributos Mobiliários;

- f) prova de situação regular perante o FGTS, ou seja, Certificado de Regularidade de Situação do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (CRF);
- g) certidão de Regularidade Fiscal Imobiliária do Município sede da licitante, relativa ao imóvel onde se encontra instalada a sua sede;
- h) no caso de a empresa sediada no município em questão não ser proprietária do imóvel sede, deverá apresentar declaração própria, atestando não ser proprietária do imóvel onde se localiza sua sede além de Certidões do 5º e 6º Distribuidores;
- i) no caso de a empresa sediada em outros municípios não ser proprietária do imóvel sede, deverá apresentar declaração própria, atestando não ser proprietária do imóvel onde se localiza sua sede além de Certidões de Tributos Imobiliários do município sede;
- j) no caso de empresa com filial ou escritório no município em questão, deverá também apresentar certidão de regularidade relativa ao ISS, IPTU e Dívida Ativa do Município, bem como a Certidão de Regularidade de Dívida Ativa do Estado; e,
- k) as empresas sediadas em outros municípios deverão apresentar Certidão de Regularidade da Secretaria de Fazenda de sua sede ou órgão equivalente.

No caso específico de consórcio, a Lei nº 8.666/1993 traz uma lista de documentos que devem ser averiguados para habilitação fiscal e trabalhista das licitantes (art. 29):

Art. 29. A documentação relativa à regularidade fiscal e trabalhista, conforme o caso, consistirá em: (Redação dada pela Lei nº 12.440, de 2011) (Vigência)

I - prova de inscrição no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) ou no Cadastro Geral de Contribuintes (CGC);

II - prova de inscrição no cadastro de contribuintes estadual ou municipal, se houver, relativo ao domicílio ou sede do licitante, pertinente ao seu ramo de atividade e compatível com o objeto contratual;

III - prova de regularidade para com a Fazenda Federal, Estadual e Municipal do domicílio ou sede do licitante, ou outra equivalente, na forma da lei;

IV - prova de regularidade relativa à Seguridade Social, demonstrando situação regular no cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei.

IV - prova de regularidade relativa à Seguridade Social e ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), demonstrando situação regular no cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

V - prova de inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Tra-

balho, mediante a apresentação de certidão negativa, nos termos do Título VII-A da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. (Incluído pela Lei nº 12.440, de 2011) (Vigência)

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

5.1.3 Outros requisitos e condições

Adicionalmente, os editais brasileiros contemplam algumas condições a serem satisfeitas, não mais para a participação no certame, mas para que possa a empresa vencedora dar início às operações de transporte:

- a) as garantias complementares citadas anteriormente deverão ser totalmente executadas;
- b) o estatuto social e a composição de controle acionário da concessionária deverão ser aqueles apresentados na licitação;
- c) o capital social da concessionária deverá ser igual ou superior ao equivalente a 10% do valor estimado do contrato ou outro valor definido no edital deduzido o aporte público e sua parcela integralizada em dinheiro de, no mínimo, 10% do capital ou outro valor definido no edital, devendo o restante ser integralizados em até 18 meses, contados da emissão da ordem de início;
- d) nos casos que também trate de construção, a concessionária será responsável pela obtenção de Licenças Ambientais de Instalação (LI) e Operação (LO), certidões, alvarás e autorizações necessárias para a realização dos fornecimentos e prestação dos serviços da concessão patrocinada;
- e) as concessionárias deverão atender as especificações contidas no regulamento e no manual de operação;
- f) a concessionária deverá executar os serviços em conformidade com os padrões e esquemas operacionais estabelecidos ou aprovados pelo poder concedente, com observância do princípio da prestação do serviço adequado¹ ao pleno atendimento do usuário presentes nos instrumentos le-

¹Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, segurança, atualidade, eficiência, generalidade, cortesia na sua prestação, modicidade das tarifas, conforto, higiene e pontualidade, de acordo com o regulamento.

- gais de contratação, no regulamento, manual de operação e normas complementares;
- g) o poder concedente acompanhará e controlará a qualidade dos serviços através de indicadores de qualidade definidos na avaliação da qualidade do desempenho operacional de acordo com manual de operação, como por exemplo:
- Índice de Cumprimento do Serviço Programado (Regularidade),
 - Índice de Pontualidade,
 - Índice de Regularidade do Intervalo entre Trens nos Fluxos dos Picos,
 - Quilometragem Média entre Falhas (MKBF), etc.;
- h) as garagens necessárias deverão possuir laudo de vistoria no mínimo 10 dias úteis antes de cada etapa da operação (ou da operação global, se for o caso);
- i) todos os veículos deverão possuir o respectivo laudo de vistoria no mínimo 10 dias úteis antes do início de cada etapa de operação (ou da operação global, se for o caso);
- j) no caso de acidente de trânsito ou de outra natureza, a concessionária fica obrigada a adotar medidas visando à imediata e adequada assistência ao seu usuário e prepostos, e no caso da existência de vítimas, contatar os Serviços Médicos de Urgência, Bombeiros, órgãos de trânsito e segurança pública, bem como comunicar imediatamente após a ocorrência o fato ao poder concedente; e
- k) o Seguro Responsabilidade Civil² deverá ser contratado pela concessionária com seguradora financeiramente sólida e de reconhecida reputação, durante todo o período de vigência do contrato de concessão, obedecendo ao limite de cobertura determinado pelo poder concedente.

Já a prática internacional, além de alguns dos itens supracitados, destaca como condições que a empresa contratada deve preencher para poder dar início às operações de transporte:

- a) certificação de infraestrutura:
- vias: exigência de parâmetros e especificações técnicas de traçado,

²O valor do SRC deve ser suficiente para assegurar a concessionária os recursos necessários para o pagamento de eventuais indenizações, de perdas e danos, custas processuais, bem como para o ressarcimento de quaisquer outros danos resultantes do desenvolvimento das atividades pertinentes à concessão ou permissão.

características e limites físicos das vias para o conforto, eficiência e segurança da operação ferroviária do transporte de passageiros, tais como:

- gabarito,
 - distância entre-eixos das vias,
 - greide máximo,
 - raio mínimo das curvas em planta,
 - raio mínimo das curvas verticais,
 - bitola,
 - superelevação,
 - insuficiência de superelevação,
 - variação brusca da insuficiência de superelevação,
 - conicidade equivalente,
 - perfil do trilho,
 - inclinação do trilho,
 - aparelhos de mudança de via,
 - fixadores,
 - dormentes, e
 - obras de arte especiais,
- plataformas: exigência de características físicas das plataformas, tais como:
- comprimento útil das plataformas, o valor do comprimento útil das plataformas é normalmente aplicado para os vários tipos de tráfego, não impondo diretamente restrições quanto ao tráfego na linha,
 - altura das plataformas, a altura da plataforma também pode ser ajustada em função do afastamento da plataforma, a fim de reduzir o espaço entre o comboio e a plataforma,
 - afastamento da plataforma, medida no plano horizontal, entre o eixo da via e o bordo da plataforma, deve ser determinada com base no gabarito limite de obstáculos,
 - acessibilidade:
 - lugares de estacionamento para pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida,
 - percurso livre de obstáculos,

- portas e entradas,
 - superfície dos pavimentos,
 - realce de obstáculos transparentes,
 - sanitários e fraldários,
 - mobiliário e dispositivos isolados,
 - emissão e venda de títulos de transporte, balcões de informação e locais de atendimento,
 - iluminação,
 - informação visual,
 - informação sonora,
 - largura e bordo da plataforma,
 - extremo da plataforma, e
 - equipamento auxiliar de embarque nas plataformas;
- b) certificação de material rodante: exigência de especificações técnicas mínimas para o material rodante, tais como:
- estrutura e partes mecânicas,
 - interação com a via e gabarito,
 - freio,
 - elementos relativos aos passageiros,
 - condições ambientais,
 - luzes exteriores e dispositivos luminosos e sonoros de sinalização exterior,
 - equipamento elétrico e de tração,
 - cabina de condução e interface maquinista/máquina,
 - proteção contra incêndios e evacuação,
 - assistência técnica ao comboio,
 - documentação de exploração e de manutenção, e
 - acessibilidade;
- c) certificado de segurança: para obtenção do certificado deve ser elaborado relatório de segurança, contendo:
- dados básicos:
 - nome e endereço do solicitante, e, se for uma pessoa jurídica, nome do representante,

- a rota planejada,
 - a descrição do limite de atuação, caso o solicitante pretenda obter uma autorização com ramo de atuação limitado para transporte de passageiros ou de carga,
 - o período da licença, caso o solicitante pretenda obter uma autorização limitada,
 - um plano relativo ao tipo de ferrovia, o esboço das instalações, a capacidade de transporte planejada e outras questões que são a base do negócio, para cada tipo de ferrovia, e
 - exigência ou não exigência de construção para iniciar o negócio;
- política de segurança da empresa ferroviária e metas anuais de desempenho de segurança e as iniciativas de segurança associadas para alcançar os objetivos; compreende os seguintes tópicos:
- questões médicas, primeiros socorros e assistência de passageiros,
 - características de segurança do equipamento de passageiros, uso de ferramentas de emergência de bordo,
 - supervisionar ou auxiliar em procedimentos de evacuação de emergência,
 - autoridades, responsabilidades e obrigações de segurança em todos os níveis da empresa ferroviária; quantidade suficiente de funcionários,
 - identificar problemas, incluindo aqueles associados a fatores humanos, terceiros e mudanças significativas nas operações ferroviárias,
 - certificação do pessoal, treinamento, sistemas para garantir que os funcionários e outras pessoas a quem a companhia ferroviária concede o acesso à sua propriedade tenham habilidades apropriadas e treinamento e supervisão para assegurar que estejam em conformidade com todos os requisitos de segurança,
 - acidentes e incidentes, descarrilamento ou colisão, incêndio a bordo, incluindo a descrição das ações corretivas a eles destinadas, taxas de acidentes expressas pelo número de mortes, lesões incapacitantes e ferimentos leves em trabalhadores por horas de trabalho, e pelo número de acidentes de trens e em passagens em nível,
 - procedimentos de conscientização de segurança para passageiros,

- procedimentos normais de comunicação e de emergência,
 - verificação de segurança, procedimentos para a coleta e análise de dados para a avaliação do desempenho de segurança da empresa ferroviária, e
 - ameaça de bomba, de terrorismo e demais procedimentos de segurança relacionados,
- desenvolvimento dos indicadores comuns de segurança,
 - resultados de testes de segurança internos, e
 - dados sobre ocorrências adversas na operação ferroviária as quais foram investigadas pelo órgão competente para a investigação de acidentes graves na operação ferroviária, bem como as medidas tomadas em decorrência disso;
- d) certificação do pessoal (trabalhadores de serviço de bordo, agentes da polícia ferroviária, inspetores de segurança, encarregados da manutenção dos trens e da sinalização, soldadores e despachantes):
- devem ser exigidas competências profissionais para ocupação das funções nas empresas ferroviárias,
 - os sistemas de gestão da segurança devem prever programas de formação do pessoal e mecanismos que assegurem a manutenção das competências do pessoal e a execução das tarefas de forma adequada,
 - as empresas deverão cuidar adequadamente da educação e do treinamento dos empregados que trabalhem na operação direta de trens/vagões/carros e que realizem atividades de manutenção importantes para as instalações ferroviárias e material rodante,
 - a capacitação pode ser realizada diretamente na empresa de transporte ou de infraestrutura ou em instituições de ensino externas, desde que estas sejam certificadas pelo órgão competente,
 - o pessoal envolvido deve ter conhecimento sobre todas as funções de segurança necessárias para a exploração em situação normal, degradada e de emergência, destacando:
 - os princípios de funcionamento do sistema de gestão da segurança da função a que pertence,

- a avaliação dos riscos, sobretudo dos associados à atividade ferroviária e ao abastecimento de energia elétrica de tração,
 - o conhecimento adequado das funções de segurança no que se refere aos procedimentos e interfaces para as linhas e os equipamentos de via, material rodante e ambiente relacionado,
 - o método e os princípios de aplicação dos regulamentos e procedimentos aplicáveis em cada situação,
 - o processo de utilização dos equipamentos de via e do material rodante, bem como de equipamentos de segurança específicos, e
 - os princípios do sistema de gestão da segurança, para evitar riscos indevidos para as pessoas e para os processos. O pessoal deve também ter aptidão geral para se adaptar às diferentes circunstâncias que possa encontrar,
- em relação à determinação da aptidão:
- exame das funções físicas: deverá incluir o exame das funções visuais, audibilidade, enfermidades e funções físicas e ser realizado pelo menos uma vez ao ano, dependendo das descrições de cargo, e os resultados serão verificados para validar que eles não impeçam a realização do trabalho, e
 - exame das funções mentais: deverá ser realizado pelo menos uma vez a cada três anos e deverá incluir exames tais como: teste de aptidão para o cargo (teste de Kraepelin), testes de identificação, substituição, segmentação e inferência, teste de velocidade de reação e teste de alocação de atenção, selecionados considerando-se as descrições de cargo;
- e) certificação de maquinista:
- a educação inicial e contínua deve ser considerada no programa de certificação;
 - deve ser assegurado, pelo órgão responsável e pelas empresas, o acesso equitativo e não discriminatório às estruturas de formação para maquinistas;
 - essas estruturas de formação devem abordar conhecimentos dos itinerários, dos procedimentos de exploração, do sistema de sinalização e de comando e controle, e dos procedimentos de emergência dos itine-

rários explorados;

- a ferrovia deve fornecer formação inicial que seja, no mínimo: composta por sala de aula, desempenho de habilidade e familiarização com componentes de características físicas; inclua teste de conhecimento e desempenho de habilidade; cubra as áreas de segurança pessoal, regras de funcionamento da ferrovia, estado mecânico de equipamentos, procedimentos de manuseio de trem, familiarização com características físicas e cumprimento das regras federais; conduzida de modo que o componente de desempenho de habilidade esteja sob supervisão de um instrutor qualificado, localizado no mesmo compartimento de controle sempre que possível; coloque o estudante nos controles de uma locomotiva por um tempo significativo; e permita que o aluno experiente qualquer variedade de trens normalmente operados pela ferrovia;
- testes devem ser elaborados para verificar se o candidato possui conhecimento suficiente dessas áreas para operação segura dos trens, devendo ser administrados na forma escrita, sem abertura de livros ou outros materiais, e com sua realização documentada;
- o desempenho prático também deve ser testado de modo a verificar se o candidato está hábil ou não para operar uma locomotiva ou trem com segurança e sua realização deve ser conduzida por um supervisor de maquinistas por meio do controle de locomotivas ou trens operados na ferrovia ou do controle de simuladores, e deve cobrir os seguintes temas: práticas operacionais, práticas de inspeção de equipamentos, práticas de manipulação de trem e a conformidade com as regras federais de segurança;
- cada maquinista no controle de trens ou simuladores deve ser monitorado, em cada ano civil, tanto por um supervisor de maquinistas quanto eletronicamente por meio de um gravador de operações ferroviárias; e
- a acuidade visual e auditiva deve estar dentro dos padrões e ser atestada por um médico legista, ou um assistente deste, ou ser feita sob sua supervisão.

A permissão possui requisitos similares aos da concessão para o início das

operações, com a diferença de que, como não há outorga de construção de infraestrutura, a concessionária não necessita obter Licenças Ambientais de Instalação (LI) ou outras similares.

5.2 Autorização

5.2.1 Considerações iniciais

A delegação dos serviços de transporte rodoviário e ferroviário de passageiros mediante autorização já é objeto de alguma regulamentação pela ANTT:

- a) Resolução ANTT nº 359/2003 – Dispõe sobre os procedimentos relativos à prestação não regular e eventual de serviços de transporte ferroviário de passageiros com finalidade turística, histórico-cultural e comemorativa.
- b) Resolução ANTT nº 4770/2015 – Regulamentação da prestação do serviço regular de transporte rodoviário coletivo interestadual e internacional de passageiros, sob o regime de autorização.
- c) Resolução ANTT nº 4348/2014 – Aprova o Regulamento do Operador Ferroviário Independente (OFI) para a Prestação do Serviço de Transporte Ferroviário de Cargas Não Associado à Exploração da Infraestrutura Ferroviária.

Conforme a Lei nº 10.233/2001, as outorgas, relativas ao transporte terrestre de passageiros, sob a forma de autorização serão realizadas quando se tratar de:

- a) prestação não regular de serviços de transporte terrestre coletivo de passageiros (art. 13); e
- b) em caráter especial e de emergência (art. 49).

A autorização independe de licitação, sendo exercida com liberdade de preços dos serviços, tarifas e fretes, em ambiente de livre e aberta competição. Além disso, não há prazo de vigência ou termo final para a autorização concedida, extinguindo-se pela sua plena eficácia, por renúncia, anulação ou cassação (art. 43).

Segundo o artigo 44, é necessário que a autorização seja disciplinada em regulamento próprio contendo: o objeto da autorização; as condições para sua adequação às finalidades de atendimento ao interesse público, à segurança das populações e à preservação do meio ambiente; as condições para anulação ou cassação; e sanções pecuniárias.

A Resolução ANTT nº 359/2003 regulamenta a prestação de serviços de transporte ferroviário de passageiros, não regular e eventual (turístico, histórico-cultural e comemorativo) no âmbito de competência da ANTT.

5.2.2 Condições específicas para habilitação já previstas em regulamentação da ANTT

5.2.2.1 Não regular e eventual

Conforme a Resolução ANTT nº 359/2003, para a obtenção de autorização referente à prestação de serviços de transporte ferroviário de passageiros, não regular e eventual (turístico, histórico-cultural e comemorativo), a empresa ou entidade interessada deverá encaminhar à ANTT a documentação a seguir especificada:

- a) requerimento contendo a proposta do serviço a ser realizado, com a indicação do trecho, devidamente assinado pelo representante legal da pessoa jurídica interessada;
- b) proposta técnico-operacional, contendo:
 - memorial descritivo da operação de transporte ferroviário de passageiros,
 - previsão de demanda e potencial turístico, comprovação de capacidade técnica do pessoal especializado em operação e manutenção de ferrovias,
 - relação do material rodante a ser utilizado, acompanhada de laudo técnico idôneo comprovando o atendimento às condições de segurança necessárias ao transporte de passageiros, e
 - relação detalhada da infra e superestrutura a ser utilizada, compreendendo a relação de estações e pátios;
- c) comprovação de qualificação jurídica, regularidade fiscal e qualificação econômico-financeira, necessárias à assunção do serviço, demonstrada pelos seguintes documentos:
 - ato constitutivo, estatuto ou contrato social em vigor devidamente registrado, em se tratando de sociedade comercial, e, no caso de sociedade por ações, acompanhado de documentação de eleição de seus administradores,
 - prova de inscrição no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica (CNPJ);

- prova de regularidade para com a Fazenda Federal, estadual ou do Distrito Federal e municipal da sede da requerente, ou outra equivalente, na forma da lei,
 - prova de regularidade relativa à Seguridade Social e ao FGTS, demonstrando situação regular no cumprimento dos encargos sociais instituídos por lei, e
 - balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, exigíveis na forma da lei;
- d) estudos sobre os benefícios econômico-financeiros decorrentes do empreendimento, contendo a repercussão econômica e social nas comunidades e na região abrangida, bem como no desenvolvimento turístico e cultural;
- e) comprovação de registro ou inscrição na entidade profissional competente na área de turismo;
- f) proposta de apólice de seguro de responsabilidade civil e de acidentes pessoais. A apólice deverá ser compatível com a necessidade de garantir aos segurados o pagamento de indenização quando da ocorrência de riscos previstos e cobertos. O seguro de acidentes pessoais deve abranger, no mínimo, as coberturas básicas de morte acidental e de invalidez total e parcial;
- g) estudo de demanda demonstrando a capacidade econômico financeira do trecho, bem como o potencial turístico da região; e
- h) manifestação formal da concessionária ou da detentora da via, quanto à passagem do trem turístico no trecho solicitado.

Quanto ao transporte ferroviário com finalidade comemorativa, a entidade interessada na realização de evento, encaminhará solicitação de autorização a ANTT com antecedência mínima de 30 dias da data prevista para sua realização, contendo, trecho, razão, quantidade de pessoas e composição do trem. No pedido deverá ser acompanhado do termo de entendimentos entre a autorizatária e a concessionária ou a detentora da via.

Considerando as hipóteses, já referidas nesse relatório, em que se faz legalmente possível a autorização dos serviços de transporte ferroviário de passageiros, e levando em conta as circunstâncias específicas de cada autorização, podem ser, adicionalmente às condições já previstas na regulamentação, acrescidas algumas

das exigências ora propostas para a concessão e permissão. Lembre-se, no entanto, que tais requisitos devem ser adequados a cada projeto, de tal forma a não torna-los economicamente inviáveis ou desinteressantes às possíveis autorizatárias.

Para obtenção do Termo de Autorização a empresa deverá encaminhar, na forma e prazo estabelecidos, os documentos comprobatórios relativos às regularidades jurídica, financeira, fiscal e trabalhista, bem como à sua qualificação técnico-profissional e técnico-operacional:

a) regularidade jurídica:

- prova de inscrição no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ), devendo ter como atividade econômica principal o transporte de passageiros,
- comprovante de identidade do(s) diretores ou sócios-gerentes da pessoa jurídica, conforme atos constitutivos da empresa, em vigor,
- certidão das Justiças Federal e Estadual dos diretores ou sócios-gerentes, emitida no estado em que está localizada a sede da transportadora, que comprove não terem sido condenados os diretores ou sócios-gerentes, por decisão transitada em julgado, pela prática de crime de peculato, concussão, prevaricação, contrabando e descaminho, bem como contra a economia popular e a fé pública,
- ato constitutivo, devidamente registrado, como empresa nacional, do qual conste, como um dos objetivos, a prestação de serviços de transporte de passageiros, e que comprove a disposição de capital social integralizado,
- ata da assembleia, devidamente registrada, que deu posse aos administradores, no caso de sociedade por ações,
- documento de eleição da diretoria em exercício, devidamente registrado, no caso de sociedade simples e demais entidades,
- certidão negativa de falência ou recuperação judicial, expedida pelo cartório distribuidor da sede da pessoa jurídica, e
- endereço de sua sede;

b) regularidade financeira:

- ato constitutivo e suas alterações que comprove capital social, e
- balanço patrimonial e demonstração de resultado do exercício do últi-

mo exercício social, desde que já exigíveis e apresentados na forma da lei, que comprove patrimônio líquido positivo;

c) regularidade fiscal:

- certidão Negativa de Débitos ou Certidão Positiva com efeitos de Negativa de débitos relativos aos créditos tributários federais e à Dívida Ativa da União, emitida, conjuntamente, pela Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB) e pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN), relativa à sede da pessoa jurídica,
- certidão Negativa de Débitos ou Certidão Positiva com efeitos de Negativa de Débitos com a Fazenda Estadual ou Distrital, onde a pessoa jurídica for sediada, inclusive quanto à dívida ativa,
- certidão Negativa de Débitos ou Certidão Positiva com efeitos de Negativa de Débitos com a Fazenda Municipal onde a pessoa jurídica for sediada, inclusive quanto à dívida ativa, e
- prova da inexistência de débitos inscritos na dívida ativa da ANTT, por meio da emissão de Certidão Negativa de Dívida Ativa ou de Certidão Positiva com Efeito Negativo emitida pela Procuradoria Federal junto à ANTT;

d) regularidade trabalhista:

- certificado de regularidade do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), relativa à sede da pessoa jurídica, e
- prova de inexistência de débitos inadimplidos perante a Justiça do Trabalho, mediante a apresentação de certidão negativa ou de certidão positiva com efeito negativo, nos termos do Título VII-A da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT); e

e) qualificação técnico-profissional deverá indicar o responsável por sua gestão, com experiência mínima de [...] meses em gestão de transporte de passageiros, mediante apresentação de:

- Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS), no caso de empregado;
- certidão de tempo de serviço, no caso de instituição pública; ou
- contrato social ou ata da assembleia referente à investidura no cargo, no caso do responsável pela gestão da transportadora ser dirigente da

empresa; e

- atestado(s) emitido por ente público, em nome da transportadora, que comprove o volume de passageiro-quilômetro produzido em serviço coletivo de transporte rodoviário de passageiros outorgado por ato ou contrato administrativo referente ao período de [...] meses.

Em caso de consórcio:

- a) cada consorciada deverá atender, individualmente, às exigências relativas à regularidade jurídica, fiscal e trabalhista;
- b) para comprovação de regularidade financeira, será considerado o somatório dos valores do capital social mínimo de cada consorciado;
- c) o ato constitutivo do consórcio deverá indicar a empresa líder, à qual deverão ser conferidos amplos poderes para representar as consorciadas, receber, dar quitação, responder administrativa e judicialmente, inclusive receber notificação, intimação e citação;
- d) as integrantes do consórcio deverão ser pessoa jurídica;
- e) os integrantes do consórcio deverão se responsabilizar solidariamente pelos atos praticados durante toda a execução dos serviços autorizados;
- f) no ato constitutivo do consórcio deverá constar que a empresa líder representará as demais consorciadas, devendo assumir obrigações em nome do consórcio;
- g) a denominação do consórcio e o endereço onde funcionará deverão ser apresentados;
- h) a estrutura organizacional do consórcio deverá ser apresentada, identificando o dirigente, que atuará como interlocutor do consórcio com a ANTT;
- e
- i) a participação de cada consorciada deverá ser apresentada, definindo seus compromissos, obrigações e responsabilidades em relação à prestação dos serviços autorizados.

Atualmente, há regulamentação da ANTT prevendo, exclusivamente no âmbito do transporte ferroviário de cargas (Resolução que trata do Operador Ferroviário Independente), a autorização para o transporte regular não associado à exploração da infraestrutura. São requisitos previstos na regulamentação respectiva os seguintes:

- I - A habilitação jurídica do interessado será verificada mediante apresentação dos seguintes documentos originais ou de suas cópias devidamente autenticadas:
 - a) no caso de sociedade empresária: ato constitutivo devidamente registrado na junta comercial da respectiva sede, acompanhado de documento comprobatório de seus administradores; e
 - b) no caso de sociedade por ações: ato constitutivo devidamente registrado na junta comercial da respectiva sede, acompanhado de documento de eleição de seus administradores e publicação em Diário Oficial.
- II - A habilitação econômico-financeira do interessado será verificada mediante apresentação dos seguintes documentos em originais ou de suas cópias devidamente autenticadas:
 - a) certidão negativa de falência e recuperação judicial ou extrajudicial expedida, com data não anterior a 60 (sessenta) dias da data da apresentação do Requerimento de Autorização, pelos órgãos competentes com circunscrição na sede da sociedade empresária;
 - b) Plano Econômico, que contemple a previsão de tráfego, receitas, evolução dos custos operacionais e as fontes de financiamento, de forma a demonstrar a capacidade de atendimento dos Índices de Liquidez Geral (ILG), Índices de Liquidez Corrente (ILC) e Índices de Solvência Geral (ISG), definidos e calculados conforme o Anexo II, os quais deverão ser superiores a 0,40 (quarenta centésimos), 0,60 (sessenta centésimos) e 1,00 (um), respectivamente, até o segundo ano após a expedição da autorização;
 - c) Balanço Patrimonial e Demonstração de Resultado Contábil do último exercício social, já exigíveis e apresentados na forma da lei, vedada a sua substituição por balancetes ou balanços provisórios, podendo ser atualizados por índices oficiais quando encerrados há mais de três meses da data de apresentação do Requerimento de Autorização.
- III - A habilitação fiscal do interessado será verificada mediante prova de regularidade com as Fazendas Federal, Distrital ou Estadual e Municipal do domicílio ou do lugar onde funcionar a sede do interessado, na forma da lei, a saber:

- a) certidão de regularidade de débitos relativos aos tributos federais e à dívida ativa da União expedida pela Secretaria da Receita Federal do Brasil;
- b) certidão de regularidade de débitos relativos aos tributos estaduais e à dívida ativa do Estado ou do Distrito Federal expedida pela Secretaria de Estado de Fazenda;
- c) certidão de regularidade de débitos relativos aos tributos municipais e à dívida ativa do Município expedida pela Secretaria Municipal de Fazenda;
- d) certidão de regularidade de débitos relativos às contribuições previdenciárias expedida pela Secretaria da Receita Federal do Brasil;
- e) certidão de regularidade do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS expedida pela Caixa Econômica Federal (CEF);
- f) regularidade de obrigações pecuniárias vencidas e não pagas perante a ANTT; e
- g) certidão de regularidade de débitos trabalhista expedida pela Justiça do Trabalho.

IV - A habilitação técnica do interessado será verificada mediante apresentação de Termo de Compromisso de Qualificação Técnica:

- a) quanto à organização e gestão:
 - descrição detalhada das áreas da sociedade empresária, com indicação das competências respectivas, informando os órgãos diretamente responsáveis pelas operações, manutenção, investigação e prevenção de acidentes, gestão da regulamentação técnica ferroviária em vigor, gestão ambiental e segurança do trabalho, e
 - descrição das atividades realizadas por sociedades empresárias terceirizadas, apresentando o objeto da prestação dos serviços;
- b) quanto aos serviços de transporte ferroviário não associado à exploração de infraestrutura ferroviária:
 - descrição dos estabelecimentos, instalações bens e equipamentos, ligados diretamente à prestação de serviços de transporte ferroviário, e
 - manual de procedimentos, sistemas e equipamentos necessários à prestação dos serviços;

- c) quanto ao pessoal técnico: Termo de Compromisso de Contratação de Pessoal Técnico, de forma a garantir, antes do início de suas operações, a contratação de um especialista em engenharia de manutenção de material rodante e de um especialista em gestão de recursos operacionais ferroviários, ambos com experiência mínima de cinco anos, os quais deverão ser os responsáveis técnicos e exercer essas atividades de forma permanente na sociedade empresária.
- d) quanto ao material rodante:
 - descrição da frota a ser utilizada na prestação dos serviços, contendo as características técnicas relevantes em termos de operação, manutenção e segurança, e
 - descrição dos procedimentos de gestão do material rodante, especialmente aqueles afetos ao monitoramento e controle operacional, à manutenção, à segurança e serviços de inspeção e à vistoria;
- e) quanto às equipagens:
 - descrição detalhada dos procedimentos de contratação, formação e habilitação dos maquinistas, e
 - descrição detalhada dos procedimentos periódicos de avaliação da saúde dos maquinistas para o desempenho de suas atividades; e
- f) quanto à gestão da segurança e meio ambiente: descrição detalhada do sistema de gestão de segurança e meio ambiente de pessoas e bens, tendo em vista a segurança do pessoal próprio, de terceiros e do material rodante em utilização e dos impactos ambientais.

Estabelece, ainda, a Resolução ANTT nº 4348/2014, que os contratos operacionais disporão sobre os direitos e as obrigações das partes, observados os aspectos técnicos, econômicos, de segurança e a utilização de capacidade tráfego do respectivo trecho ferroviário (art. 40).

Para acessar a infraestrutura ferroviária, o Operador deverá atender todas as condições de acesso indicadas e estabelecidas no Contrato Operacional de Transporte, referentes aos trechos ferroviários em que se dará a prestação do serviço de transporte ferroviário de cargas, dispor de material rodante adequado e dos seguros exigidos (art. 20).

Conforme o artigo 41, são cláusulas essenciais do Contrato Operacional aquelas que estabeleçam:

- a) qualificação das partes;
- b) objeto;
- c) trecho ferroviário a ser utilizado, detalhando-se as características da via permanente, sistema de sinalização e de comunicação;
- d) descrição dos fluxos de transporte;
- e) a descrição do trem-tipo e a carga máxima permitida nas vias;
- f) as exigências técnicas quanto ao material rodante que poderá ser utilizado pelo Operador;
- g) a obrigatoriedade de comprovação da disponibilidade de material rodante adequado, por parte do Operador;
- h) as regras para o controle de tráfego dos trens, sinalização e comunicações entre o centro de controle operacional;
- i) faixas de circulação de trens programadas, acompanhadas das margens de tolerância e respectivas penalidades pelo seu descumprimento;
- j) descritivo de operações acessórias, quando aplicável;
- k) requisitos de desempenho operacional dos trens, em especial, o tempo estimado médio de trânsito;
- l) valores das tarifas de fruição, com discriminação dos tributos e eventuais encargos setoriais, bem como a regra de reajuste, quando firmado entre operador e concessionária;
- m) vedação para que o Operador negocie com terceiros o direito de uso de capacidade de tráfego por ele adquirida e não utilizada;
- n) descrição da operação de abastecimento, quando for o caso;
- o) valor das taxas de operações acessórias estabelecidas entre as partes, se houver;
- p) prazo de vigência;
- q) regras de interrupção ao tráfego decorrente da manutenção preventiva de via permanente e respectivas penalidades pelo seu descumprimento;
- r) regras alternativas de solução de conflitos;
- s) regras de inspeção do material rodante; e
- t) regras de treinamento, certificação e habilitação dos maquinistas.

A Resolução ANTT nº 359/2003 estabelece, ainda, que o uso compartilhado de vias para a prestação do serviço de transporte ferroviário não regular em malha

concedida será objeto de Contrato Operacional Específico, firmado entre a concessionária e a autorizatória, observados os aspectos técnico-operacionais, econômicos e de segurança.

O Contrato Operacional Específico deverá conter, claramente, entre outras, cláusulas relativas a:

- a) trechos a serem utilizados;
- b) valor acordado entre as partes para a remuneração do uso da infraestrutura ferroviária e das instalações;
- c) fluxos previstos para circulação do trem;
- d) composição do trem;
- e) indicações das estações a serem utilizadas;
- f) responsabilidade pela operação e manutenção dos equipamentos e instalações;
- g) responsabilidade por eventuais acidentes; e
- h) sanções em caso de interrupção, atraso ou descumprimento contratual.

5.2.3 Condições para início de operações

5.2.3.1 Não regular e eventual

Quanto às condições para o início de operações no serviço não regular, eventual e comemorativo, a Resolução ANTT nº 359, artigo 3º, aborda somente que, “a autorização será obrigatoriamente precedida de inspeção técnica e operacional pela ANTT para verificação das condições operacionais e de segurança”.

O artigo 6º da mesma resolução diz apenas, de modo geral, que,

as estações ferroviárias, seus acessos, plataformas e os trens turísticos serão providos de espaços e instalações compatíveis com a demanda que receberem, de forma a atender aos padrões de conforto, higiene, segurança e necessidades especiais dos usuários.

5.2.3.2 Outras fontes de referência

Ainda, da experiência do transporte rodoviário de passageiros, mais especificamente da Resolução ANTT nº 4770/2105, podem ser emprestadas algumas referências. Prevê a referida resolução que operadoras habilitadas poderão requerer para cada serviço uma Licença Operacional para a obtenção da licença é necessário

apresentar:

- a) os mercados que pretende atender;
- b) relação das linhas pretendidas, contendo as seções e o itinerário;
- c) frequência da linha:
 - a frequência mínima dos mercados solicitados deverá ser de, ao menos, uma viagem semanal por sentido, por operadora, e
 - o descumprimento da frequência mínima estabelecida caracteriza abandono do mercado;
- d) esquema operacional e quadro de horários da linha, observada a frequência proposta, cumprindo as regras operacionais do Gestor da Infraestrutura;
- e) serviços e horários de viagem que atenderão a frequência mínima da linha;
- f) número de carros e locomotivas necessárias para prestação do serviço, assim como detalhes técnicos do material rodante:
 - a operadora deverá cadastrar o material rodante no sistema de cadastro mantido pela ANTT,
 - o material rodante deverá possuir caracterização externa do veículo de maneira a permitir a identificação da autorizatória,
 - apresentação de Certificado de Registro e Licenciamento, e
 - apresentação de Laudo de Inspeção Técnica;
- g) relação das instalações de apoio;
- h) cadastro dos maquinistas;
- i) relação das instalações para venda de bilhetes de passagem nos pontos de origem, destino e seções das ligações a serem atendidas;
- j) declaração de engenheiro civil ou arquiteto, com registro nos respectivos Conselhos de Classe, atestando a adequabilidade das instalações para a prestação dos serviços solicitados. A declaração de deverá ser firmada por profissional sem vínculo com a transportadora; e
- k) a autorizatória deverá manter plano de manutenção assinado por responsável com registro no CREA, coerente com a operação dos serviços e que contemple, ao menos, planejamento, programação e controle das atividades, histórico de ocorrências e cronograma de revisão do material rodante

e da infraestrutura.

Após a obtenção da Licença Operacional, a autorizatória deverá iniciar a operação em até [] dias. Após essa data o mercado deverá ser atendido por um período mínimo de 12 meses. Após esse período, a operadora poderá parar a operação, informando aos usuários com antecedência mínima de 90 dias.

6 CONCLUSÃO

Considerando, portanto, que a legislação pátria deixa pouco espaço para a regulamentação do tema da delegação dos serviços públicos, muito especialmente daqueles considerados essenciais à dignidade do cidadão, entre os quais se inclui o transporte, recentemente alçado à condição Constitucional de direito essencial, e somando-se a isso o fato de que não convém o engessamento dos requisitos para a delegação, muito especialmente em razão do fato de que variam de acordo com as características de cada projeto, sob pena de tornar excessivamente onerosa ou desinteressante a prestação do serviço, foi elaborada a proposta acima.

A metodologia de apenas listar os requisitos possíveis a fim de que sejam eleitos a cada projeto visa, exatamente, a atender a uma enorme gama de modelos de negócios que podem ser desenhados, como, por exemplo: a vinculação, ou não, da prestação dos serviços de transportes de passageiros à exploração da infraestrutura; a prévia construção da infraestrutura ou apenas sua concessão; a delegação dos serviços de transporte de passageiros com ou sem compartilhamento da infraestrutura.

Em cada uma dessas situações as características do projeto escolhido e do modelo de negócios adotado irão representar alteração substancial das condições de delegação, inclusive, como já dito, quanto à forma de delegação a ser adotada: concessão (simples ou PPP), permissão ou autorização.

Nesse particular contexto, quanto menos engessada a proposta, maior a flexibilidade para a concedente e maior o espaço para a eleição do modelo adequado.

Ressalte-se que no âmbito do Produto 7 – Avaliação e Adequação da Legislação Vigente –, serão apresentados os resultados da avaliação da legislação pesquisada, bem como, se for o caso, a proposição de ajustes na legislação brasileira. Será igualmente apresentada a indicação dos requisitos para a delegação da prestação de serviços de transporte ferroviário de passageiros.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BINENBOJM, Gustavo. **As Parcerias Público-Privada e a Constituição**. 2005. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/REDAE-2-MAIO-2005-GUSTAVO%20BINENBOJM.pdf>>. Acesso em: 23 jun. 2016.

BITTENCOURT, Marcus V. Corrêa. **Controle das concessões de serviço público**. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 12. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. **Parcerias na administração pública**: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

FARIAS, Sara Jane Leite de. **Regulação Jurídica dos Serviços Autorizados**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

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

_____. **Teoria geral das concessões de serviço público**. São Paulo: Dialética, 2009.

MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo. Palestra e intervenções proferidas no Workshop Regulação, Concorrência e Transporte. Coord. Marcos Juruena Villela Souto. Rio de Janeiro: 17, 18 e 19 out. 2005.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 18. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

NIEBUHR, Pedro de Menezes. **Parcerias Público-Privadas**: perspectiva constitucional brasileira. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

NUNES, S. P. P. **Contra o vale tudo da PPP**. Instituto de Estudos Sócio-Econômicos. Nota Técnica. Brasília, n. 87, abr. 2004.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito Administrativo das Concessões**. 5. ed. sist. rev. ampl. atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Parcerias Público-Privadas**. São Paulo: Malheiros, 2005.

TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Monica Spezia (Org.). **Parcerias público-privadas**: um enfoque multidisciplinar. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.