

PRORROGAÇÃO DOS CONTRATOS DE CONCESSÃO DOS SERVIÇOS DE TRANSPORTE PÚBLICO

José Alberto da Costa Villar e
Antonio Roberto Nucci Etter
Advogados

SUMÁRIO

1. Considerações Iniciais: Aspectos jurídicos, fáticos, técnicos e operacionais. 2. Conveniência e Oportunidade: O sistema de transporte público – Elementos que possibilitam sua análise. 3. Parceria entre Poder Público e Concessionários de Serviço Público – Relevância dos investimentos na Decisão de Prorrogar o Contrato – Equilíbrio Econômico-Financeiro. 4. Breve Digressão: Dano Material e Dano Moral – Ressarcimento – Fundamentos. 5. Reflexos do artigo 42 da Lei federal 8.987/95 – Lei Nacional e Lei Federal – Regime de Competência entre as Diversas Pessoas Jurídicas de Direito Público Interno. 6. As prorrogações de contratos efetivadas – Alguns exemplos.

1 – Considerações Iniciais Aspectos jurídicos, fáticos, técnicos e operacionais

A execução de serviços públicos, sua fiscalização e sua outorga, é uma das mais nobres atribuições do Poder Público. Toda concessão ou permissão de serviço público pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido em lei (em especial, no artigo 6º da Lei Federal 8.987/95), em normas pertinentes e no respectivo contrato. Daí a lição HELY LOPES MEIRELLES¹. Ensina esse saudoso administrativista que “os requisitos do serviço público ou de utilidade pública são sintetizados, modernamente, em cinco princípios que a Administração deve ter sempre presentes, para exigí-los de quem os preste: o princípio da *permanência* impõe continuidade no serviço; o da *generalidade* impõe serviço igual para todos; o da *eficiência* exige atualização do serviço; o da *modicidade* exige tarifas razoáveis; e o da *cortesia* traduz-se em bom tratamento para o público”.

Em Parecer ainda inédito, elaborado para questão de concessão de transporte público ocorrida no município de Bauru, define o Professor Diógenes Gasparini, notável juspublicista:

¹ Direito Administrativo Brasileiro, 24ª ed., atualizada por Eurico Andrade Azevedo e outros, São Paulo, Malheiros, 1999, p. 302.

“...
”

O administrado, para bem desempenhar suas atribuições na sociedade, carece de comodidades e utilidades. Umás podem ser atendidas pelos meios e recursos de que dispõe, enquanto outras só podem satisfazê-lo através de atividades a cargo da Administração Pública, a única capaz de oferecê-las com vantagem, segurança e perenidade. Assim, as atividades da Administração Pública, destinadas ao oferecimento de comodidades e utilidades com essas características, chamamos de serviço público. Serviço público, em definição calcada nas lições de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA MELLO², é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade fruível preponderantemente pelos administrados, prestada pela Administração Pública ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público, instituído em favor de interesses definidos como próprios pelo ordenamento jurídico. O conceito é amplo, abarcando as atividades de oferecimento de comodidades ou utilidades materiais e jurídicas, fruíveis direta ou indiretamente pelos administrados e de forma preponderante, ou aproveitáveis pela própria Administração Pública.”

Por outro lado, o oferecimento de serviço público aos administrados é, nos termos da Lei Maior Federal, da competência da Administração Pública que o titulariza. Destarte, tal atribuição será municipal, estadual, distrital ou Federal, conforme seja seu titular o Município, o Estado-membro, o Distrito Federal ou a União, consoante o disposto nessa Lei Maior.

Deste modo, a prestação do serviço público é encargo de seu titular, isto é, da Administração Pública. Assim, quando a execução do serviço público está sob a responsabilidade da Administração Pública competente, diz-se *execução* ou *prestação direta*.

De outra parte, na ensinança de Diógenes Gasparini, Parecer citado, com algumas exceções, os serviços públicos da responsabilidade dos entes federados podem ser executados por terceiros, pessoas físicas ou pessoas jurídicas. Pessoas jurídicas privadas são as criadas pelos particulares, quase sempre sob o regime do Direito Comercial. Já as pessoas jurídicas governamentais são as instituídas pelo Poder Público, quase sempre observando, quanto à formas, as modalidades empresárias típicas do Direito Privado, observado, como foi acontecer, as exigências constitucionais vigentes, como é o caso da necessidade de lei autorizadora específica para sua criação.

² Prestação de Serviço Público e Administração Indireta, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1973, p. 1.

Prestado pela Administração Pública diz-se que o serviço público está na órbita da *Administração Pública direta*. Prestado por terceiros, diz-se que tal serviço está na órbita da *Administração Pública indireta*.

As empresas privadas, quando passam a integrar a Administração Pública indireta, fazem-no através de delegação expressa do Poder Público, mediante outorga de *concessão* ou *permissão*, consoante a dicção do artigo 175 da Constituição Federal.

Em decorrência, uma vez mais acompanhando a lição de Diógenes Gasparini, pode-se afirmar que concessionário e permissionário são as designações dadas às pessoas privadas, quase sempre jurídicas, titulares, respectivamente, de uma concessão ou permissão de serviço público. De fato, prescreve o inciso IV do seu artigo 2º que 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”. Ambas são delegatárias, no dizer desses conceitos, da execução de serviço público.

Satisfeitas estas condições, recomenda o senso comum que o bom concessionário de serviço público deve permanecer; o mau concessionário de serviço público deve ser retirado da execução do serviço, segundo a prudente avaliação do Poder Concedente.

2 – Conveniência e oportunidade

O sistema de transporte público

Elementos que possibilitam sua análise

Os serviços prestados nas diversas linhas que compõem uma determinada rede municipal de transportes, definidas pelo Poder Público e pela Concessionária/permissionária em função dos desejos de deslocamento da população e do plano de circulação urbano e de desenvolvimento existentes, devem ser dimensionadas, de forma planejada, racional e equilibrada, com base no volume de passageiros que as utilizam. Por isto mesmo, os prazos contratuais e tarifas praticadas devem retribuir adequadamente os investimentos realizados, para que o serviço se mantenha no padrão de excelência possível naquela comunidade.

Conforme já registrei em artigo publicado pela Revista dos Tribunais em janeiro de 1.998, segundo a ANTP - Associação Nacional de Transportes Públicos, mais de 75% da população brasileira reside hoje em áreas urbanas. A maioria depende do transporte público para deslocar-se no sistema viário que permeia nossas cidades, sendo ambos, transporte público, sistema viário e um projeto de ocupação racional do solo urbano, administrados pelo Município.

As dificuldades no transporte de pessoas (dificuldade presente também no deslocamento de mercadorias), aliadas ao trânsito e à poluição cada vez mais intensos, tendem a agravar-se na medida que a urbanização prossegue e a economia cresce. Deste modo, quando se discute política de transporte se discute política econômica, política de desenvolvimento, política de ocupação racional do solo urbano, política ambiental e qualidade de vida. Enfim, discute-se políticas públicas, com toda carga passional que este tipo de debate proporciona.

Por outro lado, as formas de ocupação e uso do solo urbano, motivadas por um processo interativo de iniciativas públicas e privadas, resultam na implantação de empreendimentos econômicos e comerciais, obras, serviços e assentamentos populacionais. Em grande parte, determinam e são determinados pela organização e pelo funcionamento do sistema de transporte urbano.

Do ponto de vista do Direito Público, esta visão geral situando o sistema de transportes perante um conjunto de políticas públicas, com impactos de curto, médio e longo prazo sobre a vida da cidade e de seus cidadãos, é fundamental, porque fornecerá ao intérprete do direito, especialmente aos juristas que labutam na área, ao Administrador Público, seja ele municipal, estadual ou federal, e aos Concessionários, as justificativas técnicas, sociais, axiológicas e econômicas para sustentar, jurídica e politicamente, a decisão escolhida (não podemos perder de vista que, no sistema constitucional vigente, todos os atos administrativos devem ser motivados).

3 – Parceria entre poder público e concessionários de serviço público – Relevância dos investimentos na decisão de prorrogar o contrato – Equilíbrio econômico-financeiro

Em Parecer ainda inédito, elaborado a pedido da Associação das Empresas de Transporte Coletivo Urbano de Campinas, e, portanto, destinado a questões oriundas daquele Município, mas que guarda notável semelhança com o tema aqui exposto, disserta o Professor Eurico de Andrade Azevedo:

“...

A realização de parcerias entre o setor público e o privado assume diversas formas, entre elas a concessão e a permissão. Daí o empenho do Governo Federal em regulamentá-las, através das Leis 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que é a Lei básica das Concessões e a Lei 9.074, de 7 de julho de 1995, que a complementou, disciplinando principalmente o serviço de energia elétrica.

Até a promulgação dessa legislação, as concessões e permissões eram tratadas somente na doutrina e na jurisprudência, à exceção do Estado de São Paulo que, em 1992, editou a Lei 7.835, de 8 de maio de 1992, regulando a matéria.

ARNOLDO WALD deu bastante destaque ao assunto, publicando recente obra denominada

“O Direito de Parceria e a Nova Lei de Concessões”, na qual enfatiza que foi substituída a antiga relação de comando entre contratante e contratado por uma relação de diálogo que respeita os direitos básicos das parcerias, colocando-as numa verdadeira base contratual.

É oportuno, neste passo, reiterar que as Permissões outorgadas pelo Município de Campinas para a operação do serviço de transporte coletivo não são de natureza precária.

Tratam-se de permissões qualificadas ou condicionadas, dado o seu longo prazo de duração, as condições nela estipuladas e os investimentos efetuados.

A doutrina e a jurisprudência consideram que tais permissões não podem ser revogadas sem indenização. Nesse sentido, confirmam-se as lições de HELY LOPES MEIRELLES, OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO, CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO E MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO.

CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO registra que somente em princípio a jurisprudência tem considerado as permissões como ato precário, notadamente aquelas referentes à operação de serviços de transporte; no exame dos casos concretos essa precariedade foi afastada e reconhecidos direitos de indenização ao permissionário quando as permissões foram outorgadas por prazo certo, ou quando as circunstâncias indicavam que o Permissionário tinha investido pesadamente, ou vinha executando aqueles serviços por longo tempo, ou ainda, nas permissões em que houvessem condições específicas de revogabilidade.

O Supremo Tribunal Federal já decidiu diversas vezes nesta direção, destacando-se os acórdãos publicados na RDA volumes 97/185 e 99/254.

Portanto, quando a Permissão é outorgada por prazo determinado e prorrogada por período igual, sendo estipuladas condições e especificações para a sua revogação e exigidos do permissionário

investimentos e encargos para a manutenção do serviço e a sua modernização, deve ter tratamento de uma quase concessão.

...”

Nesta linha de raciocínio, se o prestador de serviços, permissionário ou concessionário, realizou grandes investimentos em todos os segmentos da área em que atua, ora investindo em frota nova e ampliação de instalações e sistemas, ora investindo em seu pessoal e na qualidade, tem que ter o retorno do seu capital investido, podendo para tanto, o poder concedente ou permitente, prorrogar o contrato de prestação de serviços.

Embora tal fato seja visto por muitos como mera obrigação do concessionário de serviço público, e não discordamos deste ponto de vista, o fato é que, afastadas as paixões políticas exacerbadas, os investimentos realizados devem retornar, segundo as regras contratuais, subordinadas aos princípios constitucionais, ao Concessionário/Permissionário.

Esta salutar regra permite a continuidade de serviços que são essenciais à população usuária e, ao próprio projeto de desenvolvimento do Município, posto que, indiscutivelmente, o setor de transportes é insumo, estimulador e componente indispensável do nosso sistema econômico. Impossível, pois, relação de delegação de execução de serviço público, via contrato administrativo de concessão, que desconsidere a equação econômico-financeira do contrato.

Como já afirmado alhures, não é outra a interpretação de nossos grandes doutrinadores.

A equação econômica financeira nada mais é, conforme nos ensina Diógenes Gasparini, em seu Curso de Direito Administrativo, que:

“a relação de igualdade entre os encargos do contratante-particular e a correspondente compensação a que faz jus, fixada no contrato administrativo para a justa remuneração do pactuado.”

Neste diapasão, leciona Hely Lopes Meirelles³:

“Equilíbrio Financeiro: o equilíbrio financeiro, ou equilíbrio econômico, ou equação econômica, ou, ainda, equação financeira, do contrato administrativo é a relação estabelecida inicialmente pelas partes entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração para a justa remuneração do objeto do ajuste. Essa relação encargo-remuneração deve ser mantida durante toda a execução do contrato, a fim de que o contratado não venha a sofrer indevida redução nos lucros normais do empreendimento.

³ Direito Administrativo Brasileiro, 22ª Edição, Editora Malheiros, pág. 199.

Assim, ao usar do seu direito de alterar unilateralmente as cláusulas regulamentares do contrato administrativo, a Administração não pode violar o direito do contratado de ver mantido a equação financeira originariamente estabelecida, cabendo-lhe operar os necessários reajustes econômicos para o restabelecimento do equilíbrio financeiro.

Trata-se de doutrina universalmente consagrada, hoje extensiva a todos os contratos administrativos.”

Por outro lado, o equilíbrio financeiro está constitucionalmente assegurado. Vejamos:

“Artigo 37 - A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e, também, ao seguinte:

...

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

Nos contratos de concessão/permissão de serviços públicos, esta garantia é ainda mais explícita. De fato, dispõe, em seu artigo 9º, a Lei Federal – Lei de Concessões – 8.987, de 13 de fevereiro de 1.995:

Artigo 9º - 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.

...

§ 2º – Os contratos poderão prever mecanismos de revisão das tarifas, a fim de manter-se o equilíbrio econômico-financeiro.

...

§ 4º – Em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração.

Deste modo, torna-se impossível outra conclusão senão a de que, não recompostos os investimentos realizados, e acrescido do fato dos serviços serem bem prestados, deve ser o contrato prorrogado.

Negar este fato, decorrente de ato jurídico perfeito, qual seja, os contratos regularmente celebrados sob a égide da legislação vigente, seria negar os direitos deles decorrentes. Tais direitos, uma vez adquiridos, não podem ser violados, sob pena de negarmos vigência ao artigo 5º, inciso XXXVI, da Constituição Federal, verbis:

Artigo 5º – Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

...

XXXVI – a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;

Aplicados tais princípios constitucionais, é inequívoco que a lei nova, ou, pior ainda, o ato administrativo novo, não pode prejudicar os atos e direitos decorrentes daqueles contratos anteriormente estabelecidos, juridicamente perfeitos, cujo objeto seja lícito.

Presentes estes pré-requisitos, e não concretizada a prorrogação, apresenta-se a possibilidade do Estado indenizar.

4 – Pequena digressão – Do dano material e moral

- Ressarcimento**
- Fundamentos**

E por que esta breve digressão? Porque havendo prejuízo, este deve ser indenizado, moral e materialmente, ante o princípio geral de direito que obriga o Poder Público a responder patrimonialmente pelos danos decorrentes de atos ilícitos de seus agentes.

Esse também é o magistério de CAIO TÁCITO⁴ ao asseverar que:

“É princípio geral de direito que o poder público responde civilmente por atos ilícitos praticados por seus agentes” e, logo adiante, conclui: “Quando, porém, a autoridade exorbita, aplicando sanções inexistentes ou descumprindo o parâmetro legal, pratica abuso ou excesso de poder, e a pessoa jurídica de direito público a que serve passa a responder pelo ilícito administrativo, em função dos danos causados”.

Igual e precisa lição é dada por Diógenes Gasparini, em Parecer ainda inédito elaborado a pedido do município de Paulínia, em que cita RUI STOCO⁵ ao versar sobre a responsabilidade civil do Estado. Com efeito, escreve esse autor nessa passagem que:

“É evidente que se o administrador agir ‘contra legem’, com espírito de emulação ou perseguição, desbordando da licitude, com abuso ou excesso de poder, já não mais estará agindo segundo os princípios que norteiam a Administração Pública e, então, se desse agir resultar um prejuízo para o particular, responderá a Fazenda Pública, com direito de regresso contra o seu preposto”.

Para o Professor Antônio Chaves⁶: “Dano, definem uniformemente os dicionários, é o mal que se fez a alguém. Prejuízo, deterioração de coisa alheia. Perda.”

José de Aguiar Dias⁷ ensina: “O dano que interessa ao estudo da responsabilidade civil é o que constitui requisito de obrigação de indenizar. Assim, não se pode deixar de atentar na divisão: danos patrimoniais e danos morais, materiais ou não patrimoniais.”

Adiante, página 710, conclui: “Quando ao dano não correspondem as características do dano patrimonial, dizemos que estamos na presença do dano moral.”

Para Maria Helena Diniz⁸: “O dano moral vem a ser lesão de interesse não patrimonial de pessoa física ou jurídica.”

⁴ *ob. e vol. cit.*, p. 1.989.

⁵ Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial, 2ª edição revista e ampliada, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1995, p. 334.

⁶ Tratado de Direito Civil, pág. 573.

⁷ *ob. cit.*, pág. 706.

⁸ Curso de Direito Civil Brasileiro, pág. 71.

Inúmeros autores brasileiros defendem essa tese. O professor João Franzen de Lima⁹ ensina que:

“Da ameaça ou lesão dos direitos pode resultar prejuízo econômico ou moral, e o interesse de agir será econômico ou moral, conforme a natureza do prejuízo; prejuízo moral é aquele que pode ser avaliado em dinheiro; prejuízo moral é aquele que atinge a própria personalidade do indivíduo, sua honra, a sua liberdade, as suas afeições.”

Portanto, havendo prejuízo moral é porque ocorreu dano; todo dano deve ser objeto de reparação. A idéia subjacente ao artigo 76 do Código Civil conduz-nos a uma evidente conclusão da permissibilidade da reparação dos danos morais.

De fato, o texto do artigo 159 traz em seu conteúdo um dispositivo que nos conduz a uma larga interpretação. Assim, ao prescrever que **“...quem violar direito ou causar prejuízo a outrem fica obrigado a reparar o dano”**, autoriza a reparação de qualquer dano. Dessa forma, quem porventura viola direito à personalidade, à privacidade, ou causa grande aflição em uma pessoa, física ou jurídica, não lhe causa um dano?

Diógenes Gasparini citando, no Parecer mencionado, RUI STOCO¹⁰, ao versar com profundidade sobre a responsabilidade do estado por dano moral, professa o entendimento seguinte: “Pouco importa que o responsável seja o particular ou o Estado, pois a ‘ratio essendi’ do dever de indenizar é a causa, ou seja, o agir doloso ou culposo do agente público; a omissão ou a falta do serviço na Administração”. Linhas depois, conclui: “Portanto, é entendimento pacífico em nossos pretórios que o princípio da responsabilidade por dano moral transita na legislação ordinária tanto no plano privado como no campo dos serviços públicos. Aliás, a proteção e garantia de indenização por dano moral encontra previsão na Carta Magna (artigo 5º, incisos V e X)”.

Ademais, o dano moral é acumulável com o dano material, conforme lição de, entre outros, JOSÉ CRETELLA JÚNIOR¹¹. A indenização de um não exclui, necessariamente, a de outro. Nesse sentido já decidiram o e. Tribunal de Justiça o Estado do Rio de Janeiro

⁹ Curso de Direito Civil Brasileiro, 7ª edição, pág. 281.

¹⁰ *ob. cit.*, p. 435.

¹¹ O Estado e a Obrigação de Indenizar, São Paulo, Saraiva, 1980, p. 128.

ao julgar a Apelação Cível nº 3.837/91 e o c. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia conforme vê-se do v. Acórdão proferido na Apelação Cível nº 322/82, assim ementado:

“O Estado é responsável pela reparação do erro judiciário, devendo a indenização cobrir os danos morais e materiais decorrentes da execução condenatória, em detrimento de réu inocente”.

Nesse particular, cabe afirmar que a matéria acumulação das indenizações por dano moral e dano material, decorrentes do mesmo fato já está sumulada pelo Superior Tribunal de Justiça. Com efeito, estabelece a Súmula 37 dessa colenda Corte de Justiça que:

“São cumuláveis as indenizações por dano material e dano moral oriundos do mesmo fato”.

E as pessoas jurídicas, titulares de concessão? Mais uma vez socorremo-nos da lição de Diógenes Gasparini, também colhida do mencionado Parecer inédito:

“... ”

Não se alegue, por não mais proceder, que sendo a vítima do dano moral uma pessoa jurídica não tem ela direito a dita indenização. Com efeito, assevera RUI STOCO¹² que a “Constituição Federal, ao garantir a indenização por dano moral não fez qualquer distinção entre pessoas físicas ou jurídicas, não se podendo deslembrar da parêmia no sentido de que onde a lei não distingue não cabe ao intérprete distinguir. E mais, deixou a Carta Magna palmar no artigo 5º, incisos V e X, que a ofensa moral esta intimamente ligada às agressões e danos causados à intimidade, à vida, à honra, à imagens das pessoas e outras hipóteses. Não se pode negar que a honra e a imagem estão intimamente ligadas ao bom nome das pessoas (sejam físicas ou jurídicas); ao conceito que projetam exteriormente. Do que se conclui que não se protegeu apenas a dor ou os danos da alma”.

Deste modo, toda e qualquer lesão que transforma e desassossega a própria ordem social ou individual, quebrando a harmonia e a tranqüilidade que deve reinar entre os homens, inclusive aquelas decorrentes deste estudo, acarreta o dever de indenizar.

¹² *ob. cit.*, p. 498.

4 – Reflexos do artigo 42 da Lei Federal 8.987/95 – Lei Nacional e Lei Federal – Regime de competência entre as diversas pessoas jurídicas de direito público interno

Este tópico merece destaque em razão do texto do artigo 42 da Lei 8.987/95, mesmo considerando-se que o tema prorrogação de contratos de concessão/permissão de serviços públicos, do ponto de vista exclusivamente jurídico, não envolva grandes novidades, posto que abordado e discutido por todos os nossos grandes juristas que se dedicaram ao Direito Público. Cumpre-nos ainda ressaltar que, do ponto de vista prático, o tema também é recorrente, e é discutido intensamente, nos municípios da Federação, por membros do Ministério Público, procuradores municipais e advogados militantes na área.

Mesmo nos Municípios e Estados Membros (e no próprio âmbito do Governo Federal) onde a possibilidade de prorrogação de contratos não estava claramente prevista nos Editais de Licitação e nos Contratos celebrados, mediante atos normativos federais, estaduais e municipais, vários contratos de concessão de serviços públicos de transportes, em diversas localidades, foram prorrogados.

Embora no próximo tópico o façamos com maior acuidade, vale a pena citar, por ora, ainda que parcialmente, tais atos normativos: artigo 20 da lei federal 9.074, de 7 de julho de 1.995; artigo 127 da lei 3.430, de 31 de janeiro de 1.996, editada pelo município de São Luís do Maranhão; lei complementar nº 597/96, de 08 de outubro de 1.996, editada pelo município de Ribeirão Preto; lei 793/96, de 31 de maio de 1.996, editada pelo município de Macapá – Amapá; artigo 94 do Decreto Federal 952/93 e artigo 98 do Decreto Federal 2.521/98, ambos editados pelo Presidente da República; artigo 17 e seu parágrafo único da Lei Municipal 2.169/89 do município de Valinhos.

Consideremos o texto disposto no artigo 42 da Lei Federal 8.987, de 13 de fevereiro de 1.995:

“Art. 42 - As concessões de serviço público outorgadas anteriormente à entrada em vigor desta Lei consideram-se válidas pelo prazo fixado no contrato ou no ato da outorga, observado o disposto no art. 43 desta Lei.

§ 1º - Vencido o prazo da concessão, o poder concedente procederá a sua licitação, nos termos desta Lei.

§ 2º - As concessões em caráter precário, as que estiverem com prazo vencido e as que estiverem em vigor por prazo indeterminado, inclusive por força de legislação anterior, permanecerão válidas pelo prazo necessário à realização dos levanta-

mentos e avaliações indispensáveis à organização das licitações que precederão a outorga das concessões que as substituirão, prazo esse que não será inferior a 24 (vinte e quatro) meses.

A Constituição Federal de 1.988, artigo 22, discorre sobre as competências privativas da união para legislar. Dentre elas, no inciso XXVII, **normas gerais** de licitação e contratação, em todas as modalidades, para a administração pública, direta ou indireta, nas diversas esferas de governo. Vejamos:

Artigo 22 - Compete privativamente à união legislar sobre:

XXVII - Normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no artigo 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III;

Em seu artigo 175, dispõe nossa Magna Carta sobre a delegação da execução de serviços públicos, verbis:

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

Parágrafo único. A lei disporá sobre;

I - O regime das empresas PERMISSONÁRIA e PERMISSONÁRIA de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão de concessão ou permissão;

II - os direitos dos usuários;

III - a política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado.”

No artigo 30, inciso V, da Constituição Federal, verificamos a competência específica do município para legislar:

“Art. 30 - Compete aos Municípios:

I - Legislar sobre assuntos de interesse local;

II - suplementar a legislação federal e a estadual no que couber;

III - instituir e arrecadar os tributos de sua competência, bem como aplicar suas rendas, sem prejuízo da obrigatoriedade de prestar contas e publicar balancetes nos prazos fixados em lei

IV - criar, organizar e suprimir distritos, observada a legislação estadual;

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

Como os estados-membros são detentores da denominada competência residual, e os municípios detém a competência para legislar sobre assuntos de interesse local e, no caso do transporte coletivo urbano (artigo 30, inciso V da Constituição Federal), competência específica, literal e expressamente definida em nossa Magna Carta, tem-se que, independentemente da legislação infra constitucional (no caso, leis federais 8.987/95 e 9.074/95), naquilo que não for norma geral continua preservada a competência municipal ou estadual, conforme o caso.

Outra não é a lição de CELSO RIBEIRO BASTOS¹³:

“É necessário também, segundo nossa partilha de competências, dividir os serviços em federais, estaduais e municipais. Já fizemos referências aos federais (artigo 21 da CF de 1988). Os estaduais correspondem, sobretudo, ao disposto no artigo 25, §§ 1º e 2º, que são os remanescentes. Os municípios são os do artigo 30 da Constituição Federal”.

Nesta toada, regra geral os serviços a cargo do Município estão indicados no artigo 30 e os do Estado-membro no artigo 25. Os distritais, não explicitados na Constituição Federal, são encontrados no artigo 32, § 1º, e os federais alocam-se, precipuamente, no artigo 21; todos os dispositivos citados pertencem a nossa Constituição Federal.

Embora se possa discorrer por longo tempo sobre a natureza da norma geral, parece-nos bastante razoável o entendimento que as chamadas disposições finais e transitórias (caso do artigo 42 da lei federal 8.987/95) não se enquadram neste conceito.

Expõe Hely Lopes Meirelles¹⁴, em sua obra, citado pelo ilustre Toshio Mukai:

“Pela constituição de 1.988, cabe à entidade concedente editar a lei regulamentar de suas concessões, o que não impede sobrevenha norma federal-nacional com preceitos gerais para todas as concessões”.

¹³ Curso de Direito Administrativo, São Paulo, Saraiva, 1994, p. 164.

¹⁴ Direito Administrativo Brasileiro, 24ª Edição, Ed. Malheiros, p. 343.

Ives Gandra da Silva Martins, em parecer publicado na Revista Gênesis, bem enfoca a questão:

“A Lei nº 8987/95, portanto, consagra um feixe de normas gerais – e nisto é uma lei nacional – e um elenco de normas especiais aplicáveis à União – e nisto é uma lei federal – em cujo elastério se inclui o dispositivo do art. 42, § 1º, válido exclusivamente para a União e não para os Estados e Municípios, pois não é uma norma geral, mas uma norma de execução para solução temporal do direito federal”.

Temos, portanto, que a legislação infra constitucional compreendida pelas leis federais 8.987/95 e 9.074/95 é nacional, de caráter vinculativo para a União, Estados-Membros, Distrito Federal e Municípios, naquilo que em seu conteúdo caracterizar-se como norma geral. Naquilo que em seu conteúdo não for geral, temos que esta legislação perde seu caráter nacional, adquirindo poder vinculativo apenas federal, isto é, obrigando apenas os contratos de concessão e/ou permissão celebrados pelo Governo Federal.

Note-se que, apesar do caráter federal da norma contida no artigo 42, a própria União prorrogou diversos contratos, por diversas vezes e, em especial, quando tais contratos versam sobre transporte público (vide os Decretos Federais 952/93 e o 2.521/98).

Esta interpretação, ademais, apenas reforça o princípio federativo, firmemente insculpido em nosso ordenamento constitucional.

Assim, é perfeitamente legítimo que o município, em atendimento às suas peculiaridades próprias, discipline, através de seus órgãos legislativos, as características que lhe são locais, inclusive as que envolvam prorrogação de prazo de suas concessões e/ou permissões, principalmente quando se vislumbra no município, a necessidade de investimentos pesados para a qualidade, o grau de precisão de informações gerenciais disponíveis e a segurança deste serviço essencial.

Por outro lado, ainda que se realizasse exegese diferenciada da legislação infra-constitucional, observe-se que o legislador federal, ao redigir o artigo 42 da lei 8.987/95, estabeleceu apenas prazo mínimo para a realização de certame licitatório: *“prazo esse que não será inferior a 24 (vinte e quatro) meses”*. Portanto, não há prazo máximo. Este, aliás, ao que nos parece, foi o entendimento do Governo Federal ao editar os Decretos 952/93 e 2.521/98.

5 – As prorrogações de contratos efetivadas – Alguns exemplos

A prorrogação de contratos de concessão/permissão de serviços públicos é uma realidade nacional. Note-se que, apesar do caráter federal da norma contida no artigo 42, a própria União, através de dois diferentes Presidentes da República, ora por Decreto, ora por Lei, prorrogou diversos contratos, por diversas vezes e, em especial, quando tais contratos versavam (ou versam) sobre transporte público. Vejamos:

No âmbito federal

Assim estabelece o Decreto Federal 952/93, expedido pelo Ex-Presidente da República Itamar Franco.

Decreto Federal nº 952, de 07.10.93

Dispõe sobre a outorga de permissão e autorização para a exploração de serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros e dá outras providências.

O Presidente da República, no uso das atribuições que lhe confere o art. 84, inciso IV e VI, da Constituição, e tendo em vista o disposto no art. 1º, letra “e”, do Decreto-lei nº 512, de 21 de março de 1.969,

Capítulo XV

Das Disposições Finais e Transitórias

Art. 94 - Ficam mantidas, sem caráter de exclusividade pelo prazo de quinze anos, prorrogável por igual período, as atuais permissões e autorizações às disposições legais e regulamentares anteriores. (grifo nosso)

No mesmo sentido dispõe o Decreto Federal nº 2.521, de 20 de março de 1.998, expedido pelo Presidente da República Fernando Henrique Cardoso:

“Art. 98 - Em atendimento ao disposto no artigo 42 da Lei 8.987, de 1.995, ficam mantidas, sem caráter de exclusividade, pelo prazo improrrogável de quinze anos contado da data de publicação do Decreto nº 952, de 1.993, as atuais permissões e autorizações decorrentes de disposições legais e regulamentares inferiores.” (Grifo nosso)

Já em outra esfera de atividade na prestação de serviços públicos, podemos citar o artigo 20 da Lei 9.074, em que o Governo Federal dispõe sobre a prorrogação, limitada a 35 anos, da concessão de energia elétrica:

“Art. 20 - As concessões e autorizações de geração de energia elétrica alcançadas pelo parágrafo único do art. 43 e pelo art. 44 da Lei nº 8987, exceto aquelas cujos empreendimentos não tenham sido iniciados até a edição dessa mesma Lei, poderão ser prorrogadas pelo prazo necessá-

rio à amortização dos investimento, limitado a trinta e cinco anos, observado o disposto no art. 24 desta Lei e desde que apresentado pelo interessado.

...”

No âmbito municipal

Outrossim, diversos municípios prorrogaram os seus contratos, quase sempre em razão da insuficiência da amortização dos investimentos realizados no prazo inicial dos contratos, e por conseguinte, da impossibilidade da manutenção do equilíbrio econômico financeiro dos contratos em questão. A seguir, alguns exemplos:

Lei Complementar nº 867 de 14 de maio de 1.999 - Município de Ribeirão Preto - SP

“Art. 14 - As permissões em vigor no Município outorgadas através de regular procedimento licitatório, inclusive as linhas delegadas e objeto do artigo 12, serão prorrogadas a partir da publicação desta lei, pelo prazo de 15 (quinze) anos, necessários à amortização dos investimentos realizados no Sistema Municipal de Transporte Coletivo, devido ao conteúdo desta lei complementar, prevendo investimento consistentes e constantes durante 08 (oito) anos em veículos tipo ônibus, peruas tipo Vans adaptadas, e cuja amortização exige o mínimo de 07 (sete) anos a partir de cada investimento.” (grifo nosso)

Lei nº 3.038, de 29 de Setembro de 1.999 - Município de Mococa:

“Artigo 3º - Os serviços de transporte público, coletivo ou seletivo de passageiros, poderão ser executados mediante delegação a terceiros.

Parágrafo Segundo - A atual permissionária, em razão da necessidade crescente de investimentos de retorno necessariamente a longo prazo, prorrogará seu contrato por 10 (dez) anos prorrogável por igual período, sempre que o serviço esteja sendo prestado satisfatoriamente, na forma do artigo 42 da lei federal 8.987/95, do artigo 3º da lei federal 9.074/95 e desta Lei, autorizada a elaboração e assinatura de Termo Aditivo ao contrato de Permissão, que formalize a prorrogação.” (grifo nosso)

Lei nº 2.198 de 12 de maio de 1.999

- Município de Umuarama:

“Art. 4º - Os serviços de transporte público, coletivo ou seletivo de passageiros, serão executados mediante delegação a terceiros.

...

§ 2º - A atual PERMISSONÁRIA, em razão da necessidade crescente de investimentos de retorno necessariamente a longo prazo, terá seu contrato prorrogado por 10 (dez) anos, contados do seu vencimento em 2.001, podendo ser prorrogado por igual período, a não ser que o serviço esteja sendo prestado insatisfatoriamente, na forma do artigo 42 da Lei Federal nº 8.987/95, do art. 3º da Lei Federal nº 9074/95 e desta Lei, autorizada a elaboração e assinatura de termo aditivo ao Contrato de Concessão, que formalize a prorrogação, com indicação expressa, na forma de Anexo, dos investimentos que serão realizados, e da forma de sua remuneração. A satisfatoriedade dos serviços prestados será apurada objetivamente em processo administrativo.”

Lei nº 4.834 de 18 de novembro de 1.998

- Mogi das Cruzes:

“Art. 5º - O prazo do início da Concessão prevista neste capítulo, será de 15 (quinze) anos, contados do início da operação comercial do objeto da concessão, devendo o edital e o contrato prever as condições de sua prorrogação, nos termos do art. 23, inciso XII da Lei Federal nº 8.987/95

Capítulo XIV

Disposições Transitórias e Finais

Art. 69 – Fica assegurado à Permissão outorgada através do Decreto Municipal nº 2.048 de 5 de julho de 1.988 combinado com o Decreto nº 282 de 1º de julho de 1.993, para as linhas de ônibus de permissão municipal, o mesmo prazo dado pelo Governo Federal para as linhas de transporte Coletivo, fixado na forma do artigo 98, do Decreto

Federal nº 2.521, de 20 de março de 1.998, combinado com o artigo 94 do Decreto Federal nº 952 de 07 de outubro de 1.993, necessário à continuidade e manutenção da qualidade do serviço de Transporte de Passageiros no Município e assegurar o equilíbrio econômico financeiro da permissão especialmente pelas exigências emanadas do Poder Executivo, quanto a renovação da frota, dentre outras.”

Lei nº 3.430 de 31 de janeiro de 1.996
- Município de São Luiz do Maranhão:

“Art. 127 - A prorrogação de todos os contratos existentes pelo prazo de 05 (cinco) anos, prorrogáveis por igual período. Indica como suporte legal o artigo 42 da Lei nº 8.987/95 e artigo 3º da Lei nº 9.073/95.” (grifo nosso)

Decreto nº 5.494, de 25 de janeiro de 1.996
- Município de Mauá:

“Art. 1º - É renovada, pelo prazo de 10 (dez) anos, a permissão a título precário, outorgada às empresas Viação Barão de Mauá Ltda. e Viação Januária Ltda., pelos decretos nºs 3.819, de 24 de fevereiro de 1.987, e de 4.272, de 11 de agosto de 1.989, para exploração das linhas municipais de transporte coletivo em ônibus.” (grifo nosso)

Município de Jundiaí

No município de Jundiaí, no tocante à questão prorrogação de contratos, foi elaborado o PARECER Nº 004/94, da lavra do nobre Professor Dr. Manoel Gonçalves Ferreira Filho – Titular de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da USP:

“Por meio do comunicado em epígrafe expõe o Sr. Secretário Municipal de transportes a necessidade de investimentos no setor de transporte coletivo para Implantação de catracas e outros equipamentos eletrônicos, e informa que foi consultado pelas empresas permissionárias sobre a possibilidade de se prorrogar as respectivas permissões por mais 5 (cinco) anos, a partir de seu término, em 1.997, a fim de que possam operar até o retorno dos investimentos que deverão partir das mesmas. (grifo nosso)

“...De um superficial exame no art. 175, inciso I, da Constituição Federal, resulta que a prorrogação do prazo não é proibida. Mencionado dispositivo diz que

“a lei disporá sobre: I - O regime das empresas Concessionárias e PERMISSONÁRIAS de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e sua prorrogação”.

Serviço público essencial (art. 30, inc. V, Carta Magna), o transporte coletivo não pode sofrer interrupções, quer na normalidade da sua execução, quer no fluxo constante de investimentos em ampliação e melhoria. (grifo nosso)

Pelos volumosos recursos investidos, de normal as empresas operadoras lançam mão de crédito para renovação das frotas e equipamentos e as instituições financeiras só fazem tais operações tendo por lastro um horizonte temporal de vigência dos contratos de permissão superior aos dos prazos de financiamento, que é a garantia do retorno dos capitais mutuados.

É perfeitamente lícita a prorrogação da permissão da prestação de serviço público de transporte de passageiros hoje vigente no Município de Jundiaí.

Esta prorrogação arrima-se no disposto do art. 175 da Constituição Brasileira, em particular no seu parágrafo único, inciso I, do qual resulta o princípio da prorrogabilidade das concessões e permissões.”

No âmbito estadual

**Lei nº 5.720 de 18 de agosto de 1.998
- do Estado do Espírito Santo:**

“Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no artigo 210 da Constituição do Espírito Santo, e dá outras providências.

...

Artigo 52 - ... visando garantir a qualidade do atendimento aos usuários e o princípio da atualidade, com a necessária amortização dos investimentos realizados, manterá ou prorrogará pelo prazo de quinze (15) anos, a contar da data da publicação desta Lei, as atuais concessões, permissões e autorizações para a exploração dos serviços de transporte coletivo rodoviário intermunicipal e intermunicipal urbano de passagens, que estejam sendo praticados pelas empresas transportadoras.

...

§ 2º - O órgão público ou entidade competente, na qualidade de Poder Concedente, Permitente ou Autorizador, providenciará no prazo de 90 (noventa) dias, contados da data do requerimento das empresas transportadoras concessionárias, permissionárias e autorizárias interessadas, as assinaturas dos respectivos termos aditivos e/ou instrumentos contratuais próprios, pelo prazo de 15 (quinze) anos, para a formalização e cumprimento do disposto no “caput” e § 1º deste artigo, publicando os seus extratos no Diário Oficial do Estado às expensas de tais empresas”.

Finalmente, temos o recentíssimo exemplo do Governo do Estado de São Paulo que, ao sancionar a Lei Complementar 870, de 19 de junho de 2.000, criando a Região Metropolitana de Campinas, prorrogou as concessões, permissões e autorizações dos serviços de transportes afeto à Região pelo prazo de 15 anos, verbis:

**Lei Complementar Do Estado de São Paulo
nº 870, de 19 de junho de 2.000**

Disposições Transitórias

Artigo 4º - Para atender à operação do serviço de que trata o § 2º do artigo 10*, ficam mantidas, sem caráter de exclusividade, pelo prazo de até 15 (quinze) anos, determinado pelo órgão competente, contado da data da publicação desta lei complementar, as atuais concessões, permissões e autorizações desse serviço entre Municípios integrantes da Região Metropolitana de Campinas,

decorrentes de dispositivos legais e regulamentares anteriores.

(*operação de transportes coletivos de caráter regional)

Assim, perfeitamente defensável a tese que a prorrogação deva ocorrer para restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro do contrato com o objetivo de garantir a continuidade, a expansão e a atualidade do serviço (artigo 6º da Lei 8.987/95), dentro dos padrões estabelecidos na legislação em vigor.

A prorrogação é faculdade do poder concedente, que deverá efetivá-la se o concessionário (ou permissionário) estiver cumprindo bem suas obrigações e a tarifa for compatível com o nível econômico com a maioria dos usuários do serviço, mas sempre dependendo do exame da conveniência e oportunidade da medida.

Ressalte-se, o contrato de concessão/permissão de serviços públicos constitui-se num negócio fechado: a tarifa fixada na concorrência – com os respectivos critérios de reajuste e revisão, deve ser suficiente para amortizar e remunerar o capital investido durante o prazo do contrato. Por conseguinte, a prorrogação ocorrerá para o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato ou para permitir a recuperação pelo concessionário dos valores dos investimentos efetuados e ainda não amortizados ou depreciados, e que tenham sido realizados com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço objeto do contrato.

Isto significa que, se o concessionário/permissionário estiver prestando o serviço a contento e o equilíbrio econômico financeiro do contrato estiver abalado, terá assegurado o seu direito à prorrogação ou, no mínimo, a uma indenização compatível com o prejuízo gerado.

Assim é perfeitamente legítimo, legal e moral que o Município, o Estado membro e o Distrito Federal (e por que não dizermos, a própria União), em atendimento às suas peculiaridades próprias, discipline, as características e necessidades que lhe são locais, inclusive as que envolvam prorrogação de prazo de usas concessões e/ou permissões, principalmente quando se vislumbra a ocorrência de investimento significativo aplicado na recuperação da qualidade, da segurança e do grau de precisão das informações gerenciais, seja para planejamento, seja para gestão, disponíveis deste serviço essencial.

Por fim, cumpre-nos notar que, a despeito da ênfase centrada nas concessões de transporte público, a linha mestra dos argumentos aqui delineados pode ser aplicada a todo contrato de concessão/permissão, em qualquer modalidade de serviço público.