

CONCESSÃO DE TRANSPORTE COLETIVO URBANO

Hely Lopes Meirelles (*)

- Natureza regulamentar e contratual da concessão.
- Legitimidade do privilégio de exclusividade na área da concessão.
- Validade do contrato da concessionária e o direito de impedir concorrência.
- Possibilidade de a concessionária obter permissão ou autorização para operar linhas fora da área da concessão.

P A R E C E R

A CONSULTA

A COMPANHIA CAMPINEIRA DE TRANSPORTES COLETIVOS — CCTC expõe-nos que é concessionária exclusiva dos transportes coletivos de auto-ônibus na Cidade de Campinas e seus bairros, desde 1961, com prorrogação até 1981, e, anexando a lei autorizadora da concessão, o contrato, o termo de prorrogação e demais documentos pertinentes, consulta-nos:

- 1.º — São válidos o contrato e o termo de prorrogação da concessão da Consulente?
- 2.º — É válido o privilégio de exclusividade de transporte coletivo de auto-ônibus na área da concessão da Consulente?

(*) Professor na Universidade de São Paulo.

- 3.º — É usual o privilégio de exclusividade em concessão de transporte coletivo urbano?
- 4.º — A Consulente pode opor-se, legitimamente à interferência de outras empresas na área de sua concessão, mesmo que estejam operando com permissão ou autorização da Prefeitura?

Examinemos a concessão e os elementos que instruem a consulta, para, ao final, darmos resposta aos quesitos formulados pela Consulente.

* * *

I — O QUE É A CONCESSÃO

1. Concessão é a transferência da execução de serviço do Poder Público ao particular, mediante delegação contratual. O contrato de concessão é um ajuste de direito público, bilateral, oneroso, comutativo e realizado *intuitu personae*. Com isso se afirma que é um acordo administrativo (e não um ato unilateral da Administração), com vantagens e encargos recíprocos, no qual se fixam as condições de prestação do serviço, levando-se em consideração o interesse coletivo na sua obtenção e as condições pessoais de quem se propõe executá-lo em nome do poder concedente. Sendo um contrato administrativo, como é, fica sujeito a todas as imposições da Administração, necessárias à formalização do ajuste, dentre as quais a concorrência pública e as normas regulamentares do serviço.

2. A concessão deve ser precedida de autorização legislativa, na qual se delimita ao Executivo a amplitude do contrato a ser firmado com o pretendente que apresentar as melhores condições de execução do serviço, em conformidade com o edital de concorrência. Selecionado o melhor proponente, adjudica-se-lhe o serviço e formaliza-se com ele o contrato respectivo. Daí por diante, qualquer alteração contratual dependerá de nova autorização legislativa e acordo com o concessionário, salvo quanto às denominadas **cláusulas regulamentares**, que são **normas de serviço** e, por isso mesmo, admitem modificação unilateral pela Administração, para adequá-lo às exigências do interesse coletivo. Quanto às **cláusulas financeiras**, isto é, as que estabelecem a equação econômica entre o concedente e o concessionário, são imutáveis, salvo acordo entre as partes. As tarifas são fixadas e reajustadas nos termos contratuais, com prévia autorização do

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 15-26, 1972

poder concedente, ouvidos os órgãos competentes. Esses os princípios basilares da concessão, consagrados uniformemente pela doutrina, e de prática universal em tais contratos (Cf. nosso **Direito Administrativo Brasileiro**, 1966, págs. 315 e segs. No mesmo sentido: MARIA MASAGÃO, **Natureza Jurídica da Concessão de Serviço Público**, 1933, págs. 59 e segs. — FRANCISCO CAMPOS, **Natureza da Concessão**, in **Direito Administrativo**, 1958, 1/281 e segs. — O. A. BANDEIRA DE MELLO, **Aspecto Jurídico Administrativo da Concessão de Serviço Público**, in **DA 26/1** — PLINIO A. BRANCO, **Diretrizes Modernas para a Concessão de Serviços de Utilidade Pública**, 1949, págs. 51 e segs. — No direito estrangeiro veja-se: JOHN BAUER, **Transforming Public Utility Regulation**, 1950, *passim* — MARTIN GLAESER, **Outlines of Public Utilities Economics**, 1931, pág. 311 — OSCAR POND, **A Treatise on the law of Public Utilities**, 1932, — JONES & BIGHAM, **Principles of Public Utilities**, 1939 — G. JÈZE, **Derecho Administrativo**, trad. arg. 1949, III/361 — A. LAUBADÈRE, **Contrats Administratifs**, 1956, II/329 — G. PEQUIGNOT, **Contrat Administratif**, 1945, pág. 430 — A. BLONDEAU, **La Cession de Service Public**, 1933, pgs. 167 e segs. — DUEZ & DEBEYRE, **Droit Administratif**, 1952, págs. 555 e segs.).

3. No caso em exame, a concessão da Consulente reveste-se de todos os requisitos de contrato administrativo, pois foi precedida de autorização legislativa (Lei municipal 2.350, de . . . 5/10/1960), realizou-se concorrência, na qual a Consulente foi a única proponente nos termos do edital de convocação dos interessados (Edital de 3/12/1960); firmou-se o contrato (Termo de . . 10/2/1961), de acordo com o regulamento aprovado pelo poder concedente (Decreto municipal 1.682, de 25/11/1960), como tudo consta dos documentos anexos à consulta, que evidenciam a plena regularidade da delegação do serviço local de auto-ônibus urbanos, da Cidade de Campinas, à concessionária — Companhia Campineira de Transportes Coletivos.

4. Essa concessão foi feita para o **centro e bairros** da Cidade de Campinas, nos termos de lei (art. 1.º), do edital de concorrência (preâmbulo), da cláusula sexta do contrato e do artigo 11 do Regulamento, por prazo inicial de dez anos, prorrogável sucessivamente por decênios, já tendo havido a primeira prorrogação até 9 de fevereiro de 1981 (Termo de 27/12/1967), de acordo com a lei inicial da concessão (Lei 2.350, de 5/10/1960) e lei autorizadora da prorrogação (Lei 3.628, de 22/11/1967).

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 15-26, 1972

5. Trata-se de uma concessão com **privilégio de exclusividade** de prestação do serviço na área concedida, consubstanciado no contrato nestes termos:

“A presente concessão é dada em caráter de privilégio, motivo pelo qual, durante o prazo deste contrato, não abrirá a Prefeitura novas concorrências com o fito de permitir a execução dos serviços de transporte por auto-ônibus, por outras entidades.” (Cláusula 3.^a do contrato)

II — LEGITIMIDADE DO PRIVILÉGIO DE EXCLUSIVIDADE

6. O privilégio de exclusividade na prestação do serviço é da natureza da concessão, principalmente das que exigem grandes investimentos para a execução de seu objeto. Tal é o caso das concessões para exploração de energia elétrica, transportes coletivos e outras que requeiram instalações, veículos e equipamentos especiais e de elevado custo. Esses empreendimentos pedem uma **segurança de mercado**, que não poderia ser conseguida se se permitisse a livre competição entre o concessionário e eventuais concorrentes, a título precário ou definitivo, na área do serviço e durante o prazo da concessão (Cf. nossa ob. cit. pág. 317).

7. A propósito do tema, é tranqüila a doutrina e a jurisprudência, como veremos a seguir:

BANDEIRA DE MELLO, que tanto brilho empresta à cátedra de direito administrativo, assim se expressa:

“A concessão do serviço público pode ser feita em concorrência ou em exclusividade.

O regime de concorrência é aquele em que várias empresas concessionárias prestam a mesma comodidade, disputando, entre si, as preferências dos que se utilizam do serviço. O regime de exclusividade é aquele em que se reconhece a uma empresa privativida-de na exploração de determinado serviço, a qual decorre da própria natureza dele, que impede a concorrência, portanto, exclusividade de fato, ou da relação jurídica em que se assegura não conferir a outrem o exercício do mesmo serviço, em dado local ou zona, e, portanto, exclusividade de direito.

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 15-26, 1972

Cumpre, desde logo, esclarecer que a exclusividade (privilégio) não se confunde com **monopólio**, o qual é de admitir-se, apenas, nos serviços exercidos pelo próprio Estado e jamais nos delegados, pois o monopólio é contrário à liberdade de comércio e indústria, e entrava a instituição de serviços de interesse geral.

.....

A exclusividade outorga ao concessionário, simplesmente, o privilégio de explorar, sem concorrência econômica e direta de outras empresas, o serviço concedido.

.....

Os serviços públicos concedidos devem ser explorados com exclusividade, em princípio. Entre as razões que militam a favor dessa orientação, sobressai-se a que considera a necessidade de investimento de grandes capitais para o seu bom desempenho, não só devido ao custo da montagem e manutenção da empresa, como à necessidade de grande número de empregados para atender, em qualquer tempo, aos atuais e aos novos clientes, cujas solicitações de serviço variam segundo as épocas e as horas.” (OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO, *Aspecto Jurídico-Administrativo da Concessão de Serviço Público*, in Rev. Dir. Adm., 26/1)

PLÍNIO BRANCO, em excelente estudo precisamente sobre o transporte coletivo na Capital de São Paulo, teve oportunidade de escrever:

“Não somos contra a exclusividade em serviços públicos. Bem ao contrário, temo-la defendido em todas as ocasiões, pois consideramos a competição econômica como atavismo grosseiro, reminiscência dos tempos de luta e de barbárie, em contraste com a co-operação que traduz o sentido ético que se procura imprimir às atividades sociais contemporâneas.

.....

Encontram-se, geralmente, nos contratos de concessão ou nos decretos legislativos que os precedem, dispositivos fixando as áreas em que a Companhia

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 15-26, 1972

pode operar com exclusividade, ou áreas em que goza de certos privilégios, ou, ainda, áreas em que pode operar livremente, sujeitando-se apenas às Provisões Regulamentares de caráter mais geral". (PLÍNIO A. BRANCO, *Diretrizes Modernas para a Concessão de Serviços de Utilidade Pública*, 1959, págs. 50 e segs.)

ANHAIA MELLO, em clássico estudo sobre os serviços de utilidade pública, adverte:

"A competição é fenômeno biológico e econômico; fenômeno universal no mundo das coisas vivas. Estabelece ela, automaticamente, nos negócios, a qualidade e o preço dos serviços. Mas o característico econômico essencial dos serviços de utilidade pública é justamente de se organizarem melhor como monopólios (privilégios).

Estes serviços e indústrias são monopólios naturais, isto é, atividades que por sua própria natureza só como monopólios (privilégios) podem ser econômica e eficientemente manejados, e não podem absolutamente se sujeitar à competição sem prejuízo para o público."

A competição nos negócios ordinários, presume-se proteger o consumidor; mas nos serviços de utilidade pública é certamente autodestruidora."

O monopólio (exclusividade) nesses serviços é o único meio de se organizar economicamente a produção, eliminando risco e desperdícios." (LUIZ DE ANHAIA MELLO, *O Problema Econômico dos Serviços de Utilidade Pública*, 1940, pág. 33)

ODILON DE ANDRADE aplaudiu em termos incisivos o reconhecimento constitucional da possibilidade do privilégio nas concessões, nestes termos:

"Em face do artigo 17, n.º IV, da Constituição de 34, não mais é possível questionar sobre a constitucionalidade dos privilégios e portanto dos monopólios, chegando o artigo 116 a permitir a sua aplicação a qualquer indústria ou atividade econômica.

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 15-26, 1972

Não regateamos aplausos ao constituinte de 34, sancionando expressamente o privilégio e monopólio, porque são essenciais ao financiamento dos serviços de utilidade pública e, pois, não podem ficar sujeitos à contingência de fundamentos indiretos." (ODILON C. ANDRADE, *Serviços Públicos e de Utilidade Pública*, 1937, pág. 77)

8. A doutrina estrangeira não discrepa da nacional, no reconhecer a conveniência e a necessidade, mesmo, da **exclusividade** ou **privilégio** (que muitos denominam monopólio) na concessão de serviço público, particularmente na de transportes coletivos, como veremos a seguir.

ALCIDES GRECA, cuidando especialmente do problema da superposição de linhas de ônibus, diz peremptoriamente:

"En los servicios de ómnibus y transvías no debe autorizarse la superposición de líneas, pues dicho sistema, aparte de ocasionar serios entorpecimientos en el tránsito, dado el abarrotamiento de grandes vehículos que se produciría en las calles de mucho movimiento, es considerado antieconómico. Ocasiona la ruina de las empresas de transporte y exige inversiones infructuosas de capital, necesario, por cierto, para ser aplicado a otros servicios o actividades. El monopolio, o el cuasi monopolio (privilégio), es lo que permite, cabalmente, la aplicación de tarifas reducidas."

Con la superposición de líneas y la libre concurrencia se presentaría el caso de zonas de la ciudad, particularmente las centrales, extraordinariamente servidas, en perjuicio de otras que carecerían del indispensable servicio para su vecindario." (ALCIDES GRECA, *Derecho y Ciencia de la Administración Municipal*, 1943, III/313)

DUEZ-DEBEYRE justificam o privilégio na concessão de transportes coletivos com os mesmos argumentos de GRECA, com estas palavras traduzidas:

"O privilégio (exclusividade) leva, logicamente, à eliminação de uma certa concorrência para melhor

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 15-26, 1972

permitir-se ao concessionário executar a tarefa de interesse geral, satisfatoriamente para todos. Como poderia o serviço concedido funcionar de modo viável e eficaz para todos, tanto nos bairros pobres como nos ricos, se o concessionário que os executa, não estivesse garantido contra a concorrência de empresários livres, que abandonando sistematicamente os bairros pobres, onde a exploração do serviço se revelasse pouco remuneratória ou deficitária, iriam exercer suas atividades apenas naqueles bairros onde essa exploração fosse largamente vantajosa." (DUEZ-DEBEYRE, *Droit Administratif*, 1952, pág. 561)

9. A jurisprudência pátria abona a doutrina citada, ao afirmar que o **privilégio de exclusividade** de prestação de serviço é característico da concessão, como se vê deste acórdão do Supremo Tribunal Federal:

"Não há, pois, dúvida de que se trata de serviço público, e que o contrato de fls. atribuiu a sua exploração a particular, não como monopólio, que tem um sentido econômico que abrange uma atividade econômica, com eliminação da concorrência, mas para usar de uma expressão consagrada em nosso direito administrativo, com **privilégio exclusivo** (grifamos), que elimina a concorrência, não de uma atividade econômica, mas de um serviço público." (STF — Rec. Ext. 63.836-RS, Rel. Min. THEMISTOCLES CAVALCANTI, julgamento unânime da 2.^a Turma, em 7/5/68) No mesmo sentido o Tribunal Federal de Recursos:

"O concessionário de serviço público, com privilégio de zona, tem direito à proteção possessória através dos interditos." (TFR — Rev. Dir. Adm. 43/267)

Igual é a jurisprudência do Tribunal de Justiça de São Paulo:

"A concessão importa na delegação de poderes do órgão estatal concedente do serviço público e, por isso, via de regra, não há concessão onde não haja exclusividade e privatividade do concessionário na exploração do serviço." (TJSP — Rev. Tribs. 270/398)

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 15-26, 1972

"Na vigência da concessão, não pode o poder concedente outorgar a terceiro a exploração parcial do serviço." (TJSP — Rev. Dir. Adm. 80/165)

10. Fiel à doutrina e à jurisprudência invocadas, e tendo em vista o contrato de concessão em exame, o ilustrado Juiz de Direito de Campinas, Dr. MANOEL CARLOS DE FIGUEIREDO FERRAZ FILHO, já teve duas oportunidades de julgá-lo **regular e válido**, merecendo a confirmação integral do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, nos agravos de petição n.ºs . . . 178.531 e 180.539, em cujos mandados de segurança foram repelidas as pretensões de outras empresas de transporte coletivo, de entrarem na área de exclusividade da Consulente.

III — A EXCLUSIVIDADE EM OUTRAS EMPRESAS DE TRANSPORTE COLETIVO

11. O privilégio da exclusividade é usual nas empresas de transporte coletivo, não só nas nacionais como nas estrangeiras. Basta recordar os termos do contrato de concessão da Companhia Municipal de Transportes Coletivos da Capital de São Paulo — CMTC, que reserva para a concessionária esse privilégio na respectiva área urbana, com a possibilidade de permitir ou subconceder a particulares o serviço em determinadas linhas, a **sen critério exclusivo**, e enquanto não estiver em condições de operá-las diretamente. Esses permissionários ou subconcessionários pagam à concessionária um preço estabelecido para a operação da linha, que é da área de sua exclusividade (Cf. Decreto municipal 6.547, de 11/7/1966, regulamentar do Decreto-lei 365, de 10/10/1946, e termos de permissões respectivos).

12. Na Inglaterra, a famosa **London Passenger Transport Board** detém o privilégio da exclusividade dos transportes coletivos londrinos; na França, a **Société des Transports de la Région Parisienne** é exclusiva em toda a área da Grande Paris; nos Estados Unidos, a **Los Angeles Transport County Regional**, a **Public Service Coordinated Transport** (de Nova Jersey), a **Milwaukee Transport** (de Wisconsin) e muitas outras operam com **privilégio de área** nas respectivas cidades e regiões da concessão.

13. Essa constância de exclusividade nos contratos de concessão de transportes coletivos, principalmente os urbanos, levou WUEBNER & WILSON a explicarem, em obra especializa-

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 15-26, 1972

da, que “É preciso impedir a competição para que o público possa ser bem servido e as empresas rivais não se arruinem mutuamente. As diversas agências de transporte devem ser complementares, não competidoras.” (*Principles of Transportation*, 1948, pág. 127)

14. É sabido que o cálculo das tarifas e conseqüentemente o rendimento da empresa transportadora é baseado na estimativa de passageiros e esta se apóia fundamentalmente no hábito de viajar, no *riding habit*, que os norte-americanos já converteram em fórmula matemática e obtiveram a constante de k,8 para o crescimento de passageiros em relação ao da população, quando esta é transportada por uma única empresa urbana (Cf. JOHN BEELER, *Public Utility Consultants*, 1948). Ora, a pluralidade de empresas transportadoras numa mesma área urbana estabelecerá a destruidora concorrência a que se referem os técnicos de transportes coletivos, impossibilitando a estabilidade econômica de que necessita o concessionário para os investimentos no serviço concedido, dentro das exigências do público e da rentabilidade do empreendimento.

IV — A VALIDADE DA CONCESSÃO DA CONSULENTE E O DIREITO DE IMPEDIR CONCORRÊNCIA NA ÁREA

15. O contrato da PREFEITURA DE CAMPINAS com a Consulente — COMPANHIA CAMPINEIRA DE TRANSPORTES COLETIVOS — outorga-lhe o privilégio da exclusividade dos transportes urbanos “na cidade de Campinas e seus bairros” (Cláusula 2.^a), e repete “que a presente concessão é dada em caráter de privilégio, motivo pelo qual, durante o prazo deste contrato, não abrirá a Prefeitura novas concorrências com o fito de permitir a execução dos serviços de transporte coletivo por auto-ônibus, por outras entidades” (Cláusula 3.^a).

16. A área da concessão é, portanto, o centro da cidade de Campinas e seus bairros, vale dizer todos os seus distritos e sub-distritos urbanos atuais e futuros porque, como é sabido, a zona urbana não é imutável, mas ampliável por lei local, na medida em que o Poder Público realiza pelo menos dois dos melhoramentos indicados no § 1.^o do artigo 32 do Código Tributário Nacional e atende às exigências do § 3.^o do artigo 1.^o do Decreto-lei federal 271, de 28 de fevereiro de 1967.

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 15-26, 1972

17. Tendo em vista essa realidade, o contrato manteve as linhas de ônibus existentes à época (Cláusula 6.^a — art. 10 do Regulamento), tornou obrigatória para a concessionária “a extensão de novos trajetos, desde que haja suficiente número de passageiros a serem servidos, de molde a que a extensão não funcione em regime de prejuízo” (Cláusula 6.^a — art. 10, parágrafo único, do Regulamento), e estabeleceu que, “além das linhas dos bairros, que forem determinadas, deverá manter, a concessionária, no mínimo uma linha circular, cujo trajeto será fixado de molde a atender o interesse coletivo” (Cláusula 6.^a — art. 11 do Regulamento). Por essas disposições contratuais e regulamentares, evidencia-se que a Prefeitura concedeu exclusividade à concessionária mas, em contrapartida, exige dela a implantação de novas linhas de ônibus, na medida das necessidades do transporte coletivo na área da concessão. Enquanto vigente esse contrato, a Consulente tem o inquestionável direito de executar com exclusividade o transporte coletivo de auto-ônibus em todo o perímetro urbano da cidade de Campinas, podendo afastar, pelos meios legais, a interferência de qualquer concorrente nessa modalidade de transporte.

18. O fato de a Prefeitura de Campinas ter permitido que outras empresas realizem, precariamente, o transporte em auto-ônibus, em bairros ainda não servidos pela concessionária da área — que é a Consulente —, não lhe tira o direito de, a qualquer tempo, estabelecer a sua linha e impedir a continuidade da concorrente. Ato de liberalidade do poder concedente, ainda que com tolerância da concessionária, não invalidam o privilégio contratual da exclusividade, que pode ser invocado e exercido durante toda a vigência da concessão.

V — RESPOSTAS AOS QUESITOS

19. Examinado, assim, o contrato de concessão da Consulente, à luz da doutrina e da jurisprudência pertinentes, passamos a responder, sinteticamente, aos quesitos formulados, nos seguintes termos:

Ao 1.^o quesito

Sim. São perfeitamente válidos o contrato original e o termo de prorrogação da concessão da Consulente, uma vez que

RCGERS, Porto Alegre, 2(3): 15-26, 1972

atenderam, na sua formalização, a todas as exigências legais e se contém nos limites da competência do poder municipal concedente.

Ao 2.º quesito

Sim. É inteiramente válido o privilégio da exclusividade do serviço de transporte coletivo urbano de Campinas, outorgado à concessionária-Consulente, nos termos do contrato de concessão de 10 de fevereiro de 1961, já prorrogado até 9 de fevereiro de 1981. O privilégio da exclusividade do serviço concedido é da natureza da concessão e, particularmente, daquelas que exigem vultosas inversões de capital, em instalações, veículos e equipamentos, como o serviço de transporte coletivo por auto-ônibus.

Ao 3.º quesito

Sim. É usual o privilégio da exclusividade às empresas concessionárias de transporte coletivo urbano, como demonstramos ocorrer em vários países e nas mais famosas organizações do gênero (itens 10 e 11). Esse privilégio nada tem de odioso ou discriminatório, pois é uma exigência do serviço concedido, para o bom atendimento do público e resguardo dos legítimos interesses econômicos do concessionário, como empresa.

Ao 4.º quesito

Sim. A Consulente, como concessionária exclusiva dos serviços de transporte coletivo urbano, por auto-ônibus, no centro e bairros de Campinas, pode opor-se, legitimamente, à interferência de qualquer outra empresa na área de sua concessão, ainda que com permissão ou autorização municipal, pois o seu contrato prevalece sobre os atos unilaterais e precários de outros interessados.

* * *

É o nosso parecer, salvo melhor juízo.

São Paulo, 26 de julho de 1971.