

JUSTIÇA & CIDADANIA

Edição 142 • Junho 2012



XXII TROFÉU DOM QUIXOTE

Ministro da Justiça, José Eduardo Cardozo, recebendo o troféu Dom Quixote das mãos do Presidente do Instituto Justiça & Cidadania, Tiago Salles

Editorial: A liberdade de imprensa e a CPI do Cachoeira

(O)CASO DO TRANSPORTE INTERESTADUAL (ALGUMAS PERGUNTAS SEM RESPOSTAS SATISFATÓRIAS)

Darci Norte Rebelo | Membro do Conselho Editorial | Advogado

Darci Norte Rebelo Jr. | Advogado

Nikolai Sosa Rebelo | Advogado

O que pode vir a ser o ocaso do maior sistema de transporte rodoviário por ônibus do Planeta tem causas bastante obscuras e vem provocando um acirrado debate sobre algumas de suas consequências, entre elas as relacionadas com a insistência do Poder Executivo em manter o regime jurídico do setor por via de decreto; sua resistência, de outra parte, quanto à indenizabilidade das empresas pela extinção prematura, sem justa causa, dos seus contratos e, finalmente, quanto a diversos aspectos relacionados com a licitação programada, dos quais são selecionados, dentre muitos, apenas três: o tipo licitatório [maior desconto], a modalidade [leilão] e a cláusula de improrrogabilidade dos contratos como fator restritivo da competição.

Sobre a primeira questão

O art. 175, parágrafo único, e o art. 178 da Constituição de 88 determinam que as relações de serviço público, inclusive, portanto, as relativas ao transporte coletivo de passageiros, devem ser reguladas por lei. O parágrafo único, inc. I, do art. 175 prescreve que “*a lei disporá* sobre o regime das empresas concessionárias e permissionárias, o caráter especial do seu contrato e de sua prorrogação...” O art. 178, por sua vez, complementa que “*a lei disporá* sobre a ordenação dos transportes aéreo, aquático e terrestre...”

A Lei 8.987/95 – que é uma lei de normas gerais – não preenche a omissão legislativa, pois não trata das relações do transporte público. Todos os serviços públicos delegados possuem leis específicas, menos o transporte coletivo. A insistência da Administração em regular as relações jurídicas resultantes das delegações desse tipo de serviço público por via de atos do Poder Executivo produz instabilidade jurídica

incompatível com a segurança que deve cercar elevados investimentos privados no serviço público.

Como está ou como vai ficar, um decreto pode dar e tirar, o que torna as permissões meros instrumentos do jogo político. A caneta do poder desliza entre a lógica do humor administrativo e a de interesses nem sempre justificados pela lógica da economia ou mesmo do bom senso. Nas permissões de transporte público, sob regime puramente regulamentar, o permissionário é refém permanente do Poder Executivo. Ele tem menos direito que empregado sem carteira assinada. A experiência do regime jurídico por decretos já revelou sua fragilidade. Por isso, licitação de todo o sistema sem lei prévia compromete o próprio o caráter competitivo do certame [Lei 8.666/93, art. 3º, § 1º, inc. I] em face da insegurança jurídica dos investimentos e dos compromissos a serem assumidos. Esse o primeiro ponto de reflexão ou a primeira pergunta sem resposta satisfatória. Melhor, sem resposta alguma.

Sobre a segunda questão

A segunda questão diz respeito à indenizabilidade das permissionárias, cujos contratos foram, sem justa causa, prematuramente extintos pelo Poder Concedente. As empresas permissionárias, anteriores à Constituição de 88, após a promulgação desta, tiveram suas permissões mantidas pelo prazo de quinze anos com prorrogação condicional por mais quinze, nos termos do artigo 94, do Decreto 952/93. A cláusula de prorrogação estava vinculada a uma condição suspensiva, ou seja, a de que as permissionárias atendessem “satisfatoriamente as cláusulas contratuais” (Cláusulas 3ª e 14ª dos contratos).

Os contratos, como escreveu, em Parecer, o emérito professor Celso Antônio Bandeira de Mello, lembrando



Roubier, são atos de previsão. Como tal, os atos bilaterais celebrados pela União e repassados à ANTT, haviam gerado entre as permissionárias firme convicção de que a palavra estatal seria cumprida e todos os investimentos executados obedeciam a um planejamento estratégico que incluía o período de prorrogação. A cláusula prorrogatória é uma cláusula de prêmio e castigo. As transportadoras tinham plena consciência de que se atendessem “satisfatoriamente as cláusulas contratuais” (sic – cláusula 14ª. dos contratos), fariam jus à prorrogação contratual.

A União, porém, pelo Decreto 2.521/98, por razões até hoje inexplicadas a contento, promoveu intervenção nos atos de outorga e contratos por ela firmados, determinando o cancelamento da cláusula de prorrogação pelo art. 98 do Decreto 2.521/98. Com isso, tornou improrrogáveis os contratos antes prorrogáveis. A ilegalidade dessa intervenção já foi assinalada em mandado de segurança no próprio STJ, encontrando-se *sub judice*, mas, neste momento, esta não é a pergunta sem resposta satisfatória, relacionada com a indenizabilidade desse comportamento estatal.

Antecipando prematuramente o vencimento dos atos de outorga e dos contratos, o próximo passo foram os preparativos da licitação de todo o sistema, que envolve 13.000 ônibus; 70.000 empregos diretos e centenas de instalações de suporte esparramadas por todo o País. A bandeira de desmonte de todo o sistema interestadual e internacional deriva de um suposto comando constitucional – o do art. 175 – segundo o qual toda concessão ou permissão deve ser precedida de procedimento licitatório.

Embora a regra do art. 175 tenha como objetivo as delegações posteriores a 5 de outubro de 1988, ou seja, para *novas* concessões ou permissões, vem sendo utilizada para justificar a extinção das delegações *anteriores* 1988 pelo suposto pecado de que não derivaram de processos licitatórios. Mas esse pretexto – se coerente – teria de valer para todos os demais setores delegados. Inclusive para o transporte aéreo e outros setores de serviços delegados que

nunca passaram por licitação alguma. Aqui, pelo menos, a União deu uma resposta. Resposta que não convence.

Indenizabilidade pela lei geral

A Lei 8.666/93 estabelece duas consequências possíveis para esse rompimento da palavra estatal, conforme se trate de anulação da cláusula prorrogatória ou de mera rescisão unilateral dos contratos em vigor. Na primeira hipótese, a Lei 8.666/93 prescreve que, ao anular o contrato por vício de legalidade, mesmo assim a Administração não se exonera do dever de indenizar (Lei 8.666/93, artigo 59, parágrafo único). Este dever resulta da regra geral de responsabilidade civil do Estado expressa no artigo 37, § 6º da Constituição, e do direito constitucional à segurança jurídica (CF, art. 5º) no qual se insere o princípio da boa-fé e da confiança legítima dos administrados na palavra da Administração. A anulação, por sua vez, depende do devido processo legal [CF, art. 5º, LIV; Lei 9.784/99] em que seja assegurado o amplo direito de defesa.

De outra parte, se a retirada da cláusula de prorrogação não tinha caráter anulatório, derivando de mera conveniência administrativa como vem de afirmar o Ministério dos Transportes e a ANTT, teria ela resultado do exercício regular do direito da administração pública de rescindir, parcial ou totalmente, o contrato administrativo, nos termos prescritos nos artigos 58, inciso II; 79, inciso I; e 79, § 2º, inciso III, da Lei 8.666/93 e desde que a hipótese fosse subsumida nos incisos. XII e seguintes do art. 78 da mesma lei.

Mas, também nesta hipótese, a Administração está obrigada a trilhar os caminhos do devido processo legal [CF, art. 5º, LIV] e a rescisão tem de ser precedida do inarredável processo administrativo em que seja assegurado “o contraditório e a ampla defesa” [sic]. [Lei 8.666/93, art. 78, parágrafo único; Lei 9.784/99, art. 3º, inc. III] relativos à questão indenizatória.

Como diz Marçal Justen Filho, “na alteração unilateral, a administração pública promove a modificação por ato próprio. Isto não significa a ausência de consulta ao

contratado, o que ofenderia o princípio da ampla defesa” (CF/88, art. 5º, LV) (Justen Filho, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, 12ª.Ed., Dialética, SP., 2008, p. 713). Por sua vez “o contratado terá direito de ser ouvido especialmente para defender seus interesses no tocante a apuração das perdas e danos” (idem, ibidem, p. 787).

Na mesma obra, o mestre paranaense, em lição válida para o tema em debate adverte:

“em qualquer caso em que a rescisão não se fundamente em seu inadimplemento, o particular deverá ser amplamente indenizado. Isto se passa inclusive no caso de rescisão por conveniência da administração, de manter ou não o contrato. A discricionariedade da administração circunscreve a apreciação das conveniências de manter (ou não) o contrato. Não há liberdade para decidir se o contratado será indenizado ou não. Inexiste discricionariedade no tocante a apuração nem quanto ao pagamento da indenização.” “Isso não significa indenização restrita a danos emergentes. Também os lucros cessantes devem ser indenizados.” (Justen Filho, Marçal, op. cit., pág. 798).

Indenizabilidade pelo art. 42 da Lei 8.987

Além da lei geral dos contratos administrativos, ocorreu, ainda, a alteração introduzida ao artigo 42, da Lei 8.987/95 pelo artigo 58 da Lei 11.445/2007, que veio a estabelecer um procedimento de liquidação das concessões e permissões previamente à licitação. O artigo 98 do Decreto 2.521/98, que retirara a cláusula prorrogatória dos contratos, fê-lo invocando suposto “... atendimento ao artigo 42 da Lei 8.987/95” (sic). Assim, uma vez alterado este, a Administração tinha de fazer a releitura do art. 98 do Decreto 2.521/98 em face da mudança de seu conteúdo. Essa releitura, porém, implicava a instituição do procedimento, de apuração das indenizações cabíveis previamente à licitação.

A solução dada pelo Ministério dos Transportes e pela ANTT consistiu em negar a aplicação do procedimento, derivado da nova redação do art. 42 da Lei 8.987/95, às permissões de transportes interestaduais e internacionais sob fundamento de que aquelas regras só eram aplicadas quando houvesse bens reversíveis e, no caso dos transportes por ônibus, tanto a regulamentação como os contratos não previam a reversibilidade.

Ao contrário do que afirma o Ministério dos Transportes e a ANTT, o art. 42 não cuida apenas de bens reversíveis. A regra do art. 42 é bem mais ampla por incluir, além da indenizabilidade da infraestrutura de bens reversíveis, outros investimentos ainda não amortizados, reversíveis ou não, ordenando o levantamento “dos dados financeiros contábeis e comerciais, relativos a prestação de serviços, em dimensão necessária e suficiente para realização do cálculo de eventual indenização relativa a investimentos ainda não amortizados pelas receitas emergentes da concessão, observadas as disposições legais e contratuais

que regulavam a prestação dos serviços ou a ela aplicáveis nos vinte anos anteriores à publicação desta Lei” (art. 42, § 3º, inciso I).

E, além de investimentos *ainda não amortizados*, a nova redação do art. 42 e seus §§ determina o levantamento de outras indenizações relacionadas à prestação dos serviços, realizados com capital próprio do concessionário ou de seu controlador ou originário de operações de financiamento ou obtidos mediante emissão de ações, debêntures ou outros títulos mobiliários” (art. 42, § 5º, da Lei 8.987/95). Operações de financiamento é o que mais conta no orçamento de empresas de ônibus. Em outras indenizações, entram, também, as perdas provocadas pela prática de tarifas políticas e o custo de desmobilização das empresas aliadas em eventual processo licitatório.

Logo, também aqui a pergunta fica sem resposta convincente. Embora os contratos dessas empresas não contivessem a previsão de bens reversíveis [Lei 8.987/95, art. 35, § 1º], as indenizações, quer por anulação, quer por rescisão por extinção antecipada dos contratos, são muito mais amplas do que as referentes à simples reversibilidade de bens.

A indenização precede a licitação

A indenização precede a licitação como vinha ensinando o mestre Celso Antônio Bandeira de Mello, no *Curso de Direito Administrativo*, 26ª. ed., pág. 780, e em anteriores edições). Esse ponto de vista foi confirmado por dois sucessivos pareceres dados pelo jurista para a Federação Santa Catarina-Paraná e para a ABRATI – Associação das Empresas Interestaduais, os quais confirmam o entendimento expresso no último Parecer acerca da hermenêutica do novo artigo 42 e §§ da Lei 8.987/95:

“Por força destes dispositivos não pode prosperar qualquer dúvida, por ínfima que seja, de que novas licitações sucessivas ao encerramento dos vínculos em causa haverão de ser precedidas de indenização completa dos sujeitos dessarte afetados. É este o sentido evidente dos preceptivos em causa. (...)

A Administração não pode abrir novas licitações sem antes, para atender ao disposto no § 2º e seguintes do art 42 da lei nº 8.987, apurar os valores devidos e indenizar cabalmente os permissionários, não apenas por bens reversíveis mas também por reajustes de tarifas não efetuados tempestivamente e quaisquer outras despesas inerentes à boa prestação do serviço a que estavam obrigados. É o meu parecer. São Paulo, 19 de dezembro de 2011”

Assim, a União, por despacho do Ministro dos Transportes apoiado em pareceres da ANTT, ao indeferir o pedido de apuração prévia da indenização das empresas atingidas pela precoce extinção dos seus contratos, não tem amparo na legislação dos contratos administrativos e nas normas do artigo 42 da Lei 8.987 e, finalmente, no artigo 37, § 6º, da Constituição.

Sobre terceira questão

Na verdade, essa terceira questão pode subdividir-se em muitas. Para efeito destas observações, ficam circunscritas apenas a três.

Critério do maior desconto sem previsão legal

A primeira diz respeito à adoção de um tipo licitatório sem previsão em lei, ou seja, o critério do maior desconto sobre o coeficiente tarifário fixado no edital. Esse tipo – maior desconto sobre um preço-base – foi introduzido no direito nacional pelo art. 18, incisos I e XIX, § 2º, da Lei 12.462, de 5 de agosto de 2011, resultante da conversão da MP 527/2011 que estabeleceu o Regime Diferenciado de Contratações para obras da Copa do Mundo e eventos similares. Logo, o tipo “maior desconto” só pode ser aplicado no Regime Diferenciado de Contratações [RDC] para obras da Copa do Mundo e similares, expressamente previstas na Lei 12.462. Não pode, portanto, ser aplicado à licitação de transportes interestaduais. Há indisfarçável ofensa ao princípio da legalidade. Os tipos são *numerus clausus*.

Utilização da modalidade de leilão

Outro problema está no propósito da administração pública de sumarizar o processo licitatório, e a melhor forma de atingir esse desiderato é a adoção da modalidade de leilão. Ocorre, contudo, que a lei das concessões não prevê esta modalidade e, em razão disso, a administração pública valeu-se de um estratagem, para utilizar a modalidade de leilão prevista na Lei 9.491/97, que instituiu procedimentos no programa nacional de desestatização. Para isso, propôs ao Conselho Nacional de Desestatização, a desestatização de 1824 linhas de ônibus interestaduais e internacionais [as quais, de fato, foram “desestatizadas” há pelo menos sessenta anos, desde que instituídas]. Decreto do Presidente da República referendou a desestatização... do desestatizado e o STF chancelou essa transferência da execução de serviços públicos já há muito transferidas por entender apoiada no artigo 2º, § 1º, letra “b”, da Lei 9.491.

Com isso, abriu o caminho para a possibilidade de a licitação ser realizada por leilão ou por concorrência (Lei 9.491/97, art. 4º, § 3º). O fato, contudo, de poder ser realizada a licitação por uma das duas modalidades, depende do critério de julgamento a ser adotado. O leilão é uma modalidade adequada para hipóteses de alienação de bens e, no caso de concessão, para transferência dos direitos de concessão pela maior oferta, como ocorreu nas recentes licitações da Infraero. O leilão, como procedimento de alienação, está previsto no artigo 17, § 6º, da Lei 8.666 (“para a venda de bens móveis...”); art. 19 (para a alienação de bens imóveis); art. 53, § 2º (venda por arrematação); art. 45, § 1º, inciso IV (hipótese de maior lance ou oferta nos casos de inalienação de bens ou concessão de direito real de uso). A própria Lei 8.666 o define, no artigo 22, § 5º, como modalidade de licitação

para a venda de bens móveis ou imóveis “a quem oferecer o maior lance igual ou superior ao valor da avaliação”.

No Regulamento de Operações da BOVESPA – associação que será encarregada do leilão – o conceito desse instituto está contido no item 4.3.1 do Manual e conceituado como procedimento especial sem que se exija seja especificado “obrigatoriamente o Ativo, o preço e quantidade”, circunstâncias reveladoras de procedimentos de alienação. Ora, se não há ativo algum a ser vendido ou comprado, o leilão não tem como ser adotado. O arranjo da licitação do MT e da ANNT é, pois, claramente ilegal.

A improrrogabilidade das permissões

A proposta da Administração, tornada pública com apresentação da minuta do edital e do contrato, estabelece que as permissões terão o prazo de quinze anos improrrogáveis. A Lei de Concessões, no entanto, é clara quando prescreve que constitui cláusula essencial dos contratos as condições de sua prorrogação (art. 23, inc. XII, da Lei 8.987/95). Essa regra deriva do artigo 175, parágrafo único, inciso I, da Constituição. De lá, vem a fonte da prorrogabilidade que a regulamentação da Carta classificou como cláusula essencial de todos os contratos em homenagem ao princípio da continuidade dos serviços públicos. A própria lei da ANTT – Lei 10.233/2001 –, no artigo 38, § 2º, estabelece que “o edital de licitação indicará obrigatoriamente: II – o prazo de vigência e as condições para prorrogação da permissão”, enquanto o art. 39 determina que, “O contrato de permissão deverá refletir fielmente as condições do edital e da proposta vencedora e terá como cláusulas essenciais as relativas a: II – prazo de vigência e condições para sua prorrogação”.

Essa cláusula de improrrogabilidade fere, ainda, o art. 3º, § 1º, inc. I, da Lei 8.666/93 por desestimular a participação de maior número de licitantes em razão do prazo exíguo para recuperação de investimentos a serem efetuados no serviço público. Tal limitação compromete, restringe ou frustra, inequivocamente, o princípio da competição.

Legalidade x pressa

Sem respostas satisfatórias a essas questões, o sistema interestadual e internacional de ônibus, consolidado e em execução há sessenta anos, corre o risco de ser desmontado, apressada e irresponsavelmente, mediante processo sumário de licitação, sem apuração de qualquer indenização, continuando o investidor privado refém de inconstante regulação por via de decretos do Poder Executivo. Nenhuma pressa justifica a falta de zelo ao princípio da legalidade e à segurança jurídica. À licitação deve preceder a lei específica do setor, tarefa do Congresso, e a busca de respostas a essas e a outras questões que interessam não apenas a empresários, mas a trabalhadores do setor e a usuários dos serviços. Sem que se amadureçam as respostas, corre-se o risco de se transformar o caso do transporte interestadual num verdadeiro (o) caso do transporte público. 