

JUSTIÇA & CIDADANIA[®]

Edição 165 • Maio 2014



EDIÇÃO COMEMORATIVA

A CONSTRUÇÃO DE UM LEGADO

REVISTA COMEMORA ANIVERSÁRIO COM NOVOS PROJETOS PARA A PROMOÇÃO DO JUDICIÁRIO

Editorial: Anarquia, não! Basta!

A licitação de transporte público: um beco sem saída

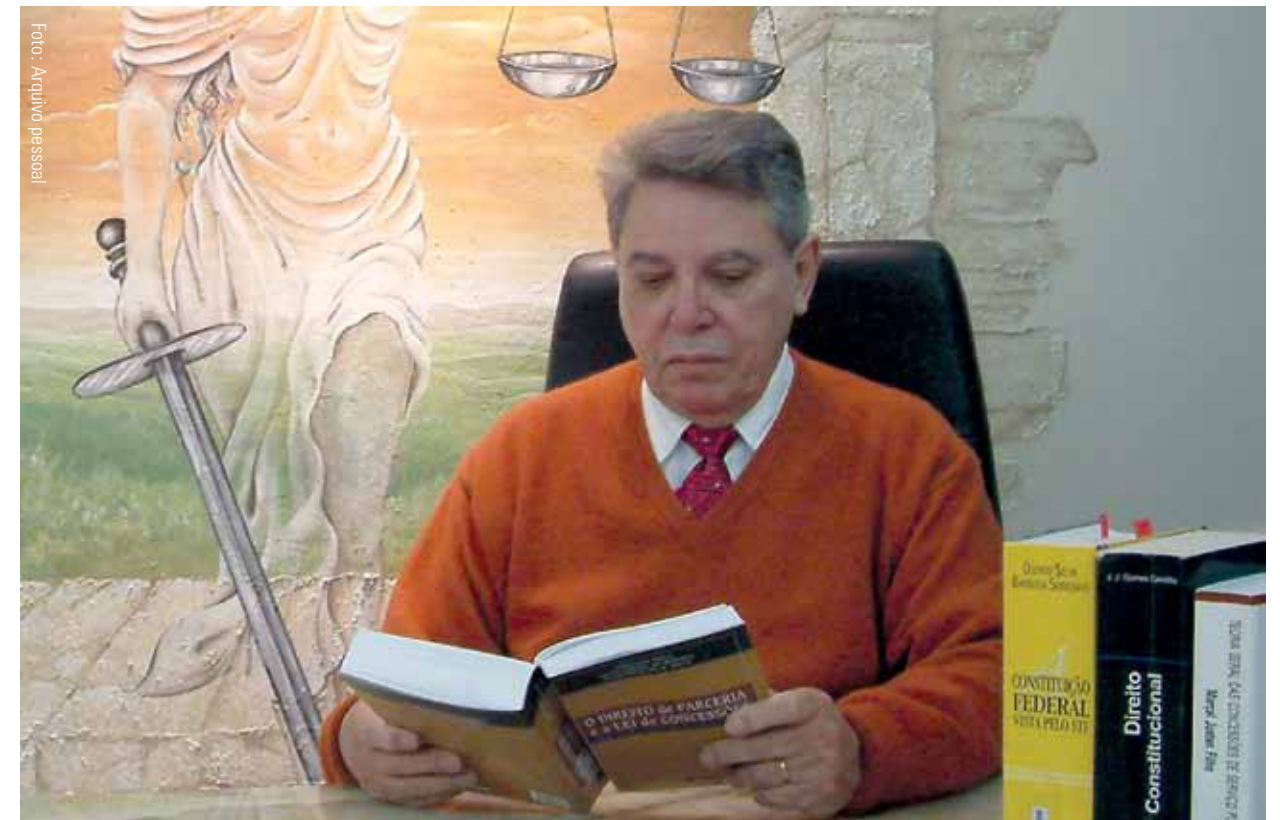
Darci Norte Rebelo | Advogado
Membro do Conselho Editorial

A Lei nº 8.666/93 foi concebida por engenheiros para obras de engenharia e não para compras de bens e serviços de consumo usual pela administração e muito menos para delegação de serviços públicos em que a administração nada despense. A primeira carência foi suprida pela Lei do Pregão; a segunda, para obras da Copa do Mundo, Jogos Olímpicos e Paraolímpicos, infraestrutura de aeroportos e outras, pela lei do Regime Diferenciado de Contratações. Mas para a terceira, delegação de serviços públicos, a única solução é adaptar a roupagem da Lei nº 8.666 e fazê-la entrar, apertada ou frouxa, conforme o caso, no corpo estranho das concessões e permissões de serviços públicos. A Lei nº 8.987/95, pelo menos, criou algumas regras específicas mas também não fez vestimenta completa, sob medida, para os serviços públicos.

No entanto, ainda assim, seria possível encontrar respostas, mesmo que não plenamente satisfatórias, para dar solução a diversas perguntas que essa deficiência da legislação de licitações e concessões apresenta para o caso de delegação de serviços públicos e o destino dos trabalhadores e das empresas com a cessação da atividade destas. Mas as soluções esbarram (a) na própria administração que, nos editais de licitação, não estabelece, podendo fazê-lo, condições para resolver essas questões; (b) no Ministério Público que, de Norte a Sul, pressiona a

administração com a propositura de ações civis públicas com objetivo licitatório; (c) no Poder Judiciário, a partir do STJ, que alimenta a irresponsabilidade do poder público, abonando condutas danosas por este praticadas sob fundamento de que a inexistência de licitação priva as empresas de qualquer direito como a indenização de prejuízos por tarifas políticas e violação da regra básica da delegação, a regra do equilíbrio. Ressalva feita ao STF que ignorou corretamente tais pressupostos nos casos Transbrasil e Varig. Nenhuma delas passou por essa pia batismal da licitação. De resto, também as mais recentes: Tam, Gol, Azul e outras.

O Distrito Federal tentou, por conta própria, dar uma resposta, ainda que parcial, à situação dos trabalhadores das empresas afastadas no processo licitatório. O Ministério Público do Trabalho, sensível ao problema, celebrou um TAC com os diversos atores em que se estabelecia que os vencedores re-empregariam os empregados despedidos sem que isso caracterizasse sucessão trabalhista e o Governo do DF, por sua vez, assumiria o compromisso de indenizar os trabalhadores do transporte público. Para cumprir a sua parte, o DF obteve aprovação da Lei nº 5.409/2013, que abria crédito orçamentário para pagamento de indenizações, importando a despesa a cerca de R\$ 120 milhões. Entre outros, o fundamento legal do TAC era o do art. 486 da CLT, o chamado “fato do príncipe”,



“O edital, portanto, é a única oportunidade que o administrador público tem para regular as regras de saída dos trabalhadores e das empresas alijadas pela licitação. A verdade, porém, é que o poder público nada faz, quer na órbita interestadual, quer na estadual ou distrital, quer na municipal”

segundo o qual “no caso de paralisação temporária ou definitiva do trabalho, motivada por ato de autoridade municipal, estadual ou federal, ou pela promulgação de lei ou resolução que impossibilite a continuação da atividade, prevalecerá o pagamento da indenização, que ficará a cargo do governo responsável.” Ocorreu, então, que o Ministério Público Estadual e a OAB/DF ajuizaram ação de inconstitucionalidade contra essa lei e o Conselho Especial do Tribunal de Justiça do Distrito Federal concedeu liminar suspendendo-a. Um dos fundamentos é o de que a regra do art. 71 e seu § 1º da Lei de Licitações, estabelece que o contratado é responsável pelos encargos trabalhistas, “resultantes da execução do contrato” (sic), não podendo serem eles transferidos para a administração pública (§ 1º). Os encargos em discussão, porém, não são encargos de execução, mas encargos de extinção do contrato. O fato gerador é outro e outras são as regras a serem observadas. A extinção dos contratos unilateralmente rescindidos é regida pela Lei nº 8.666/93, no art. 58, II; 78, XII a XVII e 79, § 2º, inc. III, e, além do direito a ressarcimento de prejuízos regularmente comprovados, o permissionário ou concessionário tem direito “ao pagamento do custo de desmobilização” (art. 79, § 2º, inc. III), entre os quais se incluem as indenizações por rescisão dos contratos de trabalho para os trabalhadores, e, para as empresas, indenizações típicas de serviço público delegado, como

a de bens reversíveis, investimentos não amortizados ou depreciados efetuados em razão do serviço e até mesmo perdas provocadas por condutas ilegais da administração pública. Como sintetiza Marçal Justen, “isso não significa indenização restrita a danos emergentes. Também os lucros cessantes devem ser indenizados”..., além do custo de desmobilização que inclui a liberação do passivo trabalhista” (CF, Lei nº 8.666/93, art. 79, § 2º e inc. III) [Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, p. 787]. A Lei das Concessões também estabelece algumas regras para a hipótese de extinção dos contratos. O poder concedente, extinta a concessão, deve proceder aos levantamentos, avaliações e liquidações necessários (Lei nº 8.987, art. 35, § 2º). Nos casos de advento do termo ou de encampação, os levantamentos se destinam a indenizar o concessionário (Lei 8.987, art. 35, § 4º). Mas somente no caso de encampação a lei é clara ao exigir lei autorizativa e prévio pagamento da indenização (Lei nº 8.987, art. 37) que deve incluir 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” (Lei nº 8.987, art. 36). Nenhuma palavra, porém, sobre a desmobilização das pessoas. Nova redação dada ao art. 42 da Lei nº 8.987 pelo art. 58 da Lei nº 11.445/2007, também omite a existência de pessoas nas relações a serem extintas. Não há nenhuma palavra sobre as indenizações trabalhistas, embora seja evidente que o Estado, pelo “fato do príncipe”, que provocou a extinção da delegação, deva ser responsável (CF, art. 37, § 6º) por essas obrigações conforme determina a CLT, no mencionado art. 486.

O edital, portanto, é a única oportunidade que o administrador público tem para regular as regras de saída dos trabalhadores e das empresas alijadas pela licitação. A verdade, porém, é que o poder público nada faz (faz) quer na órbita interestadual, quer na estadual ou distrital quer na municipal. Como péssimos exemplos, aí estão os recentes editais da ANTT (70.000 trabalhadores); os do Distrito Federal (12.000), acima referido, e o de Porto Alegre (8.000), também omissos quanto ao destino dos trabalhadores do setor e ao de uma dúzia de tradicionais e boas empresas locais, referências nacionais de bons serviços prestados. Estima-se que são necessários R\$ 80 milhões somente para as rescisórias trabalhistas. Essa verba simplesmente não existe porque as planilhas, de onde emergem as tarifas, jamais contemplaram provisão para a hipótese de despedida em massa e nem poderiam fazê-lo em nome da regra da modicidade (Lei nº 8.987, art. 6º, § 1º). Como o serviço é essencial e da titularidade do município (CF, art. 30, inc. V), compreende-se que ou ele próprio indeniza ou transfere o ônus, via licitação,

para o vencedor desta, assim como pode transferir as demais obrigações resultantes da cessação das relações de delegação relativamente às empresas afastadas.

Como o edital é omissos a tudo isso, na ausência de qualquer regra, resta o socorro ao direito constitucional à jurisdição (CF, art. 5º, XXXV). Aqui, porém, entra o (pre)conceito: a leitura de vários despachos judiciais mostra que os juízes, sinceramente, pensam que a crítica das empresas é apenas uma forma de ganhar tempo e perpetuar-se nos serviços. Não acreditam na malícia das entrelinhas dos éditos e em suas impropriedades. No caso de Porto Alegre, o modelo de transporte não está concluído (em fase de construção a infraestrutura dos BRTs – sistema de ônibus rápidos – e a proximidade do metrô no curso da concessão), mas despacho do Tribunal de Justiça determinou que se fizesse a licitação de qualquer maneira. Resultado: a aceleração do parto pode produzir a morte do feto, sem condições de viabilidade (vida-hábil). Com a pressa, o edital foi lançado com falhas gritantes, exigências de garantias milionárias, bom negócio para bancos e seguradoras, multas de um milhão e meio para meras desobediências à fiscalização, manutenção da empresa de economia mista, controlada pelo Município e alimentada por generosos subsídios anuais, consumidos pelos prejuízos constantes. Uma ofensa à isonomia com ofensas desproporcionais ao objeto licitado. O Poder Executivo, por sua vez, não recorreu da decisão judicial e não defendeu o direito constitucional básico da separação de poderes, violado quando o Judiciário se transformou em administrador. De resto, o poder público está paralisado pela ação do Ministério Público, do Tribunal de Contas, dos *black blocs*, dos estudantes, da opinião pública. Em “O fim do Poder”, o jornalista venezuelano Moisés Naim mostra como o exercício desses micropoderes pode provocar a paralisia da administração pública. Michel Foucault, anteriormente, em a “Microfísica do Poder”, já demonstrara que existem formas de exercício de poder diferentes da do Estado, poderes periféricos, capazes de influir no subconsciente das decisões das autoridades. Lênio Streck, severo crítico do ativismo judicial, adverte que, para precaver-se, o intérprete tem de aproximar-se da realidade. A hermenêutica é a hermenêutica da faticidade e “toda interpretação jurídica exige aproximação com o caso concreto” (Verdade e Consenso, p. 322). Sintetiza ele: “não interpretamos para compreender, mas, sim, compreendemos para interpretar” (Verdade e Consenso, 285, 404 e 446). Enquanto o Judiciário não compreender a realidade dos transportes públicos e despir-se dos (pré)conceitos com que o trata, trabalhadores e seus empregadores – se saírem perdedores na licitação – estarão num beco sem saída. Sem regras de saída. 🚧