

OUTORGAS PRECÁRIAS: POSSIBILIDADE DE TRANSFERÊNCIA

PRECARIOUS GRANTS: POSSIBILITY OF TRANSFER

Rafael Alves de Oliveira¹

RESUMO

O presente ensaio trata da possibilidade de transferência de concessão ou controle acionário, no caso em que o prestador de serviço público se encontra em situação irregular perante a obrigação constitucional de licitar, situação esta, que deu origem as chamadas outorgas precárias.

As outorgas precárias surgem após a promulgação da Constituição de 1988, onde expressamente se optou por obrigar o Estado, via de regra, ao certame licitatório no caso de contratação de obras, serviços, compras e alienações².

Devido a obrigação de certame licitatório, trazido pela Constituição, foram promulgadas duas Leis específicas sobre o tema, sendo elas a 8.666/93 e 8987/95, esta última que trata diretamente das concessões de serviço público.

Porém, apesar de aparentemente ter sido resolvido o problema pela legislação, no mundo fático a situação foi diferente. As licitações que reestruturariam a prestação dos serviços e afastariam as irregularidades do setor, não ocorreram, e a situação permanece em um impasse até os dias atuais.

Em 2002, se criou a ARTESP³, e a problemática das outorgas precárias foi transferida a ela, visto que esta é a responsável pela regulação do setor, porém, a agência não está apta a

¹ Bacharel em Direito pela UNICURITIBA. Especialista em Direito Processual Civil pela PUC/PR. Mestrando em Direito e Desenvolvimento pela FGV/SP.

² Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

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. (Regulamento)

legislar, e ainda, não pode decidir contrariamente a legislação pertinente e especialmente a Constituição Federal.

Mesmo assim, as decisões favoráveis a empresas prestadoras de serviço público em caráter precário continuam e isto é o motivador do presente trabalho, ou seja, compreender os motivos que levam a ARTESP a deliberar da forma como o faz.

Para tanto, dentro da ARTESP, o que nos importa para o presente estudo, são dois departamentos deste órgão, sendo estes, a Consultoria Jurídica responsável por analisar as questões jurídicas envolvidas, e o Conselho Diretor responsável pela decisão final de anuir para com os pedidos de transferências.

Posto isto, em um primeiro momento, para buscar as conclusões, o estudo atravessa o instituto das concessões, a origem das outorgas precárias, o que são tais outorgas. Em um segundo momento, será verificado, qual a realidade do setor de transporte público de passageiros, qual a legislação aplicável a este setor e a discussão jurídica em torna destas. Em seguida, de forma empírica, diagnosticar como e porque a ARTESP se posiciona de determinada forma e quais os possíveis motivos para este posicionamento, por fim, passo as conclusões.

PALAVRAS-CHAVE: Transporte coletivo de passageiros; Concessão; Serviço público; Outorgas Precárias; Possibilidade de Transferência.

ABSTRACT

This paper deals with transferability of concessions or its control in the case in which the public service provider is in breach of the constitutional obligation to bid, a situation which led to precarious grants.

The precarious grants arise after the promulgation of the 1988 Constitution, which expressly opted for forcing the state, as a rule, to use the bidding process in the case of hiring works, services, purchases and disposals.

Because the obligation to the bidding process, brought by the Constitution, laws were enacted to deal with this specific subject, these laws were the 8.666/93 and 8987/95, the last one comes directly to public service concessions.

However, despite having been apparently solved the problem by legislation, the factual situation was different. Bids that should restructure the provision of services and solve the irregularities in the sector did not work as expected, and the situation remains at an impasse until today.

³ Agência de Transportes do Estado de São Paulo.

In 2002, was created ARTESP⁴, and the problem of precarious grants was transferred to it, since this responsible of sector regulation was passed to the agency, however, the agency is unable to legislate, and it's not aloud to decide contrary to relevant legislation, especially the Federal Constitution.

Even so, the decisions favorable to companies that provides public service, in the public transportation sector, still continuous, and understand the reasons that lead ARTESP to act the way it does, are the motivators of this work.

Therefore, within the ARTESP, what matters to us for this study are two departments of its structure, those are the General Counsel responsible for reviewing the legal issues involved, and the Board of Directors responsible for the final decision towards applications transfers.

That said, to reach the findings, in the first step, the study goes through the institute of concessions, the origin of the precarious grants and what are these grants.

In a second step, the study will verify the reality of the public transport sector, which law is applicable to this sector and the legal discussion around these. Then, empirically diagnose how and why ARTESP stands a certain way and what are the possible reasons for this positioning, finally, the conclusions step.

KEYWORDS: Passengers transportation; Concession; Public service; Precarious grants; Transfer possibility.

2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO INSTITUTO DA CONCESSÃO

A concessão de serviços públicos⁵ no Brasil nos remete a tempos antigos, especificamente ao século XIX, onde se passou a utilizar esta modalidade para captação de

⁴ Transportation Agency of the State of São Paulo.

⁵ A Lei Geral de Concessões define o instituto como sendo “Art. 2º, II – Concessão de serviço público é a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado.”.

Conceito de Concessão na doutrina. Alguns exemplos: “José dos Santos Carvalho Filho: “Concessão de serviço público é o contrato administrativo pelo qual a Administração Pública transfere à pessoa jurídica ou a consórcio de empresas a execução de certas atividades de interesse coletivo, remunerada através do sistema de tarifas pagas pelos usuários. Nessa relação jurídica a Administração Pública é denominada de concedente, e, o executor do serviço, de concessionário” (José dos Santos Carvalho Filho, Manual de Direito Administrativo, 16ª Edição, Editora Lumen Juris, 2006, pp.306);

Celso Antônio Bandeira de Mello, “é o instituto através do qual o Estado atribui o exercício de um serviço público a alguém que aceite prestá-lo em nome próprio, por sua conta e risco, nas condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Poder Público, mas sob garantia contratual de um equilíbrio econômico-financeiro, remunerando-se pela própria exploração do serviço, em geral e basicamente mediante tarifas cobradas diretamente dos usuários do serviço”;

Marçal Justen Filho define concessão de serviço público como: “[...] um contrato plurilateral de natureza organizacional e associativa, por meio do qual a prestação de um serviço público é temporariamente delegada

recursos privados com o objetivo de promover o desenvolvimento da malha ferroviária brasileira⁶.

No início do século XX, por volta da década de 20, o Estado inicia um processo de descentralização, com a criação de autarquias, que avançou após a Revolução de 30, deixando de atuar apenas na esfera administrativa e ingressando em atividades de natureza industrial e comercial (GROTTI, 2007). Vale ressaltar que neste período a concessão ganhou espaço no campo dos agentes privados⁷, “*como fator inicial de desenvolvimento de atividades de caráter, sobretudo industrial, e de penetração do desenvolvimento econômico*”.⁸

pelo Estado a um sujeito privado que assume seu desempenho diretamente em face dos usuários, mas sob controle estatal e da sociedade civil, mediante remuneração extraída do empreendimento, ainda que custeada parcialmente por recursos públicos.”;

Maria Sylvia Zanella Di Pietro: Contrato administrativo pelo qual a administração pública delega a outrem a execução de um serviço público, para que o execute em seu próprio nome, por sua conta e risco, mediante tarifa paga pelo usuário ou outra forma de remuneração decorrente da exploração do serviço.

Arnoldo Wald: A concessão é o contrato através do qual o Poder Público delega, a uma pessoa jurídica ou a um consórcio de empresas, o direito de explorar, em seu nome e por conta própria, determinada atividade econômica, de interesse ou utilidade pública, durante certo período de tempo, mediante a assunção de certos encargos e obrigações.

⁶ A propósito da história das concessões no Brasil, Bruce Baner Johnson, Flávio Azevedo Marques de Saes, Hélio Janny Teixeira, James Terence Coulter Wright, após referência à Lei Geral n. 641, de 26-06-1852, que autorizava concessões no setor de ferrovias, observam que o amplo desenvolvimento de ferrovias acabou sendo frustrado e concluem “que a estatização das ferrovias brasileiras foi fruto das condições econômicas de sua exploração: progressivamente inviabilizadas como empresas lucrativas, ao Governo (Federal ou Estadual) só restava a alternativa de estatizá-las a fim de manter em funcionamento serviço essencial a populações de várias localidades” (Serviços públicos no Brasil: mudanças e perspectivas: concessão, regulamentação, privatização e melhoria da gestão pública. São Paulo: Edgard Blücher, 1996, p. 58). O Estado não logrou assegurar às pessoas privadas a manutenção de condições essenciais, o que conduziu ao desinteresse dos particulares em aplicar recursos em empreendimentos destinados ao fracasso. Além disso, verificou-se movimento generalizado no sentido de nacionalizações, produzindo a chamada encampação dos serviços concedidos.

⁷ Neste sentido Dinorá Grotti dispõe que a Administração se coloca dentro do quadro do Estado liberal clássico, quando há uma mobilização da economia capitalista para o desenvolvimento de obras públicas, que surgem, por exemplo, na França, preliminarmente como um contrato de obras públicas em que o empresário, a par do encargo da realização da obra, recebe a autorização de explorá-la por algum período, de modo a se ressarcir do investimento feito. A concessão de serviços públicos teve assim, de início, um caráter nitidamente contratual, primeiro como contratos de direito privado, mais tarde como contratos de direito público.

⁸ Neste sentido Caio Tácito afirma que “a criação e expansão da rede de estradas de ferro, de portos, de energia elétrica, de serviços de transporte coletivo se realizaram satisfatoriamente mediante a concessão destes serviços. Nossa história econômica está pontilhada de nomes ilustres que se ocuparam destas atividades, mobilizando recursos em empreendimentos desta natureza. Mauá, no setor das ferrovias, foi um criador e coordenador de empresas concessionárias de serviços públicos. Um homem como Teófilo Ottoni sonhou abrir um caminho marítimo para Minas Gerais, através do Vale do Mucuri, no Espírito Santo, numa realização que não teve êxito e que fora planejada através do esquema de uma empresa concessionária. O grande desenvolvimento da região Sul, especialmente de São Paulo, foi em grande parte possibilitado pela existência de suficiente potencial elétrico fornecido por empresa concessionária”(Reformas do estatuto de concessões de serviços Públicos. In: Temas de Direito Público. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, v. 1, p. 754-755).

No período após a segunda guerra mundial, surgem as figuras de pessoas jurídicas de direito privado, sociedades de economia mista e empresas públicas⁹, que nascem com o objetivo de substituir o regime de concessão anterior, após seu declínio¹⁰.

Estas novas figuras societárias, buscavam garantir maior flexibilidade e eficiência a administração pública, trazendo para o Estado, regime jurídico mais próximo ao adotado pelas empresas privadas (GROTTI, 2007).

Tais mudanças se iniciaram em serviços essenciais, tais como transporte ferroviário, energia elétrica e telecomunicações, o Estado se torna, quase que em regime de exclusividade, prestador exclusivo na segunda metade do século XX (CRETELLA, 1972).

Posteriormente, seguindo os modelos das principais economias capitalistas do mundo, ainda que, com certo atraso (SILVA, 2002), voltou-se a utilizar a concessão como forma de delegar os serviços públicos, mas não mais aos particulares e sim, as empresas estatais sob o controle do estado. Sob a perspectiva gerencial, este modelo garantiria ao Estado, controle sobre o concessionário, porém, visto ser o estado o acionista majoritário, este passa a assumir os riscos do empreendimento, colocando em cheque a principal vantagem da concessão, que é a prestação de serviços públicos sem grande nível de investimentos por parte do estado (DI PIETRO, 2011).

Nos anos 1990 ocorreu a reforma do Estado¹¹, passando o estado a ser um agente regulador das relações empresariais, deixando de ser um grande agente econômico atuante.

⁹ Neste sentido Maria Sylvania Zanella Di Pietro: “Como diz Rivero (1981:417), “a autoridade pública foi levada a aumentar os seus poderes sobre o concessionário, a fim de obrigar a reger-se pelos imperativos de interesse geral. A contrapartida necessária destas intervenções que comportavam o risco de pôr em cheque as previsões financeiras do concessionário e de comprometer, pela sua ruína, a continuidade do serviço, foi a outorga ao concessionário de uma ajuda financeira cada vez maior. O casamento da autoridade pública com o empresário privado passou de um regime de separação de bens para um regime de comunhão. Por isso o processo de concessão perdia, aos olhos do poder público, muito do seu interesse e, aos olhos dos empresários capitalistas, muito da sua sedução”. Daí o surgimento das sociedades de economia mista e empresas públicas, como novas formas de descentralização dos serviços públicos.

¹⁰ (a) PINTO Bilac. O declínio das sociedades de economia mista e o advento das modernas empresas pública. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, n. 32, p. 1-15, abr./jun. 1953, p. 3.

(b) Neste sentido Maria Sylvania Zanella Di Pietro cita os ensinamentos de Bilac Pinto no sentido de que “A grande vantagem do regime de concessão para o Estado liberal”, diz Bilac Pinto (RDA 32:3), “era a de que, por meio dela, o Estado prestava um serviço público essencial sem que tivesse necessidade de inverter recursos do Tesouro e, sobretudo, sem correr os riscos econômicos de toda exploração industrial. Estas características originárias da concessão de serviço público forma, entretanto, sensivelmente alteradas, de começo pelas cláusulas de “garantias de juros” e mais tarde pela aplicação da teoria da imprevisão. Em razão destas modificações estruturais do contrato de concessão, entre o concedente e o concessionário, como que surgiu uma associação financeira lesiva ao Poder Público que, privado dos benefícios eventuais, estava, entretanto, obrigado a participar das perdas da exploração do serviço público concedido. Quando a evolução do instituto chegou a este ponto, o seu declínio se tornou inevitável”.

¹¹ A partir de 1990, o Estado Brasileiro se vê diante da realidade do competitivismo internacional, evidenciado pela rápida abertura aos capitais e comércio internacionais, associada à privatização das empresas estatais e à redução do peso do Estado na economia. Começa a se redefinir o papel do Estado, que de um modelo paternalista, empresarial e burocrático deve, urgentemente, assumir o papel de gestor.

Essa mudança provocou alterações na forma de prestação dos serviços públicos, passando o Estado a utilizar o mecanismo da concessão, como meio de delegar a prestação dos serviços para empresas privadas¹².

3. OUTORGAS PRECÁRIAS

3.1 Origem do problema

Com o advento da Constituição Federal de 1988¹³, se positivou o dever do Estado¹⁴ em contratar sempre através de licitação¹⁵. Vale lembrar aqui, passagem transcrita de voto da então Ministra do STJ Eliana Calmon:

“O problema surgiu ao advento da CF/88, visto não ter deixado escapatória ao legislador ordinário, que, a partir do disposto no art. 175, teve de adequar as normas de licitação a uma nova política de transparência e não favoritismo, onde a licitação passou a ser indispensável em qualquer circunstância.

¹² Maria Sylvia Zanella Di Pietro. “Com o movimento da privatização, volta o Poder Público a utilizar-se da concessão se serviços públicos como forma de delegação de serviços públicos a empresas privadas, sem abandonar a possibilidade de concessão a empresas estatais. Isto ocorre por diferentes maneiras: (a) pela transferência do controle acionário de empresas estatais ao setor privado (privatização ou desestatização de empresas estatais), com o que muda a natureza da concessionária: esta deixa de ser uma empresa estatal e passa a ser uma empresa privada; (b) pelo retorno ao instituto de concorrência aberta a todos os possíveis interessados em celebrar o contrato com o Poder Público, disciplinado pela Lei nº 8.987, 13-2-95”. *Direito administrativo*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 297.

¹³ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).

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. (Regulamento)

Art. 175. 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.

¹⁴ ¹⁴ Art. 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se:

I - poder concedente: a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Município, em cuja competência se encontre o serviço público, precedido ou não da execução de obra pública, objeto de concessão ou permissão; II - concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado; III - concessão de serviço público precedida da execução de obra pública: a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegada pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para a sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado; IV - permissão de serviço público: a delegação, a título precário, mediante licitação, da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco.

¹⁵ Exceções: artigos 17, 24 e 25 da Lei 8.666/93.

Diante da exigência constitucional da licitação, estabeleceram-se duas correntes doutrinárias.

A primeira entende que os contratos posteriores à CF/88 não foram alterados na essência e por isso mesmo remontariam à época do início, com a renovação automática em razão da extinção, dentro de novas condições.

Pela segunda corrente, impõe-se a licitação para todas as hipóteses, sem possibilidade de alteração de nenhuma das cláusulas, sem que se faça o certame.

A supremacia do segundo entendimento salta aos olhos. Afinal, não se pode aceitar, contra texto expresso da lei maior, prevalência de situação fática em nome do direito adquirido, mesmo em se tratando de permissão a termo, ou condicional.

Afinal, “rasga” a Constituição a ordem jurídica por inteiro, visto que devem as normas infraconstitucionais amoldarem-se dentro de um novo modelo jurídico, sem espaço sequer para o direito adquirido se ainda não estiver sido incorporado os resultados.

(...)

Entretanto o certo é que hoje a terminologia não importa. Seja permissão, seja concessão, presente estaria a necessidade de manter o contrato em termos econômico-financeiros viáveis, mas, para tanto, se apresenta como indispensável a licitação, como tem entendido o STF.¹⁶

No tocante ao tema de que trata este artigo, apesar da exigência constitucional, a contratação de serviços públicos por meio de concessão, do qual trata o artigo 175, CF/88, só veio a ser regulamentada pela Lei 8.987/1995¹⁷.

Acontece que no setor de transporte público de passageiros, existiam muitas prestadoras deste serviço, outorgados pelo Estado, que por terem iniciado a prestação antes¹⁸ das regulamentações trazidas pela Constituição Federal e pela legislação pertinente, se encontravam em um regime jurídico anticonstitucional, visto que não participaram em momento algum de certame licitatório.

Buscando uma solução, a Lei Geral de Concessões¹⁹, em suas disposições transitórias, especificamente no artigo 42²⁰, estabeleceu regras para adequação desta situação

¹⁶ Resp. Nº 410.367-MG. STJ, 2ª turma, Rel. Min. Eliana Calmon. 15.10.2002.

¹⁷ Art. 1º As concessões de serviços públicos e de obras públicas e as permissões de serviços públicos reger-se-ão pelos termos do art. 175 da Constituição Federal, por esta Lei, pelas normas legais pertinentes e pelas cláusulas dos indispensáveis contratos.

¹⁸ Algumas empresas datam de meados de 1950.

¹⁹ Lei 8987/95.

²⁰ 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 de outorga, observando o disposto no art. 43 desta Lei.

§ 1º Vencido o prazo da concessão, o poder concedente procederá a sua licitação, nos termos da 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 validadas pelo prazo necessário à

irregular que diversas empresas se encontravam, o qual foi alvo de críticas (JUSTEN FILHO, 1997), sendo posteriormente alterado pela Lei 11.445/2007²¹, a qual é duramente criticada e possui Ação direta de Inconstitucionalidade pendente de julgamento²².

Mesmo após a promulgação da Lei Geral e posteriores alterações, a situação não foi resolvida e poucos os casos onde os dispositivos transitórios conseguiram regularizar as situações precárias.

Sendo assim, esta situação evidentemente inconstitucional, surge de uma transição realizada de forma ineficiente, onde não se conseguiu regulamentar de forma satisfatória, os prestadores de serviços públicos, criando situação complexa e de difícil solução.

realização dos levantamentos 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.

²¹ 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 de outorga, observado o disposto no art. 43 desta Lei. (Vide Lei nº 9.074, de 1995)

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

§ 1º Vencido o prazo mencionado no contrato ou ato de outorga, o serviço poderá ser prestado por órgão ou entidade do poder concedente, ou delegado a terceiros, mediante novo contrato.

§ 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 levantamentos 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.

§ 3º As concessões a que se refere o § 2º deste artigo, inclusive as que não possuam instrumento que as formalize ou que possuam cláusula que preveja prorrogação, terão validade máxima até o dia 31 de dezembro de 2010, desde que, até o dia 30 de junho de 2009, tenham sido cumpridas, cumulativamente, as seguintes condições:

I - levantamento mais amplo e retroativo possível dos elementos físicos constituintes da infraestrutura de bens reversíveis e dos dados financeiros, contábeis e comerciais relativos à prestação dos serviços, em dimensão necessária e suficiente para a realização do cálculo de eventual indenização relativa aos investimentos ainda não amortizados pelas receitas emergentes da concessão, observadas as disposições legais e contratuais que regulavam a prestação do serviço ou a ela aplicáveis nos 20 (vinte) anos anteriores ao da publicação desta Lei;

II - celebração de acordo entre o poder concedente e o concessionário sobre os critérios e a forma de indenização de eventuais créditos remanescentes de investimentos ainda não amortizados ou depreciados, apurados a partir dos levantamentos referidos no inciso I deste parágrafo e auditados por instituição especializada escolhida de comum acordo pelas partes;

III - publicação na imprensa oficial de ato formal de autoridade do poder concedente, autorizando a prestação precária dos serviços por prazo de até 6 (seis) meses, renovável até 31 de dezembro de 2008, mediante comprovação do cumprimento do disposto nos incisos I e II deste parágrafo.

§ 4º Não ocorrendo o acordo previsto no inciso II do § 3º deste artigo, o cálculo da indenização de investimentos será feito com base nos critérios previstos no instrumento de concessão antes celebrado ou, na omissão deste, por avaliação de seu valor econômico ou reavaliação patrimonial, depreciação e amortização de ativos imobilizados definidos pelas legislações fiscal e das sociedades por ações, efetuada por empresa de auditoria independente escolhida de comum acordo pelas partes.

§ 5º No caso do § 4º deste artigo, o pagamento de eventual indenização será realizado, mediante garantia real, por meio de 4 (quatro) parcelas anuais, iguais e sucessivas, da parte ainda não amortizada de investimentos e de outras indenizações relacionadas à prestação dos serviços, realizados com capital próprio do concessionário ou de seu controlador, ou originários de operações de financiamento, ou obtidos mediante emissão de ações, debêntures e outros títulos mobiliários, com a primeira parcela paga até o último dia útil do exercício financeiro em que ocorrer a reversão

§ 6º Ocorrendo acordo, poderá a indenização de que trata o § 5º deste artigo ser paga mediante receitas de novo contrato que venha a disciplinar a prestação do serviço.

²² Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4058.

3.2 Regime Jurídico

Inicialmente, vale ressaltar que, apesar da situação acima apresentada padecer de irregularidades, não se pode deixar de observar, que as empresas prestadoras de serviço público não o prestam de forma clandestina, e sim por uma chancela do Estado que lhe outorgou tais direitos.

Como já dito, o fato da situação existir é meramente uma ineficiência do Estado em regular o setor, de acordo com suas regras no período de transição de regime constitucional.

Desta forma, estas empresas não são operadoras de fato e sim operadoras em virtude de direito outorgado pelo Estado, o qual vem sendo reconhecido por este ao longo do tempo. Diferente não poderia ser, visto que estes prestadores se submetem de forma integral a regulação exercida pelos órgãos e entidades competentes (SUNDFELD, 2013).

Sendo assim, não há que se discutir sobre a legalidade de formação deste vínculo, mas sim, afirmar que estas se encontram ativas e não foram extintas pelo Estado, apesar das normas que o obriguem a tomar tal providência. Porém, esta atitude por parte do Estado, garante que os serviços públicos sejam efetivamente prestados de acordo com a regulação vigente (SUNDFELD, 2013).

Segue o exímio professor em seu raciocínio, definindo o enquadramento jurídico das outorgas precárias de transporte coletivo de passageiros intermunicipal em permissão de serviço público, em regime equivalente ao da concessão, no que couber (SUNDFELD, 2013), porém, apesar de nos parecer acertada a classificação apresentada pelo professor Carlos Ari Sundfeld, não há consenso na doutrina em relação ao regime jurídico das outorgas precárias.²³

4. SETOR DE TRANSPORTE COLETIVO DE PASSAGEIROS E SUA REALIDADE.

O setor de transporte coletivo de passageiros possui problema crônico no que tange a relação entre os prestadores do serviço e os entes públicos que controlam a exploração.

²³ JUSTEN FILHO, op. cit., p. 371: Estaria a Lei referindo-se a permissões? A resposta tem de ser negativa. Não é possível supor que permissão seja uma “concessão precária”, sob pena de eliminar-se aquela figura como instituto jurídico autônomo. Depois, o legislador demonstrou perfeito conhecimento dos dois vocábulos. Quando pretendeu referir-se a permissão, valeu-se do vocábulo. Mas não seria possível entender às permissões a regra do § 2º através da invocação do art. 40? A resposta tem de ser negativa, tendo em vista a excepcionalidade da disposição. Trata-se de regra de direito transitório que apresenta cunho de anormalidade em face do sistema. Portanto, não comporta interpretação extensiva.

Isso se dá pelo fato de a grande maioria das outorgas se encontram vencidas²⁴, em caráter precário, vínculos contratuais firmados sem certame licitatório, em outros casos a prestação se dá através de contratos vencidos, e ainda, de forma ainda mais grave, a prestação é realizada sem suporte contratual, razões estas que criam situação de instabilidade no setor, provocando insegurança jurídica, dada a precariedade das permissões²⁵.

Apesar das tentativas de regularização, especialmente a Lei 8.987/95, a situação permanece inerte no setor de transporte público coletivo e as apostas feitas especialmente pelos órgãos de controle, tais como o Ministério Público e Tribunal de Contas em utilizar o método licitatório para adequar o setor as regras vigentes, não vem surtindo efeito.

5. DISCUSSÃO JURÍDICA SOBRE A LEGISLAÇÃO APLICÁVEL.

Dentre a discussão jurídica a respeito deste tema, é possível ambientar em dois artigos específicos, sendo eles o art. 27 e 42 da Lei 8.987/95 e a obrigatoriedade de aplicação deste último pelos estados e municípios.

Iniciando pela obrigatoriedade de aplicação do art. 42 da Lei 8.987/95 fora do âmbito da união, alguns autores firmam posição de que não seria possível a sua aplicação, pois a Constituição Federal²⁶ pode estabelecer apenas normas gerais de concessão, mesmo que tal conceito seja de difícil definição.

O professor Marçal Justen Filho, apesar de considerar tormentosa a conceituação do conceito de normas gerais, entende não ser possível aplicar o dispositivo fora do âmbito da União²⁷. Os ilustres professores, Carlos Ari Sunfeld e Jachinto Arruda Câmara, seguem a

²⁴ Afirmação feita pelo autor Floriano de Azevedo Marques Neto, em apresentação no seminário Nacional NTU, Mobilidade nas Cidades Brasileiras. Brasília. 2008.

²⁵ Neste sentido: SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Transição da exploração precária para o regime de concessões: o caso do transporte coletivo de passageiros.

²⁶ Art. 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 art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III;

²⁷ Neste sentido, Marçal Justen Filho: Ainda que se pudesse reputar constitucional o dispositivo, não seria aplicável fora da órbita da União. O dispositivo nunca se caracterizaria como norma geral, de observância obrigatória pelos demais entes federados. É que todas as dificuldades acerca do conceito de norma geral não impedem o reconhecimento de um limite intransponível consistente no princípio da federação. (...) Ora, o princípio da federação assegura o poder da entidade federativa organizar seus próprios serviços, inclusive determinando a outorga de concessões. Tem o poder insuprimível de delimitar as condições atinentes à prestação do serviço. Uma vez verificados eventos irregulares, cabe-lhe adotar as providências necessárias ao restabelecimento da normalidade. A União não dispõe de poderes para estabelecer prazos mínimos para concessões de serviços públicos dos outros entes federativos. Nem lhe é facultado estabelecer proibições para retomada de serviços ou introduzir de regras supervenientes para disciplinar concessões vigentes no âmbito dos entes federados.

mesma linha de pensamento²⁸, porém ressaltam que inexistente proibição de aplicação do dispositivo se assim desejar o ente competente²⁹.

A própria Procuradoria Geral do Estado de São Paulo se atem a este entendimento quando os prestadores de serviços precários buscam a aplicação do dispositivo, para que sejam indenizados pelos seus investimentos³⁰.

Agora, mesmo que fosse vinculante a aplicação do disposto no art. 42, da Lei 8987/95, a maior parte da doutrina, se posiciona pela sua inconstitucionalidade, pelo fato de prorrogações de concessões ou permissões afrontarem a Constituição Federal e o dever de licitar.

Vale ressaltar, que o art. 58 da 11.445/2007, que modificou o art. 42 da Lei 8.987/95 aguarda julgamento de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

Quando se trata de prorrogações de outorgas precárias sem licitações, é possível observar junto ao STF um posicionamento definido, visto os julgados anteriores, que de forma unânime determinam a inconstitucionalidade das prorrogações e a realização imediata de licitação nos casos concretos³¹.

Se um ente federado outorgou uma concessão precária antes da Lei 8.987, essa situação até poderia ser reprovada em face da Constituição. Daí porque seria impensável que o próprio Estado transformasse essa concessão em algo estável. Nenhuma lei estadual poderia atribuir ao concessionário precária direito a permanecer como tal durante um certo prazo determinado. Se nem o Estado poderia adotar regra dessa ordem, muito menos cabível seria a União arrogar-se tanto. O ente federativo é o único senhor do poder de estabelecer prazos para manutenção de concessões irregulares.

Aplicar o § 2º no âmbito de Estados, Distrito Federal e Municípios significa, portanto, modalidade de intervenção pela União nos entes federativos. Essa intervenção é indevida porque incompatível com a autonomia inerente à federação e não prevista no art. 34 da Constituição Federal. *Concessões de Serviços Públicos*, Dialética, 1997, pg. 371.

²⁸ Neste sentido: O art. 42 da Lei 8987/95 (com a redação que lhe foi dada pela Lei 11445/2007) é uma norma de caráter específico, que visa a disciplinar questões próprias à gestão das políticas governamentais sobre os serviços públicos. As decisões contidas na nova redação dada ao art. 42 envolvem a disciplina de situações de fato constituídas a partir da exploração de cada serviço e não o regime das contratações. Dizem respeito ao modelo de gestão dos serviços, que precisa se adequar às normas constitucionais. A disciplina de tais matérias não está inserida entre as competências legislativas privativas da União, que se resumem à edição de normas gerais envolvendo licitação e contratação. Portanto, as previsões fixadas pelo art. 42 da Lei 8987/95, com a redação que lhe foi dada pela Lei 11445/2007, são aplicáveis apenas aos serviços de titularidade da União, não atingindo aqueles atribuídos a Estados e Municípios.

²⁹ Neste sentido: Apesar de os novos dispositivos inseridos no art. 42 da Lei 8987/95 serem vinculantes apenas para os serviços de titularidade federal, nada obsta que suas soluções sejam aplicadas espontaneamente por outros entes federativos que se encontram em situação semelhante.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jachinto Arruda. *TRANSIÇÃO DA EXPLORAÇÃO PRECÁRIA PARA O REGIME DE CONCESSÕES: O CASO DO TRANSPORTE COLETIVO DE PASSAGEIROS*, pg. 27.

³⁰ Procuradoria Geral do Estado de São Paulo. Processo ARTESP nº 131809/2008, parecer nº 107/2009.

³¹ **Ação Direta de Inconstitucionalidade**. artigos 42 e 43 da lei complementar n. 94/02, do estado do paraná, delegação da prestação de serviços públicos. **concessão de serviço público**. regulação e fiscalização por agência de “serviços públicos delegados de infra-estrutura”. **manutenção de “outorgas vencidas e/ou com caráter precário” ou que estiverem em vigor por prazo indeterminado. violação do disposto nos artigos 37, inciso xxi: e 175, caput e parágrafo único, incisos i e iv, da constituição do brasil.**

1. O artigo 42 da lei complementar estadual afirma a continuidade das delegações de prestação de serviços públicos praticados ao tempo da instituição da agência, bem assim sua competência para regulá-las e fiscalizá-

Sendo assim, o artigo 42 da Lei 8987/95, além de não ser aplicável aos entes federados, no que trata de prorrogação sem prévia licitação, possivelmente venha a ser declarado inconstitucional pelo STF.

Por último, o artigo 27 da Lei 8987/95, trata do tema de transferência de controle acionário ou da própria concessão pelo prestador do serviço, apesar de estar pendente de julgamento de ADI no STF, a petição inicial trata de forma superficial o assunto, a qual foi ajuizada pelo então Procurador Geral da República, Claudio Fonteles.

Neste mesmo processo, o Congresso Nacional, ao prestar informações, traz em sua petição a seguinte lição de Marçal Justen Filho:

“Não se afirma, com isso, a incompatibilidade da transferência da concessão com o princípio do personalismo do contrato de concessão. Não se está a afirmar que sendo a concessão um contrato *‘intuitu personae’* seria possível a substituição do concessionário. O tema foi analisado nos comentários ao art. 1º. Tal como lá afirmado, o personalismo do contrato administrativo não apresenta perfil similar ao característico do Direito Privado. É que o princípio da impessoalidade rege a atividade administrativa. Logo, seria inviável, como regar, admitir uma espécie de preferência insuperável da Administração em favor de um sujeito.

O que importa ao poder concedente é a continuidade e regularidade dos serviços públicos. Ao selecionar um certo sujeito para condição de concessionário, realiza uma investigação preliminar acerca de sua idoneidade. Essa investigação se desdobra sobre questões objetivas, evidenciáveis documentalmente: trata-se da fase de habilitação. Todo aquele que preenche os requisitos de habilitação é suficientemente confiável para ser contratado pela Administração. Logo, é irrelevante à Administração Pública a presença de outros requisitos subjetivos. Também por isso, a transferência da condição de contratado não pode ser objeto de negativas arbitrárias ou irracionais por parte do Estado. A

las. Preservação da continuidade da prestação dos serviços públicos. Hipóteses de não violação de preceitos constitucionais.

2. O artigo 43, acrescentado à LC 94 pela LC 95, autoriza a manutenção, até 2008, de “outorgas vencidas, com caráter precário” ou que estiverem em vigor com prazo indeterminado. Permite, ainda que essa prestação se dê em condições irregulares, a manutenção do vínculo estabelecido entre as empresas que atualmente a ela prestam serviços públicos e a Administração estadual. Aponta como fundamento das prorrogações o § 2º do artigo 42 da Lei federal n. 8987/95. Sucede que a reprodução do texto da lei federal, mesmo que fiel, não afasta a afronta à Constituição do Brasil.

3. O texto do artigo 43 da LC 94 colide com o preceito veiculado pelo artigo 175, caput, da CF/88 --- “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”.

4. Não há respaldo constitucional que justifique a prorrogação desses atos administrativos além do prazo razoável para a realização dos devidos procedimentos licitatórios. Segurança jurídica não pode ser confundida com conservação do ilícito.

5. Ação direta julgada parcialmente procedente para declarar inconstitucional o artigo 43 da LC do Estado do Paraná.”(ADI nº 3521-5/PR, tribunal Pleno, Rel. Min. Eros Grau, j. 28.09.2006.

Administração Pública não pode invocar, como motivo para rejeitar a cessão de um contrato por parte do contratado, o argumento de que prefere um determinado sujeito. O acolhimento ou a rejeição tem de vincular-se à realização do interesse público.

Logo, quando se estabelece a impossibilidade de o contratado transferir livremente sua situação jurídica, **tem-se em vista o princípio da supremacia e da indisponibilidade do interesse público.** É que o desenvolvimento dos serviços públicos seria afetado, de modo inviável, se o concessionário pudesse especular relativamente à própria situação. Se a condição de concessionário pudesse circular juridicamente, sem maior restrição, isso acarretaria inevitável redução da eficiência dos serviços públicos.

(...)

Por tudo isso, a transferência total ou parcial da concessão é admissível. O mesmo se diga no tocante a subconcessões. Porém, essas operações não poderão fazer-se como derivação de exploração especulativa autônoma por parte do concessionário. Deverá evidenciar-se que a transferência é compatível com a satisfação do interesse público, antes de tudo. Não poderá transformar-se a concessão, em si mesma, em um negócio privado. Até poderá admitir-se a transferência onerosa para terceiros, se tal for compatível com o interesse público.”
(JUSTEN FILHO, 1997)

Desta forma, quanto a possibilidade de transferência de outorgas regulares, como já mencionado, a maioria dos doutrinadores concordam com esta prática.

Porém, por não haver precedentes jurisprudências em relação ao tema, quando se trata de outorgas precárias e a escassez de doutrina sobre o assunto, serão observados, para traçar duas correntes distintas sobre o assunto, os pontos ressaltados pela ARTESP e sua Consultoria Jurídica e apostamente a esta, o parecer proferido pelo professor Carlos Ari Sundfeld. Sendo assim, classificamos o primeiro posicionamento em visão jurídica tradicional e o segundo como visão jurídica pragmática.

A primeira corrente, será melhor observada no tópico seguinte, onde tratamos do posicionamento da agência reguladora quanto ao tema, porém antecipando o tópico, se verifica que a Consultoria Jurídica a partir de uma aplicação formal da legislação, é contrária a transferência, não por discordar do artigo 27 da Lei 8.987/95, mas sim por inaplicabilidade deste junto a outorgas precárias.

Já a visão pragmática, defende que apesar das irregularidades, tais prestadores são detentores de direitos e mesmo que precárias, não existem motivos para não autorizar sua

transferência³², pois tais necessidades da vida empresarial são recorrentes, e vetar a transferência, por vezes, pode significar o mesmo que interromper o serviço.

No mesmo sentido, quando do trâmite do Projeto Lei 179/90, originador da Lei 8.987/95, as justificativas do então Senador Louremberg Nunes Rocha, para que não fosse suprimido o direito de transferência dos concessionários, parece bastante razoável, vejamos:

(...) esse sistema de transferência do controle acionário pela concedente, para viabilizar uma velada transferência de concessão, poderá, em muitos casos, inviabilizar a continuidade da prestação do serviço público, em casos onde a concessionária não tenha condições de continuar cumprindo o contrato firmado com o poder concedente.

E que, em alguns casos, os problemas da concessionária que a impede de continuar prestando os serviços estão ligados, justamente, às questões societárias de litígios entre seus sócios, o que inviabilizaria uma transferência do controle acionário e, assim, acarretaria a paralisação dos serviços públicos.

Finalmente, a total vedação da transferência de concessão prevista no art. 25, cuja supressão se propõe, poderia ter sua constitucionalidade questionada, com fundamento no art. 176, e § 3º da Constituição Federal, que ao tratar da exploração de recursos minerais e dos potenciais de energia hidráulica, especificamente, referem-se expressamente a que as autorizações e concessões não poderão ser transferidas, total ou parcialmente, sem prévia anuência do poder concedente.

Desta forma, a legislação que se pretende aprovar atenderá muito mais ao interesse público, não incentivará a fraude, garantirá a continuidade dos serviços públicos e estará de acordo com os ditames supremos da Constituição Federal.³³ (grifo nosso).

Definidas as duas posições que nos deparamos, trataremos de observar como se posiciona a ARTESP, especificamente o Conselho Diretor, quando o pedido de anuência para transferência é realizado por prestador de serviço público de transporte coletivo de passageiros em caráter precário.

6. COMO SE POSICIONA A ARTESP

No âmbito da ARTESP, nos interessa olhar, como já mencionado, especificamente para dois departamentos da estrutura organizacional do órgão, a Consultoria Jurídica,

³² Para melhor entendimento do tema, consultar: SUNDFELD, Carlos Ari. Pareceres – Direito Administrativo Econômico. 2º Vol. 1º ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013.

³³ Projeto Lei 179/90. pg. 101/102.

responsável por emitir parecer sobre as questões jurídicas envolvidas e o Conselho Diretor, que por sua vez, após ser informado sobre as condições técnicas e jurídicas, delibera sobre o tema em questão.

No que diz respeito a possibilidade de transferência da concessão ou controle societário, a Consultoria Jurídica não se contrapõe a doutrina majoritária³⁴, isso no caso das outorgas terem sido concedidas através de licitação, conforme segue:

15. Propõe-se, assim, a devolução dos autos à chefia de gabinete da Diretoria Geral, para ciência e providências necessárias à deliberação do Conselho Diretor, recomendando-se a sua aprovação.³⁵ **(grifo nosso).**

Conforme trecho transcrito, no caso de outorgas regulares, firmadas através de licitação, o posicionamento do setor jurídico não impõe restrições legais a transferência.

Porém, quando se trata de outorga precária, a Consultoria Jurídica se posiciona contra a possibilidade da transferência, a ver:

“4. Cuida-se de pedido de anuência prévia com modificação do controle acionário de empresa que opera linha de transporte coletivo intermunicipal de passageiros na modalidade regular.

(...)

5. Mais uma vez, aceito a vista. Contudo, mantenho a ressalva de que não existem hoje, no Estado de São Paulo, permissões válidas para exploração do serviço público de transporte coletivo intermunicipal de passageiros na modalidade regular, em respeito ao disposto no artigo 175, da Constituição Federal e artigo 42, da Lei Federal n. 8.987/95, conforme já alterado inúmeras vezes por essa Consultoria Jurídica e pela própria Procuradoria Administrativa, que exarou o Parecer PA n. 107/2009, devidamente aprovado pelo Procurador Geral do Estado. **(grifo nosso).**

³⁴ A maior parte da doutrina não faz objeções quanto à constitucionalidade do dispositivo que trata deste tema (art. 27, Lei 8987/95). Nesta corrente podemos incluir Marçal Justen Filho, *Concessões de Serviços Públicos*. Dialética, São Paulo, 1997, pp. 283-290; Eurico de Andrade Azevedo e Maria Lúcia Mazzei de Alencar, *Concessão de Serviços Públicos*. Malheiros. São Paulo, 1998, p. 112; Luiz Alberto Blanchet, *Concessões e Permissões de Serviços Públicos*, Juruá. Curitiba, 1995, p. 134; Arnoldo Wald, Luiza Rangel de Moraes e Alexandre de M. Wald, *O Direito de Parceria e a Nova Lei de Concessões*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1996, p. 144. Outra parcela da doutrina, que defende a inconstitucionalidade da transferência da concessão, é apazível sobre a questão de transferência do controle acionário, por vezes concordando com esta. Nesta corrente doutrinária, estão incluídos Maria Sylvania Zanella Di Pietro, *Parcerias na Administração Pública*, 3ª ed., Atlas. São Paulo, 1999, p. 107; Antônio Carlos Cintra do Amaral, *Concessões de Serviço Público*. Malheiros. São Paulo, 1996, p. 25. Por fim, com apenas a ressalva de que se tal transferência acionária for utilizada como instrumento para descaracterizar o resultado da licitação, seria ela ilícita, se posiciona Celso Antônio Bandeira de Mello. *Curso de Direito Administrativo*, 13ª ed. Malheiros, São Paulo, 2001, p. 641. Classificação realizada pelo professor Carlos Ari Sunfeld.

³⁵ Parecer consultoria jurídica ARTESP. Processo: 159.820/2010. Parecer: 484/2011.

(...)

8. Assim, se de fato e de direito existisse contrato de permissão ou concessão, então caberia à Agência Reguladora analisar o preenchimento, pelas pretendentes à aquisição da totalidade das cotas sociais da Viação..., dos requisitos postos no § 1º do artigo 27 acima transcrito.

9. Nessa hipotética suposição de existência válida de delegação de serviço público, seria possível a adequação da execução do contrato(...). **(grifo nosso)**.

(...)

11. Ocorre, entretanto, que toda essa análise jurídica resta prejudicada no caso concreto em que não há contrato, nem delegação válida para a prestação de serviço público por particular.

12. Com efeito, nestes autos, não há como se exigir das adquirentes das cotas sociais da Viação... que cumpram as cláusulas contratuais em vigor, porque não existe contrato. Também não é possível atestar a capacidade técnica, idoneidade financeira e regularidade jurídica e fiscal para assunção do serviço porque não há parâmetro (edital de licitação ou Plano Diretor de Transportes atualizado) (...). **(grifo nosso)**.

(...)

15. Como se vê, o óbice existente no caso concreto é de natureza jurídica e cinge-se à ausência de suporte jurídico válido que respalde a própria delegação do serviço. **(grifo nosso)**.

(...)

21. Por todo o exposto, à vista da ausência de suporte jurídico válido que legitime a relação existente entre a Viação... e ao modificação de controle acionário da empresa que não é, em termos jurídicos, delegatária de serviço público.

(...)

22. Bem por isso, recomendo que não seja dada anuência requerida, para que não seja vista tal decisão administrativa como uma forma de validação de fato de uma situação absolutamente irregular e sem amparo no ordenamento jurídico em vigor. **(grifo nosso).**³⁶

“4. No caso concreto, a imposição constitucional de realização de licitação para a transferência da execução dos serviços públicos aos particulares, prevista nos artigos 37, XXI e 175 da Constituição Federal de 1988, impediria a análise do mérito da alteração societária pretendida.

(...)

6. Lembre-se que qualquer modificação a ser implementada no serviço intermunicipal de transporte regular de passageiros depende da realização de

³⁶ Parecer consultoria jurídica ARTESP. Processo: 011.176/2011. Parecer: 694/2012.

licitação e, conseqüentemente, da estrita observância aos preceitos contidos nas Leis 8.987/95 e 8.666/93.

(...)

11. Em que pese a atual ausência de validade das permissões de serviço de transporte público intermunicipal de passageiros, nos termos do que preceitua o artigo 42, Lei 8987/95, e a posição deste órgão jurídico quanto à necessidade inadiável de realização de licitação para regularizar a situação atual. (grifo nosso).

(...)

14. Em consequência, a Lei n. 8987/95, dispôs expressamente no artigo 43 que “ficam extintas todas as concessões de serviços públicos outorgadas sem licitação na vigência da Constituição de 1988.”³⁷

Com a transcrição dos trechos acima realizada, podemos verificar que a Consultoria Jurídica da ARTESP, se posiciona contra a possibilidade de transferência devido a irregularidade das outorgas, isso se dá, não por entender inconstitucional tal transferência em si, mas sim, por não considerar possível, transferir uma concessão ou o controle acionário de uma permissionária, que não possui vínculo formal para a prestação do serviço público.³⁸

Os fundamentos para tal posicionamento se atêm aos argumentos mais tradicionais sobre o tema, especialmente aqueles apontados na orientação dada pela Procuradoria Geral do Estado em seu parecer 107/2009, aprovado pelo Procurador Geral do Estado.

Vale aqui transcrever alguns trechos:

“20. Em suma, decorre do ordenamento pátrio que a prestação de serviços públicos, quando delegada à iniciativa privada deve, necessariamente, ser antecedida de licitação. Para as concessões outorgadas anteriormente à Lei n. 8.987/1995, sua validade apenas seria preservada até o advento do prazo fixado no contrato ou instrumento de outorga, desde que os serviços tenham sido até a vigência da lei. Se inexistente referido prazo porque as concessões teriam caráter precário, estivessem com prazo vencido ou indeterminado (§3º) deveria ser realizada licitação, iniciando-se os estudos para sua realização e observado o prazo mínimo de 24 (cinte e quatro) meses.

(...)

21. Se o §2º fixou um prazo mínimo para a realização da licitação, o §3º fixou termos final dessa extensão excepcional das outorgas realizadas sem licitação: 31 de dezembro de 2010. A observância desse prazo adicional dependia da adoção até 30 de junho de 2009 dos procedimentos descritos nos incisos I a III, incluindo

³⁷ Parecer consultoria jurídica ARTESP. Processo: 011.708/2011. Parecer: 477/2011.

³⁸ Por vínculo formal, entenda-se licitação.

levantamento dos elementos físicos da infraestrutura dos bens reversíveis e dados financeiros, contábeis e comerciais relativos à prestação dos serviços; à celebração de acordo entre o poder concedente e o concessionário sobre os critérios e a forma de indenização de eventuais créditos remanescentes de investimentos ainda não amortizados ou depreciados; publicação na imprensa oficial de ato formal de autoridade do poder concedente, autorizando a prestação precária dos serviços por prazo de até (seis) meses, renovável até 31 de dezembro de 2009.

(...)

34. Assim, não se concebe como compatibilizar essa lição com a tese contida nos pareceres juntados aos autos, de que as empresas permissionárias teriam direito a sucessivas prorrogações de prazo, na forma do artigo 23 do Decreto estadual 29.913/1989, não são a elas aplicadas a regra do referido artigo 23. Como é crucial, referidas permissões são regidas pela lei da data em que firmadas. Nesse sentido a correta lição do professor Marçal colhida do livro *Concessões de serviços públicos*, p. 270, publicado, no seguinte teor: “O art. 42, em seu *caput*, reiterou o princípio da temporalidade das leis, ao submeter as concessões outorgadas em data anterior a vigência da lei n. 8987 ao regime então vigente. É que a outorga da concessão constitui ao jurídico perfeito, cujos efeitos se prologam pelo tempo, mesmo que uma nova lei venha a ser adotada. Logo, as concessões outorgadas antes da vigência da Lei n. 8.987/95 continuarão a vigorar, até sua extinção, segundo o regime jurídico próprio, ainda que diverso daquele consagrado na lei superveniente. (...) Isso não significa possibilidade de prorrogar as concessões que atingirem seu termo final, a partir da vigência da Lei n. 8.987. A lei nova não atinge, como dito, as concessões existentes, que terão continuidade até o exaurimento do prazo pelo qual foram outorgadas. Mas, atingindo o prazo, essas concessões se extinguirão e outras deverão ser outorgadas, segundo a lei vigente na ocasião. Essa é a única solução cabível, inclusive em face do princípio da moralidade.”³⁹

Apesar do posicionamento aparentemente estar definido por parte da Consultoria Jurídica, é possível verificar no decorrer de suas manifestações, momentos em que flexibiliza sua rigidez, abrindo a possibilidade de transferência, mesmo sendo as permissões precárias:

“5.No entanto, por vislumbrar que a ausência de manifestação nos autos poderia trazer maiores prejuízos ao interesse público e aos próprios usuários do serviço, é recomendável que seja atestado pelas áreas técnicas da agência reguladora, de forma inequívoca, que as permissionárias, após as transformações societárias que se pretende realizar, terão capacidade de operar satisfatoriamente o serviço, conforme indicado nos itens 16 e 17 do parecer retro emitido. **(grifo nosso)**.

³⁹ Parecer Procuradoria Geral do Estado 107/2009. Processo ARTESP: 131809/2008.

(...)

apenas por considerar que a ausência de manifestação desta Consultoria Jurídica nos autos poderá trazer maiores prejuízos ao interesse público, aos administrados e à continuidade da prestação do serviço adequado, passarei a examinar, em termos jurídicos, a matéria⁴⁰ versada.”⁴¹. **(grifo nosso)**.

Concluindo, a Consultoria Jurídica, é contra a transferência das outorgas precárias, mas faz ressalvas sobre o tema quando o analisa.

Visto o posicionamento do departamento jurídico, passamos agora a observar como se manifesta o Conselho Diretor da ARTESP em suas deliberações sobre o respectivo tema:

“DELIBERAÇÃO DO CONSELHO DIRETOR. Visto, relatado e discutido o assunto tratado nos autos do processo Artesp nº 11.708/2011 (protocolo nº 187.904/11), o Conselho Diretor da ARTESP, no uso de suas atribuições legais, diante dos elementos de instrução do feito, que fundamentam a presente, DELIBERA nos seguintes termos: **Anuir** com a **alienação do controle indireto** da L.T.C.L, em decorrência da **alienação do controle societário** da S.P.S para C.P.L, com fulcro no artigo 139 do Decreto nº 29.913/89, combinado com o art. 1º das disposições transitórias da Lei complementar nº 914/2002 e inciso X do art. 4º do Regimento Interno desta Agência Reguladora.

[...]

Tudo conforme a instrução dos autos, especialmente os pronunciamentos da Diretoria de Procedimentos e Logística, da Diretoria de Controle Econômico e Financeiro e da Consultoria Jurídica [...].

Fica, por fim, ratificada toda a instrução processual e determinada a adoção das medidas pertinentes pelas áreas técnicas competentes.”⁴²

A deliberação acima transcrita anuiu para com a transferência de controle societário de empresa, que se encontra em caráter precário. Uma descoberta interessante desta pesquisa foi que as deliberações do Conselho Diretor nos casos irregulares e em casos onde existe contrato firmado através de processo licitatório são muito semelhantes, vejamos:

“DELIBERAÇÃO DO CONSELHO DIRETOR. Visto, relatado e discutido o assunto tratado nos autos do protocolo Artesp nº 161.321/10, o Conselho Diretor da

⁴⁰ Por matéria versada, entenda-se possibilidade de transferência de, pressupondo a validade das outorgas.

⁴¹ Parecer consultoria jurídica ARTESP nº 477/2011. Processo: 011.708/2011.

⁴² Diário Oficial Poder Executivo – Seção I. Estado de São Paulo. 14 de janeiro de 2012. Parecer este emitido em caso específico de outorga precária.

ARTESP, no uso de suas atribuições legais, diante dos elementos de instrução do feito, que fundamentam a presente, DELIBERA nos seguintes termos:

AUTORIZA a alteração do controle acionário indireto da VIARONDON Concessionária de Rodovia S.A., de acordo com a cláusula 18.1.1.1, letra “c” do Edital de Licitação, na qual consiste:

1) Alteração no controle acionário indireto da VIARONDON Concessionária de Rodovia S/A, na qual sua Controladora Holding BRVias VRD S/A que detém a totalidade das suas ações, seria alienado da Comporte Participações S/A para o Fundo de Investimento e Participações Volluto.

Deverá a referida Concessionária, oportunamente, apresentar cópias autenticadas do Estatuto Social alterado da Holding BRVias VRD S/A, revestido das formalidades legais e, registro na JUCESP e na CVM.

Tudo conforme a instrução dos autos, especialmente o pronunciamento da Diretoria de Controle Econômico e Financeiro, resultante nos despachos FD. DCE. 3815/11 (fls.446/449), FD.DCE.3818/11 (fls. 450), da Diretoria de Assuntos Institucionais, resultante no despacho FD.DAI.1807/12 (fls. 463/466) e da Consultoria Jurídica, resultante no parecer CJ/ARTESP nº 521/2012 (fls.468/481).

Fica, por fim, ratificada toda a instrução processual e determinada a adoção das medidas pertinentes pelas áreas técnicas competentes.”⁴³

Visto que em ambas as situações o posicionamento quanto à anuência é o mesmo, buscamos aqui entender os motivos que levam o Conselho a decidir desta forma, posto que, a Consultoria Jurídica, que apesar de suas manifestações não possuem efeitos vinculantes, é o departamento com expertise no assunto, e esta se manifesta de forma contrária ao Conselho.

Cabem aqui algumas perguntas⁴⁴, porque o Conselho Diretor anui com as transferências, no caso de outorgas precárias, mesmo que seu departamento jurídico se manifeste contra? Estariam os atores envolvidos divergindo com relação à aplicação dos dispositivos legais ou pensando nas consequências das decisões? Quais as hipóteses possíveis para tal contrassenso?

Bem, as deliberações do conselho não são acompanhadas dos votos de seus conselheiros, porém, se observados os pareceres da consultoria e as implicações do setor, podemos ao menos, identificar algumas possíveis hipóteses.

⁴³ 490ª Reunião do Conselho Diretor – 17/maio/2012. Processo ARTESP nº 161.321/10. Disponível em: www.artesp.sp.gov.br.

⁴⁴ Para buscarmos hipóteses de respostas, é necessário se fazer uma ressalva quanto a metodologia da pesquisa. Como já dito, trabalhamos aqui com hipóteses de motivações, pois as Deliberações do Conselho Diretor não são acompanhadas pelos votos de seus membros, sendo assim, é impossível extrair do corpo do texto os motivos que os levaram a decidir desta forma. Ressalta-se ainda, que ao requer entrevista com consultor jurídico para entender melhor a motivação por trás dos pareceres, não houve interesse por parte do departamento.

Como já dito, a visão da Consultoria Jurídica é voltada a uma análise legal da discussão, porém, por não ser de responsabilidade desta, a gestão do serviço, se torna mais fácil criticar a falta de regulamentação e requisitar aplicação imediata do dever de licitar, visto que não será ela responsabilizada no caso de eventual paralisação dos serviços de transporte público.

O fato de não ser gestora do serviço, e sim, prestar atividade consultiva, seja o ponto chave da divergência entre a Consultoria Jurídica e Conselho Diretor, pois este tem o dever de manter o serviço público essencial, e no caso concreto opta por manter o serviço a seguir as orientações da consultoria jurídica.

Sem sombra de dúvidas os gestores da ARTESP, tem plena consciência da situação e do dever de licitar, porém, sabem que o processo licitatório é algo complexo e pode trazer consequências terríveis até que se finalize.

A própria Consultoria, em pequenas partes de seus pareceres, já transcritas neste trabalho, alega que mesmo sabendo da irregularidade, para que não haja mais prejuízos ao interesse público e a continuação do serviço, analisará a situação jurídica referente a transferência.

Estes dois motivos, possivelmente são os óbvios que orientam as deliberações favoráveis por parte do Conselho Diretor, visto que se trata de serviço público essencial, porém, trabalhamos com hipóteses que vão além.

Por exemplo, assim como ocorre no caso das outorgas precárias das agências dos correios⁴⁵, existem forças políticas fortes envolvidas e grande pressão para prorrogação destas outorgas até que seja possível adotarem uma solução viável.

Ocorre que, a situação é distinta, pois uma peculiaridade do setor de transporte público, é que muitas das prestadoras, se encontram em situação irregular perante os requisitos para participação em certame licitatório, especialmente no que se refere a regularidade fiscal.

Desta forma, no caso de se optar por uma licitação, grande parte das prestadoras atuais, sequer poderiam participar do certame. Esta situação aumenta ainda mais a pressão política e o chamado *lobby* por parte das prestadoras, que querem seguir com seus “contratos” de forma infinita.

⁴⁵ Sobre o tema: SUNDFELD, Carlos Ari; MESQUITA, Olívia do Amaral. *O paradoxo da licitação: o caso das franquias postais*. Revista Síntese de Direito Administrativo. Nº 78.

7. CONCLUSÃO

Neste tópico, apesar deste trabalho se destinar a um estudo empírico de como delibera o Conselho Diretor da ARTESP quanto inquirido sobre a possibilidade de transferência de concessão ou controle acionário de outorgas precárias, não há como fugir da relação destas outorgas com as normas constitucionais, até porque, se não existisse o problema da precariedade das outorgas, a questão do art. 27 da Lei 8.987/95 seria muito mais simples.

Por isso, nesta fase conclusiva, de início passo pela questão da constitucionalidade das outorgas precárias, e logo em seguida, especificamente às conclusões em torno das deliberações da ARTESP.

As outorgas precárias no setor de transporte coletivo no estado de São Paulo se encontram em situação complicada, pelo fato de serem permissionários de serviço público e terem seu vínculo para com a administração fragilizado por ausência de licitação, mesmo que parte da legislação específica sobre prorrogações destas outorgas, não seja a elas aplicada. Porém, isso não quer dizer que não se faça necessário a realização de licitação para prestação de tais serviços.

Ao analisar as normas, é evidente que a situação é irregular e incompatível com as normas constitucionais, mas não podemos esquecer, que tal problemática, foi criada pelo próprio Estado, visto que cabe a ele regulamentar a prestação do serviço e reestruturar o setor de acordo com as normas vigentes, coisa que não o fez.

Sendo assim, primeiramente, podemos concluir que apesar da precariedade dos vínculos, a que se garantir, os direitos das prestadoras, as quais se submetem integralmente a regulação através da agência responsável.

Agora, observadas as decisões do Conselho Diretor da ARTESP, é possível vislumbrar uma posição muito interesse, pois, apesar de todas as discussões sobre este assunto e a inconstitucionalidade destes permissionários, o conselho, segue deliberando favoravelmente aos permissionários.

Como já levantado, existem alguns motivos que nos parecem implícitos nas decisões do conselho, os quais não foram passíveis de verificação concreta, por ausência dos votos dos conselheiros, o que tornou impossível a descoberta de suas reais motivações, nos forçando a permanecer no campo das hipóteses. Vale aqui uma ressalva, que pode ser apresentado até mesmo como achado desta pesquisa, pois a ARTESP, dificultou as vistas a determinados processos e vários que foram requisitados não se encontravam disponíveis.

Outro fato relevante se deu pela negação absoluta por parte dos envolvidos no processo de anuência, em conceder qualquer espécie de entrevista, sejam membros da Consultoria Jurídica ou do Conselho Diretor, as quais seriam esclarecedoras e contribuiriam para melhor entender os motivos do posicionamento adotado pela agência.

Estas negativas, por si só, demonstram como este tema é delicado para a agência reguladora, mesmo assim, apesar das dificuldades encontradas e limitação de material, nos parece que as possibilidades levantadas, são extremamente compatíveis com as deliberações do Conselho Diretor.

No que se refere à licitação, após este estudo, nos parece, que a aposta em resolver todos os problemas através da licitação é falha e vem se provando ineficiente, visto que se passaram 25 anos desde a obrigação de licitar e o setor de transportes continua sem conseguir se adequar as normas constitucionais.

Nos casos concretos, supondo que a administração está trabalhando de forma honesta e sem corrupção, os preços praticados estão dentro de uma razoabilidade, e no caso de se realizar o certame licitatório, possivelmente, os preços das tarifas não se alterem ou ainda, sejam majorados sem que haja alteração na prestação do serviço, o que não acarretaria vantagem alguma aos usuários e ao próprio poder público.

Feitas as considerações a respeito da constitucionalidade das outorgas e as consequências que o processo licitatório poderia trazer, passamos a analisar as deliberações do órgão.

Como já mencionado, as deliberações do Conselho, não são acompanhadas dos respectivos votos dos conselheiros, apenas com a anuência da transferência já transcritas neste trabalho.

Se atendo aos possíveis motivos, vale ressaltar, que a “continuidade da prestação do serviço” e “interesse público” não aparecem de forma expressa nas deliberações do conselho, porém, constantemente são citados pela Consultoria Jurídica, Doutrina, discussões legislativas e órgãos de controle.

O que nos leva a crer, que o Conselho Diretor, se apega a estes dois conceitos quando anui com transferências de outorgas precárias. Alguns outros fatores podem ser levantados, tais como *lobby* e pressão política, porém, qualquer um desses, não seriam efetivos, se não fossem cumulados aos dois motivos centrais.

Sendo assim, aparenta que o Conselho Diretor, esteja decidindo de uma forma pragmática, buscando soluções caso a caso, pensando em como manter o serviço de forma adequada aos usuários, e se por ventura optasse pela via licitatória, vários os riscos eminentes

seriam levantados, tais como a descontinuidade da prestação, e a possível necessidade de aumento das tarifas, para atrair novos prestadores. Justamente aquilo, que todos rejeitam e na atual fase brasileira, se manifestam nas ruas pela sua redução, o que torna o setor de transporte público cada vez mais pressionado, colocando o gestor em posição ainda mais delicada.

Desta forma, a decisão tomada pelo órgão, apesar de aparentar antijuridicidade, é pensada não de forma legal, mas sim de forma eficiente, pois no mundo fático, se verifica um “*trade-off*”⁴⁶, onde de um lado, existe a obrigação de licitar e adequar o setor a legislação, e de outro, a possível interrupção do serviço durante todo o processo licitatório, a qual, traria consequências práticas que também estariam ferindo a Constituição Federal, sendo necessário colocar na balança o que caracteriza mais o interesse público, seria a obrigação de licitar ou a continuidade da prestação?

Parece que as deliberações da ARTESP, já realizaram esta pesagem, e a balança aponta para a continuidade da prestação ao invés da licitação, pois a ausência de autorização das transferências de outorgas/controlado societário em regime precário, possivelmente provocassem a paralização de parte deste serviço essencial.

Sendo assim, não existe uma solução perfeita para todos, e sim aquela que cumpra com as finalidades do serviço, trazendo o menor prejuízo aos usuários e as permissionárias. Acontece que se não houver flexibilização da legislação, a situação é de difícil resolução, pois dada a inconstitucionalidade destas outorgas, não existe solução jurídica viável, fazendo com que o Conselho Diretor, simplesmente opte por uma solução prática e siga anuindo com as transferências, esperando que em algum momento, a legislação consiga encontrar uma forma eficiente para o problema das outorgas precárias.

Por fim, para que fosse possível atingir o resultado pretendido inicialmente, é necessário abarcar um número maior de processos que envolvam o tema, para se garantir que o posicionamento está efetivamente consolidado, e ainda, visto a ausência de votos dos conselheiros, a entrevista se mostra essencial, ou continuaremos no mundo das hipóteses.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Lei nº 8.987, de 13 de Fevereiro de 1995.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 24º ed. São Paulo: Atlas, 2011.

⁴⁶ Tradução de forma livre: troca.

FALCÃO, Joaquim (Org.) et alii. *Direito Administrativo Contratual*. 1º ed. Rio de Janeiro, Editora FGV, 2011. 1º vol.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. 1º ed. São Paulo: Dialética, 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Concessões de Serviços Públicos (Comentários às Leis nº 8.897 e 9.074 de 1995)*. São Paulo: Dialética, 1997.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 24ª ed., atual. por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 11ª ed., rev., atual. e ampl. de acordo com as Emendas Constitucionais 19 e 20, de 1998. São Paulo: Malheiros, 1999.

MUKAI, Toshio. *Direito Administrativo Sistematizado*. 1º ed. São Paulo, Saraiva, 1999.

SÃO PAULO (Estado). ARTESP. Processos: 158.820/10; 157.843/2010; 202.262/2012; 11.708/11; 164.018/10; 161.321/10; 008.525/09; 202.203/12; 202.520/12; 156.051/10; 157.843/2010; 11.708/11.

SÃO PAULO (Estado). Decreto estadual n.º 29.913, de 12 de maio de 1989.

SILVA, Almiro do Couto. *Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares. Serviço público “à brasileira”?* *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 230, out./dez. 2002.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Pareceres – Direito Administrativo Econômico*. 1º ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013. 2º vol.

SUNDFELD, Carlos Ari; MESQUITA, Olívia do Amaral. *O paradoxo da licitação: o caso das franquias postais*. *Revista Síntese de Direito Administrativo*. Nº 78.

SILVA, Almiro do Couto. *Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares. Serviço público “à brasileira”?* *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 230, p. 50, out./dez. 2002.