



Av. Paulista 2202
1º Andar CJ 11/12/13
São Paulo SP CEP 01310-932
Fone/Fax (11) 2166 2001
www.biazzosimon.com.br

José Ricardo Biazzo Simon
Adalberto Panzenboeck Dellape Baptista
Helena Leticia Ayala
Renata Fiori Puccetti
Cleber Vargas Barbieri
Caroline Montenegro Orfali Gurgel
Carla Regina Silva Bezerra
João Fernando Baldassarri Sgarbi
Nilo Aguillar Effori
Julia Soares Ferreira da Cunha
Caio Felipe Ferriani Coelho
Mariana Del Santi Vespero
Pedro Henrique Vieira Pessoa

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DOUTOR JUIZ DE DIREITO DE UMA DAS VARAS DE FAZENDA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL,

Contábil

VIAÇÃO PIONEIRA LTDA., pessoa jurídica de direito privado inscrita no CNPJ sob o nº 05.830.982/0001-62, com endereço na SGCV Sul Lote 18, Zona Industrial Guará, Guará¹, vêm à presença de Vossa Excelência, por seus advogados regularmente constituídos pelo incluso instrumento de mandato², propor a presente AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER, COM PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA, contra o DISTRITO FEDERAL, pessoa jurídica de direito público interno, representado pelo Procurador-Geral do Distrito Federal, que poderá ser citado no SAIN, projeção A, Edifício-sede da Procuradoria Geral, Brasília (DF), o que faz pelas razões de fato e de direito a seguir aduzidas.

¹ Doc 01 – contrato social consolidado

² Doc 02 - procuração



I. EXPOSIÇÃO DOS FATOS

A autora é uma das atuais operadoras do serviço público de transporte coletivo de passageiros, desempenhando essa atividade sob termo de permissão, desde 1987, conforme se verifica pelo histórico abaixo:

- (i) Em 28 de julho de 1977, o Distrito Federal firmou com a **IRMÃOS MASUNGA LTDA. (VIAÇÃO PIONEIRA)**, autora, e **VIAÇÃO PLANETA**, termo de permissão para operação de 25 linhas nas cidades de Taguatinga, Ceilândia, Brazilândia e Plano Piloto³;
- (ii) Em 06 de julho de 1987, é firmado termo novo de permissão entre o Distrito Federal e as **VIAÇÕES PLANETA E PIONEIRA** (autora) para o lote de 539 ônibus, sob o regime de frota, com expansão para as cidades de Santa Maria e Paranoá⁴;
- (iii) Em 06 de fevereiro de 2006, para ajustes operacionais, parte da frota da Viação Planeta foi transferida para a autora, ficando a primeira com 267 e a segunda com 350 ônibus em operação, conforme anexo Termo de Transferência firmado pelo Distrito Federal e operadoras envolvidas⁵;

Atendendo às exigências do Poder Público e da legislação pertinente, ao longo do período em que vêm prestando o serviço, a autora realizou diversos investimentos visando à atualização e qualidade do serviço, sendo inerente a amortização dos investimentos em longo prazo.

³ Doc 03 - termo de permissão

⁴ Doc 04 - termo de permissão

⁵ Doc 05 - termo de transferência

De relevo registrar que a requerente sempre atendeu às exigências de atualidade, modernização e universalização de oferta do serviço impostas unilateralmente, sabedora de sua submissão ao poder exorbitante do Poder Público.

A Secretaria de Transportes, visando à seleção de futuras concessionárias, deu início a procedimento licitatório, tendo publicado o Edital da Concorrência Pública nº 01/2011-ST⁶, que tem por objeto a realização de licitação para concessão desse mesmo serviço, olvidando-se, todavia, de fazer os levantamentos necessários sobre os elementos físicos constituintes da infraestrutura de bens reversíveis e dos dados financeiros, contábeis e comerciais relativos à prestação dos serviços, para apuração de indenização por investimentos não amortizados, conforme preconiza o art. 42, §3º, da Lei 8.987/95 – Lei Geral de Concessões.

Consequência da omissão do réu em tomar as providências legais que antecedem a extinção da atual delegação é a ilegal deflagração do procedimento licitatório, pois, as providências de que trata o mencionado art. 42 se consubstanciam em condição sine qua non para a realização de nova licitação.

É o que se passa a demonstrar.

II. DO DIREITO (A VIOLAÇÃO AO ARTIGO 42, DA LEI 8.997/95)

II.1. CONSIDERAÇÕES INTRODUTÓRIAS

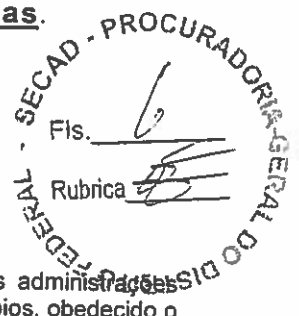
⁶ Doc 06 – edital da Concorrência nº01/2011

A nova ordem constitucional, inaugurada com a promulgação da Carta de 1988, ao dispor sobre delegação da prestação de serviços públicos, condicionou a outorga (mediante concessão ou permissão) a prévia licitação.

No exercício da competência que lhe confere o art. 22, XXVII⁷, da Constituição da República, a União Federal editou a Lei 8.987/95⁸ que institui normas gerais sobre Concessões e Permissões de Serviço Público.

Referido diploma, em sua redação original disciplinou o acolhimento das situações consolidadas e aperfeiçoadas no direito pré-constitucional que mereceram tratamento específico do legislador ordinário, objetivando não apenas a continuidade do serviço, como respeito ao ato jurídico perfeito e aos direitos dos delegatários, estabelecendo procedimentos específicos e interligados para a substituição das antigas concessões e permissões.

Posteriormente, novos dispositivos foram acrescentados à lei, estabelecendo condições para a realização de novas licitações, sem as quais não é lícita a extinção das atuais avenças.



⁷ 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;

⁸ Consta do preâmbulo da Lei 8987/95, que referida lei "dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências". Versam seus dispositivos iniciais:

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.

Parágrafo único. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios promoverão a revisão e as adaptações necessárias de sua legislação às prescrições desta Lei, buscando atender as peculiaridades das diversas modalidades dos seus serviços.

Deflui dos dispositivos supra transcritos que: i) a partir da promulgação da Lei 8987/95, estariam extintas todas as concessões realizadas a partir de 05/10/88, sem licitação; ii) as concessões e permissões firmadas anteriormente à Carta de 88 permaneceriam válidas pelo tempo previsto no ato⁹ de delegação, em respeito ao ato jurídico perfeito; iii) para as concessões e permissões sem prazo definido, com prazo indeterminado ou com prazo vencido permaneceriam válidas pelo prazo necessário ao levantamento e avaliações necessárias à nova licitação para adequar as delegações à nova ordem jurídica, sendo que esse prazo não poderia ser inferior a 24 meses, a contar de 13 de fevereiro de 1995 (data da publicação da Lei 8987/95).

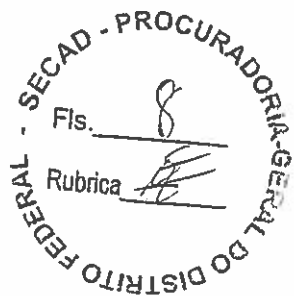
Vale dizer que ao estatuir que permanecerão válidas, a lei conferiu legalidade (validade) excepcional, até que sejam feitos LEVANTAMENTOS e AVALIAÇÕES para as novas licitações visando à concessão/permissão, por no mínimo 24 meses (até 1997, portanto, no mínimo). A regra do §2º era a de vedação temporal absoluta à nova licitação, antes dos aludidos 24 meses.

Em 05 de janeiro de 2007, foi editada a Lei nº 11.445 acrescentando novos parágrafos ao art. 42 da Lei 8987/95, que passou a ter a seguinte redação:

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.

§ 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



⁹ Ato em sentido amplo, compreendendo tanto atos em sentido estrito, com caráter unilateral, como contratos.

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 infra-estrutura 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;

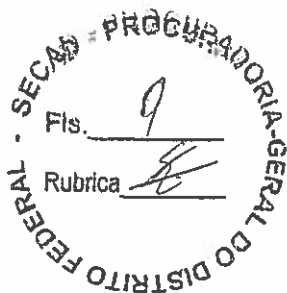
II - celebração de acordo entre o poder concedente e o concessionário sobre os critérios e a forma de indenização de eventuais créditos remanescentes de investimentos ainda não amortizados ou depreciados, apurados a partir dos levantamentos referidos no inciso I deste parágrafo e auditados por instituição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

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 2008¹⁰, 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. (destaques na transcrição)



¹⁰ A lei foi editada com erro de grafia, sendo certo que, onde se lê 2008, deve-se entender 2010, para que o dispositivo se coadune com o prazo do §3º.

Pela nova lei, apesar de mantidas intactas as disposições sobre a validade das delegações sem prazo definido, com prazo indeterminado, **ainda conferiu ultratividade às concessões e permissões sem instrumento formalizador e inaugurou regras mais específicas de transição.**

Dessarte, as novas licitações só poderiam ser deflagradas mediante o atendimento de diversas condições, que se traduzem em providências a cargo do Poder Concedente, ora réu, a saber:

- (i) Até 30 de junho de 2009, tenham levados a efeito os levantamentos necessários à verificação de investimentos feitos pelos atuais prestadores, ainda não amortizados pelas receitas emergentes da concessão (tarifa e demais fontes de receita), visando à devida indenização que deve preceder a extinção da delegação, incluindo a verificação de bens reversíveis, levantamentos esses que devem ser aferidos com dados contábeis dos últimos 20 anos de delegação;
- (ii) Celebração de acordo sobre critérios e formas de como se dará a indenização, com base nos levantamentos aludidos no item anterior, tudo auditado por empresa especializada eleita pelas partes, podendo a indenização ser paga com receitas de novo contrato;
- (iii) Publicação de ato de autorização da prestação do serviço em caráter precário (inerente à autorização) até o cumprimento das providências dos itens anteriores;
- (iv) Caso as partes não cheguem a um acordo, a indenização poderá se dar 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;

Essas condições, na realidade, foram impostas para atender um direito inegável e insuperável e dos prestadores de serviço público e de contratados em geral pelo Estado: o direito ao equilíbrio econômico-

financeiro, constitucionalmente assegurado no art. 37, XXI, da Carta Magna, intangível pelas prerrogativas exorbitantes do Poder Público.

Nos dizeres de Caio Tácito, a garantia do equilíbrio econômico-financeiro se traduz como *"princípio geral de direito que harmoniza a alteração das obrigações em benefício do interesse público com o reconhecimento do direito de justa remuneração do empresário particular, que colabora com a Administração Pública"*¹¹.

Portanto, o prévio levantamento e demais providências estatuídas no transcrito art. 42 materializam, de um lado um dever do Estado e, de outro, um direito subjetivo atrelado a uma garantia constitucional dos fornecedores e prestadores de serviços governamentais.

E não se alegue que o direito ao equilíbrio econômico-financeiro não alcança os permissionários de serviço público, pela unilateralidade e precariedade do instrumento, pois, tal questão, já superada pela doutrina, também aos olhos da jurisprudência adquiriu o adequado tratamento.

Não se identifica o conteúdo do recipiente pelo rótulo, sendo certo que o equilíbrio econômico e o direito à sua recomposição quando for rompido descende da natureza pública da relação jurídica (contratual ou não) estabelecida entre Estado e particular e não especificamente do nome que se deu a tal relação.

judicial:

Sob tal aspecto, destaca-se trecho de recente decisão

¹¹ TÁCITO, Caio. Temas de Direito Público (estudos e pareceres). Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 201.

Ainda que esse vínculo tenha sido denominado formal ou informalmente como permissão e, em muitos casos, não se tenha previsto prazo determinado, ele sempre implicou numa atividade privativa do poder público, prestada universal e continuamente por empresa particular ao público em geral e remunerada primordialmente pela cobrança das tarifas diretamente dos usuários.

Além disso, para a prestação desse serviço, como é público e notório, as empresas particulares incorrem em investimentos de monta e vem desenvolvendo a prestação do serviço há longo tempo, situação que caracteriza verdadeira concessão, porque ausente o elemento da precariedade necessário para a configuração de uma simples permissão¹². (Grifado na transcrição)

Veja-se ademais, que o próprio Distrito Federal, por seus agentes, reconhece tal direito, ainda que em tese, em razão dos investimentos que determinou às permissionárias. Vide, a título de exemplo, o teor do art. 3º, §1º, da Portaria nº 98, de 22 de outubro de 2007¹³, expedida pelo Secretário de Estado de Transportes do Distrito Federal, que dispõe sobre Dispõe sobre a criação e operação do SBA – Sistema de Bilhetagem Automática e dá outras providências:

Art. 3º - As tarifas serão calculadas com base no custo incorrido do transporte de um passageiro dentro do Sistema de Transportes do Distrito Federal, independente das linhas ou serviços utilizados.

Parágrafo primeiro - Considera-se atendido o equilíbrio econômico-financeiro do sistema e conseqüentemente das permissões concedidas, mediante o reajuste ou a revisão dos níveis tarifários existentes na forma da regulamentação do Poder Executivo. - grifamos

Com efeito, quanto ao prazo para ulatimação das providências previstas no at. 42, da Lei 8987/95 e da validade das atuais delegações, a lei estipulou a data de 31 de dezembro de 2010, sendo certo, entretanto, que não se trata de um termo final, mas sim de um prazo considerado razoável, conferido ao Poder Concedente.

¹² Doc 07 - Sentença proferida nos autos do processo nº 21548-05.2010, da 3ª Vara de Fazenda Pública, Falências e Recuperação de Empresas da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba, proferida pelo MM. Juiz de Direito Rodrigo Otávio Rodrigues Gomes do Amaral, datada de 25/11/2011.

¹³ Doc 08

**II.III. DA ILICITUDE DA NOVA LICITAÇÃO (CONCORRÊNCIA Nº 01/2011
– ST) PELA VIOLAÇÃO AO ART. 42 DA LEI 8.987/95**

Como dito anteriormente, nenhuma das providências estabelecidas como condições *sine qua non* à realização de nova licitação foi tomada pelo representado que, simplesmente ignorando os comandos legais, tanto deixou de cumprir com suas obrigações, como violou o direito da representante.

Pede-se vênia para salientar que o assunto que permeia a presente interessa a todos os entes da federação e todos os prestadores, pois, como se sabe, são inúmeras as delegações atuais de prestação de serviço público, sobretudo no âmbito dos transportes, que se enquadram nas situações previstas no art. 42, afigurando-se, tal dispositivo, como norma de aplicação nacional.

No ensejo, é relevante mencionar que, por enfrentar situação similar ao caso em exame, a Federação das Empresas de Transportes de Passageiros do Paraná e Santa Catarina solicitou, ao mais gabaritado jurista do Direito Administrativo Brasileiro, Prof. Dr. Celso Antônio Bandeira de Mello, parecer que esmiuçasse e desvendasse o conteúdo e alcance das disposições legais em comento, cotejando-a com a Constituição e com os princípios incidentes aos serviços públicos.

Trechos desse parecer serão trazidos à baila na presente ação, a título ilustrativo e elucidativo, sendo que a íntegra do documento a instrui como documento¹⁴.

¹⁴ Doc 09 – parecer do Prof. Dr. Celso Antônio Bandeira de Mello

Voltando, por ora, ao tema específico das prorrogações das delegações iniciadas antes da vigência da Constituição, nos termos estabelecidos pelo art. 42, da Lei 8.987/95, com a redação que lhe deu a Lei 11.445/07, confira-se a respeitada opinião de Bandeira de Mello:

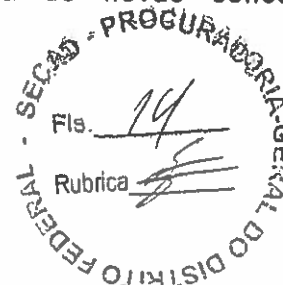
A prorrogação de situações em curso até uma data final com intervalo de tempo razoável (31.12.2010) é indispensável para os levantamentos necessários à apuração de eventuais indenizações e para fixar critérios e forma de efetivá-las, tanto como o é para a adoção das medidas imprescindíveis à organização de novas licitações. Todas estas são providências lógicas e quase que intuitivas.

Insta afirmar que, mesmo extrapolado o prazo estabelecido pela Lei 11.445/07, mantêm-se as atuais delegações até que todas as condições detalhadamente exigidas em lei sejam cumpridas, de modo que qualquer alegação no sentido de que a lei impediria prorrogações para além de 31/12/2010 deve ser refutada, ante a clareza do conteúdo da norma.

Isto porque, como dito, a deflagração de novas licitações não está sujeita a termo, mas sim a condições, sendo vedada, por lei, a instauração do procedimento licitatório sem o atendimento dessas condições legais, passe o tempo que for.

Afina-se a afirmação supra a lição de Bandeira de Mello:

3. Ante a dicção dos preceptivos contidos no art. 42, não pode padecer dúvida alguma que o Estado do Paraná está obrigado ao levantamento previsto nos §§ 3º e 4º, previamente à realização de processo licitatório destinado à outorga de novas concessões, substitutivas das atuais delegações.



A inércia do Poder Público por diversos anos não legitima o atropelamento da lei, não se extinguindo seu dever de proceder aos levantamentos antes de realizar licitação visando a acomodar as futuras novas outorgas à ordem jurídica.

De outro lado, a manutenção da autora como prestadora do serviço – mesmo objeto da licitação –, em caráter precário, não se tornou ilegítima ou ilícita ante a extrapolação dos prazos determinados no multicitado art. 42, seja ante a ultratividade legalmente prevista, seja pela impossibilidade jurídica de se suspender ou interromper a prestação dos serviços dado o caráter de direito público que delineia a prestação de serviços públicos.

Serviço público é essencial por natureza, pois é a essencialidade da prestação que o eleva à condição de serviço público, o que equivale a dizer que não existe serviço público dispensável.

Mesmo quando prestado indiretamente, isto é, quando prestado por particulares, incide o princípio da continuidade absolutamente consagrado e reconhecido pela doutrina, jurisprudência e ordenamento jurídico, de sorte a colocar o delegatário numa situação de especial sujeição face ao interesse público.

Sendo assim, nenhuma ação ou omissão ilícita pode ser atribuída à autora que somente honrou suas obrigações para com o representado e para com a sociedade, representada pelo usuário do serviço público de transporte do Distrito Federal.

**II.IV. DO DIREITO SUBJETIVO DA AUTORA AOS PROCEDIMENTOS DO
ART. 42 FACE À LICITAÇÃO INICIADA PELO DF**

Imperioso salientar que a autora é diretamente interessada na realização de licitação, rogando unicamente que o procedimento seja obediente à lei.

A situação atual das permissões do serviço de transporte no Distrito Federal não é benéfica nem para as atuais prestadoras que vivem sob eterna insegurança, ante a ausência de garantias formalizadas e constantes ameaças de violação a seus direitos, nem para o Poder Público que a cada dia atrasa ainda mais uma providência que já deveria ter sido, de há muito, tomada.

Todavia, se é latente o direito da autora aos levantamentos e demais providências estatuídas no art. 42, tal direito desperta e torna-se subjetivo diante da manifesta intenção do Poder Concedente, ora representado, em prosseguir e ultimar a licitação para futura outorga do serviço de transporte público.

Em outras palavras, se não se pode exigir que os estudos e levantamentos sejam imediatamente providenciados, pois só o devem ser procedidos "quando" o representado "decidir" licitar tais serviços, integra a esfera de direito da autora, diante da publicação do edital da Concorrência nº 01/2011, exigir a tutela específica que o direito lhe confere, qual seja, a de impedir que a licitação se realize sem que se atenda às condições legalmente estabelecidas.

É assim que, diante da instauração do processo licitatório, surge para a autora o direito de requerer seja cumprida a integralidade

SEÇÃO DE PROCURADORIA-GERAL DO DISTRITO FEDERAL
Fls. 16
Rubrica

disposto no art. 42, da Lei 8.987/95, como condição para a realização da citada licitação.

Portanto, a violação do direito da autora está materializada pela deflagração de certame licitatório que tem por objeto a outorga da prestação dos serviços atualmente prestados pela mesma, sem que tenham sido feitos os levantamentos necessários à verificação de investimentos feitos e ainda não amortizados pelas receitas emergentes da concessão visando ao pagamento de indenização, incluindo a verificação de bens reversíveis; celebração de acordo sobre critérios e formas de como se dará a indenização, com base nos levantamentos aludidos no item anterior, tudo auditado por empresa especializada eleita pelas partes ou pagamento de indenização 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; publicação de ato de autorização da prestação do serviço em caráter precário (inerente à autorização) até o cumprimento das providências dos itens anteriores.

Da maior relevância mencionar que a licitação em curso (Concorrência nº 01/2011) é inválida por mais uma razão, isto é, não tem amparo legal não só porque os levantamentos não foram feitos, mas também porque a própria indenização decorrente dos levantamentos poderá ser paga com receitas de novo contrato, inviabilizando não apenas o prosseguimento da licitação, mas tornando insubsistentes seus estudos e bases econômicas, **ante a inexistência de previsão do impacto da providência prevista no art. 42, §5º, da Lei 8.987/95.**

Imperiosa é a menção ao Decreto nº 33.556, de 01º de março de 2012¹⁵ que prevê a extinção das delegações precárias tão logo as futuras concessionárias iniciem a operação decorrente da Concorrência nº01/2011, além de, ao total arrepio da lei, estatuir que não haverá reversão de bens em decorrência do encerramento da prestação do serviço! Veja-se:

Art.1º- A prestação dos serviços de transporte público coletivo pelos atuais operadores do Sistema de Transporte Público Coletivo do Distrito Federal – STPC-DF, amparada em contratos não precedidos de licitação ou que possam prazo indeterminado de vigência, encerrar-se-á no dia imediatamente anterior à data de início da operação das novas concessionárias do serviço, oriundas de prévia licitação na modalidade concorrência publica a ser promovida pela Secretaria de Estados de Transporte do Distrito Federal.

(...)

§2º - até a data do encerramento dos serviços, a ser determinada nos termos do parágrafo anterior, os operadores referidos no caput desse artigo deverão manter a continuidade e a regularidade da prestação dos serviços, operando de acordo com a frota, com o número de viagens e nos horários e itinerários determinados pela entidade gestora do STTC-DF, garantida a remuneração pela tarifa vigente.

§3º -Não haverá reversão de bens em decorrência do encerramento de atividades estabelecido neste artigo.

Referido decreto, além de exorbitar sua natureza regulamentar, extingue o direito da autora e demais operadoras à reversão dos bens ora afetados ao serviço público, de modo a violar, tanto o já citado art. 42, da Lei 8987/95, como também o art. 84, IV, c/c art. 5º, II, da Constituição da República.

Com efeito, o poder de império do Poder Público não sobrepuja o direito dos particulares e a competência reguladora do Concedente é subordinada à lei.

Daí que decreto nenhum poderia dispor sobre reversão de bens, tampouco ignorar as disposições legais referentes aos

¹⁵ Doc 10 – Decreto 33.556/12

levantamentos e demais condições prévias necessárias e inafastáveis à extinção das atuais permissões.

O achatamento do direito das operadoras frente aos desmandos do réu não encontra amparo na ordem jurídica.

Causa espécie, ainda, parecer jurídico datado de 26/03/2012, firmado pela Chefia de Serviço Jurídico da Secretaria de Transportes, no sentido de que deve haver substituição de veículos que compõem a frota atual com renúncia das operadoras à indenização! Vejam-se os seguintes trechos:

Destarte a condição excepcional não obsta a substituição da frota, uma vez que os ônibus antigos, como sói acontece, são suscetíveis a acidentes e, é o fundamento da República, a proteção do direito à vida, que possui supremacia neste debate, posto que ameaçado por acidentes de trânsito, conforme lamentáveis fatos recentes.

Vale dizer, existindo risco de morte – em clara ameaça ao direito à vida e à sanidade – em virtude da antiguidade dos equipamentos em apreço, cumpre ao Estado Gestor adotar as providências e as medidas preventivas, pena de responsabilidade civil por defeito de regulação.

N'outra estrada, a substituição não poderá onerar o erário, razão pela qual a requerente deverá renunciar, formalmente, qualquer pretensão à indenização por bens reversíveis¹⁶.

Vale dizer que o Poder Público, além de suprimir da autora e demais operadoras o direito às providências do art. 42 que incluem eventual indenização e reversão de bens, continua a impor exigências que implicam em desembolso (investimento) sem querer assumir a responsabilidade pelo próprio serviço!

É cediço que a titularidade do serviço é do Poder Público e permanece com o Poder Público mesmo quando se vale da

¹⁶ Doc 11 – parecer elaborado no Processo administrativo 0098-001220/2012, tendo como interessada a Expresso São José

colaboração de terceiros. Os operadores privados detêm, tão somente, a titularidade na execução do serviços.

Portanto, é o Poder Público quem deve arcar com os custos decorrentes de suas determinações e se ora se afigura inviável nova prorrogação das atuais permissões, da indenização não poderia se furtar o titular do serviço.

Insta destacar, novamente, que há muitos investimentos não amortizados (detalhamento em item específico desta peça), bem como uma pluralidade de bens afetados ao serviço que devem ser revertidos ao Poder Público.

A posição adotada pelo réu afronta determinação do E. Tribunal de Contas do Distrito Federal, que já decidiu quanto à reversibilidade dos bens, assinalando que rejeitava as alegações da Secretaria de Transportes no sentido de que as atuais permissionárias poderiam simplesmente vender seus ônibus.

Cite-se, no ensejo, a Decisão 3984/11, de relatoria do Eminentíssimo Conselheiro Manoel Paulo de Andrade, cuja íntegra também instrui a presente ação¹⁷.

Ora, é no mínimo desrespeitoso o Poder Concedente sugerir que a representante venda seus ônibus para minimizar os prejuízos que o próprio Estado lhe causasse, em razão da violação do único direito intangível do parceiro privado contra o regime exorbitante dos contratos administrativos, que é o equilíbrio econômico-financeiro.

¹⁷ Doc 12 - Decisão 3984/11, do TCDF, rel. Cons. Manoel Paulo de Andrade

Por derradeiro, cumpre lembrar que a própria Constituição estabelece o dever de indenizar do Estado por quaisquer prejuízos que causem a terceiros, nos termos do art. 37, §6º, donde se extrai a responsabilidade objetiva do Estado.

III – DOS INVESTIMENTOS REALIZADOS POR DETERMINAÇÃO DO PODER CONCEDENTE

No que tange ao atendimento de normas jurídicas veiculadas em leis e decretos, pode-se aferir que foram feitos os seguintes investimentos:

- 1) Atendimento ao disposto na Lei Distrital nº 4.011/2007¹⁸ que dispõe sobre os serviços de transporte coletivo do Distrito Federal, regulamentada por inúmeros outros atos normativos, como a Portaria 98, de 22/10/1987, expedida pelo Secretário de Transportes do Distrito Federal, assim como atendimento ao Decreto 31.311/2010¹⁹, com a implementação e modernização do sistema de bilhetagem automática, inovação que reclamou vultosos investimentos e adaptações na operação.
- 2) Atendimento ao Decreto nº 30.055, de 12 de fevereiro de 2009²⁰, que estabeleceu prazo máximo para renovação da frota do Sistema de Transporte Público Coletivo do Distrito Federal, determinando prazo de 18 meses para que as operadoras renovassem a frota, retirando de circulação os veículos com idade superior àquela estabelecida em Resolução 176/86:

Art. 1º - Fica estabelecido o prazo máximo de 18 (dezoito) meses para que todas as empresas que operam o Serviço Básico do Transporte Coletivo – SBTC, renovem todos os veículos que apresentem idade superior à estabelecida na Resolução nº 176/86, para operação no Sistema de Transporte Coletivo do Distrito Federal – STPC/DF.

Art. 2º - O não cumprimento do estabelecido neste decreto, por parte de qualquer operadora implicará as penalidades previstas na legislação vigente, além dos atos administrativos aplicados ao caso.

¹⁸ Doc 13 – Lei Distrital 4011/2007

¹⁹ Doc 14 – Decreto 31.311/2010

²⁰ Doc 15 – Decreto 30.055/2009

Além da observância às determinações veiculadas por normas gerais, outras determinações concretas também foram expedidas pelo Poder Concedente, conforme se verifica, p.e., no Ofício nº 909/2005²¹ confeccionado e subscrito pelo Ilmo. Sr. Secretário de Transportes, dos quais se destacam os seguintes trechos:

Lembramos que a renovação da frota não somente é elemento básico da responsabilidade dos operadores que atuam por delegação do Poder Público na exploração dos serviços de transportes, mas também requisito indispensável ao cumprimento do projeto de integração, sem o qual não será possível rever a situação dos transportes urbanos do DF.

(...)

A partir do final de 2005, já se encontrarão qualificadas as entidades capazes de atender o provimento dos dispositivos eletrônicos destinados a coleta automática da tarifa e ao controle da operação, de modo que os veículos existentes e os que serão adquiridos deverão contar, obrigatoriamente, com os mesmos.

(...)

Por outro lado, sem o advento de fatos novos em relação à renovação da frota, mostra-se, a critério da deliberação do CTPC em sua próxima reunião, impossível que continuem a rodar os veículos cuja idade ultrapasse o previsto na Resolução 176/86.

Bem se vê que o réu, no exercício de seu poder de regular o serviço público e de fiscalizar o cumprimento das normas, sempre exigiu das operadoras a estrita observância das determinações de renovação de frota, modernização e automatização do sistema de bilhetagem, criação e implementação do sistema integrado, dentre outros.

Ainda a propósito dos investimentos ocorridos em atenção às determinações do réu, consigne-se que a autora despendeu, mais de R\$ 62.000.000,00 (sessenta e dois milhões de reais) em renovação e aquisição de frota, conforme demonstra a planilha anexa.²²

²¹ Doc 16 – Ofício 909/2005 – GAB/ST

²² Doc 17 – planilha de investimentos

Tratando-se, evidentemente, de bens reversíveis, conforme já tratado e decidido pelo TCDF, a frota, bem como a garagem, medindo 13.160,210 metros quadrados e avaliada²³ em R\$ 12.844.189,00 (doze milhões, oitocentos e quarenta e quatro mil, cento e oitenta e nove centavos) somam vultosíssima quantia em ativos afetados ao serviço público.

Os números acima auxiliam na constatação de que a desconsideração desses investimentos e desses ativos afetados materializa vilipêndio absoluto do direito da autora.

IV. DA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA

A única forma da justa aplicação do Direito é a tempestiva aplicação. Assim é que o legislador, ao tratar da aplicação do Direito pelo Poder Judiciário estabeleceu um sem número de dispositivos que protegem a incolumidade do direito, outorgando aos magistrados o poder geral de cautela.

A legislação processual prestigia o direito ao prever medidas urgentes para sua salvaguarda e estabelece as hipóteses em que têm ensejo. No caso, estão presentes os requisitos estatuídos no art. 273, do Código de Processo Civil, bem como os requisitos para a tutela específica do art. 461, §3º.

É imperiosa a antecipação da tutela ou a concessão da tutela liminar para que se impeça a consumação das ilegalidades ora narradas, tutela essa que será caracterizada pela imposição de uma abstenção ao réu de dar seguimento à Concorrência nº 01/2011-ST, sem que sejam

²³ Doc 18 – laudo de avaliação confeccionado por Calháo Imobiliária (www.calhaoimoveis.com.br).

atendidas às condições estabelecidas para a extinção da atual delegação, com observância do devido processo administrativo (participação efetiva da autora em todos os atos, com ampla defesa e contraditório, além dos atos "conjuntos" previstos no art. 42, da Lei 8.987/95), para que a violação seja de difícil ou impossível reparação.

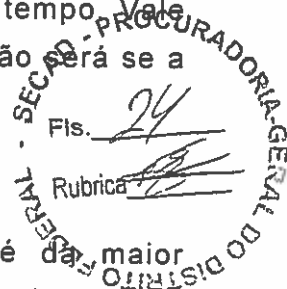
Cumpre elucidar a urgência da providência de suspensão liminar, já que se está na iminência da realização da sessão de entrega de propostas – **a data designada no edital é 14 de setembro de 2012, às 10:00 hs** - e consequente celebração de contratos de concessão desse procedimento que está absoluta e irremediavelmente maculado por diversas ilegalidades, o que **aniquila a eficácia do provimento final da presente ação.**

Ademais, é certo que com o encerramento do certame e com a celebração dos contratos dele decorrentes poderá ter início a operação dos serviços, com a consequente realização dos investimentos por parte das empresas contratadas.

Tal situação implicaria na necessidade de eventual pagamento de indenização às empresas que vierem a ser contratadas, o que implicaria em inegável prejuízo ao erário.

A teoria do fato consumado não pode embasar qualquer não-atuação preventiva e tempestiva, sob pena de se antecipar a inoperância de decisões antes da sedimentação da ilegalidade no tempo. Vale dizer que ainda não há qualquer fato consumado, mas que assim não será se a ação seguir seu curso sem que haja a suspensão da licitação.

A situação experimentada pela autora é da maior vulnerabilidade: está prestes a ver extinta sua relação com o réu sem o



respeito à amortização de seus investimentos e decisão sobre bens reversíveis devidamente compensadas mediante indenização, nos termos da lei.

As alegações da autora estão devidamente corroboradas pelos documentos que instruem a inicial, bem como recostadas em disposições legais, atendendo-se ao requisito de verossimilhança e de prova inequívoca.

Também pelas alegações e documentos é possível vislumbrar o risco de dano irreparável à autora que está prestes a se ver alijada da prestação do serviço público que a mantém em operação há cerca de 35 anos, com um ativo que não terá destinação, caso não seja revertido ao domínio do réu, bem como surrupiada no seu direito de constatação oficial e legítima acerca de indenização por investimentos não amortizados.

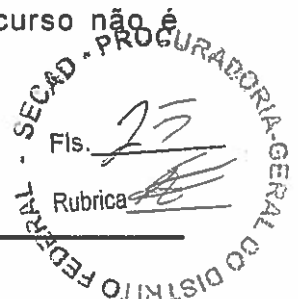
Caso se concretize a ilegalidade pretendida pelo réu, a autora que é empresa séria e sólida estará fadada à falência, pois nenhuma indenização obtida a partir de eventual ação judicial virá em tempo de assegurar a manutenção de suas atividades.

Por fim, a sustação da concorrência em curso não é medida irreversível, de modo a atender, também, tal requisito legal.

IV. PEDIDO

Por todo o exposto, requer seja deferida a antecipação parcial dos efeitos da tutela, para:

- a) determinar à ré que se abstenha de prosseguir com o procedimento licitatório – Concorrência nº 01/2011 – ST ou outro que, porventura, tenha por objeto a delegação do serviço básico do Sistema de Transporte Público Coletivo do



Distrito Federal, enquanto não forem iniciados e ultimados os procedimentos e providências estabelecidos no art. 42, da Lei 8.988/95;

- b) reconhecer o direito da autora à manutenção do ato de delegação da prestação do serviço de transporte público rodoviário do Distrito Federal determinando que a ré abstenha-se de extinguir a atual delegação enquanto não forem realizados os levantamentos e avaliações indispensáveis à organização das licitações que precederão a outorga das concessões que a atual delegação, declarando-se, incidentalmente a ilegalidade e inconstitucionalidade das disposições do Decreto nº33.556/12, sobretudo no que pertine à negativa de reversibilidade de bens;
- c) reconhecer, caso a ré dê início aos levantamentos a que se refere o art. 42, §2º, o direito da autora ao devido processo administrativo, sob pena de nulidade de atos e decisões unilaterais sem oportunidade de ampla defesa e contraditório;

Requer, também, seja julgada procedente a presente ação, para:

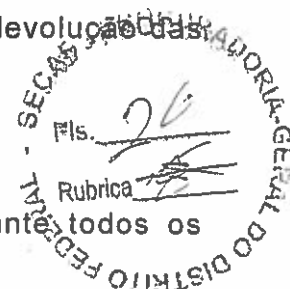
d) Invalidar a Concorrência nº 01/2011-ST, já que iniciada fora dos preceitos legais, bem como eventuais contratos de concessão firmados com fundamento nessa licitação;

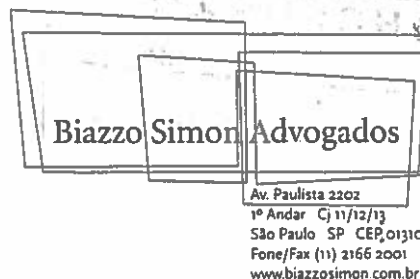
e) Condenar o réu na obrigação de não fazer, determinando que se abstenha de realizar licitação que tenha por objeto a outorga do serviço básico rodoviário do Sistema de Transporte Coletivo do Distrito Federal – STPC/DF, sem antes atender a íntegra do disposto no art. 42, da Lei 8.987/95, reconhecendo-se o direito da autora a prévio processo administrativo que vise aos levantamentos e realização dos demais direitos previstos no mesmo artigo;

f) Condenar o réu na obrigação de fazer consistente em dar início e ultimar todas as providências previstas no art. 42, §§2º e 3º, da Lei 8.987/95, conforme aludido anteriormente, antes de extinguir a atual permissão firmada com a autora, assegurando e reconhecendo o direito da autora ao devido processo legal administrativo, sob pena de nulidade de atos e decisões unilaterais sem oportunidade de ampla defesa e contraditório.

Ao final, requer a condenação do réu à devolução das custas e pagamento de honorários advocatícios.

Protesta-se por provar o alegado mediante todos os meios de prova em direito admitidos.





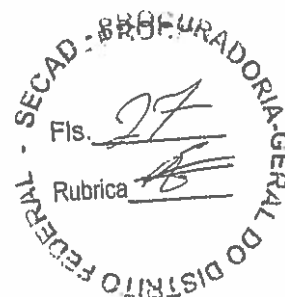
Atribuindo à causa, de valor inestimável, o valor de R\$ 37.500,00, para fins de alçada,

pede deferimento.

Brasília, 04 de setembro de 2012.

JOSÉ RICARDO BIAZZO SIMON
OAB/SP 127.708

RENATA FIORI PUCCETTI
OAB/SP 131.777





PROCURADORIA GERAL DO DISTRITO FEDERAL
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

cop 14

EXCELENTÍSSIMO SENHOR JUIZ DE DIREITO DA 3ª VARA DA FAZENDA
PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL.



REF.: PROCESSO N.º 2012.01.1.139032-4

AUTOR: VIAÇÃO PIONEIRA LTDA.

RÉU: DISTRITO FEDERAL

TRIBUNAL DE JUSTIÇA
DO DISTRITO FEDERAL
16 JAN 10 28 2013 171352
3ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA DO DF

O **DISTRITO FEDERAL**, pessoa jurídica de direito público interno, com domicílio já indicado na peça de ingresso, por intermédio do seu Procurador que a esta subscreve, regularmente constituído por força de lei, respeitosamente, vem à presença de Vossa Excelência apresentar a presente

CONTESTAÇÃO

Em face dos termos que constam na petição vestibular, com fulcro nos artigos 300 e seguintes combinados com o artigo 188, todos do Código de Processo Civil, fazendo-o nos termos dos argumentos fáticos e jurídicos a seguir expostos:



1. DO RESUMO DA DEMANDA

Extrai-se da petição inicial que a empresa autora afirma ser permissionária de parte do serviço de transporte coletivo do Distrito Federal, delegação esta que se deu, segundo ela, por meio de termo de permissão.

Narra que o Distrito Federal, por meio da Secretaria de Transportes, fez publicar o Edital da Concorrência Pública n.º 01/2011 com o objetivo de delegar para novos prestadores a execução do serviço de transporte público coletivo, inclusive envolvendo as linhas que compõem, atualmente, o seu objeto de delegação.

Sem qualquer fundamento jurídico razoável, afirma que a publicação do citado edital seria ilegal e lhe traria sérios prejuízos em decorrência dos investimentos que fizera e que supostamente ainda não foram amortizados.

Pleiteou antecipação dos efeitos da tutela no sentido de determinar ao Distrito Federal a suspensão do procedimento licitatório até que fossem implementadas as supostas condições estabelecidas para a extinção da atual delegação.

Ao final de sua narrativa, pugnou pela confirmação da liminar que eventualmente tivera sido proferida e pela declaração de nulidade do edital ora impugnado.

Ao apreciar o pleito antecipatório, de forma sábia, irretocável e em total consonância com os ditames legais e com quem tem decidido o Egrégio Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios sobre o tema, este Eminente Juízo indeferiu o pedido.

Em uma breve síntese, era o que tinha de relevante a ser relatado.



2. DO MÉRITO DA DEMANDA

Como dito anteriormente, narra a empresa autora na petição de ingresso que o Distrito Federal publicou o Edital de Licitação n.º 01/2011 a fim de celebrar contratos de concessão do serviço de transporte público coletivo.

Afirma ainda que o citado edital seria supostamente ilegal, uma vez que foi publicado sem que fossem realizados os levantamentos e avaliações indispensáveis à organização dos contratos de concessão atuais e que serão substituídos pelos que serão celebrados após o encerramento daquela licitação, o que, **em tese**, seria contrário ao teor do art. 42 da Lei n.º 8.987/95 (Lei das Concessões e Permissões de Serviço Público).

Segundo a autora, a ilegalidade existe por ter havido violação ao §2º do art. 42 da Lei 8.987/95, segundo o qual:

"§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"

3

Reputa a empresa autora que não pode haver outorga de novas concessões enquanto não forem feitos os levantamentos e avaliações prévias que incluem, inclusive, as indenizações em decorrência dos investimentos não amortizados, dos contratos de permissão e concessão ainda em curso.

Ocorre que essa não é a norma que se extrai do dispositivo em comento. Expliquemos melhor:

2.1 DA CORRETA EXEGESE DO §2º DO ART. 42 DA LEI 8.987/95

O Distrito Federal não possui lei específica e própria que trate da delegação dos serviços públicos na forma negocial por meio dos contratos de concessão e permissão, razão pela qual a Lei Federal n.º 8.987/95 possui plena aplicabilidade ao caso.

Nessa toada, deve-se examinar a **norma que se extrai do dispositivo** apontado pela empresa autora como violado pelo Distrito Federal. Para tanto, pede-se vênia para, mais uma vez, transcrever o §2º do art. 42 da Lei 8.987/95:

"§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"

4

Este dispositivo faz parte de um conjunto de regras encartadas na parte das "*disposições finais e transitórias*" do Diploma Normativo em comento, o que já traduz a sua natureza não definitiva, mas sim temporária.

Tais regras fizeram-se necessárias para regulamentar as situações existentes antes de 1995, ano da publicação da Lei de Concessões e Permissões de Serviços Públicos (Lei n.º 8.987/95), época em que existia um vácuo normativo em relação aos contratos de concessão e permissão de serviços públicos até então existentes.

Assim, criou-se regras para assegurar os direitos dos concessionários, mas estabeleceu-se também disposições para regularizar a situação da delegação dos serviços públicos nas entidades federativas que haviam descumprido o comando Constitucional.

É que o artigo 175 da Constituição da República, ao tratar do tema relativo à prestação de serviços públicos previu que eles poderiam ser prestados por particulares, **desde que** fossem observados **dois requisitos essenciais: prévia licitação** na modalidade concorrência e celebração de **contrato de concessão ou permissão** de serviço público.

Ocorre que, como era comum à época da publicação da Lei 8.987/95 a prática absurda de delegação de serviços públicos sem a prévia licitação e, muitas vezes, até mesmo sem qualquer formalização por meio de um contrato, o legislador infraconstitucional se viu obrigado a regulamentar as situações esdrúxulas até então existentes.

Por conta disso, o legislador estabeleceu as regras de transição previstas nos parágrafos e incisos constantes entre os artigos 42 e 43 da citada lei.

Nessa medida, o §2º do artigo 42 não pode ser interpretado isoladamente, mas sim em conjunto com o que dispõe o seu caput e com o que determina o artigo 43.

5

O *caput* do artigo 42 é claro ao dispor que as concessões de serviço público outorgadas anteriormente à sua entrada em vigor (14 de fevereiro de 1995) consideram-se válidas pelo prazo fixado no contrato ou no ato de outorga, observando-se o teor do artigo 43.

Por sua vez, o artigo 43, **sem qualquer ressalva**, dispõe que todas as concessões de serviços públicos outorgadas **sem prévia licitação** durante a vigência da Constituição da República de 1988 ficam **automaticamente extintas**.

Em outras palavras, somente os contratos de **concessões e permissões** que tenham sido **celebrados após uma prévia licitação** serão submetidos à regra encartada no §2º do artigo 42. Em contrapartida, os contratos de concessão ou permissão que foram celebrados sob a égide da Constituição da República de 1988 **sem que tivesse ocorrido uma prévia licitação não serão considerados válidos e não gerarão**



direito à indenização alguma.

Esse, inclusive, é o entendimento uníssono no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, valendo a colação da ementa abaixo para bem exemplificar tal posicionamento:

"PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. ALEGADA VIOLAÇÃO AO ARTIGO 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. PERMISSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. TRANSPORTE COLETIVO. AUSÊNCIA DE LICITAÇÃO. VIOLAÇÃO À CONSTITUIÇÃO E À LEI N. 8.987/95. INEXISTÊNCIA DE DIREITO À INDENIZAÇÃO.

[...]

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 175, I, estabelece que "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". Na mesma esteira, a Lei n. 8.987/95 impõe a realização de licitação para a ocorrência de permissão.

Na hipótese em exame, independentemente da natureza da permissão (condicionada ou não), inexistente direito à indenização, porque a exigência legal de realização de licitação não foi cumprida.

A assinatura do Termo de permissão inicial em período anterior à Constituição Federal não gera qualquer direito ao equilíbrio econômico financeiro, uma vez que a licitação era obrigatória também naquela época. "O princípio da isonomia, por si só, independe de qualquer norma, obriga a Administração a valer-se do procedimento da licitação e ao estabelecer esta obrigatoriedade erige a própria licitação em princípio, pois mesmo na ausência de normas específicas, está a Administração obrigada a utilizar-se de procedimentos licitatórios (RDP 88/85)" (Adilson Abreu Dallari).

Apenas a título de argumentação, saliente-se que o artigo 42, § 2º, da Lei n. 8.987/95, assim como o artigo 55, II, "d", do Decreto-lei n. 2.300/86 e 59 da Lei n. 8.666/93, aplicam-se somente às concessões de serviço público, e não às permissões. E ainda que a hipótese dos autos cuidasse

de contrato de concessão, tampouco teria a recorrente direito à indenização pretendida, porque a realização de prévia licitação seria obrigatória, seja antes ou após a vigência da Constituição Federal de 1988.

Recurso especial não provido.

(REsp 443.796/MG, Rel. Ministro FRANCIULLI NETTO, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/08/2003, DJ 03/11/2003, p. 298)"

Esse julgado é bastante esclarecedor e bem sinaliza a hipótese em que o §2º do art. 42 é aplicável: o instrumento de delegação há de ser um **contrato de concessão (não pode ser um contrato de permissão)** e deve ter havido uma **prévia licitação**.

É dizer, se, em um dado caso concreto, a delegação do serviço público se deu por meio de um contrato de permissão **e/ou** sem a ocorrência de licitação prévia, **o §2º do artigo 42 não será aplicável ao caso**, pois, repita-se à exaustão, sua aplicação dar-se-á **somente** se o instrumento jurídico que forma o vínculo entre a entidade pública delegante e o delegatário for um **contrato de concessão** que tiver sido celebrado após um regular **procedimento licitatório**.

Essa é a correta norma que se extrai do dispositivo em comento (§2º do artigo 42), ao contrário do que tenta afirmar a empresa autora na peça de ingresso, que tenta conferir aplicabilidade daquele dispositivo para a situação fática narrada na inicial, mas é linha argumentativa que não prospera quando confrontada com a técnica sistemática de interpretação.

Fixadas tais premissas, passemos ao exame da situação concreta da parte autora, oportunidade em que será demonstrada a total inaplicabilidade ao caso do §2º do art. 42 da Lei 8.987/95 e, por conseguinte, será comprovado que ilegalidade alguma há no procedimento administrativo impugnado.



2.2 DA SITUAÇÃO CONCRETA DA AUTORA

Conforme consta da documentação já anexada aos autos e da própria petição inicial, a empresa autora assumiu a condição de **permissionária** do serviço de transporte público coletivo, por meio do termo de permissão, para prestar serviços de transporte público coletivo.

Ainda conforme consta da documentação já anexa aos autos e da petição inicial, a relação jurídica na condição de **permissionária** do serviço de transporte público coletivo foi renovada em fevereiro de 2006.

Desses fatos, constata-se que: (i) o contrato celebrado com a empresa autora tem natureza jurídica de **contrato de permissão** e (ii) a sua **celebração se deu em fevereiro de 2006**.

A partir da primeira constatação (natureza jurídica de permissão o vínculo formado entre o Distrito Federal e a autora) chega-se às seguintes ilações:

- a) por ser um contrato de permissão, trata-se de instrumento jurídico firmado a título precário, consoante dispõe o inciso IV do artigo 2º da Lei n.º 8.987/95¹;
- b) sendo uma delegação de serviço a título precário, pode ser revogado a qualquer tempo, com base na conveniência e oportunidade da Administração Pública, não conferindo qualquer direito de indenização para o permissionário;
- c) ainda por ser um contrato de permissão, não atrai para si a aplicação do §2º do artigo 42 da lei em comento, pois ali o legislador foi claro ao dispor que aquele dispositivo somente seria aplicável às

¹ 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



concessões.

Assim, Excelência, por meio dessas iniciais constatações já é de se concluir que não há falar em aplicação do §2º do artigo 42 e, portanto, muito menos há de considerar como ilegal o ato de publicação do edital impugnado pelo simples fato de a empresa autora ser uma **permissionária de serviço público e não concessionária**, como estabeleceu o legislador infraconstitucional.

Não obstante a existência destas conclusões tão importantes, em decorrência da segunda constatação (celebração do contrato de permissão em fevereiro de 2006), chega-se a novos paradigmas:

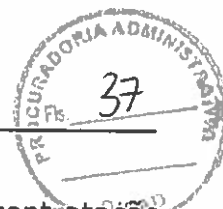
- a) como a celebração do contrato de permissão com a autora se deu no ano de 2006, já estava em vigor a Constituição da República de 1988;
- b) como a Carta Magna de 1988 dispõe, no seu artigo 175, que é indispensável a realização de licitação na modalidade concorrência para contratação de permissionário de serviço público, a delegação da execução do serviço ao autora se deu de forma ilegal;
- c) como a contratação se deu sem licitação, foi considerada automaticamente extinta, a teor do artigo 43 da Lei de Serviços Públicos.

9

Mais uma vez, tais argumentos ferem de morte a linha argumentativa que fora desenvolvida de forma hercúlea pela empresa autora. **É que o simples fato de a permissão de serviço público ter sido celebrada no ano de 2006 atrai para si aplicação do artigo 43 da Lei 8.987/95, devendo assim, ter considerada extinta desde a entrada em vigência deste dispositivo.**

Em outras palavras, o contrato de permissão pactuado com a empresa autora somente está sendo executado até então

✓



justamente porque ainda não havia ocorrido uma licitação para a contratação de novos delegatários de forma regular (art. 175 da Constituição).

Ora, embora o artigo 43 da lei em comento já estipulasse que os contratos de delegação de serviço público celebrados sem prévia licitação seriam considerados extintos, optou-se por perpetuar a execução do contrato da autora em decorrência do princípio da continuidade do serviço público, pois a extinção de forma abrupta da permissão da autora traria sérios prejuízos para a população do Distrito Federal.

Em outras palavras, ainda que inválida a delegação do serviço público à autora, a sua manutenção afigurou-se necessária como decorrência lógica do **princípio da continuidade do serviço público**.

Quer-se demonstrar com isso, Nobre Julgador, que, ao contrário do que afirma a autora, não há ilegalidade alguma na publicação de edital de licitação para contratação de novos delegatários do serviço de transporte público coletivo, uma vez que não há falar-se em aplicação do §2º do artigo 42 da lei em análise.

10

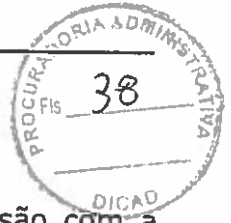
Expliquemos melhor a legalidade do ato impugnado:

2.3 DA LEGALIDADE DO EDITAL IMPUGNADO

O edital da licitação impugnado, longe de ser um ato ilegal, trata-se da materialização do princípio da legalidade, pois a Administração Pública Distrital está objetivando a contratação de novos delegatários com base nos ditames da Constituição da República e com o fito de moralizar a prestação de tal serviço.

Ou seja, está-se tentando por fim às ilegalidades que vinham se perpetuando de há muito, cujo um dos exemplos é a delegação que ora a autora almeja ver perpetuada, uma vez que **pela primeira vez na história do Distrito Federal estará sendo realizado um procedimento licitatório para a contratação de delegatários do serviço de transporte**

✓



coletivo.

Além disso, a autora faz uma total confusão com a situação fática. Isto porque **tão somente a publicação do edital de licitação para contratação de novos concessionários não induz à rescisão imediata do seu contrato de permissão**, ao contrário do que ela quer fazer parecer.

Ademais, **inexiste qualquer obrigatoriedade no sentido de que o procedimento previsto no §2º do artigo 42 da Lei 8.987/95, ainda que fosse aplicável ao caso – o que se admite somente para argumentar -, seja concluído previamente à publicação do edital para contratação de novos delegatários**. Não há qualquer previsão nesse sentido!

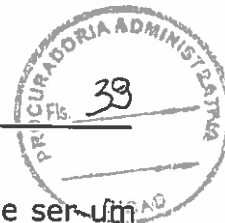
Em outras palavras, ainda que se entenda aplicável o procedimento entabulado no §2º do artigo 42 – o que se admite somente para argumentar, diga-se -, não há qualquer dependência deste com a licitação para a contratação de novos prestadores de serviços, podendo eventual indenização ser, inclusive, fixada após tais contratações.

11

Diga-se, por fim, que **a contratação de novos delegatários do serviço de transporte público coletivo no Distrito Federal**, além de advir do princípio da autotutela e da concreção do princípio da legalidade, surgiu da **determinação contida na sentença proferida nos autos da Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios e tombada sob o n.º 2001.01.1.010242-8 (4ª Vara da Fazenda Pública do Distrito Federal)**².

Em conclusão, além de inexistir qualquer fundamento fático ou jurídico para atrair a aplicação do §2º do artigo 42 da

² "[...] Em razão do transcurso de mais de 20 anos da vigência da Constituição Federal de 1988 e mais de 08 anos da vigência da Lei Distrital n. 2.560/2000, estabelecendo que o processo de licitação teria seu início depois de 280 dias de sua entrada em vigor, entendo que a tutela total, quanto ao segundo pedido do Ministério Público, deve ser deferida neste momento para impor aos réus a obrigação de fazer, consistente em promover todo o processo de licitação das linhas, com os requisitos exigidos em lei, no prazo de até 180 dias, a contar da intimação da decisão. E a veiculação do edital é primeiro ato concreto para a realização da licitação (art. 21 da Lei n. 8.666/93). [...]"



Lei 8.987/95, a publicação do edital de licitação impugnado, longe de ser um ato ilegal, configura-se como a concretização do princípio da legalidade e efetivação do Estado Democrático de Direito, já que exsurge também como cumprimento da ordem imposta por um dos Poderes constituídos, o Judiciário.

Nunca é demais lembrar também que, ainda que fosse aplicável ao caso o §2º do artigo 42 da Lei 8.987/95 – o que se admite somente para argumentar, frise-se -, o procedimento nele previsto não é incompatível, mas sim é totalmente independente, do procedimento voltado à contratação de novos delegatários.

Além disso, com base nas alegações da autora, para que o ato seja considerado ilegal, devem existir valores a serem indenizados e tal indenização somente pode ter a sua existência aferida a partir de uma longa e complexa instrução probatória, o que é faticamente inviável no nascedouro do processo.

Não obstante estes substanciosos argumentos sejam bastantes em si para que os pedidos formulados pela autora sejam julgados improcedentes, com o intuito de resguardar ainda mais o interesse público, cumpre expor que a posição que está se consolidando no Egrégio Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios para casos idênticos ao tratado nos autos, oportunidade em que aquele Tribunal tem sido favorável à tese aqui defendida. Vejamos:

12

2.4 DO POSICIONAMENTO DO TJDFT PARA CASOS IDÊNTICOS

O Eminentíssimo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios já teve a oportunidade de decidir sobre casos idênticos à situação ora posta nos autos, lides estas onde o edital ora impugnado fora também hostilizado.

Está-se falando do **Mandado de Segurança de número 2012.00.2.007671-5**, de Relatoria da Douta Desembargadora Vera



Andrighi, que, em 12 de abril de 2012, assim decidiu:

"A impetrante sustenta, sem razão, que há afronta ao art. 42 da Lei 8.987/95, pois as concessões vencidas permanecerão válidas pelo prazo necessário ao levantamento de eventuais indenizações devidas pelo Poder Público.

A licitação promovida pela Secretaria de Transportes do Distrito Federal não objetiva promover a mera sucessão de contratadas em operação neste segmento. Como é notório, o Distrito Federal passa por uma grave crise relacionada à má prestação de serviços públicos da área de transportes. Centenas de trabalhadores, diariamente, são vítimas da insegurança de veículos que sequer poderiam estar circulando.

[...]

Nesse contexto, a ponderação entre os interesses da Impetrante de se manter como permissionária e o legítimo anseio por mudanças, deve prevalecer este último, fundado em interesse público de regularização do setor.

13

Nesse juízo preliminar, não se vislumbra plausibilidade na pretensão de suspensão da licitação em curso, especialmente porque instaurada com o propósito de equacionar serviço público de extrema utilidade, que vem protagonizando episódios notoriamente degradantes no atendimento à população. [...]"

Embora o remédio heroico tenha tido um fim prematuro por ato volitivo da própria empresa autora (a autora, após o indeferimento da liminar, desistiu do *writ*), serve de paradigma para demonstrar qual o posicionamento deste Tribunal sobre o tema: **não permitir que o interesse de determinados particulares donos de empresas de ônibus se sobreponha ao interesse público.**

Em decisão ainda mais recente, datada de 1º de junho de 2012, o Eminentíssimo Desembargador J. J. Costa Carvalho, Relator do **Mandado de Segurança n.º 2012.00.2.008093-3**, em trâmite no Conselho Especial proferiu decisão **indeferindo o pedido liminar**, *in verbis*:



"[...]"

Não estão presentes os requisitos impostos pela lei, seja em relação à verossimilhança da alegação, seja com relação ao perigo de dano irreparável.

O Secretário de Transportes do DF instituiu comissão para promover licitação para outorga de concessão para exploração do serviço de transporte público no Distrito Federal, por meio da Portaria nº 13, publicada no Diário Oficial de 24 de fevereiro de 2012 (fl. 29).

Por meio desse ato, o Secretário de Transportes justifica a licitação pública em razão da necessidade de se otimizar o serviço, assim como em razão da decisão judicial proferida na Ação Civil Pública nº 2001.01.1.010242-8.

Com efeito, na sentença proferida na ação civil pública, o d. juízo determinou, inclusive em antecipação de tutela, a obrigação do Distrito Federal de "promover a licitação (iniciar e encerrar), no prazo de 180 dias, para admissão de tantos novos concessionários quanto admitir o sistema de transporte público convencional do Distrito Federal, conforme o novo estudo que deve ser realizado, bem como promover as medidas necessárias para eliminar e evitar a formação de oligopólios" (sentença integrada por meio de embargos de declaração, proferida em 24/06/2009, conforme consulta ao sistema de informatizado de processos).

14

Não se mostra viável, ao menos por um juízo primário de cognição, a pretensão do impetrante de suspender a licitação - total ou parcialmente -, seja em razão da decisão judicial, seja em função do manifesto interesse público envolvido no certame, haja vista a notoriedade quanto à ineficiência do atual sistema de transporte do Distrito Federal. Tal convicção se reforçou com as informações apresentadas em conjunto pelos informantes.



A inexistência do cálculo de eventual indenização não obsta o curso regular da licitação, sobretudo diante da possibilidade de resolução posterior, conforme o caso. Por outro lado, a Lei 8987/95, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão dos serviços de transporte, prevê que as concessões outorgadas em data anterior à sua entrada em vigor só poderiam ser prorrogadas, no máximo, até 31 de dezembro de 2010.

Pelo exposto, INDEFIRO a liminar.” - Negritos nossos.

Em outras palavras, o Egrégio TJDF, como de costume, sempre tem privilegiado a concretização do princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o particular, não permitindo que o poderio econômico dite as regras de convivência em detrimento da população do Distrito Federal.

Assim, também por esse motivo, a improcedência dos pedidos é medida que se impõe, haja vista que, além de inexistir substrato legal para amparar o pleito autoral, a jurisprudência, sobretudo a do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, lhe é totalmente desfavorável.

15

2.5 DO POSICIONAMENTO DO TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL (TCDF) SOBRE O EDITAL IMPUGNADO.

Excelência, até mesmo o Tribunal de Contas do Distrito Federal já se posicionou sobre o tema!

A partir da análise da decisão n.º 3.984/2011 do TCDF, constata-se que não houve determinação para prévio cumprimento do art. 42 da Lei de Serviços Públicos.



Ao contrário, a Unidade Técnica daquela Corte de Contas entendeu que "os investimentos realizados pelos atuais operadores do sistema de transportes é assunto para ser tratado no âmbito da execução dos contratos de concessão já em execução, sem reflexo na licitação nova", vejamos:

"A SETRANSP, em sua representação, argumenta que não teria sido cumprido o §3º do art. 42 da Lei n.º 8.987/95, que exige levantamento amplo e retroativo 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.

Em sua análise, a Unidade Técnica entende os investimentos realizados pelos atuais operadores do sistema de transportes é assunto para ser tratado no âmbito da execução dos contratos de concessão já em execução, sem reflexo na licitação nova".

16

Da leitura desse excerto, percebe-se que eventuais indenizações para os atuais delegatários do serviço de transporte coletivo do Distrito Federal devem ser aferidas nos próprios processos administrativos que culminaram nas permissões e concessão, **inexistindo qualquer reflexo na licitação ora impugnada.**

3. DA CONCLUSÃO

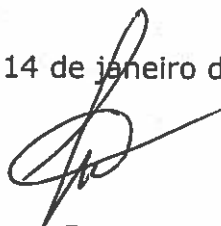
Ante o exposto, o Distrito Federal requer os pedidos formulados pela parte autora sejam julgados totalmente improcedentes, haja vista que, conforme demonstrado acima, não nem suporte jurídico nem fático que embasem os seus pleitos.

Por fim, entende o Distrito Federal que a matéria discutida já se encontra por demais provada, razão pela qual não pretende produzir quaisquer provas adicionais. ✓

PROCURADORIA GERAL DO DISTRITO FEDERAL
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA

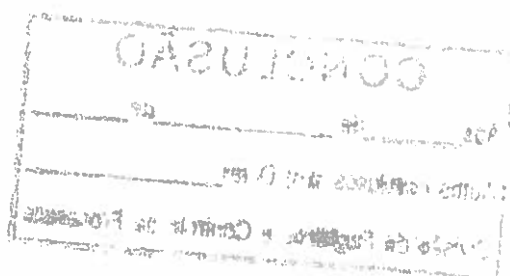
Nestes termos, pede deferimento.

Brasília/DF, 14 de janeiro de 2013



EDVALDO COSTA BARRETO JÚNIOR

PROCURADOR DO DISTRITO FEDERAL



Circunscrição :1 - BRASILIA

Processo :2012.01.1.139032-4

Vara : 113 - TERCEIRA VARA DA FAZENDA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL



SENTENÇA

RELATÓRIO.

Vistos, etc.

VIAÇÃO PIONEIRA LTDA propõe ação contra o DISTRITO FEDERAL.

A parte autora, em sua petição inicial, alega que é uma das atuais operadoras do serviço público de transporte coletivo de passageiros, desempenhando essa atividade sob termo de permissão desde 1987.

Atendendo às exigências do Poder Público e da legislação pertinente, ao longo do período em que vem prestando o serviço, a autora realizou diversos investimentos visando à atualização e qualificação do serviço, sendo inerente a amortização dos investimentos em longo prazo.

A Secretaria de Transportes, visando à seleção de futuras concessionárias, deu início a procedimento licitatório, tendo publicado o Edital de Concorrência Pública nº 01/2011 - ST, que tem por objeto a realização de licitação para concessão desse mesmo serviço, olvidando-se, todavia, de fazer os levantamentos necessários sobre os elementos físicos constituintes da infraestrutura de bens reversíveis e dos dados financeiros, contábeis e comerciais relativos à prestação dos serviços, para apuração de indenização por investimentos não amortizados, conforme preconiza o artigo 42, § 3º, da Lei 8.987/95.

Nesse sentido, entende ilegal a deflagração do procedimento licitatório, pois as providências de que trata o artigo 42 se consubstanciam em condição para a realização de nova licitação.

Arrola razões de direito.

Requer, liminarmente, a suspensão do procedimento licitatório de Concorrência Pública nº 01/2011 - ST ou outro que, porventura, tenha por objeto a delegação do serviço básico do Sistema de Transporte Público Coletivo do Distrito Federal, enquanto não forem iniciados e ultimados os procedimentos e providências estabelecidos no artigo 42 da Lei 8.988/96; o reconhecimento do direito da autora à manutenção do ato de delegação da prestação do serviço de transporte público rodoviário do Distrito Federal, declarando-se incidentalmente a inconstitucionalidade do Decreto nº 33.556/2012, sobretudo no que tange à negativa de reversibilidade de bens; o reconhecimento, caso a ré dê início aos levantamentos a que se refere o artigo 42, § 2º, do direito da autora ao devido processo administrativo.

Ao final, requer a invalidação da Concorrência Pública nº 01/2011 - ST e dos eventuais contratos de concessão firmados; que o réu se abstenha de realizar licitação que tenha por objeto a outorga do serviço básico rodoviário do Sistema de Transporte Público Coletivo do Distrito Federal, enquanto não atender o artigo 42 da Lei 8.988/96, reconhecendo-se o direito da autora a prévio processo administrativo que vise aos levantamentos e realização dos demais direitos previstos no mencionado artigo; condenar o réu a dar início e ultimar todas as providências previstas no artigo 42, §§ 2º e 3º da Lei 8.987/95 antes de extinguir a atual permissão firmada com a autora, assegurando e reconhecendo o direito ao devido processo legal administrativo.

Junta documentos de fls. 27/199.

Indeferido o pedido liminar (fls. 201/202).

Decisão mantida em sede de Recurso de Agravo de Instrumento pelo Eg. TJDF (fls. 250/253).

Em contestação de fls. 259/275, o DISTRITO FEDERAL sustenta que a Lei 8.987/95 tem plena aplicabilidade ao caso. Informa que a norma apontada pela parte autora como violada (artigo

42, §§ 2º e 3º) é de natureza transitória, que veio para disciplinar as situações existentes antes de 1995, e deve ser aplicada somente àqueles casos de serviços públicos delegados a particulares mediante contrato de concessão e submetidos a prévio processo de licitação. Entende que os serviços delegados a particulares sem prévio processo de licitação ou mediante termo de permissão foram automaticamente extintos pelo artigo 43 da mencionada lei.

Como o autor é permissionário de serviços públicos (instrumento jurídico firmado a título precário), a ele não se aplica a norma do artigo 42 da Lei 8.987/95 (já que o ato de delegação pode ser revogado a qualquer tempo, com base na conveniência e oportunidade da Administração, sem direito a indenização). Ademais, a permissão do autor não foi precedida do indispensável processo licitatório, nos termos do artigo 175 da Constituição Federal, pelo que foi extinta nos termos do artigo 43 da Lei 8.987/95.

Defende a legalidade do edital da Concorrência Pública nº 01/2011 - ST.

Arrola razões de direito.

Requer seja julgada improcedente a ação.

Réplica de fls. 278/295, na qual a parte autora reitera os pedidos iniciais.

Não havendo outras provas a serem produzidas, vieram os autos conclusos.

É o relatório. Decido.

FUNDAMENTAÇÃO.

Não se mostra necessária a produção de provas em audiência, pelo que passo ao julgamento antecipado da lide, nos termos do artigo 330, I, do CPC.

Presentes os pressupostos processuais e as condições da ação, passo ao exame do mérito.

Trata-se de ação proposta por VIAÇÃO PIONEIRA LTDA contra o DISTRITO FEDERAL.

Interpretação dos fatos.

O autor é permissionário de serviços públicos de transporte coletivos de passageiros no Distrito Federal.

Em 28/07/1977 obteve permissão para operação de 25 linhas nas cidades de Taguatinga, Ceilândia, Brazlândia e Plano Piloto (conforme documentos de fls. 35/37).

Em 06/07/1987 obteve permissão para operação de 539 ônibus com expansão para as cidades de Santa Maria e Paranoá (conforme documentos de fls. 38/41).

Em 06/02/2006 lhe foram transferidos os termos de permissão anteriormente delegados à empresa Viação Planeta Ltda, para a operação de serviços de transporte público coletivo, por intermédio da frota de 617 ônibus (conforme documentos de fls. 43/44).

Interpretação das normas aplicáveis ao caso concreto.

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", conforme artigo 2º, II, da Lei 8.987/95.

Permissão de serviço público é "a delegação, a título precário, mediante licitação, da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco", conforme artigo 2º, IV, da Lei 8.987/95.

Ambos são, portanto, formas de descentralização dos serviços públicos, mediante a outorga de



sua execução à iniciativa privada.

Até a entrada em vigor da Lei 8.987/95, as concessões de serviços públicos eram formalizadas por meio de contratos administrativos, enquanto que as permissões, por meio de atos administrativos (atualmente, ambas são formalizadas por contratos).

Este era o grande traço distintivo entre ambas, sendo que os contratos gozam de estabilidade, enquanto que os atos, de precariedade.

"A precariedade é um atributo indicativo de que o particular que firmou o ajuste com a Administração está sujeito ao livre desfazimento por parte desta, sem que se lhe assista direito à indenização por eventuais prejuízos", conforme ensina Carvalho Filho.

Por outro lado, desde 1988 a delegação da execução de serviços públicos à iniciativa privada depende de prévio processo licitatório.

Nesse sentido, reza o artigo 175 da Constituição Federal:

"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."

Ainda, resta afirmar que Lei 8.987/95 regulou as situações de transição entre regimes jurídicos.

Nesse sentido, proclamou a extinção de todas as delegações de serviços públicos (concessões ou permissões) não precedidas do necessário processo de licitação.

Art. 43. Ficam extintas todas as concessões de serviços públicos outorgadas sem licitação na vigência da Constituição de 1988.

Parágrafo único. Ficam também extintas todas as concessões outorgadas sem licitação anteriormente à Constituição de 1988, cujas obras ou serviços não tenham sido iniciados ou que se encontrem paralisados quando da entrada em vigor desta Lei.

Com relação àquelas precedidas do indispensável procedimento de licitação, fixou o prazo de validade dos contratos então em vigor, tendo em vista o princípio da continuidade dos serviços públicos:

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.

§ 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 infra-estrutura 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; e 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.

Produção de norma de decisão.

Considerando que o autor é delegatário de serviços públicos, conforme atos administrativos de permissão de fls. 35/44, conseqüentemente ostenta títulos de natureza precária, que podem ser revogados a qualquer tempo a depender a conveniência e oportunidade da Administração Pública.

Nesse sentido, a revogação desses títulos não outorga ao autor qualquer direito indenizatório (ainda que pelos investimentos não amortizados).

Por outro lado, uma vez que as permissões outorgadas ao autor não foram precedidas do necessário processo de licitação, conseqüentemente restaram revogadas pelo artigo 43 da Lei 8.789/95.

Por fim, ao autor não são aplicáveis as normas de transição do artigo 42 da Lei 8.789/95, que se restringem aos contratos de concessão precedidos do necessário processo de licitação celebrados antes de 1995.

Nesse sentido:

PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. ALEGADA VIOLAÇÃO AO ARTIGO 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. PERMISSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. TRANSPORTE COLETIVO. AUSÊNCIA DE LICITAÇÃO. VIOLAÇÃO À CONSTITUIÇÃO E À LEI N. 8.987/95. INEXISTÊNCIA DE DIREITO À INDENIZAÇÃO. ... A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 175, I, estabelece que "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". Na mesma esteira, a Lei n. 8.987/95 impõe a realização de licitação para a ocorrência de permissão. Na hipótese em exame, independentemente da natureza da permissão (condicionada ou não), inexistente direito à indenização, porque a exigência legal de realização de licitação não foi cumprida. A assinatura do Termo de permissão inicial em período anterior à Constituição Federal não gera qualquer direito ao equilíbrio econômico financeiro, uma vez que a licitação era obrigatória também naquela época. "O princípio da isonomia, por si só, independe de qualquer norma, obriga a Administração a valer-se do procedimento da licitação e ao estabelecer esta obrigatoriedade erige a própria licitação em princípio, pois mesmo na ausência de normas específicas, está a Administração obrigada a utilizar-se de procedimentos licitatórios (RDP 88/85)" (Adilson Abreu Dallari). Apenas a título de argumentação, saliente-se que o artigo 42, § 2º, da Lei n. 8.987/95, assim como o artigo 55, II, "d", do Decreto-lei n. 2.300/86 e 59 da Lei n. 8.666/93, aplicam-se somente às concessões de serviço público, e não às permissões. E ainda que a hipótese dos autos cuidasse de contrato de concessão, tampouco teria a recorrente direito à indenização pretendida, porque a realização de prévia licitação seria obrigatória, seja antes ou após a vigência da Constituição Federal de 1988. Recurso especial não provido. RECURSO ESPECIAL Nº 443.796 - MG, MINISTRO FRANCIULLI NETTO.

PROCESSUAL E ADMINISTRATIVO. TRANSPORTE COLETIVO MUNICIPAL. ALTERAÇÃO DE TARIFAS. PERMISSÃO. PRÉVIA LICITAÇÃO. 1. O acórdão recorrido decidiu que mera permissão de serviço público, ato unilateral e precário da Administração Pública, não gera direito à pretendida equivalência patrimonial em decorrência de sua própria natureza, uma vez que é executada por conta e risco da permissionária. Esse fundamento é suficiente para refutar a pretensão da recorrente, afastando a alegação de ofensa ao art. 535, II, do CPC, ante a alegada validade da

permissão à luz do art. 42, § 2º da Lei nº 8.987/95 e do consequente direito à indenização. 2. É indispensável a realização de prévio procedimento licitatório para que se possa cogitar de indenização aos permissionários de serviço público de transporte coletivo em razão de tarifas deficitárias, ainda que os Termos de Permissão tenham sido assinados em período anterior à Constituição Federal de 1988. Precedentes. 3. Recurso especial não provido. RECURSO ESPECIAL Nº 886.925 - MG, MINISTRO CASTRO MEIRA

DISPOSITIVO.

Ante o exposto, JULGO IMPROCEDENTE o pedido formulado por VIAÇÃO PIONEIRA LTDA na ação que move contra o DISTRITO FEDERAL.

Nesses termos, extingo o processo com resolução de mérito, nos termos do artigo 269, I, do CPC.

Ante a sucumbência, condeno a parte autora a arcar com as custas processuais e com a verba honorária da parte contrária, que fixo em R\$ 3.000,00, nos termos do art. 20, §4º, do CPC.

Intime-se o devedor para cumprimento voluntário da sua obrigação no prazo de 15 dias a contar do trânsito em julgado da sentença, sob pena de multa de 10% a incidir sobre o valor da condenação e execução coativa de seu patrimônio, nos termos do art. 475-J, do CPC.

Sentença proferida em atuação no Núcleo Permanente de Gestão de Metas do Primeiro Grau.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Brasília - DF, segunda-feira, 25/11/2013 às 12h01.

Processo Incluído em pauta : 25/11/2013