

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR PRESIDENTE DO
CONSELHO ESPECIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO
FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS**

Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios
SERPET

12/04/2012

18:30:48

8418



LOTAXI – TRANSPORTES URBANOS LTDA, empresa privada, permissionária do serviço de transporte público coletivo do Distrito Federal, CNPJ nº 00.601.674/0001-41, com sede e foro no Distrito Federal, no SGCV/Sul, Conjunto 07 e 08, Brasília/DF, CEP 71.215-100, vem, perante esse egrégio Conselho Especial, por intermédio de seus procuradores,¹ com fulcro no art. 1º da Lei nº 12.016/2009, e alínea “c” do art. 8º do Regimento Interno desse Tribunal, ajuizar

MANDADO DE SEGURANÇA

com pedido de liminar *inaudita altera parte*

contra ato ilegal do Governador do Distrito Federal, do Secretário de Transportes e do Presidente da Comissão Especial de Licitação da Concorrência Pública nº 01/2011 da Secretaria de Transportes,² que fizeram publicar o Edital da referida licitação, com data de abertura para o dia 18 de abril de 2012,³ sem observar os procedimentos obrigatórios previstos no art. 42 da Lei nº 8.987/1995, principalmente o comando do § 2º desse dispositivo.

¹ ANEXO 01 – Instrumento de mandato.

² ANEXO 02 – Instituída pela Portaria nº 13/2012-ST, do Secretário de Estado de Transportes do Distrito Federal.

³ ANEXO 03 – Aviso de Retificação de Edital e Prorrogação da Concorrência Pública 01/2011, publicada no Diário Oficial do Distrito Federal de 07 de março de 2012, às fls. 41/42.

1. Das autoridades coatoras

Indicam-se o Governador, o Secretário de Transportes do Distrito Federal e o do Presidente da Comissão Especial de Licitação – CEL, como autoridades coatoras, eis que a inobservância do art. 42 da Lei nº 8.987/1995, na redação dada pela Lei nº 11.445/2007, consiste na omissão do poder concedente de realizar uma série de providências anteriores às licitações das concessões, inclusive o cálculo de eventual indenização relativa aos investimentos ainda não amortizados pelas receitas emergentes das permissões ou concessões.

O Presidente da CEL tem suas atribuições definidas pelo art. 6º, inc. XVI, da Lei nº 8.666/1993, adstritas ao recebimento, exame e julgamento dos documentos e dos procedimentos relativos às licitações e ao cadastramento de licitantes. Não teria, então, poder decisório para ordenar a suspensão do certame em face de procedimentos anteriores e que requerem poder decisório que extrapola suas atribuições.

O descumprimento do § 2º do art. 42 da Lei nº 8.987/1995 está circunscrito a uma decisão governamental de ordenar levantamentos e avaliações indispensáveis à organização das licitações de concessões, inclusive de celebrar 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.

Flagrantemente não são atos de competência da CEL, nem de seu presidente ou membros, mas do secretário da Pasta responsável pela licitação e do Governador do Distrito Federal, como representante do poder concedente.

2. Do breve relato

A Constituição Federal determina, no art. 175, que a prestação dos serviços incumbe ao Poder Público, diretamente ou *sob regime de concessão ou permissão*.

Esse dispositivo foi regulamentado pela Lei nº 8.987/1995, posteriormente alterada pela Lei nº 11.445/2007, que fixou diretrizes para as licitações e a prestação dos serviços públicos, entre os quais o de transporte coletivo de passageiros, para os estados, Distrito Federal, municípios e a União.

O edital da concorrência em comento, em seu preâmbulo, assenta que será regido, dentre outras normas, pela Lei de Concessões supracitada.

À margem dessa norma, o Distrito Federal instaurou certame, sem realizar os 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, donde se inclui cálculo de eventual

DIREITO ADMINISTRATIVO. SERVIÇO PÚBLICO DE TRANSPORTE COLETIVO DE PASSAGEIROS. LICITAÇÃO. Tendo o Município revogado, sem prévio aviso de 24 meses previsto no § 2º do art. 42 da Lei nº 8.987/95, a permissão, em caráter precário, iniciada antes da CF/88, concedida por tempo indeterminado, de exploração de serviço público de transporte coletivo de passageiros, impõe-se declarar a suspensão do certame em andamento, porquanto, em casos tais, permanece a permissão válida pelo prazo necessário à realização dos levantamentos e avaliações indispensáveis à organização das licitações que precederão a outorga das concessões que as substituirão.⁸

Findo o prazo de duração do contrato de concessão de serviço público celebrado antes do advento da Constituição de 1988 sem licitação, opera-se a prorrogação legal por prazo indeterminado apenas pelo tempo necessário à realização de levantamentos e avaliações indispensáveis para que o Poder Público proceda à realização de licitação.⁹

O Superior Tribunal de Justiça, recentemente, concedeu cautelar¹⁰ para sustar licitação do Município de Anápolis, em relação a processo em que não foram realizados os levantamentos e avaliações indispensáveis à organização da licitação, na forma do art. 42, §§ 2º e 3º, da Lei 8.987/1995.

Em relação a esse julgado, na decisão do julgamento do Agravo em Recurso Especial nº 15693 – GO, manifestou-se o Relator no seguinte sentido:

Registro, ademais, sobre a alegada contrariedade aos artigos 42, parágrafos e incisos, da Lei nº 8.987/95 e 58 da Lei nº 11.445/2007, relacionados à pretensa indenização antes da nova licitação, que a sentença permaneceu inalterada pelo acórdão recorrido nessa parte, tendo em vista que as apelações do Ministério Público e da ora agravante não foram conhecidas porquanto intempestivas. Não houve, portanto, debate acerca da questão de fundo.¹¹

A licitação que o DF está promovendo, sem realizar antecipadamente o cálculo de eventual indenização, é a falência da Impetrante e contraria, de modo claro e grosseiro, a previsão legal.

Vejam-se os comentários de Marçal Justen Filho a respeito da *destruição* do particular pela ausência de indenização prévia:

Não se admite que o Estado, prevalecendo-se dos poderes jurídicos recebidos para realizar o bem comum, destrua um particular. Essa destruição se produzirá quando Estado omitir o pagamento da indenização e constranger o ex-concessionário a recorrer ao Poder Judiciário. A demora na liquidação da indenização será de tal ordem que o ex-concessionário provavelmente não conseguirá sobreviver

Oliveira Cezar, Julgado em 17/09/2008.

⁸ Agravo de Instrumento Nº 70015869019, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Roque Joaquim Volkweiss, Julgado em 27/09/2006.

⁹ Apelação Cível Nº 70010124295, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Isabel de Azevedo Souza, Julgado em 28/04/2005.

¹⁰ ANEXO 04 – Decisão. Medida Cautelar nº 18.408 - GO (2011/0209768-2). Rel. Min. César Asfor Rocha. Segunda Turma.

¹¹ STJ. Agravo em Recurso Especial nº 15.693/GO. (2011/0069998-9). Publicado no DJe de 09 de abril de 2012.

empresarialmente.

[...]

Há outro ângulo da questão a ser considerado. Essas práticas abusivas desenvolvidas pelo Estado acabam por produzir profundos malefícios. Além dos sacrifícios aos princípios mais basilares do Estado democrático do Direito, condutas desse jaez são patrimonialmente prejudiciais. Mais cedo ou mais tarde, o Estado terá de desembolsar a indenização, que será muito mais elevada do que se passaria se o pagamento ocorresse no momento devido.¹²

Alinham-se, pois, a lei e a jurisprudência para garantir a Impetrante seja atendido o comando do § 2º do art. 42 da Lei nº 8.987/1995.

3.2. Da decisão do TCDF obrigando o DF a cumprir o art. 42 da Lei nº 8.987/1995

O Tribunal de Contas do Distrito Federal - TCDF, ao analisar o primeiro edital, já havia se pronunciado a respeito e determinou que a Secretaria de Transportes adotasse providências para atender ao art. 42, § 3º, da Lei nº 8.987/1995, conforme Decisão nº 3.984/2011, no seguinte sentido:

O Tribunal, por unanimidade, de acordo com o voto do Relator, decidiu: I - tomar conhecimento [...] do Edital da Concorrência nº 01/2011-ST [...] II - determinar à Secretaria de Transportes que apresente as contrarrazões que entender pertinentes ou adote as seguintes providências: [...] e) quanto ao possível descumprimento do art. 42, § 3º, da Lei nº 8.987/95 [...].

Na Decisão de nº 446/2012 do TCDF, superveniente à deliberação supracitada, tal item não foi objeto de análise, quer se presumir por esquecimento ou falha, pois no voto¹³ do Relator, simplesmente não consta menção ao dispositivo.

Esse fato já foi aventado no Tribunal, por meio de representação protocolada pelo Sindicato.¹⁴

4. Do direito líquido e certo da Impetrante

A Impetrante possui direito líquido e certo, previsto em lei de ordem pública, de que sua concessão permaneça válida pelo prazo necessário à realização dos levantamentos e avaliações indispensáveis, previstos no § 2º do art. 42 e discriminadas nos dispositivos seguintes, incluindo o cálculo de eventual indenização relativa aos investimentos ainda não amortizados.

Para se concretizar esse direito, na redação do referido dispositivo, sua concessão precisa ser de caráter precário, com prazo vencido ou em vigor por

¹² JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria geral das concessões de serviço público. São Paulo: Dialética, 2003.

¹³ ANEXO 05 – Voto do Relator.

¹⁴ ANEXO 06 – Representação protocolizada no Tribunal de Contas do Distrito Federal – TCDF.

prazo indeterminado.

A Impetrante possui o legítimo direito de operação do serviço de transporte público coletivo de uma frota representada por um lote de 30 (trinta) ônibus, a qual é constituída por 27 (vinte e sete) ônibus convencionais e 3 (três) articulados, mediante termo¹⁵ de transferência de permissão celebrado com a empresa Arco Transportes Urbanos Ltda. (sucessora¹⁶ da Empresa Manauara de Transportes Coletivos Ltda.) anuído pela Secretaria de Transportes do Distrito Federal, com prazo indeterminado.¹⁷

As ordens de serviço do DFTRANS, em anexo, comprovam que a Impetrante explora as linhas de sua permissão.¹⁸

Logo, se possui contrato de permissão por prazo indeterminado, na forma do § 2º do art. 42 da Lei nº 8.987/1995, deve permanecer válido pelo prazo necessário à realização dos levantamentos e avaliações, na dimensão necessária e suficiente para a realização do cálculo de eventual indenização relativa aos investimentos ainda não amortizados.

5. Da comprovação da lesividade da ausência da providência do art. 42 da Lei nº 8.987/1995

5.1. Das aquisições de ônibus especiais para as concessões

Apenas para ilustrar, a gravosidade da omissão estatal, basta lembrar que, em 2007, o Distrito Federal obrigou os concessionários a renovarem sua frota, sob pena de terem seus atos de permissão extintos. Esse fato é inconteste, pois foi ordenado mediante decreto.¹⁹

Em 2009, a situação se repetiu, por meio do Decreto nº 30.055/2009,²⁰ foi concedido prazo máximo de 18 meses para os concessionários renovarem todos os veículos que apresentem idades superior à estabelecida na Resolução 176/1986.²¹

Esta medida de renovação de frota também foi imposta por todos os governos anteriores. Veja por exemplo, o ofício nº 908/2005-GAB/ST de 05/08/2005 que exigia também a renovação e inclusive apresentou um quadro de renovação mínima da Impetrante, para os anos de 2006 e 2009.

Nessa Resolução nº 176/1986, o tempo de utilização dos ônibus é

¹⁵ ANEXO 07 – Termo de transferência de permissão, publicado no DODF de 4 de fevereiro de 1997, p. 871.

¹⁶ ANEXO 08 – Vide Recurso Especial nº 137.482/Distrito Federal..

¹⁷ ANEXO 09 – Vide fl. 2 do Termo de Permissão em que o Distrito Federal outorga à empresa Manauara de Transportes Coletivos Ltda.

¹⁸ ANEXO 10 – Ordens de serviço do DFTRANS.

¹⁹ ANEXO 11 – Decreto nº 27.911, de 2 de fevereiro de 2007.

²⁰ ANEXO 12 – Decreto nº 30.055, de 12 de fevereiro de 2009.

²¹ ANEXO 13 – Resolução nº 176/1986.

de 10 anos para os veículos articulados *padron* e 7 anos para os demais. Ora, somente após o decurso desse lapso temporal de 10 e 7 anos é que se poderia considerar que o concessionário teria amortizado o investimento realizado. Antes disso, tem direito à indenização, pois seu investimento não foi amortizado.

Além disso, os veículos são inservíveis para outras atividades, pois são adquiridos conforme especificação determinada pelo poder concedente para utilização exclusiva nas concessões, conforme se pode verificar no edital em anexo.

A título de exemplo, a Impetrante, em 2007, adquiriu, por meio de Cédula de Crédito Bancário, em decorrência da determinação do DF, 30 (trinta) ônibus.²² Se esses veículos, em uma conta conservadora, forem depreciados no período mínimo de 7 (sete) anos da referida Resolução, ainda em 2012, restariam mais dois anos para ter seu investimento amortizado, de modo que é incontestável o direito à indenização.

5.2. *Da infraestrutura de apoio à operação de transporte coletivo*

Os bens que precisam ser indenizados não são somente os veículos, mas também os equipamentos e instalações utilizados na operação do STPC-DF, na forma do art. 38 do Decreto²³ nº 30.584/2009, e dos arts. 13, 14 e 15 da Lei nº 4.011/2007.²⁴

São também todos os equipamentos e instalações utilizados como apoio à operação de transporte coletivo. Nesse sentido, deve haver indenização em relação também às garagens²⁵ de apoio utilizadas pela Impetrante para manutenção e guarda da frota, bem como acomodação de pessoal e gestão das operações diárias.

Os terrenos para construção das garagens foram adquiridos somente

²² ANEXO 14 – Instrumento de Constituição de Alienação Fiduciária em Garantia para aquisição de 30 (trinta) ônibus, com anexo demonstrando a aquisição dos veículos em 14 de junho de 2007.

²³ DISTRITO FEDERAL. Decreto nº 30.584, de 16 de julho de 2009. Art. 38: “Todos os veículos, equipamentos e instalações necessários à operação do STPC/DF deverão ter seus dados cadastrados e atualizados na Entidade Gestora, de acordo com as características e especificações fixadas no Edital de Licitação, no Contrato de Adesão ou em normas complementares.”

²⁴ DISTRITO FEDERAL. Lei nº 4011, de 12 de setembro de 2007. Arts. 13, 14 e 15: “Art. 13. Os veículos, equipamentos e instalações necessários à operação do serviço estarão sujeitos a vistoria prévia e periódica e deverão ter seus dados registrados e atualizados na entidade gestora, de acordo com as características e especificações fixadas no termo de delegação e nas normas complementares. Art. 14. A entidade gestora estabelecerá, em ato próprio, as idades média e máxima da frota a ser utilizada na operação, precedido de estudo técnico, ouvido o Conselho do Transporte Público Coletivo do Distrito Federal — CTPC/DF. Art. 15. A infra-estrutura operacional de responsabilidade dos delegatários deverá ser suficiente e adequada à execução dos serviços.”

²⁵ DISTRITO FEDERAL. Decreto nº 30.584, de 16 de julho de 2009. Aprova o Regulamento do Sistema de Transporte Público Coletivo do Distrito Federal, instituído pela Lei Orgânica do Distrito Federal. Art. 88. Declarada a extinção da delegação, a Entidade Gestora assumirá o controle do serviço, até sua adjudicação a outro delegatário. Parágrafo único. Para efeito de operacionalização do previsto neste artigo, a Entidade Gestora poderá buscar, dentro do próprio STPC/DF, os meios materiais e humanos necessários, assim entendidos o pessoal, os veículos, as garagens, as oficinas e demais meios pertinentes.

para abrigarem as frotas, tendo em vista a setorização obrigatória das atividades desenvolvidas em Brasília, ou seja, são setores específicos e restritos a determinadas atividades. Logo, essas garagens, obrigatórias pelo Regulamento²⁶ do Sistema de Transporte Público Coletivo do Distrito Federal, tem sua finalidade específica, vedando-se seu aproveitamento para outros fins.

Além disso, essas garagens são equipadas com maquinário próprio para ônibus, não tendo nenhuma outra utilidade para outros fins que não a manutenção de ônibus. Cita-se como exemplo as máquinas para lavar ônibus, galpões com valas de manutenção inúteis para outros tipos de veículos, postos de combustível, etc.

5.3. *Dos custos com desmobilização de pessoal e a Lei nº 12.506/2011*

Os custos de desmobilização são fatos notórios. Decorrem de lei.

Devido a condição de trabalho e a favorável convenção coletiva²⁷ que garante aos funcionários jornada reduzida de 36 horas, *ticket* refeição, *ticket* alimentação, plano de saúde, plano odontológico, sete dias a mais de férias, dentre outras vantagens, isso traduz num tempo médio de permanência na empresa, superior a 5 anos.

Considerando que a empresa iniciou sua operação há mais de quinze anos, com o encerramento das atividades somente voltadas para o transporte coletivo de passageiros, vinculado às permissões/concessões celebradas, com base na nova Lei nº 12.506/2011, o aviso prévio de parte dos funcionários será mais de 30 dias, em alguns casos de 90 dias, lembrando ainda que será necessário fazer o depósito de 50% de multa rescisória.

Obviamente, pela magnitude das indenizações por rescisão de contratos de trabalho, não pode o Distrito Federal omitir-se no cumprimento do art. 42 da Lei nº 8.987/1995.

6. Dos requisitos da liminar

O *fumus boni iuris* está satisfeito na medida em que é indubitável o comando legal do § 2º do art. 42 da Lei nº 8.987/1995, conforme já foi alertado pelo Tribunal de Contas do Distrito Federal ao Governo do DF.

O perigo da demora está satisfeito, pois a licitação tem data de abertura das propostas marcada para o dia 18 de abril, conforme se verifica do edital em anexo,²⁸ data em que se concretizarão os danos irreparáveis ao direito da Impetrante de receber a tutela legal que lhe garante o § 2º do art. 42 da Lei nº

²⁶ DISTRITO FEDERAL. Decreto nº 30.584, de 16 de julho de 2009. Aprova o Regulamento do Sistema de Transporte Público Coletivo do Distrito Federal, instituído pela Lei Orgânica do Distrito Federal.

²⁷ ANEXO 15 – Convenção Coletiva.

²⁸ ANEXO 16 – Edital da Concorrência Pública nº 01/2011 – ST.

8.987/1995.

Há, também, prova inequívoca de receio de dano de difícil reparação ou, melhor, de certa impossibilidade de ser reparado, visto que perderá a operação das linhas, em caso de flagrante ofensa à lei, por isso a possibilidade de concessão de antecipação da tutela, na forma do art. 273 do CPC.

Se continuar a licitação, a Impetrante não poderá fazer uso de sua frota de transporte coletivo no DF, tendo em vista que a nova licitação é para todo o território do Distrito Federal, sem ao menos ter garantida eventual indenização prévia decorrente dos levantamentos e avaliações indispensáveis à organização das licitações que o Distrito Federal se omitiu em realizar.

7. Dos pedidos

Por todo o exposto, requer-se:

- a) seja deferida **liminar, inaudita altera parte, ou antecipada a tutela**, na forma do art. 273 do CPC, para determinar às autoridades coatoras que excluam do objeto da Concorrência Pública nº 01/2011 – ST, no estágio em que se encontrar a licitação, as linhas operadas pela frota da Impetrante até a decisão de mérito do presente *Writ* **ou** seja suspensa a referida licitação, no estágio em que se encontrar, até decisão de mérito do presente *Writ*;
- b) determine a notificação das autoridades apontadas como coatoras para prestar informações no prazo legal;
- c) determine a ciência do feito à Procuradoria-Geral do Distrito Federal, na forma do art. 111 da Lei Orgânica do DF e inc. II do art. 7º da Lei nº 12.016/2009, enviando-lhe cópia da inicial, para que, querendo, ingresse no feito;
- d) no mérito, determine ao Distrito Federal que se abstenha de licitar as linhas operadas pela frota da Impetrante até que seja dado cumprimento ao § 2º do art. 42 da Lei nº 8.987/1995, principalmente o cálculo de eventual indenização relativa aos investimentos ainda não amortizados pelas receitas emergentes da concessão.

Termos em que pede e espera deferimento.

Brasília, 12 de abril de 2012.


Sheila Mildes Lopes
OAB/DF nº 23.917

Circunscrição : 1 - BRASILIA

Processo : 2001.01.1.010242-8

Vara : 114 - QUARTA VARA DA FAZENDA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL

Processo: 10242-8/2001

DECISÃO

Vistos e etc.

Da sentença de fls. 538/550, na qual julguel procedentes os pedidos do Ministério Público e concedi antecipação de tutela para a realização de licitação para o Sistema de Transporte Coletivo de Passageiros no Distrito Federal, as partes apresentaram Embargos de Declaração.

O Ministério Público, autor da ação, às fls. 571/573, alegou que haveria obscuridade na sentença porque pediu a licitação das frotas e não das linhas conforme constou da decisão. Em segundo lugar, alegou que solicitou a realização de estudo para que o processo de licitação pudesse ser deflagrado, só que na sentença houve menção de que os estudos estavam feitos e que o processo licitatório deveria ser deflagrado, quando os estudos estariam totalmente defasados. Por isso, requereu o acolhimento dos embargos, com efeito modificativo, para que seja feito novo estudo e que a licitação se realize conforme necessidade atual.

O DF e o DFTRANS, réus na ação, apresentaram os embargos de fls. 607/611, repetiram os questionamentos acima do Ministério Público e acrescentaram que os prazos fixados para início e fim da licitação não constaram do pedido inicial, o que deveria ser revisto. Pediram o acolhimento para sanar a contradição quanto à fixação dos prazos porque eles não foram pedidos pelo Ministério Público.

O SETRANSP/DF também aviou embargos às fls. 643/659. Em primeiro lugar, alegou que o fato de a decisão ter imposto aos réus a obrigação de fazer interferiria na separação dos poderes, ofendendo o art. 2º da Constituição Federal, sendo que o signatário não teria apresentado o fundamento legal para tal interferência.

Em segundo lugar alega que a sentença seria nula por não ter admitido a formação de litisconsórcio passivo obrigatório entre todas as empresas do sistema.

Em tercelro lugar fala em interferência do judiciário quanto ao mérito do ato administrativo, quando determinou a realização de atos em determinado tempo, haja vista que as concessões seriam inatingíveis, porque concedidas com base em leis passadas, estando amparadas pelo ato jurídico perfeito.

Em quarto lugar alegou fato superveniente, que seriam a Lei Distrital 3.229/2003, o Decreto 26029/2005 e a Resolução n. 118/2005, cujas normas prorrogariam as concessões até 2012, de modo que seria impossível a realização licitação como determinado. Pediu o acolhimento dos embargos para reformar a decisão, julgando totalmente improcedentes os pedidos iniciais.

Relatei. Decido.

Cabíveis e tempestivos conheço dos embargos.

No que se refere aos questionamentos do Ministério Público, entendo que eles até podem ser acolhidos, porém devo registrar que ele não se coaduna com a preocupação mostrada ao signatário pelas Ilustres Procuradoras (fls. 506), que estiveram em meu gabinete uns 30 dias antes da prolação da sentença pedindo sua urgência, porque queriam legalizar o sistema. Ai prolatei a sentença, a qual é clara, precisa e dentro do ordenamento jurídico, só que vieram os embargos subscritos por outro ilustre representante do Ministério Público, pedindo a modificação do que foi decidido, porque haveria necessidade de novos estudos e adequação à situação atual.

Com relação à eventual obscuridade entre o que foi pedido e o concedido, embora a decisão

seja clara, entendo que ela deve ser modificada em parte porque esse é o interesse das partes. Observo que, aparentemente, não há interesse na realização da licitação, só que não revogarei a antecipação de tutela que deferi, porque ela atende ao interesse público. Ela apenas será modificada como permite o art. 273, § 4º, do Código de Processo Civil, a fim de que sejam feitos novos estudos para que a licitação possa ser realizada no prazo que fixei e, embora não seja o pedido pelo Ministério Público, é razoável.

Observo que a minha decisão é clara quanto ao que deve ser licitado, só que o pedido do Ministério Público se referia à frota e não à linha, o que deve ser modificado, também por ser interesse das partes. No dispositivo transcreverei a literalidade do pedido para que não venha nova arguição.

Note-se que, com relação aos pedidos antecipatórios, eles foram decididos de acordo com os requerimentos constantes da inicial e o prazo fixado para a realização da licitação era o razoável, por isso falta razão e fundamento aos questionamentos a mais feitos pelo Distrito Federal e pelo DFTRANS, já que a Lei 2.560/2000, estabeleceu que a licitação seria deflagrada logo após os estudos técnicos, os quais deveriam ser realizados em 240 dias. Assim, quando do ajuizamento da ação, tal prazo tinha transcorrido, motivo pelo qual, certamente, o Ministério Público pediu que se deferisse medida antecipatória a fim de que os estudos fossem feitos em 120 dias e mais 120 dias para promover a licitação.

Por isso, a alegação de que teria havido erro na sentença fixando prazos, quando não haveria pedido nesse sentido, é de todo sem sustentação. Para tanto, basta

ler os requerimentos de fls. 46/49.

Sem razão a primeira impugnação do Sindicato. O fato de o magistrado impor ao administrador a obrigação de cumprir a lei não importa em violação ao art. 2º da Constituição Federal. É que o legislativo elaborou a lei e fixou prazos para que as regularizações fossem feitas, o que não aconteceu.

Aí, o fiscal da lei manejou o remédio jurídico correto para que o Administrador fosse compelido a cumprir o comando legal e tudo foi feito dentro dos princípios que regem o estado democrático do direito, porque, do contrário, a ilegalidade por aquele que deveria executar a lei se perpetuaria, o que parece ser o interesse das empresas que fazem parte do sistema. Ora, se não se cumpre a lei, e o princípio constitucional de acesso à jurisdição é inafastável, não há que se falar em interferência do judiciário no executivo em caso como o dos autos.

Ao rejeitar preliminar no mesmo sentido deixei consignado que:

"O Ministério Público, conforme art. 129, I e III, da Constituição Federal e art. 5º, "Caput", da Lei n. 7.437/85, tem legitimidade para propor a presente ação, velando pelo patrimônio público e em defesa do consumidor. A legitimação para agir, de consequência, afasta a alegação de ilegitimidade.

O caso dos autos confirma a necessidade e a utilidade da ação, visto que o administrador não cumpriu a Constituição Federal e as leis que regem a matéria, deixando de realizar a licitação imposta pela norma. Nessa hipótese, de inadimplência executiva, pode o fiscal da lei provocar o judiciário para que imponha, a quem tem o dever legal de agir, a obrigação de cumprir a lei. O pedido, como se nota, na forma do art. 3º da Lei n. 7.347/85 ("A ação civil poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer") e, é, portanto, juridicamente possível de ser atendido".

Nessa linha, o entendimento do TJDF.

"Classe do Processo : 20060110704275APC DF
Registro do Acórdão Número : 321718
Data de Julgamento : 23/07/2008
Órgão Julgador : 4ª Turma Cível
Relator : MARIA BEATRIZ PARRILHA
Publicação no DJU: 22/09/2008 Pág. : 117

3. AGRAVO DE INSTRUMENTO PROVIDO. AGRAVOS REGIMENTAIS PREJUDICADOS".

Ilegalidade essa confirmada pelo STJ em 23.06.2009 ao julgar o REsp 954469-DF (RESULTADO DE JULGAMENTO FINAL: "A TURMA, POR UNANIMIDADE, CONHECEU EM PARTE DO RECURSO E, NESSA PARTE, NEGOU-LHE PROVIMENTO").

Por tudo isso, não há que se falar em fato superveniente amparando eventual direito dos sindicalizados porque as normas invocadas são inconstitucionais e ilegais, tal como consta da ementa acima.

Quanto ao prazo para a realização da licitação, ele foi fixado porque a lei não foi obedecida e havia expresse pedido na inicial nesse sentido. Isto também constou da sentença.

"Com relação à liminar deferida (fls. 95/107), está comprovado que o necessário estudo para a realização da licitação foi feito (fls. 136/177, 204/261, 319/322 e 334/359), restando apenas a deflagração do processo licitatório.

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 o primeiro ato concreto para a realização da licitação (art. 21 da Lei n. 8.666/93)".

Conforme se observa da Lei 2.560/2000, o prazo para a realização total do estudo era de 280 dias, a partir da vigência da lei, o que não foi feito, e contando que se passaram oito anos daquela previsão é que fixei o razoável prazo de 180 dias. É certo, também, que o MP pediu a fixação em 120 dias, o que entendi, em razão do interesse público, fixar em 180 dias.

Agora, depois de quase 10 anos da entrada em vigor da lei, os embargantes vêm defendendo que o prazo não deveria ser fixado, o que é, no mínimo, um absurdo, porque do contrário o Administrador, de acordo com sua conveniência e oportunidade, não realizaria a licitação nunca ou poderia utilizar a "faculdade" da forma que quisesse, quando não foi essa a intenção no momento do ajuizamento da ação e nem o pensamento do legislador quando fez a lei.

É de se observar, ainda, que baixei decisão antecipatória para que a licitação fosse realizada em 180 dias a contar da intimação, do que os embargantes foram intimados pessoalmente e da decisão cabia recurso (agravo de instrumento para suspender seus efeitos), não havendo notícias nos autos de que eles tenham sido aviados. Em diversas entrevistas que vi, o Sr. Secretário de Transportes do Distrito Federal declarou que não recorreria da decisão e que a cumpriria, sendo aquela a intenção da política do governo, mas o que se viu foi outro posicionamento, tendo em vista a apresentação dos embargos, questionando justamente a fixação de prazo.

Como o próprio autor da ação manifestou seu desinteresse no cumprimento total da antecipação de tutela, apenas a modificarei, tal como me permite a lei, para que novos estudos sejam feitos pelo Distrito Federal e DFTRANS, em até 120 vinte dias, a partir da intimação desta decisão e que a licitação seja concluída em até 180 dias a partir do prazo de encerramento dos estudos, mantendo-se, no mais, o que se decidiu.

Com relação à multa fixada, entendo por bem reduzi-la para R\$10.000,00, haja vista que os recursos são públicos, só que sem sua fixação, que pode levar à responsabilização pessoal do Administrador, as decisões não têm efetividade. Ademais, havendo decisão judicial eventualmente suspendendo a realização da licitação, a multa ficará suspensa, haja vista que aí não haveria desídia do administrador.

Com os esclarecimentos acima, acolho parcialmente os embargos apresentados pelo Ministério

Público, Distrito Federal e DFTRANS, para modificar o dispositivo da sentença, o qual passará a ter a seguinte redação:

"Em face do exposto, com base no art. 269, I, do Código de Processo Civil, confirmando os efeitos da liminar de fls. 95/107, julgo procedentes os pedidos formulados pelo Ministério Público, a fim de:

a) impor ao Distrito Federal e DFTRANS, obrigação de fazer consistente em realizar (iniciar e encerrar), no prazo de até 120 (cento e vinte dias), novos ESTUDOS TÉCNICOS NECESSÁRIOS PARA PROMOVER LICITAÇÃO QUE ENGLOBE AS NECESSIDADES ATUAIS E FUTURAS, A QUANTIDADE DE FROTA ALOCADA ANTES E DEPOIS DA CF DE 1988, SEM RESPALDO EM PRÉVIO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO, BEM COMO AS PERMISSÕES QUE VÊM SENDO EXPLORADA POR MAIS DE 10 ANOS, DEVENDO TAIS ESTUDOS PREVEREM SOLUÇÕES PARA ELIMINAR E EVITAR A FORMAÇÃO DE OLIGOPÓLIOS; e,

b) impor aos réus, Distrito Federal e DFTRANS, após o transcurso do prazo acima, obrigação de fazer consistente em 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.

Por isso, declaro o feito resolvido no mérito.

Com base no art. 461, "Caput" e § 3º, c/c o art. 273, § 4º, do Código de Processo Civil, concedo a tutela específica requerida na inicial para impor aos réus (DF e DFTRANS), como se passaram mais de 21 anos da entrada em vigor da Constituição Federal de 1988 e mais de 09 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, a obrigação de fazer consistente nas determinações acima, a contar da intimação desta decisão.

Para efetividade e cumprimento da decisão judicial, e com base no art. 11 da Lei n. 7.347/85, fixo multa diária de R\$10.000,00, a contar dos 400 dias para cumprimento do que aqui se decidiu, a ser paga pelos réus (Distrito Federal e DFTRANS), para o caso de descumprimento.

Intimem-se os réus (Distrito Federal e DFTRANS), pessoal e imediatamente, para cumprimento da modificação da tutela específica.

Sem custas, porque os réus são isentos delas e o Ministério Público não as adiantou para eventual reembolso. Sem honorários "já que o Ministério Público não poderia recebê-los, ademais não há condenação de honorários na ação civil pública movida pelo Ministério Público e julgada procedente, por ser vedado ao autor recebê-los" (RT 729/202).

Anote-se quanto à condição de assistente do SESTRANSP, no pólo passivo. Sem custas e sem honorários para a intervenção, uma vez que ingressou na ação quando o feito aguardava apenas a prolação de sentença.

Sentença sujeita ao reexame necessário, cujos autos, não havendo recursos voluntários, devem ser enviados ao TJDF para os devidos fins".

Oportunamente, dê baixa e arquivem-se.

P.R.I.

Brasília - DF, 24 de junho de 2009.

Arnaldo Corrêa Silva
Juiz de Direito

Circunscrição : 1 - BRASILIA

Processo : 2001.01.1.010242-8

Vara : 114 - QUARTA VARA DA FAZENDA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL

Processo : 2001.01.1.010242-8

Ação : AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Autor : MINISTÉRIO PÚBLICO

Réu : DISTRITO FEDERAL e outros

S E N T E N Ç A

Vistos e etc.

O Ministério Público do Distrito Federal e Territórios ajuizou a presente Ação Civil Pública, em face do Distrito Federal e do extinto DMTU (Departamento Metropolitano de Transportes Urbanos do Distrito Federal, atual DFTRANS) sob o argumento de que o Distrito Federal omite-se em proceder à necessária licitação para a prestação do serviço urbano de transporte coletivo. Afirma que restou apurado no Procedimento de Investigação Preliminar nº 08190.059908/990 - 028, que as empresas que operavam o sistema urbano de transporte coletivo o fazia de forma irregular, com a quase totalidade da frota circulando com base em autorizações do DMTU, sem origem em procedimento licitatório.

Alegou que mesmo promovendo licitações nos anos de 1989, 1991 e 1997, o Distrito Federal optou em manter as antigas permissões emitidas precariamente. Assevera que o princípio constitucional da competitividade encontra-se prejudicado com a concentração de 80% do sistema sob o domínio de apenas três grupos econômicos. Tece comentários sobre a falta de interesse político em alterar o quadro fático, apontando diversos dispositivos de lei que estariam sendo violados. Questiona a desproporção das tarifas praticadas diante de um serviço ineficiente, com muitos veículos obsoletos, expondo a comunidade a risco de acidentes. Concluiu que a realidade descrita contraria o regime constitucional de prestação de serviços públicos, o qual impõe a livre concorrência e a defesa do consumidor. Em antecipação de tutela, requereu, primeiramente, que fosse determinado ao réu a realização dos estudos prévios necessários ao procedimento licitatório em 120 dias e, após este prazo, promover a licitação do serviço a tantos novos concessionários quanto admitir o sistema. Juntamente com a confirmação final do pedido, requereu a condenação dos réus nos ônus da sucumbência.

Cumprindo ordem deste juízo (fl. 70), o DMTU manifestou-se contrário ao pedido de antecipação de tutela, alegando a existência de lei e ato normativo local determinando a medida requerida sem impor o prazo assinado pelo autor (fls. 74/77). O Distrito Federal, por sua vez, acresceu que a deflagração do processo licitatório é decisão que cabe à Administração Pública discricionariamente (fls. 79/81).

Em nova manifestação, o Ministério Público refutou os argumentos dos réus alegando que as medidas já tomadas são ineficazes por visarem tão-somente a expansão do serviço dentro do prazo de cinco anos, preservando os contratos firmados até então (fls. 85/93).

Pela decisão de fls. 95/106, restou deferido em parte o pedido de antecipação de tutela, para que no prazo de 120 dias fossem realizados estudos técnicos a instruir o procedimento licitatório, informando acerca da situação legal da frota em atividade.

O DMTU apresentou contestação onde, em preliminar, alegou ser parte ilegítima por não ter competência para a outorga de concessões e permissões, além da carência da ação, uma vez que a pretensão do autor já se encontra assegurada pela publicação da Lei nº 2.560/2000. Opôs-se ao mérito argumentando cuidar-se de decisão discricionária competente ao Poder Executivo de forma a afastar a possibilidade de intervenção do Judiciário. Afirmou não proceder as alegações de que o serviço atual é prestado sem amparo legal, enumerando vários instrumentos normativos legitimadores das outorgas emitidas.

Asseverou que ainda não haviam sido concluídos os estudos necessários a licitação por razões de ordem prática, entretanto entende não haver fundamento legal para a imposição de prazo,

como pretendido pelo autor. Informou que a pretensão ora deduzida coincide com o objeto da ação proposta pela empresa RÁPIDO BRASÍLIA TRANSPORTE E TURISMO LTDA, em tramitação na 8ª Vara de Fazenda Pública (fls. 108/119). Acompanha a contestação, cópia do procedimento administrativo composto dos estudos até então levantados (fls. 121/177).

Às fls. 181/192 consta recurso de agravo de Instrumento interposto contra a decisão que antecipou em parte os efeitos da tutela. A decisão agravada foi mantida por este juízo pelo despacho de fls. 194. Cópia da decisão negando seguimento ao recurso de agravo às fls. 197 e verso.

O Distrito Federal requereu sua exclusão da lide, entendendo não haver interesse jurídico a justificar sua presença no feito (fls. 202/203). Às fls. 204/261, o DMTU apresentou o resultado do estudo acerca das permissões e autorizações das empresas operantes à época, bem como sobre a projeção da demanda para os próximos cinco anos.

O Ministério Público replicou a preliminar de ilegitimidade levantada pelo DMTU, alegando que o órgão é o competente para apresentar as informações necessárias ao procedimento licitatório. Quanto a preliminar de carência de ação por falta de interesse de agir, afirmou que as medidas tomadas até

então não se revelaram satisfatórias por preservarem as autorizações em favor das operadoras em atividade. No mérito, refutou o argumento de que o tema circunscreve-se ao poder discricionário do Administrador, salientando o elevado número de veículos em situação irregular por um prolongado espaço de tempo.

Informou que a ação proposta pela empresa RÁPIDO BRASÍLIA TRANSPORTE E TURISMO LTDA, perante a oitava vara de fazenda pública, foi extinta sem resolução do mérito. Entendeu que o estudo de fls. 204/261 não foi conclusivo e apresentou um rol com cinco quesitos, requerendo que fosse determinada a sua resposta no prazo de 15 dias (fl. 282). Requereu a complementação dos estudos no que se refere às medidas contrárias a formação de oligopólio na prestação do serviço (fls. 263/284).

Às fls. 290 restou decidido pela manutenção do Distrito Federal na lide.

Às fls. 300 o DMTU requereu a suspensão do feito pelo prazo de 90 dias, a fim de submeter o questionamento do autor aos órgãos competentes.

O Ministério Público, discordando do pedido de suspensão, entendeu que a existência de projeto de lei, prevendo a expansão do sistema de transporte urbano, em tramitação na Assembleia Legislativa torna imperiosa a conclusão dos estudos destinados a impedir a formação de oligopólio. Ao final, confirmou o pedido para que no prazo de 15 dias fosse apresentada a complementação dos estudos deferidos em antecipação de tutela e alterou o pedido referente aos quesitos, para que fossem respondidos dentro de um prazo de 60 dias (fls. 303/309).

Nova manifestação do MPDFT contrária a conexão argüida pelo juízo da Segunda Vara de Fazenda, onde tramita Ação Popular requerendo a anulação de permissão para a circulação de 234 ônibus sem concorrência pública (fls. 311/317).

Às fls. 318/323 o DMTU apresenta resposta aos quesitos formulados pelo autor.

Pela decisão de fls. 327 foi deferido prazo de 60 dias para a apresentação dos estudos destinados a adoção de medidas contrárias à formação de oligopólios e prazo de 30 dias para a apresentação dos cinco últimos relatórios da Gerência Operacional do STPC/DF, conforme requerido na inicial (fl. 49). Ao final, levantou-se a hipótese de prova pericial.

O DMTU, entendendo cumprir as determinações deste juízo, apresentou os documentos de fls. 334/359.

O autor manifestou-se favorável a produção de prova pericial (fl. 361) e o DMTU afirmou não ter novas provas a produzir (fl. 364).

O Distrito Federal volta aos autos retratando-se da primeira manifestação de fls. 202/203 e manifestando-se contrário a pretensão do autor. Informou que os estudos necessários a realização da licitação já estão sendo realizados (fl. 381).

CONFIRMAR

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR PRESIDENTE DO
CONSELHO ESPECIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO
FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS**

Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios
SERPET

13/04/2012

18:32:11

8481



CONDOR – TRANSPORTES URBANOS LTDA., empresa privada, permissionária do serviço de transporte público coletivo do Distrito Federal, CNPJ nº 00.647/289/0001-35, com sede e foro no Distrito Federal, no SGCV/Sul, Conjunto 07 e 08, Brasília/DF, CEP 71.215-100, vem, perante esse egrégio Conselho Especial, por intermédio de seus procuradores,¹ com fulcro no art. 1º da Lei nº 12.016, de 7 de agosto de 2009, e alínea “c” do art. 8º do Regimento Interno desse Tribunal, ajuizar

MANDADO DE SEGURANÇA

com pedido de liminar *inaudita altera parte*

contra ato ilegal do Governador do Distrito Federal, do Secretário de Transportes e do Presidente da Comissão Especial de Licitação da Concorrência Pública nº 01/2011 da Secretaria de Transportes,² que fizeram publicar o Edital da referida licitação, com data de abertura para o dia 18 de abril de 2012,³ sem observar os procedimentos obrigatórios previstos no art. 42 da Lei nº 8.987/1995, principalmente o comando do § 2º desse dispositivo.

¹ ANEXO 01 – Instrumento de mandato.

² ANEXO 02 – Instituída pela Portaria nº 13/2012-ST, do Secretário de Estado de Transportes do Distrito Federal.

³ ANEXO 03 – Aviso de Retificação de Edital e Prorrogação da Concorrência Pública 01/2011, publicada no Diário Oficial do Distrito Federal de 07 de março de 2012, às fls. 41/42.

1. Das autoridades coatoras

Indicam-se o Governador, o Secretário de Transportes do Distrito Federal e o do Presidente da Comissão Especial de Licitação – CEL, como autoridades coatoras, eis que a inobservância do art. 42 da Lei nº 8.987/1995, na redação dada pela Lei nº 11.445/2007, consiste na omissão do poder concedente de realizar uma série de providências anteriores às licitações das concessões, inclusive o cálculo de eventual indenização relativa aos investimentos ainda não amortizados pelas receitas emergentes das permissões ou concessões.

O Presidente da CEL tem suas atribuições definidas pelo art. 6º, inc. XVI, da Lei nº 8.666/1993, adstritas ao recebimento, exame e julgamento dos documentos e dos procedimentos relativos às licitações e ao cadastramento de licitantes. Não teria, então, poder decisório para ordenar a suspensão do certame em face de procedimentos anteriores e que requerem poder decisório que extrapola suas atribuições.

O descumprimento do § 2º do art. 42 da Lei nº 8.987/1995 está circunscrito a uma decisão governamental de ordenar levantamentos e avaliações indispensáveis à organização das licitações de concessões, inclusive de celebrar 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.

Flagrantemente não são atos de competência da CEL, nem de seu presidente ou membros, mas do secretário da Pasta responsável pela licitação e do Governador do Distrito Federal, como representante do poder concedente.

2. Do breve relato

A Constituição Federal determina, no art. 175, que a prestação dos serviços incumbe ao Poder Público, diretamente ou *sob regime de concessão ou permissão*.

Esse dispositivo foi regulamentado pela Lei nº 8.987/1995, posteriormente alterada pela Lei nº 11.445/2007, que fixou diretrizes para as licitações e a prestação dos serviços públicos, entre os quais o de transporte coletivo de passageiros, para os estados, Distrito Federal, municípios e a União.

O edital da concorrência em comento, em seu preâmbulo, assenta que será regido, dentre outras normas, pela Lei de Concessões supracitada.

À margem dessa norma, o Distrito Federal instaurou certame, sem realizar os 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, donde se inclui cálculo de eventual

indenização aos concessionários.

A lei é de clareza solar.

O presente *Writ* dirige-se, portanto, a obter tutela judicial para que o Distrito Federal seja compelido a cumprir o inteiro teor do art. 42 da Lei nº 8.987/1995.

Salienta-se que não haverá solução de continuidade no transporte coletivo, eis que a Impetrante é concessionária e presta serviços normalmente.

3. Dos fundamentos jurídicos

3.1. O que determina a lei

O § 2º do art. 42 da Lei nº 8.987/1995 define três espécies de concessões:

- a) em caráter precário;
- b) com prazo vencido; e
- c) em vigor por prazo indeterminado.

A norma estabelece que 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.

Ou seja, não pode haver outorga de novas concessões enquanto não houver os levantamentos e avaliações prévias que incluem, inclusive, as indenizações devidas aos particulares, por investimentos não amortizados, na forma do rito estabelecido nos incs. I, II e III do § 3º, § 4º e § 5º do art. 42 da Lei nº 8.987/1995.⁴

⁴ BRASIL. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Art. 42: " [...] § 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: (Incluído pela Lei nº 11.445, de 2007).

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; (Incluído pela Lei nº 11.445, de 2007).

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 (Incluído pela Lei nº 11.445, de 2007).

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. (Incluído pela Lei nº 11.445, de 2007).

§ 4º Não ocorrendo o acordo previsto no inciso II do § 3º deste artigo, o cálculo da indenização de investimentos

As indenizações referidas são expressamente previstas no inc. I do § 3º do art. 42 da norma:

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 Lei⁵

Essa também é a conclusão de Marçal Justen Filho ao tecer esclarecimentos especificamente sobre a indenização aos concessionários por bens não amortizados, procedimento que se insere no rol de ações do § 2º do art. 42 supracitado:

No término da concessão, **assegura-se ao concessionário a indenização pelos bens reversíveis ainda não amortizados**. Essa transferência compulsória de domínio dos bens corresponde a uma modalidade de desapropriação. Exige-se, portanto, **prévia e justa indenização em dinheiro**.⁶

É para assegurar que o Estado não se locuplete sobre o particular que a lei criou essa condição prévia às licitações, além de tentar garantir a execução de serviços dentro de uma margem de sustentabilidade financeira.

A jurisprudência também é pacífica nesse sentido:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. LICITAÇÃO E CONTRATO ADMINISTRATIVO. ANULATÓRIA. CONCESSÃO DE TRANSPORTE PÚBLICO. CONCESSÃO PRECÁRIA. ART. 42, §2º, DA LEI 8.987/95. PRAZO NÃO INFERIOR A 24 MESES. AUSÊNCIA DE VEROSSIMILHANÇA.

O art. 42, §2º, da Lei 8.987/95 prevê que as concessões precárias serão **consideradas válidas por prazo não inferior a dois anos, até que sejam realizados os levantamentos e as avaliações indispensáveis à abertura de novo processo licitatório**. Prazo que tem por marco inicial a devida notificação da concessionária.⁷

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. (Incluído pela Lei nº 11.445, de 2007).

§ 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. (Incluído pela Lei nº 11.445, de 2007).

§ 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. (Incluído pela Lei nº 11.445, de 2007).

⁵ BRASIL. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Art. 42, § 3º, inc. I.

⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria Geral das Concessões de Serviço Público. Dialética, 2003, p. 570.

⁷ Agravo de Instrumento Nº 70025190430, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Denise

DIREITO ADMINISTRATIVO. SERVIÇO PÚBLICO DE TRANSPORTE COLETIVO DE PASSAGEIROS. LICITAÇÃO. Tendo o Município revogado, sem prévio aviso de 24 meses previsto no § 2º do art. 42 da Lei nº 8.987/95, a permissão, em caráter precário, iniciada antes da CF/88, concedida por tempo indeterminado, de exploração de serviço público de transporte coletivo de passageiros, impõe-se declarar a suspensão do certame em andamento, porquanto, em casos tais, **permanece a permissão válida pelo prazo necessário à realização dos levantamentos e avaliações indispensáveis à organização das licitações que precederão a outorga das concessões que as substituirão.**⁸

Findo o prazo de duração do contrato de concessão de serviço público celebrado antes do advento da Constituição de 1988 sem licitação, opera-se a prorrogação legal por prazo indeterminado apenas pelo tempo necessário à realização de levantamentos e avaliações indispensáveis para que o Poder Público proceda à realização de licitação.⁹

O Superior Tribunal de Justiça, recentemente, concedeu cautelar¹⁰ para sustar licitação do Município de Anápolis, em relação a processo em que não foram realizados os levantamentos e avaliações indispensáveis à organização da licitação, na forma do art. 42, §§ 2º e 3º, da Lei 8.987/1995.

Em relação a esse julgado, na decisão do julgamento do Agravo em Recurso Especial nº 15693 – GO, manifestou-se o Relator no seguinte sentido:

Registro, ademais, sobre a alegada contrariedade aos artigos 42, parágrafos e incisos, da Lei nº 8.987/95 e 58 da Lei nº 11.445/2007, relacionados à pretensa indenização antes da nova licitação, que a sentença permaneceu inalterada pelo acórdão recorrido nessa parte, tendo em vista que as apelações do Ministério Público e da ora agravante não foram conhecidas porquanto intempestivas. Não houve, portanto, debate acerca da questão de fundo.¹¹

A licitação que o DF está promovendo, sem realizar antecipadamente o cálculo de eventual indenização, é a **falência da Impetrante e contrária**, de modo claro e grosseiro, a previsão legal.

Vejam-se os comentários de Marçal Justen Filho a respeito da **destruição** do particular pela ausência de indenização prévia:

Não se admite que o Estado, prevalecendo-se dos poderes jurídicos recebidos para realizar o bem comum, destrua um particular. Essa destruição se produzirá quando Estado omitir o pagamento da indenização e constranger o ex-concessionário a recorrer ao Poder Judiciário. A demora na liquidação da indenização será de tal ordem que o ex-concessionário provavelmente não conseguirá sobreviver

Oliveira Cezar, Julgado em 17/09/2008.

⁸ Agravo de Instrumento Nº 70015869019, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Roque Joaquim Volkweiss, Julgado em 27/09/2006.

⁹ Apelação Cível Nº 70010124295, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Isabel de Azevedo Souza, Julgado em 28/04/2005.

¹⁰ ANEXO 04 – Decisão. Medida Cautelar nº 18.408 - GO (2011/0209768-2). Rel. Min. César Asfor Rocha. Segunda Turma.

¹¹ STJ. Agravo em Recurso Especial nº 15.693/GO. (2011/0069998-9). Publicado no DJe de 09 de abril de 2012.

empresarialmente.

[...]

Há outro ângulo da questão a ser considerado. Essas práticas abusivas desenvolvidas pelo Estado acabam por produzir profundos malefícios. Além dos sacrifícios aos princípios mais basilares do Estado democrático do Direito, condutas desse jaez são patrimonialmente prejudiciais. **Mais cedo ou mais tarde, o Estado terá de desembolsar a indenização, que será muito mais elevada do que se passaria se o pagamento ocorresse no momento devido.**¹²

Alinham-se, pois, a lei e a jurisprudência para garantir a Impetrante seja atendido o comando do § 2º do art. 42 da Lei nº 8.987/1995.

3.2. Da decisão do TCDF obrigando o DF a cumprir o art. 42 da Lei nº 8.987/1995

O Tribunal de Contas do Distrito Federal - TCDF, ao analisar o primeiro edital, já havia se pronunciado a respeito e determinou que a Secretaria de Transportes adotasse providências para atender ao art. 42, § 3º, da Lei nº 8.987/1995, conforme Decisão nº 3.984/2011, no seguinte sentido:

O Tribunal, por unanimidade, de acordo com o voto do Relator, decidiu: I - tomar conhecimento [...] do Edital da Concorrência nº 01/2011-ST [...] II - **determinar à Secretaria de Transportes** que apresente as contrarrazões que entender pertinentes ou **adote as seguintes providências:** [...] e) quanto ao possível descumprimento do art. 42, § 3º, da Lei nº 8.987/95 [...].

Na Decisão de nº 446/2012 do TCDF, superveniente à deliberação supracitada, tal item não foi objeto de análise, quer se presumir por esquecimento ou falha, pois no voto¹³ do Relator, simplesmente não consta menção ao dispositivo.

Esse fato já foi aventado no Tribunal, por meio de representação protocolada pelo Sindicato.¹⁴

4. Do direito líquido e certo da Impetrante

A Impetrante possui direito líquido e certo, **previsto em lei de ordem pública**, de que sua concessão permaneça válida pelo prazo necessário à realização dos levantamentos e avaliações indispensáveis, previstos no § 2º do art. 42 e discriminadas nos dispositivos seguintes, incluindo o cálculo de eventual indenização relativa aos investimentos ainda não amortizados.

Para se concretizar esse direito, na redação do referido dispositivo, sua concessão precisa ser de caráter precário, com prazo vencido ou em vigor por

¹² JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria geral das concessões de serviço público. São Paulo: Dialética, 2003.

¹³ ANEXO 05 – Voto do Relator.

¹⁴ ANEXO 06 – Representação protocolizada no Tribunal de Contas do Distrito Federal – TCDF.

prazo indeterminado.

A Impetrante possui o legítimo direito de operação do serviço de transporte público coletivo de uma frota representada por um lote de 84 (oitenta e quatro) ônibus, a qual é constituída por 20 (vinte) ônibus convencionais e 64 (sessenta e quatro) do tipo Padron EBTU/GEIPOT, mediante termo¹⁵ de transferência de permissão celebrado com a empresa Arco Transportes Urbanos Ltda. (sucessora¹⁶ da Empresa Manauara de Transportes Coletivos Ltda.), anuído pela Secretaria de Transportes do Distrito Federal, com prazo **indeterminado**.¹⁷

As ordens de serviço do DFTRANS, em anexo, comprovam que a Impetrante explora as linhas de sua permissão.¹⁸

Logo, se possui contrato de permissão por prazo indeterminado, na forma do § 2º do art. 42 da Lei nº 8.987/1995, deve permanecer válido pelo prazo necessário à realização dos levantamentos e avaliações, na dimensão necessária e suficiente para a realização do cálculo de eventual indenização relativa aos investimentos ainda não amortizados.

5. Da comprovação da lesividade da ausência da providência do art. 42 da Lei nº 8.987/1995

5.1. Das aquisições de ônibus especiais para as concessões

Apenas para ilustrar, a gravosidade da omissão estatal, basta lembrar que, em 2007, o Distrito Federal obrigou os concessionários a renovarem sua frota, sob pena de terem seus atos de permissão extintos. Esse fato é inconteste, pois foi ordenado mediante decreto.¹⁹

Em 2009, a situação se repetiu, por meio do Decreto nº 30.055/2009,²⁰ foi concedido prazo máximo de 18 meses para os concessionários renovarem todos os veículos que apresentem idades superior à estabelecida na Resolução 176/1986.²¹

Esta medida de renovação de frota também foi imposta por todos os governos anteriores. Veja por exemplo, o ofício nº 908/2005-GAB/ST de 05/08/2005 que exigia também a renovação e inclusive apresentou um quadro de renovação mínima da Impetrante, para os anos de 2006 e 2009.

¹⁵ ANEXO 07 – Termo de transferência de permissão, republicado com correção no DODF de 31 de janeiro de 1997, p. 821.

¹⁶ ANEXO 08 – Vide Recurso Especial nº 137.482/Distrito Federal.

¹⁷ ANEXO 09 – Vide fl. 2 do Termo de Permissão em que o Distrito Federal outorga à empresa Manauara de Transportes Coletivos Ltda.

¹⁸ ANEXO 10 – Ordens de serviço do DFTRANS.

¹⁹ ANEXO 11 – Decreto nº 27.911, de 2 de fevereiro de 2007.

²⁰ ANEXO 12 – Decreto nº 30.055, de 12 de fevereiro de 2009.

²¹ ANEXO 13 – Resolução nº 176/1986.

Nessa Resolução nº 176/1986, o tempo de utilização dos ônibus é de 10 anos para os veículos articulados *padron* e 7 anos para os demais. Ora, somente após o decurso desse lapso temporal de 10 e 7 anos é que se poderia considerar que o concessionário teria amortizado o investimento realizado. Antes disso, tem direito à indenização, pois seu investimento não foi amortizado.

Além disso, os veículos são inservíveis para outras atividades, pois são adquiridos conforme especificação determinada pelo poder concedente para utilização exclusiva nas concessões, conforme se pode verificar no edital em anexo.

A título de exemplo, a Impetrante, em 2007, adquiriu, por meio de Cédula de Crédito Bancário, em decorrência da determinação do DF, 84 (oitenta e quatro) ônibus.²² Se esses veículos, em uma conta conservadora, forem depreciados no período mínimo de 7 (sete) anos da referida Resolução, ainda em 2012, restariam mais dois anos para ter seu investimento amortizado, de modo que é incontestável o direito à indenização.

5.2. Da infraestrutura de apoio à operação de transporte coletivo

Os bens que precisam ser indenizados não são somente os veículos, mas também os equipamentos e instalações utilizados na operação do STPC-DF, na forma do art. 38 do Decreto²³ nº 30.584/2009, e dos arts. 13, 14 e 15 da Lei nº 4.011/2007.²⁴

São também todos os equipamentos e instalações utilizados como apoio à operação de transporte coletivo. Nesse sentido, deve haver indenização em relação também às garagens²⁵ de apoio utilizadas pela Impetrante para manutenção e guarda da frota, bem como acomodação de pessoal e gestão das operações diárias.

Os terrenos para construção das garagens foram adquiridos somente

ANEXO 14 – Instrumento de Constituição de Alienação Fiduciária em Garantia para aquisição dos ônibus, com anexo demonstrando a aquisição dos veículos em 6 de junho de 2007.

²³ DISTRITO FEDERAL. Decreto nº 30.584, de 16 de julho de 2009. Art. 38: “Todos os veículos, equipamentos e instalações necessários à operação do STPC/DF deverão ter seus dados cadastrados e atualizados na Entidade Gestora, de acordo com as características e especificações fixadas no Edital de Licitação, no Contrato de Adesão ou em normas complementares.”

²⁴ DISTRITO FEDERAL. Lei nº 4011, de 12 de setembro de 2007. Arts. 13, 14 e 15: “Art. 13. Os veículos, equipamentos e instalações necessários à operação do serviço estarão sujeitos a vistoria prévia e periódica e deverão ter seus dados registrados e atualizados na entidade gestora, de acordo com as características e especificações fixadas no termo de delegação e nas normas complementares. Art. 14. A entidade gestora estabelecerá, em ato próprio, as idades média e máxima da frota a ser utilizada na operação, precedido de estudo técnico, ouvido o Conselho do Transporte Público Coletivo do Distrito Federal — CTPC/DF. Art. 15. A infra-estrutura operacional de responsabilidade dos delegatários deverá ser suficiente e adequada à execução dos serviços.”

²⁵ DISTRITO FEDERAL. Decreto nº 30.584, de 16 de julho de 2009. Aprova o Regulamento do Sistema de Transporte Público Coletivo do Distrito Federal, instituído pela Lei Orgânica do Distrito Federal. Art. 88. Declarada a extinção da delegação, a Entidade Gestora assumirá o controle do serviço, até sua adjudicação a outro delegatário. Parágrafo único. Para efeito de operacionalização do previsto neste artigo, a Entidade Gestora poderá buscar, dentro do próprio STPC/DF, os meios materiais e humanos necessários, assim entendidos o pessoal, os veículos, as garagens, as oficinas e demais meios pertinentes.

para abrigarem as frotas, tendo em vista a setorização obrigatória das atividades desenvolvidas em Brasília, ou seja, são setores específicos e restritos a determinadas atividades. Logo, essas garagens, obrigatórias pelo Regulamento²⁶ do Sistema de Transporte Público Coletivo do Distrito Federal, tem sua finalidade específica, vedando-se seu aproveitamento para outros fins.

Além disso, essas garagens são equipadas com maquinário próprio para ônibus, não tendo nenhuma outra utilidade para outros fins que não a manutenção de ônibus. Cita-se como exemplo as máquinas para lavar ônibus, galpões com valas de manutenção inúteis para outros tipos de veículos, postos de combustível, etc.

5.3. *Dos custos com desmobilização de pessoal e a Lei nº 12.506/2011*

Os custos de desmobilização são fatos notórios. Decorrem de lei.

Devido a condição de trabalho e a favorável convenção coletiva²⁷ que garante aos funcionários jornada reduzida de 36 horas, *ticket* refeição, *ticket* alimentação, plano de saúde, plano odontológico, sete dias a mais de férias, dentre outras vantagens, isso traduz num tempo médio de permanência na empresa, superior a 5 anos.

Considerando que a empresa iniciou sua operação há mais de quinze anos, com o encerramento das atividades somente voltadas para o transporte coletivo de passageiros, vinculado às permissões/concessões celebradas, com base na nova Lei nº 12.506/2011, o aviso prévio de parte dos funcionários será mais de 30 dias, em alguns casos de 90 dias, lembrando ainda que será necessário fazer o depósito de 50% de multa rescisória.

Obviamente, pela magnitude das indenizações por rescisão de contratos de trabalho, não pode o Distrito Federal omitir-se no cumprimento do art. 42 da Lei nº 8.987/1995.

6. Dos requisitos da liminar

O *fumus boni iuris* está satisfeito na medida em que é indubitável o comando legal do § 2º do art. 42 da Lei nº 8.987/1995, conforme já foi alertado pelo Tribunal de Contas do Distrito Federal ao Governo do DF.

O perigo da demora está satisfeito, pois a licitação tem data de abertura das propostas marcada para o dia 18 de abril, conforme se verifica do edital em anexo,²⁸ data em que se concretizarão os danos irreparáveis ao direito da Impetrante de receber a tutela legal que lhe garante o § 2º do art. 42 da Lei nº

²⁶ DISTRITO FEDERAL. Decreto nº 30.584, de 16 de julho de 2009. Aprova o Regulamento do Sistema de Transporte Público Coletivo do Distrito Federal, instituído pela Lei Orgânica do Distrito Federal.

²⁷ ANEXO 15 – Convenção Coletiva.

²⁸ ANEXO 16 – Edital da Concorrência Pública nº 01/2011 – ST.

8.987/1995.

Há, também, prova inequívoca de receio de dano de difícil reparação ou, melhor, de certa impossibilidade de ser reparado, visto que perderá a operação das linhas, em caso de flagrante ofensa à lei, por isso a possibilidade de concessão de antecipação da tutela, na forma do art. 273 do CPC.

Se continuar a licitação, a Impetrante não poderá fazer uso de sua frota de transporte coletivo no DF, tendo em vista que a nova licitação é para todo o território do Distrito Federal, sem ao menos ter garantida eventual indenização prévia decorrente dos levantamentos e avaliações indispensáveis à organização das licitações que o Distrito Federal se omitiu em realizar.

7. Dos pedidos

Por todo o exposto, requer-se:

- a) seja deferida **liminar**, *inaudita altera parte*, **ou** **antecipada a tutela**, na forma do art. 273 do CPC, para determinar às autoridades coatoras que excluam do objeto da Concorrência Pública nº 01/2011 – ST, no estágio em que se encontrar a licitação, as linhas operadas pela frota da Impetrante até a decisão de mérito do presente *Writ* **ou** seja suspensa a referida licitação, no estágio em que se encontrar, até decisão de mérito do presente *Writ*;
- b) determine a notificação das autoridades apontadas como coatoras para prestar informações no prazo legal;
- c) determine a ciência do feito à Procuradoria-Geral do Distrito Federal, na forma do art. 111 da Lei Orgânica do DF e inc. II do art. 7º da Lei nº 12.016/2009, enviando-lhe cópia da inicial, para que, querendo, ingresse no feito;
- d) no mérito, determine ao Distrito Federal que se abstenha de licitar as linhas operadas pela frota da Impetrante até que seja dado cumprimento ao § 2º do art. 42 da Lei nº 8.987/1995, principalmente o cálculo de eventual indenização relativa aos investimentos ainda não amortizados pelas receitas emergentes da concessão.

Dá-se à causa o valor de R\$ 1.000,00 (hum mil reais) para meramente fins fiscais.

Termos em que pede e espera deferimento.

Brasília, 13 de abril de 2012.


Sheila Mildes Lopes

OAB/DF nº 23.917