



Poder Judiciário
Justiça do Distrito Federal e dos Territórios
Segunda Vara da Fazenda Pública

Autor: VIPLAN – Viação Planalto Ltda
Réu: Distrito Federal
Autos nº 139519-4/12

Decisão

Vistos etc...

Trata-se de ação submetida ao rito ordinário onde consta como demandante **VIPLAN – Viação Planalto Ltda**. Requer a autora, em breve síntese, a antecipação dos efeitos da tutela em desfavor do **Distrito Federal**, a fim de obter a suspensão da Concorrência Pública nº 01/2011 destinada à Concessão do Serviço Básico Rodoviário de Transporte Público Coletivo do Distrito Federal.

Afirma, em breve síntese, que a Lei nº 8666/93 e a Lei nº 9897/95 impedem a instalação de procedimento licitatório sem o necessário estabelecimento da forma de indenização dos atuais permissionários. Acrescenta que a referida omissão compromete a legalidade do certame.

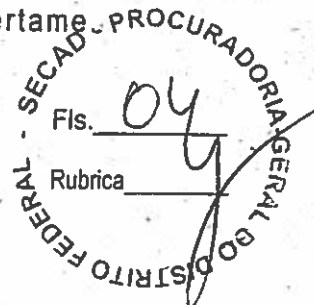
É o breve relatório.

Decido.

Para que seja concedida a antecipação dos efeitos da tutela pretendida no pedido inicial mostra-se necessária a presença de dois

Incluído na Pauta: 14/09/2012 1/3

Último andamento: 13/09/2012 - AGUARDA PUBLICACAO NO DJE - 14092012



determinada em razão de sentença proferida em sede de ação civil pública e, consoante justificção prévia, a questão referente à indenização prévia não fora suscitada perante tal Juízo.

Diante do exposto, indefiro o pedido de liminar.

Comunique-se às autoridades impetradas, solicitando-lhes as informações, no prazo legal.

Intime-se a Procuradoria do Distrito Federal para que, querendo, ingresse no feito, nos termos do artigo 7º, inciso II, da Lei n.º 12.016/2009.

Após, encaminhem-se os autos à douda Procuradoria de Justiça.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília - DF, 21 de maio de 2012.

Desembargador ROBERVAL CASEMIRO BELINATI - Relator"

No mais, o art. 42, da Lei nº 8987/95, não impõe que os critérios de indenização sejam estabelecidas antes da abertura de procedimento licitatório, como acredita o demandante. A norma em questão estipula prazo máximo de prorrogação das concessões, desde que atendidas certas condições, dentre as quais o estabelecimento de parâmetros indenizatórios. Isso não significa, em absoluto, que diante do não estabelecimento de tais parâmetros os contratos de concessão possam continuar indefinidamente prorrogados, ou que não possa haver curso ao procedimento licitatório respectivo.

Assim, em que pese o laborioso esforço do diligente e culto signatário da inicial, não se encontram preenchidos os requisitos objetivos delineados no art. 273, inc. I, do CPC, razão pela qual indefiro a tutela de urgência vindicada.

Cite-se.

Intimem-se.

Brasília, 13 de setembro de 2012.

ORIGINAL ASSINADO

Alvaro Luis de A. S. Ciarlini

Juiz de Direito



Incluído na Pauta:

3/3

Último andamento: 06/09/2012 - CONCLUSOS

Imagem de uma barra decorativa ou de uma linha de separação no rodapé da página.

EXCELENTÍSSIMO SENHOR JUIZ DE DIREITO DA __ VARA DE FAZENDA
PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL

Distribuição Urgente



VIPLAN - VIAÇÃO PLNALTO LTDA, sociedade empresaria nacional, inscrita no CNPJ nº 00.091.702/0001-28, com sede no SGCV/Sul, Conjuntos 07 e 08, Brasília - DF, vem, com o devido respeito à presença de V. Exa., por intermédio de seus advogados que esta subscrevem (procuração em anexo), com fulcro no artigo 74, § 2º, da Constituição Federal de 1988, no artigo 113, § 1º, da Lei nº. 8.666, de 1993, e nº 8.987/95 propor a presente

AÇÃO DECLARATÓRIA

C/C PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA

em desfavor do DISTRITO FEDERAL (SECRETARIA DE ESTADO DE TRANSPORTES), pessoa jurídica de direito público interno, representado *ex lege* pela Procuradoria do Distrito Federal, com sede no SAM Projeção I - Edifício Sede da PGDF, em função da URGÊNCIA para suspender a Concorrência Pública n.º 001/2011, face às ilegalidades e impropriedades contidas no Edital, que colocam em risco a futura contratação e prejudica sobremaneira o erário, ferindo, via de consequência, o interesse público do certame.

Página 1 de 24

SINTESE DOS FATOS

Cumpre destacar de inicio a Requerente **não** é contra a realização da presente licitação, pois, de fato, concorda com a necessidade premente de licitar o setor de transporte público do Distrito Federal como forma de conferir legalidade aos atos distritais.

Vale destacar que esta empresa, acaso vencedora, possui tanto capacidade técnica como financeira para responsabilizar-se pelo futuro contrato, uma vez que está estabelecida há anos no setor de transporte público, sendo atual permissionária do serviço.

No entanto, o procedimento licitatório tem de ser realizado de forma lícita, sendo que a inércia da Requerida por diversos anos não legitima o atropelamento da lei, notadamente, não se extinguindo o dever de proceder aos levantamentos prévios à licitação, visando a acomodar as futuras outorgas na ordem jurídica Distrital.

Na mesma linha, a Requerente manifesta repúdio à forma com que o ente Concedente, ora Requerido, maneja o processo de Licitação das Concessões, já que, ao contrário do que pretende, **a referida Concessão deve obediência não apenas à Lei de Licitações - Lei 8.666/93 -, mas também à Lei de Concessões - Lei 9.897/95 -**, que por sua vez estabelece diretrizes necessárias para o procedimento concessório.

Não obstante, a Secretaria de Transporte do Distrito Federal lançou edital de Licitação **(DOC. ANEXO)**, que tem por objeto *"a outorga de Concessão*

para Prestação e Exploração de Serviço Básico Rodoviário do Sistema de Transporte Público Coletivo do Distrito Federal – STPC/DF, por meio de veículos de transporte coletivo de passageiros, distribuída em 5 (cinco) lotes, conforme descrição do presente edital e seus anexos”.

Ao analisar a norma Editalícia, verificou-se que o instrumento não está em conformidade com o que preveem as Leis nº 8.987/95 e nº 8.666/93, pois **o texto não contemplou a forma como se dará a indenização dos atuais permissionários, nem tampouco houve a realização de estudos prévios,** como dita a norma contida no art. 42 da Lei 8.987/95, e por isso padece de grave omissão que compromete a legalidade do certame.

Impende destacar, por oportuno, que o Governador do Distrito Federal, por meio do Decreto nº. 30.055, de fevereiro de 2009 (DODF 13.02.2009) obrigou as empresas operadoras do sistema de transporte público coletivo a, no prazo de 18 meses, renovar a frota de veículos, sendo que **atualmente mais de 50% da frota são veículos novos adquiridos recentemente com vida útil até 2016**, atestando, ainda que as empresas integrantes do STPC tenham o direito de manter suas permissões até 2012.

Tais aquisições foram fruto de financiamento junto ao banco de Brasília – BRB e outras entidades financeiras e somam mais de R\$ 300.000.000,00 (trezentos milhões de reais) vinculados a uma previsão de receita para fins de amortização, mas que na realidade podem ser obstaculizadas pelo processo de licitação, em virtude de possível substituição de frota.

Após enxurradas de representações, o Eg. Tribunal de Contas do Distrito Federal prolatou a **Decisão nº 3984/2011**, conhecendo da representação da ora Requerente, bem como de outras empresas que operam o transporte público do Distrito Federal, que tratavam de várias matérias e, sobretudo, do tema relativo às indenizações previstas no art. 42, §3º da Lei nº 8.987/95, julgando a questão nos seguintes termos, *in verbis*:

Ante o exposto, em parcial concordância com a Instrução e com o acréscimo que faço, VOTO por que este egrégio Plenário;

(...)

II - determine à Secretaria de Transportes que apresente as contrarrazões que entender pertinentes ou adote as seguintes providências:

- a) faça constar, na minuta do contrato, cláusulas que atendam às disposições dos incisos XI e XV do art. 23 da Lei nº 8.987/95;
- b) atualize os dados do projeto básico com informações geradas após a retomada do controle do Sistema de Bilhetagem Automática pelo DFTRANS, conforme o Decreto nº 32.815/2011;
- c) detalhe se a licitação em tela causará alteração na frota total que hoje opera no Serviço Básico do STPC;
- d) elabore estudo técnico que demonstre se a licitação por frota a opção mais vantajosa para a Administração, em detrimento ao modelo por linha ou por bacia/região;
- e) **quanto ao possível descumprimento do art. 42, §3º, da Lei nº 8.987/95:**

(...)

Por omissão no cumprimento da alínea "e" da mencionada decisão e depois de várias adequações promovidas no Edital, sobreveio a Decisão nº 4106/2012, que reiterou os termos da exigência contida na alínea "e" da Decisão 3984/2011. Contudo, mesmo diante da inobservância da Lei e dos desígnios decisórios do TCDF, a licitação deixou de ter o efeito suspensivo até então existente e caminha a "toque de caixa", sem que sejam realizados os estudos previstos no art. 42, §3 da Lei 8.987/95.

Assim, com a ressalva do devido respeito ao Administrador Público, o Edital desta Concorrência está em desacordo com os preceitos legais apontados e, portanto, eivado de vício insanável que o torna nulo, já que a obediência ao art. 42, §3 da Lei 8.987/95 é condição *sine qua non* para a validade do certame em estudo.

DA URGÊNCIA DA AÇÃO

ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA - ART. 273, § 7 DO CPC.

Como dito acima, a ST-DF promove a presente licitação para outorga de concessão de serviço público de transporte que perdurará por dez anos, extensíveis a mais dez.

Diante disso, várias empresas, inclusive a Requerente, apresentaram representação ao TCDF em desfavor dos termos do Edital, por entender que suas disposições não estavam adequadas às leis que regem o certame.

Convém salientar que todas as representações formuladas foram julgadas parcialmente procedentes, mas a questão relativa às indenizações sequer foi julgada pelo TCDF, visto que entendeu tratar-se de mera "diligência" por parte da Secretaria de Transporte. Todavia, não se trata de mera diligência, mas sim de uma conduta comissiva do ente público que condiciona a validade do certame.

Não obstante, após Decisão nº 4106/2012 do TCDF, o Edital de Licitação de Concessão do Transporte Público do Distrito Federal deixou de ter o efeito suspensivo até então existente.

Em que pese a deliberação expressa do Conselheiro Relator da Decisão que determinou a retomada do Certame, não houve a necessária obediência aos ditames do art. 42, § 3º da Lei 8.987/95, a despeito de todas as representações nesse sentido.

A leitura do supramencionado artigo torna patente o direito da Requerente em postular pelo eventual ressarcimento dos gastos despendidos durante o período em que operou o Sistema de Transporte Público do Distrito Federal, ainda, mais pelos vultosos investimentos.

Inclusive Excelência, a própria ST-DF em manifestação na Ação Civil Publica nº 2001.01.1.010242-8, que determinou a abertura do presente processo licitatório destacou a necessidade de levantamento retroativo dos investimentos ainda não amortizados, ante a previsibilidade do art. 42 da

Lei de Concessões, reforçando, assim, a matéria debatida nesta ação que pretende os necessários estudos. (DOC ANEXO)

Sobreleva destacar, por oportuno, que o Edital faz lei entre as partes, e se este, por sua vez, não dispuser sobre as disposições inerentes às indenizações das empresas que atualmente atuam no Sistema de Transporte Público do Distrito Federal após a Decisão ficarão sem instrumento legal que guarneça seu direito previsto em Lei Federal.

Como se sabe, a concessão da tutela antecipada exige a presença de certos requisitos, materializados na prova inequívoca que convença da verossimilhança da alegação (caput, art. 273, CPC), conciliada, alternativamente, com o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação ou de difícil reparação (inciso I) ou ainda, quando caracterizado o abuso de direito de defesa ou mesmo, o manifesto propósito protelatório do réu (inciso II).

Como visto, a previsibilidade do art. 42, §3º da Lei 8.987/95 é condição de validade da licitação pretendida pela Secretaria de Transporte, o que gera a necessidade de imediata manifestação do Poder Judiciário em relação aos termos desta demanda, eis que o ato convocatório desprezou a questão relativa às indenizações prévias, e a Secretaria, não obstante determinação do Conselheiro do Tribunal de Contas do Distrito Federal, omitiu-se no cumprimento da norma, o que impossibilita a realização do certame.

Em termos práticos Excelência, a concessão da pretendida antecipação dos efeitos da tutela, suspendendo o processo licitatório para que sejam realizadas as determinações do art. 42, § 3º, da Lei de Concessões, permite

que as empresas licitantes conheçam desde logo os valores indenizatórios que terão que arcar caso vencedora.

De outro lado, não havendo previsão no Edital das respectivas indenizações, haverá, além do grande risco de "calote", enxurrada de controvérsias judiciais permeando os valores devidos, dentre outros impactos.

Nessa quadra, observado o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, elementos que autorizam a antecipação dos efeitos da tutela, resta patente a necessidade de concessão de antecipação da tutela, nos moldes do art. 273 do CPC, já que presente as condições que legitimam sua concessão.

DO DIREITO

AUSENCIA DE PREVISÃO DE INDENIZAÇÃO - ILEGALIDADE

O entendimento corrente na doutrina e jurisprudência é de que o edital, no procedimento licitatório, constitui Lei entre as partes e se constitui no instrumento de validade dos atos praticados no curso da licitação, sendo que, ao descumprir normas editalícias, a Administração frustra a própria razão de ser da licitação e viola os princípios que direcionam a atividade administrativa, consignados no art. 3º da Lei de Licitações¹.

¹ "Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impeccabilidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos".

Entende-se pelo princípio da legalidade, que, no Estado de Direito, a Administração só pode agir em obediência à lei, esforçada nela e tendo em mira o fiel cumprimento das finalidades assinadas na ordenação normativa. Logo, o liame que vincula a Administração à lei é mais estrito que o travado entre a lei e comportamento dos particulares.

A esse respeito, vale consignar a preleção do professor CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO:

"(...) enquanto na atividade privada pode-se fazer tudo o que não é proibido, na atividade administrativa só se pode fazer o que é permitido. Em outras palavras, não basta a simples relação de não contradição, posto que, demais disso, exige-se ainda uma relação de subsunção. Vale dizer, para a legitimidade de um ato administrativo, é insuficiente o fato de não ser ofensivo à lei. Cumpre que seja baseado com embasamento em alguma norma permissiva que lhe sirva de supedâneo".

Não é sem razão que o aludido diploma legal estabelece a legalidade como princípio fundamental das licitações públicas, pela qual nada pode fazer o Administrador Público, em tema de contratações, que fira a Lei nº 8.666/93 e a Lei 8.987/95 e, em última instância, a Constituição Federal.

Para o mestre HELY LOPES MEIRELLES, *"o princípio da legalidade é o princípio basilar de toda a Administração Pública. Significa que toda atividade administrativa está sujeita aos mandamentos da lei e deles não pode se afastar ou*

desviar, sob pena de invalidade", (in Licitação e Contrato Administrativo. Ed. Malheiros, São Paulo. 11ª edição/1996 – p.34).

Desta lição não destoa o ilustre professor MARÇAL JUSTEN FILHO:

"No procedimento licitatório, desenvolve-se atividade vinculada. Isso significa ausência de liberdade (como regra) para a autoridade administrativa. A lei define as condições de atuação dos agentes administrativos, estabelecendo a ordenação (seqüência) dos atos a serem praticados e impondo condições excludentes de escolhas pessoais ou subjetivas". (In Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Ed. Dialética, São Paulo. 5ª edição/1998 – p. 62).

A Lei de Licitações, no intuito de coibir ABUSOS NA DISCRICIONARIEDADE dos agentes públicos, fez constar no art. 3º, § 1º, que "É vedado aos agentes públicos: I - admitir, prever, incluir ou tolerar, nos atos de convocação, cláusulas ou condições que comprometam, restrinjam ou frustrem o seu caráter competitivo e estabeleçam preferências ou distinções em razão da naturalidade, da sede ou Domicílio dos licitantes proponentes ou de qualquer outra circunstância ou irrelevante para o específico objeto do contrato:" (grifo nosso).

Nessa linha, forçoso concluir que o edital não poderá ferir direitos individuais e jamais deve estabelecer normas que ultrapassem o limite da necessidade, tampouco, omitir-se sobre questão estabelecida na Lei de Concessões.

No presente caso, com a licitação em curso, houve um flagrante desrespeito à Lei 8.987/95 – Lei de Concessões, notadamente o art. 42, que obriga o Poder Concedente a apurar os valores devidos a título de indenização quando do fim de uma concessão ou permissão.

Apenas introdutoriamente, lembre-se que o fim das atuais permissões, como a da Requerente, implicará a rescisão de inúmeros contratos de trabalho, a desmobilização de inúmeros veículos (que ainda estão sendo pagos, em virtude da renovação de frota imposta pelo DF no ano passado) e outros tantos prejuízos, que somente poderão ser arcados caso seja apurada e paga eventual indenização a que os operadores do sistema fazem jus.

Neste ponto, é preciso lembrar que a eventual indenização não precisaria ser paga necessariamente pelo Poder Público (DF), mas pelo futuro concessionário, à vista do que foi feito em outras cidades de Brasil, tais como Goiânia, Curitiba, Belo Horizonte e várias outras cidades do interior, como se pode verificar da Decisão em anexo.

Porém, o que se vindica é a necessidade de previsão no Edital nº01/2011 das normas estabelecidas pela Lei 8.987/95 que prevê a necessidade de estudo para amortização dos gastos não recebidos pela Requerente, o que está inclusive assentado pelo próprio Tribunal de Contas do Distrito Federal (Decisão 3984/2011 e 4106/2012), porém a determinação, por motivos totalmente desconhecidos, não foi cumprida.

Sendo assim, a presente licitação padece de vício insanável, sendo um mau que corroe pela raiz todo o processo de concessão, impedindo que produza os frutos sadios para os próximos 10 (dez) ou 20 (vinte) anos, conforme se poderá verificar com mais detalhes nos tópicos abaixo.

DA IMPOSSIBILIDADE DE REALIZAÇÃO DO CERTAME SEM OBSERVAR O QUANTO DISPOSTO NO ART. 42 DA LEI Nº 8.987/95

Mais a mais, a Lei nº 8.987/95 de aplicabilidade indiscutível no Edital de Concessões promovido pela Requerida, estabelece dois regimes para indenização ao particular pela prestação de serviços públicos quando da extinção da concessão ou da permissão.

A propósito:

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.

O primeiro regime se refere às concessões celebradas após a edição dessa Lei e está assentada no art. 35; a segunda, refere-se às concessões de serviço público outorgadas anteriormente à entrada em vigor da norma.

Para as concessões celebradas sob a vigência da Lei de Concessões, assegura-se ao particular, no advento do termo contratual, a indenização das parcelas dos investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizados ou depreciados, que tenham sido realizados com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido.

Para as concessões celebradas antes da vigência da Lei de Concessões, como é o caso da Requerente, o §2º do art. 42 da Lei nº 8.987/95 estabelece que permaneçam 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.

Pelo entendimento literal, não poderá haver outorga de novas permissões enquanto não houver os levantamentos necessários que incluem as indenizações devidas aos particulares, por investimentos não amortizados, na forma do inc. I do § 3º do art. 42 da Lei nº 8.987/95.

O Parecer do Ilmo. Professor Celso Antonio Bandeira de Melo (DOC. ANEXO) é esclarecedor sobre a questão posta a debate, senão vejamos trecho:

(...) 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. (sem grifos no original)

O §3º do mesmo dispositivo estabelece vigência máxima das concessões referidas no §2º, desde que o poder concedente tenha atendido às seguintes condições:

- a) Inciso I do § 3º do art. 42 da Lei nº 8.987/95 - 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;
- b) Inciso II do § 3º do art. 42 da Lei nº 8.987/95 - 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

c) Inciso III do § 3º do art. 42 da Lei nº 8.987/95 - 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.

Não ocorrendo o acordo, o §4º desse dispositivo disciplina que 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.

Nesse caso, 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, com a primeira parcela paga até o último dia útil do exercício financeiro em que ocorrer a reversão.

O que se infere da lei é que as concessões atuais somente serão consideradas extintas se houver prévia indenização dos investimentos

ainda não amortizados, conforme rito definido nos incisos I, II e III do § 3º do art. 42 da Lei nº 8.987/95.

Essa também é a conclusão de MARÇAL JUSTEN FILHO ao tecer esclarecimentos sobre a indenização aos concessionários por bens não amortizados:

"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."

É para assegurar que o Estado não se locuplete sobre o particular que a lei criou essa condição prévia às licitações. O cálculo é simples, basta um pouco de boa vontade e ausência de má-fé, além do fato de que a "conta" poderá ser paga por quem venha a obter a outorga, como em outros Estados da Federação.

Na mesma linha, o **TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE GOIÁS, concedeu tutela recursal para prorrogar temporariamente o contrato de concessionária de transporte coletivo pelo prazo necessário à realização dos levantamentos dos haveres a que diz respeito o art. 42 da Lei 8.987/95.** A tutela recursal foi confirmada no julgamento do Agravo e a decisão transitou em julgado.

Mas não é só! A leitura sequencial dos arts. 35, 36 e 37 da mesma norma conduz à conclusão de que o Poder Concedente deve promover, previamente, os levantamentos e avaliações necessárias a quantificar o montante

da indenização que será devida à concessionária quando do encerramento do contrato.

O §4º do art. 35 da Lei de Concessões determina que seja feito o levantamento dos custos das concessionárias, antecipadamente à extinção da concessão. A intenção da lei é que, ao término dos contratos, a equação financeira permita que o particular tenha amortizado seus investimentos e se isso não ocorreu, que o Estado o indenize, a fim de não se locupletar ilicitamente a custa do particular.

Esse vício de legalidade macula todo o procedimento em tela, uma vez que a licitação não possui respaldo legal para existir, sem a observância dos respectivos estudos indenizatórios, razão pela qual a Administração Pública Distrital deve, em primeiro lugar, providenciar o atendimento das recomendações legais, consubstanciadas na Decisão nº 3.984/2011 e 4106/2012 da Corte de Contas para então realizar o presente certame de forma lícita.

Nesse diapasão, vale reiterar que, em virtude do Decreto nº. 30.055, de fevereiro de 2009 (DODF 13.02.2009) as empresas operadoras do sistema de transporte público coletivo foram obrigadas, no prazo de 18 meses, a renovar a frota de veículos, sendo que atualmente mais de 50% da frota são veículos novos adquiridos recentemente com vida útil até 2016, atestando, ainda que as empresas integrantes do STPC tenham o direito de manter suas permissões até 2012.

Tais aquisições foram fruto de financiamento junto ao banco de Brasília - BRB e outras entidades financeiras e somam mais de R\$ 300.000.000,00

(trezentos milhões de reais) vinculados a uma previsão de receita para fins de amortização, mas que na realidade podem ser obstaculizadas pelo processo de licitação aqui deflagrado, em virtude de possível substituição de frota.

Isso para não falar da desmobilização de recursos humanos, pois o sistema conta hoje com aproximadamente 15.000 empregados, que perderão o trabalho e sem que as empresas tenham condições de pagar-lhes as verbas rescisórias. Convém lembrar que, na maioria dos casos, são funcionários que mais de 20 anos de empresa, os quais terão direito, segundo a nova legislação trabalhista a 90 dias de aviso prévio, impactando ainda mais o custo.

Veja-se ainda que 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 Decreto nº 30.584/09, e dos arts. 13, 14 e 15 da Lei nº 4011, de 12/09/2007.

Fato é que as atuais permissionárias, inclusive Requerente, passaram a realizar uma série de atualizações no sistema de transporte coletivo, para dar cumprimento às condições impostas pelo Governo do Distrito Federal - **gastos estes realizados exclusivamente a expensas das empresas de transporte, com o objetivo único de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido, em consonância com as novas diretrizes distritais.**

E quando o Poder Público, já inadimplente, determina ao permissionário o aumento e/ou a modernização da frota (ex: instalação de catracas eletrônicas, câmeras, etc.), tais investimentos oneram ainda mais o particular de tal sorte que, a deflagração de uma licitação afeta indiscutivelmente

à sua esfera de direitos, especialmente o de lhe ser deferida a amortização de todos os investimentos materiais feitos e revertidos para a esfera jurídica do Estado, sob pena de ser caracterizado o enriquecimento ilícito deste.

Como dito acima, é importante salientar que a Requerente não é contrária à realização da presente licitação, no entanto, é certo que o certame deva ser o mais técnico e transparente possível, haja vista a vultosidade dos valores envolvidos. Assim, eventuais prejuízos dos atuais concessionários devem ser apurados e os dados para formulação de propostas devem ser rigorosamente precisos, visto que é o próprio DF o gestor do sistema.

CONCLUSÃO DOS TÓPICOS

Com efeito, a análise sistemática do conjunto legal colacionado acima conduz à inevitável conclusão de que as determinações contidas na Lei de Concessões devem ser providenciadas ANTES da licitação, para que conste no edital de Concessões, assim como previu a determinação do TCDF, no processo nº 12.086/2011, sob pena de multa e, em último caso, da responsabilidade pessoal do administrador.

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.

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.

Neste sentido, resta cristalino que a presente Concorrência está em total desacordo com as determinações legais e do próprio TCDF, razão pela qual deve ser o edital anulado.

DOS REQUERIMENTOS

Ex positis, requer:

1. em sede de tutela antecipada:

a. seja determinada a suspensão da Concorrência Pública n.º: 001/2011 para que a Secretaria de Transportes do Distrito Federal promova as determinações contidas na Decisão 3984/2011, até decisão de mérito no presente processo;

i. caso Vossa Excelência entenda pela aplicação do princípio da fungibilidade (art. 273, §7º, do CPC), requer a concessão de medida cautelar nos termos da alínea "a";

Página 22 de 24

SHS Qd. 06 Lote 01
Ed. Bussiness Center Park Brasília XXI
Bl. E Sl. 1123/1125
Brasília/DF CEP: 70.322.915

Tel./Fax: (61) 3225-5848
www.puppin.adv.br

b. a intimação em caráter de urgência do i. Presidente da Comissão de Licitação, no seguinte endereço: Edifício Anexo do Palácio do Buriti, 15º andar, sala 1.509 do teor do conteúdo da decisão proferida em tutela antecipada;

2. no mérito:

a. seja anulado o edital da **Concorrência Pública n.º: 001/2011, promovida pelo DF, na por intermédio da ST-DF**, em virtude da patente ilegalidade de seu termos.

3. seja **citado** o Requerido, para, querendo, oferecer resposta à presente pretensão, sob pena de revelia;

4. seja ouvido o r. membro MP;

5. sejam deferidos todos os meios de **prova** admitidos em direito para a elucidação da verdade, **em especial a perícia técnica sobre os termos do edital**, a fim de apontar as inconsistências técnicas vislumbradas;

Requer que todas as **publicações** do presente feito sejam operadas no nome do advogado **André Puppín Macedo, OAB/DF n.º 12.004, sob pena de nulidade.**

Dá-se à cauda o valor de R\$ 1.000,00 (hum mil reais).

Nestes Termos,

Aguarda deferimento.

Brasília (DF), 04 de setembro de 2012.


ANDRÉ PUPPIN MACEDO
OAB/DF 12.004

ALEXANDRE SPEZIA
OAB/DF 20.555


THARLEY SOARES FERREIRA
OAB/DF 36.374



**PROCURADORIA-GERAL DO DISTRITO FEDERAL
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA -PROCAD**



**EXCELENTÍSSIMO SENHOR JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA DE FAZENDA
PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL**

CÓPIA

PROCESSO: 2012.01.1.139519-4

Autor: VIPLAN VIAÇÃO PLANALTO LTDA.

DISTRITO FEDERAL, nos autos do processo em epígrafe, por intermédio do seu Procurador que esta subscreve, tempestiva e oportunamente apresentar

CONTESTAÇÃO

aos pedidos da parte autora, conforme os fatos e fundamentos a seguir aduzidos.

I - SÍNTESE DA DEMANDA

A empresa autora autor ajuizou ação declaratória requerendo, em sede de tutela antecipada, a suspensão da Concorrência Pública n.º 01/2011-ST, que consiste no procedimento de licitação organizado para concessão da prestação e exploração do Sistema de Transporte Público Coletivo do Distrito Federal – STPC/DF, por meio de veículos de transporte coletivo de passageiros.

Alega o autor que o instrumento convocatório do aludido certame seria inidôneo, porquanto não teria contemplado a forma pela qual se

daria a indenização dos atuais permissionários do serviço, nem teriam sido previamente realizados estudos técnicos – condições estas que seriam pressupostos de validade da subsequente licitação e estariam supostamente contidas no art. 42 da Lei n.º 8.987/95.

Aduz que tais fatores deveriam ter sido observados porque os atuais permissionários foram obrigados a investir em equipamentos e instalações, bem como a renovar suas frotas de veículos recentemente (por conta do Decreto n.º 30.055/2009 do Distrito Federal), lançando mão de vultoso financiamento junto à instituição financeira que possivelmente não será quitado em virtude da substituição de frota vislumbrada no Edital licitatório.

Sustenta a tese de que o art. 42 da Lei n.º 8.987/95 estipularia que não pode haver outorga de novas permissões enquanto não houver os levantamentos necessários que incluam as indenizações devidas aos particulares por investimentos não amortizados – o que seria uma condição legal à deflagração de novas licitações.

II - AUSÊNCIA DE DIREITO AO CUMPRIMENTO DO ART. 42 DA LEI 8.987/95 - LEGALIDADE DO EDITAL DE LICITAÇÃO - DESNECESSIDADE DE PREVISÃO QUANTO A EVENTUAIS INDENIZAÇÕES

De início, ressalte-se que o contrato de permissão da autora ostenta natureza precária, na medida em que não foi precedido de regular processo de licitação, o que, nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, **afasta a pretensão indenizatória**, *in verbis*:

"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.

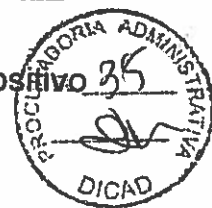
A assinatura do Termo de permissão inicial em período anterior à Constituição Federal não gera qualquer direito ao equilíbrio econômico financeiro, uma vez que a licitação era obrigatória também naquela época. "O princípio da isonomia, por si só, independe de qualquer norma, obriga a Administração a 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 443796/MG, Rel. Ministro FRANCIULLI NETTO, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/08/2003, DJe 03/11/2003)

Ainda que se entendesse cabível eventual indenização, o que só se admitiria por um contrato regular, o que não é o caso, cumpre mencionar que o prazo até 30 de junho de 2009 a que se refere a que se refere o §3º do art. 42 da Lei 8.987/95 já se esgotou, não tendo a empresa formalizado qualquer requerimento no sentido de buscar, tempestivamente, eventuais

valores indenizatórios em decorrência da aplicabilidade do referido dispositivo legal, ficando prejudicado o seu argumento.



De qualquer forma, na remota hipótese de que se considere aplicável o previsto no art. 42 da Lei Geral de Concessões, cumpre atentar que inexistente obrigatoriedade de que o procedimento previsto no referido dispositivo legal seja concluído previamente à publicação do Edital de licitação para a contratação de novos operadores, mormente considerando que os contratos de permissão dos atuais operadores ainda permanecem em pleno vigor, conforme Decreto Distrital n.º 33.556, de 1º de março de 2012, cujo art. 1º abaixo se transcreve:

"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 possuam prazo indeterminado de vigência, encerrar-se-á no dia imediatamente anterior à data de início da operação das novas concessões do serviço, oriundas de prévia licitação na modalidade de concorrência pública a ser promovida pela Secretaria de Estado de Transportes do Distrito Federal."

De mais a mais, o Edital de licitação objeto desta ação, em seu Item 8.2, prevê o prazo de 180 (cento e oitenta) dias para início das operações das novas concessionárias, contados a partir da assinatura do respectivo contrato de concessão. Ou seja, conclui-se que as permissões atualmente em vigor só serão encerradas depois de transcorrido todo o período que envolva o trâmite do processo licitatório, somado ao prazo de 180 (cento e oitenta) dias entre a assinatura dos novos contratos de concessão pelas novas contratadas e o início das operações por estas.

Além disso, previamente à assinatura do contrato de concessão, após a adjudicação do objeto aos vencedores, ainda haverá um prazo de 30



(trinta) dias para convocação destes para assinatura dos instrumentos contratuais, somente após o que se iniciará o prazo de 6 (seis) meses para extinção das atuais permissões e início das novas concessões.

Considerando tudo isso e tendo em conta a redação do Decreto Distrital n.º 33.556, de 1º de março de 2012, é certo que as permissões dos atuais operadores permanecem e continuarão em vigor durante pelo menos 270 (duzentos e setenta) dias, prazo mínimo necessário à conclusão do certame licitatório, conforme o Edital de Licitação - período durante o qual eventual procedimento previsto no §2º do art. 42 da Lei 8.987/95 poderá ser cumprido, desde que cabível e atendendo o devido processo legal.

Ademais, o procedimento do art. 42 da Lei 8.987/95 e o processo de licitação para a contratação de nova prestadora para o serviço público são procedimentos independentes. A abertura e o encerramento do primeiro não são condições imprescindíveis para a abertura e encerramento do segundo.

Nesse sentido, já se manifestou expressamente a eminente Desembargadora Vera Andrighi, em decisão interlocutória proferida no último dia 12 de abril de 2012, nos autos de Mandado de Segurança nº 2012.00.2.00.7671-5, do Conselho Especial do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, analisou a matéria, concluindo pelo indeferimento do pedido liminar formulado pela Impetrante daquele feito, que visava a suspensão do certame em comento com base na alegada violação ao art. 42 da Lei 8.987/95 (idêntico pedido e causa de pedir da presente ação), conforme trecho a seguir transcrito:

"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 na área de transportes. Centenas de trabalhadores, diariamente, são vítimas da insegurança de veículos que nem 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 no interesse público de regularização do setor.**

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. (...)"

Merece também registro a Decisão 4.106/12 do TC/DF, que faz menção a outra decisão judicial que afastou a pretensão de suspensão liminar do certame em razão de suposto descumprimento do art. 42 da Lei 8.987/95 pelo Distrito Federal, vejamos:

"Examinando questão idêntica à veiculada pelas embargantes, o eminente Relator, Desembargador J.J. Costa Carvalho assim se manifestou:

O impetrante requer, em caráter liminar, determinação para que as autoridades excluam do objeto da Concorrência Pública nº 01/2011-ST, no estado 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.

Para tanto, alega que o procedimento licitatório foi instaurado em detrimento das disposições da Lei nº 9897/95, porque não houve estudo prévio quanto ao cálculo de indenização ao atual concessionário.

Decido.



O art. 7º, III, da Lei 12.016/2009 impõe a suspensão liminar do ato impugnado quando houver fundamento relevante e a sua prevalência puder resultar na ineficácia da medida.

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).

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. “



O **Superior Tribunal de Justiça** também já decidiu que o termo final da concessão não está condicionado ao pagamento prévio de eventual indenização, que deve ser pleiteada nas vias ordinárias, vejamos:

“AGRAVO REGIMENTAL EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO ADMINISTRATIVO. CONTRATO DE CONCESSÃO. EXTINÇÃO. INDENIZAÇÃO PRÉVIA. PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE DO SERVIÇO PÚBLICO. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO Nº 83 DA SÚMULA DESTA CORTE SUPERIOR DE JUSTIÇA.

1. Extinto o contrato de concessão por decurso do prazo de vigência, cabe ao Poder Público a retomada imediata da prestação do serviço até a realização de nova licitação. **O termo final do contrato não está condicionado ao pagamento prévio de eventual indenização, que deve ser pleiteada nas vias ordinárias.** Precedentes (AgRgSS nº 1.307/PR, Relator Ministro Edson Vidigal, Corte Especial, in DJ 6/12/2004; REsp nº 1.059.137/SC, Relator Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, in DJe 29/10/2008).

2. “Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida.” (Súmula do STJ, Enunciado nº 83).

3. Agravo regimental improvido.”

(AgRg nos EDcl no REsp 1197430 / SC 2010/0107238-5 Relator(a) Ministro HAMILTON CARVALHIDO (1112) Órgão Julgador T1 - PRIMEIRA TURMA Data do Julgamento 19/10/2010 Data da Publicação/Fonte DJe 02/12/2010).

Mesmo na hipótese de haver bens reversíveis em favor da Administração, - **o que não é o caso dos autos, visto que não há bens reversíveis nas permissões titularizadas precariamente pelas atuais operadoras** -, a Lei nº 8.987/95 tampouco impõe que eventual indenização de tais bens seja prévia ao procedimento licitatório para contratação de novos operadores, matéria que inclusive vem sendo enfrentada pelos Tribunais, inclusive para que se assegure a continuidade do serviço público, veja-se:



"ADMINISTRATIVO. EXTINÇÃO DO CONTRATO DE CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. REVERSÃO DOS BENS UTILIZADOS PELA CONCESSIONÁRIA. INDENIZAÇÃO PRÉVIA. ART. 35, § 4º, DA LEI 8.987/95.

I - O termo final do contrato de concessão de serviço público não está condicionado ao pagamento prévio de eventual indenização referente a bens reversíveis não amortizados ou depreciados.

II - **Com o advento do termo contratual tem-se de rigor a reversão da concessão e a imediata assunção do serviço pelo poder concedente, incluindo a ocupação e a utilização das instalações e dos bens reversíveis. A Lei nº 8.987/95 não faz qualquer ressalva acerca da necessidade de indenização prévia de tais bens.**

III - Recurso especial improvido."

(RESP 1059137-SC. 2008/0110088-5 Relator(a) Ministro FRANCISCO FALCÃO (1116) Órgão Julgador T1 - PRIMEIRA TURMA Data do Julgamento 14/10/2008 Data da Publicação/Fonte DJe 29/10/2008)

Cumpra também registrar que na Ação Civil Pública nº 2001.01.1.010242-8 - já sentenciada para determinar a realização da licitação em apreço, não foram opostas quaisquer condições impeditivas da realização do processo de licitação. Sequer houve menção às regras do art. 42 da Lei 8.987/95 ou às eventuais indenizações cabíveis.

Na decisão de antecipação de tutela proferida naqueles autos de Ação Civil Pública, extrai-se, ademais, que *"os empresários do ramo que exploram o serviço tiveram tempo bastante para se organizar"*, o que deve ser levado em consideração na ponderação dos interesses envolvidos na presente demanda.

A realização do procedimento previsto no §2º do art. 42 da Lei 8.987/95, portanto, não é condição para a realização de processo licitatório, sendo que obstar o regular prosseguimento da Concorrência Pública em tela em prol dos interesses privados das empresas representadas pelo Requerente, que inclusive encontram-se em situação precária, significaria



sobrepôr tais interesses ao interesse público, violando princípios básicos do regime jurídico de direito administrativo e, notadamente, o interesse público dos usuários do serviço público de transporte coletivo, e de todos os cidadãos do Distrito Federal, que anseiam pela melhoria da mobilidade urbana.

Nem se alegue que eventuais indenizações deveriam ter sido incluídas como obrigação de pagamento de outorga aos novos contratados, no Edital da licitação em curso. A uma, porque não há dever da Administração, nesse sentido, sequer nos parágrafos do art. 42 da Lei 8.987/95, que apenas lhe facultam tal possibilidade, de acordo com a conveniência e oportunidade¹. A duas, porque a Administração Pública

¹ Art. 42. As concessões de serviço público outorgadas anteriormente à entrada em vigor desta Lei consideram-se válidas pelo prazo fixado no contrato ou no ato de outorga, observado o disposto no art. 43 desta Lei. (Vide Lei nº 9.074, de 1995)

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

§ 1º Vencido o prazo mencionado no contrato ou ato de outorga, o serviço poderá ser prestado por órgão ou entidade do poder concedente, ou delegado a terceiros, mediante novo contrato. (Redação dada pela Lei nº 11.445, de 2007).

§ 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: (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 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).



decidiu não realizar o pagamento de tais eventuais e hipotéticas indenizações - até hoje não requeridas, repita-se - com a estipulação de valor de outorga na presente licitação, justamente para não repassar o pagamento de tais indenizações aos usuários do serviço, o que violaria o princípio da modicidade tarifária e representaria um comportamento contraditório, numa licitação cujo critério de julgamento busca a **MENOR TARIFA**, em favor dos mesmos usuários.

Assim, impõe-se a realização da licitação, sendo incabível a manutenção da empresa autora na prestação do serviço, vejamos:

"ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. LICITAÇÃO. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA. DECADÊNCIA E PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. LESÃO DE TRATO SUCESSIVO. VIOLAÇÃO DO ART. 6º, §§ 1º E 2º, DA LICC. NECESSIDADE DE EXAME DE OFENSA A LEI LOCAL (SÚMULA 280/STF). PRORROGAÇÃO DE CONTRATO DE EXPLORAÇÃO DE RODOVIÁRIA FIRMADO POR PRAZO DETERMINADO. NECESSIDADE DE PRÉVIA LICITAÇÃO. PRECEDENTES.

1. Inexiste a alegada violação do art. 535, II, do Código de Processo Civil, pois a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida, conforme se depreende da análise do acórdão recorrido.

2. Tendo a ação civil pública sido intentada durante a vigência do contrato, não há falar em prescrição ou decadência, visto que a lesão à Carta Magna perpetua-se durante a execução do contrato, ensejando a aplicação analógica da Súmula 85 do STJ. Ademais, esta Corte Superior não admite o transcurso do prazo decadencial previsto no art. 54 da Lei n.º 9.784/99 antes da edição da citada lei.

PRECEDENTE: (REsp 1.114.094/RS, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 25.8.2009, DJe 18.9.2009).

3. Para aferir a apontada ofensa ao art. 6º, §§ 1º e 2º, da LICC, seria necessário examinar, previamente, o teor da Lei Estadual n.

§ 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).



10.086/1994, o que é inviável em sede de recurso especial. Aplica-se, no caso, por analogia, a Súmula 280/STF. PRECEDENTE (REsp 1.095.323/RS, Rel. Min. Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 17.3.2009, DJe 21.5.2009).

4. Ademais, a atividade de prestação de transporte rodoviário de passageiros é serviço público que, para ser delegado a particular, depende de prévia licitação, nos moldes previstos na Lei n. 8.987/95. Não se pode delegar diretamente, sem licitação, a atividade de exploração de transporte de passageiro, tal como pretende a agravante, sob pena de nulidade do ato assim realizado.

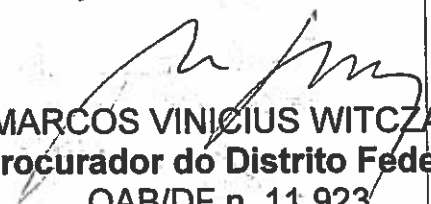
Agravo regimental improvido."

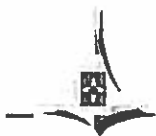
(AgRg no REsp 1153417 / RS 2009/0150361-4 Relator(a) Ministro HUMBERTO MARTINS (1130) Órgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA Data do Julgamento 14/09/2010 Data da Publicação/Fonte DJe 24/09/2010).

Desta forma, não se verifica qualquer ilegalidade no Edital de Licitação sob análise em razão do suposto descumprimento das regras previstas no art. 42 da Lei 8.987/95, devendo ser mantida a decisão que corretamente indeferiu a pretensão liminar da autora, que busca tão somente protelar o regular prosseguimento do certame licitatório, julgando-se improcedentes os pedidos, e condenando-a nos ônus da sucumbência.

Nestes termos, pede deferimento.

Brasília, 30 de julho de 2013.


MARCOS VINICIUS WITCZAK
Procurador do Distrito Federal
OAB/DF n. 11.923



PROCURADORIA-GERAL DO DISTRITO FEDERAL
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA -PROCAD

46
7

EXCELENTÍSSIMO SENHOR JUIZ DE DIREITO DA 2ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA DO DISTRITO FEDERAL

TJDFT - Circunscrição Judiciária de **BRASÍLIA**

Comprovante de recebimento de Petição

Número do Protocolo: **2014.01.026996287**

Data e Hora: 12/12/2014 13:25

Tipo de Peticionante: Réu

Recebido em: Posto de Apoio Judiciário da Corregedoria do Fórum do Meio Ambiente - PAJ

Processo: **2012.01.1.139519-4 (Res.65 - CNJ: 0007497-25.2012.8.07.0018)**



PROCESSO: 2012.01.1.139519-4

Autor: VIPLAN VIAÇÃO PLANALTO LTDA.

DISTRITO FEDERAL, nos autos do processo em epígrafe, por intermédio do seu Procurador que esta subscreve, tempestiva e oportunamente apresentar

CONTRARRAZÕES

ao recurso de apelação interposto pela parte autora, conforme os fatos e fundamentos a seguir aduzidos.

I - SÍNTESE DA DEMANDA

A empresa autora autor ajuizou ação declaratória requerendo, em sede de tutela antecipada, a suspensão da Concorrência Pública n.º 01/2011-ST, que consiste no procedimento de licitação organizado para concessão da prestação e exploração do Sistema de Transporte Público Coletivo do Distrito Federal – STPC/DF, por meio de veículos de transporte coletivo de passageiros.

Alega o autor que o instrumento convocatório do aludido certame seria inidôneo, porquanto não teria contemplado a forma pela qual se

daria a indenização dos atuais permissionários do serviço, nem teriam sido previamente realizados estudos técnicos – condições estas que seriam pressupostos de validade da subsequente licitação e estariam supostamente contidas no art. 42 da Lei n.º 8.987/95.

Aduz que tais fatores deveriam ter sido observados porque os atuais permissionários foram obrigados a investir em equipamentos e instalações, bem como a renovar suas frotas de veículos recentemente (por conta do Decreto n.º 30.055/2009 do Distrito Federal), lançando mão de vultoso financiamento junto à instituição financeira que possivelmente não será quitado em virtude da substituição de frota vislumbrada no Edital licitatório.

Sustenta a tese de que o art. 42 da Lei n.º 8.987/95 estipularia que não pode haver outorga de novas permissões enquanto não houver os levantamentos necessários que incluam as indenizações devidas aos particulares por investimentos não amortizados – o que seria uma condição legal à deflagração de novas licitações.

A sentença corretamente julgou improcedente o pedido, e deve ser integralmente mantida por esse egrégio Tribunal, pelos fatos e fundamentos a seguir expostos.

II - AUSÊNCIA DE DIREITO AO CUMPRIMENTO DO ART. 42 DA LEI 8.987/95 - LEGALIDADE DO EDITAL DE LICITAÇÃO - DESNECESSIDADE DE PREVISÃO QUANTO A EVENTUAIS INDENIZAÇÕES

De início, ressalte-se que o contrato de permissão da autora ostenta natureza precária, na medida em que não foi precedido de regular

48
4

processo de licitação, o que, nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, **afasta a pretensão indenizatória, in verbis:**

"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 443796/MG, Rel. Ministro FRANCIULLI NETTO, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/08/2003, DJe 03/11/2003)

Ainda que se entendesse cabível eventual indenização, o que só se admitiria por um contrato regular, o que não é o caso, cumpre mencionar que o prazo até 30 de junho de 2009 a que se refere a que se refere o §3º do art. 42 da Lei 8.987/95 já se esgotou, não tendo a empresa formalizado qualquer requerimento no sentido de buscar, tempestivamente, eventuais valores indenizatórios em decorrência da aplicabilidade do referido dispositivo legal, ficando prejudicado o seu argumento.

De qualquer forma, na remota hipótese de que se considere aplicável o previsto no art. 42 da Lei Geral de Concessões, cumpre atentar que inexistente obrigatoriedade de que o procedimento previsto no referido dispositivo legal seja concluído previamente à publicação do Edital de licitação para a contratação de novos operadores, mormente considerando que os contratos de permissão dos atuais operadores ainda permanecem em pleno vigor, conforme Decreto Distrital n.º 33.556, de 1º de março de 2012, cujo art. 1º abaixo se transcreve:

"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 possuam prazo indeterminado de vigência, encerrar-se-á no dia imediatamente anterior à data de início da operação das novas concessões do serviço, oriundas de prévia licitação na modalidade de concorrência pública a ser promovida pela Secretaria de Estado de Transportes do Distrito Federal."

De mais a mais, o Edital de licitação objeto desta ação, em seu Item 8.2, prevê o prazo de 180 (cento e oitenta) dias para início das operações das novas concessionárias, contados a partir da assinatura do respectivo contrato de concessão.

30
P

Além disso, previamente à assinatura do contrato de concessão, após a adjudicação do objeto aos vencedores, ainda haverá um prazo de 30 (trinta) dias para convocação destes para assinatura dos instrumentos contratuais, somente após o que se iniciará o prazo de 6 (seis) meses para extinção das atuais permissões e início das novas concessões.

Ademais, o procedimento do art. 42 da Lei 8.987/95 e o processo de licitação para a contratação de nova prestadora para o serviço público são procedimentos independentes. A abertura e o encerramento do primeiro não são condições imprescindíveis para a abertura e encerramento do segundo.

Nesse sentido, já se manifestou expressamente a eminente Desembargadora Vera Andrighi, em decisão interlocutória proferida no último dia 12 de abril de 2012, nos autos de Mandado de Segurança nº 2012.00.2.00.7671-5, do Conselho Especial do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, analisou a matéria, concluindo pelo indeferimento do pedido liminar formulado pela Impetrante daquele feito, que visava a suspensão do certame em comento com base na alegada violação ao art. 42 da Lei 8.987/95 (idêntico pedido e causa de pedir da presente ação), conforme trecho a seguir transcrito:

"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 na área de transportes. Centenas de trabalhadores, diariamente, são vítimas da insegurança de veículos que nem 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 no interesse público de regularização do setor.

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. (...)"

Merece também registro a Decisão 4.106/12 do TC/DF, que faz menção a outra decisão judicial que afastou a pretensão de suspensão liminar do certame em razão de suposto descumprimento do art. 42 da Lei 8.987/95 pelo Distrito Federal, vejamos:

"Examinando questão idêntica à veiculada pelas embargantes, o eminente Relator, Desembargador J.J. Costa Carvalho assim se manifestou:

O impetrante requer, em caráter liminar, determinação para que as autoridades excluam do objeto da Concorrência Pública nº 01/2011-ST, no estado 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.

Para tanto, alega que o procedimento licitatório foi instaurado em detrimento das disposições da Lei nº 9897/95, porque não houve estudo prévio quanto ao cálculo de indenização ao atual concessionário.

Decido.

O art. 7º, III, da Lei 12.016/2009 impõe a suspensão liminar do ato impugnado quando houver fundamento relevante e a sua prevalência puder resultar na ineficácia da medida.

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).

52
0

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).

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. “

O **Superior Tribunal de Justiça** também já decidiu que o termo final da concessão não está condicionado ao pagamento prévio de eventual indenização, que deve ser pleiteada nas vias ordinárias, vejamos:

**“AGRAVO REGIMENTAL EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO
EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO ADMINISTRATIVO.
CONTRATO DE CONCESSÃO. EXTINÇÃO. INDENIZAÇÃO
PRÉVIA. PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE DO SERVIÇO**

PÚBLICO. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO Nº 83 DA SÚMULA DESTA CORTE SUPERIOR DE JUSTIÇA.

1. Extinto o contrato de concessão por decurso do prazo de vigência, cabe ao Poder Público a retomada imediata da prestação do serviço até a realização de nova licitação. **O termo final do contrato não está condicionado ao pagamento prévio de eventual indenização, que deve ser pleiteada nas vias ordinárias.**

Precedentes (AgRgSS nº 1.307/PR, Relator Ministro Edson Vidigal, Corte Especial, in DJ 6/12/2004; REsp nº 1.059.137/SC, Relator Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, in DJe 29/10/2008).

2. "Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida." (Súmula do STJ, Enunciado nº 83).

3. Agravo regimental improvido."

(AgRg nos EDcl no REsp 1197430 / SC 2010/0107238-5 Relator(a) Ministro HAMILTON CARVALHIDO (1112) Órgão Julgador T1 - PRIMEIRA TURMA Data do Julgamento 19/10/2010 Data da Publicação/Fonte DJe 02/12/2010).

Mesmo na hipótese de haver bens reversíveis em favor da Administração, - **o que não é o caso dos autos, visto que não há bens reversíveis nas permissões titularizadas precariamente pelas atuais operadoras** -, a Lei nº 8.987/95 tampouco impõe que eventual indenização de tais bens seja prévia ao procedimento licitatório para contratação de novos operadores, matéria que inclusive vem sendo enfrentada pelos Tribunais, inclusive para que se assegure a continuidade do serviço público, veja-se:

"ADMINISTRATIVO. EXTINÇÃO DO CONTRATO DE CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. REVERSÃO DOS BENS UTILIZADOS PELA CONCESSIONÁRIA. INDENIZAÇÃO PRÉVIA. ART. 35, § 4º, DA LEI 8.987/95.

I - O termo final do contrato de concessão de serviço público não está condicionado ao pagamento prévio de eventual indenização referente a bens reversíveis não amortizados ou depreciados.

II - **Com o advento do termo contratual tem-se de rigor a reversão da concessão e a imediata assunção do serviço pelo poder concedente, incluindo a ocupação e a utilização das instalações e dos bens reversíveis. A Lei nº 8.987/95 não**

faz qualquer ressalva acerca da necessidade de indenização prévia de tais bens.

III - Recurso especial improvido."

(RESP 1059137-SC. 2008/0110088-5 Relator(a) Ministro FRANCISCO FALCÃO (1116) Órgão Julgador T1 - PRIMEIRA TURMA Data do Julgamento 14/10/2008 Data da Publicação/Fonte DJe 29/10/2008)

Cumpre também registrar que na Ação Civil Pública nº 2001.01.1.010242-8 - já sentenciada para determinar a realização da licitação em apreço, **não foram opostas quaisquer condições impeditivas da realização do processo de licitação. Sequer houve menção às regras do art. 42 da Lei 8.987/95 ou às eventuais indenizações cabíveis.**

Na decisão de antecipação de tutela proferida naqueles autos de Ação Civil Pública, extrai-se, ademais, que *"os empresários do ramo que exploram o serviço tiveram tempo bastante para se organizar"*, o que deve ser levado em consideração na ponderação dos interesses envolvidos na presente demanda.

A realização do procedimento previsto no §2º do art. 42 da Lei 8.987/95, portanto, não é condição para a realização de processo licitatório, sendo que obstar o regular prosseguimento da Concorrência Pública em tela em prol dos interesses privados das empresas representadas pelo Requerente, que inclusive encontram-se em situação precária, **significaria sobrepor tais interesses ao interesse público, violando princípios básicos do regime jurídico de direito administrativo e, notadamente, o interesse público dos usuários do serviço público de transporte coletivo, e de todos os cidadãos do Distrito Federal, que anseiam pela melhoria da mobilidade urbana.**

Nem se alegue que eventuais indenizações deveriam ter sido incluídas como obrigação de pagamento de outorga aos novos contratados,

no Edital da licitação. A uma, porque não há dever da Administração, nesse sentido, sequer nos parágrafos do art. 42 da Lei 8.987/95, que apenas lhe facultam tal possibilidade, de acordo com a conveniência e oportunidade¹. A duas, porque a Administração Pública decidiu não realizar o pagamento de tais eventuais e hipotéticas indenizações - até hoje não requeridas, repita-se - com a estipulação de valor de outorga na presente licitação, justamente para não repassar o pagamento de tais indenizações aos usuários do serviço, o que violaria o princípio da modicidade tarifária e representaria um

¹ Art. 42. As concessões de serviço público outorgadas anteriormente à entrada em vigor desta Lei consideram-se válidas pelo prazo fixado no contrato ou no ato de outorga, observado o disposto no art. 43 desta Lei. (Vide Lei nº 9.074, de 1995)

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

§ 1º Vencido o prazo mencionado no contrato ou ato de outorga, o serviço poderá ser prestado por órgão ou entidade do poder concedente, ou delegado a terceiros, mediante novo contrato. (Redação dada pela Lei nº 11.445, de 2007).

§ 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: (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 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).

56
9

comportamento contraditório, numa licitação cujo critério de julgamento busca a MENOR TARIFA, em favor dos mesmos usuários.

Assim, impõe-se a realização da licitação, sendo incabível a manutenção da empresa autora na prestação do serviço, vejamos:

"ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. LICITAÇÃO. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA. DECADÊNCIA E PRESCRIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. LESÃO DE TRATO SUCESSIVO. VIOLAÇÃO DO ART. 6º, §§ 1º E 2º, DA LICC. NECESSIDADE DE EXAME DE OFENSA A LEI LOCAL (SÚMULA 280/STF). PRORROGAÇÃO DE CONTRATO DE EXPLORAÇÃO DE RODOVIÁRIA FIRMADO POR PRAZO DETERMINADO. NECESSIDADE DE PRÉVIA LICITAÇÃO. PRECEDENTES.

1. Inexiste a alegada violação do art. 535, II, do Código de Processo Civil, pois a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida, conforme se depreende da análise do acórdão recorrido.

2. Tendo a ação civil pública sido intentada durante a vigência do contrato, não há falar em prescrição ou decadência, visto que a lesão à Carta Magna perpetua-se durante a execução do contrato, ensejando a aplicação analógica da Súmula 85 do STJ. Ademais, esta Corte Superior não admite o transcurso do prazo decadencial previsto no art. 54 da Lei n.º 9.784/99 antes da edição da citada lei.

PRECEDENTE: (REsp 1.114.094/RS, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 25.8.2009, DJe 18.9.2009).

3. Para aferir a apontada ofensa ao art. 6º, §§ 1º e 2º, da LICC, seria necessário examinar, previamente, o teor da Lei Estadual n. 10.086/1994, o que é inviável em sede de recurso especial. Aplica-se, no caso, por analogia, a Súmula 280/STF. PRECEDENTE (REsp 1.095.323/RS, Rel. Min. Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 17.3.2009, DJe 21.5.2009).

4. Ademais, a atividade de prestação de transporte rodoviário de passageiros é serviço público que, para ser delegado a particular, depende de prévia licitação, nos moldes previstos na Lei n. 8.987/95. Não se pode delegar diretamente, sem licitação, a atividade de exploração de transporte de passageiro, tal como pretende a agravante, sob pena de nulidade do ato assim realizado.

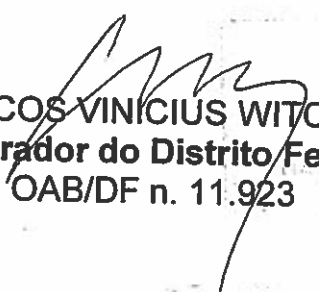
Agravo regimental improvido."

(AgRg no REsp 1153417 / RS 2009/0150361-4 Relator(a) Ministro HUMBERTO MARTINS (1130) Órgão Julgador T2 - SEGUNDA

TURMA Data do Julgamento 14/09/2010 Data da Publicação/Fonte
DJe 24/09/2010).

Desta forma, não se verifica qualquer ilegalidade no Edital de Licitação sob análise em razão do suposto descumprimento das regras previstas no art. 42 da Lei 8.987/95, devendo ser mantida a sentença que julgou improcedente os pedidos da parte autora.

Nestes termos, pede deferimento.
Brasília, 12 de dezembro de 2014.


MARCOS VINICIUS WITCZAK
Procurador do Distrito Federal
OAB/DF n. 11.923