



PROCURADORIA-GERAL DO DISTRITO FEDERAL
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA - PROCAD

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

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO
FEDERAL E TERRITÓRIOS
NÚCLEO DE APOIO AO PLANTÃO
JUDICIAL DE 2º GRAU DE JURISDIÇÃO
Recabi em Plantão Judicial de 19h50m
Brasília/DF: 13/09/2012
Pereira 314448
Matrícula:

URGENTE

PERECIMENTO DE DIREITO EM MENOS DE 12 HORAS

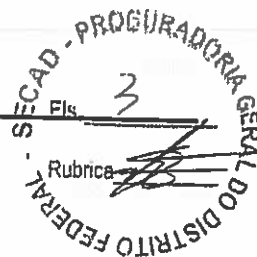
DISTRITO FEDERAL, pessoa jurídica de direito público interno, por meio de seus procuradores, com sede no SAIN, Projeção I, Edifício Sede da Procuradoria-Geral do Distrito Federal, Brasília/DF, CEP 70.620-000, vem à presença de Vossa Excelência, com fundamento no art. 5º, LXIX, da Constituição de 1988, e no art. 1º, e seguintes, da Lei nº 12.016/2009, impetrar o presente

MANDADO DE SEGURANÇA

com urgente pedido de medida liminar
inaudita altera parte



contra ato praticado por membro do Tribunal de Contas do Distrito Federal – TCDF (Decisão nº 4728/2011, de 22/09/2011), o qual pode ser notificado na pessoa de seu Presidente, com endereço no Palácio Costa e Silva, Praça do Buriti, CEP nº 70075-901, nesta Capital, com base nas razões de fato e de direito a seguir expostas.



I – DOS FATOS

Pela presente impetração, o Distrito Federal impugna decisão cautelar proferida pelo E. Tribunal de Contas do Distrito Federal, a qual, além de não ter observado os preceitos legais, não observou princípios basilares de Direito Administrativo e **contrariou frontalmente jurisprudência deste Egrégio Tribunal.**

O Distrito Federal, por meio da Secretaria de Transportes, publicou o Edital de Concorrência Pública n.º 01/2011 (anexo 1), com o intuito de celebrar legítimos contratos de concessão de serviço de transporte público coletivo no âmbito de todo o Distrito Federal.

Diga-se de passagem que tão louvável decisão adveio, além de uma tentativa da Administração Pública de moralizar o setor, de uma decisão proferida nos autos da ação civil pública de n.º 2001.01.1.010242-8 (4ª Vara da Fazenda Pública do Distrito Federal).

Ocorre que o Tribunal de Contas do Distrito Federal, imbuído por motivação desconhecida e alheia à legalidade, nos autos do processo administrativo n.º 12.086/2011, proferiu decisão dotada de **escancarada ilegalidade** e que culminou na **suspensão do procedimento licitatório** em curso. Está-se falando da decisão de n.º 4.892/2012¹ (anexo 2), de Relatoria do Conselheiro Manoel Paulo de Andrade Neto, **tomada hoje, dia 13/09/2012.**

Pois bem. No dia de amanhã, 14 de setembro de 2012, as 10hs00, portanto, menos de 12 horas contadas deste momento, está previsto o recebimento da documentação relativa às empresas

¹ Destaque que ante a urgência do caso foi impossível ao impetrante juntar aos presentes autos cópia integral do processo administrativo em que a decisão ora impugnada foi proferida.

licitantes, mas esta será impedida se não houver pronta intervenção deste Egrégio Tribunal.

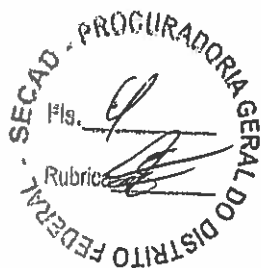
Ante a urgência do caso, só cabe neste momento relatar estes fatos. Passemos, então, a demonstrar a flagrante ilegalidade da decisão que fere de morte direito líquido e certo do impetrante.

II – DA LEGITIMAÇÃO DO DISTRITO FEDERAL PARA A PRESENTE IMPETRAÇÃO

Preliminarmente, além da manifesta tempestividade da ação de segurança, destaca-se a legitimidade do Distrito Federal para a presente impetração.

Afinal, superadas eventuais controvérsias acerca do cabimento da intervenção do Distrito Federal, a jurisprudência pacificou-se no sentido da admissão do *writ* em hipóteses tais, como se observa do seguinte julgado, *in litteris*:

"(...) não obstante o fato de a representação processual do Distrito Federal ser realmente operada pela mesma Procuradoria-Geral que representa em juízo o egrégio Tribunal de Contas do Distrito Federal, por força do disposto no Art. 111, §2º, da Lei Orgânica do DF, não se extrai dessa circunstância a impossibilidade de erigir-se o debate jurídico que envolva, como ocorre na espécie, as prerrogativas institucionais dos Entes Públicos que se colocam em confronto na presente ação mandamental, ainda que se reconheça a posição tormentosa da Procuradoria-Geral do Distrito Federal" (Processo nº MSG 2008.00.2.010372-1, Desembargador Relator Cruz Macedo, julgado em 08/09/2009). (grifou-se)



No mesmo sentido, veja-se a seguinte decisão, *in verbis*:

"AGRAVO REGIMENTAL – MANDADO DE SEGURANÇA – ATO DO PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE CONTAS DO

DISTRITO FEDERAL – AÇÃO MOVIDA PELO DISTRITO FEDERAL – COLIDÊNCIA DE INTERESSES – PATROCÍNIO DA CAUSA PELA PROCURADORIA GERAL DO DISTRITO FEDERAL – EVOCACÃO INADEQUADA DO ART. 111, § 2º, DA LEI ORGÂNICA DO DISTRITO FEDERAL – EXERCÍCIO DO DIREITO DE DEFESA PELA ASSESSORIA JURÍDICA DA PRÓPRIA CORTE DE CONTAS – POSSIBILIDADE. O Distrito Federal possui legitimidade ad causam e interesse processual para impetrar mandado de segurança de ato emanado de sua Corte de Contas. Precedentes” (Processo nº MSG 2007.00.2.000436-0, Desembargador Relator Sérgio Bittencourt, julgado em 27/01/2009). (grifou-se)

O mesmo se diga quanto à competência desse Egrégio Tribunal, conforme os termos do art. 8º, inciso I, alínea “c”, da Lei nº 11.697/2009:



“Art. 8º. Compete ao Tribunal de Justiça: I – processar e julgar originariamente: (...) c) os mandados de segurança e os habeas data contra atos do Presidente do Tribunal e de qualquer de seus órgãos e membros, do Procurador-Geral da Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, dos Juizes do Distrito Federal e dos Territórios, do Governador do Distrito Federal, dos Governadores dos Territórios, do Presidente do Tribunal de Contas do Distrito Federal e de qualquer de seus membros, do Procurador-Geral do Distrito Federal e dos Secretários de Governo do Distrito Federal e dos Territórios;” (grifou-se)

Em suma, plenamente cabível a presente impetração e competente esta Egrégia Corte para o seu processamento e julgamento.

III – DA VIOLAÇÃO DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO

III.1 – DA DECISÃO IMPUGNADA

Conforme se observa da decisão ora impugnada (anexo 2), o Tribunal de Contas do Distrito Federal houve por bem suspender

o procedimento licitatório deflagrado pelo Edital de Concorrência Pública n.º 01/2011 – SET/DF com base na seguinte linha argumentativa:

Feitas essas considerações e adentrando na análise da presença simultânea dos requisitos necessários da concessão da medida acautelatória, verifico de pronto a presença do perigo da demora em razão de a Concorrência Pública n.º 01/11-ST ter a data de abertura das propostas prevista para ocorrer no dia 14.09.12 às 10 horas, conforme Aviso de reabertura de licitação de fl. 2.856.

No que diz respeito à plausibilidade jurídica do pedido, tenho que em juízo de cognição sumária, a questão relativa às disposições do art. 42 da Lei n.º 8.987/95 pode ter direta repercussão no desenrolar do certame em apreço, sendo necessário que a Corte de Contas examine com maior profundidade a questão, à luz de esclarecimentos que há mais de um ano a Secretaria de Transportes já deveria ter trazido aos autos.

Como se vê do excerto supra, o principal argumento sustentado pelo Tribunal de Contas para suspender o regular procedimento licitatório foi suposta violação ao artigo 42 e seus §§ da Lei n.º 8.987/95.

Esse é o teor do dispositivo tido por violado:

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. (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).

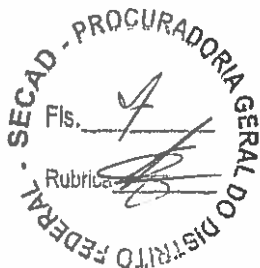
I - levantamento mais amplo e retroativo possível dos elementos físicos constituintes da infra-estrutura de bens reversíveis e dos dados financeiros, contábeis e comerciais relativos à prestação dos serviços, em dimensão necessária e suficiente para a realização do cálculo de eventual indenização relativa 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).

Ocorre que, *data venia*, o Egrégio Tribunal de Contas do Distrito Federal não conferiu correta interpretação ao dispositivo em comento. Expliquemos melhor:

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

O Distrito Federal não possui lei específica e própria que trate da delegação dos serviços públicos na forma negocial por meio dos contratos de concessão e permissão, razão pela qual a Lei Federal n.º 8.987/95 possui plena aplicabilidade ao caso. Dentre as normas que tratam do tema merecem destaque o §2º do art. 42 e o art. 43, todos da Lei n.º 8.987/95.

Nessa toada, deve-se examinar a **norma que se extrai do dispositivo** norteador da decisão ora impugnada. Para tanto, pede-se vênha para transcrever o §2º do art. 42 da Lei 8.987/95:

“§2º As concessões em caráter precário, as que estiverem com prazo vencido e as que estiverem em vigor por prazo indeterminado, inclusive por força de legislação anterior, permanecerão válidas pelo prazo necessário à realização dos levantamentos e avaliações indispensáveis à organização das licitações que precederão a outorga das concessões que as substituirão, prazo esse que não será inferior a 24 (vinte e quatro) meses”



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

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

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

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

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

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

da citada lei.

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

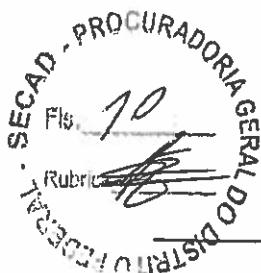
O *caput* do artigo 42 é claro ao dispor que as concessões de serviço público outorgadas anteriormente à sua entrada em vigor (14 de fevereiro de 1995) consideram-se válidas pelo prazo fixado no contrato ou no ato de outorga, observando-se o teor do artigo 43.

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

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

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

"PROCESSO CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. ALEGADA VIOLAÇÃO AO ARTIGO 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. PERMISSÃO DE SERVIÇO ✓



PÚBLICO. TRANSPORTE COLETIVO. AUSÊNCIA DE LICITAÇÃO. VIOLAÇÃO À CONSTITUIÇÃO E À LEI N. 8.987/95. INEXISTÊNCIA DE DIREITO À INDENIZAÇÃO.

[...]

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 175, I, estabelece que "incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos". Na mesma esteira, a Lei n. 8.987/95 impõe a realização de licitação para a ocorrência de permissão.

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

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

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



indenização pretendida, porque a realização de prévia licitação seria obrigatória, seja antes ou após a vigência da Constituição Federal de 1988.



Recurso especial não provido.

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

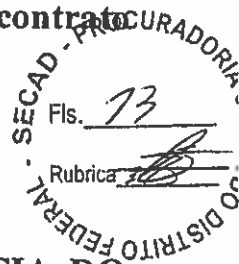
Esse julgado é bastante esclarecedor e bem sinaliza a hipótese em que o §2º do art. 42 é aplicável: o instrumento de delegação há de ser um **contrato de concessão (não pode ser um contrato de permissão)** e deve ter havido uma **prévia licitação**.

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

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

Ocorre que TODOS os delegatários do serviço de transporte coletivo do Distrito Federal prestam serviço atualmente,

quando muito, por meio de permissão, mas **NENHUM** celebrou contrato de concessão!



III.3 – DA LEGALIDADE DO EDITAL. DA INDEPENDÊNCIA DO PROCEDIMENTO LICITÁRIO EM RELAÇÃO AOS PROCEDIMENTOS PARA APURAR EVENTUAIS INDENIZAÇÕES

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

Ou seja, está-se tentando pôr fim às ilegalidades que vinham se perpetuando de há muito, cujos exemplos existem aos montes na atualidade, uma vez que **pela primeira vez na história do Distrito Federal** estará sendo realizado um procedimento licitatório para a contratação de delegatários do serviço de transporte coletivo.

Além disso, o Egrégio Tribunal de Contas do Distrito Federal fez total confusão com a realidade fática. Isto porque a **mera publicação do edital de licitação para contratação de novos concessionários não induz a rescisão imediata dos atuais permissionários**, ao contrário do que fez parecer aquele Tribunal.

Conforme consta do próprio edital, após a assinatura do contrato de concessão, as novas concessionárias terão ainda 180 dias para começarem a operar.

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

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

Diga-se, por fim, que a contratação de novos delegatários do serviço de transporte público coletivo no Distrito Federal, além de advir do princípio da autotutela e da concreção do princípio da legalidade, surgiu da determinação contida na sentença proferida nos autos da Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios e tombada sob o n.º 2001.01.1.010242-8 (4ª Vara da Fazenda Pública do Distrito Federal)² (anexo 3).

Em conclusão, além de inexistir qualquer fundamento fático ou jurídico para atrair a aplicação do §2º do artigo 42 da Lei 8.987/95, a publicação do edital de licitação, longe de ser um ato ilegal, configura-se como a concretização do princípio da legalidade e efetivação do

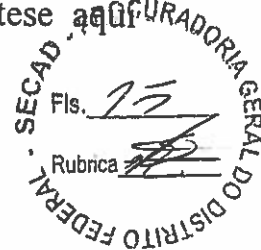
² "[...] Em razão do transcurso de mais de 20 anos da vigência da Constituição Federal de 1988 e mais de 08 anos da vigência da Lei Distrital n. 2.560/2000, estabelecendo que o processo de licitação teria seu início depois de 280 dias de sua entrada em vigor, entendo que a tutela total, quanto ao segundo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

Estado Democrático de Direito, já que exsurge também como cumprimento da ordem imposta por um dos Poderes constituídos, o Judiciário.

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

Além disso, para que as regras daquele dispositivo sejam aplicadas e, portanto, para que o ato seja considerado ilegal, devem existir valores a serem indenizados e tal indenização somente pode ter a sua existência aferida a partir de uma longa e complexa instrução probatória, o que não ocorreu nos autos do processos em trâmite no Tribunal de Contas do Distrito Federal.

Não obstante estes substanciosos argumentos sejam bastantes em si para que o pedido seja julgado inteiramente procedente, com o intuito de resguardar ainda mais o interesse público, cumpre expor que a posição que está se consolidando no Egrégio Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios para casos idênticos tem sido favorável à tese aqui defendida. Vejamos:



III.3 - DO POSICIONAMENTO DESTA EGRÉGIO TRIBUNAL PARA CASOS IDÊNTICOS

Este Eminente Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios já teve a oportunidade de decidir sobre casos idênticos à situação ora posta nos autos, lides estas cujo mérito era idêntico ao que ora

está sendo discutido no TCDF.

Está-se falando do Mandado de Segurança de número 2012.00.2.007671-5, de Relatoria da Douta Desembargadora Vera Andrighi, que, em 12 de abril de 2012, assim decidiu:

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

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

[...]

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

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



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

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

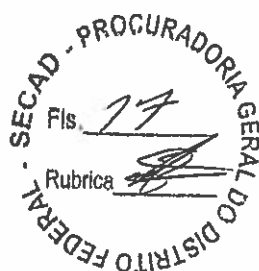
“[...]

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

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

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

Com efeito, na sentença proferida na ação civil pública, o d. juízo determinou, inclusive em antecipação de

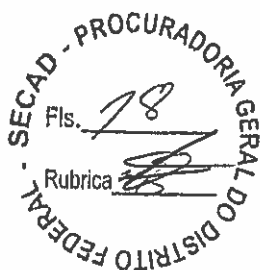


tutela, a obrigação do Distrito Federal de “promover a licitação (iniciar e encerrar), no prazo de 180 dias, para admissão de tantos novos concessionários quanto admitir o sistema de transporte público convencional do Distrito Federal, conforme o novo estudo que deve ser realizado, bem como promover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

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

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

Pelo exposto, INDEFIRO a liminar.” - Negritos



nossos.

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

Um dado relevante merece ser acrescentado: as **mesmas empresas que representaram perante o eg. Tribunal de Contas do Distrito Federal também ingressaram em juízo pelos mesmos fundamentos. Perante o Poder Judiciário, todas elas perderam liminares equivalentes**. Portanto, a autoridade coatora nada mais fez do que dar acolhida a pleitos já rejeitados judicialmente.

Assim, também por esse motivo, o indeferimento da antecipação dos efeitos da tutela é medida que se impõe.

III.4 - DO POSICIONAMENTO DO PRÓPRIO TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL (TCDF) SOBRE O TEMA EM MOMENTO ANTERIOR.

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

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

Ao contrário, a Unidade Técnica daquela Corte de

Contas entendeu que “os investimentos realizados pelos atuais operadores do sistema de transportes é assunto para ser tratado no âmbito da execução dos contratos de concessão já em execução, sem reflexo na licitação nova”, vejamos:

“A SETRANSP, em sua representação, argumenta que não teria sido cumprido o §3º do art. 42 da Lei n.º 8.987/95, que exige levantamento amplo e retroativo dos elementos físicos constituintes da infraestrutura de bens reversíveis e dos dados financeiros contábeis e comerciais relativos à prestação dos serviços, em dimensão necessária e suficiente para a realização do cálculo de eventual indenização relativa aos investimentos ainda não amortizados pelas receitas emergentes da concessão.

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

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

IV – DA PRESENÇA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES DA CONCESSÃO DA MEDIDA LIMINAR




✓

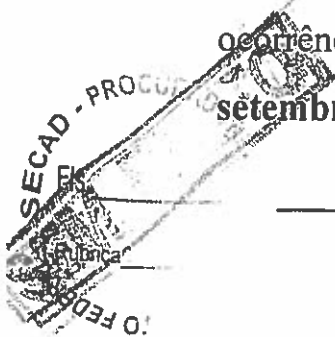
Nos termos do art. 7º, III, da Lei nº 12.016, de 07/08/2009, o juiz, ao despachar a inicial da ação mandamental, ordenará “*que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido, quando houver fundamento relevante e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida, sendo facultado exigir do impetrante caução, fiança ou depósito, com o objetivo de assegurar o ressarcimento à pessoa jurídica*”.

Com efeito, para a concessão da medida acauteladora, em sede de mandado de segurança, revela-se imprescindível a demonstração da inequívoca ocorrência da plausibilidade jurídica das alegações e do perigo de difícil reparação do dano decorrente da violação ao direito líquido e certo.

Consoante registra a lição do eminente Ministro Celso de Mello: “*o deferimento da medida liminar, que resulta do concreto exercício do poder cautelar geral outorgado aos juízes e Tribunais, somente se justifica em face de situações que se ajustem aos pressupostos referidos no art. 7º, II, da Lei nº 1.533/51: a existência de plausibilidade jurídica (‘fumus boni juris’), de um lado, e a possibilidade de lesão irreparável ou de difícil reparação (‘periculum in mora’), de outro (...)*” (MS 25.280/DF, Rel. Min. Celso de Mello, DJU 15/04/2005).

No caso em questão, a relevância dos fundamentos da presente impetração e a liquidez e certeza do direito ora postulado foram inequivocamente demonstrados, diante da constatação de que o Impetrante está na iminência de dar início a uma regular licitação que mudará os rumos do serviço de transporte coletivo no âmbito distrital.

No que pertine ao *periculum in mora*, de outro lado, a sua ocorrência também se revela absolutamente clara na espécie: **amanhã, 14 de setembro de 2012 as 10hs00, está previsto o recebimento dos documentos** 



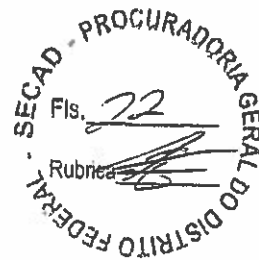
relativos à habilitação. Existem licitantes que se dirigiram dos mais longínquos pontos do país para virem ao Distrito Federal somente para participar do ato vindouro.

Revelam-se presentes, desse modo, o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*, razão pela qual deve ser deferido o pedido de medida liminar, a fim de que sejam sustados os efeitos da Decisão nº 4.892/2012, de 13/09/2012, emanada do E. Tribunal de Contas do Distrito Federal, até final decisão, permitindo-se, assim, ao Impetrante a continuidade do procedimento licitatório, cujo objeto veicula serviço essencial à população distrital.

V – DO PEDIDO

Ante o exposto, o Distrito Federal requer:

- a) a concessão de medida liminar, *inaudita altera parte*, a fim de que sejam sustados os efeitos da Decisão nº 4.892/2012, de 13/09/2012, proferida pelo E. Tribunal de Contas do Distrito Federal, até final decisão, permitindo-se, assim, ao Impetrante a continuidade do procedimento licitatório deflagrado pelo Edital de Concorrência Pública nº 01/2011;
- b) a notificação da autoridade impetrada, para imediato cumprimento ao ato decisório concessivo da medida liminar, e prestação das informações no prazo de 10 (dez dias);
- c) a intimação do ilustre representante do Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios, para que opine na presente causa; e
- e) a concessão da ordem mandamental, confirmando-se a medida liminar em todos os seus termos, com a cassação/invalidação da

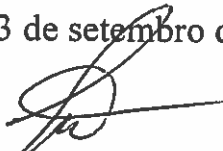


Decisão nº 4.892/2012, de 13/09/2012, do E. Tribunal de Contas do Distrito Federal.

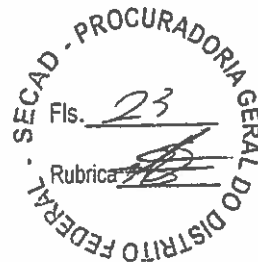
Dá-se à causa o valor de R\$ 1.000,00 (mil reais).

Pede deferimento.

Brasília/DF, 13 de setembro de 2012



EDVALDO COSTA BARRETO JÚNIOR
PROCURADOR DO DISTRITO FEDERAL
OAB/DF Nº 29.190



14.103/52



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS
GABINETE DESEMBARGADOR LUCIANO VASCONCELLOS

TJDF



0088

Despacho no plantão em razão da urgência.

Concedo a liminar, suspendendo os efeitos a decisão 4892/2012, do TCDF, permitindo a continuidade do procedimento licitatório de que cuida o edital licitatório de concorrência pública 01/2011.

Dou as razões para assim decidir.

A decisão, tomada por maioria pelos senhores conselheiros, teve como motivação, isto é que conta o que se tem nos autos, a possibilidade de que o processo licitatório fosse contaminado por possíveis ilegalidades.

Não vejo como isso possa se dar.

Ainda que o artigo 42, § 2º, da 8.987/95 pudesse estar sendo desrespeitado, com desrespeito a concessões existentes, a solução seria o ressarcimento do prejudicado, o que poderia de dar no futuro, e jamais a suspensão da licitação.

E mais se tem para sustar-se a decisão.

É fato público e notório, de conhecimento de todos no Distrito Federal, que o transporte público, mais exatamente os ônibus, estão a requerer urgente renovação.

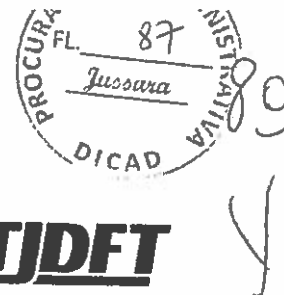
Assim, na confrontação dos direitos, deve prevalecer aqueles que tutelam os direitos públicos, notadamente quando

Luciano Moreira Vasconcellos
Relator



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS
GABINETE DESEMBARGADOR LUCIANO VASCONCELLOS

TJDF



se trata de população que precisa de ônibus para se locomover para suas atividades diárias.

Dou a esta decisão força de mandado, valendo ela como documento hábil para que a licitação prossiga.

Redistribua-se logo no início do expediente, cabendo ao Desembargado sorteado determinar outras providências.

Brasília, 13 de setembro de 2012, às 21h10.

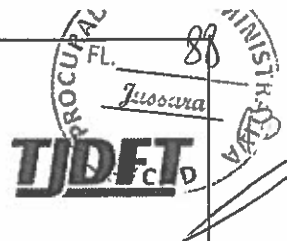
Luciano Moreira Vasconcellos

Desembargador



Poder Judiciário
Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios

Secretaria do Conselho Especial e da Magistratura
Praça Municipal, Lote 1, Palácio da Justiça, Térreo, Salas 148/150
Fone: (61) 3103-7000, CEP 70094-900, Brasília/DF
www.tjdft.jus.br



CONCLUSÃO

Nesta data, faço estes autos conclusos ao Sr. Desembargador
JAIR SOARES.

Brasília-DF, 14 / 09 / 2012

J. Soares

SECRETARIA DO CONSELHO ESPECIAL E DA MAGISTRATURA

MSG 2012 / 21.86 - 4

Notificar a if auto-
rolada para que
cumpra a decisão de
pr. ff/9 e preste
informações.

A seguir, a d.
Procurador de Jus-
tico.

14.09.2012
[Assinatura]



Órgão
Processo N. Conselho Especial
Agravado(s) Agravo Regimental no(a) Mandado de Segurança
20120020211864MSG
Agravante(s) SETRANSP-DF - SINDICATO DAS EMPRESAS DE
TRANSPORTES DE PASSAGEIROS E DAS EMPRESAS
DE TRANSPORTE COLETIVO URBANO DE
PASSAGEIROS DO DF
DISTRITO FEDERAL
Relator Desembargador JAIR SOARES
Acórdão Nº 624.441

EMENTA

MANDADO DE SEGURANÇA. LIMINAR. REQUISITOS.
Presentes os requisitos, concede-se a liminar no mandado de segurança.
Agravo não provido.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores do Conselho Especial do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, JAIR SOARES - Relator, VERA ANDRIGHI - Vogal, CARMELITA BRASIL - Vogal, GEORGE LOPES LEITE - Vogal, SILVÂNIO BARBOSA DOS SANTOS - Vogal, OTÁVIO AUGUSTO - Vogal, ROMÃO C. OLIVEIRA - Vogal, MARIO MACHADO - Vogal, WALDIR LEÔNCIO LOPES JÚNIOR - Vogal, ANA MARIA DUARTE AMARANTE BRITO - Vogal, sob a Presidência do Senhor Desembargador ROMEU GONZAGA NEIVA, em proferir a seguinte decisão: **Negou-se provimento. Unânime**, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 2 de outubro de 2012

Certificado nº: 44 36 9E C4
03/10/2012 - 18:37

Desembargador JAIR SOARES
Relator



Código de Verificação: YKT7.2012.WDKP.L0Q2.743A.EQYV

RELATÓRIO



Trata-se de agravo de decisão que, em mandado de segurança, concedeu liminar para permitir a continuidade do procedimento licitatório de que cuida o edital de concorrência pública 01/2011, sustentando os efeitos da decisão 4.892/2012, do Tribunal de Contas do DF.

Em preliminar, argui o agravante, na condição de terceiro interessado, que impossível rever decisão do Tribunal de Contas do DF, pena de invasão do mérito administrativo.

No mérito, alega que descabida a continuação do procedimento licitatório, sem que realizado antecipadamente o cálculo de eventual indenização a ser paga aos atuais permissionários, pena de inviabilizar as atividades por esses desempenhadas.

VOTOS

O Senhor Desembargador JAIR SOARES - Relator

Conquanto não se admita exame do mérito do ato administrativo, por envolver, na essência, juízos de oportunidade e conveniência próprios da atividade discricionária conferida ao administrador, não se pode, em atenção ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, furtar ao Poder Judiciário o exame de tais atos sob a ótica da legalidade.

Essa a hipótese dos autos, em que passível de exame a legalidade do ato questionado – decisão do c. TCDF que suspendeu o curso de licitação com a qual se buscava celebrar contratos de concessão de serviços de transporte público coletivo – sob os prismas da razoabilidade, da moralidade e da supremacia do interesse público.

Destarte, embora se insira no âmbito de discricionariedade própria da Administração, caso o ato se afaste do interesse público, mostre-se desarrazoado ou implique desproporção entre meios e fins, possível a



Código de Verificação: YKT7.2012.WDKP.L0Q2.743A.EQYV

interferência judicial na busca da restauração da legalidade, sem que se disso resulte qualquer afronta ao princípio da separação dos poderes.

Rejeito a preliminar.

O voto condutor da decisão impugnada ressaltou que a concessão da medida acautelatória de suspensão do procedimento licitatório fundou-se tanto no silêncio da Secretaria de Transportes, que deixou de se manifestar a respeito do possível descumprimento do art. 42, § 2º da L. 8.987/95, quanto na plausibilidade da alegação de que a indenização a que se refere tal preceito legal deve preceder a realização de nova licitação.

A questão, portanto, consiste em saber se o procedimento licitatório pode prosseguir independentemente de serem iniciados os procedimentos necessários à apuração de eventuais indenizações a ser pagas aos atuais permissionários.

Não há, no dispositivo legal invocado, qualquer previsão no sentido de que o cálculo e pagamento das indenizações eventualmente devidas aos atuais permissionários – sobretudo os que obtiveram a permissão sem que fossem precedidas de licitação – sejam necessários para se realizar novas licitações.

Como consignou a decisão agravada, “ainda que o artigo 42, § 2º, da L. 8.987/95 pudesse estar sendo desrespeitado, com desrespeito a concessões existentes, a solução seria o ressarcimento do prejudicado, o que poderia se dar no futuro, e jamais a suspensão da licitação” (f. 88).

Não se afigura razoável paralisar *sine die* procedimento licitatório - cuja finalidade consiste na busca de solução para um dos mais graves problemas enfrentados pela população residente no Distrito Federal, que diuturnamente precisa enfrentar o reconhecidamente precário, ineficiente e caríssimo sistema de transporte público – tão somente para que se aguarde a conclusão de questões afetas exclusivamente ao interesse patrimonial de algumas poucas empresas que há anos monopolizam o setor. O interesse público deve preponderar.



Código de Verificação: YKT7.2012.WDKP.L0Q2.743A.EQYV

Consoante salientou o eminente Desembargador J. J. Costa Carvalho, ao apreciar liminar em mandado de segurança impetrado por uma das empresas que se disse afetada pela licitação em curso, na qual a mesma questão foi levantada, "a inexistência do cálculo de eventual indenização não obsta o curso regular da licitação, sobretudo diante da possibilidade de resolução posterior, conforme o caso" (MSG 12/0-8093-3).

No mesmo sentido, decisão proferida pela eminente Desembargadora Vera Andrighi, ao indeferir idêntico pleito: "na ponderação ente os interesses da impetrante de se manter como permissionária e o legítimo anseio por mudanças, deve prevalecer este último, fundado em interesse público de regularização do setor" (MSG 12/0-7675-1).

Registre-se, finalmente, tal como asseverado pelo impetrante, que "a mera publicação do edital de licitação para contratação de novos concessionários não induz a rescisão imediata dos atuais permissionários" (f. 13).

Presentes, pois, os requisitos, deve ser mantida a decisão que concedeu a liminar.

Nego provimento.

A Senhora Desembargadora VERA ANDRIGHI - Vogal

Com o Relator.

A Senhora Desembargadora CARMELITA BRASIL - Vogal

Com o Relator.

O Senhor Desembargador GEORGE LOPES LEITE - Vogal

Com o Relator.



Código de Verificação: YKT7.2012.WDKP.L0Q2.743A.EQYV

O Senhor Desembargador SILVÂNIO BARBOSA DOS SANTOS - Vogal

Com o Relator.

O Senhor Desembargador OTÁVIO AUGUSTO - Vogal

Com o Relator.

O Senhor Desembargador ROMÃO C. OLIVEIRA - Vogal

Com o Relator.

O Senhor Desembargador MARIO MACHADO - Vogal

Com o Relator.

O Senhor Desembargador WALDIR LEÔNCIO LOPES JÚNIOR - Vogal

Com o Relator.

A Senhora Desembargadora ANA MARIA DUARTE AMARANTE BRITO - Vogal

Com o Relator.

DECISÃO

Negou-se provimento. Unânime.



Código de Verificação: YKT7.2012.WDKP.L0Q2.743A.EQYV

GABINETE DO DESEMBARGADOR JAIR SOARES



Órgão Conselho Especial
Processo N. Embargos de Declaração no Agravo Regimental no(a)
Mandado de Segurança 20120020211864MSG
Embargante(s) SETRANSP-DF - SINDICATO DAS EMPRESAS DE
TRANSPORTES DE PASSAGEIROS E DAS EMPRESAS
DE TRANSPORTE COLETIVO URBANO DE
PASSAGEIROS DO DF
Embargado(s) DISTRITO FEDERAL E OUTROS
Relator Desembargador JAIR SOARES
Acórdão N° 629.436



EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. VÍCIOS. INEXISTÊNCIA.

Os embargos de declaração prestam-se para aclarar obscuridade ou afastar contradição, omissão ou erro material. Inexistentes tais vícios, nega-se provimento aos embargos. Embargos não providos.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores do Conselho Especial do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, JAIR SOARES - Relator, VERA ANDRIGHI - Vogal, CARMELITA BRASIL - Vogal, ARNOLDO CAMANHO DE ASSIS - Vogal, ROMÃO C. OLIVEIRA - Vogal, MARIO MACHADO - Vogal, J.J. COSTA CARVALHO - Vogal, SANDRA DE SANTIS - Vogal, NÍDIA CORRÊA LIMA - Vogal, ANA MARIA DUARTE AMARANTE BRITO - Vogal, sob a Presidência do Senhor Desembargador LECIR MANOEL DA LUZ, em proferir a seguinte decisão: **Conhecidos e improvidos. Unânime**, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 23 de outubro de 2012

Certificado nº: 44 36 9E C4
24/10/2012 - 17:29

Desembargador JAIR SOARES
Relator



Código de Verificação: GMEH.2012.WS7Y.NBP5.KHF0.F8EP

RELATÓRIO

Trata-se de embargos de declaração ao acórdão de fls. 278/280, em que se alega omissão, pois não apreciado o art. 42, § 3º, da L. 8.987/1995. E contradição na interpretação do art. 42, § 2º, da L. 8.987/95.

Pretende-se, ainda, pré-questionar referidos dispositivos legais.

VOTOS

O Senhor Desembargador JAIR SOARES - Relator



Não há omissão. Simples leitura do voto condutor do acórdão embargado é suficiente para se verificar que, conquanto não expressamente mencionado o art. 42, § 3º, da L. 8.987/1995, a matéria nele disciplinada foi apreciada. A propósito:

"O voto condutor da decisão impugnada ressaltou que a concessão da medida acautelatória de suspensão do procedimento licitatório fundou-se tanto no silêncio da Secretaria de Transportes, que deixou de se manifestar a respeito do possível descumprimento do art. 42, § 2º da L. 8.987/95, quanto na plausibilidade da alegação de que a indenização a que se refere tal preceito legal deve preceder a realização de nova licitação.

A questão, portanto, consiste em saber se o procedimento licitatório pode prosseguir independentemente de serem iniciados os procedimentos necessários à apuração de eventuais indenizações a ser pagas aos atuais permissionários.

Não há, no dispositivo legal invocado, qualquer previsão no sentido de que o cálculo e pagamento das indenizações eventualmente devidas aos atuais permissionários – sobretudo os que obtiveram a permissão sem que fossem precedidas de licitação – sejam necessários para se realizar novas licitações.



Código de Verificação: GMEH.2012.WS7Y.NBP5.KHF0.F8EP

Como consignou a decisão agravada, "ainda que o artigo 42, § 2º, da L. 8.987/95 pudesse estar sendo desrespeitado, com desrespeito a concessões existentes, a solução seria o ressarcimento do prejudicado, o que poderia se dar no futuro, e jamais a suspensão da licitação" (f. 88).

Não se afigura razoável paralisar *sine die* procedimento licitatório - cuja finalidade consiste na busca de solução para um dos mais graves problemas enfrentados pela população residente no Distrito Federal, que diuturnamente precisa enfrentar o reconhecidamente precário, ineficiente e caríssimo sistema de transporte público – tão somente para que se aguarde a conclusão de questões afetas exclusivamente ao interesse patrimonial de algumas poucas empresas que há anos monopolizam o setor. O interesse público deve preponderar.

Consoante salientou o eminente Desembargador J. J. Costa Carvalho, ao apreciar liminar em mandado de segurança impetrado por uma das empresas que se disse afetada pela licitação em curso, na qual a mesma questão foi levantada, "a inexistência do cálculo de eventual indenização não obsta o curso regular da licitação, sobretudo diante da possibilidade de resolução posterior, conforme o caso" (MSG 12/0-8093-3).

No mesmo sentido, decisão proferida pela eminente Desembargadora Vera Andrichi, ao indeferir idêntico pleito: "na ponderação ente os interesses da impetrante de se manter como permissionária e o legítimo anseio por mudanças, deve prevalecer este último, fundado em interesse público de regularização do setor" (MSG 12/0-7675-1).

Registre-se, finalmente, tal como asseverado pelo impetrante, que "a mera publicação do edital de licitação para contratação de novos concessionários não induz a rescisão imediata dos atuais permissionários" (f. 13)." (fls. 279/279 verso)

Saliente-se que o art. 42 e §§ da L. 8.987/95 dizem respeito às concessões. Não se aplicam, portanto, às permissões. Aliás, no tocante à permissão, vale o que dispõe o art. 40 dessa mesma lei, segundo o qual nas



Código de Verificação: GMEH.2012.WS7Y.NBP5.KHF0.F8EP

permissões, o contrato deverá estipular a precariedade e a possibilidade de rescisão unilateral pela Administração a qualquer momento.

Significa que, tratando-se de permissão, possível a rescisão unilateral dessa sem que antes sejam tomadas as providências a que aludem os §§ do art. 42, aos quais se apegam para dizer que seus filiados têm direito líquido e certo à prévia apuração do que gastaram na aquisição de ônibus e equipamentos para desenvolver as atividades objeto da permissão que receberam.

Contradição consiste na coexistência de proposições inconciliáveis, excludentes entre si. É "a incompatibilidade lógica entre decisões ou fundamentos apresentados pela sentença ou acórdão" (Antônio Cláudio da Costa Machado, *in* Código de Processo Civil Interpretado e Anotado, Ed. Manole, p. 1000).

Não configura contradição o fato de o acórdão embargado firmar entendimento em sentido diverso daquele sustentado pela parte, se não se verifica qualquer incompatibilidade lógica entre a decisão e os fundamentos nela adotados.

Inexistente, portanto, os vícios apontados, percebe-se que pretende o embargante, na realidade, nova decisão sobre a matéria, para o que não se prestam os embargos de declaração, restritos aos casos de omissão, contradição ou obscuridade.

Se, contudo, o que pretende é pré-questionar as matérias, vale lembrar as seguintes decisões do e. STJ a respeito:

"Para que a matéria tenha-se como prequestionada, não é indispensável que a decisão recorrida haja mencionado os dispositivos legais que se apontam como contrariados. Importa que a questão jurídica, que se pretende por eles regulada, tenha sido versada." (RESP 1.871/RJ, Relator Ministro Eduardo Ribeiro, DJ de 23.4.1990).



"PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO ESPECIAL. PRESENÇA DE OMISSÃO E CONTRADIÇÃO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS COM EFEITOS INFRINGENTES. RECURSO ESPECIAL. PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO. ADMISSÃO. (...)

1. Conforme entendimento consolidado nesta Corte, admite-se o prequestionamento implícito, para fins de conhecimento do recurso especial interposto pela alínea a do permissivo constitucional, quando as questões debatidas no recurso especial tenham sido decididas no acórdão recorrido, ainda que sem a explícita indicação dos dispositivos de lei que o fundamentaram.

(...)" (RESP 691.653/AL, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, DJ-e de 7.4.2009)

Nego provimento.



A Senhora Desembargadora VERA ANDRIGHI - Vogal

Com o Relator.

A Senhora Desembargadora CARMELITA BRASIL - Vogal

Com o Relator.

O Senhor Desembargador ARNOLDO CAMANHO DE ASSIS - Vogal

Com o Relator.

O Senhor Desembargador ROMÃO C. OLIVEIRA - Vogal

Com o Relator.

O Senhor Desembargador MARIO MACHADO - Vogal



Código de Verificação: GMEH.2012.WS7Y.NBP5.KHF0.F8EP

Com o Relator.

O Senhor Desembargador J.J. COSTA CARVALHO - Vogal

Com o Relator.

A Senhora Desembargadora SANDRA DE SANTIS - Vogal

Com o Relator.

A Senhora Desembargadora NÍDIA CORRÊA LIMA - Vogal

Com o Relator.

A Senhora Desembargadora ANA MARIA DUARTE AMARANTE BRITO - Vogal

Com o Relator.

DECISÃO

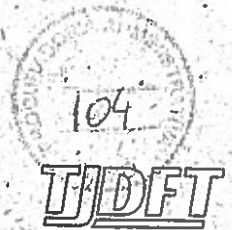
Conhecidos e improvidos. Unânime.



Código de Verificação: GMEH.2012.WS7Y.NBP5.KHF0.F8EP



Poder Judiciário
Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios



TJDFT / SEJU / SEREST

DATA: 25/02/2018
RUBRICA:

REGISTRO Nº:

656.280

1 2 3 4 5 6 7 8 9 10 11 12 13 14 15 16 17 18 19 20 21 22 23 24 25 26 27 28 29 30 31 32 33 34 35 36 37 38 39 40 41 42 43 44 45 46 47 48 49 50 51 52 53 54 55 56 57 58 59 60 61 62 63 64 65 66 67 68 69 70 71 72 73 74 75 76 77 78 79 80 81 82 83 84 85 86 87 88 89 90 91 92 93 94 95 96 97 98 99 100

Órgão	: CONSELHO ESPECIAL
Classe	: MSG - MANDADO DE SEGURANÇA
Nº do Processo	: 2012.00.2.021186-4
Impetrante	: DISTRITO FEDERAL
Informante	: PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL
Relator Des.	: JAIR SOARES

EMENTA

LICITAÇÃO. SERVIÇO DE TRANSPORTE PÚBLICO COLETIVO. ATUAIS PERMISSIONÁRIOS. INDENIZAÇÃO.

1 - Licitação de serviço de transporte público coletivo não se condiciona às providências estabelecidas no art. 42 e §§ da L. 8.987/95.

2 - As disposições do art. 42 e §§ da L. 8.987/95 dizem respeito às concessões de serviço público. Não se aplicam às permissões. No tocante à permissão, vale o que dispõe o art. 40 dessa mesma lei, segundo o qual o contrato deverá estipular a precariedade e a possibilidade de rescisão unilateral pela Administração a qualquer momento.

3 - Ordem concedida.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores do Conselho Especial do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, **JAIR SOARES** - Relator, **VERA ANDRIGHI**, **MÁRIO-ZAM BELMIRO**, **CARMELITA BRASIL**, **FERNANDO HABIBE**, **GETÚLIO DE MORAES OLIVEIRA**, **DÁCIO VIEIRA**, **MÁRIO MACHADO**, **ROMEU GONZAGA NEIVA**, **WALDIR LEÔNIO LOPES JÚNIOR**, **J. J. COSTA CARVALHO**, **SANDRA DE SANTIS** e **FLÁVIO ROSTIROLA** - Vogais, sob a Presidência do Desembargador **JOÃO MARIOSI**, em **CONCEDER A ORDEM NOS TERMOS DO VOTO DO EMINENTE RELATOR. UNÂNIME**, de acordo com a ata de julgamento e as notas taquigráficas.

Brasília-DF, 5 de fevereiro de 2013.


Desembargador JAIR SOARES
Relator

RELATÓRIO

Distrito Federal impetrou mandado de segurança, apontando como ilegal ato praticado por conselheiro do Tribunal de Contas do Distrito Federal, que suspendeu licitação cujo objeto consistia na celebração de contratos de concessão de serviço de transporte público coletivo.

Disse que o ato impugnado fundamentou-se em equivocada interpretação do art. 42, § 2º, da L. 8.987/95, que, além de não se aplicar às permissões outorgadas sem prévia licitação, não impõe, como condição para a realização de nova licitação, o pagamento prévio de indenizações eventualmente devidas aos atuais permissionários.

Liminar deferida para permitir a continuidade do procedimento licitatório de que cuida o edital de concorrência pública 01/2011, sustentando os efeitos do ato impugnado (fls. 88/89).

Informações prestadas (fls. 98/101). Parecer da d. Procuradora-Geral de Justiça pela concessão da ordem (fls. 296/303).

VOTOS**O Senhor Desembargador JAIR SOARES - Relator**

O ato impugnado, ao suspender a licitação por meio da qual seriam selecionadas empresas para firmar, com o DF, contratos de concessão de serviço de transporte público coletivo, fundamentou-se na plausibilidade jurídica da tese de que, sem prévia realização do cálculo relativo a eventuais indenizações a serem pagas aos atuais permissionários, descabido novo certame licitatório.

Afirmou a autoridade que a concessão da medida acautelatória de suspensão da licitação fundou-se tanto no silêncio da Secretaria de Transportes, que deixou de se manifestar a respeito do possível descumprimento ao art. 42, § 2º da L. 8.987/95, quanto na plausibilidade da alegação de que a indenização a que se refere tal preceito legal deve preceder a realização de nova licitação.

Gabinete Desembargador Jair Soares

A questão, portanto, consiste em saber se o procedimento licitatório pode prosseguir independentemente de serem iniciados os procedimentos necessários à apuração de eventuais indenizações a serem pagas aos atuais permissionários.

O dispositivo legal invocado, ao estabelecer normas de transição necessárias à regularização de situações existentes ao tempo de sua edição, muitas delas em flagrante desrespeito às disposições constitucionais sobre a matéria, não fez qualquer previsão no sentido de que o cálculo e pagamento das indenizações eventualmente devidas aos atuais permissionários - sobretudo os que obtiveram a permissão sem que fossem precedidas de licitação - fossem necessários para se realizar novas licitações.

Logo, não se afigura razoável paralisar *sine die* procedimento licitatório - cuja finalidade consiste na busca de solução para um dos mais graves problemas enfrentados pela população residente no Distrito Federal, que diuturnamente precisa enfrentar o reconhecidamente precário, ineficiente e caríssimo sistema de transporte público - tão somente para que se aguarde a conclusão de questões afetas exclusivamente ao interesse patrimonial de algumas poucas empresas que há anos monopolizam o setor. O interesse público deve preponderar.

Como consignado na decisão que deferiu a liminar, *"ainda que o artigo 42, § 2º, da L. 8.987/95 pudesse estar sendo desrespeitado, com desrespeito a concessões existentes, a solução seria o ressarcimento do prejudicado, o que poderia se dar no futuro, e jamais a suspensão da licitação"* (f. 88).

É certo que o art. 42, § 2º, da L. 8.987/95, dispõe que as concessões em caráter precário 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 não inferior a 24 meses.

Contudo, referido preceito, tratando-se de disposição transitória, deve considerar a data em que editada a lei em questão - 13.2.1995 -

bem como o prazo máximo de validade previsto no § 3º para as concessões outorgadas em tais condições - 31.12.2010.

Dai o acerto da d. Procuradora-Geral de Justiça, ao consignar que "não parece razoável agora, em 2012, que se impeça de realizar a licitação para outorga de novas concessões que substituirão as atuais apenas para que sejam realizados os procedimentos previstos no art. 42 da Lei 8987/95. Por um lado, a Lei 8987/95, em 1995, já considerou extintas todas as concessões/permissões que não haviam sido precedidas de regular processo licitatório (art. 43) e, por condescendência legal, esse prazo foi estendido até 2007 e, posteriormente, até 2012 para as concessões em caráter precário, as que estiverem com prazo vencido e as que estiverem em vigor por prazo indeterminado para realização dos levantamentos e avaliações indispensáveis à organização das licitações que precederão a outorga das concessões que as substituirão. Por óbvio, esse prazo não pode ser prorrogado indefinidamente. É imperioso que a Administração cumpra a Lei e a Constituição Federal, de modo a proceder à regularização da situação dessas concessões irregulares com o a abertura de processo licitatório" (fls. 300/301).

A questão foi recentemente enfrentada pelo e.. Conselho Especial, por oportunidade do julgamento de mandado de segurança impetrado por uma das empresas que se disse afetada pela licitação em curso. Na ocasião, decidiu-se:

MANDADO DE SEGURANÇA - SUSPENSÃO DA LICITAÇÃO - CONCESSÃO PARA A PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE TRANSPORTE COLETIVO - INEXISTÊNCIA DE APURAÇÃO DE EVENTUAL INDENIZAÇÃO - IMPOSSIBILIDADE DE CONDICIONAMENTO - INTERESSE PÚBLICO.

1. A Lei 11.447/2007 inseriu novo parágrafo ao art. 42 da 8987/95, para prorrogar pela última vez o prazo das concessões de serviços públicos que estivessem em desacordo com o art. 175 da Constituição Federal, determinando, paralelamente, que o ente federativo realizasse estudos para apuração de eventual direito à indenização pela concessionária em virtude de investimentos ainda não amortizados.

2. Tal determinação não deve ser condição para a realização de nova licitação, para a outorga de concessão de serviço de transporte coletivo, pois a função precípua da Lei 8987/95 é a adequação dos atos e contratos à Constituição Federal, sobretudo quanto à obrigatoriedade de prévia licitação pública.

3. O interesse particular da concessionária não pode se sobressair em detrimento do interesse público, consistente na realização de licitação, sobretudo por se mostrar possível o ressarcimento de eventual prejuízo por outras vias.

4. Segurança denegada. (MSG 2012.00.2.008093-3, Relator Desembargador J. J. Costa Carvalho, DJ-e de 4.12.2012).

Saliente-se, finalmente, que as disposições do art. 42 e §§ da L. 8.987/95 dizem respeito às concessões. Não se aplicam, portanto, às permissões. Aliás, no tocante à permissão, vale o que dispõe o art. 40 dessa mesma lei, segundo o qual o contrato deverá estipular a precariedade e a possibilidade de rescisão unilateral pela Administração a qualquer momento.

Significa que, tratando-se de permissão, possível a rescisão unilateral dessa sem que antes sejam tomadas as providências a que aludem os §§ do art. 42. Logo, nada impede - ao contrário, tudo recomenda - o prosseguimento da licitação, de modo que a suspensão do certame, tal como determinada no ato impugnado, configura lesão a direito líquido e certo do impetrante de promovê-lo.

Concedo a ordem e anulo o ato impugnado. Sem custas e sem honorários.

A Senhora Desembargadora VERA ANDRIGHI - Vogal

Com o Relator.

O Senhor Desembargador MÁRIO-ZAM BELMIRO - Vogal

Com o Relator.

A Senhora Desembargadora CARMELITA BRASIL - Vogal

Com o Relator.

O Senhor Desembargador **FERNANDO HABIBE** - Vogal

Com o Relator.



O Senhor Desembargador **GETÚLIO DE MORAES OLIVEIRA** - Vogal

Com o Relator.

O Senhor Desembargador **DÁCIO VIEIRA** - Vogal

Com o Relator.

O Senhor Desembargador **MÁRIO MACHADO** - Vogal

Com o Relator.

O Senhor Desembargador **ROMEU GONZAGA NEIVA** - Vogal

Com o Relator.

O Senhor Desembargador **WALDIR LEÔNCIO LOPES JÚNIOR** - Vogal

Com o Relator.

O Senhor Desembargador **J. J. COSTA CARVALHO** - Vogal

Com o Relator.

A Senhora Desembargadora **SANDRA DE SANTIS** - Vogal

Com o Relator.

O Senhor Desembargador FLÁVIO ROSTIROLA - Vogal

Com o Relator.



DECISÃO

Concedeu-se a ordem nos termos do voto do eminente

Relator. Unânime.



Órgão	Conselho Especial
Processo N.	Embargos de Declaração no(a) Mandado de Segurança 20120020211864MSG
Embargante(s)	SETRANSP-DF - SINDICATO DAS EMPRESAS DE TRANSPORTES DE PASSAGEIROS E DAS EMPRESAS DE TRANSPORTE COLETIVO URBANO DE PASSAGEIROS DO DF
Embargado(s)	DISTRITO FEDERAL E OUTROS
Relator	Desembargador JAIR SOARES
Acórdão Nº	665.371

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. VÍCIOS. INEXISTÊNCIA.

Os embargos de declaração servem para aclarar dúvida, obscuridade, afastar contradição, omissão ou erro material, vícios que, se inexistentes, nega-se provimento. Embargos não providos.



ACÓRDÃO

113
~
Acordam os Senhores Desembargadores do Conselho Especial do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, JAIR SOARES - Relator, VERA ANDRIGHI - Vogal, MARIO-ZAM BELMIRO - Vogal, GEORGE LOPES LEITE - Vogal, GETÚLIO DE MORAES OLIVEIRA - Vogal, ROMÃO C. OLIVEIRA - Vogal, MARIO MACHADO - Vogal, SÉRGIO BITTENCOURT - Vogal, LECIR MANOEL DA LUZ - Vogal, ROMEU GONZAGA NEIVA - Vogal, CARMELITA BRASIL - Vogal, FLAVIO ROSTIROLA - Vogal, ANA MARIA DUARTE AMARANTE BRITO - Vogal, sob a Presidência do Senhor Desembargador DÁCIO VIEIRA, em proferir a seguinte decisão: **Improvidos os embargos nos termos do voto do Relator. Decisão unânime**, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 26 de março de 2013



Certificado nº: 44 36 9E C4
01/04/2013 - 13:24

Desembargador JAIR SOARES
Relator



Código de Verificação: FWPE.2013.0VBP.22Z6.ONWO.HIVM

RELATÓRIO

Embargos de declaração ao acórdão de fls. 309/16, em que se alega contradição.

Sustenta o embargante que, ao contrário do que entendeu o acórdão embargado, o art. 42 da L. 8.987/95 aplica-se às permissões, bem como determina a prévia indenização, pena de enriquecimento ilícito.

Aduz, ainda, que o julgamento foi ultra petita, eis que o pedido foi para cassar a decisão n. 4.892, de 13.9.12, do TCU. Não houve pedido para manifestar acerca da aplicação do art. 42 da L. 8.987/95 às permissionárias.

VOTOS

O Senhor Desembargador JAIR SOARES - Relator

A contradição apta a alterar o julgado deve ser no acórdão, ou seja, referente aos fundamentos do voto condutor e à conclusão do julgado. A contradição entre o entendimento do órgão julgador e dispositivo legal não autoriza os embargos. Nesse sentido:

"PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ACÓRDÃO. CONTRADIÇÃO. TEMAS SOBRE OS QUAIS SEGUNDO O RECORRENTE NÃO HOUVE MANIFESTAÇÃO DO COLEGIADO A RESPEITO. AUSÊNCIA DE VÍCIO. ERRO DE JULGAMENTO. REJEIÇÃO DO RECURSO.

1. O acórdão não se torna contraditório, se esse defeito tem origem na divergência vislumbrada entre o voto condutor e a interpretação ou valoração emitida pela parte ou por qualquer outro órgão julgador, singular ou colegiado.

2. A contradição que dá ensejo à interposição dos embargos de declaração é a interna ao julgado, isto é, aquela que se instala entre o relatório,



fundamentação, dispositivo, e, por fim, sua ementa (Precedente STJ, EDcl no AgRg no REsp 639348/DF, Rel. Min. Denise Arruda).

3. Do contrário, eventual divergência entre o voto do relator e qualquer outra opinião divergente, ainda que mais renomada ou abalizada, desde que não sumulada, por Corte Superior, não se mostra capaz de macular o julgado por contradição, nesta sede.

4. Recurso desprovido." (20060110407542APC, Relator Silvanio Barbosa dos Santos, 6ª Turma Cível, julgado em 16/05/2007, DJ 30/08/2007 p. 104).

"PROCESSUAL CIVIL - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - CONTRADIÇÃO - NÃO OCORRÊNCIA.

1. 'A contradição que autoriza o manejo dos embargos é somente a interna ao acórdão, verificada entre os fundamentos que o alicerçam e a conclusão. A contradição externa, observada entre o julgado e dispositivo de lei ou entre o acórdão e outra decisão ainda que se trate do mesmo órgão julgador, não satisfaz a exigência do art. 535 do CPC para efeito de acolhimento dos aclaratórios. Precedentes.' (STJ, EDcl nos EREsp 475.530/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24.05.2006, DJ 05.06.2006 p. 235) 3. Embargos de Declaração rejeitados." (20070150022732APC, Relator Maria Beatriz Parrilha, 4ª Turma Cível, julgado em 30/05/2007, DJ 14/06/2007 p. 149).

O acórdão expressamente declinou os fundamentos da decisão, os quais estão de acordo com a ementa e com a conclusão do voto.

A pretensão do embargante, com os embargos, é que seja emprestado ao dispositivo mencionado (art. 42 da L. 8.987/95), interpretação que, se dada, alteraria a conclusão do julgado, em procedimento que foge, por completo, aos limites dos declaratórios.



Código de Verificação: FWPE.2013.0VBP.22Z6.ONWO.HIVM

É certo que se tem admitido o uso de embargos de declaração com efeito infringente do julgado, mas apenas em caráter excepcional, quando manifesto o equívoco e não existindo no sistema legal outro recurso para correção do erro cometido. (STJ, REsp. 1.757-SP, rel. o em. Min. Sálvio de Figueiredo, apud Theotônio Negrão, ob. e p. cit.).

Não é o que ocorre no presente caso. Com os embargos de natureza infringente, na verdade, pretende-se novo julgamento da causa, com reexame de questões já apreciadas, o que não se admite, consoante entendimento, inclusive da Suprema Corte.

Nessa hipótese, há alteração substancial do julgado, o que foge ao disposto no art. 535, do CPC.

O que se denomina de contradição, nesse ponto, não passa, na verdade, de inconformismo com a decisão.

Também não houve julgamento *ultra petita*. O pedido foi para "cassação/invalidação da decisão n. 4.892/2012, de 13/09/2012, do E. Tribunal de Constas do Distrito Federal". O acórdão embargado concedeu a ordem e anulou o ato impugnado.

A manifestação sobre a aplicação do art. 42 da L. 8.987/95 às permissões constitui a *ratio decidendi* do julgado.

Nego provimento.

A Senhora Desembargadora VERA ANDRIGHI - Vogal

Com o Relator.

O Senhor Desembargador MARIO-ZAM BELMIRO - Vogal

Com o Relator.



117
~

O Senhor Desembargador GEORGE LOPES LEITE - Vogal

Com o Relator.

O Senhor Desembargador GETÚLIO DE MORAES OLIVEIRA - Vogal

Com o Relator.

O Senhor Desembargador ROMÃO C. OLIVEIRA - Vogal

Com o Relator.

O Senhor Desembargador MARIO MACHADO - Vogal

Com o Relator.

O Senhor Desembargador SÉRGIO BITTENCOURT - Vogal

Com o Relator.

O Senhor Desembargador LECIR MANOEL DA LUZ - Vogal

Com o Relator.

O Senhor Desembargador ROMEU GONZAGA NEIVA - Vogal

Com o Relator.

A Senhora Desembargadora CARMELITA BRASIL - Vogal

Com o Relator.

O Senhor Desembargador FLAVIO ROSTIROLA - Vogal



Código de Verificação: FWPE.2013.0VBP.22Z6.ONWO.HIVM

118
2

Com o Relator.

**A Senhora Desembargadora ANA MARIA DUARTE AMARANTE BRITO -
Vogal**

Com o Relator.

DECISÃO

Improvidos os embargos nos termos do voto do Relator. Decisão
unânime.



EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR PRESIDENTE DO
EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL (SECRETARIA
DE RECURSOS CONSTITUCIONAIS)



Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios
CONSELHO ESPECIAL

19/04/2013

16:01:10

Processo nº. 2012.00.2.021186-4.

Mandado de Segurança

2035



SINDICATO DAS EMPRESAS DE TRANSPORTE DE
PASSAGEIROS E DAS EMPRESAS DE TRANSPORTE COLETIVO URBANO DE
PASSAGEIROS DO DISTRITO FEDERAL – SETRANSP/DF, associação sindical
patronal que congrega as empresas operadoras permissionárias dos serviços de transporte
público coletivo convencional e de vizinhança do Distrito Federalpor, devidamente
qualificado nos autos do processo em epígrafe, por seus advogados, tendo em vista o v.
Associação que concedeu a ordem segurança no writ manejado pelo DISTRITO FEDERAL,
vem, respeitosamente, a presença de V. Excelência interpor RECURSO ESPECIAL, na
forma das razões em anexo.

O Especial, em causa, encontra arrimo no permissivo do art. 105, III, “a”
(art. 40, parágrafo único, e art. 42, caput e parágrafos, da Lei nº 8.987/95), da Carta
Política de 1988, pelo quê deve ser admitido e encaminhado ao E. Superior Tribunal de
Justiça.

Pede deferimento.

Brasília, 19 de abril de 2013.


ANDRÉ PUPPIN MACEDO

OAB/DF 12.004


ALEXANDRE SPEZIA

OAB/DF 20.555



RAZÕES DO RECURSO ESPECIAL

Colendo Tribunal,

Egrégia Turma,

Douto Relator,

Trata-se de mandado de segurança impetrado pelo Distrito Federal contra ato do Presidente do Tribunal de Contas do Distrito Federal que suspendeu cautelarmente a ~~Concorrência nº 01/2011-ST/DF, promovida pela Secretaria de Transportes do Distrito Federal para outorga de concessões de transporte público no DF.~~

A segurança foi concedida pelo Eg. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, porém, *data maxima venia*, o v. Acórdão ora recorrido incorreu em grave equívoco e, por essa razão, não pode prosperar. É o que se pretende demonstrar.

DOS PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE

Tendo em vista os pressupostos extrínsecos à admissibilidade do recurso, informa-se que o v. Acórdão recorrido, que julgou os embargos de declaração, foi publicado no dia 04/04/2013, sendo certo que o prazo esgota-se no dia 19/04/2013, data deste protocolo.

Os patronos estão regularmente representados às fls. 199, 334/335.

O preparo recursal encontra-se anexo a esta peça, com o devido comprovante de pagamento. Quanto ao porte de remessa e retorno, reporta-se ao art. 6º da Resolução STJ nº 4, de fevereiro de 2013, que afirma a não exigência do porte de remessa e retorno dos autos quando se tratar de recursos encaminhados aos STJ e por ele devolvidos integralmente pela via eletrônico, tendo o TJDF aderido a essa modalidade.

No que pertine à legitimidade do Recorrente, vale ressaltar primeiramente que a legitimação *ad processum* é extraordinária por excelência, por ser associação sindical e, quanto à legitimação *ad causam*, o ora Recorrente foi formalmente admitido nos autos do processo na qualidade de interessado, demonstrando seu interesse jurídico na demanda.

Em relação ao interesse recursal, observa-se que o v. Acórdão recorrido repercute na seara individual de direitos das empresas por ele representadas, evidenciando sua condição de prejudicado/sucumbente.


SÍNTESE DO PROCESSO E O V. ACÓRDÃO RECORRIDO

Apenas a título de introdução, vale registrar que o Tribunal de Contas do Distrito Federal, por meio da Decisão nº 4.106/2012, autorizou a continuidade da Concorrência nº 01/2011, para prestação de serviço básico do Sistema de Transporte Público Coletivo do Distrito Federal, sem que, contudo, tivessem sido saneadas todas as irregularidades apontadas no curso da instrução processual.

Esse posicionamento resultou na interposição de recursos, dentre os quais pedido de reexame do Ministério Público de Contas, em razão de irregularidades no edital, e o oferecimento de nova representação pelo Sindicato dos Transportes, ora interessado, ante o flagrante descumprimento do art. 42, §§ 2º e 3º, da Lei nº 8.987/95.

Ato contínuo, aquele Tribunal, por maioria de votos, reconheceu que a Secretaria de Transportes deixou de cumprir importantes determinações emanadas por aquela Corte de Contas, e proferiu a Decisão n. 4.892/2012, pela qual concedeu medida cautelar para suspender a licitação, até ulterior deliberação.

Contra essa decisão, a Secretaria de Transportes impetrou o presente Mandado de Segurança, cuja liminar foi deferida durante o plantão judicial, nos seguintes termos:

 [...]

“A decisão, tomada por maioria pelos senhores conselheiros, teve como motivação, isto é que contra o que se tem nos autos, a possibilidade de que o processo licitatório fosse contaminado por possíveis ilegalidades.

Não vejo como isso possa se dar.

Ainda que o artigo 42, § 2º, da 8.987/95 pudesse estar sendo desrespeitado, com desrespeito a concessões existentes, a solução seria o ressarcimento do prejudicado, o que poderia de dar no futuro, e jamais a suspensão da licitação”.

[...] fl. 88



Interposto o competente Agravo Regimental contra a decisão liminar citada acima, o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios assim o julgou:

MANDADO DE SEGURANÇA. LIMINAR. REQUISITOS.

Presentes os requisitos, concede-se a liminar no mandado de segurança. Agravo não provido.

(Acórdão n. 624441, 20120020211864MSG, Relator JAIR SOARES, Conselho Especial, julgado em 02/10/2012, DJ 09/10/2012 p. 137)

Contra o r. Acórdão proferido em sede de agravo regimental, o Recorrente opôs embargos declaratórios, os quais foram julgados da seguinte forma:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. VÍCIOS. INEXISTÊNCIA.

Os embargos de declaração prestam-se para aclarar obscuridade ou afastar contradição, omissão ou erro material. Inexistentes tais vícios, nega-se provimento aos embargos. Embargos não providos.

(Acórdão n. 629436, 20120020211864MSG, Relator JAIR SOARES, Conselho Especial, julgado em 23/10/2012, DJ 31/10/2012 p. 120)



Seguindo a marcha processual, o *writ* constitucional foi submetido à análise da d. Procuradoria de Justiça do Distrito Federal, que opinou pela concessão da ordem.

Em julgamento realizado no dia 05.FEV.2013, o Conselho Especial do Tribunal de Justiça do DF proferiu o v. Acórdão ora recorrido:

LICITAÇÃO. SERVIÇO DE TRANSPORTE PÚBLICO COLETIVO. ATUAIS PERMISSIONÁRIOS. INDENIZAÇÃO.

- 1 - Licitação de serviço de transporte público coletivo não se condiciona às providências estabelecidas no art. 42 e §§ da L. 8.987/95.
- 2 - As disposições do art. 42 e §§ da L. 8.987/95 dizem respeito às concessões de serviço público. Não se aplicam às permissões. No tocante à permissão, vale o que dispõe o art. 40 dessa mesma lei, segundo o qual o contrato deverá estipular a precariedade e a possibilidade de rescisão unilateral pela Administração a qualquer momento.
- 3 - Ordem concedida.

(Acórdão n. 656280, 20120020211864MSG, Relator JAIR SOARES, Conselho Especial, julgado em 05/02/2013, DJ 27/02/2013 p. 47)

Novamente o Recorrente socorreu-se aclaratórios, que resultarm no seguinte julgamento:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. VÍCIOS. INEXISTÊNCIA.

Os embargos de declaração servem para aclarar dúvida, obscuridade, afastar contradição, omissão ou erro material, vícios que, se inexistentes, nega-se provimento. Embargos não providos.

(Acórdão n. 665371, 20120020211864MSG, Relator JAIR SOARES, Conselho Especial, julgado em 26/03/2013, DJ 03/04/2013 p. 56)



Data máxima vênia, o Recorrente entende que houve manifesta negativa de vigência à lei federal, consubstanciada nos arts. 40 e 42, caput e §§ 2º e 3º, porquanto suas determinações restaram inteiramente descumpridas pela Administração local, com a chancela do Poder Judiciário do Distrito Federal.

Portanto, irresignada com a decisão alhures, o Recorrente diante de flagrante violação a dispositivos infraconstitucionais, interpõe o presente recurso especial, com o fito de modificar a conclusão do acórdão recorrido, para negar a segurança concedida e, assim, manter a hígida a decisão do Tribunal de Contas do Distrito Federal, ~~que havia concluído pela suspensão cautelar de certame, o que faz pelos fundamentos de~~ direito abaixo aduzidos:

DO PREQUESTIONAMENTO

As matérias aludidas e cogitadas neste Especial foram, expressamente, ventiladas pelo v. acórdão recorrido, cumprindo-se um dos requisitos de sua admissibilidade.

Veja-se, nesse sentido, que há manifestação explícita sobre a [in]aplicabilidade do art. 40 e 42 no caso em epígrafe, a cujas conclusões, entende este Recorrente, subsume-se inexoravelmente o suporte fático, *in verbis*:

LICITAÇÃO. SERVIÇO DE TRANSPORTE PÚBLICO COLETIVO. ATUAIS PERMISSIONÁRIOS. INDENIZAÇÃO.

- 1 - Licitação de serviço de transporte público coletivo não se condiciona às providências estabelecidas no art. 42 e §§ da L. 8.987/95.
- 2 - As disposições do art. 42 e §§ da L. 8.987/95 dizem respeito às concessões de serviço público. Não se aplicam às permissões. No tocante à permissão, vale o que dispõe o art. 40 dessa mesma lei, segundo o qual o contrato deverá estipular a precariedade e a possibilidade de rescisão unilateral pela Administração a qualquer momento.



3 - Ordem concedida.

(Acórdão n. 656280, 20120020211864MSG, Relator JAIR SOARES, Conselho Especial, julgado em 05/02/2013, DJ 27/02/2013 p. 47)

O prequestionamento, que se constitui pressuposto de admissibilidade, está configurado tanto na ementa do v. Acórdão recorrido, quanto em diversos trechos do voto do dd. Desembargador Relator, senão vejamos:

VOTO

[...]

“O ato impugnado, ao suspender a licitação por meio da qual seriam selecionadas empresas para firmar, com o DF, contratos de concessão de serviço de transporte público coletivo, fundamentou-se na plausibilidade jurídica da tese de que, sem prévia realização do cálculo relativo a eventuais indenizações a serem pagas aos atuais permissionários, descabido novo certame licitatório.

Afirmou a autoridade que a concessão da medida acautelatória de suspensão da licitação fundou-se tanto no silêncio da Secretaria de Transportes, que deixou de se manifestar a respeito do possível descumprimento ao art. 42, § 2º da L. 8.987/95, quanto na plausibilidade da alegação de que a indenização a que se refere tal preceito legal deve preceder a realização de nova licitação.

A questão, portanto, consiste em saber se o procedimento licitatório pode prosseguir independentemente de serem iniciados os procedimentos necessários à apuração de eventuais indenizações a serem pagas aos atuais permissionários.

O dispositivo legal invocado, ao estabelecer normas de transição necessárias à regularização de situações existentes ao tempo de sua edição, muitas delas em flagrante desrespeito às disposições constitucionais sobre a matéria, não fez qualquer previsão no sentido de

que o cálculo e pagamento das indenizações eventualmente devidas aos atuais permissionários - sobretudo os que obtiveram a permissão sem que fossem precedidas de licitação - fossem necessários para se realizar novas licitações.

Logo, não se afigura razoável paralisar sine die procedimento licitatório - cuja finalidade consiste na busca de solução para um dos mais graves problemas enfrentados pela população residente no Distrito Federal, que diuturnamente precisa enfrentar o reconhecidamente precário, ineficiente e caríssimo sistema de transporte público - tão somente para que se aguarde a conclusão de questões afetas exclusivamente ao interesse patrimonial de algumas poucas empresas que há anos monopolizam o setor. O interesse público deve preponderar".

[...] fls. 311/312

Continua afirmando o Voto do d. Relator:

[...]

"Saliente-se, finalmente, que as disposições do art. 42 e §§ da L. 8.987/95 dizem respeito às concessões. Não se aplicam, portanto, às permissões. Aliás, no tocante à permissão, vale o que dispõe o art. 40 dessa mesma lei, segundo o qual o contrato deverá estipular a precariedade e a possibilidade de rescisão unilateral pela Administração a qualquer momento.

Significa que, tratando-se de permissão, possível a rescisão unilateral dessa sem que antes sejam tomadas as providências a que aludem os §§ do art. 42. Logo, nada impede - ao contrário, tudo recomenda - o prosseguimento da licitação, de modo que a suspensão do certame, tal como determinada no ato impugnado, configura lesão a direito líquido e certo do impetrante de promovê-lo.

[...] fl. 314

Apenas para demonstrar a exaustão com que o tema foi tratado, vale transcrever o trecho do Voto do d. Relator, quando do julgamento dos Embargos de Declaração, *in verbis*:

[...]

"A pretensão do embargante, com os embargos, é que seja emprestado ao dispositivo mencionado (art. 42 da L. 8.987/95), interpretação que, se dada, alteraria a conclusão do julgado, em procedimento que foge, por completo, aos limites dos declaratórios".

[...] fl. 329-v

Com isso, resta afastada qualquer possibilidade da aplicação das Súmulas 282 e 356 do STF.

INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 7 DO STJ

No presente recurso não serão discutidas questões de fato, uma vez que toda a argumentação será direcionada para a violação/interpretação dos dispositivos infraconstitucionais retrocitados e para a demonstração de que essa eg. Corte já se posicionou de modo diferente do v. Acórdão recorrido, especificamente no julgamento da Medida Cautelar nº 18.408 - GO (2011/0209768-2), da Rel. do em. Min. César Asfor Rocha. Segunda Turma. DJe: 05/09/2011.

DO DIREITO

A) Da necessidade de reforma do v. Acórdão recorrido. Da correta exegese do §2º do art. 42 da Lei nº. 8.987/1995.

Data maxima venia, a interpretação dada ao dispositivo legal pelo TJDFT está aquém da vontade legal, portanto equivocada, e provida de aporte valorativo pessoal, considerando-se a atual situação do transporte público do Distrito Federal.

Página 9 de 22

SHS Qd 06 Lote 01
Ed. Business Center Park Brasil XXI
Bl. E Sls. 1123/1125
Brasília/DF - CEP: 70.322-915

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

A decisão foi adotada ao arrepio da lei, devido à suposta situação precária do transporte coletivo do DF, composto por ônibus “velhos”. A omissão e a falta de planejamento da Administração forçam uma interpretação restritiva de direitos, que culminou numa “comoção” social para trocar a frota do DF a qualquer custo.

No que pesa a supremacia do interesse público ser princípio de expressiva relevância, é certo que este deve se equilibrar com o princípio da legalidade, sob pena de afronta à segurança jurídica, o que ocorre no presente caso, como se passa a demonstrar.

~~Criou-se no DF um delicado silogismo que induz à conclusão de que indenizar os atuais permissionários significa atender a interesses privados, ao passo que licitar prima pelo interesse público, fato que não é verídico.~~

O interesse público está no cumprimento da lei, ditado pelos representantes do povo que criaram ritos que contemplam as indenizações pleiteadas.

Sabe-se que, com o advento da atual Constituição, é obrigatória a realização de procedimento licitatório prévio para exploração dessa espécie de serviço público. Isso é inquestionável e previsto literalmente no art. 175 da Constituição.

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

A Lei nº 8.987/95, no art. 42, estabelece dois regimes para indenização ao particular pela prestação de serviços públicos quando da extinção da concessão ou da permissão. Veja-se, a propósito, o teor do dispositivo:

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 ~~recitas 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 assentado no art. 35; o segundo, 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 das empresas Representadas pelo Sindicato, o §2º do art. 42 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”. Nesse passo, o Governo do Distrito Federal editou o Decreto nº 33.556/2012, no qual estabeleceu a validade das permissões atuais.

Ocorre, portanto, que o §2º do art. 42 da Lei nº 8.987/1995, com as inclusões determinadas pela Lei nº 11.445/2007, obriga que os estudos para fundamentar ~~as eventuais e futuras indenizações sejam feitos anteriormente à realização de novas licitações.~~

A Impetrante, no entanto, usou de má fé ao tentar confundir o Poder Judiciário, quando na exordial afirma que “[...] somente os contratos de concessões e permissões que tenham sido celebrados após uma prévia licitação serão submetidos à regra encartada no §2º do artigo 42 [...]” (fl. 10 dos autos), citando, ainda, julgado do e. STJ de 2003, completamente destoante do atual entendimento desse Tribunal.

No entanto, em recente decisão, o Superior Tribunal de Justiça concedeu cautelar para sustar licitação do Município de Anápolis/GO, 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 8.987/1995¹:

[...]

Requer, diante disso, a imediata suspensão de “todos os efeitos do Edital de Concorrência Pública nº 008/2.010, publicado pelo Município de Anápolis no seu Diário Oficial que circulou no dia 22 de julho de 2011, até o julgamento final da causa recursal” (fl. 25).

No mérito, postula sejam asseguradas as garantias ao cumprimento do provimento de mérito, sobretudo a realização dos levantamentos e avaliações referidos nos artigos 42, §§ 2º e 3º, 36, 18, inciso X e XI e 23,

¹ STJ. Medida Cautelar nº 18.408 - GO (2011/0209768-2). Rel. Min. César Asfor Rocha. Segunda Turma. DJe: 05/09/2011

inciso X e XI, da Lei 8.987/95, que deverão sempre anteceder a publicação do Edital" (fl. 26).

Tenho por presentes os requisitos da medida urgente requerida.

Com efeito, plausíveis as alegações postas, sendo que o prosseguimento do procedimento licitatório poderá ensejar dano de difícil reparação à requerente e ao próprio município, tornando sem objeto o recurso especial interposto.

Diante disso, defiro o pedido de liminar para conferir efeito suspensivo ao recurso especial, sustentando, assim, "todos os efeitos do Edital de Concorrência Pública n. 008/2.010, publicado pelo Município de Anápolis" (fl. 25), até ulterior deliberação.

[...]

O que se infere da lógica da lei é que as concessões/permissões 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 a que chega o professor Marçal Justen Filho², 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.

² JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria Geral das Concessões de Serviço Público. Dialética, 2003, p. 570.
Página 14 de 22

Ressaltam-se os comentários do citado Marçal Justen Filho³ 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 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".

Ora, o espírito da lei foi justamente criar uma regra de transição para se evitar possíveis prejuízos decorrentes da não recomposição econômico-financeira das atuais permissionárias dos serviços de transporte público.

Pela regra insculpida na Lei de Concessões e Permissões, as concessões em vigor devem permanecer válidas até a conclusão desses estudos e levantamentos, que precederão a outorga das concessões que as substituirão.

Se o Distrito Federal não promoveu os estudos e não quantificou os eventuais ressarcimentos decorrentes dos investimentos não amortizados, devem as atuais permissões permanecer válidas até que o faça.

³ Op. cit. Pag. 578.

O entendimento conferido pelo v. Acórdão recorrido vai de encontro viola o quanto determinado no art. 42. A conclusão do d. Relator, quando julgamento do Agravo Regimental nega vigência ao dispositivo legal. Confira-se:

[...]

“A questão, portanto, consiste em saber se o procedimento licitatório pode prosseguir independentemente de serem iniciados os procedimentos necessários à apuração de eventuais indenizações a ser pagas aos atuais permissionários.

Não há, no dispositivo legal invocado, qualquer previsão no sentido de que o cálculo e pagamento das indenizações eventualmente devidas aos atuais permissionários – sobretudo os que obtiveram a permissão sem que fossem precedidas de licitação – sejam necessários para se realizar novas licitações”.

[...]

*Concessa venia, o douto Desembargador Relator equivocou-se ao interpretar o dispositivo em tela, pois há sim no art. 42 da citada lei expressão que confere tom objetivo ao comando, na medida em que o §2º estabelece uma condição para a realização do certame: “realização dos levantamentos e avaliações **INDISPENSÁVEIS** à organização das licitações que precederão a outorga das concessões que as substituirão”.*

Não é arbítrio da Administração o momento de se cumprir ou definir qual dispositivo da norma será cumprido. A observância do §2º do art. 42 da Lei nº 8.987/1995 está condicionada ao cumprimento do §3º. Se um ou outro não é obedecido, a letra da lei passa a ser morta.

O Distrito Federal, por intermédio de sua Secretaria de Transportes, escolheu furtar-se ao cumprimento dos dispositivos mencionados, e realiza certame antes da promoção dos estudos e quantificação dos eventuais ressarcimentos decorrentes dos investimentos não amortizados.

O Tribunal de Contas do Distrito Federal, atento a essa questão, determinou no início do processo administrativo que analisou o edital da Concorrência nº 01/2011, através da Decisão nº 3.984/2011 – Plenário, de 18/08/2011 que a ST/DF adotasse providências, *in verbis*:

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

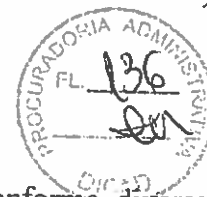
II – determine à Secretaria de Transportes que apresente as contrarrazões que entender pertinentes ou adote as seguintes providências:

- 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:

[...]

Diante do eloquente silêncio da ST/DF por mais UM ANO E MEIO, o TCDF houve por bem suspender o certame, por meio da Decisão impugnada por este mandado de segurança.

E vale ressaltar que a decisão da Corte de Contas estava amparada em parecer técnico, produzido pela área técnica daquele Tribunal, dissociado de questões políticas, partidárias ou patrimoniais.



A análise procedida pelo TCDF teve como alicerce, conforme diversas vezes mencionado, o “silêncio” da Secretaria, a despeito de orientação naquele sentido.

Logo, não se torna plausível a conclusão do em. Desembargador Relator, no sentido de que “Licitação de transporte público coletivo não se condiciona às providências estabelecidas no art. 42 e §§ da L. 8.987/95” (Ementa do v. Acórdão recorrido), pois, para tanto, recorreu a pressuposto equivocado, que será tratado no próximo tópico.

Ante o exposto, não merece prosperar o v. Acórdão recorrido, devendo ser reformado para denegar a ordem de segurança concedida ao arrepio da lei.

B) Da necessidade de reforma do v. Acórdão recorrido. Da correta exegese do art. 40 da Lei nº. 8.987/1995

Quando do julgamento do mérito do Mandado de Segurança, o v. Acórdão recorrido, afirmou expressamente que:

[...]

2 - As disposições do art. 42 e §§ da L. 8.987/95 dizem respeito às concessões de serviço público. Não se aplicam às permissões. No tocante à permissão, vale o que dispõe o art. 40 dessa mesma lei, segundo o qual o contrato deverá estipular a precariedade e a possibilidade de rescisão unilateral pela Administração a qualquer momento.

[...]

Durante o Voto condutor do julgamento, o em. Des. Relator assim ponderou:

[...]

Saliente-se, finalmente, que as disposições do art. 42 e §§ da L. 8.987/95 dizem respeito às concessões. Não se aplicam, portanto, às permissões.



355
N

Aliás, no tocante à permissão, vale o que dispõe o art. 40 dessa mesma lei, segundo o qual o contrato deverá estipular a precariedade e a possibilidade de rescisão unilateral pela Administração a qualquer momento”
[...] fl. 314

No que tange especificamente à diferença entre concessionárias e permissionárias, o v. Acórdão equivoca-se, senão vejamos.

Em termos teleológicos, não há distinção entre concessão e permissão de serviço público, visto que ambos os institutos encerram a mesma idéia.

O Supremo Tribunal Federal consignou entendimento de que o art. 175 da Constituição Federal afastou qualquer distinção entre o conceito de permissão e concessão, conferindo-lhes mesma natureza jurídica, qual seja, de contrato administrativo [lato sensu]. Veja-se, a propósito:

Retomado o julgamento da medida liminar requerida na ação direta requerida pelo Partido Democrático Trabalhista-PDT e pelo Partido dos Trabalhadores-PT, contra a Lei 9.295/96, que dispõe sobre serviços de telecomunicações e sua organização (v. Informativo 116). O Tribunal, por maioria de votos, indeferiu o pedido de suspensão cautelar da eficácia do art. 4º e seu parágrafo único da referida Lei, que autoriza o Poder Executivo a transformar em concessões de Serviço Móvel Celular, as permissões do Serviço de Radiocomunicação Móvel Terrestre Público-Restrito outorgadas anteriormente à vigência desta Lei. O Min. Sydney Sanches proferiu voto de desempate, acompanhando o entendimento do Min. Carlos Velloso, relator, no sentido de que o art. 175, parágrafo único, I da CF ("A lei disporá sobre: I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão.") afastou qualquer distinção conceitual entre permissão e concessão, ao conferir àquela o caráter contratual próprio desta. Vencidos os Ministros Marco Aurélio, Sepúlveda Pertence, Néri da Silveira, Moreira Alves e Celso de Mello, que deferiam a

medida cautelar por entenderem que os conceitos de "permissão" e "concessão" não são sinônimos e que a utilização, pelo referido art. 175, § único, I, da CF/88, da expressão "o caráter especial de seu contrato" para ambos os institutos, traduz mera impropriedade e não equiparação. Quanto ao § 2º do art. 8º da mesma Lei, o julgamento continua suspenso em virtude do pedido de vista do Min. Nelson Jobim, formulado na sessão do dia 26.6.98 (v. Informativo 116).

ADInMC 1.491-DF, rel. Min. Carlos Velloso, 1º.7.98.

Sobreleva-se esclarecer que não se questiona a necessária subsunção formal da contratação aos ditames da Constituição Federal e legislação infraconstitucional. Mas se busca, tão somente, o estrito cumprimento da lei supramencionada, de forma a garantir o direito da atual permissionária à recomposição patrimonial, referentes às perdas e aos investimentos que não serão aproveitados em razão da nova licitação.

É importante observar que o citado art. 40 da Lei nº 8.987/95, muito embora faça remissão a uma "precariedade e revogabilidade unilateral" das permissões, possui um parágrafo que o complementa. Esse parágrafo determinou a aplicação dos demais dispositivos da Lei às permissões de serviço público. A esse respeito, confira-se o teor:

Art. 40. A permissão de serviço público será formalizada mediante contrato de adesão, que observará os termos desta Lei, das demais normas pertinentes e do edital de licitação, inclusive quanto à precariedade e à revogabilidade unilateral do contrato pelo poder concedente.

Parágrafo único. Aplica-se às permissões o disposto nesta Lei

Em que pese o *caput* art. 40 da Lei de Concessões descrever um contrato precário, a conclusão a que chegou o v. Acórdão [não aplicação do art. 42 às atuais permissionárias] chega a ser absurda. Isso porque a delegação de serviço público, seja na forma de concessão ou permissão, ainda que remanesça precária, ensejará indenização prévia, quando da rescisão a qualquer tempo.



Essa conclusão é clara porque o dispositivo constitucional tem eficácia contida, entretanto, a lei que ousou assentar-lhe não trouxe nenhum regime especial para a permissão, mas pelo contrário, o parágrafo único trata apenas que as disposições da Lei serão aplicáveis à permissão.

Dessa forma, se há permissão vigente e não se tem disposição diferente do contido na Lei e na CF/88, evidentemente que para ocorrer a rescisão é necessária a prévia reparação, no caso, os levantamentos.

Ora, a Constituição Federal, no seu art. 5º, inc. XXXVI, determina que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

No presente caso, o direito adquirido consubstancia-se na garantia da equação econômico-financeira contratual [lato sensu], por intermédio de prévia indenização pelos investimentos feitos até a data do ato resilitório.

Esse direito, como visto acima, decorre da lei (art. 42) e deve ser reconhecido em razão de fato preexistente, consubstanciado na prestação continuada dos serviços e à expensas das atuais permissionárias, cuja atividade empresarial foi direcionada aos objetivos da administração no atendimento do interesse público.

De certo não se pode manter a situação de informalidade quando a Constituição Federal e a lei infraconstitucional determinam a realização de licitação. A norma, porém, é transparente e enfática ao assegurar às atuais permissionárias o direito ao ressarcimento dos valores dispendidos com investimentos impostos pela própria Administração e ainda não amortizados.

O art. 42 da Lei nº 8.987/1995, aperfeiçoado pela Lei nº 11.445/2007, consagra esse postulado quando assegura ao concessionário/permissionário a amortização de seus investimentos, concretizando, ainda, o Princípio da Segurança Jurídica à relação entabulada entre as atuais permissionárias e o Poder Público concedente.

Essa regra legal vincula a Administração Pública e deve ser observada na sua integralidade. Não confere ao administrador público liberdade de atuação alheia ao que foi positivado.

Dessa forma, também não merece prosperar a conclusão de que o §2º do art. 42 da Lei n. 8.987/1995 se aplica tão somente à concessão.

É o que aguarda confiante, o ora Recorrente, forte em suas razões recursais.

DO PEDIDO

Diante do exposto, pede o Recorrente, confiante nos provimentos dessa Egrégia Corte Superior, pela admissibilidade do presente Especial, porque presente os requisitos exigidos, e que, admitido, seja conhecido e provido, reformando-se o v. Acórdão recorrido, para denegar a ordem de segurança no presente mandado de segurança e, dessa forma, suspender a Concorrência Público nº 01/2011-ST/DF, com o que se fará a “indispensável” JUSTIÇA.

Termos em que,

Pede deferimento.

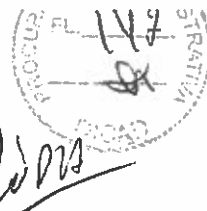
Brasília/DF, 19 de abril de 2013.

ANDRÉ PUPPIN MACEDO
OAB/DF 12.004

ALEXANDRE SPEZIA
OAB/DF 20.555



PROCURADORIA-GERAL DO DISTRITO FEDERAL
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA
PROCAD



EXCELENTÍSSIMO SENHOR DESEMBARGADOR PRESIDENTE DO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E TERRITÓRIOS.

PROCESSO: 2012.00.2.021186-4

RECORRENTE: SETRANSP

RECORRIDO: DISTRITO FEDERAL

TJDFT - Circunscrição Judiciária de BRASÍLIA

Comprovante de recebimento de Petição

Número do Protocolo: 2013.01.004010012

Data e Hora: 06/06/2013 13:22

Tipo de Peticionante: Outros

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

Processo: 20120020211864RES (Res.65 - CNJ: 0021186-93.2012.8.07.0000)



O DISTRITO FEDERAL, já devidamente qualificado nos autos do Agravo de Instrumento em epígrafe, vem, com o devido respeito e acatamento, por intermédio do seu Procurador que a esta subscreve, poderes *ex lege*, apresentar

CONTRA-MINUTA AO RECURSO ESPECIAL

interposto em face do acórdão de fls. que manteve concedeu a segurança vindicada pela parte ora recorrida, fazendo-o com fulcro nos fundamentos constantes da contra-minuta anexa, pugnando, desde já, pelo improvimento do recurso, na remota hipótese de ser conhecido.

Nesses termos, pede e espera deferimento.

Brasília, DF, 4 de junho de 2013.

EDVALDO COSTA BARRETO JÚNIOR
Procurador do Distrito Federal
OAB/DF - 29.190



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

CONTRARRAZÕES AO RECURSO ESPECIAL



Processo nº: 2012.00.2.021186-4

Recorrente: SETRANSP/DF

Recorrido: Distrito Federal

**Egrégio Tribunal,
Colenda Presidência,
Emérito Desembargador Presidente,**

I - RESUMO DA DEMANDA

Trata-se de Mandado de Segurança impetrado pelo Distrito Federal contra ato do Presidente do TCDF que suspendeu cautelarmente a Concorrência Pública nº 01/2011-ST/DF, cujo objetivo era de celebrar legítimos contratos de concessão de serviço de transporte público coletivo no DF. Tendo o TCDF suspenso a concorrência por motivação desconhecida e alheia à legalidade, nos autos do processo administrativo nº 12.086/2011, proferindo decisão dotada de ilegalidade, tendo culminado na suspensão do procedimento licitatório.

Em sábia e legal decisão, a segurança foi concedida pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Distrito Federal, sustando os efeitos da decisão 4892/2012, do TCDF, permitindo a continuidade do procedimento licitatório, interpretando que, ainda que o artigo 42, § 2º, da Lei 8.987/95 pudesse estar sendo desrespeitado, a solução seria o ressarcimento do prejudicado, e, jamais a suspensão da licitação.

Inconformado, interpôs o recorrente Agravo Regimental, não tendo sido o mesmo provido.



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



Posteriormente, em sede de Embargos de Declaração, tentou o recorrente suscitar alguma possibilidade de contradição, omissão ou erro material, por óbvio, a manobra restou infrutífera, sendo referidos embargos improvidos.

Agora, tenta o recorrente, através do respectivo Recurso Especial, demonstrar que houve manifesta negativa de vigência à lei Federal, consubstanciada nos artigos 40 e 42, caput e §§ 2º e 3º da Lei 8.987/95, objetivando modificar a conclusão do acórdão recorrido, para negar a segurança concedida, mantendo a decisão do tribunal de Contas do Distrito Federal, que havia concluído pela suspensão cautelar da Concorrência Pública acima citada.

Contudo, tais razões não merecem prosperar, conforme será demonstrado adiante.

II – DO MÉRITO

II.1 - DA CORRETA EXEGESE DO § 2º DO ART. 42 DA LEI 8.987/95

Insiste o recorrente que o dispositivo legal acima citado teve interpretação, dada pelo TJDF, aquém da vontade legal, sendo, portanto, equivocada e carregada de aporte valorativo pessoal.

Ocorre que, o Distrito Federal não possui lei específica e própria que trate da delegação dos serviços públicos na forma negocial por meio dos contratos de concessão e permissão, razão pela qual a Lei Federal n.º 8.987/95 possui plena aplicabilidade ao caso. Dentre as normas que tratam do tema merecem destaque o §2º do art. 42 e o art. 43, todos da Lei n.º 8.987/95.

Nessa toada, deve-se examinar a norma que se extrai do dispositivo norteador da decisão ora impugnada. Para tanto, pede-se vênua para transcrever o §2º do art. 42 da Lei 8.987/95:

"§2º As concessões em caráter precário, as que estiverem com prazo vencido e as que estiverem em vigor por prazo indeterminado, inclusive por força de legislação anterior,



PROCURADORIA-GERAL DO DISTRITO FEDERAL
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA
PROCAD



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"

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

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

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

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

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

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

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



PROCURADORIA-GERAL DO DISTRITO FEDERAL
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA
PROCAD



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

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

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

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

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

[...]

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 175, I, estabelece que "incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos". Na mesma esteira, a Lei n. 8.987/95 impõe a realização de licitação para a ocorrência de permissão.

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

A assinatura do Termo de permissão inicial em período anterior à Constituição Federal não gera qualquer direito ao equilíbrio econômico financeiro, uma vez que a licitação era obrigatória



PROCURADORIA-GERAL DO DISTRITO FEDERAL
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA
PROCAD



também naquela época. "O princípio da isonomia, por si só, independe de qualquer norma, obriga a Administração a valer-se do procedimento da licitação e ao estabelecer esta obrigatoriedade erige a própria licitação em princípio, pois mesmo na ausência de normas específicas, está a Administração obrigada a utilizar-se de procedimentos licitatórios (RDP 88/85)" (Adilson Abreu Dallari).

Apenas a título de argumentação, saliente-se que o artigo 42, § 2º, da Lei n. 8.987/95, assim como o artigo 55, II, "d", do Decreto-lei n. 2.300/86 e 59 da Lei n. 8.666/93, aplicam-se somente às concessões de serviço público, e não às permissões. E ainda que a hipótese dos autos cuidasse de contrato de concessão, tampouco teria a recorrente direito à indenização pretendida, porque a realização de prévia licitação seria obrigatória, seja antes ou após a vigência da Constituição Federal de 1988.

Recurso especial não provido.

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

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

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

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



Ocorre que TODOS os delegatários do serviço de transporte coletivo do Distrito Federal prestam serviço atualmente, quando muito, por meio de permissão, mas NENHUM celebrou contrato de concessão!

II.2 – DA INDEPENDÊNCIA DO PROCEDIMENTO LICITÁRIO EM RELAÇÃO AOS PROCEDIMENTOS PARA APURAR EVENTUAIS INDENIZAÇÕES

Nas razões lançadas em sua peça recursal, o recorrente reconhece que o interesse público é princípio de expressiva relevância, equivocando-se, porém, em interpretar que este não deva ser observado como princípio basilar da administração pública, quando há suposto descumprimento de lei, a qual no caso, lhe garante interpretação errônea de direito à indenização.

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

Ou seja, está-se tentando pôr fim às ilegalidades que vinham se perpetuando de há muito, cujos exemplos existem aos montes na atualidade, uma vez que pela primeira vez na história do Distrito Federal estará sendo realizado um procedimento licitatório para a contratação de delegatários do serviço de transporte coletivo.

Além disso, o Egrégio Tribunal de Contas do Distrito Federal fez total confusão com a realidade fática. Isto porque a mera publicação do edital de licitação para contratação de novos concessionários não induz a rescisão imediata dos atuais permissionários, ao contrário do que fez parecer aquele Tribunal.

Conforme consta do próprio edital, após a assinatura do contrato de concessão, as novas concessionárias terão ainda 180 dias para começarem a operar.

Ademais, inexistente qualquer obrigatoriedade no sentido de que o procedimento previsto no § 2º do artigo 42 da Lei 8.987/95, ainda que fosse aplicável ao caso – o que se admite somente para argumentar -, seja concluído



PROCURADORIA-GERAL DO DISTRITO FEDERAL
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA
PROCAD



previamente à publicação do edital para contratação de novos delegatários. Não há qualquer previsão nesse sentido!

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

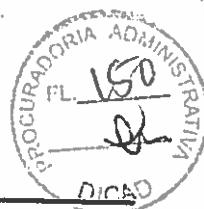
Diga-se, por fim, que a contratação de novos delegatários do serviço de transporte público coletivo no Distrito Federal, além de advir do princípio da autotutela e da concreção do princípio da legalidade, surgiu da determinação contida na sentença proferida nos autos da Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios e tombada sob o n.º 2001.01.1.010242-8 (4ª Vara da Fazenda Pública do Distrito Federal)¹ (anexo 3).

Em conclusão, além de inexistir qualquer fundamento fático ou jurídico para atrair a aplicação do § 2º do artigo 42 da Lei 8.987/95, a publicação do edital de licitação, longe de ser um ato ilegal, configura-se como a concretização do princípio da legalidade e efetivação do Estado Democrático de Direito, já que exsurge também como cumprimento da ordem imposta por um dos Poderes constituídos, o Judiciário.

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

Além disso, para que as regras daquele dispositivo sejam aplicadas e, portanto, para que o ato seja considerado ilegal, devem existir valores a serem indenizados e tal indenização somente pode ter a sua existência

¹ "[...] Em razão do transcurso de mais de 20 anos da vigência da Constituição Federal de 1988 e mais de 08 anos da vigência da Lei Distrital n. 2.560/2000, estabelecendo que o processo de licitação teria seu início depois de 280 dias de sua entrada em vigor, entendo que a tutela total, quanto ao segundo pedido do Ministério Público, deve ser deferida neste momento para impor aos réus a obrigação de fazer, consistente em promover todo o processo de licitação das linhas, com os requisitos exigidos em lei, no prazo de até 180 dias, a contar da intimação da decisão. E a veiculação do edital é primeiro ato concreto para a realização da licitação (art. 21 da Lei n. 8.666/93). [...]"



aferida a partir de uma longa e complexa instrução probatória, o que não ocorreu nos autos do processos em trâmite no Tribunal de Contas do Distrito Federal.

Não obstante estes substanciosos argumentos sejam bastantes em si para que o pedido seja julgado inteiramente procedente, com o intuito de resguardar ainda mais o interesse público, cumpre expor que a posição que está se consolidando no Egrégio Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios para casos idênticos tem sido favorável à tese aqui defendida. Vejamos:

II.3 - DO POSICIONAMENTO DESTA EGRÉGIO TRIBUNAL PARA CASOS IDÊNTICOS

Este Eminentíssimo Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios já teve a oportunidade de decidir sobre casos idênticos à situação ora posta nos autos, lides estas cujo mérito era idêntico ao que ora está sendo discutido no TCDF.

Está-se falando do Mandado de Segurança de número 2012.00.2.007671-5, de Relatoria da Douta Desembargadora Vera Andrighi, que, em 12 de abril de 2012, assim decidiu:

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

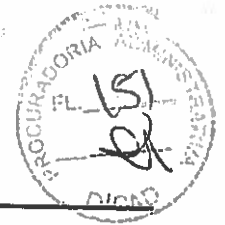
A licitação promovida pela Secretaria de Transportes do Distrito Federal não objetiva promover a mera sucessão de contratadas em operação neste segmento. Como é notório, o Distrito Federal passa por uma grave crise relacionada à má prestação de serviços públicos da área de transportes. Centenas de trabalhadores,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

[...]

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



PROCURADORIA-GERAL DO DISTRITO FEDERAL
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA
PROCAD



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

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

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

"[...]"

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

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

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

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



PROCURADORIA-GERAL DO DISTRITO FEDERAL
PROCURADORIA ADMINISTRATIVA
PROCAD



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.

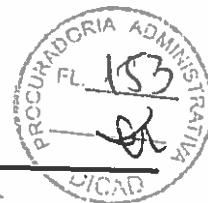
A inexistência do cálculo de eventual indenização não obsta o curso regular da licitação, sobretudo diante da possibilidade de resolução posterior, conforme o caso.

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." - Negritos nossos.

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

Um dado relevante merece ser acrescentado: as mesmas empresas que representaram perante o eg. Tribunal de Contas do Distrito Federal também ingressaram em juízo pelos mesmos fundamentos. Perante o Poder Judiciário, todas elas perderam liminares equivalentes. Portanto, a autoridade coatora nada mais fez do que dar acolhida a pleitos já rejeitados judicialmente.

Assim, também por esse motivo, o indeferimento da antecipação dos efeitos da tutela é medida que se impõe.



II.4 - DO POSICIONAMENTO DO PRÓPRIO TRIBUNAL DE CONTAS DO DISTRITO FEDERAL (TCDF) SOBRE O TEMA EM MOMENTO ANTERIOR.

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

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

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

"A SETRANSP, em sua representação, argumenta que não teria sido cumprido o §3º do art. 42 da Lei n.º 8.987/95, que exige levantamento amplo e retroativo dos elementos físicos constituintes da infraestrutura de bens reversíveis e dos dados financeiros contábeis e comerciais relativos à prestação dos serviços, em dimensão necessária e suficiente para a realização do cálculo de eventual indenização relativa aos investimentos ainda não amortizados pelas receitas emergentes da concessão.

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

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



II.5 - DA CORRETA EXEGESE DO ART. 40 DA LEI 8.987/95

Como ultima manobra, tenta o recorrente, forçar uma interpretação de que não há distinção entre permissão e concessão, e que a conclusão a que chegou o relator do v. Acórdão, de não aplicação do artigo 42 às atuais permissionárias, chega a ser absurda.

O recorrente alega que a delegação de serviço público, seja na forma de concessão ou permissão, ainda que remanesça precária, ensejará indenização prévia, quando da rescisão a qualquer tempo.

Referido entendimento não merece prosperar, a passo que o artigo 42 e §§ da Lei 8.987/95 dizem respeito às concessões, não se aplicando às permissões, valendo para esta o que dispõe o artigo 40 da mesma lei, segundo o qual nas permissões, o contrato deverá estipular a precariedade e a possibilidade de rescisão unilateral pela Administração a qualquer momento.

Não há falar em eficácia contida da norma, muito menos em interpretação diferente do disposto na Lei e na Constituição Federal, tendo ficado claro, mediante argumentação feita linhas acima, que, no presente caso não há falar em reparação, pois os contratos de concessão ou permissão que foram celebrados sob a égide da Constituição da República de 1988 sem que tivesse ocorrido uma prévia licitação não serão considerados válidos e não gerarão direito à indenização alguma.

III - DO PEDIDO

Pelo exposto, requer, que no presente recurso especial lhe seja negado provimento, acaso seja conhecido, com base nas razões acima apresentadas, mantendo-se íntegro o acórdão recorrido.

Nestes termos, pede deferimento.

Brasília/DF, 04 de junho de 2013.

EDVALDO COSTA BARRETO JÚNIOR
Procurador do Distrito Federal

Órgão: PRESIDÊNCIA

Classe: RECURSO ESPECIAL NO MANDADO DE SEGURANÇA

Processo: 2012 00 2 021186-4

Recorrente: SETRANSP-DF - SINDICATO DAS EMPRESAS DE TRANSPORTES DE PASSAGEIROS E DAS EMPRESAS DE TRANSPORTE COLETIVO URBANO DE PASSAGEIROS DO DF

Advogados: ANDRE PUPPIN MACEDO E OUTROS

Recorrido: DISTRITO FEDERAL

Advogado: EDVALDO COSTA BARRETO JUNIOR



DECISÃO

I - Trata-se de recurso especial interposto com fundamento no artigo 105, Inciso III, alínea "a", da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Conselho Especial deste Tribunal de Justiça, cuja ementa é a seguinte:

LICITAÇÃO. SERVIÇO DE TRANSPORTE PÚBLICO COLETIVO. ATUAIS PERMISSIONÁRIOS. INDENIZAÇÃO.

1 - Licitação de serviço de transporte público coletivo não se condiciona às providências estabelecidas no art. 42 e §§ da L. 8.987/95.

2 - As disposições do art. 42 e §§ da L. 8.987/95 dizem respeito às concessões de serviço público. Não se aplicam às permissões. No tocante à permissão, vale o que dispõe o art. 40 dessa mesma lei, segundo o qual o contrato deverá estipular a precariedade e a possibilidade de rescisão unilateral pela Administração a qualquer momento.

3 - Ordem concedida.

O recorrente aponta violação aos artigos 40, parágrafo único, e 42, caput e parágrafos, ambos da Lei 8.987/1995, sustentando ser descabida a continuação do procedimento licitatório sem a realização prévia dos levantamentos e avaliações para fundamentar as eventuais e futuras indenizações. Assevera que as atuais concessões/permissões só poderão ser consideradas extintas após a indenização dos investimentos ainda não amortizados pela permissionária/concessionária. Acrescenta, por fim, que ao contrário do entendimento adotado pelo Órgão Colegiado, tal regra abrange tanto os casos de concessão quanto de permissão.

II - O recurso é tempestivo, regular o preparo, as partes são legítimas e está presente o interesse em recorrer.

Em análise aos pressupostos constitucionais de admissibilidade, verifica-se que o recurso especial merece ser admitido. Com efeito, a tese sustentada pelo recorrente, devidamente prequestionada, encerra discussão de cunho estritamente jurídico, dispensando o exame de fatos e provas constantes dos autos, razões pelas quais deve o inconformismo ser submetido à autorizada apreciação da Corte Superior.

III - Ante o exposto, DEFIRO o processamento do recurso especial. Publique-se.

Documento assinado digitalmente
Desembargador DÁCIO VIEIRA
Presidente do Tribunal de Justiça do
Distrito Federal e dos Territórios

A017

Brasília/DF, 23 Jul 2013 07:37PM - Acesso via INTERNET (IP:189.59.73.238)

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEGUNDA TURMA**

Número Registro: 2013/0342055-6

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.410.158 / DF

Números Origem: 00217169720128070000 20010110102428 20120020211864 20120020211864RES

PAUTA: 10/12/2013

JULGADO: 10/12/2013

Relator

Exmo. Sr. Ministro **MAURO CAMPBELL MARQUES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **MAURO CAMPBELL MARQUES**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **MARIA SÍLVIA DE MEIRA LUEDEMANN**

Secretária

Bela. **VALÉRIA ALVIM DUSI**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : SETRANS DF - SINDICATO DAS EMPRESAS DE TRANSPORTE DE PASSAGEIROS E DAS EMPRESAS DE TRANSPORTE COLETIVO URBANO DE PASSAGEIROS DO DISTRITO FEDERAL

ADVOGADOS : ANDRÉ PUPPIN MACEDO
ALEXANDRE SPEZIA

RECORRIDO : DISTRITO FEDERAL

PROCURADOR : EDVALDO COSTA BARRETO JÚNIOR E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO ADMINISTRATIVO E OUTRAS MATÉRIAS DE DIREITO PÚBLICO - Licitações - Edital

SUSTENTAÇÃO ORAL

Dr(a). ANDRÉ PUPPIN MACEDO, pela parte RECORRENTE: SETRANS DF - SINDICATO DAS EMPRESAS DE TRANSPORTE DE PASSAGEIROS E DAS EMPRESAS DE TRANSPORTE COLETIVO URBANO DE PASSAGEIROS DO DISTRITO FEDERAL

Dr(a). LUCAS AIRES BENTO GRAF, pela parte RECORRIDA: DISTRITO FEDERAL

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."

A Sra. Ministra Eliana Calmon, os Srs. Ministros Humberto Martins e Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator.

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Herman Benjamin, nos termos do art. 162, § 2º, do RISTJ.

Superior Tribunal de Justiça

consideram-se, contudo, válidas pelo prazo fixado no contrato ou no ato de outorga, sendo que aquelas em caráter precário — tal qual as permissões — permanecerão válidas pelo prazo necessário à realização dos levantamentos e avaliação indispensáveis à organização das licitações que precederão a outorga das concessões que as substituirão.

Assim, o prazo em que permaneceria válida a permissão é o da realização de levantamentos indispensáveis à organização da licitação.

"*Levantamentos indispensáveis à organização de licitação*" é expressão que se entende prévia ao certame, isto é, a Administração Pública, diante de um caso de serviço público delegado, por concessão ou permissão, sem licitação, precisa adequar-se tanto à Lei 8.666/1993 quanto à Lei 8.987/1995, adotando, para tanto, as medidas administrativas necessárias ao rompimento do ajuste extralegal e, ao mesmo tempo, levantando as informações necessárias para *organizar* uma disputa licitatória.

É nesse interregno que reside, em linha de princípio, o tempo de extensão da permissão ou concessão irregular, ou seja, a única interpretação plausível do art. 42, § 2.º, diz com a prorrogação da eficácia da permissão, a despeito da falta de licitação, enquanto se organiza esta.

Portanto, por inferência lógica da quadra fática delineada pelo Tribunal *a quo*, se já existe uma licitação, é porque essas medidas antecedentes — *levantamentos e avaliações indispensáveis à organização da licitação* — já ocorreram, de sorte a não militar em favor da recorrente a possibilidade de prosseguir na prestação do serviço.

A compreensão em sentido oposto demandaria, decerto, o revolvimento fático-probatório vedado ao Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso especial.

Demais disso, julgo não ser possível apreender, tão-somente do *caput* e do § 2.º do art. 42 da Lei 8.987/1995, esteja nalgum de seus elementos inserida a ideia de indenização prévia e condicionante da licitação, como se fosse, mal comparando, uma espécie de "*direito de retenção*" do serviço outorgado.

Diante dessas perspectivas, a invocação desses fundamentos legais pelo Tribunal de Contas para a suspensão do curso do processo licitatório não atende ao requisito da plausibilidade jurídica, sendo, portanto, ilegal essa atuação.

Superior Tribunal de Justiça

previne-se a ocorrência de danos ao meio ambiente, ao consumidor, ao patrimônio público, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, dentre outros, podendo ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer. Assim, não cabe neste tipo de ação, em que se busca a tutela do bem coletivo, a condenação do Estado em indenizar o "réu", no caso, a permissionária de transporte público, na indenização dos investimentos realizados, que poderá ser pleiteado em ação autônoma.

5. O contrato firmado entre a Viação Paraíso Ltda. e o DETRO/RJ constitui apenas um contrato de permissão DE CARÁTER PRECÁRIO, portanto sem qualquer licitação, submetendo-se, o permissionário, a todos os riscos inerentes de tal repugnante prática. A jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que "é indispensável a realização de prévio procedimento licitatório para que se possa cogitar de indenização aos permissionários de serviço público de transporte coletivo em razão de tarifas deficitárias, ainda que os Termos de Permissão tenham sido assinados em período anterior à Constituição Federal de 1988." (REsp 886925/MG, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJ 21.11.2007). Dessa forma, conclui-se ser indispensável o cumprimento dos ditames constitucionais e legais, com a realização de prévio procedimento licitatório para que se possa cogitar de indenização aos permissionários de serviço público de transporte coletivo, o que não ocorreu no presente caso.

6. Saliente-se que o artigo 42, § 2º, da Lei n. 8.987/95 aplica-se somente às concessões de serviço público, e não às permissões. Precedente: REsp 443.796/MG, Rel. Min. Franciulli Netto, Segunda Turma, DJ de 03.11.03 7. Recurso especial parcialmente provido. (REsp 1366651/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/09/2013, DJe 26/09/2013) - Grifamos

Assim, sendo distinta a permissão da concessão, não lhe é devida ordinariamente a indenização, por via de regra, de que tratam os arts. 35, § 4º, 36 e 37, da Lei 8.987/1995, ou, ainda, a do seu art. 42, porque diversos os regimes jurídicos, a não ser em hipóteses específicas, apuráveis em ação própria, não tendo havido no acórdão da origem a descrição de nenhuma circunstância fática que permitisse configurar essa excepcionalidade, tampouco do tema havendo tratativa.

Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535, II, DO CPC. INEXISTÊNCIA. AÇÃO INDENIZATÓRIA. SERVIÇOS LOTÉRICOS. PERMISSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. NATUREZA JURÍDICA. RESCISÃO UNILATERAL. DIREITO À INDENIZAÇÃO PELOS GASTOS DE INSTALAÇÃO DA CASA LOTÉRICA. EXISTÊNCIA DE INVESTIMENTO VULTOSO PARA CONCRETIZAR O EXERCÍCIO DA ATIVIDADE. DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA DO STJ. DANOS MATERIAIS. RECONHECIMENTO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM EM RAZÃO DE LAUDO PERICIAL. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO PROBATÓRIA. INADEQUAÇÃO. SÚMULA 7/STJ. PRECEDENTES DO STJ.

Superior Tribunal de Justiça

determinado de vigência, daí por que qualquer rompimento antes do implemento do termo final (reversão ou encampação, por exemplo) tem mais aptidão de causar gravame ao concessionário do que ao permissionário, que recebe a delegação do serviço sendo sabedor, de antemão, que tal lhe pode ser tomado a qualquer tempo.

Indico, para confirmar essa compreensão:

RECURSO ESPECIAL DA VIAÇÃO PARAÍSO LTDA. PROCESSUAL CIVIL. TRANSPORTE PÚBLICO COLETIVO. PERMISSÃO. AUSÊNCIA DE LICITAÇÃO. NULIDADE. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. CERCEAMENTO DE DEFESA. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE. SÚMULA 7/STJ.

1. Os órgãos julgadores não estão obrigados a examinar todas as teses levantadas pelo jurisdicionado durante um processo judicial, bastando que as decisões proferidas estejam devida e coerentemente fundamentadas, em obediência ao que determina o art. 93, inc. IX, da Constituição da República vigente. Isto não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC.

2. Não há como apreciar o mérito da controvérsia com base na dita malversação dos artigos 480, 481 e 482 do CPC e 42, §2º, da Lei nº 8987/95, bem como afronta a cláusula da reserva de plenário e a tese de que "na ausência de um prazo máximo para a implementação das providências do art. 42 § 2º, da Lei Federal nº 8.987/95, não há que se falar na ilegalidade da manutenção da antiga permissão titulada pela ora Recorrente", uma vez que não foram objeto de debate pela instância ordinária, o que inviabiliza o conhecimento do especial no ponto por ausência de prequestionamento. Incide ao caso a súmula 282/STF.

3. O Tribunal a quo concluiu pela ausência de cerceamento de defesa.

Ora, infirmar tais conclusões, com o fito de acolher a apontada violação aos artigos 130 e 330, inciso I, do CPC e aferir se houve, ou não, cerceamento de defesa e prejuízo à parte demandaria incursão no contexto fático-probatório dos autos, o que é defeso em recurso especial, nos termos da Súmula 7 desta Corte de Justiça.

4. Recurso especial não conhecido.

RECURSO ESPECIAL DO DEPARTAMENTO DE TRANSPORTES RODOVIÁRIOS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO - DETRO-RJ. PROCESSUAL CIVIL.

ADMINISTRATIVO. TRANSPORTE PÚBLICO COLETIVO. PERMISSÃO. AUSÊNCIA DE LICITAÇÃO. NULIDADE. PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE DO SERVIÇO PÚBLICO.

1. O Tribunal de origem manteve a sentença no ponto em que diz respeito à necessidade de procedimento licitatório, no prazo máximo de 1 ano, a contar do trânsito em julgado da ação.

2. Inconcebível que se imagine privilegiar o interesse privado da empresa recorrida, no eventual direito de ser indenizada, mantendo a perpetuação de um contrato reconhecido como nulo pela ausência de licitação.

3. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é no sentido de que "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

Superior Tribunal de Justiça

Daí o acerto da d. Procuradora-Geral de Justiça, ao consignar que “não parece razoável agora, em 2012, que se impeça de realizar a licitação para outorga de novas concessões que substituirão as atuais apenas para que sejam realizados os procedimentos previstos no art. 42 da Lei 8987/95. Por um lado, a Lei 8987/95, em 1995, já considerou extintas todas as concessões/permissões que não haviam sido precedidas de regular processo licitatório (art. 43) e, por condescendência legal, esse prazo foi estendido até 2007 e, posteriormente, at-e 2012 para as concessões em caráter precário, as que estiverem com prazo vencido e as que estiverem em vigor por prazo indeterminado para realização dos levantamentos e avaliações indispensáveis à organização das licitações que precederão a outorga das concessões que as substituirão. Por óbvio, esse prazo não pode ser prorrogado indefinidamente. É imperioso que a Administração cumpra a Lei e a Constituição Federal, de modo a proceder à regularização da situação dessas concessões irregulares com o a abertura de processo licitatório” (fls. 300/301). - Grifamos

Ao examinar as razões recursais, apreende-se que o recorrente ampara-se basicamente em duas alegações distintas: a primeira, de que não se diferencia a permissão da concessão, ambas sendo modalidades de contrato público; e a segunda, de que o art. 40, parágrafo único, e o art. 42, *caput* e § 2.º, ambos da Lei 8987/1995, consignariam o direito à indenização dos permissionários e condicionariam, ainda, a realização de licitação ao pagamento prévio de tal reparação.

Com base nisso, defende o acerto do ato administrativo tomado pelo Tribunal de Contas distrital.

Não me parecem, contudo, plausíveis ambas as alegações.

De início, porque embora se admita que ontologicamente a permissão e a concessão não tenham realmente diferença, o tratamento jurídico-legal empregado a ambos é diverso, porque distintos são, legalmente, ambos os institutos.

Assim, permissão e concessão são, de fato, modalidades de acordo de vontades entre a Administração Pública e um terceiro para a execução de um serviço público e, sendo assim, não há distinção nuclear entre ambos os institutos.

A própria Lei 8.987/1995, no entanto, as distingue, quando, em seu art. 2.º, incisos II e IV, estabelece as suas particularidades:

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

RECURSO ESPECIAL Nº 1.410.158 - DF (2013/0342055-6)

EMENTA

DIREITO ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. OUTORGA. PERMISSÃO. INEXISTÊNCIA. LICITAÇÃO PRÉVIA. LEI 8.987/1995. EXTINÇÃO AUTOMÁTICA. INDENIZABILIDADE. CONDICIONAMENTO. INSTAURAÇÃO. NOVO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. PAGAMENTO PRÉVIO. IMPOSSIBILIDADE. ATO ADMINISTRATIVO. TRIBUNAL DE CONTAS. SUSPENSÃO. LICITAÇÃO. MOTIVAÇÃO DETERMINANTE. IMPROCEDÊNCIA. AUSÊNCIA. PLAUSIBILIDADE JURÍDICA.

1. A permissão e a concessão são modalidades de delegação de serviço público para que seja prestado por terceiro mediante remuneração por tarifa, não havendo, contudo, confusão entre ambos os institutos, que se diferem primordialmente em razão do caráter precário do primeiro, que, por isso, pode ser revogado unilateralmente por ato do poder concedente. Inteligência dos arts. 2.º e 9.º da Lei 8.987/1995
2. Por via de regra, essa revogação unilateral da permissão não enseja reparação de danos pela Administração Pública, exatamente em decorrência de ser o permissionário sabedor do caráter precário da delegação, admitindo-se, no entanto, conforme as peculiaridades do caso concreto, pretenda o delegatário, mediante ação própria, a indenização por investimentos feitos para o desempenho do serviço.
3. Ainda que fosse esse o caso dos autos, essa perspectiva não dá direito, em princípio, ao permissionário de impedir, enquanto não lhe seja paga a indenização, o curso de procedimento licitatório instaurado para regularizar a delegação do serviço, ou seja, não se condiciona a instauração ou o prosseguimento do certame à prévia realização de estudos para a definição do montante ou ao prévio pagamento da indenização.
4. Dessa forma, a invocação desse fundamento legal pelo tribunal de contas para justificar a suspensão do curso da licitação não atende, contudo, ao requisito da plausibilidade jurídica, sendo, portanto, ilegal essa sustação.
5. Recurso especial não provido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES (Relator): A recorrente não ostenta o direito do qual alega ser titular, por isso sendo inviável o provimento da sua impugnação.

O caso concreto revela, segundo os fatos descritos no acórdão da origem, que o Distrito Federal deu início aos atos administrativos prévios à instauração de procedimento licitatório para a concessão do serviço de transporte público urbano, com a finalidade de regularizar a situação presente, em que vários dos atuais prestadores do serviço fazem-no mediante permissão

atuais permissionários.

Foi concedida a segurança, em conformidade à ementa transcrita acima, mediante a confirmação desse fundamento de que o procedimento licitatório pode prosseguir independentemente de serem iniciados os atos necessários à apuração de eventuais indenizações a serem pagas aos atuais permissionários, isso porque o art. 42, § 2.º, da Lei 8.987/1995, norma de disposição transitória, deve ser interpretada de forma a esclarecer que as permissões outorgadas às empresas representadas pelo ora recorrente já haviam sido extintas desde a edição do diploma legal, embora tenha havido a extensão do prazo até o ano de 2007 e, depois, até 2012, sem embargo de que, dado o caráter transitório, a referida norma aplica-se apenas às concessões, para as permissões sendo o caso de incidir o disposto no art. 40 da mesma lei.

O SETRANSP/DF volta-se, neste apelo extremo, contra o referido acórdão por entender ter havido a violação aos arts. 40, parágrafo único, e 42, *caput* e § 2.º, da Lei 8.987/1995.

Quanto ao art. 42, § 2.º, afirma que a interpretação dada pela origem está aquém da vontade legal, visto que o regime de indenização ali previsto estabelece que as permissões outorgadas antes do advento da lei — caso esse o das empresas representadas pelo recorrente — permanecerão válidas pelo prazo necessário à realização dos levantamentos e avaliações indispensáveis à organização da licitação, isso significando que os *estudos para fundamentar as eventuais e futuras indenizações sejam feitos anteriormente à realização de novas licitações* (e-STJ fl. 426).

Assim, se o Distrito Federal não promoveu os estudos e não quantificou os eventuais ressarcimentos, as atuais permissões devem permanecer válidas até que assim o faça (e-STJ fl. 428).

Por outro lado, afirma que não cabe distinguir concessão de permissão, ambos tendo natureza jurídica contratual, e embora o art. 40, *caput*, da Lei 8.987/1995, trate expressamente da revogabilidade unilateral da permissão, o seu parágrafo único manda aplicar às permissões o disposto em toda a Lei 8.987/1995, ou seja, inclusive o art. 42.

Em vista disso, pede a reforma do julgado para, consequentemente, seja denegado o mandado de segurança concedido em favor do Distrito Federal.

Superior Tribunal de Justiça

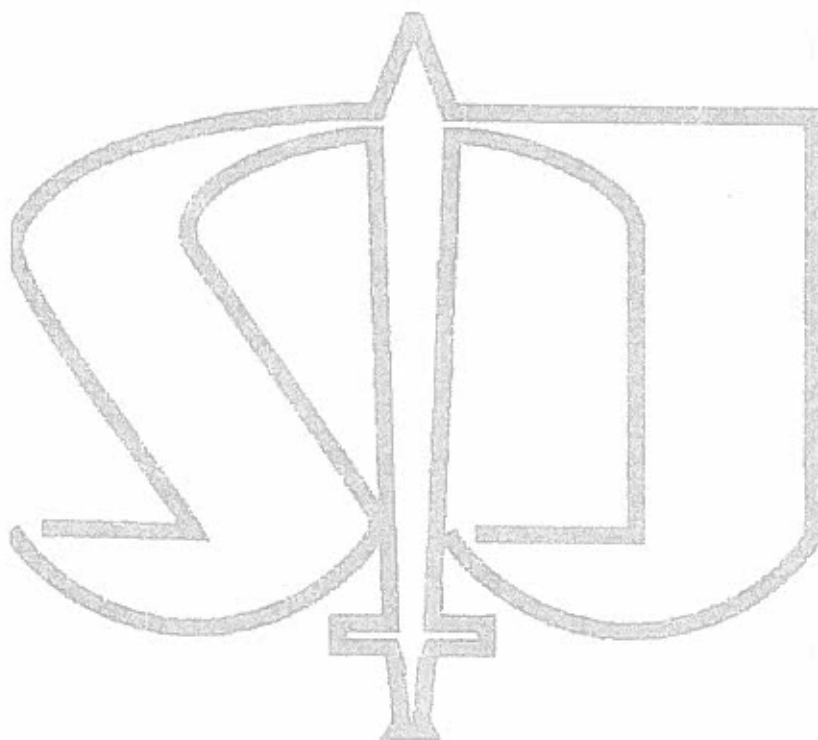
A Sra. Ministra Eliana Calmon, os Srs. Ministros Humberto Martins e Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator.

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Herman Benjamin, nos termos do art. 162, § 2º, do RISTJ.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Mauro Campbell Marques.

Brasília (DF), 10 de dezembro de 2013.

MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES , Relator



Superior Tribunal de Justiça

Assim, fora realmente equivocada a motivação determinante para o Tribunal de Contas do Distrito Federal suspender a licitação, visto que, a teor da jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, aos permissionários de serviço público contratados sem prévia licitação não se aplica o art. 42 da Lei 8.987/1995 nem lhes é devida ordinariamente a indenização pelo rompimento do ajuste.

Ausente, portanto, plausibilidade jurídica nesse sentido, tanto era ilegal a cautelar deferida pelo Tribunal de Contas quanto acertada a concessão da segurança para expurgá-la do mundo jurídico.

Em face de todas essas razões, **nego provimento ao recurso especial.**

É o voto.

