

# “NOVOS” INSTRUMENTOS ADMINISTRATIVOS E AS OPORTUNIDADES DE NEGÓCIO NO TRANSPORTE PÚBLICO

POSSIBILIDADES E POTENCIALIDADES DO SETOR EMPRESARIAL EM FACE DO CENÁRIO DA COPA DE 2.014 NO BRASIL SOB A ÓTICA DOS INSTRUMENTOS JURÍDICOS EM VIGOR

***Guilherme de Salles Gonçalves***

*Advogado especialista em Direito Administrativo vinculado a Transporte Público - Professor de Direito Administrativo (Inst. Romeu Bacellar, UEL e da Fac. de Direito de Curitiba) e Direito Eleitoral*

**O Regime Constitucional do Serviço Público de Transporte Coletivo Urbano - Direitos Fundamentais, Competência e Regulação – A Exigência de Licitação.**

TRANSPORTE COLETIVO URBANO: necessário prévio entendimento da sua relevância como serviço público de matriz constitucional – TRÊS características:

- a)- é indispensável à realização de direito fundamental (ir e vir – inc. XV do art. 5º/CF) referido à dignidade da pessoa humana (inc. III do art. 1º/CF);
- b)- sua eficiente prestação exige um monopólio econômico natural (infra-estrutura adequada e economicidade da prestação com modicidade e eficiência);
- c)- é definido constitucionalmente como serviço público essencial - inc. V do art. 30/CF:

***“Art. 30. Compete aos Municípios:***

***V - organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial;”***

- **OPÇÃO:** art. 175/CF: pode ser prestado diretamente ou delegado a particulares mediante **CONCESSÃO**, permissão ou autorização (par. único do art. 175), sempre mediante licitação

**Inexorabilidade da licitação para sistemas urbanos e metropolitanos de transporte urbano: é decorrência direta do art. 175 da Constituição Federal – atualmente reforçada por inúmeras decisões de tribunais estaduais, do STJ e do STF, e pela atuação contundente dos agentes do Ministério Público.**

**PROBLEMA**: Cenário no qual, na maioria das cidades, já existem operadores com investimentos para viabilizar o transporte público. Teriam esses delegatários - muitas vezes denominados permissionários – direito a prévia indenização antes do final da operação da sua concessão, consoante previsão que o par. 4º do art. 35 e o art. 36 da Lei de Concessões estabelecem como exigência prévia para contratos ditos regulares???

Cenário agravado com várias decisões, especificamente da 2ª turma do STJ que, a partir de 2003 e lastreado em precedentes do Estado de Minas Gerais, entendendo inclusive – por exemplo - que o “***STJ já firmou entendimento de que não é devida indenização a permissionários de serviço público de transporte coletivo por prejuízos sofridos em virtude da ocorrência de tarifas deficitárias, tendo em vista a inexistência de licitação prévia e o atendimento ao princípio da supremacia do interesse público.***” (STJ, 2ª t., REsp 406.712/MG, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJU 18.08.2006).

**SOLUÇÃO: A NOVA REDAÇÃO DO ART. 42 DA LEI DE CONCESSÕES:**

introduzida pela Lei 11.445/2007, essa nova redação “*delineou-se um **efetivo procedimento para a transição dos contratos de concessões e permissões em caráter precário**, abrangendo, mesmo as avenças que não possuem instrumento formal ou com cláusula de prorrogação diversa.*”

(Parecer Prof. **Romeu Felipe Bacellar Filho**, encomendado pela NTU sobre o alcance da nova redação do art. 42, pág. 47).

Nosso entendimento, já conhecido, é que o dispositivo, portanto, DOTOU DE CONTEÚDO JURÍDICO específico os “**levantamentos e avaliações indispensáveis**” referidos pelo par. 2º do art. 42 da Lei de Concessões. Que agora devem seguir o previsto, sobretudo em sede municipal e metropolitana (estadual), o MARCO previsto pelo inc. I do par. 3º desse dispositivo:

“§ 3º (...)

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

Significado do paradigma normativo: **MESMO as delegações de caráter precário, sem instrumento formal, ou outorgadas por tempo indeterminado, ou com contrato vencido, ou ainda denominadas de permissão, MERCEM respeito e proteção jurídica em relação aos investimentos feitos pelos operadores que ainda não foram amortizados pelas receitas da delegação.**

**SOLUÇÃO DE TRANSIÇÃO:** O uso estratégico do par. 6º do art. 42 – nova redação – pelos operadores atuais nos futuros processos licitatórios: a “outorga fixa” e o pagamento do ressarcimento com as receitas emergentes dos futuros contratos de concessão. Aplicação do parágrafo 6º da nova redação do art. 42:

**“§ 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.*”**

**Possibilidade de uma espécie de PROER do transporte coletivo urbano, visando regularizar e estabilizar contratos para os atuais operadores, mediante licitação, SEM desrespeitar o investimento histórico no setor.**

- Diversos precedentes jurisprudenciais. E uma nova decisão foi proferida pelo TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO, registrando o entendimento de ser indubitável a necessidade de aplicação da norma prevista no art. 42 da Lei n. 8987/95 (introduzida pela Lei n. 11.445/07) à todas as concessões de serviço público, não só as de saneamento básico. Essa decisão determinou à União Federal e à ANTT que reveja a situação das atuais permissões do transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros, enquadrando-as no procedimento legal do art. 42, conforme Acórdão n. 2704/2009, proferido pela 1ª Câmara do TCU, em 26.05.2009

**LICITAÇÃO COMO CRISE OU OPORTUNIDADE?**

**QUAIS AS POSSIBILIDADES DE NEGÓCIO DO SETOR EMPRESARIAL DO TRANSPORTE PÚBLICO DIANTE DO NOVO CENÁRIO, QUE COMBINA CRISE PROFUNDA DO ATUAL MODELO COM OS INVESTIMENTOS NECESSÁRIOS PARA A COPA DE 2.014?**

**É POSSÍVEL O SETOR SER O PROTAGONISTA DESSE NOVO MOMENTO, SEM APENAS AGUARDAR AS DEFINIÇÕES POR PARTE DO PODER CONCEDENTE?**

- **A RESPOSTA: NECESSARIAMENTE SIM!!!**
- **INSTRUMENTOS JURÍDICOS MODERNOS POSSIBILITAM DIRETA PARTICIPAÇÃO DO SETOR EMPRESARIAL NA CONSTRUÇÃO DE SOLUÇÃO VIÁVEIS E SUSTENTÁVEIS DE SISTEMAS PÚBLICOS DE TRANSPORTE COLETIVO URBANO E METROPOLITANO.**

- **POTENCIALIDADES INICIAIS: NOVOS PARÂMETROS DA RELAÇÃO ENTRE O PAPEL DO PODER PÚBLICO E AS DELEGAÇÕES DO SERVIÇO PÚBLICO DE TRANSPORTE COLETIVO:**
- - de um lado, puxar para o setor empresarial parte da responsabilidade pelo **PLANEJAMENTO DAS ALTERNATIVAS DE PRESTAÇÃO DO SERVIÇO**, dividindo com o poder concedente definições operacionais, planejamento de linhas no sistema e a racionalização do atendimento.
- - de outro lado, buscar alternativas de financiamento da prestação do serviços que não dependam **EXCLUSIVAMENTE** do pagamento da tarifa pelo usuário, com base regulatória sólida – porque **TODO** o financiamento da prestação do serviço deve ser feito somente pela tarifa?

- **Novos instrumentos do Direito Público viabilizam justamente esse papel protagonista do setor empresarial na definição das delegações do serviço público de transporte coletivo urbano.**
- **PRINCÍPIO:** atual necessidade legal de administração pública participativa e dialógica – em contraponto com o antigo modelo de centralização de decisões apenas no poder concedente.
- **CRITÉRIO JURÍDICO:** ampliar o entendimento acerca da necessidade de audiências públicas e consultas públicas em licitações de grande impacto, como as de transporte coletivo.

- **EXEMPLOS DE NOVOS INSTRUMENTOS, DE OBRIGATÓRIA APLICAÇÃO NO TRANSPORTE PÚBLICO:**
- - ESTATUTO DAS CIDADES, LEI FEDERAL 10.257/2001: art. 41, § 2º exige um Plano de Mobilidade urbana prévia a qualquer licitação no setor:
- ***“Art. 41. O plano diretor é obrigatório para cidades:***
- ***§ 2º No caso de cidades com mais de quinhentos mil habitantes, deverá ser elaborado um plano de transporte urbano integrado, compatível com o plano diretor ou nele inserido;”***
- **PROJETO DO ESTATUTO DA MOBILIDADE URBANA**  
“Art. 23. A transferência de recursos pela União fica condicionada:  
I – à existência do Plano de Mobilidade Urbana ou equivalente;  
**II – no caso da delegação dos serviços de transporte público coletivo, à realização de licitação nos termos dos arts. 8º e 9º desta Lei para os contratos de concessão ou permissão que estejam em caráter precário, com o prazo vencido e os em vigor por prazo indeterminado, inclusive por força de legislação anterior.”**

- **OS CONSÓRCIOS PÚBLICOS INTERMUNICIPAIS E A PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE TRANSPORTE COLETIVO:**
- **Possibilidade de uso da LEI FEDERAL 11.107/06 para estruturar sistemas públicos de transportes adequados à realidade operacional das grandes regiões metropolitanas, através da constituição de entes gestores transfederativos. No Brasil, uma das experiências pioneiras é o CONSÓRCIO DE TRANSPORTES METROPOLITANOS DA GRANDE RECIFE, que centralizou num ente a gerência dos sistemas urbanos de Recife e Olinda e o metropolitano da Região Metropolitana do Recife.**

**PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS – LEI FEDERAL 11.079/2004:**  
alternativa para investimento e viabilização de sistemas complexos de transporte coletivo combinando o protagonismo empresarial para viabilizar os recursos necessários a edificação da infra-estrutura e da operação de empreendimentos, como os de BRT. Na lei federal das PPP's, duas modalidades contratuais são combinadas com as concessões tradicionais.

**As PPP's, imaginadas como soluções para a incapacidade de investimento direto do Poder Público para grandes obras de infra-estrutura, podem viabilizar, a longo prazo, a definição de subsídios para o transporte público, através da modalidade de concessão patrocinada.**

- **“Art. 2º Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa.**
- **§ 1º Concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a [Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995](#), quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado.**
- **§ 2º Concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens.**
- **§ 3º Não constitui parceria público-privada a concessão comum, assim entendida a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a [Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995](#), quando não envolver contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado**

- **PRERROGATIVA LEGAL DO PROTAGONISMO EMPRESARIAL NA DELEGAÇÃO DO SERVIÇOS PÚBLICOS:**
- **A POSSIBILIDADE LEGAL DAS EMPRESAS E SINDICATOS EMPRESARIAIS LOCAIS MOTIVAREM E IMPULSIONAREM E PARTICIPAREM DOS PLANOS DE MOBILIDADE URBANA E DA DEFINIÇÃO DAS ALTERNATIVAS DE LICITAÇÃO POR INICIATIVA PRÓPRIA – CONTEÚDO DO ART. 31 DA LEI FEDERAL 9.074/95:**
- ***“Art. 31. Nas licitações para concessão e permissão de serviços públicos ou uso de bem público, os autores ou responsáveis economicamente pelos projetos básico ou executivo podem participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obras ou serviços .”***

- **CONSEQUÊNCIA:** o setor empresarial tem o direito (dever?) de conceber e, legalmente, apresentar projetos para a estruturação dos sistemas de transporte coletivo que, posteriormente, serão licitados. Ou seja, podem entidades e empresas sugerirem, protagonizarem, os projetos para posterior licitação, que deverá ser conduzida pelo poder concedente de modo participativo
- **Exemplos:** ANTT, municípios e Grande Recife.

**CONCLUSÃO:** prerrogativas legais dos “novos” instrumentos “legalizam” a intervenção empresarial na construção das decisões em transporte coletivo, sobretudo tendo em vista os investimentos previstos para a Copa de 2.014.

**CONCEITO:** as empresas de transporte coletivo podem – e devem – avançar para se compreenderem, e agirem, como verdadeiras EMPRESAS DE MOBILIDADE URBANA, viabilizando seu “business” mediante a realização da garantia do direito fundamental de ir e vir.