

Delegações de serviço público. Prorrogação automática e compulsória imposta por lei. Transferência de concessão ou permissão por acordo entre delegatário e delegante. Ofensa aos princípios constitucionais da obrigatoriedade de licitar, da moralidade, da impessoalidade, da igualdade e da separação dos poderes.

Processos MP 27.817/01 e 2.030/02

Origem: *Promotoria de Proteção aos Interesses Difusos*

Assunto: *Lei Complementar 37/98, do Rio de Janeiro, que regula a delegação de serviços públicos naquele município*

Lei Complementar 37/98, do Rio de Janeiro, com dispositivos que ofendem os princípios constitucionais da obrigatoriedade de licitar, da moralidade, da impessoalidade, da igualdade e da separação de poderes. Pela propositura de ação direta de inconstitucionalidade.

Exmo. Sr. Procurador-Geral de Justiça

1. Cuida-se da análise de dispositivos da Lei Complementar 37/98, do Rio de Janeiro, que regula a delegação dos serviços públicos naquele município, análise esta solicitada pela mesma pessoa duas vezes, num espaço de dois meses, cada solicitação gerando um dos expedientes em epígrafe.

DA PRORROGAÇÃO COMPULSÓRIA (ART. 5º)

2. Como logo se vê de seus termos, o art. 5º da LCM 37/98 cria a prorrogação automática de todas as delegações de transporte urbano em vigor, quando reza: *"mantidas automaticamente, pelo prazo de dez anos, prorrogável por iguais períodos, as atuais concessões, permissões e autorizações"*.

3. Contudo, a prorrogação automática e compulsória de todas as atuais delegações por dez anos (prorrogáveis por outros dez, i.e., vinte anos no total!), além de quebrar todo o sistema licitatório e seu ícone maior da obrigatoriedade de licitar, fere até mesmo os princípios da moralidade administrativa, o da vinculação ao instrumento convocatório, o da igualdade entre os licitantes e o da separação dos poderes. Senão, vejamos.

4. De início, ressalte-se que a prorrogação dos contratos licitados sujeita-se sempre à conveniência e oportunidade da administração pública, em juízo próprio da autoridade licitante, *in casu*, o permitente do serviço.
5. Assim, é evidente a exorbitância de lei que **impõe** a prorrogação compulsória ao titular do serviço (como feito pelo referido art. 5º). Por certo, inexistente qualquer direito líquido e certo à prorrogação, não podendo a lei criar este direito *atropelando o juízo de conveniência e oportunidade do titular do serviço*.
6. É de se ver, ainda, que a permissão a prazo certo (como a imposta pela lei em foco) retira boa parte da precariedade que caracteriza este tipo de delegação, acarretando, assim, ônus extra para a Administração Pública, que abre mão de algumas suas prerrogativas normais em situações que tais.

“A doutrina tem reconhecido, além da permissão comum, a denominada *permissão condicionada*, que se caracteriza como aquela em que o **poder permitente** estabelece várias regras regulamentadoras do serviço e algumas normas que criam limitações para si próprio e, em consequência, instituem direitos para o permissionário. Tais limitações podem referir-se à extinção da permissão, sendo antecipados no ato os fatores que poderiam gerá-la; ou até mesmo ao prazo, o que não tem sido raro de ocorrer”

(JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, *Manual de Direito Administrativo*, 1997, Freitas Bastos, RJ, p. 251)

7. Com regulamentação deste teor, a Administração se compromete de forma incomum para as permissões, cuja precariedade é o elemento principal que o diferencia da concessão.

“Permissão, em sentido amplo, designa o **ato administrativo unilateral, discricionário e precário**, gratuito ou oneroso, pelo qual a Administração Pública facultada ao particular a execução de serviço público ou a utilização privativa de bem público” (MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Direito Administrativo*, 4ª edição, 1994, Atlas, SP, p. 190).

“A permissão é *ato administrativo*, ao passo que a concessão é *contrato administrativo*, diferença é claro que acarreta alguns efeitos na aplicação dos institutos”

(MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Direito Administrativo*, 4ª edição, 1994, Atlas, SP, p. 239).

8. Precisamente por gozar de permissão — e não concessão —, o permissionário tem vínculo precário e carece de direito à manutenção de sua permissão. Por isso, estas outorgas de direitos ao permissionário configuram

“verdadeira deformação do instituto e praticamente eliminam as diferenças entre concessão e a permissão” (JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, *Manual de Direito Administrativo*, 1997, Freitas Bastos, RJ, p. 251)

9. Mais precário, porém, que a permissão é a autorização — esta, igualmente, prorrogada a tempo certo pelo art. 5º da lei em foco.

“autorização é o ato administrativo unilateral e discricionário pelo qual o Poder Público delega ao particular a exploração de serviço público, a título precário”

(MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Direito Administrativo*, 4ª edição, 1994, Atlas, SP, p. 188).

10. Destarte, todo o raciocínio desenvolvido relativamente à permissão se aplica, com maior razão, à autorização.

11. De outra parte, se estranha o fato de a autoridade licitante deturpar o instituto da permissão outorgando estabilidade ao que deveria ser precário por natureza, lei que imponha à autoridade licitante uma tal deturpação para permissões já em vigor é francamente ilegal e inconstitucional.

12. Representa evidente *invasão de poder* do Legislativo na esfera administrativa a prorrogação legal e compulsória de atos administrativos como os da espécie, vez que a prorrogação, *in casu*, é de competência do titular do serviço, nos limites que a lei e o edital tiverem fixado.

13. Esta prorrogação compulsória, ademais, fere também a *moralidade administrativa* (art. 37 da CF e art. 77 da CE), por não ser precedida do exame da conveniência e da oportunidade da prorrogação de cada permissão e/ou concessão em vigor, privilegiando, de forma personalizada, os atuais concessionários e/ou permissionários.

14. Por este artigo 5º, fica a administração compelida a manter a delegação “de olhos fechados e de mãos atadas”, já que não lhe foi consultado se há interesse público na continuidade da delegação, nem teria ela o que fazer, caso soubesse, de antemão, não haver interesse público naquela continuidade: o referido art. 5º *garantiu* ao permissionário e ao concessionário *pelo menos dez(!)* anos de delegação, prorrogáveis por mais dez(!).

15. E assim *invadindo a esfera própria do licitante*, o art. 5º da LC 37/98 tolhe do licitante o exame do mérito administrativo, consubstanciado na discricção de prorrogar ou não a delegação e/ou autorização. Com isto, investe também contra o *princípio da separação dos poderes* (artigo 2º da CF e artigo 7º da CE),

porque muita vez – como no caso noticiado das empresas de ônibus – a autoridade licitante será o Executivo municipal.

16. Nesta linha, a *prorrogação imposta por lei* ao licitante responsável pelo serviço burla o princípio da obrigatoriedade da licitação (artigos 175 da CF e artigos 77, XXV, da CE), vez que – em lugar de promover novo certame – simplesmente obriga à prorrogação da delegação atual para além dos termos editais. É a lei, e não mais a licitação, que está, neste caso, escolhendo os delegatários para os próximos dez anos (prorrogáveis *ad infinitum!*), *período para o qual não houve licitação*.

17. E se o edital não previu este prazo adicional de dez anos, lei que inova neste campo está atingindo frontalmente o princípio da *vinculação ao instrumento convocatório*, em prejuízo da administração, que se vê surpreendida com um compromisso não planejado, e em prejuízo, também, de todos que concorreram a uma delegação pelo prazo do edital (se estivessem concorrendo para um prazo maior, quiçá pudessem oferecer melhores condições).

18. Por fim, como esta prorrogação do prazo só surge depois de concluído o certame, apenas o seu vencedor pode dela se beneficiar, vez que os demais concorrentes sequer podiam imaginá-la – o que atinge o princípio da *igualdade* que deve presidir as relações entre os concorrentes e a autoridade licitante (todos concorreram a determinado prazo, mas apenas ao vencedor foi dado o prêmio inesperado da prorrogação compulsória).

DA TRANSFERÊNCIA DA DELEGAÇÃO (ART. 22)

19. A mesma LC 37/98 prevê ainda a “transferência de concessão ou de permissão”, posto que previamente autorizada pelo poder concedente.

“Art. 22 – A transferência de concessão ou de permissão ou mesmo do contrato societário da delegatária sem prévia anuência do Poder Concedente implicará na caducidade da delegação.”

20. Sem embargo do evidente erro material na utilização do termo “contrato” quando a idéia era referente a “controle”, o artigo em pauta é francamente contra a obrigatoriedade de licitar.

21. Com efeito, a licitação é toda pautada nas condições do licitante. Permitir que, depois de feita a licitação, seu vencedor escolha outrem para assumir a concessão e, na esteira, permitir que o poder concedente anua a esta transferência significa grave burla à obrigatoriedade de licitar, pois está-se a escolher novo concessionário e, por isso mesmo, imperiosa é a realização de nova licitação, *não podendo tal escolha ficar restrita ao conluio do concedente com o concessionário, por melhor que seja a intenção destes*.

22. Realmente, *transferir a concessão importa em nomear novo concessionário, o que só pode ser feito mediante prévia licitação, jamais por acordo entre o*

poder concedente e o atual concessionário, o mesmo se aplicando com relação à transferência de permissão.

Do ARTIGO 35

23. O art. 35, de sua parte, tenta ser mais forte que a Constituição para impedir que as concessões e permissões contrárias ao sistema constitucional superveniente fossem por este prejudicadas. A lei, contudo, não pode servir de escudo a proteger situações inconstitucionais, mesmo que se trate – como *in casu* – de inconstitucionalidade superveniente.

24. Art. 35 - As concessões e permissões de serviço público delegadas anteriormente à entrada em vigor da Constituição de 1988 consideram-se válidas e eficazes pelo prazo fixado no contrato ou termo.

25. Assim é que, se não contrárias ao novo sistema, as antigas concessões e permissões continuariam normalmente, sem necessidade de lei que isto declarasse. Já, porém, se contrárias ao novo sistema, as antigas concessões e permissões não podem ser albergadas por lei que vise neutralizar aquela contrariedade à ordem constitucional superveniente.

Do ARTIGO 36

26. Por fim, o art. 36 atinge o auge da inconstitucionalidade quando revigora concessões *já vencidas*, fazendo-o, ainda por cima, pelo nada modesto *prazo mínimo de cinco anos!!!* Este mesmo art. 36 garante às concessões outorgadas por prazo indeterminado ou em caráter precário mais cinco anos pelo menos de sobrevida, sem qualquer razoabilidade no prazo e sem qualquer consulta ao interesse público em fazer uma tal prorrogação forçada.

"Art. 36 - As concessões por prazo indeterminado, em caráter precário, com o prazo vencido, inclusive por força da legislação anterior permanecerão eficazes pelo prazo necessário à realização dos levantamentos e avaliações indispensáveis à organização das licitações que precederão à outorga das concessões que as substituirão, prazo esse não inferior a sessenta meses, contados da publicação desta Lei Complementar."

27. Estes dispositivos ofendem de tal forma o direito que incomodam mesmo no campo puramente moral.

28. Novamente, está-se a fazer tábula rasa da obrigatoriedade de licitação, privilegiando, de forma ignominiosa, para o poder público aqueles que já dispõem

de concessões (ou aqueles que dispunham delas e não dispõem mais, como no caso das concessões com prazo vencido, também favorecidas pelo art. 36).

29. Nem se diga que o art. 36 ora enfocado faz paralelo com o § 2º do art. 42 da Lei Federal 8.987/95, vez que este é pautado pela razoabilidade enquanto aquele, não. Realmente, a lei federal trouxe novo regramento às delegações e, coerentemente, em 1995, previu um prazo excepcional de *dois anos* apenas para que os entes estatais pudessem realizar novas licitações de forma a adequar suas delegações aos preceitos da lei, mantendo, durante este prazo, as delegações anteriores.

30. Já o art. 36 ora enfocado, em 1998, prevê um prazo de *cinco anos* para o mesmo fim, o que desborda de qualquer critério de razoabilidade que se possa invocar.

31. Veja-se bem o absurdo: longe de estabelecer um prazo máximo dentro do qual se devem realizar licitações para substituir as delegações atuais que se encontram irregulares, o art. 36, na verdade, estabelece um prazo mínimo dentro do qual não serão realizadas novas licitações, mesmo que o poder público estivesse preparado para realizá-las antes. Não só se impede o poder público de regularizar suas delegações mais cedo como, ainda, permite-se que as licitações jamais sejam realizadas, pois a lei só impõe apenas prazo mínimo antes do qual elas não poderão ser realizadas, podendo então este prazo ser superior aos sessenta meses inicialmente previstos.

32. Ou seja: em vez de exigir novas licitações e impor prazo máximo para tanto, a lei garante que não haverá novas licitações antes de cinco anos, mas nada fala sobre o prazo máximo que se poderá ficar sem novas licitações. Protegem-se as atuais concessões irregulares.

33. Percebe-se então que, ao ensejo de uma norma provisória e excepcional destinada a viabilizar os levantamentos e as avaliações indispensáveis à organização das novas licitações, o art. 36 — legislando para os próximos cinco anos ou mais! — estabelece uma situação estável que nada tem de transitória e contraria sua própria razão de ser.

DOS PRECEDENTES DESTA EGRÉGIA CORTE

34. Disposições deste jaez foram levadas recentemente ao crivo desta Egrégia Corte, e invariavelmente o resultado foi sempre, como não poderia deixar de ser, no sentido de se declarar a sua inconstitucionalidade.

35. Pelos menos os Municípios de Maricá (RI 130/00 e 11/01), Cabo Frio (RI 15/01) e Araruama (RI 19/01) tiveram disposições equivalentes sob arguição de inconstitucionalidade.

36. Na RI 130 impugnou-se a expressão "*mantidas automaticamente, pelo prazo de cinco anos, prorrogáveis uma única vez, as atuais permissões e autorizações*" constante do art. 6º, *in fine*, da Lei Municipal 1.859/00, de Maricá. Como se vê, tal expressão — *que faz parelha com a expressão ora impugnada do art. 5º* — foi julgada inconstitucional na RI 130/00 (doc. 01).

37. Na RI 11/01 impugnou-se a expressão “de concessão” constante do art. 27 da Lei Municipal 1.859/00, de Maricá, que tinha a seguinte redação: “A transferência de concessão ou do controle societário da concessionária sem prévia anuência do Poder Concedente implicará a caducidade da concessão”. Como se vê, tal expressão – que faz parêntese com a expressão ora impugnada do art. 22 (que permite a transferência de concessão e de permissão) – teve sua eficácia suspensa cautelarmente por liminar na RI 11/01, haja vista o entendimento de que “se permanecer a expressão referida importará em prejuízo da obrigatoriedade de licitar” (doc. 02).

38. Por fim, tanto na RI 15/01 como na RI 19/01 impugnaram-se dispositivos em essência bastante similares aos que ora são impugnados, tendo já sido julgado procedente *in totum* o pedido na primeira daquelas representações (doc. 03), enquanto que a segunda delas teve liminar deferida para suspender cautelarmente a eficácia de todos eles (doc. 04).

39. Vê-se, portanto, que a jurisprudência desta E. Corte é firme e uníssona em preservar a supremacia da Constituição neste particular, não se deixando iludir com leis que se apresentam como sendo realizadoras da obrigatoriedade de licitar mas que, em verdade, têm como principal efeito prático eternizar delegações por fora do sistema licitatório e impedir a realização de novas licitações para resguardar situações já consolidadas pelo sistema antigo (posto que repugnantes ao novo sistema).

CONCLUSÃO

40. Pelo exposto, o parecer é no sentido de se proceder ao apensamento dos autos em epígrafe, de mesma origem e sobre o mesmo assunto, para fins de elaboração de *representação por inconstitucionalidade*

(1) da expressão “mantidas automaticamente, pelo prazo de dez anos, prorrogável por iguais períodos, as atuais concessões, permissões e autorizações decorrentes das disposições legais contidas na Lei 775, de 27 de agosto de 1953 e nas normas complementares”, constante do art. 5º,

(2) da expressão “de concessão ou de permissão” constante do artigo 22, e

(3) bem assim dos artigos 35 e 36, todos os dispositivos da Lei Complementar Municipal 37/98, do Rio de Janeiro (doc. 01), do Rio de Janeiro, por violação dos artigos 7º e 77, *caput* e XXV, da Constituição Estadual, e 2º, 37 e 175 da Constituição Federal.

Rio de Janeiro, 06 de março de 2002.

EDUARDO SLERCA
Promotor de Justiça Assistente

De acordo.

MARIA CRISTINA PALHARES DOS ANJOS TELLECHEA
Procuradora de Justiça
Chefe da Assessoria de Direito Público

Aprovo. Redija-se minuta de inicial e informe-se o resultado ao noticiante.

JOSÉ MUIÑOS PIÑEIRO FILHO
Procurador-Geral de Justiça