

Procuradoria de Serviços Públicos
Parecer nº 30/2005 – Alexandre Santos Aragão
Rio, 06 de dezembro de 2005.

Ref.:E-10/631/2005

TRANSPORTE AQUAVIÁRIO SELETIVO DE PASSAGEIROS. TRECHO PRAÇA XV – ARARIBÓIA. INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI QUE PRORROGOU A DELEGAÇÃO À ATUAL PRESTADORA. INEXISTÊNCIA DE EXCLUSIVIDADE NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. NATUREZA DE SERVIÇO PÚBLICO. INEXISTÊNCIA DE AUTORIZAÇÕES DE NOVOS OUTORGAS. DISPENSA DE LICITAÇÃO POR URGÊNCIA. AVALIAÇÃO DO ÓRGÃO COMPETENTE.

I – DA CONSULTA

O Exmo. Sr. Secretário de Estado de Transportes encaminha a esta D. Procuradoria-Geral pedido de manifestação acerca da solicitação, formulada por BARCAS S.A. - Transportes Marítimos, no sentido de que possa operar o serviço de transporte aquaviário de passageiros na Baía de Guanabara, na modalidade seletiva, no trecho entre a Praça XV de Novembro e a Praça Araribóia.

EXMO. SR. DR. FRANCESCO CONTE
DD. PROCURADOR GERAL DO ESTADO

O pleito da concessionária baseia-se na decisão proferida, em sede de Agravo Regimental na Reclamação nº 1.834, pelo E. Superior Tribunal de Justiça, que concluiu que o Estado do Rio de Janeiro não está impedido de contratar, em caráter emergencial, outras prestadoras de serviço para, em conjunto com a Aerobarco do Brasil Transportes Marítimos e Turismo S/A - TRANSTUR, suprir a demanda crescente do transporte na região, até que advenha processo licitatório para concessão da linha.

A Assessora-Chefe da Assessoria Jurídica da Secretaria de Transportes (ASJUR-SECTRA) observa existirem, entretanto, diversas ações judiciais em curso, nas quais são partes o Estado do Rio de Janeiro e a TRANSTUR, questionando a esta D. Procuradoria-Geral se existe algum impedimento para que seja autorizada a prestação do serviço de transporte aquaviário solicitado por Barcas S.A.

Constam dos autos um conjunto de notícias dando conta da precariedade e insuficiência do serviço que vem sendo prestado pela TRANSTUR. Igualmente, a Associação de Usuários de Transportes

Rodoviários, Ferroviários, Metroviários, Aeroaviários e Aquaviários do Rio de Janeiro fez juntar aos autos manifestação (fls. 18 e 19), na qual pugna que “diante da grave situação em que se encontra o transporte aquaviário seletivo da baía de Guanabara, cujo serviço prestado por apenas uma empresa tem gerado inúmeros problemas para os nossos usuários tais como: falta de embarcações para atender a demanda, longas filas e principalmente risco de acidentes, tomamos a iniciativa de oficiar a Secretaria de Estado de Transporte e a Procuradoria Geral do Estado, para que convoque em caráter de urgência urgentíssima outra ou outras empresas para prestarem o mesmo serviço ora prestado pela Transtur”.

A TRANSTUR vem operando, com exclusividade, a linha seletiva em comento, pretensamente embasada no art. 19, §1º, da Lei Estadual nº 2.804, de 08.10.1997, o qual dispõe:

“Art. 19. A partir da vigência desta lei, fica determinado o cancelamento de todas as autorizações, permissões ou concessões de travessia de embarcações de passageiros, cargas ou veículos vigentes no Estado do Rio de Janeiro, outorgadas sem licitação, expedidas pela Secretaria de Estado de Transportes no exercício da competência delegada da Superintendência Nacional da Marinha Mercante.

§1º. Dado o caráter do serviço prestado, o cancelamento mencionado no ‘caput’ deste artigo não autoriza a suspensão da prestação do serviço nas linhas em atividade, que não sejam objeto de contrato de concessão firmado nos termos desta lei, que deverão permanecer assim pelo prazo de 15 anos, findo o qual será instaurado procedimento licitatório.”

Tal artigo, todavia, já foi declarado inconstitucional *in abstracto*, através da decisão proferida pelo E. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, na Representação por Inconstitucionalidade nº 19/2003, ora em fase de recurso.

Além da referida Representação por Inconstitucionalidade, existem ainda em curso diversas ações judiciais nas quais a TRANSTUR pretende fazer efetivo o pretense direito conferido pela supracitada norma, a fim de que seja declarado o seu direito de operar o transporte seletivo aquaviário na Baía de Guanabara de forma exclusiva, pelo prazo de 15 anos.¹

¹ O levantamento de processual aqui referido diz respeito aos que foram aludidos no presente processo administrativo e aos que resultaram de pesquisa realizado na página do TJRJ na rede mundial de computadores na data de 05/12/2005, que, como se sabe, possui as suas limitações. Naturalmente que qualquer processo antigo ou que vier a ser proposto no qual seja ou tenha sido proferida decisão que impeça a execução das conclusões deste parecer deverá ser observado até que seja afatada pelo recurso competente.

No curso dessas demandas, o E. Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial nº 655.207, veio a decidir que a norma aplicável ao caso é o art. 42, §2º, da Lei nº 8.987/95 (e não o art. 43), confirmando, dessa forma, a inexistência de exclusividade na prestação do serviço de transporte aquaviário seletivo. Veja-se, nesse sentido, trecho do voto da Ministra-Relatora Eliana Calmon:

“A sentença de primeiro grau, ao julgar improcedente a ação, foi precisa quando disse que a ausência de licitação não autorizava a configuração de exclusividade.

O Tribunal de Justiça, ao analisar a sentença, disse que esta deu enfoque preponderante à exclusividade, o que em verdade era inteiramente desimportante, mas, ao final, ao dar provimento ao recurso de apelação, acabou por julgar procedente a ação, nos termos do pedido. Em outras palavras, o Tribunal afastou a incerteza jurídica em torno da concessão outorgada à TRANSTUR e lhe garantiu a exclusividade porque assim fora pleiteada.

Ora, é de clareza absoluta a contradição contida no julgado da Corte, o qual, em verdade, a pretexto de interpretar o artigo 42, §2º, da Lei nº 8.987/95, acabou por extrapolar o seu real conteúdo e, em interpretação equivocada, deu ao dispositivo, eminentemente transitório e de outorga precária, caráter de exclusividade, contemplando a continuidade das concessões à data da lei sem que estivesse assim autorizado” (fls. 15)

Dessa forma, ao julgar o Agravo Regimental na Reclamação nº 1.834, o Exmo. Ministro Octávio Noronha reforçou a tese delineada no RESP 655.207/RJ, em decisão que restou assim ementada:

“ADMINISTRATIVO. RECLAMAÇÃO. TRANSPORTE AQUAVIÁRIO DE PASSAGEIROS. LICITAÇÃO. EXCLUSIVIDADE. QUEBRA DE MONOPÓLIO.

1. O acórdão proferido pelo STJ no julgamento do Resp n. 655.207/RJ (relatora Ministra Eliana Calmon) não assegurou à ora reclamante a exclusividade dos serviços de transporte aquaviário de passageiros na Baía de Guanabara. **Ao contrário, a essência do que ali se decidiu foi a quebra do monopólio desses mesmos serviços, com base na interpretação mais consentânea com o direito da regra insita no art. 42, §2º, da Lei n. 8.987/95.**

2. O Estado do Rio de Janeiro não está impedido de contratar, em caráter emergencial, outras prestadoras de serviço para, em conjunto com a reclamante, suprir a demanda crescente de transporte na região, enquanto aguarda a definição do processo licitatório.

3. Agravo regimental provido.” (fls. 05).

Com base (i) na decisão acima, (ii) na constatação de demanda excessiva de passageiros, sobretudo nos horários de movimento mais intenso, (iii) no pretenso anseio da população usuária do sistema e (iv) na disponibilidade de equipamentos para a execução do serviço de transporte seletivo, BARCAS S.A., atual concessionária de diversas linhas sociais e seletivas conforme Contrato de Concessão celebrado em 12.02.1998, endereçou, em 27.10.2005, à SECTRAN, carta informando que se encontra apta a responder à demanda existente para o transporte seletivo de passageiros na linha Praça XV de Novembro – Praça Araribóia, assim se manifestando:

“Deste modo, a fim de atender a demanda nos horários de maior afluência de público, BARCAS S/A apresenta a essa Secretaria de Estado de Transportes seu propósito, nesta operação, que deverá ser objeto do futuro exercício de polícia administrativa, excepcionando o exercício de liberdades por meio de controles estatais (frise-se, em caráter excepcional, ‘enquanto aguarda a definição do processo licitatório’ – vide ementa da decisão do AgRg na Reclamação nº 1.834 – RJ – Proc. 2005/0037657-7 anexo). (fls. 04)”

Portanto, pretende a BARCAS S/A que lhes seja autorizada a prestação do serviço de transporte aquaviário seletivo de passageiros no trecho Praça XV de Novembro – Praça Araribóia, até que o Estado, na qualidade de Poder Concedente, venha a realizar procedimento licitatório especificamente para esse fim.

Sobre a possibilidade de atendimento ao pleito da concessionária, passamos a responder da seguinte forma:

II - DA VIGÊNCIA DAS DELEGAÇÕES OUTORGADAS ANTERIORMENTE ÀS LEIS (FEDERAL E ESTADUAL) DE CONCESSÕES.

Inicialmente, faz-se necessário tecer algumas considerações sobre a situação jurídica da operação, pela TRANSTUR, do serviço de transporte seletivo de passageiros no trecho Praça XV de Novembro – Praça Araribóia.

O art. 19 da Lei Estadual nº 2.804/97 regulamenta as hipóteses de serviços públicos de transporte aquaviário que se encontravam sendo desempenhados por particulares anteriormente à sua entrada em vigor. Nesse aspecto, trata-se de norma semelhante àquela constante do art. 42 da Lei nº 8.987/95, que dispõe:

“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 da concessão, o poder concedente procederá a sua licitação, nos termos desta Lei.

§2º. As concessões de 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.”

A Lei Estadual nº 2831/97, que regula as concessões estaduais de serviço público em geral, dispõe no mesmo sentido, exceto que, nos termos do art. 45, §2º, o prazo de vigência das concessões precárias, com prazo vencido ou vigorando por prazo indeterminado foi fixado em 60 (sessenta) meses.

Parte da doutrina, da qual destacamos o pensamento de Marçal Justen Filho, considera inconstitucional o supracitado §2º do art. 42 da Lei nº 8.987/95, que concede tempo de vigência às concessões irregulares ou “de fato”, considerando que tal norma fraudava o princípio licitatório:

“O administrador público que verificar a existência de concessões precárias, com prazo vencido ou vigorando com prazo indeterminado, deverá determinar a licitação, para outorga de concessão segundo a lei. Essa é a única solução jurídica compatível com a Constituição.

O §2º é inconstitucional sob diversos fundamentos.

O primeiro e mais óbvio é a ofensa ao princípio da isonomia. O legislador assegurou solução jurídica mais favorável para a irregularidade do que para a regularidade. Assim, a concessão outorgada de modo perfeito e regular, que atingir seu termo final, será automaticamente extinta. Porém, aquela irregular não se extinguirá e deverá ser mantida por mais 24 meses

(...)

Depois, a Lei nº 8.987 infringe o próprio princípio da irretroatividade. (...) Ora, se as partes pactuaram uma concessão precária, a lei nova tem de respeitar essa situação. (...) Se o prazo era indeterminado, a lei nova não podia transformá-lo em determinado.”²

A mesma razão, *mutatis mutandi*, se nos afigura aplicável para o reconhecimento da inconstitucionalidade do art. 19 da mencionada Lei Estadual. A referida lei pretendeu tornar estável e por prazo determinado a exploração de um serviço que vinha se dando de forma precária. E, se na visão da melhor doutrina, mostra-se inconstitucional o prazo de 24 meses previsto no art. 42, §2º, da Lei nº 8.987/95, o que se dirá do prazo de 15 anos estatuído no art. 19, §1º, da Lei Estadual nº 2.804/97.

Reconhecendo a inconstitucionalidade da mencionada norma estadual, decidiu o Órgão Especial do E. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, em 29.11.2004:

“DIREITO ADMINISTRATIVO. ARGÜIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 19, § 1º, DA LEI ESTADUAL Nº 2.804, DE 8/10/97, QUE INSTITUIU A MANUTENÇÃO AUTOMÁTICA E COMPOSÓRIA, POR 15 ANOS, DE TODAS AS DELEGAÇÕES DE SERVIÇO PÚBLICO DE TRANSPORTE AQUAVIÁRIO NO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. DISPOSITIVO VETADO PELA CHEFIA DO EXECUTIVO, PORÉM MANTIDO PELO LEGISLATIVO. 1. PREFACIAL DE IMPROPRIEDADE DA VIA REJEITADA, DIANTE DA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE SUPREMA. CABIMENTO DA ARGÜIÇÃO POR AFRONTA À LEI MAIOR, CUJA OBSERVÂNCIA PELOS ESTADOS, É OBRIGATÓRIA. O CONTROLE OBJETIVO DE CONSTITUCIONALIDADE TEM POR FUNÇÃO INSTRUMENTAL VIABILIZAR O JULGAMENTO DA VALIDADE ABSTRATA DO ATO ESTATAL, DIANTE DA CARTA POLÍTICA FEDERAL. 2. FLAGRANTE A INCONSTITUCIONALIDADE, POR VULNERAÇÃO AOS BASILARES PRINCÍPIOS DA OBRIGATORIEDADE DA LICITAÇÃO, DA MORALIDADE E IMPESSOALIDADE ADMINISTRATIVA, BEM COMO DA

² JUSTEN FILHO, Marçal. *Concessões de serviços públicos*. São Paulo: Dialética, 1997, p. 372.

COMPETÊNCIA PRIVATIVA DA UNIÃO, A MANUTENÇÃO AUTOMÁTICA E COMPULSÓRIA DE TODAS AS ATUAIS DELEGAÇÕES DE SERVIÇO PÚBLICO DE TRANSPORTE AQUAVIÁRIO, POR PRAZO DE QUINZE ANOS, NO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. 3. VÍCIO DE INICIATIVA, VIOLADOR DA INDEPENDÊNCIA E HARMONIA ENTRE OS PODERES E DA COMPETÊNCIA PRIVATIVA DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO. MAL TRATO DOS ARTS. 2º, 22, XXVII, 37, 61, § 1º E 175, DA CARTA FEDERAL E ARTS. 77, 7, 70 E 122, DA CARTA ESTADUAL. 4. PRECEDENTE DO ÓRGÃO ESPECIAL AO JULGAR DISPOSITIVO SIMILAR DE LEI DO MUNICÍPIO DE CABO FRIO (RI 15/2001). 5. INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA.”

Portanto, tem-se que, sendo inconstitucional o art. 19, §1º, da Lei Estadual nº 2804/97, não há arcabouço jurídico a conferir legitimidade à atividade da TRANSTUR.

III – DA AUSÊNCIA DE EXCLUSIVIDADE DO SERVIÇO PRESTADO PELA TRANSTUR

Entretanto, ainda que se pudesse considerar o referido art. 19, §2º, da Lei nº 2.804/97, constitucional – o que é aqui admitido apenas para fins de argumentação – ainda assim não prosperaria a alegação da TRANSTUR de ser pretensamente a exclusiva titular do direito de exploração do serviço de transporte seletivo na rota em comento até o término do prazo de 15 anos.

Nesse sentido, pede-se licença para fazer remissão às irretocáveis razões que motivaram as decisões proferidas pelo E. Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que o art. 19, §1º, da Lei Estadual nº 2.804, não garante exclusividade para a TRANSTUR na prestação do serviço em comento, não havendo qualquer norma legal nesse sentido. Oportuno lembrar ainda que a exclusividade em sede de concessões não se presume; muito ao contrário, o art. 16 da Lei nº 8.987/95 prevê que a outorga de concessão ou permissão não terá caráter de exclusividade, salvo no caso de inviabilidade técnica ou econômica justificada.

Portanto, não sendo o serviço de transporte seletivo de passageiros na linha em comento exclusivo da TRANSTUR, podem outros agentes econômicos vir a prestá-lo, observadas as considerações abaixo.

IV – NATUREZA DE SERVIÇO PÚBLICO DO TRANSPORTE SELETIVO DE PASSAGEIROS

A prestação de serviço de transporte seletivo de passageiros não constitui atividade econômica em sentido estrito, mas sim, serviço público, conforme expressa previsão do art. 1º da Lei Estadual nº 2.804/97:

“Art. 1º. O serviço público de transporte aquaviário de passageiros, cargas e veículos no Estado do Rio de Janeiro poderá ser prestado por particulares sob o regime de concessão ou permissão, nos termos da Lei, seu regulamento e pelo que dispuserem os respectivos contratos.

§1º. Entende-se por transporte aquaviário, que pode ser de passageiros, cargas ou veículos, para os fins desta Lei, o serviço público consistente nas travessias das águas internas ou costeiras de natureza não eventual, entre pontos de atracação previamente definidos, operando por embarcações de pequeno, médio ou grande porte mediante pagamento de tarifas pelos usuários.

§2º. Independem de concessão ou permissão os serviços não essenciais e eventuais de transporte de passageiros com características exclusivamente turísticas, realizados por operadoras de turismo no exercício dessa atividade, segundo o que constar do regulamento desta Lei, ressalvada a necessidade de autorização da Autoridade Pública competente.

§3º As concessões ou permissões poderão ser outorgadas para a prestação de todos os tipos de serviços indicados no ‘caput’ deste artigo, ou, atendido o interesse público e as condições especiais de cada linha, apenas um ou mais, nos termos dos editais de licitação e contratos respectivos.”

A norma acima, bem como os arts. 4º e 5º da Lei Estadual nº 2.804/97, deixa, ainda que criticavelmente, mas sem que chegue a ser inconstitucional, extirpe de dúvidas que o legislador estadual conferiu ao serviço de transporte aquaviário de passageiros – tanto social quanto seletivo – caráter de serviço público. Somente o transporte seletivo dedicado unicamente ao turismo – o que não é o caso – é considerado atividade econômica *stricto sensu*, apenas sujeita ao poder de polícia administrativo, operado mediante autorização administrativa (art. 1º, §2º).

Essa conclusão é obtida igualmente pela mera leitura da

"Cláusula Segunda – O serviço público de transporte aquaviário de passageiros de que trata este contrato poderá ser prestado em duas categorias de linhas: social e coletiva."

Dessa forma, em se tratando de serviço público, tem-se que a sua outorga deve dar-se necessariamente através de concessão ou permissão, sempre precedidas de licitação, à exceção dos casos de inexigibilidade e dispensa. O que de todo se revela incompatível com a natureza de serviço público do transporte aquaviário de passageiros – seja na modalidade social ou seletiva – é a contratação direta do referido serviço, mediante simples autorização (instituto que melhor se coaduna com o conceito de atividade econômica *stricto sensu*),

GASPAR ARIÑO ORTIZ³ considera as autorizações funcionalizadas, operativas ou de trato sucessivo como exercício da "regulação econômica", afirmando que a polícia administrativa ou "regulação externa" se refere "àquelas condições de salubridade, proteção do meio ambiente e localização física em que há de se desenvolver a atividade econômica, mas sem entrar no interior desta, nem predeterminar as decisões empresariais. Dito de outro modo, com esta regulação administrativa geral de polícia se trata de limitar os efeitos lesivos que poderiam resultar da atividade privada para terceiros, por mais legítima que esta seja, mas sem que a regulação pretenda de qualquer modo configurar a atividade em si: sua extensão, modalidades, mercados, zonas de atuação, preços dos seus produtos e serviços, etc. O mecanismo típico desta regulação é a autorização simples e a licença.

Outro tipo de regulação é a chamada "regulação econômica": esta incide sobre setores inteiros, sobre a entrada e saída da atividade e afeta as condições econômicas em que a atividade deve se desenvolver: ao *quantum* de produção, às zonas e mercados em que as empresas operarão, aos preços que poderão cobrar, em suma, dizem respeito ao próprio negócio em que consiste a atividade. Esta regulação econômica incide, pois, sobre atividades especialmente disciplinadas e submetidas ao Poder Público, a ponto da regulação, não apenas limitar ou condicionar o exercício da atividade, como a configurar internamente."⁴

³ ORTIZ, Gaspar Ariño. *Principios de Derecho Público Económico*, Ed. Comares e Fundación de Estudios de Regulación, Granada, 1999, p. 243.

⁴ No Direito Brasileiro a afirmação do autor há de ser entendida à luz do art. 174, *caput*, *in fine*, CF, que, apesar de não vedar uma forte regulação sobre as atividades econômicas privadas, não permite que o Estado determine o seu próprio conteúdo (por exemplo, a quantidade da sua produção, a sua rentabilidade, que produtos serão fabricados, etc). "A atividade ordenadora do Estado, nas mãos do órgão regulador, não elimina o necessário espaço de liberdade individual, eis que todos os condicionamentos que imporá, fundados na lei, terão estreita vinculação com uma finalidade pública real, concreta e poderosa" (excerto da Exposição de Motivos da Lei nº 9.472 – Lei Geral de Telecomunicações, constante de Messod Azulay Neto e Antonio Roberto Pires, *O Novo Cenário das Telecomunicações no Direito Brasileiro*, Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2000, p. 165).

Sob determinada perspectiva, os autorizatários destas atividades sofrem mais restrições que os concessionários ou permissionários de serviços públicos, tendo em vista a ausência de previsão expressa de proteção do equilíbrio econômico-financeiro e o caráter unilateral da regulação estatal – não calcada em um prévio contrato de concessão.

Por outro lado, não podemos olvidar o feito menos constrictivo que a modalidade regulatória da autorização operativa possui por não retirar a atividade da esfera da livre iniciativa privada. Não sendo serviços concedidos e, portanto, de titularidade administrativa, "não são precedidos de um pacto modal, mas sim de um ato habilitante operativo", o que faz com que os poderes administrativos incidentes sobre eles sejam alheios à idéia de titularidade estatal sobre a atividade, deixando de ser internos a um serviço da própria Administração, para passarem a ser de natureza policial (operacional) e externa aos titulares privados dos serviços, sendo-lhes (aos poderes administrativos) vedado afetar a livre concorrência tal como tenha sido definida no setor.⁵

Com esta modalidade regulatória, o princípio da livre iniciativa permanece incólume, mas a liberdade é, todavia, canalizada para a realização dos interesses coletivos sociais e econômicos.

A atribuição de regime concorrencial a serviços públicos propriamente ditos (*ordenatio*), abrindo-se a sua prestação à maior quantidade possível de particulares interessados que atendam os requisitos estabelecidos pelo Poder Público, acaba erodindo um dos elementos fundamentais do conceito clássico de serviço público, qual seja, o da titularidade estatal exclusiva.⁶ Tal erosão é, no entanto, apenas parcial, uma vez que é o próprio Estado e, portanto, o seu titular, que está abrindo o serviço ao regime concorrencial e, tal como o abriu, pode, por lei e atendido o Princípio da Proporcionalidade, limitar novamente o número de possíveis prestadores (que deixariam de ser autorizatários para serem concessionários ou permissionários) ou até mesmo voltar a prestá-lo diretamente (por sua Administração Direta ou Indireta).⁷

⁵ MORENILLA, José Maria Souvirón. *La Actividad de la Administración y el Servicio Público*, Ed. Colmares, Granada, 1998, pp. 643/4.

⁶ "A questão é complexa porque o caráter difuso com que o serviço público aqui se apresenta é precisamente a consequência lógica do que o Legislador pretende: retirar da noção clássica de serviço público sua veste mais característica e evidente (a prestação pela Administração ou em seu nome), qualificando com dita condição apenas um *plus* qualificativo ou quantitativo da atividade, assim como substituindo a atuação prestacional – direta ou indireta – da Administração por obrigações atribuídas aos prestadores privados de atividades não publicizadas" (MORENILLA, José Maria Souvirón. *La Actividad de la Administración y el Servicio Público*, Ed. Colmares, Granada, 1998, p. 592, grifamos).

⁷ JUAN CARLOS CASSAGNE observa que o advento das atividades privadas sujeitas aos princípios do serviço público "torna necessária a adaptação da noção tradicional de serviço público, e, ainda quando não chegue a alterar o seu conceito material, é evidente que conduz ao descobrimento de novos matizes e características distintivas em relação às atividades dos particulares que, apesar de serem de indubitável interesse geral, não chegam a constituir verdadeiros serviços públicos" (*La Intervención Administrativa*, Ed. Albeledo-Perrot, Buenos Aires, 2ª ed., pp. 35/6).

O surgimento da noção de serviço público nos séculos XVIII e XIX tinha um requisito característico: a satisfação das necessidades coletivas pela própria coletividade social, então identificada com a organização política que a institucionaliza – a Administração Pública. Pois bem, os serviços públicos impróprios correspondem à idéia de que esta satisfação das necessidades coletivas (essência do serviço público) seja levada a cabo diretamente pela coletividade social "desorganizada – desvinculada da sua organização política e sem intermediários –, em uma espécie de "publicatio social" ou de "societização do serviço público", pela qual, atingindo-se o núcleo conceitual do serviço público enquanto atividade reservada ao Estado para explorá-la diretamente ou mediante delegação (concessão ou permissão), também operou a transferência da universalidade do serviço aos próprios operadores privados.⁸

Neste contexto, a concessão, técnica característica dos serviços públicos, tem sido substituída pela autorização. "As atividades de regulação e gestão dos serviços públicos, unidas nas mãos da Administração titular do serviço na concepção tradicional de serviço público, agora se realizam por sujeitos distintos. Mas, ao mesmo tempo, se declaram certos serviços como 'serviços universais', impondo-se às empresas privadas determinadas obrigações específicas, se limita o acesso ao mercado para proteção dos usuários dos serviços, se assegura a universalidade, regularidade e razoabilidade dos preços dos serviços, e a Administração adquire um novo papel sumamente importante: regular, supervisionar e controlar os mercados para garantir o seu funcionamento conforme o princípio da livre concorrência, incluindo aqueles setores em que a tendência natural é o monopólio ou o oligopólio, para criar as condições de um autêntico mercado em concorrência. Porque não se trata de um triunfo do mercado, do *laissez faire*, mas da fé na concorrência como mecanismo de incremento da oferta de produtos, de aperfeiçoamento da tecnologia e de redução de custos."⁹

V – DA POSSIBILIDADE DE DISPENSA DE LICITAÇÃO PARA A CONTRATAÇÃO DO SERVIÇO EM COMENTO

Esclarecida a natureza de serviço público do transporte seletivo de passageiros, cumpre questionar se estão presentes, no caso, critérios de urgência ou emergência capazes de ensejarem dispensa de licitação.

Dispõe o art. 24, IV, da Lei nº 8.666/93:

"Art. 24. É dispensável a licitação:

...

⁸ MORENILLA, José Maria Souvirón. *La Actividad de la Administración y el Servicio Público*, Ed. Colmares, Granada, 1998, pp. 609 a 612.

⁹ DAROCA, Eva Desdentado. *La Crisis de Identidad del Derecho Administrativo: privatización, huida de la regulación pública y administraciones independientes*, Ed. Tirant lo Blanche, Valencia, 1999, pp. 188/9.

IV – nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos;"

A Concessionária BARCAS S/A alega existir urgência na oferta do serviço de transporte seletivo de passageiros, o que justificaria a contratação emergencial até a finalização de procedimento licitatório.

A esse respeito, cumpre esclarecer que não é qualquer premência da Administração Pública que, *de per se*, autoriza a exceção à regra constitucional da licitação, emanção direta dos princípios maiores da igualdade, impessoalidade, moralidade, transparência, economicidade e eficiência (art. 37, *caput* e inciso XXI, Constituição Federal), mas apenas aquela que comprometa a segurança das pessoas ou o patrimônio, público ou privado. Esclarecedoras são, a este respeito, as lições de MARÇAL JUSTEN FILHO:

"A hipótese merece interpretação cautelosa. A contratação administrativa pressupõe atendimento ao interesse público. Isso significa que a ausência da contratação representaria um prejuízo para o bem público. Se inexistisse um interesse público em risco, nem caberia a intervenção do Estado. A atividade pública não pode ser suprimida ou diferida para o futuro. Afinal, essas são as características inerentes à Administração Pública.

Na generalidade dos casos em que o Estado dispõe-se a contratar, é motivado a atuar para evitar dano potencial. **Toda e qualquer contratação administrativa retrata a necessidade e a conveniência de uma atuação conjugada entre o Estado e terceiros. Uma interpretação ampla do inciso IV acarretaria, por isso, a dispensa de licitação como regra geral. O argumento da urgência sempre poderia ser utilizado. Ora, a ausência de licitação não constitui a regra, mas a exceção. O inciso IV deve ser**

interpretado à luz desse princípio."¹⁰

Conforme observa, igualmente, Maria Sylvia Zanella di Pietro, somente situações absolutamente excepcionais e imprevisíveis permitem a dispensa de licitação:

“Portanto, não é qualquer situação, qualquer fato imprevisto, que dará vazão ao ato de dispensa de licitação sob exame, mas somente aqueles que não admitam um interregno entre a efetiva contratação do particular e a ação que se espera alcançar para atender ao interesse público. Se o liame é fluido, passível de interpretações outras que desautorizem essa correlação, por certo estar-se-á diante de ocorrências que não admitem a utilização da exceção prevista no inc. IV do art. 24 do comando licitatório. Surge, assim, a necessidade de efetiva demonstração, por parte da Administração Pública, de que não só se está diante de uma situação excepcional e emergencial, pronta para ocorrer ou já ocorrendo, como também a cabal indicação de que o único meio viável para se sanar ou minorar o dano iminente às pessoas ou bens é a adoção de imediatas providências, por parte do Poder Público, sem os entraves de aspecto temporal que vêm atrelados ao procedimento licitatório.”¹¹

A decisão quanto à existência de situação de urgência ou emergência somente pode ser realizada pelo Administrador Público diante do caso concreto. Nos termos dos precedentes desta Casa, *verbi gratia* do Parecer nº 12/99, de lavra do Ilustre Procurador do Estado, Dr. Flavio Amaral Garcia, aprovado pela então Subprocuradora-Geral do Estado Dra. Aline Reis Jatthy e emitido no Processo Administrativo nº E-09/9684/0010/99, que enfrentou diretamente a celeuma acerca do juízo de valoração da situação emergencial, este “é um conceito jurídico indeterminado, privativo do administrador público, que deve se pautar pelo princípio da razoabilidade”.

No presente caso, não há, nos autos, informações suficientes que permitam a esta Procuradoria-Geral verificar se estão presentes, no caso concreto, critérios de urgência suficientes a justificarem a dispensa. Existem apenas alguns indícios, como notícias de jornais e manifestação de entidade representativa dos usuários. E, de todo modo, o juízo primário sobre a presença dos critérios ensejadores da dispensa se apresenta de competência do ente administrativo responsável pelas políticas para o setor, *in casu*, a Secretaria de

¹⁰ *Licitações e Contratos Administrativos*, Ed. ADCOAS, 3ª edição, p. 148.

¹¹ ZANELLA DI PIETRO, Maria Sylvia et al. *Temas polêmicos sobre licitações e contratos*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 92.

Estado de Transportes, a quem compete, inclusive, se vier a ser o caso, obdecer as exigências do art. 26, Lei nº 8.666/93.

Cumpra, a esse respeito, apenas mencionar que, nos exatos termos do art. 24, IV, da Lei nº 8.666/93, contratos administrativos celebrados com dispensa de licitação têm prazo máximo de vigência de 180 (cento e oitenta) dias, vedada a sua prorrogação.

VI – TRANSPORTE COLETIVO DE PASSAGEIROS E PLANEJAMENTO ESTATAL

O sistema de transporte coletivo de passageiros, por definição, necessita de um planejamento, tanto por modal (rodoviário, ferroviário, aquaviário, aeroviário) como mediante integração entre os diferentes modais.

Esse planejamento deve levar em consideração diversos interesses, tais como o provimento efetivo e eficiente do serviço, a modicidade das tarifas, o retorno razoável do investimento pelo concessionário, impacto ambiental, segurança no transporte, dentre outros. A falta de planejamento tem sido apontada pela doutrina como uma das principais razões para a insuficiência dos serviços prestados:

“Em matéria de transporte coletivo, o crescente e mal planejado processo de urbanização e a falta de um projeto para os meios de transporte, aliado à falta de fiscalização constituem as principais causas das cada vez mais visíveis deficiências do serviço nas cidades. **Não havendo um planejamento prévio quanto à oferta e a demanda, frequentemente são verificadas distorções**, o que acarreta um indesejável aumento do transporte individual em detrimento dos variados transportes coletivos. Desta forma, imprescindível a modificação deste quadro, como forma de respeito ao princípio da eficiência.”¹²

Assim, via de regra, não se pode conceder delegações indistintamente a todos que pretensamente pretendam prestar o serviço objeto do processo administrativo em referência, mesmo porque, conforme acima demonstrado, está-se diante de serviço público, cuja modelagem e forma de exploração constituem decisões de implementação de política pública essencial para se obter a forma mais eficiente de sua fruição pela coletividade.

Portanto, independentemente de ser ou não o caso de dispensa de licitação, deve o Poder Concedente promover logo o devido processo

¹² COSTA, Paolo Henrique Spilotros. “O princípio da eficiência e a competitividade nos serviços públicos de transporte coletivo” In SOUTO, Marcos Juruena Villela e MARSHALL, Carla. *Direito empresarial público*. Rio de Janeiro: Lumen Iuris, 2002, p. 559.

licitatório, que constitui o mecanismo adequado para o provimento de serviços necessários à coletividade.

Por fim, veja-se que a realização da licitação necessária para a regular outorga de concessão para prestação do serviço público no trecho em comento não depende do aguardo do trânsito em julgado da Representação por Inconstitucionalidade acima mencionada ou das demais ações judiciais em curso.

De fato, ainda que a decisão final venha a ser pela constitucionalidade da norma e pela regularidade da delegação detida pela TRANSTUR – o que se admite apenas para argumentar – já restou pacificado que o art. 19, §1º da Lei Estadual não confere exclusividade na prestação do aludido serviço, de forma que a Administração Pública poderia licitar a outorga de uma segunda concessão ou permissão, conforme o caso. Será apenas o caso de prever no edital de licitação o caráter não exclusivo da outorga e um eventual reequilíbrio econômico-financeiro, em favor do Estado (via, p. ex., redução tarifária), caso venha-se a encerrar a atividade da TRANSTUR e a outra concessionária explore transitoriamente o serviço em caráter de exclusividade.¹³

VII – CONCLUSÃO.

Em vista de todo o acima exposto, conclui-se:

- (i) a TRANSTUR opera ilegal e inconstitucionalmente o transporte aquaviário seletivo de passageiros no trecho Praça XV de Novembro-Praça Araribóia, devendo, em processo administrativo próprio – já que o presente tem objeto específico distinto –, ser avaliadas as medidas administrativas ou judiciais a serem tomadas;
- (ii) ainda que, conforme já dispôs o STJ, se considerasse a “delegação” à TRANSTUR legítima, essa não poderia ser tida como beneficiária de um direito de exclusividade, já que em nosso direito vige justamente o princípio oposto (salvo razões econômicas ou técnicas expostas os serviços públicos serão prestados sem direito à exclusividade);
- (iii) nos termos da Lei Estadual nº 2.804/97, o transporte aquaviário de passageiros, em ambas as modalidades social e seletiva, constitui serviço público, portanto sua prestação por particular não pode ser deferida mediante mera autorização, sendo necessária a outorga de concessão ou permissão de

¹³ O edital de licitação, bem como o eventual contrato de concessão emergencial que o antecederá, deverão ser, naturalmente, previamente submetidos a essa PGE. Todavia, recomenda-se desde já que as respectivas minutas, face às muitas ações judiciais já propostas e que muito provavelmente ainda virão a ser propostas, deverão, para prevenir novos litígios, pré-disciplinar a divisão dos riscos judiciais decorrentes das mais diversas decisões judiciais que podem advir, inclusive as que eventualmente comprometam a própria nova concessão, assegurando um suposto monopólio à atual prestadora.

serviço público;

- (iv) compete ao órgão tecnicamente afeito à área – a Secretaria de Estado de Transportes – no uso de sua discricionariedade, aferir primariamente nos termos do art. 26 do art. 26 da Lei nº 8.666/93 se estão ou não presentes, no caso concreto, os requisitos de urgência ensejadores da dispensa de licitação (art. 24, IV, Lei nº 8.666/93), cujo prazo, em todo caso, não poderá ultrapassar 180 (cento e oitenta) dias;

É o que, salvo melhor juízo, nos parece.

ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO
Procurador do Estado

VISTO

Aprovo o parecer n.º 30/2005, do ilustre Procurador do Estado Alexandre Aragão, adotando integralmente os seus fundamentos.

Trata-se de expediente encaminhado por *Barcas S.A.* à Secretaria de Estado de Transportes que tem por objeto o pedido de “*inclusão de novo operador no sistema seletivo de transportes aquaviários, em caráter emergencial*”.

O referido expediente foi encaminhado pelo Exmo. Sr. Secretário de Estado de Transportes à Procuradoria de Serviços Públicos, com vistas à análise de viabilidade do acolhimento da pretensão acima deduzida, haja vista a existência de diversas demandas envolvendo a exclusividade na prestação do serviço, explorado atualmente pela *TRANSTUR*.

Conclui o ilustre Procurador que a Lei Estadual n.º 2.804 de 1997 que prorrogou a delegação atual à *TRANSTUR*, foi julgada inconstitucional pelo E. Tribunal de Justiça deste Estado, não havendo, por isso, exclusividade na prestação do referido serviço, ainda mais após diversos julgados do Superior Tribunal de Justiça que concluem pela inexistência de exclusividade, tendo o Excelso Tribunal declarado que “*o Estado do Rio de Janeiro não está impedido de contratar, em caráter emergencial, outras prestadoras de serviço para, em conjunto com a reclamante, suprir a demanda crescente de transporte na região, enquanto aguarda a definição do processo licitatório.*”¹⁴

Por tais razões entendo, na mesma linha do referido parecer, que inexistente óbice legal, contratual ou judicial para que o Estado do Rio de Janeiro conceda novas outorgas do serviço público de transporte aquaviário seletivo de passageiros, mesmo em caráter emergencial, enquanto não última o procedimento licitatório, observados os critérios técnicos necessários para a avaliação da conveniência e oportunidade da medida pelo órgão competente.

¹⁴ Agravo Regimental na Reclamação n.º 1.834 – Rel. Min. Octávio Noronha.

Em face do exposto, submeto o parecer à elevada consideração do Exmo. Sr. Dr. Procurador-Geral do Estado.

Rio de Janeiro, 13 de dezembro de 2005.

DELCY ALEX LINHARES
Procurador-Chefe da Procuradoria de Serviços Públicos

VISTO

Aprovo o bem elaborado parecer nº 30/05-ASA, da lavra do ilustre Procurador do Estado Dr. ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO, devidamente aprovado pelo Procurador-Chefe da Procuradoria de Serviços Públicos, Dr. DELCY ALEX LINHARES, o qual analisa as diferentes demandas judiciais cujo objeto envolve a prestação de serviço público de transporte aquaviário de passageiros.

Como bem concluiu o parecerista, a lei estadual que prorrogava a delegação que beneficia a atual prestadora do serviço foi declarada inconstitucional pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça. Por igual, é certo afirmar, com amparo nos precedentes do Superior Tribunal de Justiça, que a delegação em questão, ainda que permanecesse em vigor, não importaria em reconhecer à empresa beneficiária o direito à exclusividade na prestação do referido serviço público.

À Secretaria de Estado de Transportes, para adoção das medidas que se entender pertinentes, conforme sugeridas no parecer ora aprovado.

Rio de Janeiro, 13 de dezembro de 2005.

FRANCESCO CONTE
Procurador-Geral do Estado