

EXMO. SR. DESEMBARGADOR GAMA MALCHER, DD. RELATOR DA REPRESENTAÇÃO POR INCONSTITUCIONALIDADE N.º 137/2002, EM TRÂMITE PERANTE O E. ÓRGÃO ESPECIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

O PROCURADOR-GERAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, tendo sido intimado para pronunciar-se nos autos da REPRESENTAÇÃO POR INCONSTITUCIONALIDADE em referência, formulada pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, através do Exmo. Sr. Procurador-Geral de Justiça, vem, nos termos do art. 162, § 3º, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, apresentar sua *manifestação*, consoante as razões a seguir expostas:

- I -

DO OBJETO DA

REPRESENTAÇÃO POR INCONSTITUCIONALIDADE

01. Cuida-se de Representação por Inconstitucionalidade por meio da qual o Exmo. Sr. PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO pretende seja declarada a inconstitucionalidade do artigo 6º (expressão ...*"mantidas automaticamente pelo prazo de quinze anos, prorrogáveis uma única vez, as atuais permissões e autorizações"*), 32 (expressão ...*"transferência de concessão"*) e §2º do art. 45 da Lei nº 2.831 de 13 de novembro de 1997, do Estado do Rio de Janeiro, que dispõe sobre o regime de concessão de obras públicas e permissão na prestação de serviços públicos previstos no art. 70 da Constituição Estadual

02. Segundo o Autor da ação, a lei inquinada de inconstitucional violaria os princípios constitucionais que tratam da moralidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, da igualdade entre os licitantes e da independência e harmonia dos poderes.

03. Invoca, para tanto, em especial, o art. 70 e o artigo 77, *caput* e inc. XXV, da Constituição Estadual, c/c os artigos 2º, 37 e 175 da Constituição Federal, que reputa vulnerados pela lei em comento, acabando por formular pedido liminar.

- II -

DA MANIFESTAÇÃO DO PROCURADOR-GERAL DO ESTADO

II.1). DO MÉRITO

04. Convém destacar, a título de elucidação, os dispositivos normativos impugnados que têm o seguinte teor:

"Art.6º - A permissão de serviço público será formalizada mediante contrato de adesão, sem prejuízo de seu caráter precário, **mantidas automaticamente, pelo prazo de quinze anos, prorrogável uma única vez, as atuais permissões e autorizações**, decorrentes das disposições legais contidas no Decreto-Lei n.º 276, de 22 de julho de 1975, cuja disciplina foi outorgada à autarquia criada pela Lei Estadual n.º 1.221, de 6 de novembro de 1987, promovendo essa autarquia, no prazo de noventa dias, a contar da publicação dessa Lei, a adaptação das aludidas permissões e autorizações às regras nela previstas".

"Art.32 - A **transferência de concessão** ou de controle societário da concessionária sem prévia anuência do Poder Concedente implicará a caducidade da concessão."

Art.45

.....
§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 este que não será inferior a 60 (sessenta) meses, contados da data da publicação desta lei**.

05. Como será demonstrado a seguir, assiste razão ao Autor, em relação aos dispositivos impugnados da referida Lei, **salvo o art. 32, como se verá adiante, e o §2º do art. 45, do mesmo diploma legal, que é inconstitucional em parte - isto é, apenas em relação ao prazo da manutenção da permissão ou autorização.**

06. Não obstante as normas acima transcritas tenham sido sancionadas pelo Poder Executivo do Estado do Rio de Janeiro, afiguram-se os

comandos legais inconstitucionais por afronta direta aos artigos, 37 *caput* e inc. XXI, e 175 da Lei Maior, a seguir transcritos:

“Art. 37 - A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, **impressoalidade, moralidade**, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

“Art. 175. 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.

Parágrafo único. **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;” (grifou-se)

07. Como é de conhecimento convencional, com a edição da Constituição da República de 1988, a exploração do serviço passou a ser regida pelo artigo 175, que impôs ao Poder Público o dever de conceder, sempre através de licitação, a exploração dos serviços públicos, disposição repetida no artigo 70 da Carta Estadual.

08. O artigo 175 da CF, por sua vez, remete à disciplina infraconstitucional à regulamentação dos contratos de concessão, tendo sido, pois, editadas as Leis Federais 8987/95 e 9074/95, que assim dispõe:

LEI 8.987/95

“Art. 1º. As concessões de serviços públicos e de obras públicas e as permissões de serviços públicos reger-se-ão pelos termos do art. 175 da Constituição Federal, por esta Lei, pelas normas legais pertinentes e pelas cláusulas dos indispensáveis contratos.

PARÁGRAFO ÚNICO. A UNIÃO, OS ESTADOS, O DISTRITO FEDERAL E OS MUNICÍPIOS PROMOVERÃO A REVISÃO E AS ADAPTAÇÕES NECESSÁRIAS DE SUA LEGISLAÇÃO ÀS PRESCRIÇÕES DESTA LEI, BUSCANDO

ATENDER AS PECULIARIDADES DAS DIVERSAS MODALIDADES DOS SEUS SERVIÇOS.”

LEI 9.074/95

“Art. 2º. **É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios executarem obras e serviços públicos por meio de concessão e permissão de serviço público, sem lei que lhes autorize e fixe os termos, dispensada a lei autorizativa nos casos de saneamento básico e limpeza urbana e nos já referidos na Constituição Federal, nas Constituições Estaduais e nas Leis Orgânicas do Distrito Federal e Municípios, observado, em qualquer caso, os termos da Lei 8.987.”**

09. Pela leitura dos dispositivos legais acima, verifica-se que o Estado, para autorizar a exploração do serviço público por terceiros, deveria editar sua lei geral de concessões e permissões, e realizar licitação pública, com vistas à concessão do serviço.

10. De outro lado, em consonância com a diretriz da Carta Magna, a Constituição do Estado do Rio de Janeiro, inseriu dispositivos semelhantes da CF no artigo 70 e 77 *caput*, **promulgando ainda a Lei 2831**, de 13.11.1997, que disciplina as permissões de serviços públicos, com os dispositivos ora impugnados.

LEI 2.831/97

“Art. 1º - A concessão de serviços públicos e de obras e as permissões de serviços públicos no plano estadual reger-se-ão pelas normas desta Lei e dos respectivos contratos.

Art. 5º - Toda concessão e permissão de serviço público deverá ser precedida de decreto do Poder Executivo ou, nas hipóteses previstas nesta Lei, de ato editado pelo Poder Concedente, publicado previamente ao Edital de Licitação, que justifique a conveniência de sua outorga, indique as diretrizes básicas para o regulamento do serviço e da respectiva concorrência e caracterize seu objeto, área e prazo.”

11. Todavia, o artigo 6º (expressão... “mantidas automaticamente pelo prazo de quinze anos, prorrogáveis uma única vez, as

atuais permissões e autorizações”) e o artigo 45, §2º (na parte “prazo esse que não será inferior a 60 (sessenta) meses”) são inconstitucionais, pois: i). afrontam o princípio da moralidade administrativa; ii). violam diretamente o princípio da licitação, inserto tanto na Carta Federal quanto na Estadual, como se passa a demonstrar.

DA INCONSTITUCIONALIDADE DOS DISPOSITIVOS IMPUGNADOS EM CONFRONTO COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E ESTADUAL

(I) - OFENSA AO PRINCÍPIO DA MORALIDADE

12. Pondere-se, desde já, que pelas normas impugnadas, as permissões precárias tornaram-se permanentes pelo prazo de 15 (quinze) anos, em razão de norma editada pela Assembléia Legislativa consubstanciada no art. 6º (“a permissão de serviço público..., sem prejuízo de seu caráter precário, mantidas automaticamente, pelo prazo de 15 (quinze) anos, prorrogável uma única vez, as atuais permissões e autorizações”) e prorrogou por mais 5 (cinco) anos as permissões precárias com prazo vencido ou indeterminado (§2º do art. 45), ambos da Lei Estadual 2.831 de 1997.

13. Com isso, o legislador estadual, ao disciplinar a extinção das formas de exploração dos serviços públicos, outorgadas sem licitação, estabeleceu, no art. 6º da Lei Estadual 2.831, de 13 de novembro de 1997, inconstitucional exceção.

14. Isto porque, o indigitado diploma legal permite que o particular beneficiado pelo seu comando explore serviço público por 15 (quinze) ou 5 (cinco) anos, sem se submeter ao certame público.

15. Neste contexto, a norma em questão apresenta-se em verdadeiro desvio de finalidade do processo legislativo, com indiscutível afronta ao princípio da impessoalidade e ao da moralidade previstos no art. 37 da Constituição da República.

16. Vale dizer, utilizou-se do processo legislativo indevidamente, eis que se criou privilégio legal espúrio, pois, dá ao particular o direito de explorar serviço público sem a prévia e indispensável licitação destinada à concessão de serviço público.

17. Evidente, portanto, a inconstitucionalidade em confronto com o princípio da moralidade administrativa.

(II) - DA AFRONTA AO ARTIGO 175 DA CF

18. Se não bastassem os fundamentos acima, os citados dispositivos nas partes impugnadas afrontam diretamente o artigo 175, da Constituição Federal e 70 da Constituição Estadual, determinando que a concessão ou permissão de serviços públicos só pode ser outorgada após prévia licitação.

19. E o legislador estadual, ao impedir por 15 (quinze) ou 5 (cinco) anos a revogação da permissão precária, transformou uma relação jurídica, antes precária e provisória, em estável e permanente.

20. É indiscutível que os indigitados dispositivos, conferem aos beneficiários das normas o direito de prestar o serviço público sem se apresentar para disputa pública com outros interessados, o que configura patente inconstitucionalidade.

(III) - DA CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 32

21. Em verdade, a alegação pura e simples de inconstitucionalidade (em decorrência da obrigatoriedade de licitação para as concessões) de dispositivo que, repita-se, consta na lei federal, na lei estadual e em algumas leis municipais não se coaduna com a melhor regra de interpretação, de que se deve extrair conotações úteis dos dispositivos. Busca-se, em verdade, uma compreensão razoável e constitucional da norma.

22. Assim, melhor seria interpretar a norma conforme lição de MARIA APARECIDA DE P. S. FAGUNDES: “Parece, antes, que, com o art. 27, quis o legislador dotar o poder concedente de uma alternativa que, estabelecendo-lhe parâmetros para o exercício do poder discricionário, facilitasse o atendimento do interesse público, em circunstâncias específicas... Pode, assim, o poder concedente, diante do caso concreto, atento à diretriz constitucional e às balizas legais, usar da competência discricionária, concordando, ou não, com eventuais transferências de concessão.” (Pontos polêmicos da legislação sobre concessões e permissões de prestação de serviços públicos. RDA, 205, jul/set 1996.)

23. Ademais, a constitucionalidade do dispositivo, como bem ressaltado por LUIZ ALBERTO BLANCHET (Concessão de Serviços Públicos. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2001, p. 151) sustenta-se no princípio da adequada prestação do serviço público (inc. IV, do parágrafo único do artigo 175 da CF), que inclui, a toda evidência, a eficiência e a continuidade salientadas no parecer.

24. Quanto ao argumento de que restaria inobservado o preceito constitucional da obrigatoriedade de licitação, veja-se a lição de ARNOLDO WALD, LUIZA RANGEL DE MORAES E ALEXANDRE DE M. WALD: "Na generalidade, poder-se-ia entender que o requisito constitucional impositivo da licitação já foi atendido, quando da outorga da concessão, para o atendimento aos fins econômicos, não sendo, em tese, obrigatório um segundo procedimento licitatório para a mesma concessão, a ser realizado quando de sua transferência a outra pessoa. Nesse caso, bastaria que o interessado reunisse todos os requisitos de capacitação técnica e idoneidade financeira exigíveis, demonstrando-os perante a autoridade do poder concedente incumbida de concordar com a transferência da concessão." (O direito de parceria e a nova lei de concessões. Rio de Janeiro: Editora Revista dos Tribunais, p. 146).

25. Neste particular, a realização de licitação ou da transferência da concessão dependerá de exame no caso concreto, ponderados os princípios da adequação e da continuidade do serviço público. Ao interpretar desta forma, não se afasta de plano a obrigatoriedade de licitação.

CONCLUSÃO

26. Por todas as razões até aqui expostas, espera que seja julgada procedente a representação por inconstitucionalidade em questão, tão somente quanto aos arts. 6º e 45, § 2º, declarando-se, portanto, a inconstitucionalidade dos dispositivos supramencionados, sendo absolutamente improcedentes os argumentos de inconstitucionalidade do art. 32 da Lei n.º 2.831/97.

E. deferimento.

Rio de Janeiro, 19 de janeiro de 2004.

FRANCESCO CONTE
Procurador-Geral do Estado