

# **A OBRIGATORIEDADE DE LICITAR E O TRANSPORTE PÚBLICO POR ÔNIBUS NA REGIÃO METROPOLITANA DO RECIFE**

**Adolfo Luiz Souza de Sá**

Engenheiro Civil, Mestre

Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco – TCE-PE

[adolfoluiz@tce.pe.gov.br](mailto:adolfoluiz@tce.pe.gov.br)

**Anísio Brasileiro**

Engenheiro Civil, Doutor

Universidade Federal de Pernambuco – UFPE-PE

[anisio@ufpe.br](mailto:anisio@ufpe.br)

## **RESUMO**

Este trabalho teve o objetivo de pesquisar a legislação estadual aplicável (textos constitucionais, leis, decretos, resoluções, portarias e normas complementares) ao Sistema de Transporte Público de Passageiros-STPP da Região Metropolitana do Recife-RMR, em especial ao transporte público por ônibus, de modo a identificar se havia conflito com a explícita obrigatoriedade de licitação para as concessões/permisões de serviço público (exigência expressa na Constituição Federal e nas leis posteriores). A justificativa para a pesquisa é decorrente de não ter havido licitação para a delegação das linhas de ônibus passados quase 20 anos da promulgação da Magna Carta. Como resultados, aduzem-se, a priori, algumas informações do STPP. Abordam-se, em seguida, as exigências contidas no arcabouço jurídico pátrio. O produto da pesquisa é aposto na terceira parte. Por fim, considerações apontam para a utilização de um sistema de avaliação de operadoras que propiciaram renovações periódicas (e inconstitucionais) das delegações do serviço público em tela.

Palavras-Chave: Transporte público. Concessões de Serviços Públicos.

## **ABSTRACT**

This study investigates State legislation (constitution, laws, decrees, resolutions, government orders and statutes) on the Public Passenger Transport System of the Metropolitan Region of Recife, especially buses, as a way of identifying if there is a conflict with obligations regarding the putting out to tender of concessions for public services (as laid out in the Federal Constitution and subsequent laws). The need for this arises from the fact that bus lines have still not been put out to tender almost 20 years after the publication of the Federal Constitution. First, some information on the System is provided. Next, the requirements contained in the national legal framework are addressed. The results of the research are presented in the third section. Finally, the study remarks on the need to use a system for evaluating operators that provides for periodic (and unconstitutional) renewal of the concessions for such public services.

Key-Words: Public Passenger Transport System. Concessions for public services.

## **Introdução**

As alterações das relações entre Estado e Sociedade ocorridas nas duas últimas décadas deveriam, a princípio, acarretar melhoria na qualidade do serviço público prestado, buscando, sem embargo, melhores condições contratuais, a serem obtidas, por exemplo, sob licitações competitivas. No Brasil, em referência ao transporte público de passageiros efetuado por ônibus, poucos procedimentos licitatórios foram realizados. No caso em análise, o Sistema de Transporte Público de Passageiros-STPP da Região Metropolitana do Recife-RMR, não houve licitação para o serviço operado por ônibus. Estudar a legislação pertinente, para identificar sua evolução desde a Constituição Federal promulgada em 05-10-1988, foi o objetivo deste trabalho.

## **Metodologia**

A estrutura metodológica foi apoiada em revisão bibliográfica e em pesquisa à legislação pertinente, com ênfase na legislação do Estado de Pernambuco, tendo como argumento de estudo as condições estabelecidas para as licitações/contratações de serviços públicos. Com o intuito de servir de base conceitual (e temporal) para a pesquisa realizada, as exigências contidas no texto magno e na legislação decorrente foram resumidamente colocadas na parte 2 deste texto.

## **Resultados**

### **1. O SISTEMA DE TRANSPORTE PÚBLICO DE PASSAGEIROS-STPP**

O STPP da Região Metropolitana do Recife-RMR foi instituído em 1979, para ser gerido por uma empresa pública estatal e estadual (a Empresa Metropolitana de Transportes Urbanos-EMTU), compreendendo, entre outros modos, o transporte coletivo urbano por ônibus. Para sua melhor operação, em 1980, a RMR foi dividida em 16 áreas (em 1986, uma área foi desmembrada, passando-se, assim, para 17 áreas). Paralelamente, foram conferidas permissões, sem a realização de licitação, a 16 operadoras (entre empresas e consórcios de empresas), com validade de cinco anos, que foram formalmente renovadas no final de 1985 (em 1987, face ao desmembramento citado, foi conferida mais uma permissão). Posteriormente, as renovações ocorreram, sem licitação, sob regras de um sistema de avaliação das empresas. As exceções são as linhas municipais hoje operadas pela concessionária Cidade do Recife Transportes-CRT, linhas remanescentes da permissão à Companhia de Transportes Urbanos-CTU/Recife, com licitação ocorrida em 2000 (sob leilão para privatização).

Com a autorização legislativa para a extinção da EMTU, o Consórcio de Transportes da Região Metropolitana do Recife-CTM (também denominado de Grande Recife Consórcio de Transporte) passou a operar o STPP em 08-09-2008, tendo como principal função o planejamento e a gestão do STPP, objetivando assegurar a qualidade e a universalidade dos serviços, para contratar os serviços de transportes sob licitação, o que ainda não ocorreu (o sistema por ônibus é atualmente operado por 17 empresas).

### **2. AS EXIGÊNCIAS DO ARCABOUÇO JURÍDICO BRASILEIRO**

Em decorrência da autonomia dos entes federativos brasileiros, há de se distinguir, em regra, serviços públicos federais, estaduais, municipais e distrital (ainda: metropolitanos e “consorciais”, estes pela edição da Lei 11.107/2005, de 06-04-2005), conforme repartição de competências constitucionais. Pode-se, ainda, asseverar que há competência legislativa concorrente, cabendo à União legislar sobre normas gerais e aos Estados, Municípios e Distrito Federal legislar no que se refere às normas suplementares (Di Pietro, 2008).

Em relação à prestação do serviço de transporte público, cumpre destacar que a atual Constituição Federal-CF trouxe várias alterações, muitas vezes não observadas tempestivamente por muitos entes federativos, quer seja pela não atualização de sua legislação (constituições estaduais/distrital, leis orgânicas, leis, decretos, resoluções), quer seja pela expedição de atos (portarias, ordens de serviço etc) em desacordo com a lei maior (Furtado, 2007).

Não sendo aqui cabível fazer uma análise das alterações das constituições federais nos aspectos ligados aos serviços públicos, é de bom alvitre registrar quão é explícita (e clara) a CF, desde a redação de sua promulgação em 05-10-1988 (“*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*”), não restando qualquer dúvida de que a Administração Pública, não prestando os serviços públicos diretamente, terá que o fazer sob concessão ou permissão, sempre mediante o procedimento de licitação. Em suma, não tem o Estado o poder de escolher livremente o concessionário/permissionário de seus serviços. Deverá este ser o efetivo vencedor em processo de licitação previamente realizado (Carvalho Filho, 2008).

No parágrafo único do art.175, inciso I, a CF definiu que uma lei disporia sobre “*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*”.

Ou seja, as concessões/permisões terão que ter contratos. E para contratos, a Administração Pública, direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, por força do *caput* art.37 da CF, está sujeita, aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, sem embargo, ao definido no inciso XXI do citado artigo: “*as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública*”. Destarte, foi editada a Lei 8.666/93, em 21-06-1993, regulamentando o inciso constitucional acima referido, pela instituição de normas gerais para licitações e contratos da Administração Pública (art.1º e seu Parágrafo único).

E o legislador atribuiu à Lei 8.666/93, no art.124, sua aplicação subsidiária às concessões/permisões (Mukai, 1998; Di Pietro, 2005), disciplinando, textualmente: “*Aplicam-se às licitações e aos contratos para permissão ou concessão de serviços públicos os dispositivos desta Lei que não conflitem com a legislação específica sobre o assunto*”.

A legislação específica, exigida no inciso I, art.175-CF, somente veio com a edição da Lei 8.987/95 (de 13-02-1995), complementada pela Lei 9.074/95 (de 07-07-1995), ao dispor sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, estabelecendo normas.

Cumpra, agora, abordar a questão dos prazos das concessões/permisões que estavam em vigência quando da promulgação da CF e quando da edição da Lei 8.987/95. Consta no art.42 desta lei, desde a sua primeira redação: “*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*”. Há de se ressaltar que o § 3º do art.57, da Lei 8.666/93, veda o contrato com prazo de vigência indeterminado.

O legislador, para que não pairasse dúvida quanto à necessidade de licitar, ratificou ainda no art.42 da Lei 8.987/95: “§ 1º *Vencido o prazo da concessão, o poder concedente procederá a sua licitação, nos termos desta Lei*”. No início do último ano, a Lei 11.445/2007 (de 05-01-2007, que estabeleceu diretrizes nacionais para o saneamento básico) alterou a redação do “§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”*)”. Sem embargo, não há dúvida: “*novo contrato*” somente com licitação, em obediência ao art.175 e ao *caput* do art.37 do texto constitucional, já citados (Carvalho Filho, 2008).

É importante destacar que o art.43 da Lei 8.987/95 determinou que ficam extintas “*todas as concessões de serviços públicos outorgadas sem licitação na vigência da Constituição de 1988*” (*caput*) e “*todas as concessões outorgadas sem licitação anteriormente à Constituição de 1988, cujas obras ou serviços não tenham sido iniciados ou que se encontrem paralisados quando da entrada em vigor desta Lei*” (Parágrafo único).

Contudo, o legislador foi deveras infeliz quanto ao § 2º do art.42 da lei acima referida, em especial por não limitar o prazo máximo para a elaboração dos estudos prévios às licitações: “*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*”.

Mister se faz asseverar, sem contradita, que a concessão por prazo indeterminado burlaria o princípio constitucional expresso no art.175, privilegiando por todo o tempo um determinado particular em detrimento de outros. Ou seja, não se admite concessão com prazo indeterminado (Justen Filho, 2005). No entanto, a lei em tela as considerou válidas pelo tempo necessário às devidas providências pelo poder concedente. Não se pode olvidar, todavia, que a Lei 9.074/95, que estabeleceu normas para outorga e prorrogações das concessões e permisões de serviços públicos, ressaltou que a “*garantia da continuidade na prestação dos serviços públicos*” deve ser observada, pelo poder concedente, quando da aplicação do art.42 da Lei 8.987/95 (Carvalho Filho, 2008).

A já referida Lei 11.445/2007 acrescentou quatro parágrafos ao art.42, valendo destacar o § 3º, definindo que “*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*” condições descritas nos incisos I a IV, bem aplicáveis, conjuntamente com os §§ 4º, 5º e 6º, às concessões de serviços com vultosos investimentos e bens reversíveis, a exemplo das concessões de sistemas de saneamento básico.

Foge a todos os princípios que norteiam a Administração Pública que uma lei, que aduz o marco regulatório do saneamento básico, venha “premiar” os administradores públicos que agiram, no mínimo, com desídia por não tomar as providências devidas para a realização dos exigíveis (por força constitucional) procedimentos licitatórios.

Enfim, vale registrar que o Parágrafo único do art.1º, da Lei 8.987/95, definiu que os entes federativos “*promoverão a revisão e as adaptações necessárias de sua legislação às prescrições desta Lei, buscando atender as peculiaridades das diversas modalidades dos seus serviços*”, indicando maleabilidade para as legislações estaduais, municipais e distrital (Di Pietro, 2008). Ou seja, a Lei 8.987/95 é de âmbito nacional e às suas prescrições devem se adaptar as legislações dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Destarte, podem coexistir leis distritais, estaduais e municipais, sobre concessão e permissão de serviços públicos, desde que harmonizadas em torno das normas da Lei 8.987/95, que podem ser suplementadas, porém não contraditadas, afastando-se a eventualidade de conflitos entre leis locais e a lei nacional (Furtado, 2007).

Verificar se há conflito entre a legislação específica aplicável ao STPP e a legislação de âmbito nacional foi o objetivo deste trabalho de pesquisa, conforme resultado exposto na parte seguinte.

### **3. A LEGISLAÇÃO DO ESTADO DE PERNAMBUCO APLICÁVEL À RMR**

Neste trabalho, as normas pesquisadas (textos constitucionais, leis e decretos, resoluções, portarias e normas complementares) são abordadas conforme ordem cronológica, inclusive com o objetivo de contextualização. À guisa de simplificação, 04 subtítulos são apostos (impende-se registrar que, de modo a não fugir do objetivo principal da pesquisa, os conflitos de competências entre o Estado e os Municípios que integram a RMR não foram abordados, não tendo sido objeto de análise as legislações municipais específicas).

#### **3.1. A organização do STPP antes da promulgação da atual CF**

Foram pesquisados, primeiramente, os textos da Constituição Estadual de 14-05-1967, da Emenda Constitucional Nº 2, de 25-03-1970 e da Constituição de 05-10-1989, nada constando quanto à obrigação de licitar.

A RMR foi estabelecida pela Lei Complementar 14, de 08-06-1973 (em âmbito nacional), definindo que a “*unificação da execução dos serviços comuns efetuar-se-á quer pela concessão do serviço a entidade estadual, quer pela constituição de empresa de âmbito metropolitano, quer mediante outros processos que, através de convênio, venham a ser estabelecidos*” (art.3º, Parágrafo único) e ressaltando ser de interesse metropolitano os serviços comuns de transporte (Inciso IV, art.5º). A Lei-PE 6.708/74, de 17-06-1974, que criou o Conselho Deliberativo e o Conselho Consultivo da RMR, ratificou o texto da lei complementar citada. Somente com a Lei-PE 7.832/79, de 06-04-1979, foram introduzidas modificações na estrutura administrativa estadual, tendo sido autorizado o Governador a constituir, como empresa pública, a EMTU.

Em seguida, a Lei-PE 8.043/79, de 19-11-1979, instituiu o STPP, tendo atribuído à EMTU, em relação ao STPP, a “*supervisão, coordenação e controle dos serviços e operações*” (art.2º, Inciso I) e a finalidade de “*promover a efetivação das diretrizes, condições e normas gerais*”

aprovadas pelo Conselho Deliberativo da RMR (*caput* do art.4º), estabelecendo, entre outros, amplos poderes para “*disciplinar, delegar e fiscalizar a operação e a exploração dos serviços*” (art.4º, Inciso I), para controlar o “*desempenho*” (art.4º, Inciso II). Contudo, nada foi citado quanto às licitações das delegações.

O Decreto-PE 6.232/80, de 02-01-1980, aprovou os Estatutos da EMTU, ratificando os termos da Lei-PE 8.043/79, tendo discriminado ser competência da EMTU “*conceder, permitir e autorizar a operação e a exploração dos serviços integrantes do Sistema*” (Inciso I, art.4º). Em seguida, 13-04-1980, o Regulamento dos Transportes Públicos de Passageiros-RTPP da RMR, com 144 artigos, foi aprovado pelo Decreto-PE 6.392/80, constando que:

- “*transporte clandestino*” é o “*realizado sem concessão, permissão ou autorização*” (art.2º, Inciso XXI), sem definir tais institutos de delegação;
- a “*oportunidade e conveniência da criação de novas linhas serão apuradas*” pela EMTU (art.10);
- o “*processo de criação de novas linhas poderá, ainda, ser iniciado à vista de pedido da parte interessada na sua exploração*” (art.11);
- para “*melhor avaliar os dados de demanda poderá a EMTU/Recife autorizar, a título precário, a exploração da linha, durante 90 dias, sem qualquer prorrogação*” (Parágrafo único, art.11);
- a extinção de uma linha se dará “*sempre que, após análise, a EMTU/Recife chegar à conclusão de ser a mesma dispensável*” (art.12).

O RTPP traz uma subseção (III) específica para tratar da “*permissão*”, tendo sido explicitado:

- que para novas linhas “*terão preferência as empresas que já atendam ao mercado de passageiros ou parte deste, na área de atuação da linha a ser estabelecida e, dentre estas, a que servir ao maior número de passageiros transportados*” (art.13);
- que após a EMTU decidir pela preferência de uma ou mais empresas, estas serão “*consultadas sobre o seu interesse em operar a nova linha*” (art.14);
- que caso tais empresas não se pronunciem “*no prazo de 8 dias, proceder-se-á à abertura de licitação*” (Parágrafo único, art.14).

Em continuidade, o art.15 determina que não será concedida permissão à empresa:

- que “*tenha sido punida com a cassação de permissão*” há menos de 5 anos (inciso I);
- que “*tenha cedido linhas a terceiros sem prévia e expressa anuência*” da EMTU há menos de 5 anos (inciso I);
- “*cujo sócio, detentor de 10% (dez por cento) ou mais do capital integralizado, enquadre-se em qualquer das situações previstas no inciso anterior*” (inciso II);
- “*cuja frota apresente idade média superior àquela considerada nas composições tarifárias*” (inciso III);
- que “*tenha se revelado incapaz de executar satisfatoriamente os serviços*”, a critério da EMTU (inciso IV);
- que “*não satisfaça as condições mínimas administrativas, financeiras e operacionais*”, fixadas pela EMTU (inciso V).

Quanto ao prazo da permissão, o RTPP define que:

- terá vigência de 05 anos (art.16);
- “*verificada a capacidade de a permissionária executar satisfatoriamente os serviços, será sucessivamente renovada por igual prazo, mediante a apresentação de requerimento do interessado, até 90 dias de sua caducidade*” (art.16);

-se a permissionária não fizer a requisição da renovação da permissão no tempo definido no art.16 arcará com multa diária por linha “até que formalize o seu pedido ou manifeste o seu desinteresse na renovação” (art.17);

-se a permissionária, devidamente intimada, ultrapassar 30 dias do prazo definido no art.16 sem fazer a requisição da renovação ou não manifestar seu desinteresse “a permissão não será renovada, sem que seja devida à empresa qualquer indenização” (Parágrafo único, art.17).

Quanto ao prazo para início da implantação dos novos serviços de uma permissão, o RTPP (art.19) explicitou que se dará no prazo máximo de 90 dias “após a assinatura do competente Termo de Permissão”. O retardamento, por parte da permissionária, acarretará “cassação automática da permissão, independentemente de qualquer formalidade”.

Por fim, o RTPP privilegia o instrumento da cessão de serviços (subseção IV), disciplinando que:

-com a prévia anuência da EMTU, a transferência da permissão poderá ocorrer “entre empresas que operem em uma mesma área de atuação” da RMR (art.21, Inciso I) ou “entre a empresa permissionária de todas as linhas de uma mesma área de atuação e outra empresa, desde que esta se interesse em explorar todas as linhas daquela, dentro da área objeto da cessão” (art.21, Inciso II);

-excluem-se das exigências do art.21 “as sucessões “causa-mortis”, desde que satisfeitas, pelos sucessores, todas as condições” do RTPP (Parágrafo único, art.21);

-para “deferimento da cessão, os interessados deverão solicitá-la conjuntamente, mediante requerimento do qual deverão constar as justificativas da medida pleiteada e o compromisso expresso do cessionário de executar os serviços sem solução de continuidade e de responsabilizar-se pelos demais compromissos assumidos” (art.22).

A primeira alteração do RTPP ocorreu pelo Decreto-PE 6.663/80, de 27-08-1980, modificando tão-somente a redação de dois artigos, sem nada alterar quanto aos amplos poderes da EMTU:

-no art.139 é acrescentado que não haverá “mais de uma permissionária ou concessionária por Área de Atuação”, excetuando as transitoriamente consorciadas;

-no art.141 é explícito que se “as empresas não logrem agrupar-se segundo a orientação desse Regulamento e de suas Normas e Instruções Complementares, a EMTU/Recife determinará a realização de licitação para adjudicação dos serviços”.

O Conselho de Administração da EMTU, sob Resolução 32/80, em 30-09-1980, aprovou o Primeiro Manual de Operação do STPP por ônibus da RMR, com caráter normativo. No Capítulo V, que trata do Sistema de Ônibus, é explícito que a RMR “está dividida em 16 Áreas de Atuação, ficando a operação de cada uma delas atribuída a uma empresa, ou, transitoriamente, a um consórcio de empresas” (item 3), ressaltando ser objetivo a “eliminação da concorrência danosa entre as empresas” (subitem 5.1) e a “maior garantia às empresas para investirem no setor” (subitem 5.6).

Ou seja, pode-se concluir que o então objetivo era manter, no STPP, as empresas que operavam anteriormente e que, caso não viesse a se obter êxito, a penalidade imposta seria promover a licitação.

### **3.2. Após a promulgação da CF e antes da Lei 8.666/93, de 21-06-1993**

A promulgação da CF-1988, exigindo a licitação, não provocou a esperada alteração nas normas neste sentido, conforme demonstrado nesta parte deste trabalho.

O Conselho Metropolitano de Transportes Urbanos-CMTU foi criado e teve suas atribuições definidas pelo Decreto-PE 13.931/89, de 04-10-1989 (Anexo I, art.95 ao art.97), no bojo de serem estabelecidas medidas para a reforma administrativa do poder executivo estadual (sendo o CMTU um dos três órgãos colegiados criados no âmbito da então Secretaria de Transportes e Comunicação). Em decorrência, foram alterados os artigos dos Estatutos da EMTU (Decreto 6.232/80) que se referiam ao seu Conselho de Administração.

Entre outras competências, coube ao CMTU implementar as diretrizes, condições e normas gerais do Conselho Deliberativo da RMR relativas ao STPP, propor políticas e diretrizes gerais da atuação da EMTU no que concerne ao transporte urbano da RMR e aprovar normas e padrões de serviços relativos ao STPP.

O Regimento Interno do CMTU foi aprovado pela Resolução CMTU 006/90, de 06-03-1990, ratificando suas competências. Por meio do Decreto-PE 14.512/90, de 20-09-1990, os Estatutos da EMTU foram alterados e consolidados e as competências do CMTU foram ratificadas, sem novidades quanto à exigência de licitar. Dois anos e quatro meses após a CF, o Decreto-PE 14.846/91, em 28-02-1991, aprovou o segundo RTPP, com 143 artigos (alterando o Decreto-PE 6.392/80), tendo sido definidos:

a) autorização é *“a delegação da exploração de serviços feita através de ato administrativo unilateral, discricionário e precário, formalizada através de Termo de Autorização, com prazo de validade determinado e condições de exploração bem definidas”* (art.11, Inciso III), a ser utilizada para serviços de transporte de passageiros por veículos de características especiais (art.126);

b) concessão é *“a delegação da exploração de serviços, formalizada mediante ato administrativo bilateral, gerando direitos e obrigações para ambas as partes, podendo ser alterado ou rescindido pelo poder concedente, quando o concessionário desatender aos requisitos do serviço”* (art.11, Inciso VII), a ser utilizada para serviços de transporte de passageiros por ônibus de motor elétrico (art.130) e por trilhos ou cabo suspenso (art.132);

c) permissão é *“a delegação da exploração de serviços, formalizada mediante ato administrativo unilateral e precário, que não gera direito à continuidade na exploração dos serviços, podendo ser revogado ou alterado sem indenização ao permissionário, no interesse da coletividade”* (art.11, Inciso XXXI), a ser utilizada para serviços convencionais de transportes coletivos por ônibus (art.25) e por embarcações (art.133);

Vários dispositivos do citado Decreto vão de encontro à obrigatoriedade de licitar explícita na CF-1988. Há de se destacar:

-a atribuição da EMTU de definir e administrar a forma de operação do sistema, seja por concorrência disciplinada entre empresas da área, ou por outra forma qualquer julgada mais adequada às condições prevalentes na área de sua jurisdição (art.7º, Inciso VII);

-que a delegação de serviços será precedida *“de avaliação do desempenho operacional das empresas operadoras, de conformidade com normas e instruções complementares ou de processo formal específico de licitação, consoante o tipo de serviço e a modalidade de transporte objeto da delegação”* (art.20), tendo sido facultadas as duas hipóteses pelo uso da conjunção “ou”.

Quanto à prestação dos serviços convencionais de transportes coletivos por ônibus, o RTPP registra que:

- a) “*dependerá da avaliação a que se refere o art. 20 ou de adjudicação prévia*” da EMTU (art.21);
- b) a EMTU “*poderá delegar à iniciativa pública ou privada, a exploração dos serviços de transportes públicos da RMR, sob o regime de permissão, a ser conferida através de avaliação do desempenho operacional das empresas operadoras ou de licitação por concorrência pública*” (art.25), facultando as duas hipóteses pelo uso da conjunção “ou”;
- c) as “*empresas operadoras que obtiverem, na avaliação do desempenho operacional, o conceito satisfatório, terão suas permissões automaticamente renovadas*” (art.25, § 2º);
- d) as “*empresas operadoras que não obtiverem o conceito satisfatório, terão o objeto de sua permissão licitado na forma da legislação específica*” (art.25, § 3º);
- e) “*quando forem criados serviços em áreas que não sejam objeto de permissão, a delegação se fará através da licitação*” (art.25, § 5º);
- f) sempre que a EMTU “*se decidir pela criação de nova linha na área de influência de permissionária, terá esta a prioridade para efetuar o serviço pretendido*” (art.26);
- g) se “*na área de influência da nova linha, operam mais de uma permissionária, terá a prioridade aquela que operar as linhas que sofrerão maior influência operacional com a criação do novo serviço*” (art.26, § 1º);
- h) não havendo influência “*terá prioridade a empresa operadora detentora das linhas que possuam terminais localizados próximos ao da linha a ser criada*” (art.26, § 2º);
- i) a abertura da licitação somente ocorrerá se “*a permissionária detentora da prioridade para exploração da nova linha*” e as demais operadoras (na ordem de prioridade) se recusarem, manifesta ou implicitamente (após solicitação formal), em absorver o referido serviço (art.26, § 3º e § 4º);
- j) as prorrogações das permissões das empresas operadoras que obtiverem, na avaliação do desempenho operacional, o conceito “*satisfatório*”, dar-se-á: por 05 anos, para as que obtiverem classificação “*ótima*”; por 04 anos, para “*boa*”; por 03 anos, para “*regular*” (art.30, incisos I a III).
- k) os termos de permissão das empresas operadoras ficaram automaticamente prorrogados, a título precário, até 31 de agosto de 1991 (art.141).

Ainda, o RTPP aprovado pelo Decreto-PE 14.846/91:

-explícita, no art. 14, que a oportunidade e conveniência da criação de novos serviços serão avaliadas pela EMTU, a partir da constatação de insuficiência ou inadequação e da solicitação de interessados (usuários, poder público, comunidade metropolitana, segmentos da sociedade civil organizada, empresas operadoras). Caso a EMTU entenda ser exequível e conveniente a criação do novo serviço, será este submetido à consideração do CMTU (art.16). Quanto à extinção de uma linha é disciplinado que se dará após exame minucioso da EMTU, “*levada a efeito através de Resolução do CMTU*” (art.17);

-somente permitiu a cessão dos serviços “*excepcionalmente, a juízo da EMTU/Recife*”, disciplinando que os interessados deverão solicitá-la conjuntamente, com compromisso expresso de executar os serviços sem solução de continuidade e de se responsabilizarem pelos demais compromissos assumidos pelo cedente, não havendo alteração de deveres (art.36 a art.39).

Por meio da Portaria EMTU 020/91, de 01-03-1991, foi aprovado o Manual de Operação dos Transportes Públicos de Passageiros-MSTPP da RMR, trazendo, entre outros dispositivos, normas de avaliação das empresas operadoras (alteradas pelas Portarias EMTU 240/92, de 17-08-1992, 69-A/93, de 25-02-1993 e 132/94, de 31-08-1994), sem nada acrescentar quanto à exigência de licitar. O subitem 3.1, Capítulo XII da Portaria EMTU 020/91, definiu que o conceito “*satisfatório*” referido no art.30, incisos I a III, do RTPP, será obtido quando a

operadora alcançar o número de pontos entre 5 e 10. Caso a pontuação seja inferior a 5, o conceito será “*insatisfatório*” (subitem 3.2).

A Lei-PE 10.904/93, de 04-06-1993, antecipando-se à edição da lei exigida pelo art.175 da CF (somente promulgada em 1995), veio disciplinar a forma, o processo e as medidas administrativas cabíveis nos casos de concessão de obras públicas e de concessão/permissão de serviços públicos (a citada lei foi regulamentada pelo Decreto-PE 17.659/94, de 07-07-1994, o qual praticamente reproduziu os termos legais).

Quanto à exigência de licitar, foi explícita a Lei-PE 10.904/93:

-art. 9º: “*Toda concessão de obra e serviço público será sempre precedida de procedimento licitatório, na modalidade concorrência*”;

-Parágrafo único do art. 45: “*A permissão de serviço público será sempre delegada através de licitação*”.

Quanto à cessão do contrato, a Lei-PE 10.904/93 não permitiu, tendo disciplinado que:

-o concessionário poderá contratar terceiros para o desenvolvimento de atividades acessórias ou complementares desde que isso não implique transferência da prestação do serviço público concedido, sendo indispensável a anuência prévia e expressa do poder concedente (§ 1º e § 2º do art.38);

-é causa de caducidade a transferência da concessão a terceiros ou a subconcessão (inciso III, art.52).

Com a promulgação da acima citada lei estadual, seria de se esperar que as normas fossem modificadas em curto prazo, o que não ocorreu.

### **3.3. Após a Lei 8.666/93, de 21-06-1993 e antes da Lei 8.987/95, de 13-02-1995**

A Portaria EMTU 131/94, de 31-08-1994, introduziu tão-somente alterações quanto ao mês de serem realizadas as avaliações das empresas operadoras no exercício de 1994 e subsequentes, tendo, na mesma data, a Portaria EMTU 132/94, de 31-08-1994, alterado o Capítulo XII do MSTPP/RMR (parte que trata das normas de avaliações), sendo relevante destacar que foram acrescidas as seguintes regras, além de outras alterações quanto a critérios de pontuação:

-a renovação automática da permissão estará condicionada a não haver superveniência técnico-operacional (item 3.3);

-para a renovação das permissões e determinação de seu prazo, a nota final da empresa operadora será a média aritmética das notas obtidas nas avaliações realizadas durante a vigência de sua permissão (item 3.4).

### **3.4. Após a Lei 8.987/95, de 13-02-1995**

O Programa Estadual de Desestatização foi criado pela Lei-PE 11.629, de 28-01-1999, dispondo sobre a estrutura organizacional do poder executivo e explicitando ser objetivo “*identificar os serviços públicos passíveis de delegação*” (§ 1º do art.9º). Quanto à EMTU, somente houve acréscimo das “*atividades de planejamento, engenharia e fiscalização de trânsito*” (art.11), antes com o Departamento Estadual de Trânsito-DETRAN.

Em decorrência, o Decreto-PE 21.356/99, de 07-04-1999, aprovou o novo Estatuto da EMTU, inclusive alterando competências desta e do CMTU. Vale destacar que foi explícito que

competete à EMTU “*outorgar concessão ou permissão para prestação dos serviços integrantes do STPP/RMR*” (art.5º, Inciso II); ainda, foi citada a Lei 8.987/95, tão-somente, como referência “*para assegurar os direitos inerentes aos usuários, à manutenção dos serviços e à fixação de uma política tarifária justa*” (art.6º, Inciso V).

Ainda no bojo da reforma administrativa, a Lei-PE 11.742/2000, de 14-01-2000, criou a Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Estado de Pernambuco-Arpe, a esta competindo “*a regulação de todos os serviços públicos delegados pelo Estado de Pernambuco, ou por ele diretamente prestados, embora sujeitos à delegação, quer de sua competência ou a ele delegados por outros entes federados, em decorrência de norma legal ou regulamentar, disposição convenial ou contratual*” (art.3º). A atividade reguladora deverá ser exercida, em especial, em nove “*áreas*”, tendo sido explícita a de “*transportes*”.

Foram discriminados cinco objetivos da Arpe (art.2º). Vale transcrever partes:

- promover e zelar pela eficiência, economicidade e técnica dos serviços públicos delegados (Inciso I);
- proteger os usuários contra o abuso de poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência (Inciso II).

Foram explícitas mais dezessete competências da Arpe (art.4º), destacando-se:

- cumprir e fazer cumprir, no Estado de Pernambuco, a legislação específica relacionada aos serviços públicos delegados (Inciso II);
- propor novas delegações de serviços públicos no Estado de Pernambuco, bem como o aditamento, a extinção ou cancelamento dos contratos em vigor (Inciso IV).

A Lei-PE 12.126/2001, de 12-12-2001, alterou e consolidou as disposições da Lei-PE 11.742/2000, sem alterar as competências e os objetivos da Arpe.

O Decreto-PE 25.654/2003, de 15-07-2003, alterou o RTPP, principalmente os dispositivos do Serviço Complementar de Pequeno Porte-SCPP, sem fazer qualquer alteração para exigir a licitação da delegação quanto ao transporte por ônibus (“*serviço convencional de transporte coletivo por ônibus*”). Os artigos 3º, 5º, 11, 20, 99, 124 tiveram a redação modificada, valendo destacar:

- a nova definição de “*permissão de serviço público: delegação a título precário da prestação de serviços públicos, feita pelo Poder Concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para o seu desempenho, por sua conta e risco*” (art.11, Inciso XXXI);
- a delegação dos serviços “*será precedida de avaliação do desempenho operacional dos operadores, de conformidade com normas e instruções complementares ou de procedimento licitatório, consoante o tipo de serviço e a modalidade de transporte objeto da delegação*” (art.20), ainda facultando as duas hipóteses pelo uso da conjunção “ou”.

Quanto ao SCPP, não objeto desta pesquisa, foi dada nova redação ao Capítulo VII do RTPP, do art.126 ao art.192 (anteriormente só havia dois artigos: 126 e 127). Para o SCPP não resta qualquer dúvida quanto à obrigatoriedade de licitar (destarte tendo já ocorrido licitação e contratação), sendo pertinente ressaltar a preocupação quanto ao detalhamento para definir deveres e direitos das partes (poder permitente e permissionário). Consta no art.128: “*A outorga do serviço complementar será efetuada pela EMTU/Recife, através de contrato de permissão para execução do serviço, mediante procedimento licitatório, em conformidade com o disposto nas Leis Federais nº 8.666 de 21 de junho de 1993 e 8.987 de 13 de fevereiro de 1995, e nas Leis Estaduais nº 8.043/79 e 10.904/93, além das demais normas aplicáveis*”.

Ou seja: para o transporte de pequeno porte, os “rigores” da lei; para o transporte por ônibus, “prorrogações” e mais “prorrogações”.

Sob Resolução 001/03, do Conselho Administrativo da EMTU, de 30/09/2003 (para vigorar em 01-11-2003), foi aprovada a Estrutura Organizacional Básica da EMTU, destacando ser uma de suas principais atividades “*outorgar concessão ou permissão para prestação de serviços integrantes do STPP/RMR*”. Em que pese a aprovação de nova estrutura da EMTU, acima descrita, foi editada, logo em seguida, a Lei-PE 12.496/03, de 12-12-2003, autorizando o Poder Executivo a constituir a empresa pública denominada Consórcio de Transportes da Região Metropolitana-CTRM e a promover a extinção, cisão, fusão, incorporação ou transformação a qualquer título da EMTU (art. 7º). Ficou explícito que o CTRM teria o objetivo de “*atuar como concessionária dos serviços públicos de transporte coletivo de passageiros no âmbito da RMR em todas as suas modalidades ou categorias de serviços, devendo para tanto subconceder ou subcontratar as atividades aos operadores*” (art. 10).

No mesmo mês da Lei-PE 12.496/03 foi editada a Lei-PE 12.524/03, de 30/12/2003, alterando e consolidando disposições quanto à criação da Arpe (inclusive revogando a Lei-PE 12.126/01). Assim, a Arpe passa a ter competência para “*emitir parecer prévio sobre editais, contratos e demais instrumentos celebrados, bem como sobre seus aditamentos ou extinções, relativos à delegação de serviços públicos inseridos no âmbito de sua competência reguladora e fiscalizadora, e orientar a confecção desses instrumentos*” (art.4º, Inciso IV).

Com o Decreto-PE 27.099/2004 foi alterado o RTPP com a finalidade de incluir normas relativas ao serviço especial sob a forma de fretamento.

A Lei-PE 13.235/07, de 24-07-2007, que revogou a Lei-PE 12.496/03, ratificou o Protocolo de Intenções celebrado entre o Estado de Pernambuco e os Municípios do Recife e de Olinda, visando à criação do consórcio público denominado Consórcio de Transportes da Região Metropolitana do Recife-CTM (denominação distinta do já citado CTRM), sob a forma de Empresa Pública. O Poder Executivo foi autorizado a promover a extinção da EMTU, tendo sido criado, ainda, o Conselho Superior de Transporte Metropolitano-CSTM, para funcionar no âmbito da Arpe, com várias competências, inclusive para exercer regulação normativa relativa ao STPP.

Com o Decreto-PE 32.297/2008, de 05-09-2008, foi definida a cessação das atividades da EMTU, relativas à gestão do STPP, a partir de 08-09-2008, sendo criada uma Comissão de Liquidação Extrajudicial com o objetivo de adotar todas as providências legais e administrativas necessárias à sua extinção.

A criação do CTM tem como base a Lei 11.107/2005, de 06-04-2005, que dispõe sobre normas gerais para a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios contratarem consórcios públicos para a realização de objetivos de interesse comum, lei esta bastante criticada por alguns doutrinadores pátrios, inclusive com apontamentos de inconstitucionalidade. Não se pode olvidar que a CF-1988 foi explícita quanto a ser competência dos municípios “*legislar sobre assuntos de interesse local*” e “*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*” (art.30, incisos I e V, respectivamente).

Em decorrência da complexidade da matéria e em especial por a Lei-PE 13.235/07 ter ratificado um protocolo de intenções que foi somente celebrado pelo Estado de Pernambuco e os Municípios do Recife e de Olinda, não tendo havido anuência dos demais 12 municípios que integram a RMR, há de se questionar se haverá conflito de interesses e competências, impedindo que se tenha uma solução que traga estabilidade legal, institucional e de financiamento para o STPP.

Contudo, é competência do CTM, também denominado de Grande Recife Consórcio de Transporte, a gestão do STPP a partir de 08-09-2008, tendo atribuições para: outorgar concessão, permissão ou autorização para prestação dos serviços de transporte público coletivo de passageiros na RMR, inclusive de transporte complementar, realizando as licitações nos termos da legislação vigente, praticando todos os atos necessários à efetivação das referidas delegações, bem como gerir os contratos e atos administrativos delas decorrentes, exercendo todos os poderes legais e regulamentares que lhe forem conferidos, procedendo, também, aos reajustes e revisões para manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, submetendo à deliberação do CSTM as matérias especificadas em lei e no seu Contrato Social.

Por último, a Lei-PE 13.461/08, de 09-06-2008, alterou a Lei 12.524/03, para inserir na estrutura organizacional da Arpe o CSTM. Foi explícito que a atividade reguladora relacionada ao transporte público de passageiros no âmbito da RMR será exercida pela Arpe, por meio do CSTM, ratificando-se as competências deste (com a criação do CSTM restou extinto o CMTU). A Resolução 01/2008 do CSTM, datada de 08-09-2008 e publicada no DOE-PE de 17-09-2008, determina que o RTPP foi acatado sem ressalvas “*até a vigência de um novo texto em sua substituição*”, o que ainda não ocorreu.

#### **4. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Não obstante a clareza do texto constitucional, ratificada pela Lei 8.666/93, pela Lei 8.987/95 e pela Lei-PE 10.904/93, diversos gestores públicos estaduais (e municipais) não tomaram as devidas e exigidas providências para a realização das licitações para as concessões/permissões do transporte público por ônibus da RMR, nem tornaram extintas as permissões outorgadas no ano de 1980. Ao contrário, as normas estaduais infralegais analisadas perpetuaram um sistema de avaliação das empresas operadoras, permitindo, inconstitucional e ilegalmente, a “prorrogação” (e, em agravo, a entrada de novas operadoras, por instrumentos de cessão) dos atos de outorga (para algumas operadoras, nem há).

Não se pode olvidar que se decretos não podem criar direitos ou restrições que já não estejam estabelecidos e restringidos nas leis, menos ainda poderão fazê-lo instruções, portarias ou resoluções. Assevera Bandeira de Mello (2007): “*Se o regulamento não pode ser instrumento para regular matéria que, por ser legislativa, é insuscetível de delegação, menos ainda poderão fazê-lo atos de estirpe inferior*”.

Por diversos momentos, nestes quase vinte anos desde a promulgação da CF, a mídia local tendo aduzido depoimentos de agentes públicos estaduais e municipais favoráveis à licitação, a qual em breve iria ocorrer (o que não ocorreu, sempre “adiadas” sem explicações lógicas). Vale acrescentar que o Superior Tribunal de Justiça-STJ tem, reiteradamente, decidido que concessões realizadas sem os devidos procedimentos licitatórios acarretam nulidade dos contratos (ou atos). Quanto ao STPP, há, inclusive, Ação Civil Pública proposta pelo

Ministério Público-PE desde 04-12-2003, solicitando a nulidade das permissões outorgadas pela EMTU, processo ainda não julgado (001.2003.061913-1, Tribunal de Justiça-PE).

Por fim, vale ressaltar que o Consórcio de Transportes da Região Metropolitana do Recife-CTM (sociedade empresarial limitada multifederativa, com nome de fantasia Grande Recife - Consórcio de Transporte Metropolitano) assumiu a gestão do STPP desde 08-09-2008, não tendo havido, ainda, a abertura de procedimentos licitatórios que tenham como objetos as concessões do serviço público de transporte metropolitano operado por ônibus.

### **Referências Bibliográficas**

- Bandeira de Mello, C.A., 2007, Curso de direito administrativo. 22 ed. São Paulo, Malheiros.  
Carvalho Filho, J.S., 2008, Manual de Direito administrativo. 18 ed. Rio, Lúmen Júris.  
Di Pietro, M.S.Z., 2008, Direito administrativo. 21 ed. São Paulo, Atlas.  
Di Pietro, M.S.Z., 2005, Parcerias na Administração Pública. 5 ed. São Paulo, Atlas.  
Furtado, L.R., 2007, Curso de direito administrativo. Belo Horizonte, Fórum.  
Justen Filho, M., 2006, Curso de direito administrativo. 2 ed. São Paulo, Saraiva.  
Justen Filho, M., 2005, Teoria geral das concessões de serviço público. 1 ed / 1 re. São Paulo, Dialética.

Data: 06 de março de 2009

Autores:

- **Adolfo Luiz Souza de Sá** ([adolfoluiz@tce.pe.gov.br](mailto:adolfoluiz@tce.pe.gov.br))  
Tribunal de Contas do Estado de Pernambuco – 81 3181-7600 / 8825-1229
- **Anísio Brasileiro** ([anisio@ufpe.br](mailto:anisio@ufpe.br))  
Universidade Federal de Pernambuco – 81 2126-8740 / 9994-3160