Birigui, 28 de setembro 2020.

Câmara Municipal de Birigüi - SP
PROTOCOLO GERAL 1643/2020
Data: 13/10/2020 - Horário: 14:03
Legislativo - PARJU 116/2020

Parecer: 116/2020.

Solicitante: Felipe Barone Brito

Presidente da Câmara Municipal de Birigui.

Assunto: Projeto de Lei nº 139/2020 - "Autoriza a concessão de auxílio financeiro à título de subvenção econômica, a empresa concessionária do serviço de transporte coletivo urbano de passageiros do Município de Birigui, abre crédito adicional especial e dá outras providências".

Senhor Presidente:

Conforme determinado por Vossa Excelência, estamos enviando parecer sobre o projeto em epígrafe, de autoria do Executivo Municipal que autoriza a concessão de auxílio financeiro à título de subvenção econômica, a empresa concessionária do serviço de transporte coletivo urbano de passageiros do Município de Birigui, abre crédito adicional especial e dá outras providências. Projeto registrado no Protocolo Geral desta Casa sob número 1634/2020, em 9 de outubro de 2020. Despachado para parecer em 9 de outubro de 2020. Recebido para parecer em 9 de outubro de 2020.

O respectivo projeto trata de uma das formas de parceria entre a administração pública e a iniciativa privada, respeitando o principal objetivo do poder público o interesse da coletividade, lembrando que o titular do serviço público continua sendo a administração pública, apenas passa-se a execução do serviço para o concessionário e não sua titularidade.

A Lei nº 8987/95 em seu artigo 20, inciso II define concessão de serviço público como a delegação de sua prestação, feita pelo

poder concedente, mediante licitação na modalidade concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado.

Segundo Maria Sylvia Z. Di Pietro concessão de serviço público é definida "como o contrato administrativo pelo qual a Administração Pública delega a outrem a execução de um serviço público, para que o execute em seu próprio nome, por sua conta e risco, mediante tarifa paga pelo usuário ou outra forma de remuneração decorrente da exploração do serviço".

Concessão: O fundamento se encontra no art. 175 da CF: incumbe ao poder público, na forma da lei, diretamente ou por concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. Toda concessão de serviço público, precedida ou não da execução de obra pública, será objeto de prévia licitação.

O titular do serviço público é a administração (poder público). Esta matéria é regulamentada pela lei é a 8.987/95, que é uma lei ordinária de âmbito nacional, regulamenta a matéria, assim é de cumprimento obrigatório pelas quatros esferas de governo. A Súmula 545 STF diz que preços públicos e taxas não se confundem, pois as taxas são compulsórias, e preços públicos não.

A política tarifária vem prevista no art. 8º a 13 da lei: a cobrança de tarifa do usuário é a fonte de arrecadação do concessionário e do permissionário. O art. 11 prevê a possibilidade de estabelecimento de fontes alternativas para que seja garantida a modicidade da tarifa. Um dos exemplos de fonte alternativa é a exploração de publicidade (por exemplo, no ônibus).

O art. 9º diz que o valor inicial da tarifa deve corresponder ao valor da proposta vencedora na licitação. Durante a execução do serviço, o valor pode ser modificado, mas quem autoriza a mudança é o poder público (concedente). O permissionário pode, no máximo, pedir. A responsabilidade por prejuízos causados pela concessionária e pelo permissionário é deles e o poder público somente responde de maneira subsidiária, a quando ocorre a má fiscalização.

Observamos que segundo a definição da professora Maria Di Pietro o presente contrato que acompanha o projeto é um contrato de concessão de serviço público tendo como objeto a prestação de serviço de transporte coletivo para a população do município conforme item "1 – DO OBJETO em seu subitem 1.2 e 1.2.10" tópicos que esclarecem a respeito do objeto do contrato.

Desse modo o concessionário fica sujeito a todos os princípios pertinentes à execução de serviços públicos, em especial ao da Continuidade, Mutabilidade do Regime Jurídico, Igualdade dos Usuários, além de outros indicados no artigo 6º, § 1º, da Lei nº 8987/95, como requisitos para que o serviço seja considerado adequado.

Pelo caput do respectivo artigo "toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato".

Em consonância com o § 1º, "serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas".

A Lei nº 8987/95, no artigo 6º, § 1º faz referência à continuidade do serviço público como uma das condições para que o serviço

seja considerado adequado. E teve a cautela de indicar hipóteses em que o concessionário pode, licitamente, sem sofrer consequências do inadimplemento, paralisar ou interromper a execução do serviço (§ 3º, do artigo 6º).

Dentre as hipóteses está a aplicação das teorias pertinentes ao equilíbrio econômico financeiro do contratado (Imprevisão, Fato do Príncipe e Fato da Administração), que tem por objetivo permitir ao contratado a continuidade do serviço (artigo 65, II, "d" da Lei de Licitação e artigo 9º, §§ 2º, 3º e 4º da Lei nº 8987/95).

Com respeito a modicidade das tarifas prevista no artigo 6º, § 1º e 11, tarifa módica é aquela que garante ao concessionário a justa remuneração do capital, melhoramento e expansão do serviço e lucro, e, ao mesmo tempo é acessível ao usuário do serviço público.

Como visto ocorre que se há uma abrupta diminuição do número de usuário o concessionário passa a não conseguir prestar um serviço adequado aos usuários e consequente a tarifa cobrada não se justifica mais o seu valor.

Referente ao equilíbrio econômico financeiro, o mesmo constituí a relação que estabelece no momento da celebração do contrato, entre o encargo assumido pelo concessionário e a remuneração que lhe assegura a Administração por via de contrato.

O problema é saber como se concilia a ideia de equilíbrio econômico financeiro com a ideia de que a execução do serviço, na concessão, se faz por conta e risco do concessionário. A Lei nº 8987/95, ao definir, no artigo 2º, incisos II, III e IV, a concessão de serviço público repetiu a ideia de que a execução se faz por conta e risco do contrato.

Na realidade tem-se que conciliar duas ideias: de um lado, a de que, para o concessionário, a concessão constitui um empreendimento que visa o lucro, mas que envolve determinados riscos, de outro, a de que, para Administração o objeto do contrato é um serviço público e, portanto, uma atividade que atende às necessidades da coletividade e, por isso mesmo, não pode parar.

A maneira de conciliar essas duas ideias é pela consideração de que as áleas ordinárias correm por conta do concessionário e não autorizam a recomposição do equilíbrio econômico financeiro, as flutuações no lucro, para mais ou para menos, não autorizam a revisão das cláusulas financeiras, já que se inserem na ideia de que a execução do serviço se faz por conta e risco do concessionário de acordo com o artigo 2º, II da Lei nº 8987/95.

Agora as áleas extraordinárias, por serem imprevisíveis e não imputáveis e não imputáveis ao concessionário, correm por conta do poder concedente, autorizando a revisão das cláusulas financeiras para recomposição do equilíbrio rompido.

Essa recomposição se faz basicamente através da aplicação das Teorias do Fato do Príncipe, do Fato da Administração e da Teoria da Imprevisão que é a teoria aplicada ao respectivo projeto em questão.

A Teoria da Imprevisão é definida como todo acontecimento externo ao contrato, estranho à vontade das partes, imprevisível e inevitável, que causa um desiquilíbrio econômico financeiro muito grande, tornando a execução do contrato excessivamente onerosa para o contratado.

Esta teoria diz respeito à ocorrência de eventos excepcionais e imprevisíveis que rompem o equilíbrio da equação econômico-financeira de um contrato administrativo. A teoria da imprevisão é relacionada ao

princípio da cláusula *rebus sic stantibus*, segundo o qual o contrato deve ser cumprido desde que nas condições que existiam quando o pacto foi realizado.

Caso tais condições sejam mudadas profundamente, ocorre um desequilíbrio equilíbrio contratual e assim não se pode imputar qualquer culpa à parte inadimplente, ou seja, aquela que não consiga cumprir com o inicialmente acordado.

São possíveis dois efeitos a partir da teoria da imprevisão: Se a parte prejudicada não puder cumprir as obrigações pactuadas, ocorrerá a rescisão sem atribuição de culpa. Por outro lado, se a contratada tiver a possibilidade de cumprir o que imprevisto terá direito à revisão do preço para preservar o equilíbrio econômico, rompido com imprevisão.

São requisitos para restabelecimento do equilíbrio econômico financeiro do contrato, pela aplicação da teoria da imprevisão, que o fato seja imprevisível quanto a sua ocorrência ou quanto as suas consequências, estranho a vontade das partes, inevitável e que cause desequilíbrio muito grande do contrato.

Observa-se que todos os requisitos estão presentes para justificar o respectivo projeto, pois estamos diante de uma pandemia que no momento da celebração do contrato era impensável tal fato e que justamente um dos fatores determinantes para controlar a pandemia é o isolamento social que por consequência os usuários acabam usando menos o transporte público.

Eis jurisprudência nesse sentido:

"Agravo de instrumento. Antecipação de tutela. Decisão que deferiu parcialmente o pedido liminar, reduzindo o valor da locação de imóvel comercial em 50% em razão da pandemia da COVID-19. Insurgência da ré. Presentes os elementos

para a concessão da antecipação da tutela. Decisão, contudo, que merece ser parcialmente reformada aventando-se a possibilidade do pagamento da diferença de modo parcelado. Redução do valor do aluguel que não importa, ao menos não por ora, em inexigibilidade do valor da diferença. Recurso parcialmente provido". (TJSP; Agravo de Instrumento 2151765-86.2020.8.26.0000; Relator: Ana Lucia Romanhole Martucci; Órgão Julgador: 33ª Câmara de Direito Privado; Foro Regional II - Santo Amaro -7ª Vara Cível; Data do Julgamento: 31/07/2020; Data de Registro: 31/07/2020)

"AGRAVO DE INSTRUMENTO Ação declaratória Tutela de urgência de natureza antecipada Pedido de redução do valor do aluguel vigente Impacto econômico causado pela pandemia COVID-19 e os efeitos dela decorrentes Suspensão do atendimento presencial ao público em estabelecimentos comerciais e prestadores de serviços Impacto no faturamento Vencimento de aluguéis Em tese, possível o reequilíbrio da obrigação pelo julgador Peculiaridades do caso concreto Possibilidade de desconto de 20% - Autorização a redução ao patamar de 80% do valor aluguel vigente a partir de 05.05.2020, e por três meses, devendo o pagamento da diferença ser parcelado em cinco vezes, a partir de novembro de 2020, sem juros ou acréscimo de multa. Agravo parcialmente provido". (TJSP; Agravo de Instrumento 2114778-51.2020.8.26.0000; Relator: Sá Moreira de Oliveira; Órgão Julgador: 33ª Câmara de Direito Privado; Foro de Sorocaba - 1ª Vara Cível; Data do Julgamento: 24/07/2020; Data de Registro: 24/07/2020)

No direito brasileiro, essa teoria tem sido aceita pela doutrina e pela jurisprudência, em matéria de concessão de serviço público, Celso Antônio Bandeira de Mello sempre entendeu que a administração tem o ônus do restabelecimento integral do equilíbrio econômico financeiro, seja qual for o tipo de álea à vista do artigo 176 da Constituição de 1967, com redação dada pela EC n° 1/69, que impunha a fixação de tarifas que assegurasse ao

concessionário a justa remuneração do capital, o melhoramento e a expansão do serviço e o equilíbrio econômico financeiro do contrato.

A Constituição de 1988, embora contenha disposição análoga, concernente à concessão, não repete a norma sobre tarifa, remetendo à lei ordinária a incumbência de dispor sobre política tarifária, artigo 175, § único, III da CF.

Apenas se estabelece de maneira muito vaga que os contratos de obras, serviços, compras e alienação serão contratados mediante cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento mantidas as condições efetuadas da proposta dos termos da lei (art. 37, XXI da CF). Essa norma tem sido interpretada como fazendo referência ao equilíbrio econômico financeiro.

Essa norma ficou excluída da Lei de Licitação em decorrência do veto presidencial, mas foi restabelecida pela Lei nº 8883/94, com nova redação em que ficam claras as exigências de que se trata de fatos imprevisíveis porém de consequências incalculáveis, que esses fatos impeçam ou retardem a execução do contrato e configuram álea econômica extraordinária ou extracontratual.

Um dos instrumentos que o poder público pode-se utilizar para recompor o equilíbrio econômico financeiro é justamente o subsídio desde que autorizado pelo legislativo, de acordo com a lei orçamentária, observamos que o artigo 8º do projeto está de acordo com a legislação pois as despesas serão cobertas mediante anulação parcial ou total de dotações orçamentárias ou de créditos adicionais de acordo com o inciso III, § 1° do art. 43 da lei 4.320/64.

Art. 43. A abertura dos créditos suplementares e especiais depende da existência de recursos disponíveis para ocorrer a despesa e será precedida de exposição justificativa

§ 1º Consideram-se recursos para o fim deste artigo, desde que não comprometidos: (....)

III - os resultantes de anulação parcial ou total de dotações orçamentárias ou de créditos adicionais, autorizados em Lei;

O item 4 do projeto "Da Remuneração" afirma como se dará a remuneração do concessionário em seu subitem 4.2.4.2 a remuneração é a tarifa e no subitem 4.4 sita a modicidade das tarifas estando de acordo com o que explanamos.

Já o item 8 "Manutenção do Equilíbrio Econômico do Contrato em seu subitem 8.3 sita a) eventos excepcionais cláusula rebus sic stantibus que consiste que as condições na hora da celebração do contrato devem permanecer durante sua vigência e no subitem 8.43. caso fortuito ou de força maior.

No item 10.2 "Direitos da Concessionária" em seu subitem 10.2.1 menciona a respeito do equilíbrio econômico financeiro e no item 11. Deveres e Prerrogativas do Poder Concedente, 11.1.12 favorecer a modicidade das tarifas e manter a sustentabilidade dos serviços por meio de formas legalmente permitidas.

Gráfico em anexo aos documentos fornecidos pela empresa mostra a grande diminuição de usuários do transporte coletivo em decorrência da pandemia.

Cabe-nos aqui um esclarecimento com respeito a diferenciação entre a imprevisão e a força maior, na teoria da imprevisão ocorre

apenas um desequilíbrio econômico financeiro que não impede a execução do contrato e na força maior se tem a impossibilidade total de dar prosseguimento ao contrato.

As consequências também são diversas, no caso da imprevisão a administração pode aplicar a respectiva teoria revendo as cláusulas financeiras do contrato para permitir a sua continuidade, na força maior ambas as partes são liberadas sem qualquer responsabilidade pelo inadimplemento em consequência do artigo 393 do Código Civil.

Desse modo devido a aplicação da Teoria da Imprevisão como explanado, devido o contrato ser um contrato de concessão de serviço público, demonstrado a brutal queda dos usuários devido a pandemia o subsídio aplicado estar de acordo com a Lei 4320/64 o projeto encontra-se em consonância com as normas legais.

Assim, opinamos pela legalidade da propositura, submetemos o presente projeto à alta consideração de Vossa Excelência, e aos demais membros da Casa.

Birigui, 13 de outubro de 2020.

Fernando Baggio Barbiere

Advogado