

SUBSÍDIO TARIFÁRIO EM PERMISSÃO DE TRANSPORTE COLETIVO

I

CONSULTA

1 — Em 1986, como se sabe, estava em vigor o chamado “Plano Cruzado”, em decorrência do qual ficaram congelados todos os preços e salários

2 — Nessa época, o sistema de transporte de passageiros urbanos em Brasília, Distrito Federal, era remunerado por tarifas peculiares a que se deu o nome de sistema de caixa único, que nada mais era que uma forma de subsídio às passagens de ônibus.

3. Consistia tal sistema de caixa único, basicamente, no seguinte:

a) o poder concedente (Governo do Distrito Federal) e as diversas empresas concessionárias ou permissionárias do serviço, após o exame de planilhas técnicas, fixaram, como válido, um preço certo por quilômetro rodado;

b) cada empresa, devidamente fiscalizada, ao final do dia, informava ao poder concedente, a quilometragem que seus veículos haviam rodado naquele dia;

c) informava, também, ao poder concedente, o número de passageiros transportados e o montante de numerário recolhido, como preço da passagem;

d) a cada quinze dias procedia-se a um acerto de contas para compatibilizar o número de quilômetros rodados e o numerário arrecadado, de tal sorte que cada empresa passasse a ter, em seu poder, *exatamente*, a quantia que resultasse da multiplicação do número de quilômetros rodados pelo preço de quilômetro rodado, fixado como válido, entre o poder concedente e as empresas concessionárias ou permissionárias do serviço;

e) dado que o sistema de caixa único era, sem dúvida, instrumento de subsídio que o poder concedente dava as passagens de ônibus — subsídio que variou entre 20 e 40% — a cada quinzena o poder concedente repassava a cada empresa a quantia que faltava para remunerá-la pela quilometragem rodado naquela quinzena.

4. Vigendo o plano cruzado — com o congelamento de preços e salários — mas havendo cobrança de ágio, praticamente, na aquisição de qualquer bem, apesar do subsídio ofertado, rompeu-se o equilíbrio econômico que deveria imperar nas concessões de serviços.

5. Por isso, as empresas que operavam o serviço passaram a pleitear reajuste de tarifas. O poder concedente entendia que tais tarifas deveriam ser reajustadas, mas as não podia reajustar, por proibição do chamado “Plano Cruzado”.

6 — Em maio de 1987, o poder concedente e as empresas concessionárias firmaram um “termo” pelo qual era aumentado o preço por quilômetro rodado. Funcionando, como funcionava, o regime de caixa único, e não repassado esse aumento para o custo das passagens de ônibus, o que foi aumentado, na realidade,

foi o subsídio que o poder concedente já vinha dando às tarifas de ônibus urbanos em Brasília.

7 — Nesse “termo” se convencionou que esse acréscimo que as empresas receberiam se destinava à renovação da frota de ônibus e melhoria dos serviços, e se dispôs em sua cláusula quinta que:

“O não cumprimento do programa de inovação da frota, nos termos da cláusula terceira e do documento aprovado pelo Conselho do Transporte Público Coletivo, implicará as seguintes sanções: a) cancelamento imediato da aplicação do adicional custo/km destinado ao programa de renovação da frota, expansão e melhoria dos serviços: b) desconto proporcional nas Notas de Débito/Crédito do montante recebido pela (nome da empresa), corrigido monetariamente, de acordo com a variação das letras do Banco Central entre o mês do recebimento e o do desconto.”

8 — Em 12-06-87, o poder concedente, pela resolução nº 284, modificou, unilateralmente, esta cláusula do “termo” e criou a obrigação de devolver a *totalidade da quantia recebida pelas empresas* — em decorrência do aumento de subsídio da tarifa — a partir de 01-05-88.

9 — Decretos posteriores — o de nº 11.008 de 09-02-88, e o de nº 11.092 de 04-04-88 — dispuseram que “a parcela da remuneração dos serviços destinada à execução do Programa de Renovação da Frota e Melhoria e Expansão dos Serviços, seria retida na conta do caixa único, e sua liberação dependeria dos resultados de análise e avaliação do cumprimento do mencionado programa”.

10 — Com a edição do Decreto 11.008 de 09-02-88, na realidade, suspendeu-se a execução de tal programa.

11 — Posteriormente, foi extinto o sistema de caixa único estando, atualmente, em funcionamento um novo sistema, de câmara de compensação.

12 — As empresas, em maior ou menor parte, cumpriram o que haviam pactuado no “termo” de 08-05-87 (n. 271), e adquiriram, umas mais, outras menos, os ônibus que se propuseram a adquirir.

13 — Indo o caso à apreciação do Tribunal de Contas do Distrito Federal — que o requi-

sitou em decorrência de noticiário jornalístico — foi lá julgado, condenando-se as empresas concessionárias do serviço a devolverem a totalidade do numerário que teriam recebido, como adicional da tarifa para renovação da frota.

14 — Com base em tal julgamento do Tribunal de Contas, o Distrito Federal move ação da execução às empresas, cobrando-lhes a totalidade da quantia recebida a título de adicional de tarifa, com correção monetária e juros.

CONSULTA

a) A renovação, necessária, da frota de ônibus de empresas concessionárias ou permissionárias de serviço de transporte urbano de passageiros é um dos elementos que compõem o equilíbrio financeiro do contrato de concessão ou permissão?

b) O adicional concedido pelo poder concedente, mediante termo (Resolução nº 271/87), deve ser entendido como tarifa?

c) Concedido tal adicional — ainda que com destinação específica — pode o poder concedente reclamar-lhe a devolução?

d) Tal devolução — se puder ser reclamada — será da importância total recebida, ou, apenas, da parte da importância que não houver sido aplicada na destinação específica para a qual foi concebida?

e) Poderia a Resolução nº 284, de 12-06-87, baixada por órgão do poder concedente, modificar cláusulas de “termo” firmado pelo poder concedente e empresas concessionárias ou permissionárias do serviço?

II

A liberdade individual é um dos dogmas do Estado Democrático de Direito, ao qual se filia nosso sistema constitucional.

A atividade privada é, em princípio, livre, sujeita, porém, à superposição do interesse público, que a condiciona, e do qual é intérprete o poder público.

Em consequência, a lei interfere sobre a ordem jurídica privada em graus sucessivos que,

a partir do poder de polícia administrativa, inscreve determinadas atividades no âmbito reservado ao serviço público, cujo conceito e amplitude variam no tempo e no espaço, segundo a margem de intervenção atribuída ao Estado.

Em primeiro grau, incumbe à Administração regular a efetividade de certos direitos econômicos e sociais submetidos a uma condição suspensiva de prévia autorização para o seu exercício.

A autorização administrativa não gera direito novo. Libera direito preexistente, contido em sua eficácia até que, sobrevindo o ato de polícia da Administração Pública, fica habilitado o titular à plena fruição do direito condicionado.

FRANCHINI caracteriza, no ato autorizativo, o compromisso entre a liberdade e a autoridade, reintegrando o direito individual para a produção de seus naturais efeitos (FLAMÍNIO FRANCHINI — *Le autorizzazione amministrative costitutive di rapporti giuridici fra l'Amministrazione e i private* — 1957 — p. 13 e 25, nota 48).

A função do ato autorizativo consiste, essencialmente, como leciona SANDULLI em “rimovere un limite all'esercizio di un potere” (ALDO SANDULLI — *Il procedimento amministrativo* — 1959 — p. 67 — nota 16).

A autorização é, em tais casos, um complemento necessário ao gozo do direito ou liberdade, ao qual adere. Configura um *ato-condição*, na terminologia de DUGUIT, vitalizando o direito *in fieri* com o impulso liberatório.

Em grau mais avançado de disciplina da atividade econômica, a lei destaca determinados serviços pela relevância do interesse geral de que se revestem, submetendo-os a regime especial de direito público.

Neles prevalece o teor coletivo que os inabilita à espontânea exploração privada. São serviços que a lei declara de *utilidade pública*, pela característica da tônica dominante do interesse geral.

Tais serviços limítrofes aos serviços privados do Estado, somente podem ser exercidos pelos particulares, mediante o procedimento da *permissão*.

As permissões são atos constitutivos de direito, que, uma vez concedidas, inovam a ordem jurídica, fazendo nascer para o permissionário o direito subjetivo ao uso de bem público, ou à exploração de serviços de utilidade pública.

A outorga da permissão é, de regra, discricionária e a precariedade, que lhe é própria, admite em tese a revogação do ato permissivo, mediante comprovada conveniência pública.

A substância das relações jurídicas oriundas das permissões, evidencia, porém, a necessidade de distinguir entre permissões simples, de manifesta precariedade, e os casos em que a fixação de prazo, ou a natureza especial da obrigação, marcam a relativa estabilidade do vínculo instituído.

A diversidade de tratamento ao direito do permissionário levou à síntese expressiva de CRETELLA JUNIOR no sentido de que:

“Há, assim, uma precariedade *muita precária*, uma precariedade *mais ou menos precária* e uma precariedade *bem pouco precária*, ou seja, existem graus diversos de intensidade na utilização do bem público” (Revista de Direito Administrativo — vol. 101, p. 27 — grifos do autor).

MIGUEL REALE, estudando a hipótese em que o ato permissivo se complementa com deveres de continuidade e de garantia de exclusividade na prestação do serviço, adverte que “poder-se-ia dizer que a “permissão” se constitui como se fosse autorização e é exercida como se fôra concessão” (Direito Administrativo — 1969 — p. 155).

Especialmente no tocante a permissões de transporte coletivo que, por sua natureza, exigem investimentos vultosos de capital próprio, tanto na aplicação e manutenção de veículos como em material de apoio, a relação jurídica constituída pressupõe uma continuidade que não se compadece com a discricionária revogação, mormente se pactuada a prazo certo.

E, mesmo se a prazo indeterminado, “longe da anunciada precariedade, o figurino que mais se aproxima é o das concessões sob a cláusula *enquanto bem servir*” (nosso parecer

in Revista de Direito Administrativo — vol. 169 — p. 191).

No dizer de HELY LOPES MEIRELLES, “a permissão condicionada toma caráter de um *quase contrato*” (Estudos e Pareceres de Direito Público — vol. IX — p. 253, grifo do autor).

E o mesmo mestre ensina em seu Direito Administrativo — 19ª edição, p. 17) que

É admissível a *permissão condicionada*, ou seja, aquela em que o próprio Poder Público autolimita-se na faculdade discricionária da revogá-la a qualquer tempo, fixando em norma legal o prazo de sua vigência e/ou assegurando outras vantagens ao permissionário, como incentivo para a execução do serviço. Assim reduzem-se a discricionariedade e a precariedade da permissão às condições legais de sua outorga.

Essa modalidade é adotada nas permissões de transporte coletivo e noutras que exigem altos investimentos para a execução do serviço, tornando-se necessário garantir ao permissionário um tempo mínimo de operação em condições rentáveis” (grifos do autor).

Por último, na escala crescente de supremacia do interesse coletivo, a lei arrola determinadas atividades no elenco dos *serviços públicos* que pelo seu destaque no ordenamento jurídico da sociedade, importam deveres privados da Administração Pública.

O conceito e a amplitude do serviço público são flexíveis e variáveis, segundo a latitude da intervenção do Estado na ordem econômica e social.

O movimento centralizador da socialização atrai para a órbita do Estado maior gama de serviços ao passo que a política de privatização poderá repor no campo privado uma certa parcela de obrigações estatais.

É próprio do *serviço público* a sua prestação direta pelo poder público, admitida, porém, (salvo na hipótese de monopólio) que sua execução possa ser transferida ao particular pelo instrumento da *concessão de serviço público*.

Enquanto a autorização — como vimos — é ato unilateral que libera direito individual preexistente, tanto a permissão como a concessão são atos atributivos de direito, configu-

rando modalidades de atos administrativos bilaterais.

Da outorga de cada qual nasce o direito subjetivo do permissionário ou concessionário do serviço.

III

No direito positivo atual, aproximam-se o regime jurídico da concessão e o da permissão.

A Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, como as Medidas Provisórias que se sucedem completando-lhe as disposições, aplicam-se, em sua generalidade, tanto as concessões como às permissões de serviço público embora a definição destas últimas indique o título precário e revogável da delegação do serviço público (art. 2º, nº IV e art. 40). Ambas se equivalem no tocante à obrigatoriedade de licitação e ao princípio do equilíbrio financeiro dos contratos que assegura em ambos os casos, a estabilidade do regular atendimento dos usuários.

O mesmo estatuto define a relação jurídica em causa como um contrato de adesão e determina que “aplica-se as permissões o disposto nesta lei” (parágrafo único do art. 40).

As permissões de serviços de transporte coletivo se revestem de nítida caráter contratual.

Em antigo e notável estudo MEIRELLES TEIXEIRA longamente destacou a impropriedade terminológica que atribuiu caráter unilateral às permissões de transporte coletivo, sustentando, com abundante lastro de direito comparado e sa jurisprudência nacional, que se tratava, em verdade, de *permissões contratuais* (Revista de Direito Público, vol. 6 — p. 150/s — outubro-dezembro de 1968).

Quando a Administração autolimita sua discricionariedade, vinculando-se a cláusulas contratuais na delegação de um serviço público (entre as quais desponta a que garante o equilíbrio financeiro), não se trata de um ato unilateral e revogável, mas de uma relação jurídica estável a que CRETELLA JUNIOR confere a atributo de permissão de segundo grau ou permissão qualificada, na qual a precariedade cede ao sinalagma que intrinseca-

mente a identifica (RDA, cit. vol. 101 — p. 30/31).

A escolha do permissionário não é discricionária. Precede-a um procedimento licitatório que se vai extremar em uma relação jurídica bilateral, vinculatória para ambas as partes, a saber, a Administração Pública e o permissionário, ao qual assiste direito à justa remuneração do capital e ao financiamento da expansão do serviço, que são destinações próprias das tarifas, ou de suas compensações.

IV

As tarifas como expressão dos preços de fornecimento são fonte primária e principal do custeio do serviço permitido ou concedido, servindo de parâmetro para a contribuição dos usuários ou consumidores.

Todavia, não é estranho ao regime das concessões a existência de outras vantagens subsidiárias que possam fortalecer o equilíbrio financeiro dos contratos administrativos.

Em caso de gestão deficitária ou quando a implantação do serviço tem como alvo a conquista de mercados incipientes, é válido que a Administração preste auxílio ao concessionário para complementar a defasagem da receita tarifária.

BÉNOIT aponta, na experiência francesa, especificamente no tocante aos serviços de transporte coletivo, a influência de causas econômicas ou políticas que podem gerar o déficit operacional do serviço.

E, conforme o seu depoimento,

“quando o deficit se prolonga, o concedente, seja por sua própria iniciativa, ou pelo jogo da jurisprudência sobre imprevisão, é levado a conceder subvenções de funcionamento ao concessionário. Assim se estabelece uma espécie de associação financeira entre o concedente e o concessionário, que se traduz para a Administração por uma participação no prejuízo”.

(Lorsqu'un tel déficit se prolonge, le concédant, soit de son plein gré, soit par le jeu de la jurisprudence sur l'imprevison, est conduit à accorder des subventions de fonctionnement au concessionnaire. Ainsi s'établit une sorte

d'association financière entre le concédante et le concessionnaire, qui ce traduit pour l'Administration par une participation aux pertes"

(FRANCIS — PAUL BÉNOIT — *Le Droit Administratif Français* — 1968 — p. 822).

Igualmente LAUBADÈRE esclarece que, a par das contribuições recebidas dos usuários com base nas tarifas fixadas no contrato, com frequência o concedente atribui ao concessionário outras vantagens, que assim especifica:

"Trata-se primeiramente de vantagens financeiras, tais como subvenções, ou adiantamentos reembolsáveis ou ainda de garantias de juros para os empréstimos que o concessionário possa contratar"

(Il s'agir d'abord d'avantages financiers, tels que des subventions, des avances remboursables ou encore des garanties d'intérêts pour les emprunts que le concessionnaire pourrait contracter" (LAUBADÈRE — *Traité de Droit Administratif* — atualizado por VENEZIA et GAUDEMET — 11ª edição — Tomo I — 1984 — p. 710).

V

O nosso sistema de concessão conviveu, no passado, com o regime de garantia de juros mínimos, de forma a atrair o capital privado para realizações pioneiras em serviços de interesse público relevante, especialmente como favor concedido às empresas de transporte ferroviário, de energia elétrica e gás.

ANDRÉ REBOUÇAS, em obra pioneira, que se converteu em raridade bibliográfica, postulou, veementemente, a adequação do regime de garantia de juros como alavanca do desenvolvimento nacional (*Garantia de juros — Estudos para sua aplicação às empresas de utilidade pública no Brasil* — Rio de Janeiro — Tipografia Nacional — 1874).

O auxílio financeiro às empresas de estradas de ferro inaugurou-se em 1840, com a concessão do benefício de uma *garantia ao dividendo* cabível aos tomadores de ações de tais empresas.

Ampliou-se o sistema com o advento da Lei nº 641, de 26 de junho de 1852, regulada com o Decreto nº 2.450, de 24 de setembro de

1873, que tornou efetiva a outorga de favores como proteção da estabilidade financeira dos empreendimentos.

Autorizou-se, então, o Governo a conceder uma subvenção quilométrica ou a garantir juros que não excedessem de 7%, correspondentes ao capital empregado e pelo prazo de 30 anos (art. 1º), prevista a participação ao Estado nos lucros que superassem a taxa estipulada.

Como destaca M. I. CARVALHO DE MENDONÇA a garantia de juros assumia "a forma de um adiantamento com a participação nos lucros por parte da Administração".

E, especificando a funcionalidade do sistema, esclarece:

"Mais claramente: o governo por um lado faz o adiantamento total ou parcial necessário para cobrir certa taxa de juro do capital empregado e, por outro lado, na distribuição dos lucros, deve ser separada uma percentagem destinada ao reembolso das quantias com que o governo tiver entrado".

(M.I. CARVALHO DE MENDONÇA — *Das concessões administrativas e da natureza jurídica da garantia de juros* — *Revista do Supremo Tribunal Federal* — 1974 — agosto a dezembro — Vol. II — Segunda Parte — p. 215/227).

A garantia de juros representou, a par da cláusula-ouro adotada nos contratos de energia elétrica e de gás como base das tarifas, o estímulo à estabilidade econômico-financeira que permitiu os investimentos de capital privado, predominantemente estrangeiros, em áreas de serviços públicos essenciais, como ilustrou THEMÍSTOCLES CAVALCANTI (*Tratado de Direito Administrativo* — Vol. II — 1948, p. 418/s.).

Não é, assim, inédita entre nós a atribuição de vantagens complementares à receita direta das tarifas como contribuição ao financiamento de serviços concedidos.

O subsídio de reforço ao caixa único, previsto nos serviços de transporte coletivo de que trata a consulta, tem precedentes históricos de mais de um século em nosso sistema de delegação de serviço público.

VI

A Constituição Federal de 1967, emendada em 1969, estabelecia, em seu artigo 167 e seus incisos, as bases do regime de concessão de serviços públicos e, como contrapartida à obrigação do concessionário de “manter serviço adequado”, estabelecia, como receita do serviço, o princípio de que as tarifas deviam permitir:

- a) a justa remuneração do capital;
- b) o melhoramento e expansão dos serviços, a fim de que
- c) fosse assegurado o equilíbrio econômico e financeiro do contrato.

As empresas concessionárias ficavam sujeitas à fiscalização permanente do órgão próprio do poder concedente que acompanhava a gestão financeira do serviço, revendo periodicamente as tarifas, ainda que estipuladas em contrato anterior.

Os recursos a serem transferidos aos concessionários para atender ao melhoramento e expansão das instalações deviam, portanto, encontrar, nos cálculos tarifários, parcela que possibilitasse o custeio de novas aplicações de capital, ou a remuneração e amortização de capitais próprios destinados a essa finalidade.

A contribuição do usuário, expressa na proporção de uso do serviço, era, em suma, fixada pelo valor unitário da tarifa, calculada para a dupla finalidade acima indicada.

VII

No tocante aos serviços de transporte coletivo por ônibus, em Brasília, o poder concedente local adotou solução intermediária e inovadora, desobrigando o custeio do serviço da direta cobertura pelos preços cobrados dos usuários.

O Decreto nº 9.268, de 13 de fevereiro de 1986, com a finalidade de compensar o peso excessivo “da despesa com o transporte público coletivo no orçamento das famílias de baixa renda”, determinou a instituição do Caixa Único do Sistema de Transporte Público Coletivo do Distrito Federal

“através do qual fica desvinculado, do preço da passagem paga pelo usuário, o ressarcimento dos custos dos serviços prestados pelas empresas operadoras” (art. 2º, *in fine*).

A receita do Caixa Único alimentava-se de duas fontes essenciais:

a) o produto da arrecadação da venda das passagens, que, embora recolhidas pelos concessionários, não lhes pertencia, posto que integravam o fundo do Caixa Único;

e,

b) as transferências efetuadas, a qualquer título, pelo poder público (art. 5º, n.I).

Tais transferências obrigatórias representavam, em verdade, uma forma de subvenção destinada a suprir o déficit operacional resultante dos preços favorecidos do transporte.

Em contra partida à receita assim constituída, o Caixa único respondia pelas despesas que atendiam ao “custo total admitido aos serviços de transporte efetivamente prestados”.

O equilíbrio econômico-financeiro da concessão, dever constitucional do concedente, era, assim, assegurado por uma modalidade própria de tarifas em que a receita direta da exploração (o produto das passagens pagas pelos usuários) era complementada pela subvenção constituída mediante transferências efetuadas pelo poder público.

Ressuscitava-se, por esta forma, o exemplo do passado, inclusive em termos de direito comparado, contribuindo o poder público, com o reforço adicional de vantagens que permitisse a modicidade dos preços de incidência direta sobre os usuários ou consumidores.

A subvenção pelo poder público não era, em suma, um favor ou uma generosidade, ou um enriquecimento sem causa do concessionário.

Era um ato de política social, visando à proteção dos usuários, que fazia nascer, por via de consequência, o dever do concedente de garantir o equilíbrio econômico-financeiro da concessão, abalado pelo fornecimento de preços deficitários das passagens.

Os créditos dos concessionários, a serem cobertos pelo Caixa Único, eram estimados, ao que se informa, mediante planilhas de custos unitários, que estipulavam o valor base do critério de remuneração quilométrica. Em função do total comprovado da efetiva quilo-

metragem e em proporção ao número de passageiros transportados, define-se, para cada empresa, o montante de sua receita, a ser debitada ao caixa único (art. 6º e 7º do Decreto nº 9.268/86).

Por esta forma substitutiva da direta cobertura tarifária, satisfazia-se às necessidades imediatas de custeio do serviço e, presumivelmente, ao princípio da justa remuneração do capital próprio do concessionário, objeto da primeira parte do preceito constitucional acima referido (art. 167, n.II).

Subsistia, porém, a segunda destinação constitucional das tarifas que, ainda como garantia do equilíbrio econômico e financeiro do contrato, deveria possibilitar o financiamento da melhoria e expansão do serviço (segunda parte do citado art. 167, n. II).

Para cumprimento a esta finalidade constitucional das tarifas (que o poder público assume o encargo de suplementar) é que vejo a ser instituído o chamado Programa de Renovação da Frota, com fundamento na Resolução nº 271, de 30 de abril de 1987, do Conselho do Transporte Público Coletivo, que — nos termos de seus consideranda — atendeu a determinação do Governador de considerar “no cálculo dos custos uma parcela adicional visando criar as condições necessárias à renovação da frota” e reconhecendo a “realidade das dificuldades com financiamento de capital de giro”, aditou ao crédito ordinário das empresas (fruto da remuneração quilométrica) um novo valor adicional aos custos unitários.

Ficou, assim, especificamente previsto o valor de uma “parcela adicional destinada ao financiamento da renovação da frota e da expansão e melhoria dos serviços” (item 2, n. I), condicionada a um termo de compromisso em que as empresas se obrigariam a cumprir as metas de renovação a serem estabelecidas pela fiscalização.

A inobservância do compromisso importaria:

- a) em suspensão de pagamento da parcela do adicional;
- b) devolução, em valores atualizados, dos *montantes recebidos e não empregados* (item 3).

Os Termos de compromisso foram formalizados, nesta base, pelas empresas, em 8 de maio de 1987 e o esquema proposto foi aprovado pelo Decreto nº 10.384, de 11 de maio de 1987, com explícita referência à citada Resolução nº 271.187, tendo como fundamento, à “permanente necessidade de renovação da frota utilizada nos serviços”.

As metas de renovação das frotas de cada empresa foram fixadas pelo poder concedente, seja quanto ao número, seja quanto à espécie dos ônibus a serem incorporados ao serviço.

Tais metas foram cumpridas apenas parcialmente, inclusive com a aquisição de veículos novos que não coincidiam plenamente com os modelos previstos.

Para tanto, teria contribuído a escassez, no mercado, dos tipos pré-estabelecidos, a par da insuficiência de recursos.

Certo é, contudo, que a fiscalização permanente a cargo do poder concedente não contestou, oportunamente, as variações de execução do programa dos novos ônibus adquiridos com recursos da parcela adicional específica.

Nova Resolução nº 284, de 12 de junho de 1987, voltou a regular a execução do Programa, prevendo, como sanção pelo inadimplemento dos Termos de Compromisso, a restituição do “montante recebido pela empresa” a ser descontado proporcionalmente nos encontros de contas do Caixa Único.

A equivocada redação deve, no entanto, ser entendida em termos, especialmente diante da fórmula algébrica que contempla, como um dos elementos, o “número de veículos adquiridos pela empresa”.

Nem poderia a Resolução, ato de menor hierarquia, alterar o critério firmado em decreto, que ratificava o sistema previsto na anterior Resolução nº 271/87.

A partir do exercício de 1988, o questionamento da execução do Programa de Renovação da Frota, motivou estudos de análise e avaliação de seu desempenho, com o advento de atos do poder concedente no sentido da retenção, na conta do Caixa Único, de parcelas vincendas do adicional, condicionada a liberação ao resultado final dos trabalhos de auditoria.

Neste sentido, foram baixados o Decreto nº 11.008, de 9 de fevereiro de 1988, o Decreto nº 11.061, de 25 de março de 1988 e o Decreto nº 11.092, de 4 de maio de 1988.

A seu turno, o indicado Conselho, em Resolução nº 418, de 15 de abril de 1988 sugeriu ao Governador a adoção de novos valores para a parcela destinada ao Programa em apreço e, mais tarde, em Resolução nº 586, de 3 de janeiro de 1989, “considerou o dia 31 de dezembro de 1987 como a data de extinção do Programa de Renovação de Frota e de Melhoria e Expansão dos Serviços”.

Por último, o Tribunal de Contas do Distrito Federal houve por bem de adotar solução extrema, entendendo irregular todo o procedimento e ordenando a restituição integral de todos os valores recebidos pelas empresas, sem dedução das importâncias efetivamente investidas na aquisição de novos veículos acrescidos à operação do serviço.

Negada a revisão do ato e atribuída à imputação do débito a força de título executivo, nos termos do art. 25 de respectiva Lei Orgânica, foi proposta a decorrente ação executiva, ora em curso.

VIII

A exposição acima feita possibilita, a nosso ver, que se possam alcançar premissas fundamentais ao atendimento da consulta.

A relação jurídica constituída entre o Poder Público e as empresas transportadoras, de caráter bilateral, tem como pressuposto a garantia do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de modo a assegurar a justa remuneração do capital investido e a permitir a expansão e melhoria dos serviços, de forma estável, em benefício dos usuários.

Ordinariamente, nos contratos de permissão e de concessão de serviço público esta estabilidade é alcançada pela fixação de tarifas calculadas com base nos referidos elementos constitutivos do custo do serviço.

O valor da tarifa determina o preço unitário correspondente à prestação do serviço, a ser suportado pelos usuários, na medida em que deles se utilizam.

Poderá ocorrer, contudo, que, atendendo a objetivos de política social, o poder concedente delibere favorecer os usuários com a estipulação de preços que apenas parcialmente atendam à cobertura da despesa.

Em tal hipótese, cumpre-lhe suprir a diferença, mediante a concessão de vantagens especiais que, complementando a receita direta, assegurem a garantia legal do equilíbrio financeiro do contrato, que, como acentuado, é direito subjetivo do permissionário ou concessionário.

Este é o sentido do sistema do caixa único, adotado nos serviços de transporte coletivo de ônibus em Brasília.

Visando declaradamente a favorecer o público com a cobrança de passagens abaixo do custo real do transporte, obrigou-se a suprir o caixa único — contra o qual debitava-se o custo real do serviço — mediante transferência dos valores necessários à cobertura do *déficit*.

A subvenção pública não era, em suma, ato de liberalidade, mas o atendimento de um dever legal.

Optando deliberadamente pela fixação de preços defasados em benefício dos usuários, cumpria ao poder público subvencionar o adequado financiamento do transporte.

A transferência estatal é complemento da tarifa, entendida esta como expressão da garantia do direito à estabilidade econômico-financeira dos contratos.

IX

Às tarifas, a par do custeio dos serviços em operação corresponde o efeito dinâmico de possibilitar o financiamento da expansão de bens e instalações, de modo a atender, com eficiência, à qualidade do serviço e ao crescimento da demanda.

À parcela que, com esta finalidade, deva ser contemplada nas tarifas pressupõe a avaliação, pelo poder concedente, dos planos de atualização e ampliação dos serviços, que devem merecer fiscalização permanente do órgão próprio da Administração.

É lícito que as parcelas tarifárias destinadas a este fim se submetam a esquemas específicos, sob adequado controle de autoridade pública.

São valores tarifários vinculados a finalidade própria, não se confundindo com a destinação genérica de outras parcelas tarifárias.

Neste sentido é de se entender, a nosso juízo, o adicional especialmente instituído para o Programa de Renovação da Frota, a que se refere a consulta.

É válido que o poder público fiscalize a efetiva aplicação do montante do adicional e, uma vez extinto o período de vigência, delibere no sentido do recolhimento do saldo remanescente inaproveitado.

Na medida, porém, em que comprovadamente o contratante tenha cumprido a obrigação de investir na renovação do equipamento, colocando em serviço novos veículos, com notório conhecimento da Administração, estará satisfeita, quanto aos correspondentes valores, a destinação do adicional.

É irrelevante que contingências de momento, tenham feito variar as metas originalmente definidas e com tácita anuência do poder concedente.

A finalidade de expansão e melhoramento do serviço está atendida, em seu objetivo maior, com a reconhecida modernidade da frota.

X

O controle da aplicação do adicional de renovação da frota não se confunde, de outra parte, com a análise do comportamento geral da receita tarifária, que, com assinalado, deve corresponder ao custeio regular do serviço, dentro do pressuposto fundamental de estabilidade econômico-financeira do contrato, ou seja, à real cobertura dos custos operacionais e da justa remuneração do capital próprio do permissionário ou concessionário.

Independentemente da completa ou incompleta execução do Programa de Renovação da Frota, com a consequência que dele possa provir quanto às obrigações das partes, é dever do Estado e direito do contratante a manutenção

do equilíbrio financeiro do contrato, mediante a adequada correspondência entre receita e despesa do serviço.

Admitida, em tese, a possível insuficiência da receita ordinária do serviço, terá a empresa transportadora direito a postular a indenização que lhe seja comprovadamente reconhecida a título de quebra do equilíbrio da economia do contrato.

E se tal hipótese se verificar, caberá o exame da possível compensação entre direitos e obrigações recíprocos, ou seja entre a restituição parcial do montante do adicional e o suprimento da insuficiência da receita do serviço.

XI

Com apoio nas considerações expandidas, somos de parecer que os quesitos formulados na consulta assim merecem ser respondidos.

Primeiro — A renovação, necessária, da frota de ônibus de empresas concessionárias ou permissionárias de serviço de transporte urbano de passageiros é um dos elementos que compõem o equilíbrio financeiro do contrato de concessão ou permissão?

Resposta — Entre os objetivos das tarifas está o de propiciar condições que estimulem novos financiamentos destinados a atender à expansão e melhoramento dos serviços.

A modalidade peculiar do regime dos serviços de transporte coletivo de ônibus, em Brasília, destacou, com essa finalidade, a instituição do adicional específico vinculado ao Programa de Renovação da Frota.

Na medida em que os respectivos recursos foram aplicados na aquisição de novos veículos consumou-se sua destinação, cumprida a finalidade própria, com adimplemento da obrigação pelo transportador.

Tais valores, não obstante, a singularidade de sua origem, têm natureza equivalente a receita tarifária a que, nos modelos ortodoxos, faz jus o permissionário ou concessionário.

A questão subjacente será a do procedimento de lançamento desses valores na contabilidade do serviço.

Segundo — O adicional concedido pelo poder concedente, mediante termo (Resolução nº 271/87), deve ser entendido como tarifa?

Resposta — O adicional em causa não se confunde com a tarifa ordinária, embora tenha natureza correlata como parcela da receita do serviço.

Trata-se de subsídio temporário destinado a fim certo e compulsório quanto à sua aplicação.

Não se confunde, por este motivo, com a fonte primária de atendimento do custo do serviço, imputável à tarifa.

Dentro do esquema peculiar do regime subvencionado do transporte coletivo em Brasília o adicional se apresenta como uma vantagem complementar à renda ordinária do serviço.

Terceiro — Concedido tal adicional — ainda que com destinação específica — pode o poder concedente reclamar-lhe a devolução?

Resposta — Como o adicional, concedido a prazo certo, destina-se a uma aplicação específica, é lícito ao poder concedente fiscalizar sua adequada aplicação, para que não ocorra desvio de finalidade.

Comprovada, em regular tomada de contas, a inaplicação parcial dos recursos vinculados, caracteriza-se obrigação de restituir.

Quarto — Tal devolução — se puder ser reclamada — será da importância total recebida, ou, apenas, da parte da importância que não houver sido aplicada na destinação específica para a qual foi concebida?

Resposta — A eventualidade de restituição somente será cabível com respeito à parte inaplicada dos recursos vinculados. Não cabe a devolução dos valores efetivamente aplicados na aquisição de novos veículos.

Quinto — Poderia a Resolução nº 284, de 12-06-87, baixada por órgão do poder conce-

dente, modificar cláusulas de “termo” firmado pelo poder concedente e empresas concessionárias ou permissionárias do serviço?

Resposta — O esquema de financiamento do Programa de Renovação da Frota, oriundo da proposta contida na Resolução nº 271/87, do Conselho de Transporte Público Coletivo, foi aprovada pelo Decreto nº 10.384, de 11 de maio de 1987.

Este decreto é o ato institucional do programa, com a criação do adicional em causa, prevista tão-somente a devolução dos montantes recebidos e não empregados.

Não cabe a outra Resolução do referido Conselho — a de nº 284 — força derogatória de esquema aprovado em ato executivo, de maior hierarquia.

A manifestação do Conselho não tem substância atributiva de direitos e obrigações. Apenas executa, mas não modifica ato superior de teor normativo.

Uma palavra final deve ser aditada no sentido de que a decisão do Tribunal de Contas impondo a restituição integral do montante arrecadado padece, a nosso ver, de vício essencial de legalidade, desconhecendo a legitimidade do direito dos transportadores aos valores do adicional efetivamente aplicados na renovação dos bens em serviço.

A força de executoriedade da decisão, como título executivo, poderá ser contrastada pelo legítimo direito da empresa transportadora à propriedade dos valores comprovadamente investidos na finalidade prevista.

Este é nosso parecer sobre a matéria da consulta.

Rio de Janeiro, 6 de junho de 1995

Caio Tácito