CORDEIRO, LIMA

E ADVOGADOS

CORDEIRO, LIMA

E ADVOGADOS

COLETÂNEA DE ARTIGOS SOBRE MOBILIDADE URBANA NO BRASIL

Ficha Catalográfica:

CORDEIRO, LIMA E ADVOGADOS. Coletânea de Artigos Sobre Mobilidade Urbana no Brasil. São Paulo: Cordeiro, Lima e Advogados, 2019.

1. Direito Administrativo 2. Direito da Mobilidade Urbana 3. Direito Civil
4. Direito Trabalhista 5. Mobilidade Urbana

SUMÁRIO

7 . **PREFÁCIO**

9 . **GUIA REGULATÓRIO DA MOBILIDADE URBANA NO BRASIL**
Leonardo Cordeiro | Ivan Lima | João Gabriel G. Pereira

25 . **AS HIPÓTESES DE TRANSFERÊNCIA DA CONCESSÃO** – *Leonardo Cordeiro*

29 . **DIREITO DE RESCISÃO DO CONCESSIONÁRIO À LUZ DA REALIDADE DOS CONTRATOS DE CONCESSÃO:** O CASO DO TRANSPORTE PÚBLICO COLETIVO MUNICIPAL – *Ivan Lima*

35 . **DESNECESSIDADE DE LEI LOCAL PARA INSTITUIÇÃO E PAGAMENTO DE SUBSÍDIOS TARIFÁRIOS AO TRANSPORTE PÚBLICO COLETIVO DE PASSAGEIROS** – *João Gabriel G. Pereira*

41 . **PROGRAMA AVANÇAR CIDADES:** FINANCIAMENTO PÚBLICO ALTERNATIVO PARA OS SERVIÇOS DE TRANSPORTE COLETIVO – *Caio Figueiroa*

47 . **ANÁLISE DE POSSÍVEIS ALTERNATIVAS À GARANTIA DA SUSTENTABILIDADE ECONÔMICA PREVISTA NO ART. 6º, VIII DA LEI FEDERAL Nº 12.587/2012** – *Ilana Lafer*

53 . **A EXTINÇÃO DA FUNÇÃO DE COBRADOR** – *Antônio Gomes | Gisele Accarino*

61 . **FINANCIAMENTO DE PROJETOS DE MOBILIDADE URBANA POR MEIO DE DEBÊNTURES DE INFRAESTRUTURA (LEI Nº 12.431/11)** – *Caio Figueiroa | Eduardo Medeiros*

67 . **RESPONSABILIDADE CIVIL EM TRANSPORTE DE PASSAGEIROS** – *Lucas Romeu*

73 . **REDUÇÃO DO ISS COMO POLÍTICA TRIBUTÁRIA ESPECÍFICA PARA MOBILIDADE URBANA** – *Felipe Courel*

79 . **SISTEMA DE MICROMOBILIDADE:** CONDIÇÕES ATUAIS E PERSPECTIVAS DE INTEGRAÇÃO DE MODAIS – *Caio Figueiroa | Ilana Lafer*

83 . **ALTERAÇÕES NO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO E O COMBATE AO TRANSPORTE CLANDESTINO NO BRASIL** – *João Gabriel G. Pereira*

89 . **PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA:** UMA ALTERNATIVA AO PARCEIRO PRIVADO E PARA O PODER PÚBLICO – *Antônio Gomes*

95 . **AS PECULIARIDADES DA RESCISÃO CONTRATUAL DO CONTRATO DE TRABALHO POR MÚTUO ACORDO** – *Gisele Accarino*

101 . **A TRANSFERÊNCIA DE ATESTADOS ENTRE EMPRESAS DE TRANSPORTE E A COMPROVAÇÃO DE CAPACIDADE TÉCNICO-OPERACIONAL EM LICITAÇÕES** – *Eduardo Medeiros*

107 . **LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS** – *Lucas Romeu*

CORDEIRO, LIMA

E ADVOGADOS

PREFÁCIO

O Cordeiro, Lima e Advogados celebrou, no ano de 2018, 10 anos de sua fundação, tendo se consolidado como um escritório de vanguarda, principalmente quando o assunto é voltado ao setor de transporte coletivo de passageiros, bilhetagem eletrônica e demais serviços ligados à mobilidade urbana.

Valorizando suas origens, o escritório ganhou espaço e visibilidade graças à sua atuação de excelência assessorando diversas empresas, dos mais variados portes, de norte a sul do país, na árdua – porém recompensadora – missão de transportar PESSOAS!

Graças às oportunidades propiciadas por nossos clientes, verdadeiros parceiros de caminhada, o Cordeiro, Lima e Advogados angariou ampla expertise no setor, permitindo aos seus advogados desenvolver soluções inovadoras nas mais variadas áreas do direito empresarial (societário e contratos, tributário, direito público e regulatório, infraestrutura, cível e trabalhista).

Esta publicação traz um conjunto de artigos escritos por nossos profissionais envolvendo o tema da mobilidade urbana, e tem por finalidade maior expressar os nossos agradecimentos aos clientes e parceiros que nos permitiram atingir tamanho sucesso nessa primeira década de existência, e que seguramente nos acompanharão nas décadas seguintes.

Nas páginas desta obra, empresas, poder público, usuários e demais classes interessadas serão transportadas a reflexões e propostas sobre temas relevantes do transporte de passageiros e mobilidade urbana como um todo.

Esperamos que aproveite essa viagem.

Boa leitura!

Leonardo Cordeiro e Ivan Lima

CORDEIRO, LIMA E ADVOGADOS

GUIA REGULATÓRIO DA MOBILIDADE URBANA NO BRASIL

Leonardo Cordeiro é sócio fundador do Cordeiro, Lima e Advogados, especialista em Direito Tributário pela PUC-SP, possui LL.M. em Direito Societário pelo INSPER/SP e é mestrando em Direito dos Negócios pela FGV-SP.

Ivan Lima é sócio fundador do Cordeiro, Lima e Advogados, pós-graduado em Processo Civil pela PUC-SP e é mestrando em Direito Público pela FGV/SP.

João Gabriel G. Pereira é sócio do Cordeiro, Lima e Advogados, advogado especialista atuante na área de Direito Público, cursando no MBA de PPP e Concessões pela Fundação Escola de Sociologia e Política de São Paulo – FESPSP.

Introdução

Como devem os gestores públicos e parceiros privados encarar os desafios da mobilidade urbana no Brasil na próxima década? A resposta a esta pergunta não é fácil, mas passa certamente pelas regras estabelecidas na legislação nacional vigente.

O tema da mobilidade urbana vem, a cada dia, ganhando mais espaço nos debates públicos do dia a dia, com participação ativa da sociedade civil, setor privado (empresas tradicionais, startups, entidades representativas) e poderes públicos das três esferas.

Prova cabal disso foram as manifestações ocorridas no mês de junho de 2013, onde pautas direcionadas à mobilidade urbana levaram milhares de pessoas às ruas em 12 capitais e dezenas de cidades, atingindo mais quase 79.000.000,00 de internautas por meio de compartilhamentos de notícias e informações a esse respeito[1].

A ampliação expressiva dos modos de deslocamento, especialmente de *pessoas*, ocasionada pela *facilidade de acesso* propiciadas por ferramentas de tecnologia (aplicativos em smartphones e outras plataformas digitais), *aliada à praticidade e baixos custos*[2] ao bolso do usuário, trouxeram à tona complexas discussões acerca de bicicletas, patinetes elétricos, transporte (coletivo e individual) sob demanda.

Ao nosso ver, são inerentes aos *elementos da mobilidade urbana* (modos de transporte, de serviços e de infraestruturas) uma série de características próprias, que denominamos de *variáveis sensíveis*, que a sujeitam a uma *extrema suscetibilidade política*.

Em *primeiro lugar*, embora tais elementos se destinem aos usuários que deles fazem uso, é fato que seu funcionamento impacta diretamente sobre a vida de *terceiros não usuários*, ampliando expressivamente sua relevância social. A título de exemplo, basta uma greve de apenas um modal (metrô, ônibus etc.) para que todo o tráfego de uma cidade de médio ou grande porte se sobrecarregue mais do que o usual, afetando aqueles que se utilizam de carro próprio, por exemplo.

Em *segundo lugar*, sob o ponto de vista dos usuários, esses elementos são objeto de *uso recorrente, praticamente diário*, sobretudo o transporte público coletivo sob pneus e trilhos, elevando o senso crítico e percepções dos passageiros sobre o serviço. Confirmando essa ideia, os gastos como transporte de pessoas representa *parcela significativa do orçamento familiar,* ficando em segundo lugar, junto com alimentação, atrás somente de habitação, com tendência de elevação[3], variando entre 10% a 15% da renda[4], conforme o ganho mensal.

Em *terceiro lugar*, há o fato relevantíssimo de que *a fixação da tarifa*[5] *do transporte público* depende, exclusivamente, de ato do Chefe do Poder Executivo, submetendo a determinação do valor a um processo político, cujo resultado nem sempre dialoga com o resultado dos correspondentes estudos técnicos.

Em *quarto lugar*, mas não menos relevante, há o *evidente caráter complexo da mobilidade urbana* em si, resultado da *pluralidade de agentes envolvidos* (Poder Público, cidadãos, empresas privadas, entidades não governamentais nacionais e internacionais, dentre outros), dos respectivos *tipos atividades* públicas e privadas e *regime jurídico* a que se submetem (exploração de bens e serviços públicos, de atividades lucrativas ou não) e dos *interesses a serem satisfeitos* (desde fazer o cidadão comum chegar ao local de trabalho, até a logística de cargas para distribuição diária de alimentos frescos).

Essas *características próprias da mobilidade urbana*, consequentemente, resultam em árduos problemas para os seus diversos atores, cuja solução requer definição clara das principais normas[6] a elas aplicáveis, sucintamente analisadas neste ***Guia Regulatório***.

Esse texto serve, portanto, à apresentação dos principais elementos que compõem esse panorama *em âmbito federal*, com destaques a seus aspectos mais relevantes.

Panorama Regulatório em Âmbito Federal

O protagonismo da mobilidade urbana no Brasil, acentuado nos últimos cinco anos, nos obriga a refletir sobre o quais *são e como se organizam as normas jurídicas* voltadas a sua regulação.

Para uma análise mais didática, propomos a sistematização dessas normas do seguinte modo, organizado de acordo com as competências dos entes federativos envolvidos, expressos no *Quadro nº 01* ao fim do texto[7] (que também oferece uma visão objetiva sobre as normas estaduais e federais relevantes).

Assim, a rigor, quando um ente federativo visa *criar ou executar* sua política de mobilidade urbana, obrigatoriamente, deve-se observar todas as leis acima relacionadas, e eventuais regulamentações correspondentes, que em conjunto formam o *regime jurídico da mobilidade urbana*.

Plano Federal: Visão Geral

Embora a *Constituição Federal* não faça menção expressa à mobilidade urbana, depreende-se que sua regulação é um *desdobramento das competências* de entes federativos relacionadas ao *desenvolvimento urbano* (tais como, saneamento, habitação, dentre outros), voltadas a "ordenar o pleno desenvolvimento das *funções sociais da cidade* e garantir o bem-estar de seus habitantes".[8]

Justamente visando cumprir essa previsão constitucional, no ano de 2012, foi editado o primeiro e *mais relevante marco legal* sobre o assunto, a Lei Federal nº 12.587/12, que instituiu a *Política Nacional de Mobilidade Urbana* como *instrumento da política de desenvolvimento urbano*, cujo objetivo é "a integração entre os *diferentes modos de transporte* e a melhoria da acessibilidade e mobilidade das *pessoas e cargas* no território do *município*".[9]

Assim, em cumprimento a essa previsão constitucional, a *regulação geral da mobilidade urbana* foi operada em *âmbito nacional*, inicialmente por meio da Lei Federal nº 12.587/12, aplicável a todos os entes federativos (União, estados, Distrito Federal e municípios), cujo o texto original de alguns dispositivos relevantes já sofreram alterações substanciais, nos anos de 2013 e 2018 (algumas delas tratadas mais adiante).

Ainda, há outras *leis federais aplicáveis a todos os entes federativos* que tratam da matéria de mobilidade urbana, em maior ou menor grau. Vejamos.

O *Estatuto da Cidade*, em seu texto original, já incluía o "transporte urbano" como elemento integrando do objeto do Plano Diretor a ser elaborado pelo município[10], *sendo acrescida a mobilidade urbana a este escopo* no ano de 2015, e, assim, compatibilizando-se com a Lei Federal nº 12.587/12.

É interessante notar que o Estatuto da Cidade[11] (editado em *2001*) coloca o *transporte* como uma de suas maiores preocupações, ao lado de saneamento e habitação, incluindo *como diretrizes gerais* do Plano Diretor a garantia do direito ao transporte e a oferta de transporte de acordo com *interesses e necessidades da população e às características locais*[12].

E mais: a mesma já estabelecia ao município, antes da Lei Federal nº 12.587/12, uma obrigação própria especialmente voltada ao transporte, consistente na elaboração de um *plano de transporte urbano integrado*[13] [14], compatível com o plano diretor ou inserido no mesmo[15].

Por seu turno, a Lei Federal nº 12.587/12, dialogando com o Estatuto da Cidade, estabelece a política tarifária do serviço de transporte público coletivo instrumento da política de ocupação equilibrada da cidade de acordo com o *plano diretor municipal*, regional e metropolitano[16].

Já o *Estatuto da Metrópole*[17] (editado em *2015*) é mais tímido com relação à disciplina direta e expressa da mobilidade urbana, remanescendo no texto vigente apenas obrigação da União em realizar ações voltadas à integração entre cidades gêmeas[18] localizadas na faixa de fronteira com outros países[19].

O tratamento raso dado por esta Lei se justifica na medida em que sua edição foi posterior à Lei Federal nº 12.587/12 que, dentro dos seus limites, *regulou a questão da mobilidade urbana nas metrópoles*[20].

Por fim, a Lei Federal nº 13.724/18[21], criou o *Programa Bicicleta Brasil* (PBB)[22], contendo normas gerais especialmente voltadas a este *modo de transporte não motorizado*[23], como o propósito específico de melhoria das condições de mobilidade urbana.

Com isso, foi clara a intenção do Poder Público Federal em privilegiar o estímulo ao uso de bicicleta como meio de locomoção, *em detrimento de outros modos motorizados ou não*, em cumprimento à diretriz nesse sentido prevista na Lei Federal nº 12.587/12[24].

Um aspecto curioso, provavelmente influenciado pela prática verificada em grandes cidades, é que a Lei franqueou, sem distinção, aos *três setores*[25] - *público, privado e não governamental (sem fins lucrativos)* - a possibilidade de realização das ações necessárias à execução do PBB.

A Lei trouxe, também, diversas disposições sobre os serviços, equipamentos (bicicletários e paraciclos) e infraestruturas viárias (ciclovias, ciclofaixas, faixas compartilhadas) e de apoio (banheiros e bebedouros) a ele relacionados.

Uma breve *reflexão crítica*: a Lei Federal nº 13.724/18 poderia ter sido *mais abrangente*, cuidando da *regulação geral dos modos de transporte não motorizados* (aí inclusos patinetes, monociclos e outros), dado o crescente número de modais nesse sentido em grandes cidades brasileiras, e os consequentes problemas resultantes da ausência de uma regulação apropriada.

Veja-se que, em princípio, as regras aplicáveis às bicicletas são extensíveis também a outros veículos não motorizados de porte igual ou inferior, remanescendo, ainda, uma melhor disciplina de aspectos como seu *uso de forma geral*, da *estrutura viária adequada a sua circulação e dos equipamentos* que visem à segurança do usuário *e de pedestre*.

Assim, *qualquer ente federativo que vise a criar ou executar suas Políticas de Mobilidade Urbana* deve, obrigatoriamente, observar as *principais normas vigentes* previstas na Constituição Federal, na Lei Federal nº 12.587/12, na Lei Federal nº 13.724/18, no Estatuto da Cidade (voltada a Munícipios), no Estatuto da Metrópole (voltada a Estados que possuam Regiões Metropolitanas e aos municípios que as integrem) e no Programa Bicicleta Brasil (PBB), sem prejuízo de outras que não foram por opção tratadas neste texto.

Plano Federal: Lei Federal nº 12.587/12 – Lei de Mobilidade Urbana

Considerando o propósito de oferecer uma visão macro do tema de mobilidade urbana, aqui, a análise recairá sobre os principais aspectos da Lei Federal nº 12.587/12, com indicações dos temas mais relevantes.

Antes de mais nada, vale uma breve interessante visão geral de todos assuntos regrados na Lei Federal nº 12.587/12:

- Disposições gerais acerca da Mobilidade Urbana: regulação do Plano Nacional de Mobilidade Urbana (inclusos seus Princípios, Diretrizes e Objetivos), do Sistema Nacional de Mobilidade Urbana, e definições relevantes da Lei;
- Disposições específicas acerca da Política Nacional de Mobilidade Urbana;
- Diretrizes específicas acerca da Regulação dos Serviços de Transporte Público Coletivo: inclui a regulação o transporte privado e individual de passageiros;
- Disposições acerca dos usuários da mobilidade urbana;
- Disposições acerca das atribuições de cada um dos entes federativos acerca da mobilidade urbana;
- Disposições acerca das diretrizes para o planejamento e gestão dos Sistemas De Mobilidade Urbana;
- Disposições acerca dos Instrumentos de Apoio à Mobilidade Urbana.

A Mobilidade Urbana como Sistema

Uma das mais relevantes inovações trazidas pela Lei Federal nº 12.587/12 foi a de *estruturar, conceitualmente, todos os elementos integrantes da mobilidade urbana*, de forma sinérgica entre si, constituindo verdadeiro Sistema de Mobilidade Urbana, definido como "*o conjunto organizado e coordenado* dos modos de transporte*, de serviços e de infraestruturas que* garante os *deslocamentos de pessoas e cargas* no território do município.".[26] Os *elementos integrantes* do Sistema Nacional de Mobilidade Urbana estão melhor representados no *Quadro nº 02* ao fim do texto.

Uma importante consequência dessa previsão é a *desmistificação do transporte público coletivo de passageiro (principalmente, sob pneus por ônibus)*, como único responsável pela efetivação da mobilidade urbana a passageiros.

Embora esse modal seja, de fato, um dos mais relevantes[27] e mais utilizados em todo o país, é preciso ter em conta que sua plena eficiência depende, também, dos demais serviços e infraestruturas a ele ligados, e que, no formato atual adotado, não estão sob sua responsabilidade.

A título de exemplo, uma *malha viária tecnicamente adequada* (com preferência ou exclusividade para ônibus)[28] e em *boas condições de uso* é fundamental para o atingimento *da velocidade comercial desses veículos*, importante indicador para apuração da produtividade operacional do transporte público[29], em que parâmetros como tempo de viagem, frequência, alocação de frota (entre outros) são impactados diretamente.

Inclusive, estudos da NTU[30] demonstram *projeção de elevação* considerável da participação da velocidade comercial na *composição do custo do valor tarifário*, partindo dos atuais 7% (ano de 2019) para 20% (ano de 2025).

Este é apenas um exemplo, envolvendo dois elementos integrantes da mobilidade urbana (o *serviço de transporte público de passageiros* e a *infraestrutura viária*), que revela a extrema relevância do conceito de *Sistema de Mobilidade Urbana* instituído pela Lei Federal nº 12.587/12.

A Regulação Específica do Setor de Transporte Público Coletivo de Passageiros

Outro assunto importante tratado pela Lei Federal nº 12.587/12 foi a *regulação específica, do serviço de transporte público coletivo de passageiros*[31], por meio das normas gerais aplicáveis inclusive aos municípios previstas em seu Capítulo II.

Historicamente essa atividade, não obstante à sua relevância geral e essencialidade[32] reconhecida constitucionalmente, careceu de uma regulação apropriada, diverso de outros serviços públicos que tiveram marcos legais próprios editados com maior intensidade após a década de 90 (setores de saneamento, elétrico e de telecomunicações, por exemplo).

Essa condição sempre foi causa de grande insegurança jurídica no setor, que, somada à condição de precariedade jurídica das outorgas de serviços públicos (derivada de ausência de licitação ou vencimento do prazo contratual), sempre serviram de base para negativa de direitos aos operadores privados, sobretudo os relacionados a reajuste ou revisão tarifária, reequilíbrio econômico-financeiro do serviço e direito à manutenção da relação jurídica existente (em regra, permissões de serviços públicos) ou à indenização no caso de extinção desse vínculo[33].

Certamente, a maior contribuição da Lei Federal nº 12.587/12 para a estabilidade do setor se refere à disciplina do *equilíbrio econômico-financeiro do serviço e à remuneração do operador, público ou privado*.

A Lei criou o conceito de *Tarifa Pública* (preço público cobrado do usuário) e *Tarifa de Remuneração* (valor destinado a cobrir os custos reais do serviço e da remuneração do prestador, oriundo da Tarifa Pública, somado a outras fontes de custeio, se necessário)[34].

Nas hipóteses em que o valor da Tarifa Pública seja inferior ao da Tarifa de Remuneração,

configura-se o denominado déficit, que deverá ser suprido com a utilização do *subsídio tarifário*[35], consistente em fonte de custeio proveniente do *próprio sistema* (receitas extratarifárias, receitas alternativas, subsídios cruzados intrassetoriais e intersetoriais provenientes de outras categorias de beneficiários dos serviços de transporte, dentre outros) ou *diretamente do Poder Público* delegante (subsídios orçamentários)[36].

Aliás, a mesma lei colocou expressamente como diretriz da política tarifária do transporte público coletivo a contribuição de *beneficiários indiretos* para custeio da operação dos serviços, aí compreendidos contribuintes do Erário Público não usuários do serviço[37]. Corroborando com esse argumento, inclusive, a mesma Lei estabeleceu como *possível fonte de custeio do subsídio tarifário* ao transporte público coletivo a receita oriunda de tributos incidentes sobre outros modos e serviços de transporte urbano[38] [39].

Todos esses dispositivos, em princípio, *permitem ao Poder Executivo de um ente federativo instituírem o mecanismo de subsídio tarifário, caso necessário, no serviço de transporte público de passageiro local*, observadas as previsões da Lei Federal nº 12.587/12, e demais regras previstas em normas gerais e locais aplicáveis[40].

As atribuições específicas dos municípios em Matéria de Transporte Urbano e Mobilidade Urbana

Não é demais dizer que a Lei Federal nº 12.587/12, por regrar o transporte urbano, teve como foco principal a criação de obrigações aos entes federativos municipais.

Dentre as mais relevantes, está a *elaboração e execução do próprio Plano de Mobilidade Urbana*[41], derivada da expressa atribuição (prevista na mesma Lei)[42] a estes entes *em planejar, executar e avaliar* a *política de mobilidade urbana* e efetuar a *regulamentação dos serviços de transporte urbano*.

O Plano de Mobilidade deve ser elaborado até *abril de 2019*[43], sob pena de *não recebimento de recursos federais* para projetos de mobilidade urbana, além de ser *compatibilizado com o Plano Diretor*[44], e, obrigatoriamente, passar por *avaliação, revisão e atualização* periódica no prazo máximo de 10 anos[45].

Além de garantir os princípios, os objetivos e as diretrizes da Lei Federal nº 12.587/12, *o Plano* deverá, necessariamente, regular modos de transporte, de serviços e de infraestruturas de mobilidade urbana de acordo com as necessidades locais[46], incluindo *mecanismos e instrumentos de financiamento do transporte público coletivo* e *da infraestrutura de mobilidade urbana*[47].

Chama a atenção, esse último aspecto, em que a Lei Federal nº 12.587/12 evidencia uma premente *preocupação específica com um dos serviços de mobilidade*[48], o transporte público que, há muito, não possui mais condições de ser mantido e*xclusivamente com receitas advindas da Tarifa Pública* paga pelo usuário, impondo ao município a

responsabilidade de organizar o seu financiamento de forma sustentável[49].

Outro tema relevante que pode, aliás deve, ser escopo do Plano de Mobilidade Urbana é a fiscalização do *transporte de passageiros realizado de forma ilegal*, assim entendido como a atividade prestada por terceiros que não detenham a outorga de serviço apropriada expedida pelo Poder Público competente.

Sem prejuízo das medidas administrativas e penalidades previstas no CTB[50], o órgão competente para tratar de questões de mobilidade urbana tem o dever de "combater o transporte ilegal de passageiros"[51], podendo, inclusive, a *celebrar de convênios* com o outros federativos para coibir esta prática[52].

Devem, portanto, os Municípios, ao elaborarem sobredito Plano, cuidarem de instituir políticas claras para coibição dessa prática, prevendo em Lei, sua devida *caracterização como ilegal*, acompanhadas de *sanções efetivas*, bem como garantindo os *recursos materiais e de pessoal requeridos para a fiscalização*.[53]

As Alterações Posteriores Realizadas na Lei Federal nº 12.587/12

Aliás, as alterações promovidas no ano de *2018*[54] na Lei Federal nº 12.587/12 deixaram claro que *também* se caracteriza como transporte ilegal a prestação de *serviços remunerados de transporte privado individual* em desacordo com o previsto *naquela Lei e, também, com o disposto na regulamentação do Poder Público local*.

Nessa mesma oportunidade de modificação legislativa no ano de 2018, foram estipuladas duas novas diretrizes, o uso de *créditos eletrônicos tarifários*[55] como diretriz da política tarifária do serviço de transporte público coletivo e a *garantia de sustentabilidade econômica*[56] como diretriz da Política Nacional de Mobilidade Urbana.

A Lei Federal nº 12.587/12, neste mesmo capítulo voltado ao serviços de transporte *público coletivo*, passou a regular com maior intensidade após as alterações ocorridas nos anos 2013[57], 2015[58] e 2018, os serviços de *características* (coletivo/individual) e *natureza* (público/privado) *diversas*, a saber "transporte *privado* coletivo"[59] (fretamento), "transporte remunerado privado individual"[60] (não aberto ao público, solicitado por aplicativo ou plataforma digital, tal como Uber e similares) e "transporte individual de passageiros"[61] (aberto ao público, especificamente táxi).

A complexidade desses assuntos *escapam ao objetivo* do presente texto. Contudo, a regulação do transporte remunerado privado individual na Lei Federal nº 12.587/12, deixou muito a desejar, sendo questionável, no mínimo, a seu *enquadramento conceitual*[62] e *adequação apropriada* aos princípios, objetivos e diretrizes previstos na Lei.

Conclusão

Como visto, a regulação da mobilidade urbana tende, a seu próprio exemplo, torna-se cada vez mais ampla e complexa.

A Lei Federal nº 12.587/12 consolidou-se como o *primeiro relevante marco legal da mobilidade urbana* mas, como visto, a dinâmica verificada desde então já demandou alterações importantes (nos anos de 2013, 2015 e 2018), assim como outra lei própria para tratar de um modo não motorizado (Programa Brasil Bicicleta – Lei Federal nº 13.724/18).

Em âmbito federal, o principal desafio que se coloca é *a capacidade de resposta regulatória* eficiente e com a mesma velocidade que se desenvolvem as inovações relacionadas à mobilidade urbana, sobretudo aquelas voltadas aos seus serviços.

Para os municípios, a tarefa é ainda mais árdua na gestão de interesses locais, pois compete a ele *solucionar a série de conflitos existentes* entre os diversos atores da mobilidade urbana (poder público em si, usuários, operadores privados, entidades sem fins lucrativos nacionais e internacionais, órgãos de controle, etc.).

Embora, de fato, cada caso tenha suas peculiaridades, esses entes federativos devem, no exercício de suas funções, assegurar o interesse público envolvido, que nesse caso se materializa com a plena aplicação de um dos principais nortes da Lei Federal nº 12.587/12: a priorização dos modos, serviços e infraestruturas *regularmente* constituídos e operantes, voltados ao atendimento *coletivo* dos usuários, em detrimento de *ações ou omissões regulatórias e fiscalizatórias* que viabilizem a proliferação *inadequada* de meios de *transporte individuais ou irregulares* (clandestinos, nos termos da Lei).

QUADRO Nº 01

PLANO FEDERAL	
Constituição Federal	Enquadramento do transporte como direito social (Art. 5º, caput). Normas gerais de política de desenvolvimento urbano, gênero do qual a política de mobilidade urbana é espécie e transportes urbanos (Art. 21, XX c/c Art 182, caput).
Lei Geral – Lei Federal nº 12.587/12, com alterações posteriores em 2013 e 2018	Normas gerais acerca da mobilidade urbana e regulação do serviço de transporte público de passageiros.
Lei Específica – Lei Federal nº 13.724/18 (Programa Bicicleta Brasil)	Normas específicas acerca do modo de transporte por bicicleta e correspondentes serviços, equipamentos e infraestrutura.
Disposições Esparsas em outras leis: Estatuto da Cidade (Lei Federal nº 10.257/01) e Estatuto da Metrópole (Lei Federal nº 13.089/15)	

PLANO ESTADUAL / DISTRITAL
• **Constituição Estadual** • **Lei Estadual** – Plano Integrado de Desenvolvimento Urbano • **Leis Estaduais que tratem da Região Metropolitana e assuntos pertinentes**

PLANO MUNICIPAL
• **Lei Orgânica Municipal** • **Lei Municipal Autorizativa e Regulatória** • **Lei Municipal** - Plano Diretor • **Lei Municipal** - Plano de Mobilidade Urbana • **Lei Municipal que trate de contratações administrativas** • **Lei Municipal que trate de outorga de serviços** • **Lei Municipal que trate de outorga de uso de bens públicos** • **Lei Municipal que trate de regulação de atividade de interesse público ou atividade econômica**

QUADRO Nº 02

MODOS DE TRANSPORTE URBANO

I - motorizados; e

II - não motorizados.

SERVIÇOS DE TRANSPORTE URBANO

I - quanto ao objeto:

a) de passageiros;

b) de cargas;

II - quanto à característica do serviço:

a) coletivo;

b) individual;

III - quanto à natureza do serviço:

a) público;

b) privado.

INFRAESTRUTURAS DE MOBILIDADE URBANA:

I - vias e demais logradouros públicos, inclusive metroferrovias, hidrovias e ciclovias;

II - estacionamentos;

III - terminais, estações e demais conexões;

IV - pontos para embarque e desembarque de passageiros e cargas;

V - sinalização viária e de trânsito;

VI - equipamentos e instalações; e

VII - instrumentos de controle, fiscalização, arrecadação de taxas e tarifas e difusão de informações.

1 ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS TRANSPORTES PÚBLICOS – ANTP. *Mobilidade humana para um Brasil urbano. Luiz Carlos Mantovani Néspoli (coordenação geral). Eduardo Alcântara de Vasconcellos (coordenação técnica). ANTP: São Paulo, 2017, p. 10.*

2 Os quais, nem sempre, decorrem de uma justa condição de igualdade entre os diversos atores da mobilidade urbana, gerando prejuízos, diretos ou indiretos, a determinados modos de transporte e a seus usuários.

3 Fonte: INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. *Pesquisa de Orçamentos Familiares*. Marcia Maria Melo Quintslr (Coordenação de Trabalho e Rendimento). Patrícia Constante Jaime (Coordenação Geral de Alimentação e Nutrição). IBGE: Rio de Janeiro, 2010, p. 20.

4 Fonte: INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA - IPEA. *Nota Técnica sobre Tarifação e Financiamento do Transporte Público Urbano.* IPEA: Brasília, 2013, p. 04.

5 Ainda que haja casos em que a remuneração da prestação do serviço é complementada por subsídio orçamentário, o seu pagamento regular também depende de ato do Poder Executivo e, não raras vezes, é comum o não cumprimento dessa obrigação, a despeito de previsão contratual ou legal expressa.

6 Por uma questão de objetividade, optou-se por tratar das principais normas incidentes sobre a mobilidade urbana, com enfoque no *deslocamento de passageiros (excluindo-se, portanto, aquelas mais específicas voltadas ao transporte de cargas) não abordando, em razão disso, outras como as previsões do Art. 5º, caput, da Constituição Federal (transporte como direito social), da Lei Federal nº 9.506/97 (Código de Trânsito Brasileiro, da Lei Federal nº 10.098/00 (Lei de Acessibilidade), da Lei Federal nº 12.009/09 (Regulamenta o exercício das atividades dos profissionais em transporte de passageiros com uso de motocicleta), da Lei Federal nº 13.146/15 (Estatuto da Pessoa com Deficiência), dentre outras.*

7 Por questões de didatismo e objetividade, vamos nos ater somente às normas de natureza federal, já que as normas estaduais, distritais e municipais, naturalmente, variam de acordo com o caso concreto.

8 V. Art. 182, *caput, da Constituição Federal.*

9 Veja-se que a definição de mobilidade urbana, da própria Lei Federal nº 12.587/12, acaba sendo um pouco mais restrita, limitando-a a zona urbana do município, dando a entender a exclusão da zona rural, nos termos do Art. 4º "(...)II - mobilidade urbana: condição em que se realizam os deslocamentos de pessoas e cargas no *espaço urbano;"*

10 Art. 3º, IV, da Lei Federal nº 12.587/12.

11 Art.1º (...)Parágrafo único. Para todos os efeitos, esta Lei, estabelece *normas de ordem pública e interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos,* bem como do equilíbrio ambiental.

12 Art. 2º, I e V, da Lei Federal nº 12.587/12.

13 A Resolução nº 34, de 01 de julho de 2005, do Conselho das Cidades, trouxe algumas especificações acerca deste instrumento.

14 Para os municípios de mais de 500.000 habitantes, o plano de transporte deverá prever ações do Programa Brasil de Bicicleta, instituído pela a Lei Federal nº 13.724/18 (V. Art. 5º, p.u. desta lei).

15 Art. 41, §2º, da Lei Federal nº 12.587/12.

16 Art. 8, III, da Lei Federal nº 12.587/12.

17 Art. 1º Esta Lei, denominada Estatuto da Metrópole, estabelece diretrizes gerais para o planejamento, a gestão e a execução das funções públicas de interesse comum em regiões metropolitanas e em aglomerações urbanas instituídas pelos Estados, normas gerais sobre o plano de desenvolvimento urbano integrado e *outros instrumentos de governança interfederativa, e critérios para o apoio da União a ações que envolvam governança interfederativa no campo do desenvolvimento urbano, com base nos incisos XX do art. 21 , IX do art. 23 e I do art. 24 , no § 3º do art. 25 e no art. 182 da Constituição Federal* .

18 Assim entendidos como os municípios, com mais de 2.000 habitantes, cortados pela linha de fronteira, seja essa seca ou fluvial, articulada ou não por obra de infraestrutura, e demais características descritas no Art. 1º da Portaria nº 213, de 19 de julho de 2016, do Ministério da Integração Nacional.

19 Art. 16, da Lei Federal nº 12.587/12.

20 Arts. 8º e 16, observada a disposição do Art. 26, todos da Lei Federal nº 12.587/12.

21 Art. 1º Esta Lei institui o Programa Bicicleta Brasil (PBB) para *incentivar a inserção da bicicleta como meio*

de transporte, com vistas *à melhoria das condições de mobilidade urbana, e* dispõe, para tanto, sobre as diretrizes que o nortearão, os seus objetivos, os agentes públicos e privados relevantes para a sua implementação, as ações a serem realizadas e os recursos alocáveis.

22 A ser implementado em municípios com população superior a 20.000 habitantes.

23 Sobre este tema, ver artigo sobre desta publicação intitulado **"Sistema de Micromobilidade: Condições Atuais e Perspectivas de Integração de Modais"**.

24 "Art. 6º A Política Nacional de Mobilidade Urbana é orientada pelas seguintes diretrizes: (...) II- *prioridade dos modos de transportes não motorizados sobre os motorizados* e dos serviços de transporte público coletivo sobre o transporte individual motorizado;"

25 Art. 4º, §1º, da Lei. O §2º do mesmo artigo, estabelece que a participação do setor privado e não governamental "*ocorrerá na forma de contrato ou parceria público-privada",* o que parece impróprio do ponto de vista técnico-jurídico, por colocar em pé de igualdade dois institutos jurídicos distintos: 1. meio de formalização de relação bilateral com o Poder Público (contrato); e 2. uma das modalidades de outorga de serviços públicos (parceria público-privada).

26 Art. 3º, da Lei Federal nº 12.587/12.

27 Argumento corroborado pelo fato de haver um Capítulo (III) próprio da lei destinado a sua regulação.

28 Conforme autoriza expressamente o Art. 23, IV, da Lei Federal nº 12.587/12: "Art. 23. Os entes federativos poderão utilizar, dentre outros instrumentos de gestão do sistema de transporte e da mobilidade urbana, os seguintes: (...) IV - *dedicação de espaço exclusivo nas vias públicas para os serviços de transporte público coletivo e modos de transporte não motorizados;"*

29 Associação Nacional das Empresas de Transportes Urbanos. *Anuário NTU: 2017-2018.* Brasília: NTU, 2018, fls. 40.

30 Associação Nacional das Empresas de Transportes Urbanos. *Anuário NTU: 2017-2018.* Brasília: NTU, 2018, fls. 41.

31 As empresas privadas interessadas em participar de licitações de transporte público coletivo de passageiros se deparam com inúmeros desafios. Dentre eles, a questão da qualificação técnica exigida pelo Art. 30 da Lei Federal nº 8.666/93, que pode demandar soluções complexas, como a retratada em artigo desta publicação intitulado **"A Transferência de Atestados Entre Empresas De Transporte e a Comprovação de Capacidade Técnico-Operacional em Licitações"**.

32 Característica expressamente atribuída ao serviço executado *em âmbito municipal,* nos termos do Art. 30, V, da Constituição Federal.

33 Os operadores desse setor ainda enfrentam algumas dificuldades dessa natureza. Sobre este tema, ver artigos sobre nesta publicação intitulados **"As Hipóteses de Transferência da Concessão"** e **"Direito de Rescisão do Concessionário À Luz da Realidade dos Contratos de Concessão: O Caso do Transporte Público Coletivo Municipal"**.

34 Art. 9º, §§1º e 2º, da Lei Federal nº 12.587/12.

35 V. também condicionantes do Art. 10, p.u., da mesma Lei Federal nº 12.587/12.

36 Art. 5º, da Lei Federal nº 12.587/12.

37 Art. 8º, IV, da Lei Federal nº 12.587/12.

38 Art. 23, III, da Lei Federal nº 12.587/12.

39 Uma análise mais aprofundada do uso de tributos pelo município como instrumento de gestão da mobilidade urbana foi realizada em artigo desta publicação intitulado **"Redução do ISS como política tributária específica para mobilidade urbana"**.

40 Sobre os principais aspectos jurídicos do subsídio tarifário, ver artigo constante dessa publicação, intitulado **"Desnecessidade de Lei Local Para Instituição e Pagamento de Subsídios Tarifários ao Transporte Público Coletivo de Passageiros"**.

41 Art. 24, §1º, da Lei Federal nº 12.587/12, aplicável a municípios com população acima de 20.000 (vinte mil) habitantes e em todos os demais obrigados, na forma da lei, à elaboração do plano diretor.

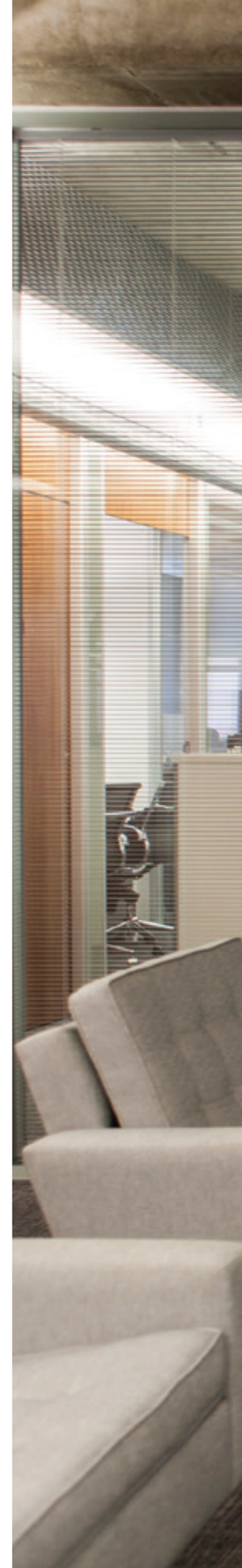
42 Art. 18, I, da Lei Federal nº 12.587/12.

43 Art. 24, §4º, da Lei Federal nº 12.587/12 (Prazo prorrogado pela *segunda vez,* de acordo com a Lei Federal nº 13.406/16).

44 Art. 24, §3º, da Lei Federal nº 12.587/12

45 Art. 24, X, da Lei Federal nº 12.587/12.

46 E demais requisitos descritos no Art. 24, da Lei Federal nº 12.587/12.
47 Sobre o assunto, ver os artigos constantes dessa publicação, intitulados **"Programa Avançar Cidades: Financiamento Público Alternativo Para os Serviços de Transporte Coletivo"** e **"Financiamento de Projetos de Mobilidade Urbana por Meio de Debêntures de Infraestrutura (Lei n. 12.431/11)"**.
48 Art. 24, X, da Lei Federal nº 12.587/12.
49 Dentre as diversas medidas aptas à desoneração do custo da atividade, está a adequação do posto de cobrador nas operações (solução adotada em 63 cidades, conforme dados da NTU*), assunto de artigo desta publicação intitulado **"A Extinção da Função de Cobrador"**. Ainda, sobre as novidades da Reforma Trabalhista em matéria de rescisão de contrato de trabalho, ver artigo desta publicação intitulado **"As Peculiaridades da Rescisão Contratual do Contrato de Trabalho por Mútuo Acordo"**. *Gazeta on line. *No Brasil, 63 cidades já contam com ônibus sem cobradores.* Acesso em: 20.08.19. Disponível no link: https://www.gazetaonline.com.br/noticias/cidades/2019/08/retirada-dos-cobradores-e-um-caminho-sem-volta--diz-associacao-1014194042.html
50 Os entes federativos, usualmente, aplicam a penalidade de multa, somada a medida administrativa de *retenção (*imobilização temporária do veículo no local da infração até solução da irregularidade) do veículo quando constatado o transporte ilegal, com base no Art. 231, VII, do CTB (transporte ilegal de passageiros em geral e bens). A Lei Federal nº 13.855/19, que entra em vigor em meados de novembro de 2019, trouxe importantes alterações, dentre elas a possibilidade de *remoção* (destinação do veículo a pátio, liberado somente após o pagamento de diversos valores) do veículo utilizado no transporte ilegal como medida administrativa. Sobre o assunto, ver artigo constante dessa publicação intitulado **"Alterações no Código de Trânsito Brasileiro e o combate ao transporte clandestino no Brasil"**.
51 Art. 22, VI, da Lei Federal nº 12.587/12.
52 Art. 23, VIII, da Lei Federal nº 12.587/12.
53 Além do transporte clandestino, outra grande dificuldade encarada por operadores de transporte de passageiros é a indústria de indenizações derivadas de acidentes de trânsito. Esse assunto foi tratado em artigo desta publicação intitulado **"Responsabilidade Civil em Transporte de Passageiros"**.
54 Lei Federal nº 13.640/18, que disciplinou os serviços remunerados de transporte privado individual de passageiros.
55 A Lei Geral de Proteção de Dados (Lei Federal nº 13.709/18) trará impactos relevantes para todas as atividades realizadas no país, inclusas aquelas que envolvem dados os usuários dos serviços de transporte coletivo de passageiros. Uma visão geral sobre esta lei é objeto de artigo desta publicação, intitulado **"Lei Geral de Proteção de Dados"**.
56 Sobre este tema, ver artigo desta publicação intitulado **"Análise de possíveis alternativas à garantia da sustentabilidade econômica prevista no art. 6º, VIII da lei federal nº 12.587/2012"**.
57 Lei Federal nº 12.865/13.
58 Lei Federal nº 13.146/15.
59 Art. 11, da Lei Federal nº 12.587/12.
60 Art. 11-A. da Lei Federal nº 12.587/12.
61 Art. 12, da Lei Federal nº 12.587/12.
62 Art. 4º, X, da Lei Federal nº 12.587/12.



AS HIPÓTESES DE TRANSFERÊNCIA DA CONCESSÃO

Leonardo Cordeiro é sócio fundador do Cordeiro, Lima e Advogados, especialista em Direito Tributário pela PUC-SP, possui LL.M. em Direito Societário pelo INSPER/SP e é mestrando em Direito dos Negócios pela FGV-SP.

Os contratos de concessão, em quaisquer de suas modalidades, são contratos de longo prazo, sujeitos, portanto, às intempéries da economia e aos riscos jurídico-políticos que infelizmente ainda permeiam as relações público-privadas no Brasil. Basta compreender-se que numa concessão de dez anos – curta, portanto –, o concessionário se relacionará com, no mínimo, três administrações distintas, considerando-se o ciclo eleitoral atualmente vigente no Brasil, de quatro anos.

Claro que a alteração do corpo da administração pública não deveria, em tese, alterar a lógica do cumprimento do contrato – de parte a parte. Mas sabemos, no entanto, que essa não é a realidade no Brasil, e os contratos públicos acabam por sujeitar-se, sim, às vontades e interpretações do administrador de plantão.

Além disso, no horizonte da mobilidade, vários são os elementos que alteram os riscos do contrato e podem influenciar significativamente no interesse do parceiro privado na continuidade da operação; e sua própria capacidade de cumprir o contrato público nos termos originalmente contratados.

Como estamos tratando de serviço essencial – e que, por isso mesmo, não admite solução de continuidade –, as situações que possam trazer risco à continuidade do serviço e à própria manutenção da relação contratual devem ser sempre evitadas e mitigadas da forma mais eficiente possível.

É por essas (e outras) razões que temos advogado, há tempos, em favor da *modernização dos contratos de transporte*. Aumento da segurança jurídica e a adequação do escopo para garantir o adequado equilíbrio econômico-financeiro do contrato são algumas das vantagens vislumbradas nesse processo de modernização. Há outras, mas que não vem ao caso, nesse artigo, tratar.

Até porque, sempre que tal expediente se torne inviável – dado que carece de verdadeira (e legítima) *negociação* entre as partes contratantes –, é de interesse do poder concedente evitar a descontinuação do contrato, que demanda procedimentos jurídicos complexos e politicamente desgastantes, e também do concessionário, dado que o contrato público é um *ativo* e, como tal, possui valor.

Eis que surge como solução à manutenção da relação contratual a *transferência* da concessão a um terceiro (a quem a lei chama de *pretendente*). Ou seja, o concessionário pode ceder a um terceiro sua posição contratual, transferindo àquele terceiro a condição de concessionário nos *exatos termos do contrato de concessão*.

Essa solução não é nova e está expressamente prevista no art. 27 da Lei nº 8.987/95 ("Lei Geral de Concessões"), que regula, essencialmente, as condições em que tal transferência se processará. A regra ali posta é clara: o pretendente deve preencher todos os requisitos de habilitação (jurídica, técnica, econômico-financeira e fiscal), bem como deve comprometer-se a cumprir todas as cláusulas do contrato em vigor para que a anuência prévia do poder concedente seja outorgada.

Assim, já é possível dizer que as únicas exigências legais para que o poder concedente conceda a anuência prévia ao pretendente para assunção da posição de concessionário são aquelas ali apontadas: habilitação e compromisso de cumprimento do contrato.

Mas, claro, a Lei Geral de Concessões, na nossa visão, é uma lei nacional (e de eficácia plena, é bom dizer) e, portanto, não exige regulação em nível estadual e municipal. Nada impede, claro, que leis de outras entidades federativas possam também regular o assunto, mas jamais, a nosso sentir, podem vedar ou criar outras exigências para que se processe a transferência da concessão.

E, se assim é, cabe às legislações locais apenas e tão-somente regulamentar o exercício desse direito – de transferir a concessão –, mas nunca proibir seu exercício ou mitigá-lo com exigências não previstas na legislação nacional.

Mais ainda: sob essa ótica, a concessão da anuência prévia pelo poder concedente é *ato vinculado*, não admitindo, assim, exercício de discricionariedade por parte da administração pública. É dizer: se cedente e pretendente apresentam um requerimento, e se a pretendente preenche os requisitos de habilitação exigidos no edital de licitação, bem como se compromete a cumprir todas as cláusulas do contrato de concessão, não há espaço para julgamento discricionário por parte do administrador público.

E por que? Ora, a resposta é bastante simples: ao poder concedente interessa que o concessionário detenha a capacidade para operar o serviço e cumpra o contrato. Ao concessionário é atribuído o direito *legal* de ceder sua posição contratual a quem apresente essa capacidade e se comprometa a cumprir o contrato. Logo, inexiste prejuízo ao poder concedente na transferência da concessão. Inexistindo *prejuízo*, não há que se falar em conveniência e oportunidade de se processar tal transferência.

Apesar de a disposição legal ser objetiva – a exigência é apenas pela *anuência prévia* do poder concedente –, ainda resistem entendimentos em contrário que, sem suporte legal ou constitucional, acabam por inviabilizar transferências de titularidade da concessão legitimamente requeridas.

Primeiro, há uma série de confusões conceituais em relação ao instituto da transferência da concessão. O primeiro deles está ligado ao fato de que a transferência pode se processar entre empresas do mesmo grupo ou a terceiros completamente desvinculados do atual operador. Afinal, onde o legislador não proibiu, não é dado à administração pública proibir. Se entendermos que a transferência da concessão é um direito legítimo do concessionário, ao poder concedente é dado apenas fazer a análise objetiva das condições legalmente exigidas para que sua anuência prévia seja concedida. Nada mais. E, claro, desnudar-se a que título aquela cessão se deu (seja por cessão gratuita ou onerosa, entre empresas do mesmo grupo ou não) não é tarefa atribuída ao poder concedente, dado que *as razões pelas quais a concessão é transferida concentram-se exclusivamente no âmbito privado*.

Outra confusão bastante comum diz respeito à transferência de participação em consórcio, quando o consórcio é o concessionário. Nesses casos, não é incomum a simples *proibição* de transferência, quando, na realidade, o procedimento sequer se enquadra no conceito de transferência da concessão. É que, apesar de o consórcio não ser dotado de personalidade jurídica, ele é dotado de *personalidade contratual* e, portanto, titulariza a concessão. Logo, se um operador componente do consórcio transfere sua participação a outra pessoa jurídica (seja membro do consórcio ou não), ao poder concedente apenas cabe averiguar se o consórcio *mantém as condições de habilitação exigidas no edital*, porquanto sequer haverá alteração da titularidade do concessionário.

Por fim, há que se lembrar que, por força do disposto no art. 40, parágrafo único, da Lei Geral de Concessões, a regra da transferência também se aplica às permissões. As permissões, normalmente, não possuem o mesmo rigor contratual que as concessões, muitas vezes sequer tratando de hipótese de transferência. Mas, claro, essa circunstância não pode se tornar um impeditivo para que o permissionário também realize a transferência da permissão, dado que a lei estabelece todos os requisitos necessários para o exercício desse direito.

A transferência da concessão (ou da permissão, conforme o caso) deve ser encarada, na realidade, como um mecanismo de solução *privada* para um problema com contornos absolutamente públicos. É saudável, do ponto de vista contratual, que o concessionário possa se reestruturar ou mesmo ceder o ativo para terceiros, permitindo que o serviço em si – que é o que realmente importa do ponto de vista do poder concedente – mantenha-se sendo prestado de acordo com as exigências contratualmente estabelecidas.

DIREITO DE RESCISÃO DO CONCESSIONÁRIO À LUZ DA REALIDADE DOS CONTRATOS DE CONCESSÃO: O CASO DO TRANSPORTE PÚBLICO COLETIVO MUNICIPAL

Ivan Lima é sócio fundador do Cordeiro, Lima e Advogados, pós-graduado em Processo Civil pela PUC-SP e é mestrando em Direito Público pela FGV/SP.

Se há um problema latente nas concessões de serviços públicos a que se pode dar nome e endereço, este é a insegurança jurídica que permeia a relação entre poder público e iniciativa privada. A crescente postergação e omissão nas decisões administrativas durante a execução contratual é um fato que não se contesta. Infelizmente, nos serviços de transporte público coletivo essa constatação já se tornou regra, especialmente no âmbito municipal.

Não raro, esses contratos são desprovidos de um ambiente regulatório equilibrado. Conjuga-se, em um único sujeito, o papel de regulador, fiscalizador e parte. Ou seja, o regulador, que deveria justamente preservar as condições contratuais para garantir a multiplicidade de interesses envolvidos (inclusive o público, vale lembrar) é também quem disciplina o próprio comportamento dentro do contrato. Daí serem inevitáveis situações em que o conflito de interesses se revela, para não falar do exponencial oportunismo comportamental de que se valem alguns gestores públicos.

Mas não é só. Ainda há que se destacar aqueles gestores que, apesar de despidos de interesses escusos na relação, temem pela responsabilização pessoal. Os riscos pessoais são, da mesma forma, outro fato condutor à constatação inicial. São corriqueiras as ações de improbidade por suposta violação de princípios movidas por um descontentamento do Ministério Público diante das decisões municipais. Também comum, no âmbito desses mesmos contratos, a imputação de determinações, críticas e sanções pessoais mediante atuação transversal dos Tribunais de Contas. Neste contexto, não é exagero algum colocar em evidência a total ausência de incentivos para que as autoridades reconheçam direitos privados. E no campo do adimplemento das obrigações conferidas a estas mesmas autoridades não é diferente. Os exemplos não faltam nas concessões de transporte coletivo de passageiros: congelamento dos reajustes tarifários, ampliação da base de gratuidades sem a correspondente fonte de custeio, omissão na fiscalização de clandestinos, reequilíbrios incompletos etc. Atuantes no setor sabem que esse é o retrato da realidade das concessões de transporte. Trazemos algumas provocações e propostas para alterar isso.

Diante da constatação de inadimplemento de obrigações atribuídas ao poder concedente, abre-se ao concessionário a possibilidade de buscar seu direito ao reequilíbrio contratual (fato da Administração), ou, em casos mais graves, a rescisão unilateral motivada. Daremos enfoque a esse último mecanismo, considerando as dificuldades práticas de sua efetivação. De acordo com a Lei Geral de Concessões (Lei 8.987/1995), a rescisão é hipótese de extinção antecipada da concessão, por inadimplemento do concedente. Se de um lado o mecanismo apresenta-se como medida protetiva do concessionário, por outro, o parágrafo único do art. 39 da Lei exige a manutenção dos serviços até o trânsito em julgado.

Ainda que pelo teor da legislação, a medida seja efetivada no âmbito judicial, pressupondo o exercício do direito de ação pelo concessionário, a disposição não afasta a possibilidade de o contrato de concessão tipificar outros eventos que possam ensejar a rescisão no âmbito administrativo, seja de maneira consensual, ou mediante denúncia motivada. Isso porque além de estabelecer o rol das hipóteses de extinção do contrato (art. 35), a legislação também atribuiu ao instrumento tratar dos casos de incidência de forma detalhada, na condição de cláusulas essenciais destes ajustes (art. 23, IX).

A reforçar o entendimento acerca da possibilidade de rescisão na esfera administrativa, questiona-se se a Administração Pública poderia descumprir norma ou contrato e ainda assim não se valer da autotutela, enquanto poder-dever, para se ater à juridicidade. Evidentemente que a resposta é negativa. Mas uma situação deste tipo (raríssima) demanda o reconhecimento de descumprimento da obrigação pelo poder concedente, fato que, no presente contexto, e por todas as razões relatadas ao início, são tão escassas quanto os recursos públicos.

Não por outra razão que sustentamos a possibilidade de se colocar o poder concedente em mora, mediante prévia manifestação no âmbito administrativo quanto a pretensão de rescisão unilateral do contrato, oportunizando, inclusive, a possibilidade de saneamento em prazo tido por razoável na legislação (120 dias).[1]

Caso o poder concedente se mantenha inerte, retoma-se, pois, a realidade, em que impera a situação contenciosa e controvertida quanto à configuração de inadimplência do contratante. Tratando-se de violação de obrigações essenciais à execução contratual, a qual inclui a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, mas que a ela não se limite, diversos autores2 sustentam a inaplicabilidade da letra fria da lei, que exige do particular a manutenção da operação dos serviços de transporte em desacordo com aquilo que contratou, até o trânsito em julgado da ação de rescisão. O fazem com dois argumentos: o primeiro de que a continuidade, enquanto valor ínsito aos serviços públicos essenciais, como o transporte público, não pode se sobrepor às garantias individuais constitucionalmente tuteladas, como a propriedade e a própria existência do concessionário. O segundo argumento, por uma interpretação sistemática, pressupõe que o ordenamento jurídico é totalmente refratário aos atos de expropriação estatal, de modo a coibir o sacrifício de direitos individuais sem a devida indenização.

É o caso clássico das desapropriações do direito de propriedade de particulares, nos termos do Decreto-Lei 3.365/1941. A encampação também é um claro exemplo

de tutela de direitos dos particulares, mesmo que presentes os fundamentos de interesse público para sua decretação. Trata-se do único instrumento legal que autoriza o concedente promover, unilateralmente, a supressão legítima dos direitos do concessionário, cuja efetivação exige sempre indenização prévia e completa, após a tramitação de um complexo processo administrativo com autorização legislativa.

É verdade que a rescisão garante a indenização do concessionário, que, geralmente, costuma ser superior aos casos de encampação, tendo por base os sacrifícios patrimoniais impostos para se prosseguir com a execução do contrato. Imagine-se o caso hipotético de reajustes contratuais congelados, e os acionistas tenham que se valer de operações de financiamento convencional necessários a cobrir o *default* criado pelo inadimplemento do poder concedente. Por carecer de recursos suficientes à cobertura das despesas, o concessionário poderá submeter-se a condições financeiras ainda mais agravantes.

Estes custos, por certo, serão postergados para o final do processo judicial, provavelmente em período muito próximo do termo final da concessão. Ocorre que esse saldo necessariamente deve ser adimplido na constância da concessão, tal como expressamente consignado na lei: o investimento do concessionário deve ser "remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra" (Lei 8.987, art. 2º, III) e nem sempre haverá disponibilidade orçamentária para fazer frente a eventual adimplemento imediato.

Surge então outro problema: quanto menor o tempo para arrecadação de receitas para fazer frente a eventual condenação do poder concedente, maior o valor da tarifa a ser cobrada dos usuários. Em outras palavras, a suposta imposição que a Lei Geral de Concessões faz, ao exigir do concessionário a manutenção dos serviços até o trânsito em julgado da referida ação implica prejuízo aos usuários, sobretudo os *passageiros equivalentes*[2] no momento do aumento tarifário, tendo que arcar com o efeito cumulativo decorrente da aplicação pura do dispositivo legal.

Por todos os argumentos elencados é que nos parece plausível buscar, no bojo das ações que tenham por escopo a rescisão, decisões judiciais de natureza cautelar e liminar capazes de antecipar os efeitos da tutela definitiva, de modo a autorizar a suspensão dos serviços delegados ou mesmo de parte dos investimentos enquanto perdure o feito. Negativa contra esse direito seria o mesmo que frustrar a inafastabilidade do controle judicial assegurado na constituição.

A suspensão de investimentos, ou manutenção de um nível mínimo para continuidade foi há pouco positivada em nosso ordenamento.[3] É o que se extrai do instituto da relicitação, inicialmente previsto na Medida Provisória 752, posteriormente convertida na Lei Federal 13.448, e recentemente regulamentada pelo Decreto 9.957/2019. Infelizmente, a norma tem sua aplicabilidade restrita aos contratos de infraestrutura qualificados no âmbito do Programa de Parcerias de Investimentos, mas é uma questão de tempo para que outros entes federados venham adotar a relicitação.[4]

Embora não se atenha a um inadimplemento do poder concedente, a relicitação importa a possibilidade de celebrar termo aditivo com o concessionário mediante

a suspensão das obrigações de investimentos e o estabelecimento de condições mínimas, a fim de assegurar a continuidade da concessão até ulterior nova licitação do empreendimento. Dado esse contexto, porque não pressupor soluções idênticas aos contratos de concessão em que perdurem inadimplementos do poder concedente, e que, ao fim do dia, apenas prejudicarão o usuário?

Hoje, como prevista na legislação, a rescisão não traz *enforcement* algum ao poder concedente para cumprir suas obrigações. O contexto, repita-se, dificulta ainda mais ações deste tipo. Dada a total ineficácia da disposição legal, e seu efeito bumerangue sobre o usuário, é que propomos que o instituto seja analisado com maior atenção no momento da modelagem contratual. As concessões devem ser enxergadas sobre seu viés de *parceria*, não competindo mais a visão antiquada de autoridade ou supremacia de um interesse público abstrato e descontextualizado da realidade, sob pena de gerar contratos mais onerosos e ineficientes.

Poderia, então, passar o contrato de concessão a admitir a supressão de investimentos em casos excepcionais? Seria ainda possível a legislação tratar, por meio de rol taxativo, sobre as situações graves de descumprimento do concedente? Ou tal como nos casos de caducidade, seria admissível prever procedimento destinado à rescisão administrativa, possibilitando, inclusive, um período de cura/saneamento das irregularidades pelo poder concedente? Estas são apenas algumas breves ideias que, dado o limite e escopo deste texto, não serão aprofundadas por ora.

Por sorte, o momento é propício a se discutir mudanças, dada a janela de oportunidade recém-criada na Câmara dos Deputados. Segundo noticiado,[5] pretende-se consolidar um marco regulatório geral das concessões e parcerias público-privadas. Que o momento seja de reflexão para viabilizar medidas eficientes nestes contratos em prol de maior segurança jurídica, e por um direito (público) mais pragmático e atento a realidade.

1 Trata-se do prazo estipulado na Lei de Processo Administrativo do Estado de São Paulo (Lei Estadual 10.177/1998), conferido à administração pública para deliberar nos processos administrativos em geral, o qual reputamos como lapso razoável, sobretudo diante da necessidade de assunção dos serviços pelo poder concedente.
2 Efetivamente pagantes, no caso.
3 Lei 13.448/2017: "Art. 13. Com o objetivo de assegurar a continuidade da prestação dos serviços, o órgão ou a entidade competente poderá realizar, observadas as condições fixadas nesta Lei, a relicitação do objeto dos contratos de parceria nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário cujas disposições contratuais não estejam sendo atendidas ou cujos contratados demonstrem incapacidade de adimplir as obrigações contratuais ou financeiras assumidas originalmente."
4 Nesse sentido, ganha destaque o Estado de São Paulo, que no início deste ano editou a Lei Estadual 16.933/2019, com o intuito de estabelecer diretrizes para prorrogação e relicitação dos contratos de parcerias do Estado. A norma ampliou significativamente a base de incidência para relicitação dos contratos, admitindo para diversos setores, inclusive, o transporte coletivo sobre pneus e trilhos.
5 Mudança em marco legal de PPPs e concessão entra na mira de deputados. Valor, 30 de jul. 2019. Disponível em <https://www.valor.com.br/brasil/6369967/mudanca-em-marco-legal-de-ppps-e-concessao-entra-na-mira-de-deputados>.

DESNECESSIDADE DE LEI LOCAL PARA INSTITUIÇÃO E PAGAMENTO DE SUBSÍDIOS TARIFÁRIOS AO TRANSPORTE PÚBLICO COLETIVO DE PASSAGEIROS

João Gabriel G. Pereira
é sócio do Cordeiro, Lima e Advogados, advogado especialista atuante na área de Direito Público, cursando no MBA de PPP e Concessões pela Fundação Escola de Sociologia e Política de São Paulo – FESPSP.

Os números não mentem: *a vertiginosa queda de demanda* de usuários no setor de transporte público coletivo de passageiros sob pneus está comprovada pela série histórica publicada *recentemente* pela NTU[1] - no período *1994-2012* a redução de demanda foi de *24,4%*, e no período *2013 e 2017* essa diminuição foi ainda maior, da ordem de *25,9%*. E mais: no comparativo abril/19 com abril/18, cerca de *mais 12.500.000,00 (4,3%)* de passageiros deixaram o transporte coletivo por ônibus.

Essa condição obriga, cada vez mais, ao Poder Público e aos operadores a buscarem *fontes de receitas alternativas* ao pagamento de tarifa *exclusivamente* efetuado pelo usuário, propiciando a desoneração do seu valor como elemento de atratividade para esse serviço.

Entre elas, o pagamento de subsídio (aporte de recursos públicos orçamentários) ao serviço vem tornando-se cada vez mais recorrente nos sistemas de transporte de estados e, principalmente, de municípios.

Inicialmente essa medida denominada genericamente de subsídio estatal, embora não prevista nas leis nacionais aplicáveis[2], foi expressivamente utilizada como forma de complementar a receita de serviços deficitários (a cidade de São Paulo, por exemplo, desde o início da década de 90).

Na realidade, o subsídio estatal consolidou-se como o principal instrumento disponível ao Poder Público para, em conjunto com o operador, compatibilizar um valor de tarifa acessível ao usuário com a prestação do serviço de forma minimamente adequada.

Posteriormente, no ano de 2012, a conhecida Lei Federal nº 12.587/12, o mais relevante marco legal para a mobilidade urbana e para o transporte coletivo no País, formalizou em lei a noção de um *Sistema Nacional de Mobilidade Urbana*[3], entendido como o conjunto organizado e coordenado dos *modos de transporte, de serviços e de infraestruturas* que garante os deslocamentos de *pessoas e cargas* no território do *Município*.

Pela primeira vez, uma lei federal, *aplicável a todos os entes da federação*, trouxe regulação jurídica especificamente voltada para o serviço público de transporte coletivo de passageiros (Capítulo II, Arts. 8º a 13), de caráter urbano *em Municípios*[4].

Junto com todas essas inovações, a Lei Federal nº 12.587/12 estabeleceu importantes regras sobre o *equilíbrio econômico-financeiro* do serviço como um todo, incluindo a regulação de sua *política tarifária*, inclusive sob o aspecto da *remuneração dos operadores*.

Nesse âmbito, a lei formulou importantes conceitos jurídicos, até então não prescritos em normas gerais, relacionados à Tarifa Pública, Tarifa de Remuneração e Subsídio Tarifário, sintetizados no quadro abaixo:

Tarifa Pública: preço público cobrado do *usuário* pelo uso do serviço

Tarifa de Remuneração: preço público cobrado do usuário (Tarifa Pública) + receita oriunda de outras fontes de custeio*

Finalidade: cobrir os reais custos do serviço + remuneração do prestador

Subsídios Tarifários: mecanismo voltado *a cobrir o eventual déficit* entre o valor da Tarifa de Remuneração e o valor da Tarifa Pública, oriundo de *fontes de custeio* instituídas pelo Poder Público, *dentre elas*:

- receitas extratarifárias;
- receitas alternativas;
- subsídios orçamentários;
- subsídios cruzados intrassetoriais e intersetoriais provenientes de outras categorias de beneficiários dos serviços de transporte.

*caso haja *déficit* entre o valor da Tarifa de Remuneração e o valor da Tarifa Pública.

Como visto acima, a Lei Federal nº 12.587/12 *ampliou a noção de subsídio mais comum até então existente*, colocando o aporte de recursos públicos (subsídios orçamentários) como uma das possibilidades entre tantas outras, todas visando à justa remuneração do operador e ao equilíbrio econômico-financeiro do serviço.

Em outras palavras: esta lei institui expressamente o *subsídio tarifário* como *componente da remuneração dos operadores do transporte coletivo*, aplicável quando o valor da Tarifa Pública (paga pelo usuário) for *inferior* ao valor da Tarifa de Remuneração.

Feitas essas considerações, uma questão recorrente é: *depende de lei própria a instituição e o pagamento de subsídio tarifário, por estados e municípios, ao operador do serviço de transporte público coletivo de passageiros?*

A resposta categórica e objetiva é: *NÃO*!

A Lei Federal nº 12.587/12, a rigor, é uma *norma geral aplicável a todos os entes federativos*[5], editada pela União Federal com base em sua competência para instituir diretrizes para o desenvolvimento urbano*, incluso o transporte urbano*, com o objetivo de *ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem- estar de seus habitantes*[6].

O subsídio tarifário está *especificamente previsto* no Capítulo II da Lei Federal nº 12.587/12, denominado "Das Diretrizes Para a Regulação dos Serviços de Transporte Público Coletivo", onde, em primeiro lugar, é categorizado como uma *diretriz da política tarifária* do serviço, que viabiliza a *contribuição dos beneficiários diretos e indiretos para custeio da operação dos serviços*[7].

Mais que mera opção, o subsídio tarifário é determinação expressa da Lei Federal nº 12.587/12, que impõe ao *gestor público o dever de considerá-lo como* alternativa para o cumprimento dos princípios e objetivos da lei, tais como *justa distribuição dos benefícios e ônus decorrentes do uso dos diferentes modos e serviços*[8] e *sustentabilidade econômica das redes de transporte público coletivo de passageiros, de modo a preservar a continuidade, a universalidade e a modicidade tarifária do serviço*[9], entre outros.

Assim, sob uma *primeira ótica*, o subsídio tarifário caracteriza-se claramente como uma *regra geral* formulada pela União Federal, fundada em sua *competência constitucional para instituir diretrizes voltadas aos transportes urbanos*[10].

Mas não é só. Ao estipular expressamente o subsídio tarifário como o mecanismo a ser utilizado para cobrir o déficit gerado pela a diferença de valores das Tarifas Públicas e de Remuneração, a Lei Federal nº 12.587/12 regulou *aspectos próprios da remuneração dos prestadores de transporte coletivo*.

Logo, sob uma *segunda ótica*, constituem *regras gerais sobre política tarifária e remuneração de operadores privados*, voltadas, *especificamente, ao serviço público de transporte coletivo*, editadas com base nas *competências privativas* da união para legislar sobre *normas gerais de contratações administrativas*[11]; e *diretrizes para a política nacional de transportes*[12], e trânsito e *transporte*[13].

Em suma, as *disposições da Lei Federal nº 12.587/12 que disciplinam o subsídio tarifário são normas gerais, a que se sujeitam inclusive estados e municípios, decorrentes de uma série de competências da união relacionadas a políticas públicas e contratações administrativas*.

Sendo, então, a Lei Federal nº 12.587/12 uma *lei geral* que institui e regula *satisfatoriamente* o mecanismo de subsídio tarifário para o transporte coletivo, *não há qualquer necessidade* de estados ou municípios editarem lei própria para tanto. Neste sentido, para instituição e pagamento de subsídio tarifário, basta, a rigor, a celebração de *termo aditivo ao instrumento de outorga vigente*, o qual deverá tratar, obrigatoriamente como determina a Lei[14], o objetivo, a fonte, a periodicidade e o beneficiário, entre outros aspectos considerados relevantes pelo Poder Público e operadores.

Naturalmente, devem também ser observadas *normas nacionais e locais* que disciplinem *assunto específico*, relacionado à modalidade de Subsídio Tarifário eleito, inclusive as que tratam de matéria *orçamentária e fiscal* (nas hipóteses em que a modalidade de subsídio eleita implique em *destinação de recursos orçamentários* do Poder Público).

---

1 ASSOCIAÇÃO NACIONAL DAS EMPRESAS DE TRANSPORTES URBANOS - NTU. Anuário NTU: 2017-2018. Brasília: NTU, 2018, pp. 39, 40 e 46; e ASSOCIAÇÃO NACIONAL DAS EMPRESAS DE TRANSPORTES URBANOS – NTU. Ônibus urbano transporta menos passageiros (publicado em 20/8/19). Acesso em 21.8.19. Disponível no link: https://www.ntu.org.br/novo/ReleaseCompleta.aspx?idArea=17&idSegundoNivel=49&idRelease=1174

2 Lei Federal nº 8.666/93 (Leis Geral de Licitação e Contratos Administrativos) e Lei Federal nº 8.987/95 (Lei Geral de Concessões e Permissões de Serviços Públicos).

3 Art. 3º, *caput*, da Lei Federal nº 12.587/12.

4 O Art. 26 da Lei Federal nº 12.587/12 prevê a aplicação desta lei, *no que couber*, aos serviços de transporte público coletivo *intermunicipal, interestadual e internacional* de caráter urbano.

5 União Federal, estados, Distrito Federal e municípios.

6 Arts. 21, XX c/c 182, *caput*, todos da Constituição Federal.

7 Art. 8º, IV, da Lei Federal nº 12.587/12.

8 Art. 5º, VII, da Lei Federal nº 12.587/12.

9 Art. 6º, VIII, da Lei Federal nº 12.587/12.

10 Art. 21, XX, da Lei Federal nº 12.587/12.

11 Art. 22, XXVII, da Constituição Federal.

12 Art. 22, X, da Constituição Federal.

13 Art. 22, XI, da Constituição Federal.

14 Art. 10, p.u., Lei Federal nº 12.587/12.

PROGRAMA AVANÇAR CIDADES: FINANCIAMENTO PÚBLICO ALTERNATIVO PARA OS SERVIÇOS DE TRANSPORTE COLETIVO

Caio Figueiroa é coordenador da área de Infraestrutura e Novos Negócios do Cordeiro, Lima e Advogados, especialista em Direito Administrativo Econômico e é mestrando em Direito Público, todos pela FGV/SP, e Vice-presidente da Comissão de Infraestrutura e Direito Administrativo da OAB, subseção de São Bernardo do Campo.

No que se refere à mobilidade urbana, os dados são intragáveis e revelam o quanto o Brasil ainda precisa avançar em termos de investimento em infraestrutura: ***default*** de R$ 234 bilhões, estimativa do Departamento de Mobilidade e Desenvolvimento Urbano do BNDES, de 2015.[1] Vendo essa informação pela ótica do copo meio cheio, inegável a constatação de que o país é um mar de oportunidades para investimentos. Para tanto, é preciso atrair capital.

Para tanto, os projetos devem ser financeiramente rentáveis ao investidor. É lugar comum na apreciação de viabilidade de investimentos a adoção de parâmetros comparativos para projeção do retorno estimado, a um dado contexto de riscos. A tomada de decisão empresarial, entre investir ou não, aprecia comparativamente a taxa interna de retorno estimada de um determinado projeto e a taxa mínima de atratividade do acionista decorrente do cálculo do *Custo Médio Ponderado de Capital* (WACC). Este cálculo busca conciliar o custo de capital próprio e capital de terceiros.

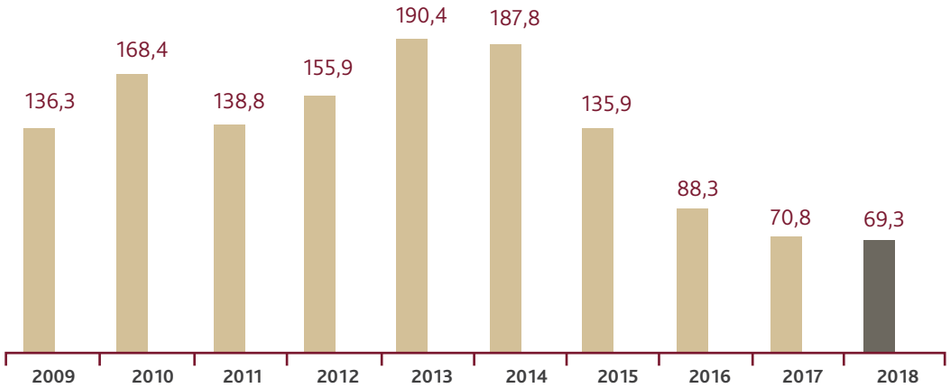
Inegável, pois, a importância da origem e composição dos recursos na análise de viabilidade projetos.

Em projetos de concessão de serviços públicos, antes de participar efetivamente da licitação, o investidor considerava no seu plano de negócios financiamento público de parte significativa do projeto (entre 65% a 80%). E assim o fazia em razão das condições de financiamento fornecidas pelos bancos públicos, principalmente o BNDES, cujas taxas de juros (subsidiados) eram impraticáveis no mercado financeiro convencional. Assim, para se tornar mais competitivo no âmbito do procedimento licitatório, seria um suicídio comercial não contemplar dentro de suas projeções a alavancagem do projeto por intermédio das condições especiais de financiamento público.

Dado o avanço da crise econômica que se alastrou no País em meados de 2015, seus efeitos alcançaram também a oferta de crédito. De fato, os dados dão conta de que, no segundo semestre de 2016, os desembolsos do BNDES foram 28% menores do que os registrados no mesmo período de 2015. Em 2017, a queda foi reiterada, impondo inevitável restrição ao método tradicional de financiamento das concessões.[2] O gráfico extraído do sítio eletrônico do próprio BNDES[3] revela a queda vertiginosa das operações de concessão de crédito, especialmente a partir de 2014, o que demonstra, de fato, uma mudança na política de financiamento.

Evolução do desembolso do BNDES

R$ bilhões



Atualmente, após a imposição da TLP como nova taxa de juros (MP 777/2017) e as redefinições operacionais anunciadas no ano passado, sua participação máxima em linhas de financiamento de projetos não incentivados, tais como os de mobilidade urbana (Finem – Mobilidade Urbana), não possuem a mesma atratividade de antes.[4] Em razão dessa mudança de papel do BNDES que, nas palavras de seu atual presidente,[5] busca ser "menos banco e mais desenvolvimento", é necessário captar novas oportunidades para alavancar projetos.

Nesse sentido as debêntures incentivadas no mercado de infraestrutura têm ganhado protagonismo. Com relação a projetos de mobilidade, contudo, o emprego dessa modalidade demandará que o investimento contenha, obrigatoriamente, operações e elementos de infraestrutura entre suas atividades, de modo que os contratos de concessão que ainda tenham como enfoque apenas a operação e fornecimento de frota não poderão se valer das debêntures incentivadas de que trata a Lei 12.431/2011.

Sabendo-se que esse formato de concessão ainda representa a grande realidade de estados e municípios, o governo federal anunciou, por intermédio do então Ministério das Cidades, o Programa Avançar Cidades, Mobilidade Urbana (Instrução Normativa nº 27/2017), prevendo, entre suas ações, a de viabilizar o financiamento para concessões de transporte público coletivo de caráter urbano. Os recursos do Avançar Cidades destinados a sistemas de transporte público coletivo são provenientes do FGTS e, tal como o REFROTA17[6], integram a base de recursos de uma política pública macro: o Programa de Infraestrutura de Transporte e da Mobilidade Urbana (Pró-Transporte).

O programa garante o financiamento de até 95% do investimento (observado o valor máximo de R$ 200 milhões por projeto). Quanto ao valor residual (5%), nomeado como contrapartida, poderá ser composto por capital próprio ou de terceiros, bens ou serviços economicamente mensuráveis. A carência máxima será de 48 meses, a contar da assinatura do contrato de financiamento, admitindo-se prorrogação, e de 20 anos

CORDEIRO, LIMA
E ADVOGADOS

para amortização, podendo alcançar 30 anos no caso de investimentos para o modal sobre trilhos.

O acesso aos recursos poderá ocorrer tanto pelo ente federativo titular dos serviços concedidos quanto pelo investidor privado, que pretende operar ou já opera os serviços de transporte, independentemente da natureza jurídica que fundamente a outorga.[7]

Estão elegíveis para a obtenção de recursos do Avançar Cidades os sistemas de transporte que tenham por objeto "implantação, ampliação, modernização e/ou adequação de sistemas de transporte público coletivo urbano e intermunicipal/ interestadual de caráter urbano, nos diferentes modos de transporte", compreendendo obrigações atreladas desde a aquisição ou renovação da frota, infraestrutura, instalações operacionais, equipamentos, bem como para arcar com custos decorrentes de passivos ambientais, planos de reassentamento e medidas compensatórias, e também atividades de consultorias.

Como medida de incentivo a futuros projetos, o financiamento ainda admite a cobertura com despesas de infraestrutura cicloviária, para fins de integração entre os modais de mobilidade, como também custos para implantação de paisagismo e arborização, visando ampliar espaços verdes, dado seu papel de reduzir a impermeabilização do solo e maior conforto térmico ao usuário.

Para o enquadramento do projeto e acesso aos recursos, além de o objeto ser compatível com os elementos descritos acima, é imprescindível se ater aos demais pré-requisitos definidos pela IN 27/2017, sendo elas: compatibilidade da proposta com as diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana (Lei 12.587/2012) e o Plano Diretor municipal; observar o percentual de contrapartida mínimo (5%); regularidade do proponente perante o FGTS; e apresentar Projeto Funcional. Diferentemente de outros programas de financiamento (*e.g.* REFROTA17) inexiste, a princípio, qualquer vinculação dos recursos, podendo o tomador do investimento se utilizar dos valores para cobertura de despesas gerais do fluxo de caixa.

Os pedidos ainda submetem-se a prévio processo de seleção, conduzida pelo atual Ministério do Desenvolvimento Regional, cujo procedimento foi disciplinado nas Instruções Normativas nº 28/2017 (municípios com população de até 250 mil habitantes) e 16/2018 (municípios com população superior a 250 mil habitantes). A seleção das propostas validadas será divulgada em portarias do Ministério, até o montante de recursos disponíveis para contratação e de acordo com os critérios de priorização de projetos também constantes das Instruções Normativas de seleção.

O Programa Avançar Cidades, como visto, mantém as bases de financiamento público para projetos de mobilidade urbana que até então vinham sendo apoiadas quase com exclusividade pelos bancos públicos. Dada a atual conjuntura, marcada pelo significativo déficit de investimentos em mobilidade e a mudança no papel do BNDES, o programa passa a ser, ao lado das debêntures incentivadas de infraestrutura, um dos poucos canais viabilizadores de projetos de longo prazo, típico dos contratos de concessão de

serviços públicos. Ocorre que o acesso a estes recursos não é tarefa simples. Como visto se faz imprescindível o conhecimento da legislação setorial e dos principais aspectos operacionais do empreendimento, pois em cenários de escassez de recursos (públicos ou privados) a segurança jurídica é preocupação de todos os envolvidos.

---

1 SANTOS, Rodolfo Torres dos et al. Demanda por investimentos em mobilidade urbana no Brasil. BNDES Setorial, Rio de Janeiro, n. 41, p.79-134, mar. 2015.

2 Cf. *Desembolsos do BNDES caem 15% de janeiro a abril*. Valor Econômico, São Paulo, 16 de mai. 2017. Disponível em <http://www.valor.com.br/financas/4970028/desembolsos-do-bndes-caem-15-de-janeiro-abril>.

3 Disponível em <https://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/transparencia/estatisticas-desempenho/desembolsos/desembolsos-nos-anos-anteriores>.

4 Com exceção de sistemas sobre trilhos ou BRT, todos os demais projetos de mobilidade estão condicionados a participação do financiamento em até 50%, e prazo de amortização de 20 anos.

5 *Aprovações em novos financiamentos do BNDES despencam 39% em 2019.* Folha de São Paulo, 25 de jul. 2019. Disponível em <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2019/07/aprovacoes-em-novos-financiamentos-do-bndes-despencam-39-em-2019.shtml>.

6 Trata-se de ação de financiamento para aquisição de ônibus, para fins de renovação de frota do transporte público coletivo urbano.

7 Nesse sentido, a IN 27/2017 foi suficientemente ampla para abranger, sob a denominação de setor privado, os seguintes agentes: "concessionárias ou permissionárias, as empresas participantes de consórcios e sociedades de propósito específico que detenham a concessão ou a permissão do transporte público coletivo urbano ou de serviços associados, além de empresas privadas que possuam projetos e/ou investimentos em mobilidade urbana pública, desde que autorizadas pelo poder público local."

ANÁLISE DE POSSÍVEIS ALTERNATIVAS À GARANTIA DA SUSTENTABILIDADE ECONÔMICA PREVISTA NO ART. 6º, VIII DA LEI FEDERAL Nº 12.587/2012

Ilana Lafer é coordenadora da área de Direito Público Consultivo/ Contencioso Administrativo do Cordeiro, Lima e Advogados e pós-graduada em Direito Administrativo pela FGV/SP.

Em julho de 2018 foi publicada a Lei Federal nº 13.683/2018, que, entre uma série de outras alterações, incluiu uma nova diretriz no Art. 6º da Lei Federal nº 12.587/2012, especificamente pela inclusão do inciso VIII àquele artigo: "*A Política Nacional de Mobilidade Urbana é orientada pelas seguintes diretrizes: (...) VIII - garantia de sustentabilidade econômica das redes de transporte público coletivo de passageiros, de modo a preservar a continuidade, a universalidade e a modicidade tarifária do serviço.*"

Mas, o que quis dizer a lei ao instituir a sustentabilidade econômica das redes de transporte público coletivo de passageiros como uma de suas diretrizes (caminhos a serem seguidos para atingir os objetivos legais propostos)? E mais, como atingi-la?

O ponto de partida ao questionamento acima é a definição de "*sustentabilidade econômica*".

Trata-se do desenvolvimento da convivência em sociedade, sem comprometer a qualidade de vida das futuras gerações[1]. Em outras palavras, decorre de uma relação de equilíbrio entre os recursos naturais disponíveis necessários para a produção de bens materiais (o que também pode ser estendido à prestação de serviços)[2].

Da redação do mencionado inciso VIII é possível extrair, de saída, uma primeira constatação: *a garantia de sustentabilidade econômica é exclusiva das redes do serviço de transporte público coletivo.* A mesma Lei cuidou de definir esse tipo de serviço como sendo o "*serviço público de transporte de passageiros acessível a toda a população mediante pagamento individualizado, com itinerários e preços fixados pelo poder público*"[3].

Não trouxe a lei, no entanto, o seu entendimento com relação às redes de transporte, abrindo margem para a intepretação de que estas seriam, na prática, os modais de transporte público coletivo existente (trilhos ou pneus).

Em uma interpretação lógica dos conceitos apresentados, é possível supor que, ao incluir o mencionado inciso VIII, do Art. 6º, quis o legislador garantir, na prestação dos *serviços de transporte público coletivo de passageiros*, uma relação equilibrada entre: a remuneração econômica do prestador do serviço[4]; os recursos naturais/ambientais disponíveis; e a qualidade

da prestação dos serviços aos usuários (preservando a continuidade, universalidade e modicidade tarifária).

Curioso notar que, como dito, ao tratar de sustentabilidade econômica, a lei vinculou o conceito ao transporte de ***passageiros*** (excluindo as cargas), ***coletivo*** (excluindo o individual), ***público*** (excluindo o privado); ou seja, tamanha a prevalência da relevância do transporte público coletivo de passageiros com relação aos demais - transporte privado coletivo (fretamento), transporte público individual (táxi), transporte remunerado privado individual de passageiros (transportes por aplicativos), ***que a ele foi garantida a sustentabilidade econômica***, em consonância com outra diretriz ali prevista, qual seja a prioridade dos serviços de transporte público coletivo sobre o transporte individual[5].

Aliás, a própria sistemática da lei já evidencia a prevalência do transporte público coletivo de passageiros sobre os demais serviços, ao ser o único que conta com um capítulo próprio de diretrizes e regulação (CÁPITULO II).

Como, no entanto, garantir a prestação equilibrada dos serviços de transporte coletivo de passageiros, nos moldes propostos acima?

Não há, em nenhum artigo da lei, a resposta expressa à charada acima, o que abre espaço para o debate de quais seriam essas saídas. A seguir, serão abordadas duas propostas diferentes para a garantia da sustentabilidade econômica dessas redes de transportes: a possibilidade de integração proposta na lei, e alguns dos instrumentos de gestão previstos em seu Art. 23[6].

Com relação à primeira proposta, a partir de análise acurada de todos os seus artigos, logo percebe-se que, em diversos momentos, a lei trata da "integração". Seja da "***integração entre os modos e serviços de transporte urbano***", seja da "***integração física, tarifária e operacional dos diferentes modos e das redes de transporte público e privado nas cidades***". É dizer, a própria lei divulga qual seria um dos caminhos viáveis para prover um sistema de transporte público coletivo de passageiros economicamente sustentável: a integração.

Essa sugestão legal faz todo o sentido na prática. Ora, a delegação de um Sistema de Mobilidade Urbana à iniciativa privada (incluindo a prestação de serviços e exploração de infraestruturas), ao invés da prestação isolada de modos, objetos, características, naturezas e sujeitos diferentes, parece ser, no mínimo, mais eficiente a todas as partes envolvidas nessa relação.

De acordo com o disposto na própria lei[7] em análise, entre as infraestruturas estão incluídos estacionamentos, terminais, sinalização viária e de trânsito, ***os quais poderiam ser explorados pelo concessionário como parte do objeto a ele delegado.***

Assim, a integração do Sistema de Mobilidade Urbana possibilita o atendimento dos três elementos que compõem o conceito de Sustentabilidade Econômica:

i. *A remuneração adequada do prestador dos serviços*, tendo em vista a possibilidade de ampliação de receitas a partir da exploração econômica de outras infraestruturas e serviços para além do transporte coletivo de passageiros propriamente dito;

ii. *A qualidade dos serviços aos usuários* uma vez que, mediante a justa remuneração e o contrato devidamente equilibrado haverá mais recursos disponíveis ao investimento em novas tecnologias, bem como na promoção de qualidade e conforto nos serviços prestados;

iii. *A preservação dos recursos naturais/ambientais disponíveis* poderá ser muito mais eficaz por parte do Poder Concedente na fiscalização de somente um Contrato de Concessão.

A prática de delegar Sistemas de Mobilidade Urbana no Brasil, ora definidos por contratos mais amplos do que somente a exploração dos serviços de transporte coletivo de passageiros isoladamente, vem sendo implementada pouco a pouco junto aos órgãos públicos e de controle, já sendo possível constatar, timidamente, uma tendência maior de aderência a este modelo de negócio.

A segunda proposta para viabilizar a sustentabilidade econômica das redes de transporte público coletivo de passageiros se dá por meio da aplicação de alguns dos instrumentos de gestão previstos no Art. 23 da lei.

O inciso III[8] do Art. 23 prevê a política de desestímulo à determinados modos e serviços de mobilidade urbana, por meio da tributação sobre determinados serviços pela utilização da infraestrutura urbana[9], novamente para priorizar o transporte público coletivo, ou seja, a lei permite a atuação ostensiva do Poder Público na adoção de medidas visando a priorizar o transporte público coletivo, inclusive para garantir a sustentabilidade econômica que lhe é assegurada.

É o que ocorre, por exemplo, no caso dos transportes por aplicativos (tecnicamente definidos como transporte remunerado privado individual de passageiros).

Em diversos municípios brasileiros são cobrados tributos sobre a prestação desses serviços, na tentativa de mitigar os efeitos da concorrência díspar, não paritária[10] , gerada pelo transporte pelo intermédio de aplicativos sobre o transporte público coletivo (assunto polêmico que tem gerado diversas manifestações pelo Poder Judiciário País afora).

Nos termos da sistemática proposta pela Lei de Mobilidade Urbana, referidos tributos arrecadados devem ser destinados *à infraestrutura urbana vinculada ao transporte público coletivo* e no financiamento dos subsídios da Tarifa de Transporte Público.

Referido instrumento de gestão também permite a satisfação dos três componentes da sustentabilidade econômica:

i. *A remuneração adequada do prestador dos serviços*, tendo em vista a tendência de redução no número de prestadores de transporte remunerado privado individual de passageiros por conta da instituição de tributos pela execução deles, impactando, positivamente na demanda de passageiros dos serviços de transporte público coletivo (inicialmente afetada pela proliferação dessa nova modalidade de transporte);

ii. *A qualidade dos serviços aos usuários* uma vez que, a diminuição no número de veículos de transporte remunerado privado individual de passageiros, certamente, diminuiria o tráfego intenso no viário urbano, possibilitando o aumento da velocidade comercial dos ônibus, em prol da qualidade dos serviços;

iii. *A preservação dos recursos naturais/ambientais disponíveis* seria notadamente beneficiada, tendo em vista a diminuição da emissão de gases poluentes, além de ruídos que impactam na poluição sonora do meio ambiente.

O mesmo artigo 23 previu outros instrumentos de gestão capazes de contribuir para a sustentabilidade econômica das redes de transporte público coletivo de passageiros: a restrição e controle de acesso e circulação, permanente ou temporário, de veículos motorizados em locais e horários predeterminados[11]; a estipulação de padrões de emissão de poluentes para locais e horários determinados, podendo condicionar o acesso e a circulação aos espaços urbanos sob controle[12].

Ambos os instrumentos citados podem, na prática, restringir a circulação de veículos utilizados para o transporte remunerado privado individual, fomentando, em última análise, a concretização da *sustentabilidade econômica no transporte público coletivo de passageiros*.

Como é de conhecimento notório, referida sustentabilidade econômica, muito embora seja um conceito desejado por todas as partes que compõe a relação Poder Concedente x Concessionário x Usuário, está longe de ser uma realidade nos contratos atualmente vigentes.

Não por outro motivo é que se buscou apontar alternativas e caminhos absolutamente legítimos, e legalmente respaldados, para que, em um futuro próximo, passem a ser objeto de análise pelos Poderes Públicos Concedentes,

visando a promoção de contratos notadamente sustentáveis na acepção de garantir vínculos adequados e segurança a todas as partes envolvidas nesta relação.

Agora nos cabe aguardar a aceitação pelos gestores públicos.

---

1 Anand, S., & Sen, A. (2000). Human development and economic sustainability. World development, 28(12), 2029-2049.
2 Wood, R., & Hertwich, E. G. (2013). Economic modelling and indicators in life cycle sustainability assessment. The International Journal of Life Cycle Assessment, 18(9), 1710-1721.
3 Art. 4º, VI, da Lei.
4 Seja ele o Poder Público, ou um terceiro privado, delegatário da prestação dos serviços.
5 Art. 6º, II, da Lei.
6 "Art. 23. Os entes federativos poderão utilizar, entre outros instrumentos de gestão do sistema de transporte e da mobilidade urbana, os seguintes: (...)."
7 Art. 3º, §3º.
8 "III - aplicação de tributos sobre modos e serviços de transporte urbano pela utilização da infraestrutura urbana, visando a desestimular o uso de determinados modos e serviços de mobilidade, vinculando-se a receita à aplicação exclusiva em infraestrutura urbana destinada ao transporte público coletivo e ao transporte não motorizado e no financiamento do subsídio público da tarifa de transporte público, na forma da lei;"
9 Entre quais, destacam-se as vias e demais logradouros públicos, e sinalização viária e de trânsito, previstas nos incisos I e VII, respectivamente, do Art. 3º da lei.
10 Tendo em vista que os custos decorrentes da exploração do serviço transporte público coletivo de passageiros são muito mais expressivos do que os do transporte remunerado privado individual de passageiros.
11 Inciso I.
12 Inciso II.

A EXTINÇÃO DA FUNÇÃO DE COBRADOR

Antônio Gomes é coordenador da Área de Direito Público – Contencioso, do Cordeiro, Lima e Advogados e pós-graduado em Direito Processual Civil pela FGV/SP.

Gisele Accarino é coordenadora da área Trabalhista do Cordeiro, Lima e Advogados, mestre em Direito do Trabalho e Seguridade Social pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – FDUSP.

O avanço da tecnologia e a cobrança automática das tarifas no transporte coletivo urbano são os vilões da polêmica extinção da função de cobrador de ônibus.

Recentemente a Associação Nacional das Empresas de Transportes Urbanos - NTU[1] divulgou um estudo ponderando que 33 cidades brasileiras tiveram o posto de cobrador totalmente extinto, 32 municípios eliminaram parcialmente a função, e ainda, 5 municípios tiveram a tarifa em dinheiro absolutamente eliminada, sendo necessária a utilização de cartão ou bilhete para pagamento da passagem.

Caminhando exatamente nesse sentido, a Secretaria Municipal de Mobilidade e Transportes – SMMT, da cidade de São Paulo, decidiu suspender momentaneamente a implantação de veículos sem o posto de cobrador nos novos ônibus na cidade, sendo certo que o assunto permanece em pauta e será debatido em uma comissão criada especialmente para desenvolver um projeto de requalificação dos cobradores de ônibus (Portaria SMT.GAB nº 087, de 24 de junho de 2019).

A comissão em debate será composta por representantes da Secretaria Municipal de Mobilidade e Transportes - SMT, São Paulo Transportes S.A. - SPTrans, Sindicato dos Motoristas e Trabalhadores em Transporte Rodoviário Urbano de São Paulo – SindMotoristas, e o Sindicato das Empresas de Transporte Coletivo Urbano de Passageiros de São Paulo - SPUrbanuss. Portanto, resta claro que o fim da atuação dos cobradores de ônibus é polêmico em todo o País, tratando-se de um tema extremamente conflituoso, comportando uma análise integrada quanto aos aspectos legislativo, jurisprudencial, social e, finalmente, econômico.

Para afastar uma primeira discussão acerca da possibilidade ou não do motorista de ônibus atuar também na função de cobrador, importante lembrar que o artigo 252, do Código de Trânsito Brasileiro, prevê a possibilidade de um motorista efetuar a cobrança de passagens, ao passo que dispõe:

> *"Art. 252. Dirigir o veículo:*
> *(...) VII - realizando a cobrança de tarifa com o veículo em movimento:*
> *Infração - média;*
> *Penalidade – multa"*

Assim, se a cobrança é permitida com o veículo parado, desde que obedecidos os procedimentos de segurança, consequência lógica é que o motorista de ônibus pode realizar a cobrança de tarifa. Veja-se que o dispositivo legal afasta inclusive a argumentação de que o posto de cobrador seria essencial para a operação do serviço.

De maneira sistematicamente integrada, a Consolidação das Leis do Trabalho - CLT sedimenta tal preceito, tendo em vista a previsão de que ausente cláusula expressa a tal respeito, o empregado obriga-se a todo serviço compatível com sua condição pessoal, desde que exercido ao longo da jornada de trabalho (artigo 456, parágrafo único da CLT), exatamente como é o caso dos motoristas que, com o ônibus parado, também podem realizar a cobrança de passagens.

Importante ressaltar que os tribunais trabalhistas já sedimentaram entendimento de que é possível a cobrança de passagens pelo motorista e, neste caso, não seria devido qualquer adicional remuneratório, o que equivale dizer que são atribuições compatíveis e, portanto, plenamente possíveis de serem exercidas concomitantemente.

Apenas de forma exemplificativa, importante destacar alguns julgados recentes, todos prolatados pelo Tribunal Superior do Trabalho - TST:

> *AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. ACÚMULO DE FUNÇÕES. MOTORISTA DE ÔNIBUS URBANO E COBRADOR. Demonstrado o desacerto do despacho agravado quanto ao plus salarial decorrente do acúmulo de função de motorista de ônibus com a função de cobrador. Agravo regimental provido, para reexaminar o agravo de instrumento. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 13.015/2014. REQUISITOS DO ARTIGO 896, § 1º-A DA CLT. ACÚMULO DE FUNÇÕES. MOTORISTADE ÔNIBUS URBANO E COBRADOR. Ante possível violação do art. 456, parágrafo único, da CLT, nos termos exigidos no artigo 896 da CLT, dá-se provimento ao agravo de instrumento para determinar o processamento do recurso de revista. RECURSO DE REVISTA. ACÚMULO DE FUNÇÕES. MOTORISTA DE ÔNIBUS E COBRADOR. A jurisprudência majoritária desta Corte adota o entendimento de que a cumulação de tarefas de motorista e cobrador são funções que se complementam entre si, exercidas no mesmo horário de trabalho, não demandando esforço superior ao aceitável ou conhecimento específico mais complexo do que aquele inerente à função principal, que justifiquem o pagamento de diferenças salariais ao trabalhador. Em processos em que se discute a possibilidade de acúmulo das funções de motorista e cobrador, esta corte tem dirimido a questão conforme o art. 456, parágrafo único da CLT, a qual dispõe que à falta de prova ou inexistindo cláusula expressa a tal respeito, entender-se-á que o empregado se obrigou a todo e qualquer serviço compatível com a sua condição pessoal. Assim, tem decidido pela possibilidade do exercício da dupla função de motorista de ônibus e cobrador. Recurso de revista*

conhecido e provido" (RR-11652-48.2014.5.01.0041, 6ª Turma, Relator Ministro: Augusto César Leite de Carvalho, DEJT 23/03/2018).

"(...) B) AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO PELO RECLAMANTE. ACÚMULO DE FUNÇÕES. MOTORISTA E COBRADOR. A jurisprudência deste Tribunal Superior caminha no sentido de que o recebimento de passagens é plenamente compatível com as atividades legalmente contratadas pelo motorista de transporte coletivo, não se justificando a percepção de adicional de acúmulo de funções, por se configurar atribuição compatível com a sua condição pessoal, nos moldes do art. 456, parágrafo único, da CLT. Agravo de instrumento conhecido e não provido" (AIRR-11723-26.2014.5.03.0031, 8ª Turma, Relatora Ministra: Dora Maria da Costa, DEJT 16/03/2018).

Em síntese, o entendimento majoritário jurisprudencial trabalhista caminha no sentido de que as tarefas de motorista e cobrador complementam-se, não demandando esforço superior ao aceitável ou conhecimento específico mais complexo do que aquele inerente à função principal, afastando o reconhecimento de diferenças salariais ao trabalhador, um suposto acúmulo de função.

Contudo, mesmo diante desta sólida diretriz legal e jurisprudencial, não são raras as oportunidades em que o Poder Concedente, em especial o Municipal, tem iniciativas no sentido de vedar a retirada do posto de cobrador, frequentemente visando a afastar uma suposta cumulação de funções.

Ocorre que essas iniciativas municipais são consideradas inconstitucionais.

Primeiro, porque o município não tem competência legislativa para tratar dessa temática, que, por ser eminentemente trabalhista, apenas poderia ser objeto de leis editadas pela União Federal.

Segundo, no mais das vezes essas leis são de iniciativa de membros do legislativo, geralmente próximos ou oriundos de entidades profissionais vinculadas a esses profissionais. Logo, tais leis visam a contemplar um intuito garantista de proteger determinada parcela da população.

Entretanto, por tratar-se de matéria de serviço público, é o Chefe do Executivo que detém, com exclusividade, a iniciativa para projetos de leis dessa natureza.

Assim sendo, a recorrência de leis municipais visando aos objetivos ora ventilados, mesmo diante do pacificado entendimento acerca de sua inconstitucionalidade, relaciona-se pontualmente ao aspecto social da análise, mencionado no início.

PROFESSIONAL CIVIL
PROFESSIONAL CIVIL
PROFESSIONAL CIVIL
CIVIL
CIVIL
CIVIL
CIVIL

O grande medo dos sindicatos da categoria e dos próprios profissionais é a possibilidade de dispensa e a ausência de recolocação profissional em curto prazo.

Ressalta-se que algumas empresas criaram escolas para desenvolver a formação de motoristas, justamente para que os cobradores possam se qualificar e exercer tal função. Portanto, a continuidade de uma postura extremamente garantista inibe a instituição de novas políticas que prevejam a capacitação desses profissionais para exercerem outras atividades dentro da empresa, as quais poderiam, inclusive, impedir a dispensa dos cobradores.

Por fim, quanto ao ponto de vista econômico, basta analisar a pertinência e necessidade do cobrador.

A manutenção do cobrador somente justifica-se quando o passageiro paga a passagem em dinheiro. E nessa linha, estudo recentemente feito pela SPTrans[2], empresa que atua na gestão do sistema de transporte público de passageiros da cidade de São Paulo, divulgou que em todo sistema, apenas 5% dos passageiros fazem o pagamento da tarifa em dinheiro. Desta forma, conclui-se que atualmente a absoluta maioria dos usuários já utiliza os cartões ou bilhetes eletrônicos que possibilitam a liberação das catracas.

Impossível deixar de suscitar que muitas outras profissões, em razão da modernidade e avanço da tecnologia, deixaram de existir, possibilitando inúmeras adequações e mudanças na realidade cotidiana de toda a sociedade.

Diante do cenário atual e das ponderações suscitadas, vale levantar um paralelo com a profissão de acendedor de lampiões. Em meados de 1800, antes de as cidades utilizarem a luz elétrica, diversos lampiões eram colocados em pontos estratégicos da cidade, e acendê-los era uma função importante e extremamente apreciada pela população que dependia de tal atividade. Inclusive, a utilização do lampião possibilitou a prorrogação da jornada de trabalho nas fábricas e modificou a realidade de trabalho de muitos cidadãos. Entretanto, com o surgimento da luz elétrica e apesar da relevância de tal profissão, a atividade de acendedor de lampiões deixou de existir, situação proveniente do avanço da tecnologia.

Portanto, a extinção da função do cobrador, sob a ótica de todos os aspectos abordados (legal, jurisprudencial, social e econômico), tratada com a devida importância pelo poder público e pelas empresas, trarão inúmeros benefícios aos usuários e até mesmo aos profissionais, hoje cobradores, mas que certamente poderão se requalificar e fomentar o desenvolvimento de novos postos de trabalho.

---

1 Posto de cobrador foi totalmente extinto em 33 cidades brasileiras. <https://www.ntu.org.br/novo/NoticiaCompleta.aspx?idArea=10&idNoticia=1163>. Acesso em: 16 agosto 2019.
2 Ônibus: comissão vai desenvolver projeto para requalificação de cobradores. <http://www.capital.sp.gov.br/noticia/onibus-comissao-vai-criar-projeto-para-requalificacao-de-cobradores>. Acesso em: 18 agosto 2019.

CORDEIRO, LIMA

E ADVOGADOS

Da esquerda para direita:

Eduardo Medeiros,
Lucas Romeu,
Felipe Courel,
Marcos Martins,
Gisele Accarino,
Ivan Lima,
Caio Figueiroa,
Leonardo Cordeiro,
Antônio Gomes,
Ilana Lafer e
João Gabriel G. Pereira.

FINANCIAMENTO DE PROJETOS DE MOBILIDADE URBANA POR MEIO DE DEBÊNTURES DE INFRAESTRUTURA (LEI Nº 12.431/11)

Caio Figueiroa é coordenador da área de Infraestrutura e Novos Negócios do Cordeiro, Lima e Advogados, especialista em Direito Administrativo Econômico e é mestrando em Direito Público, todos pela FGV/SP, e Vice-presidente da Comissão de Infraestrutura e Direito Administrativo da OAB, subseção de São Bernardo do Campo.

Eduardo Medeiros é coordenador da área de Mercado de Capitais e Societário do Cordeiro, Lima e Advogados, especialista em Direito Societário pela FGV/SP e possui LL.M. em Direito Societário pelo INSPER/SP.Societário pelo INSPER/SP.

O Brasil está em um momento econômico delicado, com projeções de crescimento pouco expressivas diante dos sinais que a economia vem transmitindo, e quando a economia vai mal, a escassez de recursos também projeta-se no Estado, que ainda exerce um papel relevante no planejamento, sobretudo em investimentos de infraestrutura e da prestação de serviços públicos.

O setor de mobilidade não passou incólume. Os dados fornecidos nos relatórios de desembolso do BNDES revelam que os investimentos em mobilidade e transporte coletivo sofreram forte queda a partir de 2015, em pleno auge da crise. Em termos quantitativos, o setor sofreu uma retração de quase 60% apenas no ano de 2016. Em 2017, os projetos financiados pelo banco público alcançaram o patamar próximo de investimentos realizados em 2012, correspondente a 15% do total investido ao longo de 2015.

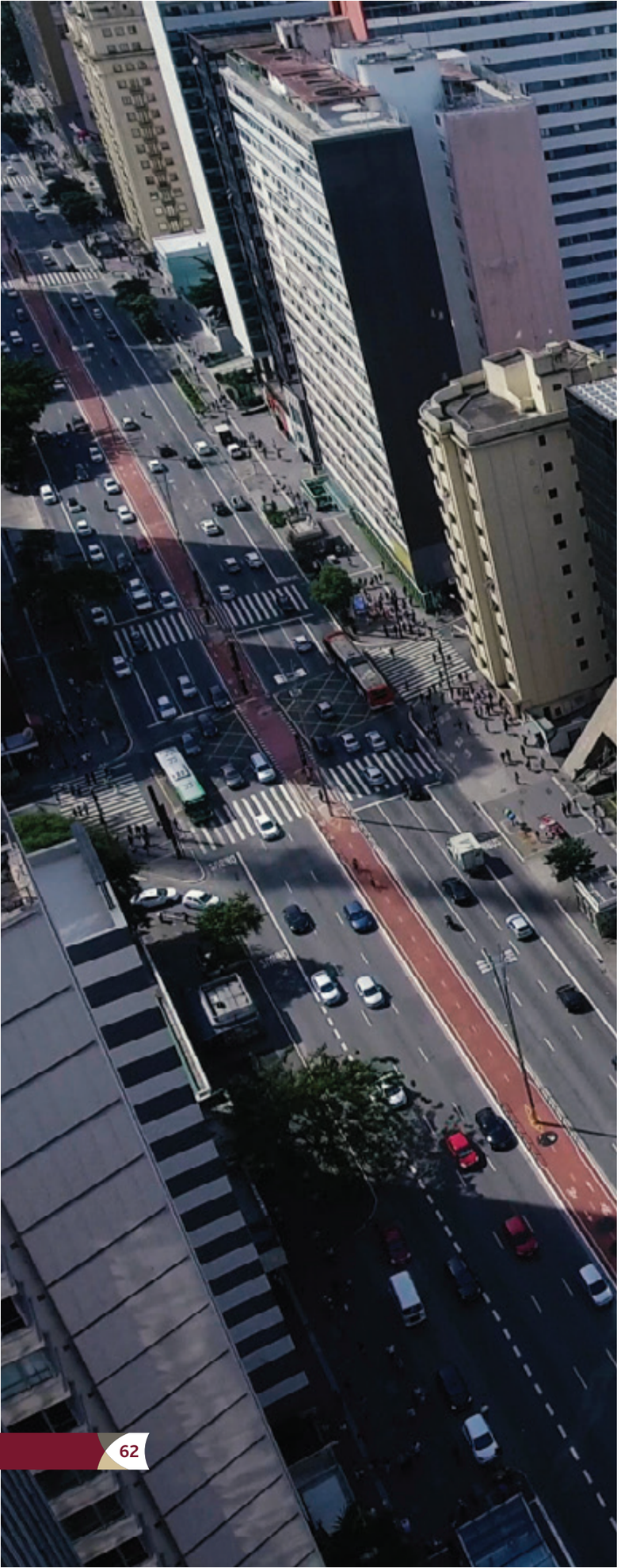
Tabela 1 | Desembolsos do BNDES – Mobilidade Urbana

ANO	2012	2013	2014	2015	2016	2017
DESEMBOLSO (R$ milhões)	1.178	3.477	6.538	8.999	3.528	1.354

Fonte: Elaboração própria.

Para contornar este cenário, e visando a ampliar a participação do mercado de capitais em operações de longo prazo, tem-se apostado cada vez mais nas debêntures incentivadas de infraestrutura. Esta modalidade de emissão de debêntures foi constituída pela Medida Provisória nº 517/2010, posteriormente convertida na Lei nº 12.431/2011, que tratou, no seu art. 2º, da possibilidade de concessão de benefícios fiscais decorrentes da aquisição de debêntures relacionadas à captação de recursos para projetos de infraestrutura considerados prioritários pelo Poder Executivo Federal.

O momento de sua criação condizia com um cenário de aquecimento do mercado nacional em projetos de infraestrutura, gerando reflexos significativos sobre a política de concessão de créditos pelos bancos



públicos enquanto principais agentes de financiamento para contratos de longo prazo. Daí a necessidade de se criar incentivos para formas alternativas de financiamento.

Antes de entrar nas vantagens desse modelo, é preciso esclarecer que as debêntures são títulos emitidos por sociedades anônimas com o propósito de captar recursos de terceiros, para financiar projeto específico ou não, em troca de pagamento de determinada remuneração.

O financiamento de projetos de infraestrutura por meio da emissão de debêntures não é algo novo. Por meio da emissão dos chamados *projects bonds*, outros países já se utilizam de títulos de crédito de longo prazo para obter recursos para seus projetos.

No Brasil, a adoção das debêntures de infraestrutura para financiar projetos foi incentivada pelo governo por meio de isenções fiscais aos investidores.

Por conta do advento da Lei nº 12.431/11, além da isenção do Imposto sobre Operações Financeiras - IOF, as aplicações em debêntures de infraestrutura por pessoas físicas brasileiras quanto por investidores estrangeiros estão isentas de tributação. Além disso, para as pessoas jurídicas residentes no país também se verifica uma vantagem tributária, dado que deixam de recolher o adicional de Imposto de Renda – IR complementar na declaração de ajuste.

Tal benefício permite às companhias emissoras de debêntures de infraestrutura reduzir os custos de captação dos recursos, compartilhando os ganhos com o investidor ou, até mesmo, realizando a emissão de tais papéis por uma taxa melhor, uma vez que

tal vantagem tributária possibilita ao investidor ter ganhos líquidos maiores, se comparados com outros títulos de crédito com taxa igual.

Apesar de contar com tal benefício tributário, as debêntures de infraestrutura não eram tão utilizadas como instrumento de financiamento. Como pontuado ao início, a forte atuação do BNDES no papel de financiador dos empreendimentos,[1] cujas taxas sempre foram menores do que os bancos convencionais, acabavam inibindo o interesse do investidor por outros mecanismos; complementarmente, faltava ao mercado financeiro apetite para financiar a longo prazo em razão da inflação alta e falta de previsibilidade de retorno.

Entretanto, alinhada à crise político-econômica do país e as recentes condições impostas pelo BNDES para a concessão de novos financiamentos[2], as debêntures de infraestrutura passaram a ser uma escolha mais recorrente para captação de recursos.

Para acessar essa modalidade de alavancagem, é imprescindível ater-se aos requisitos da Lei 12.431/11, do Decreto 8.874/2016, as portarias dos Ministérios competentes e das respectivas condicionantes regulatórias/contratuais para endividamento.

Em primeiro lugar, a emissão de debêntures deve ser promovida por uma sociedade de propósito específico (SPE) ou por sua controladora, desde que constituída sob o arranjo de sociedade por ações. Veja-se que a emissão pela SPE ou sua controladora independe do tipo de outorga que fundamente o empreendimento, admitindo-se para *contratos de parceria* em geral,[3] tais como concessões, permissões e autorizações.

Em segundo lugar, não basta que o empreendimento seja de infraestrutura ou dos setores relatados pelo decreto regulamentador, como logística e transporte ou energia. É necessário obter a qualificação do projeto, na condição de prioritário, junto ao Poder Executivo Federal, cujo órgão a ser endereçado o requerimento de qualificação dependerá do tipo de investimento objeto de captação de recursos. Isto, no entanto, não significa que empreendimentos estaduais ou municipais estão excluídos. Vejamos o caso de mobilidade urbana.

Com a edição da Portaria nº 532/2017, o então Ministério das Cidades (atual Ministério do Desenvolvimento Regional) disciplinou os procedimentos e requisitos para a qualificação de projetos como prioritários no setor de mobilidade urbana – que não se confunde com o de logística e transporte[4], para fins de emissão de debêntures incentivadas.

De acordo com a portaria, a qualificação pressupõe necessariamente que o empreendimento seja compatível com as disposições da Lei 12.587, que instituiu a Política Nacional de Mobilidade Urbana (PNMU), ponto relevante, sobretudo porque boa parte das outorgas em vigência ainda operam fora dos parâmetros da PNMU.

Ademais, a norma abrange todos os modais do setor de mobilidade, tais como transporte coletivo sobre pneus, trilhos e hidroviário, sendo urbano ou intermunicipal. Pontua, também, os tipos de infraestrutura que o empreendimento deve conter, como condição ao enquadramento do regime da Lei 12.431, destacando-se as vias públicas, estacionamentos, terminais, estações, pontos de embarque/desembarque, sinalização viária e de trânsito, equipamentos de segurança, instrumentos de fiscalização etc.

Em conformidade com outras portarias ministeriais[5], a Portaria do Ministério das Cidades permite a utilização de debêntures para captação de recursos destinados ao pagamento de outorga, fator positivo por não restringir sua aplicação apenas às atividades de infraestrutura detalhadas no decreto regulamentador (implantação, ampliação, manutenção, recuperação, adequação ou modernização).

Após a tramitação do requerimento e com sua qualificação pelo Ministério, surgem obrigações acessórias perante os Ministérios da Cidade e da Fazenda, devendo a companhia emissora encaminhar anualmente o quadro informativo de usos e fontes de recursos do projeto de investimento priorizado, destacando-se a destinação dos recursos captados; e informar à Secretaria Nacional de Mobilidade Urbana (SEMOB) qualquer alteração na execução do empreendimento, inclusive quanto ao prazo.

Detalhe importante: a captação de recursos poderá abranger despesas já incorridas em prazo inferior ou igual a 24 (vinte e quatro) meses da data de encerramento da oferta pública das debêntures. Esta regra torna viável a captação de recursos para contratos cuja vigência já esteja em fase avançada, situação na qual a companhia emissora tenha que promover o último ciclo de investimentos antes da entrega da concessão. Também é comum a imposição de novas obrigações pelo poder concedente da respectiva outorga, situação em que o endividamento por meio de debêntures pode ser mais atrativo do que os produtos convencionais de financiamento.

De modo geral, as perspectivas para as debêntures de infraestrutura são as melhores porque, além do volume de emissão dos títulos aumentando[6], o que revela a aceitação do mercado para este instrumento, há notícias que o governo possui um anteprojeto de lei pronto a alterar as regras das debêntures de infraestrutura.

A proposta visa a criar a possibilidade de as companhias emitirem debêntures de infraestrutura sem a isenção de IR para as pessoas físicas. Apesar de representar uma desvantagem para tais investidores, sabe-se que tal alteração tem grande potencial de atrair grandes investidores institucionais neste segmento, aumentando, assim, a demanda por este tipo de papel e o financiamento de projetos de infraestrutura.

Outro aspecto que se discute é a melhora das condições para emissão das debêntures no exterior, que permitiriam um novo mercado para tais títulos, e para

o enquadramento dos fundos de investimento em infraestrutura para fins de tributação, que precisam em dois anos montar uma carteira composta de 85% (oitenta e cinco por cento) de debêntures de infraestrutura e não raras vezes recusam novos aportes para não se desenquadrar.

Também é avaliado o aumento do prazo, de 24 (vinte quatro) meses para 60 (sessenta) meses, para pagamento das despesas com a emissão dos títulos pelas companhias, de modo a criar mais condições para as empresas emissoras das debêntures utilizar os recursos captados, que possuem uma destinação prevista em lei, para quitar uma dívida bancária mais cara, por exemplo.

Por estas projeções, pode-se afirmar que não faltará demanda à utilização do instrumento, cujas avaliações já demonstram sua tendência de se consolidar como um dos principais mecanismos para o financiamento de projetos de infraestrutura nacional.

---

1 Em 2010, os desembolsos do BNDES somaram o valor de R$ 283 bilhões (em valores atualizados a 2018), o equivalente a 4,33% do PIB brasileiro. Em 2018, os desembolsos foram no montante de R$ 69,3 bilhões, que representam 1,02% do PIB.

2 Além da criação de novas condições, o BNDES alterou a sua política de juros e forma de financiamento, preferindo uma atuação via fundo de créditos a forma direta.

3 Por contratos de parceria, ficam entendidos, nos termos da Lei 13.334/2016: "a concessão comum, a concessão patrocinada, a concessão administrativa, a concessão regida por legislação setorial, a permissão de serviço público, o arrendamento de bem público, a concessão de direito real e os outros negócios público-privados que, em função de seu caráter estratégico e de sua complexidade, especificidade, volume de investimentos, longo prazo, riscos ou incertezas envolvidos, adotem estrutura jurídica semelhante."

4 O setor de logística e transporte, diferentemente do setor de mobilidade, tem um viés voltado à indústria pesada e os serviços de transporte de cargas, razão pela qual ficou submetido à qualificação do Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil, atual Ministério da Infraestrutura, que tratou do procedimento de qualificação por intermédio da Portaria GM nº 517/2018.

5 Aqui destacamos o Ministério da Infraestrutura e o Ministério de Minas e Energia.

6 Segundo dados da Associação Brasileira das Entidades dos Mercados Financeiro e de Capitais - ANBIMA, o valor total as emissões de debêntures de infraestrutura no primeiro semestre de 2018, que foi de R$ 9,6 bilhões, representou um aumento de 400% em relação ao mesmo período de 2017.

RESPONSABILIDADE CIVIL EM TRANSPORTE DE PASSAGEIROS

Lucas Romeu é coordenador da área Cível do Cordeiro, Lima e Advogados, especialista em Direito do Consumidor, Compliance e Governança Corporativa.

Desde os primórdios, o deslocamento das populações mostrou-se algo de extrema importância para o desenvolvimento de todas as sociedades, fosse para a busca de novas e melhores condições de vida, fosse para a integração de uma nação ou para o desenvolvimento e consolidação do comércio, tratando-se de fator relevante para o sucesso de um País.

Por conta dessa importância, esses deslocamentos não poderiam ser realizados de forma desordenada e sem critérios, abandonados à própria sorte, demandando o desenvolvimento de regulamentos e controles, justamente para que se pudesse prestar um serviço de transporte de qualidade e seguro. Ademais, a força motriz de qualquer país está em sua população, nas pessoas, exigindo-se que qualquer operação logística que implique deslocar uma pessoa de um ponto ao outro se dê de forma satisfatória, prestigiando o que se convencionou chamar de cláusula de incolumidade.

Esta importância e posição estratégica são tamanhas que o transporte de passageiros ganhou status constitucional, sendo um direito social dos indivíduos (art. 6º e 7º, IV, CF/88) e explorado pela União, Estados e Municípios, seja diretamente ou mediante concessão, autorização ou permissão (art. 21, XII, "e", e art. 30, V, CF/88), tratando-se de um serviço público, por excelência, prestado a todas as pessoas, indistintamente. Da mesma forma, o transporte foi colocado como um dos elementos necessários a se alcançar o desenvolvimento urbano (art. 21, XX, CF/88).

Ocorre que por conta da morosidade do Estado em prestar o seu serviço público com a qualidade e a velocidade que a atual sociedade demanda, utilizando-se de sua prerrogativa, ele concede o direito de exploração do transporte público de passageiros aos particulares, exigindo-lhes que cumpram com as regras e normas estabelecidas e que arquem com os riscos do negócio.

Entre as normas que se devem obedecer, estão os regulamentos editados pelas agências reguladoras (ANTT, ARTESP, CONTRAN etc.) e as legislações ordinárias, como o Código Civil e o Código de Defesa do Consumidor, bem como o entendimento proferido pelos tribunais.

Já os riscos, tem-se que são tanto aqueles inerentes ao próprio desenvolvimento da atividade, abarcando os gastos com manutenção de veículos, custos com empregados, pagamento de tributos, compra de combustíveis, entre outros, quanto aqueles que podem decorrer de fatores externos, fora do controle dos concessionários, mas que podem ser previsíveis, demandando que se tomem medidas de precaução para evitar suas ocorrências, como são os abalroamentos, colisões, assaltos, atropelamentos.

No entanto, em que pesem os esforços para se reduzir todas estas intercorrências externas à atividade, como a instrução de motoristas para uma condução defensiva, a instalação de câmeras de monitoramento para identificação de passageiros, quando elas ocorrem, causando danos, as consequências jurídicas podem ser variadas, pois os danos podem ser sofridos tanto pelos concessionários quanto pelos passageiros, atraindo a responsabilidade dos transportadores a depender das circunstâncias em que o fato ocorreu (art. 734, CC e Súmula 187 do STF). Estas consequências são decorrentes de um determinado fato, que quando é praticado por alguém de forma contrária ao direito, ocasionando um dano, sendo possível imputar-lhe culpa por sua ação ou omissão, configura sua responsabilidade civil, desencadeando o seu dever de indenizar.

Todavia, em se tratando de concessionárias ou permissionárias de serviço público, por haver a aplicação do Código de Defesa do Consumidor, em muitas vezes não bastará imputar a responsabilidade do dano a um terceiro, àquele que efetivamente provocou o dano, pois havendo prejuízo ao passageiro, ele poderá reclamar diretamente com a empresa de transporte as indenizações que considerar fazer jus, valendo-se da previsão legal da responsabilidade objetiva das prestadoras de serviços (art. 14, CDC) de reparar os danos sofridos por seus passageiros, competindo à empresa, entretanto, cobrar do verdadeiro causador do dano, quando houver, o ressarcimento do que gastou com as indenizações aos passageiros bem como o seu próprio prejuízo.

O dever de indenizar apresenta várias espécies. A primeira delas é a indenização material, compreendendo o dever de ressarcir o passageiro pela perda ou diminuição de seu patrimônio. Este dano pode ocorrer também em face de terceiros que sofrem colisões de veículos, por exemplo, competindo à concessionária ressarcir os gastos com a reparação do dano.

Os danos materiais podem ser classificados como emergentes, sendo aqueles imediatamente aferíveis e decorrentes diretamente do ato danoso; lucros cessantes, entendendo-se se tratar da perda de uma condição que conferia ao lesionado a percepção de lucros; e a perda de uma chance, consistente na análise jurídica do fato ocorrido a verificar se, por conta do incidente, a pessoa lesionada perdeu uma oportunidade de difícil renovação, como no caso do atraso do transporte por culpa da empresa, em que o passageiro deixa de chegar no seu destino no horário programado e, por isso, perde a vaga de emprego.

Já os danos morais exprimem-se no abalo psicológico e anímico desproporcional que uma pessoa sofre decorrente de ato danoso, ainda que não tenha ocorrido qualquer alteração em seu patrimônio.

Também podem ocorrer os danos estéticos, que surgem quando o fato incidental provoca danos físicos, podendo causar lesões de várias graduações, saindo de pequenas escoriações à perda de funções motoras ou mesmo lesões gravíssimas irreparáveis.

Havendo danos à saúde física, a depender de sua extensão, poderá ocorrer o dever da transportadora em arcar, ainda, com custos médicos e os tratamentos necessários para recuperação do indivíduo. Entretanto, não sendo possível a recuperação, perdendo

a vítima a capacidade de trabalhar, poderá a transportadora ser condenada a pagar pensão mensal enquanto não regenerada sua capacidade laborativa (art. 949 e 950, CC), o que pode durar a vida inteira.

Mas também podem ocorrer situações ainda mais graves, como em caso de morte, situação que poderá abarcar todas as previsões anteriores, ensejando o dever de indenizar moralmente pelo abalo sofrido e materialmente, pagando os custos com o funeral e pensão mensal aos familiares.

Todavia, ainda que essas consequências sejam possíveis, sendo elas previsíveis, e havendo a possibilidade de afastar a responsabilidade das transportadoras, demonstra-se necessário e efetivo um acompanhamento preventivo e bem assessorado juridicamente, possibilitando que se acaso venha ocorrer qualquer situação danosa, imediatamente já se possa minorar as consequências ou mesmo afastá-las.

Entre as possibilidades de minoração dos prejuízos causados com indenizações está o necessário acionamento de corpo técnico multidisciplinar (jurídico, contábil, médico etc.) para analisar o fato e sua extensão, de modo que possam imediatamente avaliar a responsabilidade de quem provocou o dano e auxiliar os passageiros.

Verificando que o dano sofrido se deu por culpa de terceiros, competirá ao corpo jurídico, munido de eventuais análises técnicas, acionar o responsável e exigir-lhe que assuma a responsabilidade pelo ocorrido. Caso a abordagem direta não surta o efeito esperado, será necessária a interpelação judicial, que quanto mais rápida for realizada, melhor será a colheita de provas, conferindo mais chances de êxito.

A assistência jurídica imediata também é importante porque poderá mostrar-se necessária uma análise prévia das condições do terceiro responsável pelo incidente, viabilizando que se busque a responsabilização daqueles que efetivamente detenham condições de ressarcir os prejuízos causados.

De outro lado, pensando no bem de maior valor, que é a vida humana, a imediata tomada de decisão para auxiliar os passageiros também é vital para a redução da responsabilização das transportadoras.

Em havendo o dever da transportadora de indenizar seus passageiros, sabendo-se de antemão quais são os danos sofridos e suas extensões, é possível ao corpo jurídico, procedendo a prévia e constante análise jurisprudencial nacional, quantificar os valores que se mostram suficientes e razoáveis para reparar o dano e formalizar acordos com força jurídica capaz de afastar o interesse das pessoas em acionar o judiciário. Este procedimento, que possui técnica jurídica apurada, sendo executado de forma imediata ao acidente, reduz os custos e gastos reflexos, como são os gastos com processos judiciais, conferindo segurança financeira às empresas, que não se verão obrigadas a proceder ao contingenciamento de valores altos e importantes ao desenvolvimento de suas atividades para aguardar uma futura condenação, já providenciando o imediato pagamento, destravando o seu fluxo financeiro, viabilizando o investimento na atividade.

Adotando esta técnica, é possível que além de tomar-se medidas reparadoras, após a ocorrência dos fatos danosos, se passe a uma análise qualitativa dos procedimentos de precaução que já são adotados e implementados, possibilitando que a partir dos dados coletados se verifique quais são os casos de maior incidência de acionamento judicial e se tomem as medidas necessárias para esta redução de insatisfação.

Afinal, a prestação de imediata assistência pela empresa aos passageiros, além de efeitos econômicos mais benéficos, reduzindo custos e perdas desnecessárias, se insere na experiência pós-compra e o fideliza, passando-lhe a mensagem de confiança que se espera das empresas de transporte público.

REDUÇÃO DO ISS COMO POLÍTICA TRIBUTÁRIA ESPECÍFICA PARA MOBILIDADE URBANA

Felipe Courel é coordenador da área Tributária do Cordeiro, Lima e Advogados, com extensão em Contencioso Tributário pela FGV, cursando LL.M. em Direito Tributário pelo INSPER/SP.

Não é segredo para ninguém que o Brasil tem uma alta e problemática carga tributária, diante de um verdadeiro emaranhado legislativo. Prevalece a lógica da tributação sobre todas as pontas (renda e consumo) e nesse meio estão os chamados *tributos indiretos*, dentre os quais se destaca o ISS (Imposto sobre Serviço), de competência dos municípios.

O ISS faz parte da vida diária de todo cidadão e empresário. Incide ISS sobre serviços de tecnologia da informação, serviços profissionais (tais como médicos, advogados, etc) e naturalmente, incide ISS na prestação do serviço de transporte municipal de passageiros.

Atualmente o Brasil tem mais de cinco mil municípios, cada um com sua própria legislação tributária, diante da competência prevista na Constituição Federal. É claro que existem regras nacionais que são parâmetros para criação de leis tributárias no país (com destaque para o Código Tributário Nacional e a Lei Complementar nº 116 de 2003, além da própria Constituição Federal), porém o cenário é de alta complexidade e diversidade das regras envolvendo o ISS.

Nos concentrando no setor de transporte municipal de passageiros, dentro do conceito macro de *mobilidade urbana,* a complexidade é ainda maior, pois cada município tem competência para criar suas regras, delimitar suas alíquotas do imposto e implementar o rol de obrigações acessórias.

Por exemplo, existem municípios que exigem que as concessionárias de serviço público emitam nota fiscal de serviço, o que por si só é um contrassenso, afinal, a nota fiscal de serviço envolve duas pessoas: o prestador e o tomador. No transporte de passageiros, em última ponta está o tomador do serviço, que é o próprio usuário do sistema, o que inviabiliza o cumprimento perfeito (ou correto) dessa obrigação acessória pelo concessionário de serviço público, na prática. Diante da realidade do serviço, é o típico caso da necessária criação de regras simplificadas para o cumprimento das obrigações envolvendo a emissão de documentos fiscais.

Esse é apenas um exemplo da burocracia existente quando se fala do ISS incidente sobre o transporte público de passageiros. No rol de alíquotas e possíveis incentivos a dificuldade e os problemas são semelhantes.

A Lei Federal que regulamenta e padroniza minimamente o ISS no Brasil é a Lei Complementar nº 116 de 2003. Nela constam as alíquotas mínima

e máxima para o ISS, envolvendo qualquer tipo de serviço. Os limites são de 2% a 5%. Ocorre que a complexidade da legislação tributária naturalmente levou diversos municípios a criar regras de incentivos para driblar a alíquota mínima do imposto.

Diante disso, implementou-se a *guerra fiscal dos municípios,* envolvendo principalmente o setor de tecnologia da informação. Por isso, em 2016 foi aprovada a Lei Complementar nº 157 ("LC 157"), para tentar eliminar os possíveis subterfúgios que estavam sendo criados para aplicar alíquotas menores do que 2%, com o intuito de atrair empresas e investimentos, em nítido cenário de competição negativa entre os municípios.

A LC 157 trouxe dois elementos importantíssimos: (i) mecanismos para eliminar a chamada guerra fiscal entre os municípios; (ii) exceções para alguns serviços essenciais, esclarecendo quais podem ter alíquotas menores do que 2%.

É o caso dos serviços de transporte coletivo municipal rodoviário, metroviário, ferroviário e aquaviário de passageiros, segundo a redação da própria Lei. A notícia é excelente, pois, em outras palavras, permite que sejam aplicadas alíquotas menores do que 2% ao setor com segurança e dentro da legalidade. Essa exceção não advém de mero privilégio, pelo contrário, vem da verdadeira *essencialidade* do serviço público de transporte de passageiros. Além disso, fato é que não há guerra fiscal envolvendo os serviços de transporte público de passageiros, pois o cenário de competição desigual entre os municípios envolviam nitidamente outros setores.

É importante destacar esse fato para desmistificar um ponto que volta e meia gera dúvida aos empresários do setor: é possível ter alíquotas reduzidas do ISS e/ou incentivos fiscais, respeitando-se as regras orçamentárias e a Lei de Responsabilidade Fiscal, é claro.

Nesse ponto, a Constituição Federal e o Código Tributário Nacional expressamente preveem que para regulamentação de isenções, benefícios fiscais e a instituição de tributos, sua majoração ou redução, além da fixação de alíquotas, é necessário Lei em sentido estrito, ou seja, não é possível criar isenções ou reduzir alíquotas mediante mero Decreto do Poder Executivo[1]. Tais diretrizes constam nos artigos 156 da Constituição Federal e no artigo 97 do Código Tributário Nacional.

A iniciativa legislativa em matéria tributária é geral, ou seja, a propositura do projeto de lei criando isenções para o setor e/ou incentivos e redução de alíquota podem partir tanto do Poder Executivo quanto do Poder Legislativo, o que aumenta as possibilidades para inserção do debate. O Supremo Tribunal Federal pacificou a tempos a regra da iniciativa geral para leis de natureza tributária, ou seja, o leque de possíveis agentes para implementação de medidas de desoneração do setor é grande.

Mas por qual razão vale destacar a exceção dos serviços de transporte municipal de passageiros no rol de possíveis serviços com alíquotas reduzidas ou até mesmo isentos do ISS? O ISS, em efeitos práticos, aumenta a despesa do Poder Público nos casos em que se faz necessário a tarifa de remuneração (como é o caso da maioria

dos grandes municípios, dado que a tarifa pública geralmente não cobre os reais custos do serviço, além da alta sensibilidade política que envolve qualquer tipo de reajuste, por exemplo). Ou seja, o primeiro benefício da redução ou isenção do ISS está diretamente relacionado aos cofres públicos, afinal, um serviço com menor carga tributária demandará menos subsídio tarifário para ressarcir os operadores do sistema.

Ademais, como dito, qualquer tributo incidente sobre o serviço aumenta o seu custo total, sendo repassado ao usuário ou à sociedade, no caso dos serviços públicos. Essa é a natureza dos tributos indiretos e ai está a grande oportunidade envolvendo o ISS incidente sobre o transporte público de passageiros, pois quando se fala nesse tipo de serviço, via de regra objeto de licitação, em última instância se está falando da sociedade como um todo pagando mais imposto, bem como o aumento da despesa ao Poder Público nos subsídios tarifários e consequentemente maiores dificuldades para os empresários na prestação de serviços minimamente de qualidade.

É de conhecimento geral que o número de passageiros transportados vem diminuindo ano após ano, diante da multiplicidade de modais alternativos de transporte que vem sendo oferecidos à população. Os aplicativos de transporte, dia após dia, estão angariando passageiros que antes andavam de ônibus, por exemplo, e uma das razões dessa realidade nos grandes centros urbanos é justamente o preço do serviço do transporte público.

A alta carga tributária no Brasil é só mais um dos grandes desafios aos empresários do setor. Reflexo disso é a nítida relevância da parte tributária em qualquer estudo econômico-financeiro para prestação de algum serviço público na modalidade de concessão à iniciativa privada. Dentre os custos e a formulação do preço, estão os tributos envolvidos. Na perspectiva do Poder Público, considerando a realidade da implementação da tarifa de remuneração, o ISS incidente sobre o serviço de transporte (incide sobre o total das receitas advindas da tarifa pública) se traduz em aumento de despesa (mais subsídio necessário para ressarcir os operadores do sistema). Dentre os levantamentos para o reajuste tarifário estão os custos, investimentos, receitas e naturalmente, os tributos. O ISS é, sem dúvida, um grande ator nesse cenário.

Esse fato onera o serviço, mediante arrecadação direta sobre as receitas dos empresários cujo recursos poderiam ser objeto de novos investimentos e melhorias no setor, além do reflexo nas despesas do Poder Público, por exemplo. É por isso que no caso do serviço público de transporte, diante da sua essencialidade, a desoneração é uma medida benéfica a todos. Diante da verdadeira urbanização do Brasil, a desoneração do serviço público de transporte é urgente.

As possíveis alterações no ISS, mediante isenção ou redução de alíquotas, além de reduzir as despesas do Poder Público envolvendo os subsídios tarifários, possibilita a diminuição do preço do serviço e consequentemente pode garantir maior estabilidade

na tarifa pública cobrada do usuário. Além dos óbvios benefícios do transporte coletivo de passageiros na perspectiva ecológica, essa possibilidade simplifica o processo e resgata a atratividade do transporte coletivo ao usuário.

Em grandes centros urbanos já se implementa a isenção do ISS sobre os serviços de transporte, como é o caso de São Paulo, mas em diversas cidades do país as alíquotas permanecem variando de 2% a 3% em média. É um custo direto sobre o setor, prejudicando todo o contexto de mobilidade urbana, ainda que indiretamente, afinal, serviços públicos que custam mais aos usuários e ao Poder Público, demoram mais tempo para ser estruturados, implementados, concretizados e finalmente prestados.

A Lei de Mobilidade Urbana (Lei Federal nº 12.587 de 2012) tem um artigo que é simplesmente central para o contexto aqui tratado. Trata-se do artigo 17, inciso II, que diz ser atribuição do Estado a propositura de *política tributária específica e de incentivos para implantação da Política Nacional de Mobilidade Urbana.*

Propor políticas tributárias específicas para Mobilidade Urbana pode parecer um termo genérico, mas não é. Refletindo sobre a realidade e essencialidade do setor, é fácil ver algumas possíveis medidas específicas que favorecem a implementação das políticas públicas de mobilidade, por exemplo: (i) simplificação de obrigações acessórias envolvendo o transporte municipal de passageiros; e (ii) redução de alíquotas e/ou isenções, a fim de fomentar novos investimentos, melhorias, simplificação do processo e resgate da atratividade do serviço público.

Mediante cenários altamente complexos e de grande bravura por parte dos empresários do setor na busca sistematizada pela prestação de serviços públicos de qualidade, o equilíbrio econômico-financeiro de contratos públicos de prestação de serviços de transporte podem ser garantidos mediante políticas tributárias específicas.

É o caso do ISS que pode muito bem ser reduzido ou até mesmo isento ao setor, dependendo de análises econômicas e de responsabilidade fiscal. A possível retomada do crescimento econômico do país pode ser um bom momento para implementação de tais medidas, além do fato de que não há guerra fiscal dos municípios envolvendo os serviços de transporte de passageiros. O que há, na verdade, é um serviço que custa caro ao usuário, aos empresários e ao Poder Público, onde a possível desoneração é uma medida de benefício coletivo.

Por isso, está claro que a sua redução pode ser um instrumento de política tributária direcionada à mobilidade, amparado por segurança jurídica, com nítido interesse público a fim de corroborar relações saudáveis, sob o ponto de vista econômico-financeiro, entre o Poder Público e os empresários do setor.

---

1 Existem exceções para os tributos extrafiscais (ex: IOF, IPI, Imposto de Importação, etc), não tratados nesse artigo.

SISTEMA DE MICROMOBILIDADE: CONDIÇÕES ATUAIS E PERSPECTIVAS DE INTEGRAÇÃO DE MODAIS

Caio Figueiroa é coordenador da área de Infraestrutura e Novos Negócios do Cordeiro, Lima e Advogados, especialista em Direito Administrativo Econômico e é mestrando em Direito Público, todos pela FGV/SP, e Vice-presidente da Comissão de Infraestrutura e Direito Administrativo da OAB, subseção de São Bernardo do Campo.

Ilana Lafer é coordenadora da área de Direito Público Consultivo/Contencioso Administrativo do Cordeiro, Lima e Advogados e pós-graduada em Direito Administrativo pela FGV/SP.

O Sistema de Micromobilidade Compartilhada (SMC), seja por meio de bicicletas, seja por meio de patinetes elétricos, ou outros, tende a suprir a carência de investimentos em mobilidade urbana, cujo planejamento nem sempre é capaz de acompanhar a dinâmica tecnológica do setor.

De acordo com o Centro Brasileiro de Análise e Planejamento (CEBRAP), apenas no município de São Paulo são realizados cerca de 40 milhões de deslocamentos diários, entre os quais até 35% podem ser realizados por meio de veículos de micromobilidade.[1]

Dados colhidos a partir da recente pesquisa realizada no *1º Summit Grow de Segurança e Convivência na Micromobilidade*[2], revelam que atualmente 40% dos usuários dos patinetes utilizam o modal para fins de recreação, oposto aos usuários de bicicletas, cuja maioria (47%) já as adota como meio de deslocamento para o trabalho.

Não é difícil imaginar uma inversão desse cenário, de modo que os patinetes venham a ser empregados como alternativa para deslocamentos de curta distância, tal como já são hoje as bicicletas.

Por conta deste fato, associado ainda ao seu caráter disruptivo, que a matéria de micromobilidade é considerada sensível, uma vez que a simples inclusão de outros meios de transporte em uma cidade, pode desequilibrar todo o Sistema de Mobilidade já consolidado num município.

Assim é de extrema importância que antes de implementar medidas restritivas à atividade de modais de micromobilidade, é necessário buscar a conciliação do planejamento de mobilidade urbana como um todo, com um contexto de integração e inovação entre meios de transporte.

Referido planejamento pressupõe a observância às normas aplicáveis ao Sistema de Mobilidade Urbana.

A partir da própria repartição de competências definidas no âmbito do artigo 22 da Constituição Federal, está claro que é competência privativa da União legislar sobre Diretrizes da Política Nacional de Transportes (art. 22, inciso IX) bem como trânsito e transporte (art. 22, inciso XI).

Já aos municípios, por força da competência prevista no artigo 30, inciso I e II, da Constituição Federal, incumbe legislar sobre assuntos de interesse local e suplementar a Legislação Federal e Estadual no que couber.

Assim, a União é a única legitimada a dispor sobre trânsito e transporte, enquanto, aos municípios apenas cabe legislar, de forma complementar, no que tange aos impactos do uso desse novo modal sobre o interesse local[3].

Em razão da divisão de competências citada acima, União e municípios, foi publicada a Lei de Mobilidade Urbana (Lei Federal nº 12.587/2012), que passou a dar grande ênfase ao desenvolvimento sustentável, priorizando de modos de transportes não motorizados sobre os motorizados, bem como de transportes coletivos sobre os individuais (art. 16).

Ainda que referida disposição legal pudesse gerar algum conflito entre as matérias abordadas, caberá ao município, em seu Plano de Mobilidade Urbana, definir as prioridades atinentes à população local.

Assim, o art. 24 da mesma lei dispõe quanto a obrigatoriedade de municípios, com população acima de 20.000 (vinte mil) habitantes, elaborarem Plano de Mobilidade Urbana, sendo o instrumento de efetivação da Política Nacional de Mobilidade Urbana, estando plenamente compatível e integrado com seus Planos Diretores ou nele inseridos.

Referido Plano deverá abarcar, entre outras diretrizes e princípios, aspectos referentes à integração dos meios de transporte público e privados com os não motorizados, de modo a possibilitar a total consecução do direito de ir e vir dos usuários, tal como garantir o perfeito equilíbrio no Sistema de Mobilidade Urbana Municipal.

Os usuários poderão utilizar-se de diversos tipos de transporte para chegar a um determinado destino, não se limitando apenas a uma opção disponível (seja por meio de ônibus, transporte sobre trilhos, taxis ou bicicletas/patinetes elétricos). Desta forma, espera-se que, entre as matérias abarcadas no Plano de Mobilidade Urbana elaborado por determinado município, seja integralmente observada a relação de complementariedade entre o Sistema de Transporte Coletivo ou Individual de Passageiros considerando os atuais modais de micromobilidade.

Não basta, contudo, que a preocupação de integração dos modais esteja apenas contemplada no Plano de Mobilidade Urbana, devendo o Poder Público se utilizar de normas municipais para dar maior concretude e robusteza à matéria.

A título de exemplo, o Município do Rio de Janeiro (RJ) foi o pioneiro ao definir aspectos atrelados integração do novo meio de transporte (patinete elétrico) no Sistema de Mobilidade Urbana da Cidade, por meio da edição do Decreto Municipal nº 45.550/2018, que disciplina quanto a utilização da infraestrutura de mobilidade urbana por meio de compartilhamento de patinetes “em caráter experimental”.

Seguindo a tendência de expansão das propostas de inclusão dos modais, Vitória (ES) sancionou, no começo deste ano, a Lei Municipal nº 6.129/2019, que designa a atividade como "*serviço de compartilhamento social de patinetes elétricos*".

Por sua vez, Fortaleza (CE) editou, em abril de 2019, a Regulamentação para Operadoras de Micromobilidade, programa que integra a Política Cicloviária Municipal.

Com relação ao Município de São Paulo (SP), a prefeitura já conta com normas de considerável densidade a respeito do compartilhamento de bicicletas (*bike sharing*), as quais seguem aplicadas às empresas que se utilizam de outros equipamentos como as patinetes elétricos.

A transitoriedade das normas mencionadas, ainda que inevitável tendo em vista o ineditismo do novo meio de transporte, são benéficas uma vez que possibilitam a captação de externalidades (impressões) negativas ou positivas ao Sistema de Mobilidade Urbana; a coleta de informações, pelo Poder Público, para o aprimoramento do arranjo de mobilidade urbana como um todo; e garantia de respaldo e segurança jurídica às empresas interessadas em participar da atividade.

É possível concluir, assim, que apesar da introdução de modais de micromobilidade ser benéfica ao Sistema de Mobilidade Urbana, é importante que, primeiramente, seja elaborado Plano de Mobilidade Urbana Municipal, de forma a garantir a integração dos modais de transporte; e, posteriormente, sejam editadas normas específicas de forma a dar maior concretude à matéria. .

---

1 A pesquisa realizada pelo CEBRAP (2016) buscou compreender os diferentes modelos e usos de sistemas de compartilhamento de bicicletas em diversas cidades do mundo, a fim de demonstrar os modelos de financiamento, as diferentes tecnologias utilizadas nos sistemas, a localização geográfica das estações e o uso dos sistemas de forma geral. Disponível em: <https://cebrap.org.br/pesquisas/pesquisa-comparada-de-sistemas-internacionais-de-compartilhamento-de-bicicletas/>.
2 Evento que ocorreu em 3 de maio, no auditório do Memorial da América Latina, em São Paulo.
3 Esse conflito entre as competências foi bem retratado nas demandas que pleitearam, junto ao Supremo Tribunal Federal, pela inconstitucionalidade das leis municipais que dispunham sobre o uso de aplicativos como Uber, 99 e Cabify. Essas ações questionavam, por meio da ADPF 449 e do Recurso Extraordinário nº 1.054.110, respectivamente a Lei Municipal nº 10.553/2016 de Fortaleza, e a Lei Municipal nº 16.279/2015 de São Paulo que propunham a proibição do uso desses aplicativos.
Como forma de sustentar a inconstitucionalidade das leis em questão, foi sustentado que não caberia ao município legislar sobre a matéria, sendo esta competência exclusiva da União por se tratar de questão relativa a "trânsito e transporte".
Em julgamentos ocorridos nos dias 8 e 9 de maio de 2019, o Supremo Tribunal Federal fixou as seguintes teses: (i) a proibição ou restrição da atividade de transporte privado 23 individual por motorista cadastrado em aplicativo é inconstitucional, por violação aos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência; e (ii) no exercício de sua competência para regulamentação e fiscalização de transporte privado individual de passageiros, os municípios e o Distrito Federal não podem contrariar os parâmetros fixados pelo legislador federal nos termos do art. 22, inc. IX, da Constituição Federal.

ALTERAÇÕES NO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO E O COMBATE AO TRANSPORTE CLANDESTINO NO BRASIL

João Gabriel G. Pereira
é sócio do Cordeiro, Lima e Advogados, advogado especialista atuante na área de Direito Público, cursando no MBA de PPP e Concessões pela Fundação Escola de Sociologia e Política de São Paulo – FESPSP.

Não é segredo que o transporte público coletivo de passageiros, sobretudo aquele prestado nos âmbitos municipal e metropolitano, vem há muito sofrendo uma grave crise setorial.

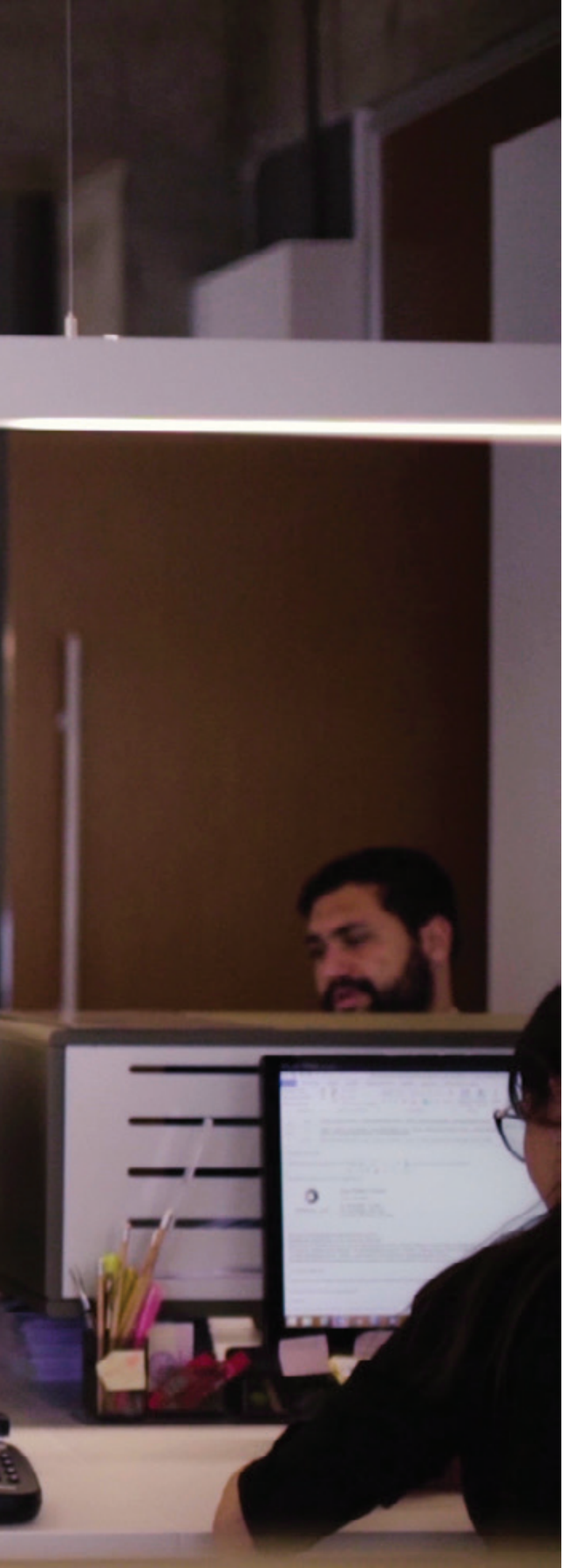
Um dos principais motivos dessa situação é a queda vertiginosa de passageiros pagantes (mais de 18% entre 2013 e 2016, segundo a NTU[1]), resultado da combinação de diversos fatores, tais como: aumento exponencial de usuários beneficiados com descontos tarifários integrais ou parciais; ausência de regulamentação adequada de serviços de transporte remunerado privado individual de passageiro; e, sobretudo, a proliferação desenfreada do denominado transporte clandestino[2] em cidades de médio e grande porte.

Tal prática, indiscutivelmente ilegal, coloca os operadores clandestinos em injusta situação de privilégio, já que não se submetem a diversas regras aplicadas às legítimas delegatárias de transporte público (concessionárias/permissionárias) e, tampouco, estão sujeitos às usuais multas e demais penalidades mais gravosas. Isto porque muitas dessas condições geram expressivo ônus aos custos e investimentos do serviço (ex.: determinações do Poder Público sobre valor da tarifa, horários e itinerários; exigências acerca de frota, garagem, GPS e Sistema de Bilhetagem Eletrônica; transporte de beneficiados por gratuidades; cumprimento de normas fiscais, trabalhistas e de segurança).

Essa inegável disparidade, por outro lado, propicia aos operadores clandestinos oferecer um valor inferior ao da tarifa pública praticada no serviço público local, o que se torna atraente aos olhos dos cidadãos (passageiros pagantes, destaque-se).

Mesmo sendo um problema da mais alta prioridade para o setor, a coibição dessa atividade tem deixado muito a desejar, seja por falta de ação do Poder Público (a quem exclusivamente cabe a fiscalização), seja pela ausência de instrumentos jurídicos eficazes (dispostos em leis nacionais ou em leis locais). Acerca deste último item, a recente Lei Federal nº 13.855/19, que alterou os Arts. 230, XX (transporte ilegal de escolares) e 231, VII (transporte ilegal de passageiros em geral e bens), do Código de Trânsito Brasileiro – CTB, trouxe adequações que podem contribuir nessa luta. Antes, porém, devem ser explicadas algumas questões importantes sobre legislação de trânsito.

Cada infração prevista no CTB é acompanhada de gradação (gravíssima, grave, média e etc.), para fins de pontuação na CNH e eleição de penalidade; de penalidade em si (multa, cassação da CNH e etc.); e por



vezes, de medida administrativa (retenção do veículo, remoção do veículo etc.).

Neste contexto, as medidas administrativas[3] mais relevantes são retenção do veículo, que é sua imobilização no local da infração até solução da irregularidade (temporária e sem deslocamento do veículo); e remoção do veículo, que visa a restabelecer as condições de segurança ou garantir a boa ordem administrativa, com destinação do veículo para depósito adequado (não temporária e com deslocamento do veículo).

Entre as ferramentas jurídicas existentes em lei nacional, a mais costumeiramente utilizada está prevista no Art. 231, VIII (redação vigente), do Código de Trânsito Brasileiro – CTB, que caracteriza o transporte clandestino como infração média, passível de penalidade de multa e de medida administrativa de retenção do veículo.

Claramente, a gradação da infração e a medida administrativa hoje existentes contêm um baixíssimo rigor, indevidamente desproporcional[4] ao risco e à gravidade decorrentes do transporte clandestino (segurança e vida dos passageiros e demais usuários de vias e entorno).

Tanto é verdade que, na prática, constatado o transporte clandestino, lavra-se a multa de valor pouco expressivo e, com o desembarque de todos os passageiros, o veículo já se encontra liberado para circular clandestinamente outra vez.

Em outras palavras, a redação vigente do Art. 231, VIII, do CTB não oferece condições efetivas para que as autoridades competentes possam repreender e evitar a reincidência de práticas ilegais. E mais: abriu uma brecha que arrefece ainda mais as possibilidades de efetiva fiscalização do transporte clandestino, pois acabou por tornar inócuos os instrumentos de

fiscalização de Estados e Municípios.

Estes entes federativos, em especial os Municípios, podem, e devem editar suas respectivas normas para coibir o transporte clandestino, calcados no dever constitucional de regulação do serviço de transporte e de fiscalizar e coibir qualquer prática em desacordo com as regras locais.

Dada a gravidade da prática do transporte clandestino, uma expressiva parcela das legislações locais previa a remoção do veículo nesses casos.

Entretanto, operadores clandestinos passaram a questionar judicialmente a fiscalização de Estados e Municípios alegando que o CTB, que prevê a medida de retenção, deveria prevalecer sobre as legislações locais quando estas impusessem a medida de remoção.

A questão chegou até o STF que, a nosso ver, de maneira equivocada, entendeu sob o regime de repercussão geral (Tema 430)[5] que seria "inconstitucional lei municipal que impõe pena mais grave que o Código de Trânsito."

Na prática, portanto, Estados e Municípios poderiam apenas reter veículos, e não mais removê-los.

O entendimento judicial da questão criou um verdadeiro salvo-conduto para a prática do transporte clandestino e, pior, acabou por permitir sua execução de forma institucionalizada, com a chancela do Poder Judiciário.

Sociedades empresárias, associações e cooperativas supostamente voltadas ao transporte passaram a ingressar com ações judiciais confessando que tiveram veículos de seus "colaboradores" removidos, medida esta que, segundo entendimento do STF, seria inconstitucional. Pleiteavam a liberação dos veículos e, pior ainda, a proibição de que as autoridades locais efetuassem novas remoções.

Os juízes, pautados somente no entendimento do STF, concediam liminares de forma indiscriminada, sem se atentar que o verdadeiro intuito era obter uma decisão judicial para viabilizar o transporte clandestino. Desta forma, além da insuficiência dos instrumentos normativos previstos no CTB, a dificuldade em coibir o transporte clandestino agravou-se ainda mais em razão do cenário judicial que veio a se consolidar.

Por estes motivos, são bem-vindas as modificações da Lei Federal nº 13.855/19 para coibição do transporte clandestino (que entra em vigor 90 dias a contar da data de 9.7.19).

A nova redação do Art. 230 altera a infração de média para gravíssima, elevando os valores da multa (de R$ 130,16 para R$ 293,47) e fator de pontuação na CNH (de 4 para 7 pontos), e, o mais importante, viabiliza remoção do veículo como medida administrativa.

No mais, poderá o agente competente determinar, após desembarque dos passageiros, o deslocamento do veículo até o pátio apropriado, o qual somente será liberado após prévio pagamento de multas, taxas e despesas com remoção e estada (Art. 271, §1º, CTB).

Uma ressalva: para o valor da multa, a Lei poderia ter sido muito mais rígida, estabelecendo agravante que permitisse multiplicar o seu valor, por exemplo, a mesma Lei Federal nº 13.855/19 instituiu, para a infração de transporte clandestino de escolares (Art. 230, XX), a agravante de 5 vezes o valor da multa de infração gravíssima (R$ 1.467,35).

Naturalmente, para que essa importante ferramenta surta efeitos, é fundamental que o Poder Público local exerça devidamente as funções de fiscalização, incluindo em suas políticas prioritárias suprimir o transporte ilegal, com disponibilização de pessoal e infraestruturas (guincho, pátio etc.) necessários para tanto.

Por fim, reitere-se que essas alterações, que elevaram em alguma medida o rigor contra infratores, não dispensam o Poder Público local de sua obrigação constitucional e legal de criar (Poder Legislativo) e implantar (Poder Executivo) outras medidas de fiscalização eficazes para combate do transporte clandestino.

---

1 Fonte: http://www.ntu.org.br/novo/ListaDadosPorRegiao.aspx?idArea=7&idSegundoNivel=17 Acesso em 23.04.2018.

2 Transporte clandestino, para fins deste texto, é a prestação ilegal do serviço de transporte de passageiro, coletivo ou individual, mediante remuneração, por pessoa física ou jurídica que não detenha a regular outorga de serviço (autorização, permissão ou concessão) emanada do Poder Público competente (União, Estados ou Municípios).

3 Caracterizam-se por: I) serem aplicadas por autoridade de trânsito (dirigente do órgão – ex.: Diretor-presidente do DETRAN) ou seus agentes (pessoas que realizam a fiscalização); II) não tem caráter punitivo, sendo complementares às infrações; III) ter como finalidade a regularização de situações infracionais (em regra, são temporárias); e IV) serem impostas no momento em que se constata a infração.

4 Esse motivo consta expressamente da Justificativa do Projeto de Lei que originou a Lei Federal nº 13.855/19.

5 A questão pode ser revista na análise do Tema 546 sob exame de Repercussão Geral.

PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVA: UMA ALTERNATIVA AO PARCEIRO PRIVADO E PARA O PODER PÚBLICO

Antônio Gomes é coordenador da Área de Direito Público – Contencioso, do Cordeiro, Lima e Advogados e pós-graduado em Direito Processual Civil pela FGV/SP.

As relações contratuais mantidas entre particulares e Poder Público são, muitas vezes, fonte de variados conflitos. Adentrando-se na seara da mobilidade urbana, a litigiosidade parece se intensificar. Temas muito sensíveis ao parceiro privado como desequilíbrio econômico-financeiro, insuficiência do valor tarifário, erros no dimensionamento do serviço, entre outros, são demasiadamente frequentes.

As causas são variadas, e perpassam a ainda recente legislação específica do tema (a Lei Federal de Mobilidade Urbana surgiu em janeiro de 2012), a falta de preparo técnico da maioria dos órgãos da Administração Pública para promover adequadamente as outorgas e, porque não dizer, questões estruturais do mercado e da própria frequente alteração na realidade da prestação dos serviços.

Portanto, é possível afirmar com razoável certeza que o parceiro privado terá de recorrer a alguma instância para que esses conflitos, que muitas vezes têm grande representatividade financeira, sejam resolvidos.

O sistema brasileiro admite que as controvérsias derivadas da relação contratual sejam dirimidas no âmbito da própria Administração Pública ou em foro diverso, quase sempre junto ao Poder Judiciário e, em alguns casos, por meio de arbitragem.

Via de regra, e por definição, a solução obtida pelos sujeitos diretamente envolvidos no conflito tende a ser melhor do que aquela a ser fornecida por um terceiro (um juiz ou um árbitro, por exemplo). Ninguém melhor do que o parceiro privado e o Poder Público para poderem discutir os problemas da relação contratual.

Além disso, é ponto comum que os debates travados entre o parceiro privado e o Poder Público sempre apresentam elevada complexidade técnica. Ao se tratar de desequilíbrio econômico-financeiro, invariavelmente são invocados instrumentos como taxa interna de retorno, fluxo de caixa, alavancagem etc. Quando a questão reside no reajuste tarifário, é necessário discutir sobre fórmulas paramétricas, coeficientes de consumo, fatores de utilização etc.; logo, também em razão do caráter técnico, o ideal é que a composição do eventual conflito se dê junto à administração, pois o órgão contratante dispõe, ou ao menos deveria dispor, de pessoal e conhecimento técnico para avaliar as distorções verificadas na execução contratual.

Contudo, salvo poucas exceções, a administração não decide, e nas poucas vezes em que o faz, é comum que o pronunciamento seja contrário àquilo que foi pleiteado pelo parceiro privado. Neste sentido, a experiência revela que são escassas as oportunidades, por exemplo, em que a administração reconheceu a existência de desequilíbrio econômico-financeiro e indenizou o parceiro privado.

A razão disso? Os gestores públicos sentem-se acuados. Estão a todo tempo temerosos e receosos de penalizações por parte dos Tribunais de Contas e do ajuizamento de ações de improbidade por parte do Ministério Público, afinal, perante os órgãos de controle ainda impera o preconceito de que o parceiro privado está errado.

Para então blindarem-se de eventual responsabilização, a administração, a quem competiria inicialmente a solução do conflito, remete o particular para a tortuosa via judicial, já que a arbitragem tem utilização ainda muito restrita.

Os efeitos colaterais dessa segurança almejada pela administração são vários: o processo judicial é moroso, implica variados e elevados custos, traz riscos não controláveis e, ao final, a solução quase sempre será convertida na expedição do precatório. Não é interessante para ninguém, pois a administração perde a oportunidade de resolver a questão e se sujeita aos impactos da decisão de um terceiro; o parceiro privado amarga as consequências da pendência de um processo e da falta de solução prática para o problema.

Entretanto, o novo Código de Processo Civil, que veio pautado nas premissas do consenso e da diminuição da quantidade de litígios, inovou a ponto de fornecer uma solução para este impasse. A inovação vem descrita nos artigos 381 a 383 e é intitulada de Produção Antecipada da Prova.

A produção antecipada da prova significa, em resumo, que não é necessário aguardar toda a tramitação processual inicial para que seja realizada, por exemplo, uma audiência ou uma perícia.

Vale registrar que na vigência do código anterior havia semelhante possibilidade. Todavia, essa possibilidade estava restrita àquelas hipóteses em que a prova poderia se perder, como, por exemplo, a oitiva de uma testemunha que estivesse em risco de morte.

Se o Código anterior já previa essa alternativa, por que esse instituto processual pode ser, agora, útil na solução do problema enfrentado por praticamente todos aqueles que mantém contratos de mobilidade urbana?

Várias são as razões. Primeiro, o novo código criou novas hipóteses para seu cabimento, antes inexistentes. Agora, também admite-se a produção antecipada da prova para *viabilizar a autocomposição ou outro meio adequado de solução de conflito* e também para a situação em que *o prévio conhecimento dos fatos possa justificar ou evitar o ajuizamento de ação*.

Já expusemos que o maior entrave para a solução de conflitos no âmbito da administração é a falta de segurança que os gestores enfrentam. Pois é possível realizar um acordo pautado em prova obtida em procedimento judicial, mediante contraditório e chancelada pelo Poder Judiciário.

Pensemos na hipótese clássica de desequilíbrio econômico-financeiro. O caminho de que o parceiro privado usualmente teria de se valer seria o ajuizamento de uma ação. Seria necessário recolher custas, muitas vezes calculadas sobre o expressivo montante a ser pleiteado; aguardar todo o trâmite de alegações (lembrando aqui que os entes públicos têm prazos muito mais dilatados para se manifestar); e, por fim, correr o risco de o juiz julgar a ação sem sequer determinar a produção da prova pericial, correndo-se ainda os riscos de sucumbência.

A inovação trazida pelo novo código permite pular todas essas etapas e eliminar muitos riscos. Basta ao parceiro privado indicar a finalidade da produção antecipada da prova (celebrar um acordo ou mesmo instruir uma futura ação), relatar os fatos sobre os quais a prova recair (a adequação dos reajustes tarifários ou a alteração das condições operacionais do serviço, por exemplo) para que a prova seja produzida. Neste caso, o juiz irá indicar um perito, que por sua vez irá produzir um laudo. Durante a elaboração do laudo, tanto o parceiro privado, que requereu a prova, quanto o Poder Público, tem o direito de formular seus questionamentos (quesitos) e podem indicar um técnico de confiança que irá acompanhar os trabalhos.

Agora imaginemos que o laudo elaborado pelo perito indicado pelo juiz tenha, de fato, apurado desequilíbrio econômico-financeiro, indicando ainda que o parceiro privado tenha direito a uma indenização.

É certo que nessas condições o agente público terá muito mais segurança em tomar uma decisão uma vez que o desequilíbrio em si já foi atestado através de prova técnica, elaborada um perito imparcial e sobre a qual o Poder Judiciário velou pela regularidade da produção. Nesse sentido, a inovação legislativa acaba por suprir a necessidade de o agente público relegar as decisões para um terceiro, judiciário ou arbitragem.

Se no âmbito do Poder Judiciário já fora produzida prova técnica que certificou a existência de desequilíbrio econômico-financeiro, parece-nos que as possibilidades de questionamento por parte dos órgãos de controle são eliminadas ou, quando menos, diminuem drasticamente. Desta forma, obtém-se a segurança necessária para que a Administração Pública efetivamente decida.

Contudo, as vantagens da inovação legislativa não se resumem a essa finalidade de propiciar segurança para as decisões no âmbito administrativo.

O procedimento de produção antecipada da prova é incomparavelmente mais célere do que uma ação judicial comum. Além disso, tende a ser muito menos custoso do ponto de vista financeiro uma vez que basta indicar os fatos sobre os quais a prova recairá. O risco de sucumbência é praticamente inexistente, pois trata-se de um procedimento de jurisdição voluntária.

Outro ponto de extrema relevância é que, salvo alguma irregularidade formal, o procedimento de produção de antecipada de provas não pode ser indeferido; isto é, o Poder Judiciário não pode se negar a produzir antecipadamente a prova, isto porque a produção antecipada da prova é um importante instrumento para a concretização de uma das maiores finalidades do novo Código de Processo Civil, que é a obtenção da autocomposição.

Por fim, tamanha é a relevância atribuída à produção antecipada da prova que o Código veda a apresentação de defesa. Isto é, ainda que o Poder Público oponha-se, a prova poderá ser realizada com todas as garantias de imparcialidade e isenção do Poder Judiciário.

É fato que existe uma ampla cultura de judicialização de conflitos no âmbito dos contratos de mobilidade urbana. É fato ainda que a mudança de um paradigma cultural não ocorre de forma repentina.

O legislador parece ter se atentado para isto e trouxe importante alteração legislativa que pode contribuir para a alteração desse paradigma, de maneira a dependermos cada vez menos de instâncias diversas para a solução de problemas.

Cumpre, agora, ao parceiro privado e ao Poder Público apreender este intento do legislador e utilizá-lo no âmbito dos contratos de mobilidade urbana.

AS PECULIARIDADES DA RESCISÃO CONTRATUAL DO CONTRATO DE TRABALHO POR MÚTUO ACORDO

Gisele Accarino é coordenadora da área Trabalhista do Cordeiro, Lima e Advogados, mestre em Direito do Trabalho e Seguridade Social pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo – FDUSP.

Antes da vigência da Lei nº 13.467/2017, conhecida como Reforma Trabalhista, não existia previsão legal que proporcionasse ao empregado e empregador a realização de um acordo do momento do desligamento, que ao mesmo tempo atendesse a vontade do empregado em levantar os valores depositados a título de FGTS acrescidos da multa de 40%, e ainda, atendesse o desejo do empregador em desligar o empregado sem considerar o custo da multa de 40% sobre o saldo fundiário.

Antes da Reforma Trabalhista, a extinção do contrato de trabalho por prazo indeterminado estava restrita às seguintes hipóteses: pedido de demissão pelo empregado; dispensa pelo empregador sem justa causa; dispensa pelo empregador com justa causa; e morte do empregado.

Em nenhuma das 4 hipóteses existia a previsão de extinção contratual por comunhão de vontades, ou seja, consentimento mútuo. Isto porque, excluindo as hipóteses de morte do empregado e rescisão contratual por justa causa, esta última com rol taxativo previsto no artigo 482 da CLT, tínhamos apenas 2 possibilidades:

- O empregado requerer a rescisão contratual (pedir demissão): nesta hipótese não receberia o aviso prévio indenizado, não levantaria os valores depositados à título de FGTS e, ainda, não receberia a multa de 40% sobre o saldo fundiário, bem como não teria direito ao recebimento das parcelas de seguro desemprego;
- O empregador realizar a rescisão contratual do empregado sem justa causa: nesta hipótese a empresa arcaria com o custo de um desligamento sem justa causa, ou seja, o pagamento do valor integral do aviso prévio (trabalhado ou indenizado), a multa de 40% sobre o saldo fundiário e, ainda, o empregado beneficiaria-se do levantamento da integralidade dos valores depositados à título de FGTS e o recebimento das parcelas de seguro desemprego.

Mesmo não existindo uma previsão legal que validasse o acordo no ato da rescisão contratual, não eram raros os casos em que a empresa realizava o desligamento do empregado, adimplindo a multa de 40% e exigindo do empregado a restituição "por fora" deste montante, caracterizando claramente uma modalidade de rescisão contratual fraudulenta.

Transitando por este cenário, a hipótese aludida não possui amparo em nosso ordenamento jurídico e, por conseguinte, é considerada nula pela Justiça do Trabalho, além de significar um risco ao empregador, que poderá ser fiscalizado e penalizado por sua conduta, e ao empregado, que poderá ser obrigado a restituir as parcelas do seguro desemprego.

Assim sendo, a inclusão do artigo 484-A ao capítulo da CLT "Da Rescisão" trouxe uma modalidade de ruptura contratual entre empregador e empregado capaz de afastar a característica de fraude, desde que obedecidos determinados critérios legais.

Portanto, a alteração do ordenamento jurídico oportunizou que empregado e empregador pudessem realizar um acordo no ato da rescisão quando houvesse uma igualdade de interesses em colocar fim ao contrato de trabalho.

Diante da alteração legislativa, havendo intenção mútua na rescisão do contrato de trabalho, serão devidas as seguintes verbas trabalhistas:

- Metade do aviso prévio, se indenizado;
- Metade da multa rescisória sobre o saldo do FGTS prevista no § 1º do artigo 18 da Lei nº 8.036/1990;
- Todas as demais verbas trabalhistas (saldo de salário, férias vencidas e proporcionais indenizadas, 13º Salário etc.) na integralidade, se o caso;
- Saque de apenas 80% dos valores depositados à título de FGTS;
- O empregado não terá direito aos benefícios do seguro-desemprego.

Importante esclarecer que, na rescisão por mútuo acordo, todas as verbas rescisórias devem ser pagas dentro do prazo de 10 (dez) dias, conforme disciplinado no § 6º, do artigo 477 da CLT, sendo vedado o seu parcelamento. O descumprimento do disposto no § 6º incidirá nas penalidades referidas no § 8º do mesmo dispositivo.

Ainda, o recolhimento da contribuição social (10% de todos os valores depositados à título de FGTS - artigo 1° da Lei Complementar nº 110/01), na rescisão por mútuo acordo, deixa de ser devido pelo empregador, conforme orientação da Caixa Econômica Federal (Circular n° 789/2017).

Na prática, a extinção do contrato de trabalho por mútuo acordo prescinde de autorização/homologação judicial ou sindical, sendo esta última elidida pelo advento da Lei nº 13.467/2017, que revogou os §§ 1º e 3º, do artigo 477 da CLT.

Por não contar com a participação de terceiros na avença, é permitido ao trabalhador questionar judicialmente a forma de sua ruptura contratual, tal

ÔNIBUS

como também poderá fazê-lo com quaisquer outras verbas trabalhistas, posto que a rescisão contratual por mútuo acordo não proporciona a quitação integral do contrato de trabalho para nada mais reclamar, tratando-se apenas de uma nova modalidade de rescisão contratual pura e simples.

Na hipótese instituída pelo novo artigo 484-A da CLT, o empregador deverá:

- Confirmar o real interesse do empregado nesta modalidade de dispensa;
- Esclarecer ao empregado quais verbas serão adimplidas no momento da rescisão contratual;
- Inserir a anotação na Carteira de Trabalho e Previdência Social do Trabalhador (CTPS), fazendo as atualizações necessárias;
- Comunicar a dispensa aos órgãos competentes;
- Registrar as parcelas e valores no recibo especificado no § 2º do artigo 477 da CLT;
- Efetuar o pagamento, na forma e no prazo estabelecidos nos §§ 4º e 6º do artigo 477.

A resilição bilateral consiste, pois, na vontade de ambos os contraentes em encerrar o contrato de trabalho, onde se sugere seja firmado um termo formal de rescisão que exprima a intenção na extinção do pacto laboral.

Portanto, visando a afastar qualquer suposta alegação de nulidade, é fundamental que o empregado formule um pedido expresso e de próprio punho, requerendo esta modalidade de rescisão e declarando que o faz de livre e espontânea vontade. Por outro lado, a empresa deverá redigir um termo de rescisão contratual informando ao empregado as verbas que serão quitadas no momento da dispensa e ratificando a união de vontades das partes quanto à escolha da modalidade de rescisão.

Por óbvio, existem críticas quanto à aplicação da inovação do artigo 484-A da CLT, ao passo que uma visão conservadora entenderá que alguns direitos foram suprimidos, contudo, lembramos uma vez mais que esta modalidade de dispensa dependerá da concordância expressa das partes.

Outro aspecto relevante que merece atenção é que, na rescisão consensual, existe previsão expressa no inciso I, alínea "a", do artigo 484-A da CLT, quanto ao pagamento do aviso prévio pela metade, caso este ocorra na sua forma indenizada. Assim, é possível concluir que, caso o aviso prévio seja trabalhado, este deverá ser integralmente cumprido, com a respectiva contraprestação salarial.

No que concerne a proporcionalidade do aviso prévio (prevista na Lei nº 12.506/2011), deverá igualmente ser respeitada para fins de cálculo do pagamento do valor de aviso prévio indenizado devido na rescisão do artigo 484-A da CLT.

Além disso, caso o aviso prévio seja trabalhado, será indevida a redução da jornada disciplinada no artigo 488 da CLT, haja vista que a previsão de redução ali contida guarda pertinência com a dispensa efetivada pelo empregador.

Conclui-se, portanto, que a extinção do contrato por mútuo acordo elimina algumas das fraudes rescisórias, facilita e diminuiu o valor das rescisões contratuais, criando um incentivo para que empregados e empregadores atuem dentro dos limites da lei.

Vale ressaltar, que qualquer acordo fora do quanto previsto em lei, bem como anotações na CTPS com o intuito de demonstrar um vínculo de emprego que não existiu ou um desligamento que de fato não ocorreu, buscando receber valores de FGTS ou parcelas de seguro desemprego, continua sendo fraude e configura crime de estelionato previsto pelo artigo 171 do Código Penal.

Fato é, que o artigo 484-A da CLT encontra-se em vigor desde 11.11.2017, sendo plenamente aplicável nas hipóteses de ruptura contratual quando as partes têm interesse na cessação da relação empregatícia, modalidade esta que reduz significativamente o custo em relação ao término por iniciativa do empregador sem justa causa.

Tais mudanças legislativas, ratificam o movimento de flexibilização do Direito do Trabalho, quanto à necessidade de torná-lo mais compreensível e adaptável às situações fáticas vislumbradas pela sociedade em cada momento histórico.

Portanto, partindo de um abalo econômico sofrido por todos os países e um panorama hostil de inúmeros mercados mundiais, a Reforma Trabalhista buscou, ainda que de forma tímida, apresentar algumas transformações quanto às diretrizes das condições de trabalho, sinalizando a urgência de adequação e ajustamento das normas trabalhistas.

A TRANSFERÊNCIA DE ATESTADOS ENTRE EMPRESAS DE TRANSPORTE E A COMPROVAÇÃO DE CAPACIDADE TÉCNICO-OPERACIONAL EM LICITAÇÕES

Eduardo Medeiros é coordenador da área de Mercado de Capitais e Societário do Cordeiro, Lima e Advogados, especialista em Direito Societário pela FGV/SP e possui LL.M. em Direito Societário pelo INSPER/SP.

O atestado de capacitação técnico-operacional é uma declaração emitida por pessoa de direito público ou privado que indica a realização de determinado contrato, com seus quantitativos, pela empresa beneficiada do documento.

A necessidade de apresentar atestado em uma licitação tem por objetivo verificar se o proponente possui capacitação técnico-operacional para execução de determinado contrato público, a partir do exame do histórico operacional, e, por conseguinte, atender exigência prevista na Constituição Federal[1] e na Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993).[2]

A apresentação de atestados não necessariamente indica de forma precisa a capacidade técnico-operacional de uma empresa, uma vez que faz exame de fato pretérito sujeito às condições de momento que podem ser diferentes do presente e, principalmente, a capacitação técnica ser um ativo intangível e resultante de um conjunto de elementos.

Além disso, a exigência de atestado fatalmente restringe a participação de terceiros no certame, afetando a livre concorrência e o público sujeito a contratar com a administração pública. Todo caso, é o atestado que tem sido utilizado como um indicativo da capacidade das empresas proponentes e vem evitando a participação de aventureiros inábeis nos contratos públicos.

Neste cenário, e de forma curiosa, empresas sempre presentes na execução de contratos públicos e até mesmo grupos longevos acabam por ter dificuldade em apresentar o atestado de capacitação técnico-operacional ao enfrentar uma reestruturação societária.

Isso porque uma reestruturação societária pode culminar na separação das operações em duas empresas e, por consequente, poderá levar um descolamento entre a pessoa jurídica detentora da atestação técnica daquela que possui efetivamente a melhor capacitação técnica para cumprir o objeto da licitação.

ÔNIBUS
ÔNIBUS
ÔNIBUS

Cita-se como exemplo a situação de uma sociedade que possui um contrato de transporte rodoviário e outro de transporte urbano municipal, cujas características são muito distintas, possuem exigências fiscais de inscrição estadual diferentes, órgãos reguladores e riscos não semelhantes, entre outros aspectos.

Ou até a mesmo o caso de uma sociedade com contratos de transporte de municípios distintos, mas com lucratividade distinta. Nesse caso, por estarem sob o mesmo "CNPJ", os resultados são consolidados e o lucro de uma operação não pode ser distribuído aos sócios por conta do prejuízo da outra e até mesmo os investimentos ficam comprometidos por esta situação. Há nítido financiamento de uma operação em detrimento da outra.

Em tais casos, realizar uma reestruturação societária para separar as operações em duas sociedades não só é razoável como é fortemente recomendável ao empresário, que necessita ter o controle financeiro e contábil adequado de seus negócios, riscos segregados adequadamente, custos e despesas alocados de acordo com sua operação, entre outros pontos.

Isso dará condições ao empresário para entender as deficiências de suas operações, melhorar a produtividade dos negócios e até mesmo melhorar o risco de crédito de cada operação e, assim, o custo de captação de recursos para financiamento[3].

Ademais, a separação das operações pode ser útil inclusive para o Poder Público que terá melhores condições de fiscalizar a operação, exercer as prerrogativas legais de intervenção e encampação da operação, por exemplo.

Contudo, ao separar as operações em duas sociedades provavelmente uma operação será destinada para uma empresa que, por não deter

tal atividade antes, não terá atestação de capacitação técnico-operacional para fazer frente à exigência prevista no edital da licitação.

Provavelmente haverá resistência por parte do Poder Público em transferir um contrato para empresa que não possui atestação técnica por ela não cumprir com os condicionantes previstos no edital do certame.

Uma análise deste impedimento é até curiosa porque é de se esperar que a capacidade técnica-operacional será mantida se a reestruturação societária não trouxer impacto relevante na estrutura de gestão e de pessoal das empresas, nos processos internos de controle de qualidade das empresas, entre outros aspectos.

Afinal, o atestado não cria capacidade técnica-operacional, mas apenas contém uma declaração de contrato(s) executado(s) e suas especificidades. A *expertise* na execução de determinado serviço é intangível e não pode ser criada, modificada ou extinta por meio da emissão ou cancelamento de um documento.

Diante ao problema exposto, identificam-se duas soluções possíveis para ele: a primeira é o entendimento pelo Poder Público, com a alteração legislativa correspondente, da necessidade de aceitar a atestação de holdings e outras empresas de transporte do grupo para atender à exigência legal.

Se a capacidade técnica-operacional não está restrita a um documento, poderia se admitir que ela se manifesta no conjunto de ativos e recursos, inclusive de pessoas, utilizados na execução de contratos de transporte por qualquer empresa de seu grupo.

A segunda solução é adotar mecanismos já disponíveis e aceitos pela jurisprudência brasileira para implementar a transferência da atestação para empresas pertencentes ao mesmo grupo econômico.

Como a mudança de um *status quo* pode ser traumática, a transferência de atestação é a opção mais facilitada porque opera com as regras e entendimentos já consolidados por muitos órgãos.

É claro que o que se pretende com a transferência de atestação técnica não é a mera cessão de propriedade de documentos entre empresas, uma vez que estes não são um bem jurídico que podem ser alienados ou transferidos e poderia até significar meramente uma fábrica de atestados com intuito de violar a exigência legal de comprovação de capacitação técnica para os licitantes.

Pelo contrário, a ideia é aplicar instrumentos legais que já se mostraram viáveis para resolver um problema tão frequente entre os licitantes por meio do aproveitamento dos atestados técnicos até então expedidos em favor das empresas envolvidas.

Além disso, esta alternativa é importante porque, entre outros aspectos, viabiliza a participação do empresário de longa data em um certame com uma nova empresa, aproveitando-se da atestação técnica obtida no passado e blindando-se dos riscos de operações anteriores.

Muitas foram as operações societárias implementadas que possibilitaram, com muito sucesso, a transferência dos atestados de capacidade técnico-operacional e a devida participação dessas empresas em certames voltados especialmente para concessão de transportes públicos.

A implementação desses mecanismos representa, por conseguinte, uma alternativa viável para enfrentamento de crises ou até mesmo de crescimento dos negócios de nossos clientes, visto que possibilita a implementação de reestruturação nas empresas, sem que seja inviabilizada a comprovação da experiência adquirida por elas ao longo de anos de atividade em sua área de atuação, e que as colocam num patamar diferenciado junto à concorrência especialmente em processos licitatórios.

---

1 Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e,
também, o seguinte:
(...)
XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.
2 Art. 30. A documentação relativa à qualificação técnica limitar-se-á a:
(...)
II – comprovação de aptidão para desempenho de atividade pertinente e compatível em características, quantidades e prazos com o objeto da licitação, e indicação das instalações e do aparelhamento e do pessoal técnico adequados e disponíveis para a realização do objeto da licitação, bem como da qualificação de cada um dos membros da equipe técnica
que se responsabilizará pelos trabalhos;
(...).
§1º. A comprovação de aptidão referida no inciso II do caput deste artigo, no caso das licitações pertinentes a obras e serviços, será feita por atestados fornecidos por pessoas jurídicas de direito público ou privado, devidamente registrados nas entidades profissionais competentes, limitadas as exigências a:"
3 A falta de demonstrações financeiras-contábeis, governanças e outros controles claros e confiáveis das empresas sempre será um ponto considerado pelos financiadores na concessão de financiamento e tem impacto direto na taxa de juros.

LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS

Lucas Romeu é coordenador da área Cível do Cordeiro, Lima e Advogados, especialista em Direito do Consumidor, Compliance e Governança Corporativa.

A Nova Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) foi promulgada no dia 14/8/2018 e entrará em vigor em todo o território nacional a partir de agosto de 2020. Sua principal finalidade é assegurar direitos fundamentais dos cidadãos relacionados ao uso e compartilhamento dos seus dados, tornando o tratamento dos dados mais transparente e seguro.

A lei tem por inspiração a legislação europeia sobre o tema, reproduzindo pontos centrais da Diretiva 95/46/EC e do *General Data Protection Regulation* (GDPR).

O tema ganhou ainda mais relevância no ano passado, após o escândalo de utilização indevida de dados de usuários do Facebook pela empresa Cambridge Analytica na campanha presidencial americana, tornando-se destaque na mídia internacional e servindo, inclusive, como alerta para a sociedade sobre a necessidade de estabelecer limites e regular a atividade.

O escândalo envolveu um teste psicológico elaborado por Aleksandr Kogan, professor de Cambridge, e produzido pela Global Science Research. O esquema da coleta e compartilhamento de dados de 87 milhões de usuários aconteceu em razão de uma brecha nos termos e condições do Facebook. No documento, a empresa de Mark Zuckerberg dizia que nenhum dado coletado pela rede social poderia ser vendido, porém, não aplicava a mesma restrição a aplicativos que usavam a rede social, como era o caso do mencionado teste psicológico.

Dessa forma, quando um usuário da rede social realizava o teste, acabava por entregar seus dados e de todos os seus contatos, como nome, e-mail, local de moradia, gostos e hábitos na internet. O Facebook, aproveitando a brecha, vendia tais dados para a Cambridge Analytica, empresa especializada em análise de dados e que foi contratada pela campanha presidencial de Donald Trump e pelo grupo que promovia a saída do Reino Unido da União Europeia (Brexit).

Com todos esses dados em mãos, a Cambridge Analytica analisava os perfis gerados e direcionava as propagandas em favor do movimento político que tivesse contratado seus serviços. Cumpre esclarecer que, nos termos aceitos pelo usuário na plataforma, havia consentimento para que seus dados fossem tratados dessa forma, porém, a ferramenta não permitia ao usuário de forma clara e expressa o entendimento do uso que seria feito do resultado do teste realizado.

Assim, diante do clamor popular e aliado à intenção do Brasil em ingressar na OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico), o legislativo acelerou o trâmite do então projeto de lei

4.060/12, de autoria do Deputado Federal Milton Monti, vindo a lei a ser sancionada pelo ex-presidente Michel Temer.

De acordo com pesquisa conduzida pelo Serasa Experian em junho deste ano, 75% das pessoas entrevistadas desconhecem ou conhecem pouco sobre a LGPD. Em miúdos, 50% conhece pouco e 25% não tem a menor ideia do que é a Lei Geral de Proteção de Dados. Em que pese o conteúdo da nova norma ainda não estar profundamente difundido na sociedade, as empresas possuem pouquíssimo tempo, dada a complexidade da lei, para se adaptarem às novas regras e procedimentos que deverão ser adotados.

Vale destacar que a LGPD trouxe severas multas para aqueles que não seguirem com seus preceitos e normas. As penalidades podem corresponder a 2% do faturamento da empresa, grupo ou conglomerado, limitado a cinquenta milhões de reais *por infração cometida*. O que isso quer dizer? Se por acaso alguma empresa sofrer um ataque em seus servidores e houver a exposição de dados pessoais de 1000 pessoas, a multa será calculada em até 2% do seu faturamento para cada um desses 1000 indivíduos que tiveram seus dados expostos, ou seja, a depender da extensão do vazamento, a multa poderá ser muito maior que o próprio faturamento da companhia.

Para fiscalizar e multar as empresas que eventualmente infringirem a lei, a LGPD criou a Agência Nacional de Proteção de Dados (ANPD). Trata-se de órgão federal que vai editar normas e fiscalizar procedimentos sobre proteção de dados pessoais. A criação da agência tem origem na Medida Provisória 869/2018 e foi sancionada pelo Presidente Jair Bolsonaro.

A ANPD terá natureza transitória, podendo posteriormente ser transformada em autarquia vinculada à Presidência da República. O novo órgão terá a seguinte estrutura organizacional: Conselho Diretor (órgão máximo de direção), Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade, Corregedoria, Ouvidoria, órgão de assessoramento jurídico próprio e unidades administrativas necessárias à aplicação da lei. A ANPD será formada por diretores nomeados pelo Presidente da República para mandatos fixos.

A intenção por trás da LGPD e da criação de um órgão que fiscalizará sua aplicação é de tornar o tratamento de dados mais transparente, uma vez que as empresas cada vez mais têm utilizado a comercialização de dados pessoais como uma importante forma de receita acessória.

Para isso, a Lei prevê uma série de direitos aos titulares de dados que devem ser garantidos quando do tratamento: (I) *Finalidade* - o tratamento deve ser realizado para propósitos legítimos, específicos, sem possibilidade de tratamento posterior de forma incompatível com essas finalidades; (II) *Adequação* - o tratamento deve ser compatível com as finalidades informadas ao titular; (III) *Necessidade* - o tratamento deve ser limitado ao mínimo necessário para a atingimento de suas finalidades.

Além da tríade acima exposta, um dos preceitos basilares da nova lei é a necessidade de *obtenção de consentimento* do titular dos dados para que seja possível o seu tratamento. O consentimento do usuário deverá ser obtido por escrito ou por outro meio que demonstre, inequivocamente, a manifestação de sua vontade. O escopo do tratamento deverá ser *claro e inequívoco*, de forma que a finalidade do tratamento dos dados fique clara a quem consente, com a ressalva de que poderá ser revogado a qualquer momento, a critério de quem autorizou.

A partir da aplicação da lei, a dispensa do consentimento para tratamento e compartilhamento de dados só será permitida no caso de *cumprimento de obrigação legal ou regulatória*.

O artigo 26 da LGPD traz regra expressa ao vedar o compartilhamento dos dados em posse da Administração Pública com entidades privadas. Entretanto, faz exceção aos casos em que a transferência se faça necessária com o fim específico e determinado de *execução descentralizada da atividade pública*.

A descentralização administrativa do Estado ocorre quando há distribuição de competências de uma para outra pessoa, que é o que ocorre nos casos em que o Estado atribui para uma empresa pública, uma autarquia, uma sociedade de economia mista, uma fundação pública ou um consórcio público a execução de um serviço público ou ainda como ocorre no caso das concessões, autorizações e permissões, onde um ente privado executa um serviço público em nome do Estado.

Assim, se o compartilhamento dos dados tiver como objetivo a consecução de políticas públicas, como exemplo do compartilhamento de dados dos usuários de transporte público para otimização das linhas urbanas, é permitido que o compartilhamento seja realizado ainda que não haja consentimento expresso do usuário.

Para que tudo isso seja possível, as empresas precisarão adotar medidas de segurança técnicas (novas tecnologias) e administrativas (reestruturação de contratos e procedimentos internos), que serão reguladas pormenorizadamente pela ANPD. O cumprimento dos regramentos da agência poderá ser considerado fator atenuante em eventual sanção decorrente da exposição de dados de usuários, daí outro fator relevante em se adequar aos procedimentos trazidos pela lei.

Verifica-se, portanto, que a lei trará grande impacto para as empresas e a sociedade uma vez que estarão sujeitas às novas regras qualquer tipo de tratamento de dados que seja realizado no Brasil ou, mesmo que o processamento se dê fora do país, qualquer tratamento realizado em dados de cidadãos brasileiros.

Em resumo, adequar-se à LGPD demandará profundas mudanças estruturais em quase todas as áreas internas de uma empresa, do TI ao marketing, sempre com o devido respaldo do Departamento Jurídico para garantir que a empresa esteja em *compliance* com as novas regras insculpidas no texto da LGPD.

QUEM SOMOS

Fundado em 2008 por Leonardo Cordeiro e Ivan Lima, o Cordeiro, Lima e Advogados atua nas diversas áreas do direito empresarial, assessorando empresas brasileiras e estrangeiras de todos os segmentos econômicos. Com um time de profissionais de alto desempenho técnico e substancial capacidade de entendimento de negócios, o Cordeiro, Lima e Advogados vem se destacando no cenário jurídico nacional em função do compromisso em entregar os melhores resultados aos seus clientes.

Com um portfólio abrangente de serviços jurídicos, o Cordeiro, Lima e Advogados está estruturado para assessorar seus clientes tanto em suas necessidades mais comuns quanto em casos e transações de alta complexidade. Mais do que prestar assessoria jurídica, nossos profissionais são orientados a atuar como parceiros dos clientes, entendendo as reais necessidades da empresa e buscando soluções que tenham real eficácia.

A equipe do Cordeiro, Lima e Advogados é formada por advogados dinâmicos e experientes, com sólidos conhecimentos jurídicos e que transitam com desenvoltura por áreas como finanças, contabilidade, administração e negociações estratégicas. Essa visão multidisciplinar é um diferencial importante, que permite aos nossos profissionais compreender a real necessidade do cliente e o impacto do seu trabalho nos negócios da empresa.

Localizado na Av. Paulista, em São Paulo, e com uma extensa rede de parceiros por todo o território nacional, o Cordeiro, Lima e Advogados conta com modernas instalações e sistemas de informação que permitem uma comunicação mais ágil e simples com o cliente, facilitando a interação entre os profissionais envolvidos no trabalho, mas mantendo um rigoroso controle de confidencialidade sobre os assuntos tratados pelo escritório.

Visão

Construir parcerias estratégicas com nossos clientes, baseada na visão de longo prazo e na busca incessante por melhores resultados. Nosso objetivo é prover soluções jurídicas integradas, possibilitando aos nossos clientes concentrar suas necessidades jurídicas em uma única estrutura de atendimento.

Nossos Valores

Os profissionais do Cordeiro, Lima e Advogados norteiam diariamente sua atuação com base em nossos quatro valores: eficiência, objetividade, segurança e inovação. Pensados como verdadeiros dogmas, a aplicação prática de nossos valores é a essência de nossa atuação. Sempre que algum profissional se encontra diante de um desafio aparentemente insolúvel, ele busca em nossos valores o caminho para a solução adequada. Esse é, afinal, o grande desafio de um valor: servir de rota para o objetivo comum.

Eficiência

Serviços jurídicos não têm utilidade se não servirem a um propósito. Nosso trabalho deve ser eficiente, visando a um resultado concreto e que auxilie o cliente em seus objetivos.

Objetividade

Aliamos simplicidade e agilidade na prestação de nossos serviços. Acreditamos que atuar com objetividade significa não criar complicações e agir prontamente diante das situações apresentadas.

Segurança

A complexidade das leis causa insegurança no desenvolvimento das atividades empresariais. É nossa função eliminar essa insegurança, utilizando nosso conhecimento do sistema legal e domínio de sua aplicação para proporcionar ao cliente um maior conforto no desenvolvimento de seus negócios.

Inovação

Novos negócios e situações surgem a todo momento. Nosso trabalho é desenvolver soluções legais inovadoras e criativas que possam contemplar as novidades emergentes.

Áreas de Atuação

- Direito Público e Regulatório
- Infraestrutura e Novos Negócios
- Mídia e Telecomunicações
- Societário e M&A
- Mercado de Capitais
- Tributário
- Planejamento Patrimonial e Sucessório
- Contratos
- Internet e Novas Tecnologias
- Tribunais de Contas e Órgãos de Controle
- Reestruturação e Recuperação de Empresas
- Imobiliário
- Propriedade Intelectual
- Cível e Comercial
- Trabalhista

Cordeiro, Lima e advogados

CORDEIRO, LIMA

E ADVOGADOS

10 ANOS

CORDEIRO, LIMA

E ADVOGADOS

CORDEIRO, LIMA
E ADVOGADOS

CORDEIRO, LIMA

E ADVOGADOS