

PROCURADORIA DE SERVIÇOS PÚBLICOS

Parecer n.º 06 / 2005 – Renan Miguel Saad

CONCESSÃO DE TRANSPORTE FERROVIÁRIO – PREVISÃO
CONTRATUAL DE ASSUNÇÃO DE DÍVIDA ANTERIOR À TO-
MADA DE POSSE – LEGALIDADE - DIREITO À MANUTEN-
ÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO – ELEVA-
ÇÃO DOS ENCARGOS

I - O PROCESSO ADMINISTRATIVO

1. Trata-se de processo administrativo nº E-14/013327/2004, inaugurado através de protesto realizado pela concessionária de serviços públicos de transporte ferroviário – SuperVia, solicitando o cumprimento, pelo Estado, de cláusula expressa do contrato de concessão, relativa à responsabilidade por cobrança de dívidas, inclusive trabalhistas, anteriores à data de tomada de posse, em 1º de novembro de 1998.

2. Nesta ordem, a SuperVia alega o descumprimento de cláusula 24ª do contrato de concessão celebrado entre as partes e que tal inadimplemento vem afetando diretamente o equilíbrio econômico financeiro da concessão pactuada:

“CLÁUSULA VIGÉSIMA QUARTA - SUCESSÃO

A partir da TOMADA DE POSSE, a CONCESSIONÁRIA sucederá a FLUMITRENS em todos os direitos e obrigações expressamente transferidos à CONCESSIONÁRIA nos termos deste CONTRATO.

§ 1º - A sucessão de que trata o *caput* desta cláusula não se estende a quaisquer direitos e obrigações que não sejam expressamente indicados neste CONTRATO, nem às obrigações de natureza civil, comercial, tributária, trabalhista, previdenciária ou de qualquer outra natureza decorrentes de atos ou fatos ocorridos em data anterior à TOMADA DE POSSE, independentemente de ser exigido após aquela data o cumprimento dessas obrigações. A sucessão trabalhista far-se-á mediante o cumprimento das formalidades necessárias à sua eficácia.

§ 2º - As obrigações a que se refere o § 1º desta Cláusula são de inteira e exclusiva responsabilidade do ESTADO ou da FLUMITRENS, que se obrigam a liquidá-las nos termos desta Cláusula.”

3. Neste contexto, afirma, ainda, a SuperVia que vem cumprindo as suas obrigações constantes da aludida cláusula, previstas no § 5º, mesmo diante da desconsideração total do Estado da parte que lhe é pertinente:

“§ 5º - Na hipótese da CONCESSIONÁRIA vir a ser demandada por ato ou omissão da FLUMITRENS ou do ESTADO, por qualquer ato ou fato ocorrido anteriormente à TOMADA DE POSSE, inclusive através do ajuizamento de reclamação trabalhista ou da autuação por qualquer autoridade competente, deverá ser dada imediata e inequívoca ciência ao ESTADO, a FLUMITRENS e a ASEP-RJ, da demanda, da reclamação ou da autuação, por escrito, dentro de 96 (noventa e seis) horas contadas da data em que a mesma tomou ciência.”

4. Assim, requer, a SuperVia, o cumprimento emergencial da citada cláusula, ante as inúmeras penhoras sobre o seu faturamento e em conta-corrente que, constantemente, vem sendo deferidas sem a observância do § 11º, a prejudicar diretamente o equilíbrio econômico-financeiro da concessão:

“§ 11º - Caso, em conseqüência de qualquer demanda, reclamação ou autuação, originados na forma do §5º desta Cláusula, vier a ser deferida a penhora, ou arresto ou bloqueio de qualquer bem ou direito de propriedade da CONCESSIONÁRIA, ou se, recaindo a medida sobre bem ou direito da FLUMITRENS, ela impedir ou prejudicar o prosseguimento normal dos SERVIÇOS com a qualidade que é exigida neste CONTRATO, ou ainda, na hipótese de que o gravame recaia sobre quaisquer receitas da CONCESSIONÁRIA, o ESTADO, no prazo de 96 (noventa e seis) horas contados do recebimento do aviso de que trata o § 5º desta Cláusula, providenciará a substituição da garantia, sem prejuízo da obrigação da CONCESSIONÁRIA de diligenciar judicial e extrajudicialmente, para preservar os respectivos direitos.”

II-A APLICAÇÃO DO DIREITO À ESPÉCIE

5. Com efeito, impende analisar, preambularmente, a legalidade da cláusula que mantém com o Estado ou a Flumitrens eventuais passivos desta, constituídos antes da concessão do sistema de transporte ferroviário, no âmbito do Programa Estadual de Privatização.

6. Em verdade, o exame da legalidade da cláusula em foco nada mais é do que repetição de esforço do procurador que ora subscreve o presente, eis que a matéria já foi por demais analisada pela Procuradoria Geral do Estado, em pareceres da lavra de ilustres Procuradores.

7. Neste contexto, ressalte-se que a manutenção da responsabilidade sobre passivos pretéritos à alienação de empresas é tema corrente em nossa doutrina, em especial após a instituição do programa federal de desestatização.

8. Neste espectro, vale repisar que o sistema de transporte ferroviário, em todo o mundo, é tido como deficitário, onde o Poder Público, muitas vezes, é forçado a subsidiar o operador, para que o sistema permaneça em funcionamento em ramais que gerem prejuízo.

9. Desta mesma forma, foi o que ocorreu na concessão do sistema de transporte ferroviário, pois, o Estado recebeu da União (CBTU) um sistema absolutamente degradado e, apesar dos investimentos diretos, não conseguiu recuperá-lo como um todo.

10. Por este sulco, o interprete, na leitura das normas que regem a concessão e do respectivo contrato, deverá ter em mente que o serviço de transporte ferroviário de passageiros, é tido como um serviço público de caráter essencial (CF: art. 30, V).

11. Mas não se pode esquecer, igualmente, que o serviço de transporte ferroviário, desde há muito na região metropolitana do Rio de Janeiro, apresenta substancial déficit operacional e sucateamento de seu sistema, ao passo que em diversos momentos foram previstos subsídios e investimentos.

12. Tanto os subsídios, quanto os investimentos, foram programados não só pelo Estado como Poder Concedente, mas também, e sobretudo, pela Administração Pública Federal, de tal modo que ao transferir o sistema para o Estado obrigou-se a realizar uma série de investimentos diretos, em especial a recuperação e aquisição de novas composições.

13. Nesta ordem, embora concedido o serviço, as obrigações da União ⇔ CBTU sequer se extinguíram, sendo que permanecem latentes, no aguardo de seu cumprimento.

14. Isto porque, e em que pese o extraordinário e visível esforço do concessionário para recuperar o sistema, se não houver investimento público inviável será a sua restauração, mantendo-se a modicidade tarifária.

15. Por este motivo, a União, através da CBTU, celebrou convênio com o Estado onde se obrigara ao investimento, valendo, tal convênio, para todos os efeitos, como o instrumento de cooperação a que se refere o artigo 241 da Constituição da República.

16. Por seu turno, não restam dúvidas de que a União e o Estado se obrigaram a investir no sistema, sendo certo que os instrumentos por ela celebrados tinham, como ainda têm, base legal.

17. Ao assumirem a obrigação de investir no sistema, não é pelo fato de que se deu em concessão tal sistema que as obrigações da União e do Estado se encerraram, mesmo porque se tratar de um serviço público de caráter essencial, onde todos os bens que integram a operação são reversíveis.

18. Mas não é só, além dos investimentos, diversas outras dívidas, que integram o sistema (seguro, ICMS, etc.), foram assumidas pelo Poder Concedente, parcial ou integralmente, haja vista que, do contrário, não haveria equação financeira que sustentasse o equilíbrio econômico da concessão do serviço.

19. Ora, diante deste quadro de fragilidade econômica, não seria possível manter-se o equilíbrio financeiro do contrato, na hipótese de a concessionária ter que assumir diversas obrigações surgidas antes da licitação.

20. Vale dizer, no âmbito do nosso sistema jurídico, a alienação de bens pressupõe, em respeito ao princípio da boa fé, que o adquirente esteja obrigado a assumir somente o passivo que lhe foi informado e que tenha feito parte do cálculo do preço de venda.

21. Se não houve a inclusão de dívidas de natureza judicial no preço de alienação do sistema, mesmo porque tal inclusão não seria possível sem se abalar profundamente

o equilíbrio econômico financeiro inicial do contrato, não há como se impor, neste momento, tal responsabilidade à concessionária.

22. Frise-se, e repise-se à exaustão, a pedra fundamental para não transferência de tais obrigações para o vencedor da licitação foi exatamente a impossibilidade de se alcançar o equilíbrio econômico do contrato, com a inserção das dívidas pretéritas.

23. Tanto isso é verdade que, em outras privatizações (CEG e CERJ p.e.), foi possível a inclusão, no preço, de todos os passivos existentes e que viessem a recair sobre a concessão, inclusive investimentos futuros, eis que a equação econômica inicial do contrato permitia que assim fizesse o Administrador.

24. Fixado o prumo, deve-se analisar o caso sob o enfoque segundo o qual as normas devem ser vistas de forma integrada, isto é, em sua plenitude, bem assim a repercussão do seu comando sobre as consequências que dele podem advir:

CONTRATO ADMINISTRATIVO – INTERPRETAÇÃO FINALÍSTICA DA LEI – APLICAÇÃO SUPLETIVA DA LEGISLAÇÃO CIVIL – PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE – Na hermenêutica jurídica, o aplicador do direito deve se ater ao seu aspecto finalístico para saber o verdadeiro sentido e alcance da norma. Os Atos Administrativos devem atender à sua finalidade, o que importa no dever de o Poder Judiciário estar sempre atento aos excessos da Administração, o que não implica em invasão de sua esfera de competência. Possibilidade de aplicação supletiva das normas de direito privado aos contratos administrativos (art. 54, da Lei de Licitações). Princípio da Razoabilidade. Recurso improvido. (STJ – RESP 330677 – RS – 1ª T. – Rel. Min. José Delgado – DJU 04.02.2002)

25. Isto posto, não se vislumbra ilegalidade na determinação contratual em fazer recair sobre a Administração Pública as dívidas judiciais pretéritas à tomada de posse, pela concessionária, do serviço público de transporte ferroviário.

26. Com efeito, se há legalidade na disposição contratual, resta saber se correto é o pleito da Concessionária, qual seja, a de postular ao Estado que assumira não só o patrocínio das demandas, como também substitua a penhora sobre o faturamento da empresa, ordenada pelo Poder Judiciário.

27. Por este sulco, assiste razão à concessionária, quanto ao cumprimento da cláusula 24ª do contrato de concessão para a exploração de serviços públicos de transporte ferroviário de passageiros, desde que observado o cumprimento de algumas obrigações indispensáveis, não ventiladas no protesto em tela.

28. Conquanto seja atribuição exclusiva da Administração Pública a assunção da dívida, para fins de liberação dos recursos da concessionária retidos por ordem judicial, deve a SuperVia comprovar o cumprimento de suas obrigações, constantes da referida cláusula, podendo, inclusive, em caso de descumprimento ilidir a responsabilidade do Estado:

“§ 6º - Não sendo expedido e inequivocamente entregue dentro do prazo o aviso pela CONCESSIONÁRIA, nos casos previstos nos §§ 4º e 5º supra, ficarão a FLUMITRENS e o ESTADO eximidos de qualquer responsabilidade perante a CONCESSIONÁRIA.”

29. Isto posto, cabe à SuperVia, antes de exigir do Estado o cumprimento da cláusula 24ª do contrato de concessão, demonstrar que adimpliu com suas obrigações, sem embargo do dever, de ambas as partes, de darem ciência ao Ente Regulador.

30. Cumpridas as obrigações pela SuperVia, resta verificar as consequências do inadimplemento estatal, sob o enfoque do contrato que assegura a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro da concessão:

“CLÁUSULA DÉCIMA TERCEIRA - DIREITOS DA CONCESSIONÁRIA

São direitos específicos da CONCESSIONÁRIA, além de outros previstos na legislação, no EDITAL e nas normas a serem expedidas pela ASEP-RJ:

(...)

III - ter preservado o equilíbrio econômico-financeiro deste CONTRATO;”

31. Extrai-se, do dispositivo contratual, como também do próprio ordenamento jurídico, que o inadimplemento estatal, sem justificativa, pode conduzir o contrato administrativo ao seu reequilíbrio econômico-financeiro.

32. Isto posto, não parece existir dúvidas acerca do direito da concessionária de obter elevação da remuneração ou compensação financeira, em virtude da ampliação de seus encargos, no âmbito de processo administrativo regular que vise ao reequilíbrio da contratação, consoante escólio de Carlos Ari Sunfeld:

“Pode-se afirmar, então, que o regime jurídico dos contratos da Administração, no Brasil, compreende a regra da manutenção da equação econômico-financeira originalmente estabelecida, cabendo ao contratado o direito a uma remuneração sempre compatível com aquela equação, e à Administração o dever de rever o preço quando, em decorrência de ato estatal (produzido ou não à vista da relação contratual), de fatos imprevisíveis ou da oscilação dos preços da economia, ele não mais permita a retribuição da prestação assumida pelo particular, de acordo com a equivalência estimada pelas partes no contrato.”

CONCLUSÃO

EM FACE O EXPOSTO, e desde que comprovado o cumprimento, pela SuperVia, de suas obrigações contratuais, afigura-se como correto o seu pleito em requerer, ao Estado, medidas efetivas para fazer cessar o inadimplemento estatal da cláusula 24ª do

contrato de concessão, sob pena de, em se prosseguindo a inadimplência, se permitir à Concessionária o reequilíbrio econômico do contrato, de tal ordem que se recomenda:

a) o encaminhamento do presente ao Ente Regulador e à Secretaria de Transporte, com vistas à intimação da SuperVia para que: (i) comprove o cumprimento de suas obrigações estabelecidas na cláusula 24ª do Contrato; (ii) liste com precisão as ações onde tenham ocorrido penhora de suas receitas;

b) encaminhamento do presente à Central (sucessora da Flumitrens) para que ingresse imediatamente nos feitos listados na forma do item anterior, promovendo, através dos atos processuais competentes, a substituição das penhoras, com vistas à liberação dos recursos da concessionária;

c) em se obtendo êxito na liberação dos recursos, deverá a SuperVia conferir quitação ao Estado, para que não faça jus a um eventual requerimento de reequilíbrio contratual;

d) em caso de insucesso na liberação dos recursos, dar-se ciência à concessionária do direito que lhe é facultado de requerer o reequilíbrio econômico do contrato.

É o parecer.

Sub Censura

RENAN MIGUEL SAAD

Procurador do Estado

VISTO

Aprovo o parecer n.º 06/2005 – RMS/PSP, do ilustre Procurador do Estado Renan Miguel Saad, adotando os seus fundamentos integralmente.

Trata-se de parecer elaborado em virtude do recebimento de protesto judicial, efetuado pela Concessionária de Serviços Públicos de Transporte Ferroviário – SuperVia, solicitando o cumprimento pelo Estado da cláusula 24ª do contrato de concessão, relativa à responsabilidade por cobrança de dívidas pretéritas, inclusive as trabalhistas, anteriores à data de tomada de posse na concessão.

Ressalta o ilustre parecerista que a União e o Estado celebraram convênio, obrigando-se mutuamente a investir no sistema de transporte sobre trilhos. As obrigações decorrentes deste ajuste não se extinguíram com a concessão do serviço. Por isso, entende que a cláusula 24ª do contrato de concessão que estipula a responsabilidade do poder concedente pelas dívidas pretéritas, anteriores à concessão é plenamente válida, estando conforme com a legislação em vigor.

No entanto, adverte que a concessionária deve comprovar o cumprimento de suas obrigações, contidas na cláusula 24ª, e listar com precisão as ações em que foi determinada a constrição de seus bens por dívidas anteriores à concessão. Somente depois destas providências poderá postular o cumprimento das obrigações do Estado, oportu-

nidade em que será verificado eventual inadimplemento a ensejar o reequilíbrio econômico e financeiro do contrato.

Por estes motivos, estou de acordo com as recomendações contidas neste parecer.

À Consideração do Exmo. Sr. Dr. Procurador Geral do Estado.

Rio de Janeiro, 21 de julho de 2005.

DELCYALEX LINHARES

Procurador-Chefe da Procuradoria de Serviços Públicos

VISTO

Aprovo o parecer n.º 06/2005-RMS, da lavra do Procurador do Estado RENAN MIGUEL SAAD, aprovado pelo Procurador-Chefe da Procuradoria de Serviços Públicos, DELCY ALEX LINHARES, que examinou a questão referente à responsabilidade do Estado do Rio de Janeiro, na qualidade de titular do poder concedente do serviço público de transporte ferroviário de passageiros, pelas dívidas anteriores à celebração do contrato de concessão com a SUPERVIA – Concessionária de Transporte Ferroviário S.A., conforme previsão da cláusula 24 do citado contrato.

Como ressaltado pelo ilustre parecerista, o reconhecimento da responsabilidade do Estado do Rio de Janeiro pressupõe demonstração cabal de que a concessionária suportou o ônus de constrições judiciais e que, de outra parte, cumpriu integralmente as obrigações pactuadas no contrato de concessão, para que então se reconheça o direito à recomposição da equação econômico-financeira do contrato.

À Secretaria de Estado de Transportes, para ciência e posterior encaminhamento à Agência Reguladora dos Serviços Públicos Concedidos de Transportes Aquaviários, Ferroviários e Metroviários e de Rodovias do Estado do Rio de Janeiro – AGETRANSP.

Rio de Janeiro, 24 de março de 2006.

FRANCESCO CONTE

Procurador-Geral do Estado