

PARCERIAS DECORRENTES DO PROGRAMA ESTADUAL DE DESESTATIZAÇÃO*

Marcos Juruena Villela Souto**

1. A DESESTATIZAÇÃO COMO PROCESSO

A absoluta impossibilidade de se manter o Estado com todas as funções e estruturas que lhe foram transferidas ao longo do Século XX forçou a adoção de políticas públicas que levassem, à luz do princípio da subsidiariedade, à revisão das tarefas que deveriam retornar à sociedade, bem como a estrutura administrativa necessária para essa nova orientação.

A isso se chamou de Programa de Desestatização, que envolvia um conjunto de ações e não apenas medidas isoladas de privatizações, concessões ou terceirizações. Tudo fazia parte de um contexto mais amplo, que envolvia “repensar o Estado”.

A Desestatização é, assim, um processo e, como tal, não tem início com uma simples e isolada decisão de abrir uma licitação.

O esclarecimento é fundamental, eis que o Poder Judiciário se vê abarrotado de ações que, calcadas na alegação da inconstitucionalidade de determinados atos ou medidas legais, buscam que se determine a imediata abertura de licitação; quando a concessionária X ou a permissionária Y não tenham cumprido suas metas, o magistrado determina ao concedente a imediata encampação do serviço ou a rescisão do contrato de prestação do serviço, com ordem para a abertura de nova licitação. Ora, não se abre uma licitação num processo de desestatização sem uma rigorosa análise de como vai se colocar um serviço público em competição.

O procedimento licitatório é parte de um programa que tem início por uma autorização legislativa para desestatização. No Estado do Rio de Janeiro, o tema é disciplinado na Lei Estadual n.º 2.470/95, que impõe um rito para a privatização.

Há, em primeiro lugar, um decreto incluindo determinada empresa estatal no programa, ao que se segue uma licitação para contratação de

* Texto elaborado a partir da transcrição de palestra proferida no Seminário: “O Modelo de Concessões dos Transportes Públicos do Estado do Rio de Janeiro e seus Desafios Institucionais e Jurídicos”, organizado pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, em 03 de dezembro de 2004, em Angra dos Reis. Título original: “O Processo de Privatização e seus reflexos”, bem como de notas para o IV Congresso Brasileiro de Regulação, promovido pela Associação Brasileira das Agências de Regulação – ABAR, em Manaus, no painel sobre “Regulação de transportes terrestres”, ocorrido em 16.05.2005, notas de Seminário promovido pela ASEP em 16.11.2004 e do Parecer GAB n.º.16/2003-MJVS. Texto transcrito e adaptado por Sérgio Perdigão.

**Doutor em Direito pela Universidade Gama Filho; Professor do Mestrado em Direito da Universidade Gama Filho; Procurador do Estado do Rio de Janeiro.

consultores; estes, em número de dois (normalmente, dois consórcios de empresas), devem apresentar laudos de como um determinado serviço público prestado por empresa estatal pode ser transferido para o setor privado¹

O laudo é submetido à aprovação da Comissão Diretora do Programa de Desestatização, com vistas à proposição das condições gerais da desestatização ao Chefe do Poder Executivo². Tal autoridade, então, deve aprovar o preço mínimo, por decreto, determinando a divulgação de todas as informações relativas ao negócio, incluindo os critérios para a fixação do preço mínimo, que, também, deve ser submetido ao órgão deliberativo das empresas privatizadas³, promovendo-se a licitação na forma da lei federal⁴. Trata-se de procedimento público, precedido de decreto justificador da opção, de audiência pública e da oportunidade de qualquer do povo apresentar impugnação aos seus termos.

Só então se desenvolve o processo de pré-qualificação dos interessados, para, depois, ser feita a oferta pública de ações, mediante a realização da licitação, na modalidade de leilão.

Feito o pagamento, que passa por um processo de controle, também há uma licitação para a contratação de auditores independentes, que fazem uma análise da validade de todo o processo licitatório e de desestatização como um todo (Lei n.º 2.470/95, art. 6.º, XV), o que não exclui o controle externo, a cargo do Tribunal de Contas e do Poder Legislativo.

2. OBJETIVOS DO PROGRAMA DE DESESTATIZAÇÃO

A idéia do programa passou por duas categorias de preocupações; uma de natureza ideológica e a outra de natureza financeira.

A natureza ideológica parte do reconhecimento de que há necessidade de se estabelecer prioridades diante da insuficiência de recursos públicos, devendo o Estado escolher onde pode melhor atuar com os poucos recursos públicos e transferir para o setor privado aqueles em que este possa se conduzir melhor do que o que poderia oferecer à sociedade o setor público.

A outra categoria de preocupações é no sentido de que este Estado que reconhece que não tem recursos públicos suficientes é um Estado que precisa de recursos com a maior urgência e, portanto, independentemente da sua falta de capacidade de investimento nos próprios serviços públicos, ele já entra no processo de desestatização numa condição de penúria e, portanto, precisa tomar capital privado além daquele que deve ser aportado na melhoria do serviço público.

Dáí serem estabelecidos objetivos de arrecadação dos recursos

¹ Lei BRJ n.º 2.470/95, art. 6.º, XVI.

² Lei n.º 2.470/95, art. 6.º, V.

³ Lei n.º 2.470/95, art. 9.º e incisos VI e VII e art. 13.

⁴ Leis n.ºs 8.666/93 e 8987/95.

públicos não só para a utilização nas finalidades em que o Estado deva estar presente (notadamente saúde, educação, segurança) como um outro fator fundamental e que freqüentemente tem passado despercebido, que é o papel de redução da dívida pública, que é propiciado por estes programas de desestatização. Em outras palavras, um programa de desestatização não teve apenas uma questão ideológica ou aspecto filosófico de entender que o particular é melhor do que o Estado; menos isso! Mais importante é que o Estado precisava vender direitos à exploração do serviço público para poder gerar receita e diminuir a dívida pública.

Esse é um detalhe de extrema importância porque essa venda de direitos, independentemente da manutenção do serviço público, representa um investimento de capital privado a ser recuperado ao longo do contrato de concessão (basicamente, pela cobrança de tarifas que incluam o ressarcimento dessa parcela), sendo uma legítima pretensão do setor privado a amortização do capital investido ao longo de toda a concessão.

Nessa hipótese, o Estado corre o risco de ser acionado em todas as instâncias para ressarcir essa parcela de patrimônio que não tenha sido amortizada ao longo do contrato de concessão.

Pode-se perceber pela própria formatação de todos os editais de licitação que, de alguma forma, o critério de julgamento era quem pagasse mais qualquer que fosse o formato do contrato; e eles são distintos: no caso de privatização, ganhava quem pagasse mais pelo valor das ações vendidas; no caso de serviços públicos, ora quem pagasse mais pelo direito à exploração do serviço, ora uma combinação entre quem pagasse mais com a oferta da menor tarifa.

Dentro deste contexto financeiro, de busca de recursos privados, esse é um critério absolutamente legítimo do Estado fazer receita pública primária. Afinal, existem dois tipos de receitas públicas; as derivadas, decorrentes dos tributos, e as primárias, decorrentes da exploração dos bens e serviços do Estado. Pois bem, essa é uma das possibilidades. Chama-se a atenção para esse ponto, porque tem se questionado ser inconstitucional o uso da licitação pelo maior valor de outorga, porque isso representa um imposto disfarçado e com isso a tarifa é elevada para recuperar esse valor. O acolhimento da tese acabaria por inviabilizar uma das possibilidades de o Estado reduzir a dívida pública.

Ora, pela redução da dívida pública, diminui a pressão do endividamento público sobre os orçamentos, possibilitando o resgate do princípio democrático. Isso permitirá que os orçamentos públicos sejam formatados à luz da vontade da sociedade e não à luz dos agentes financeiros, que se encarregam de financiar o déficit público sob um conjunto de condições que devem ser atendidas pelo tomador desses empréstimos.

Então, tal objetivo do programa e tais critérios de julgamento representam uma significativa preocupação com o resgate do princípio democrático.

3. TIPOS DE CONTRATO DE DESESTATIZAÇÃO

Cabe destacar que existem vários tipos de contratos na desestatização. No sentido jurídico⁵, a privatização só aconteceu num caso, com a venda do controle sobre a CONERJ, com a concomitante outorga da concessão do serviço público. Nos demais casos, o que aconteceu foi a mera concessão do serviço público, concessão essa que pode se dar com ou sem a entrega de bens públicos ou de bens de empresas estatais.

Isso acarreta uma diferença de natureza jurídica fundamental, que é no tratamento da indenização sobre os bens reversíveis, ou seja, os bens aportados por uma empresa concessionária privada são privados até o momento em que termine o contrato, em que eles reverterem para o Poder Público.

Por outro lado, determinados bens públicos são meramente atribuídos em sua posse à gestão privada; são públicos e continuam sendo públicos, e a responsabilidade da concessionária é apenas pela preservação e devolução integral desse patrimônio.

Isso se faz importante esclarecer porque ao longo da concessão os bens vão sendo necessariamente substituídos por conta do princípio da atualidade.

O bem que perde a afetação ao serviço público deixa de ser um bem reversível e volta à sua condição de bem desafetado do interesse público. Pouco importa, enquanto ele é reversível, quem é o titular, se é o particular, se é o Poder Público. O que interessa é como é regulada a utilização desse bem com vistas à prestação de serviço público adequado. Mas quando o bem, por algum motivo, deixa de ser afetado ao serviço público e esse era um bem naturalmente privado, o particular pode fazer com ele o que bem quiser e não precisa dar satisfação ao Poder Público disso, e nem precisa ser obrigado a preservar esse bem, para que o usuário não seja obrigado a pagar pela manutenção de “sucata”.

4. ATORES ENVOLVIDOS

Costuma-se empregar a expressão “relação quadrilateral da concessão”, eis que os atores envolvidos nesse processo de desestatização são o concedente, o concessionário, o regulador e o usuário.

O concedente deve não só defender a sua titularidade sobre o direito de firmar contratos de concessão, como, especialmente, deve defender a sua legitimidade para fazer e, acima de tudo, poder continuar a fazer contratos de concessão, o que significa poder continuar a obter a confiança do administrado de que aquilo que foi objeto de um contrato vai ser cumprido conforme pactuado. Essa é a regra elementar da teoria geral das obrigações, de que o

⁵ Dentre as situações examinadas no evento sobre transportes.

contrato faz lei entre as partes. Qualquer que seja o Governo, e qualquer que seja o mandato, haverá alguém responsável pelo controle e pela defesa da legalidade desses atos. Tudo indica seja esse o papel, dentre outros, de controle da legalidade, atribuído à Procuradoria Geral do Estado⁶.

Outro ator fundamental é o concessionário. É óbvio que só vai existir concessão enquanto existir não só o concedente, mas, especialmente, alguém que se habilite à condição de concessionário, atendendo à convocação contida no edital de licitação.

Os concessionários, normalmente, se organizam sob a forma de Sociedades de Propósito Específico. Tais empresas surgem e se capitalizam com base nos recebíveis, ou seja, nas receitas que vão obter da exploração desse negócio. Portanto, tudo aquilo que não estava previsto, mas que possa interferir na captação dessas receitas idealizadas pelo concessionário no momento em que participou do processo de licitação, pode representar uma frustração do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, frustração essa que poderá acarretar uma impossibilidade de o contrato se pagar por si próprio e resultar, ao final, numa obrigação financeira do Poder Público concedente de indenizar aquilo que não tenha sido amortizado por culpa de fatores extraordinários que normalmente surgem ao longo da execução do contrato.

A figura do usuário não é sinônimo, nem uma subespécie, mas uma categoria jurídica distinta dos consumidores. Daí, muitas vezes, não ser adequado o uso do Código de Defesa do Consumidor para determinadas matérias relativas a serviços públicos que se submetem a uma relação especial regida por um conjunto de leis especiais (citem-se, por exemplo, as contas mínimas, em que há cobrança de um valor mínimo, necessário para a manutenção do serviço, mesmo que não seja utilizado).

Por fim, a agência reguladora, que, tanto quanto a Procuradoria Geral do Estado, deve ser uma autoridade administrativa técnica, independente e despolitizada, encarregada da busca do ponto de equilíbrio entre os agentes envolvidos, por meio de decisões tecnicamente fundamentadas e tomadas por autoridades que componham um Colegiado, que sejam detentoras de um notório saber sobre aquele segmento regulado.

4.1. O PODER CONCEDENTE E A REGIÃO METROPOLITANA

Com relação ao Poder Concedente, a grande questão que foi

⁶ Nessa condição, cabe destacar que tenho acompanhado e acho que vou continuar a acompanhar por muito tempo (dada a inconstância da legislação previdenciária, que afasta, cada vez mais, o momento do exercício do direito à aposentadoria) a fiel execução desses contratos. Participei, como coordenador do Grupo Especial de Apoio ao Programa de Reforma do Estado, da PGE, desde o processo inicial. Pretendo ver o correto desenvolvimento das coisas pelas quais eu trabalhei, acreditei, estudei, desenvolvi pesquisas e teses em sede de mestrado e de doutorado, e que disse para os meus alunos. É importante ver que tudo ocorre como foi idealizado, para que se continue a atrair investimentos para o Estado.

submetida ao Poder Judiciário diz respeito à sua titularidade para a prestação dos serviços públicos na região metropolitana.

Nesse ponto, é fundamental lembrar que a relação de serviço público, quando contratada com o particular, tem um conteúdo econômico e, como tal, depende de uma escala que viabilize a prestação do serviço. Há necessidade de se assegurar um volume mínimo de pessoas fazendo uso de um serviço público para que ele se torne viável. No caso da região metropolitana, essa escala mínima de serviços faz com que municípios mais pobres consigam ter o mesmo serviço que os municípios mais ricos.

Destarte, no contexto em debate, o Município do Rio de Janeiro é parcela importante na composição dessa escala dentro da região metropolitana, para que municípios que não têm a mesma capacidade de atração de investimentos consigam ser contemplados pelo serviço público, e assim se promova a inclusão social, que é elemento indispensável do princípio da dignidade da pessoa humana. Não pode o Município do Rio de Janeiro pretender exercer alguns tipos de competência, criando uma casta de consumidores mais bem remunerados e esfacelando uma relação econômica que pode desequilibrar o serviço. Mais grave é fazer com que, se as concessionárias quebrarem, o serviço volte para as mãos do Estado, que não tem condição de prestá-lo (por isso se desenvolveu o processo de desestatização).

Tal discussão já está no Supremo Tribunal Federal. Os municípios têm questionado a instituição da região metropolitana pelo fato de que, ao atrair competências para as mãos do Estado, teria este usurpado competências municipais.

Em que pese esta discussão estar no Poder Judiciário, é importante chamar atenção para o detalhe que uma lei que institui região metropolitana pressupõe um fenômeno econômico, fático, social e urbanístico, que é a conurbação. Portanto, quando existe uma conurbação os interesses estão interpenetrados, não se percebe mais onde termina um município e começa o outro, e aí não se pode falar mais em interesse predominantemente local; o interesse passa a ser regional, sendo isso que viabiliza escala entre todos.

Daí se criticar, *data venia*, decisão da Agência Nacional de Transportes Aquaviário, que resolveu fazer, ela própria, uma partilha de competências entre União, Estados e Municípios, para dizer, por meio de um ato normativo, que o transporte aquaviário pelo Oceano Atlântico seria de competência da União, porque representa navegação de cabotagem; o transporte que ultrapasse os limites de um Município seria de competência estadual; e aquele que começa e termina dentro do Município seria de competência municipal. Com base nisso, o Município do Rio de Janeiro estaria editando decretos pretendendo exercer essa competência. Isso, é claro, vai retirar a escala de serviços públicos estaduais e pode torná-los inviáveis ao perder essa escala e fazer com que o Estado tenha que reassumir a execução do serviço, fora todas as despesas que podem surgir a partir daí, de frustração do contrato e do equilíbrio econômico-financeiro a ele inerente.

4.2. ESTATAIS INTERVENIENTES NOS CONTRATOS DE CONCESSÃO

Como já mencionado, os contratos podem assumir vários formatos, com ou sem a oferta de bens. No caso do transporte ferroviário e do transporte metroviário não houve necessidade de compra das malhas ferroviárias e metroviárias. Esses bens também não são do Estado do Rio de Janeiro; são e continuam a pertencer às empresas estatais, outrora o Metrô e a Flumitrens, hoje Rio Trilhos e Central, que são partes intervenientes e não signatárias especificamente do contrato de concessão.

Tais empresas continuaram a existir não só por uma decisão política (dada a inviabilidade econômica de liquidar, de imediato, suas obrigações), mas, especialmente, porque elas são as titulares do patrimônio afetado a tais serviços. Ademais, são detentoras de uma *expertise* necessária no momento em que o Estado concede serviço público e precisa *know how* para fiscalizar a sua adequada execução pelo particular. Daí a conveniência da manutenção dessas entidades, sem que as concessionárias tivessem que pagar pela compra desses bens.

Antes que se possa dizer que isso representa algum tipo de quebra da igualdade entre os competidores, é preciso chamar atenção de que o contrato de concessão envolve uma questão de economia, de equilíbrio econômico, mas, ao mesmo tempo, é um instrumento de prestação de serviço público que realize a inclusão social. Ora, não se viabilizaria nenhuma competição se esses investimentos envolvessem a compra ou construção desse patrimônio pelo setor privado. Isso elevaria em muito a tarifa nesses serviços, que são de transporte de massa, dedicados à camada mais pobre da população, que não poderia pagar tarifas mais elevadas. Então, a idéia, durante todo o processo de desestatização, foi manter próximas todas as tarifas de transportes públicos para que o usuário fizesse a escolha de acordo com sua conveniência do ponto de vista prático, e não necessariamente do ponto de vista econômico.

4.3. OBRIGAÇÕES DO CONCESSIONÁRIO

Cabe ao concessionário fazer o investimento, o aporte inicial de capitais, seja com a participação na licitação, com a construção e compra dos bens necessários a propiciar a infra-estrutura mínima do serviço, e, depois, manter o serviço em operação, o custeio dessa operação, a manutenção do patrimônio e a própria atualização desse patrimônio.

Como direitos do concessionário se tem a amortização do investimento, a recuperação desses custos, tanto de manutenção como de atualização, e a remuneração pela exploração do serviço, bem como a preservação da equação econômico-financeira, sua motivação para prestar o serviço público.

5. RECEITAS DO CONCESSIONÁRIO

5.1. TARIFAS E COBRANÇA MÍNIMA⁷

O equilíbrio tarifário tem na tarifa o principal, mas não o único elemento carreador de recursos para a remuneração do concessionário. Aí vai se dar ponderação entre a tarifa, que deve ser a menor possível, e o prazo que viabilize a recuperação desse investimento. Por isso, os contratos de concessão são longos, o que exige um mecanismo e uma estrutura de atualização dessa relação, que é dinâmica.

Tudo o que acontece entre a proposta idealizada pelo concessionário e o fim do contrato, quando todo o patrimônio deveria estar amortizado, é algo que pode comprometer a economia do contrato; exemplos típicos são as gratuidades atribuídas para determinadas categorias de usuários; embora justas, devem representar uma obrigação solidária da sociedade e não uma obrigação solitária do concessionário.

O direito à cobrança de tarifa pode incluir o direito ao recebimento de um valor **mínimo**, estabelecido na política tarifária, acolhendo a orientação legal de que

“A fixação tarifária levará em conta a viabilidade do equilíbrio econômico-financeiro das companhias estaduais de saneamento básico e a preservação dos aspectos sociais dos respectivos serviços de forma a assegurar o adequado atendimento dos usuários de menor consumo, com base em tarifa mínima.” (Lei n.º 6.528, de 11 de maio de 1.978, artigo 4.º).

O direito à cobrança de tarifa mínima é decorrência das obrigações de generalidade e de continuidade e se justifica pelo fato de que há uma distinção constitucional entre usuário e consumidor, que admite que o usuário, em função de suas características pessoais, possa ser tarifado em um valor, ainda que não tenha feito o uso do serviço, na quantidade mínima cobrada.

É claro que, para que a tarifa mínima possa ser cobrada, é necessária a existência de medidor e do serviço posto à disposição, preservando, assim, o equilíbrio e a viabilidade das empresas prestadoras do serviço público.

Na hipótese de ser cobrada uma conta mínima sem prestação de serviço, há necessidade de apuração da culpa para a imposição de sanção. A culpa pode ser do concedente, por exemplo, pelo não cumprimento do dever de regulamentar o serviço ou não cumprimento das normas a ele inerentes; do

regulador, por não definição dos critérios técnicos determinados pelo concedente, por má fixação dos critérios técnicos ou por não fiscalização da observância dos critérios técnicos; da concessionária, pela má prestação do serviço, por exemplo, ou por má conservação dos bens vinculados à execução da concessão; ou, ainda, do usuário, por violação do dever de contribuir para a permanência dos bens através dos quais lhes são prestados os serviços, por exemplo, por má conservação dos bens sob sua manutenção ou utilização de equipamentos não autorizados – art. 7.º, VI, da Lei n.º 8.987/1995.

Há, no entanto, situações que decorrem do “fato do serviço”, nas quais se dá a ausência de culpa dos agentes envolvidos, como, por exemplo, um fato da natureza.

Já se a culpa é do fornecedor dos bens aplicados no serviço, por exemplo, não obtendo a durabilidade e/ou segurança mínima aplicáveis ao bem, a responsabilidade cabe a quem estava obrigado à aquisição do bem – ainda que possa comportar direito de regresso.

A apuração de responsabilidade deve se dar no âmbito do devido processo legal em que sejam assegurados a ampla defesa e o contraditório, com direito à produção de provas, assegurado ao agente regulador adotar medidas cautelares para impedir o prolongamento do dano decorrente da situação investigada, bem como a possibilidade de celebração de acordo-substitutivo (ex.: termo de ajuste de conduta) para substituir a penalidade por medidas de maior proveito para a coletividade.

Se a concessionária não deu causa ao não fornecimento do serviço, não pode ser responsabilizada nem impedida de fazer valer seu direito ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Neste caso, a tarifa mínima deve ser reduzida na parcela relativa ao custo do insumo envolvido na prestação que não é oferecida; por outro lado, se o usuário não deu causa à paralisação, não deve ser cobrado integralmente, hipótese em que a consequência será a redução da tarifa na parcela relativa ao insumo envolvido e à margem de lucro da concessionária. Mas, em suma, sempre será legítima a cobrança de uma parcela relativa à amortização do capital investido na montagem da estrutura do serviço, de uma parcela relativa à atualização do serviço, de uma parcela relativa à manutenção dos bens envolvidos na prestação do serviço, pois integra o conjunto de obrigações da concessionária; não será legítima a cobrança de custo de operação e de margem de lucro da concessionária, o que representa matéria técnica, típica de regulação.

5.2. RECEITAS ADICIONAIS

Claro que o concessionário não precisa fazer uso apenas das tarifas, tendo outras fontes de receitas alternativas, acessórias e complementares.

Dentre as receitas complementares ou alternativas cabe destacar os subsídios, que podem ser **públicos**, como, por exemplo, pela criação

⁷Texto elaborado a partir de notas apresentadas no Seminário promovido pela Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos e Permitidos do Estado do Rio de Janeiro – ASEP, em 16.11.2004.

e utilização de Fundos de Universalização, ou **privados**, que são os subsídios cruzados.

Estes podem envolver o subsídio de uma atividade a outra ou o subsídio de uma categoria de usuários a outra. No primeiro caso (**subsídio de uma etapa da cadeia produtiva a outra** – ex.: o custo da captação ou produção de um bem ser subsidiado pelo custo do transporte do bem à central de distribuição) pode ser reputado lesivo à concorrência; já no caso de **subsídio de uma atividade econômica ao serviço público** – exemplo: art. 11 da Lei n.º 8.987/1995 – receitas adicionais com vistas à modicidade tarifária – será legítimo, desde que não interfira na qualidade da prestação do serviço público. O **subsídio de um serviço público a uma atividade econômica** pode ser ilegítimo, por viabilizar a violação do dever de modicidade tarifária ou o dever de eficiência ou ainda a violação da livre concorrência nas atividades econômicas.

Já o **subsídio cruzado por categorias de usuários** é, em tese, legítimo, eis que, dispõe o art. 13 da Lei n.º 8.987/95 que *“As tarifas poderão ser diferenciadas em função das características técnicas e dos custos específicos provenientes do atendimento dos distintos segmentos de usuários”*. Trata-se de matéria de lei que fixa a política tarifária, conforme dispõe o art. 175, III, da Constituição Federal

Os subsídios públicos representam uma alternativa aos subsídios privados, pelos quais uma categoria de usuários paga tarifas mais elevadas para que outra categoria de usuários seja beneficiada.

Essa é uma idéia bastante complicada em matéria de transporte, pois o setor tem um modal competindo com o outro, e se é elevada a tarifa para uma categoria de usuários para que todos possam se beneficiar da gratuidade ou redução, isso pode acabar por quebrar um concessionário porque os usuários vão mudar de modal.

A quebra da escala do contrato inviabiliza uma concessão por conta de medidas tomadas apenas com a visão política e muitas vezes demagógica, sem a visão indispensável sobre as medidas adequadas para estabelecer interferências no contrato de concessão (de natureza técnica e financeira).

5.3. DESTINAÇÃO DAS RECEITAS ADICIONAIS

Uma grande discussão que se tem a esse respeito é o destino dessas receitas não-tarifárias. Em outras palavras, discute-se se as receitas não tarifárias devem sempre ser levadas para a redução de tarifas.

Isto surgiu porque o artigo 11 diz que essas receitas devem favorecer a modicidade das tarifas.

É preciso olhar para a economia do contrato e imaginar o que foi estabelecido. Não existe uma regra geral.

Levar tais receitas para o cálculo da modicidade da tarifa pode

causar situações errôneas, como, por exemplo, o regulador começar a frequentar as estações de metrô ou de trem para verificar se o preço da pipoca está razoável para propiciar uma receita alternativa melhor do que aquela que está sendo auferida e a partir daí se reduzir o valor da tarifa, ou o regulador, ao invés de regular serviço público, começar a regular o quanto de sal pode ser colocado na pipoca, o quanto de açúcar pode ser colocado no algodão doce e sugerir que se aproveite o óleo da pipoca, pois assim a receita acessória é maior que aquela que foi propiciada e isso tudo irá viabilizar uma redução na tarifa;

É claro que não se idealizava isso no momento em que se formatou o papel das agências reguladoras. O que se quer é que o regulador regule serviço público, e faça com que esse serviço seja eficiente. Pouco importa se a receita adicional vai ou não para a tarifa; o que se quer é, de tempos em tempos, obter redução de tarifa. Se não reduziu, explicar o motivo. Se explorou mal a receita acessória, se não explorou, isso não é da conta do regulador. Ele não regula atividades econômicas, até porque elas se submetem ao princípio da livre iniciativa.

Quando se idealizou os contratos de concessão do Estado do Rio de Janeiro, se previu a fórmula alternativa que foi adotada em alguns contratos de concessão, que era deixar a sua exploração a liberdade do concessionário e criar uma empresa subsidiária para, por meio delas se explorar outras atividades.

Com isso, essas receitas não são do concessionário, mas da sociedade que ele criou. A vantagem era, primeiramente, pelo fato de que o Estado não tinha conhecimento das receitas que poderiam ser auferidas, porque estava começando a implantar o processo de desestatização. Basta ver, por exemplo, a evolução que tiveram os painéis de publicidade que são colocados ao longo das vias. Eram, inicialmente, de papelão, que foi substituído por faixas que mudam de lado, depois viraram losangos que permitiam, ao invés de dois, seis anúncios, e depois veio a televisão. É uma mudança estupenda de tecnologia e isso para um exemplo específico, sem falar nas possibilidades de exploração de outras receitas.

É claro que não se tinha, e se continua a não ter, no âmbito da Administração Pública Estadual, estrutura e o conhecimento para imaginar tudo isso. O objetivo do programa era transferir aquilo que não se podia fazer e, ao mesmo tempo, obter o maior volume possível de recursos. Tanto maiores serão os recursos quanto maiores forem as possibilidades dos concessionários de auferir outras receitas. Com isso eles vão aumentar os valores dos lances a serem oferecidos, e, é claro, vão pretender recuperar este investimento inicial ao longo do contrato. Isso é legítimo tanto quanto é legítimo da parte do poder público pretender fazer uso desse tipo de receita.

O que se pretende expor é que se está diante de tema que não pode ser escrito, lido e aplicado pela simples visão do que diz, genericamente, um manual de direito administrativo sem conhecer adequadamente a economia de cada um dos contratos, já que um é diferente do outro.

6. A EFICIÊNCIA PELA COMPETIÇÃO

Busca-se a prestação de serviço eficiente.

A idéia dos programas de desestatização é ampliar o grau de eficiência pela via da competição.

A competição tradicional é pelo direito a explorar o serviço público, no caso, a licitação. Mas ela não pára por aí.

A idéia é ampliar esta competição para instituir uma competição no serviço, não fazer concessões de exclusividade, mas sempre fazer com que o concessionário de um serviço entre em competição com outro concessionário desse mesmo serviço. Exemplo típico disso se vê no setor de telecomunicações (banda A e banda B).

Mas há também a competição entre serviços, do ônibus com a barca, da barca com o trem, do trem com o metrô. Isso é saudável para o serviço público.

Para animar esta competição, a doutrina e a legislação cunharam uma outra figura ainda pouco praticada no direito brasileiro, mas já em ação, que é a dos autorizatários de serviços públicos. São situações em que o serviço é prestado em regime de direito privado em competição com o serviço público prestado em regime público. Exemplo típico é o SEDEX, dos correios, que é um serviço diferenciado, com um valor adicional que não se destina à massa da população e, como tal, não pode ter o condão de pretender excluir outros prestadores deste tipo de atividade, como, por exemplo, a DHL, Federal Express etc.

Neste momento, o Estado do Rio de Janeiro enfrenta duas situações em matéria de transporte: uma é a situação das vans, que perceberam algum tipo de carência dos usuários de transporte coletivo de passageiros e ocuparam, embora irregularmente, este nicho de transporte; a outra situação é a do transporte aquaviário seletivo de passageiros entre o Município do Rio de Janeiro e o Município de Niterói, por catamarãs, que também devem ter algum tipo de vínculo jurídico com o poder público.⁸

Houve um vínculo, cuja validade já está em discussão no Poder Judiciário, que resultou da prorrogação, inconstitucional, de um ato administrativo de autorização dada pela extinta SUNAMAM, para a exploração do transporte aquaviário seletivo em caráter de exclusividade.

⁸ No Estado do Rio de Janeiro, vide arts. 1.º, § 2.º c/c 5.º da Lei Estadual n.º 2.804, de 08.10.1987, para o transporte aquaviário de passageiros: "Art. 1.º...§ 2.º - *Independem de concessão ou permissão os serviços não essenciais e eventuais de transporte de passageiros com características exclusivamente turísticas, realizados por operadoras de turismo no exercício dessa atividade, segundo o que constar do regulamento desta lei, ressalvada a necessidade de autorização da Autoridade Pública competente. (...) Art. 5.º - A exploração de cada uma das linhas, segundo suas categorias e classes de serviços, com as respectivas áreas de concessão ou permissão, e o seu regime de exclusividade, se existir, serão regulamentados por Decreto do Poder Executivo.(...)"*

Mas o fato é que independentemente do resultado da discussão no Judiciário, a matéria poderia ser resolvida pela via da autorização administrativa para a prestação do serviço público em regime privado, mesmo sem licitação. O que interessa é que essa autorização não impeça o aprimoramento do serviço público, seja pela quebra da escala do serviço público em regime público, seja pelo impedimento da competição. Assim, se a concessionária Barcas S.A. quiser colocar um catamarã cobrando o mesmo preço das barcas antigas para competir com o catamarã do serviço público prestado em regime privado, isso é bom para o usuário. O que não pode ser admitido é que alguém entre num regime de autorização pretendendo exclusividade. O objetivo, a existência e até mesmo a legitimação para que não se promova licitação para outorgar essas autorizações é estimular a competição. Mas essas empresas autorizatárias não podem impedir o aprimoramento do serviço público sob uma pretensa concorrência desleal. Esse é um dado delicado que também já está em discussão no Poder Judiciário.

7. O SERVIÇO SELETIVO DE TRANSPORTE DE PASSAGEIROS EM ÔNIBUS⁹

O reconhecimento da distinção entre o serviço público prestado em regime público e o serviço público prestado em regime privado representa a tradução brasileira das mais atuais lições do direito administrativo comunitário, que, para estimular a competição e a eficiência, cunhou as expressões "serviço de interesse geral" dividido em duas categorias, quais sejam, "serviços universais" (o nosso serviço público) e os "serviços de interesse econômico geral" (o serviço público prestado em regime privado, mas sob regulação estatal, dada a relevância da atividade econômica empreendida).

Nos casos de serviços prestados em regime privado, não se está a falar em *tarifa*, mas, sim, em *preço*. A diferença é que a tarifa é regulada e o preço é livre, reprimindo-se os abusos.

Assim, exemplificando a questão com um caso concreto, cite-se o pleito da Federação das Empresas de Transportes de Passageiros do Estado do Rio de Janeiro – FETRANSPOR¹⁰, com o intuito de obter consentimento para implementar dois novos tipos de serviços intermunicipais de transporte rodoviário de passageiro, o executivo e o leito, com valores diferenciados das tarifas do serviço rodoviário convencional, operado por ônibus simples¹¹.

O serviço executivo seria oferecido em veículo rodoviário, com poltronas reclináveis semileito, suspensão a ar, motor traseiro, ar-

⁹ Este tópico não foi abordado no seminário, mas como ilustra o uso de conceitos de competição com situações de transportes, vale a menção.

¹⁰ Parecer GAB n.º 16/2003 – MJVS, em 27 de novembro de 2003, proferido na Procuradoria Geral do Estado no Processo n.º E-10/132692/2003 – DETRO.

¹¹ Para tanto, a FETRANSPOR recolheu emolumentos na forma prevista na Portaria DETRO/PRES n.º 621, de 15.07.2002.

condicionado, toaleta a bordo e disponibilidade dos serviços de água e café¹².

O serviço leito, por sua vez, seria operado em veículo rodoviário, com poltronas reclináveis, leito turismo, com descansa-pés, suspensão a ar, motor traseiro, ar-condicionado, toaleta a bordo, disponibilidade de manta e travesseiro, além dos serviços de água, café e lanche.

Sem dúvida, as características especiais do serviço fogem à noção clássica de serviço público. A legislação estadual oferece mecanismos para o tratamento diferenciado da questão, fora das tradicionais concessões e permissões previstas no art. 175, CF.

O Estado do Rio de Janeiro, por meio da Lei n.º 1.221, de 06 novembro de 1987, criou o Departamento de Transporte Rodoviários do Estado do Rio de Janeiro – DETRO/RJ e, em seu art. 2.º, assim dispôs:

“Art. 2.º - Ao DETRO/RJ compete:

I - conceder, permitir, autorizar, planejar, coordenar e administrar os serviços intermunicipais de transportes de passageiros por ônibus em seus diferentes regimes, e planejar e coordenar os serviços intermunicipais de carga;”

No uso de suas atribuições, o DETRO/RJ editou a Portaria n.º 437, de 11 de setembro de 1997, que dispõe sobre os veículos utilizados no sistema intermunicipal de transporte rodoviário de passageiros nas modalidades previstas no Regulamento Intermunicipal de Passageiros do Estado do Rio de Janeiro (aprovado pelo Decreto 3.893/1981). Os arts.15 e ss. prevêem as características específicas do ônibus executivo, admitindo, portanto, o seu uso pelas permissionárias.

O citado Regulamento Intermunicipal de Passageiros do Estado do Rio de Janeiro, em suas disposições preliminares no art. 12 estabelece as seguintes definições:

¹² Com relação aos valores a serem cobrados pelos novos serviços, a FETRANSPOR propõe que a do serviço executivo seja indexada à do serviço rodoviário convencional (tarifa A) na relação 1,8 (um inteiro e oito décimos) e, para o serviço leito, na relação 2,5 (dois inteiros e cinco décimos). Como o serviço que se pretende oferecer é novo e ainda não foi regulado no Estado do Rio de Janeiro, baseia-se a proponente no diferencial de 2,5 (entre o serviço leito e o serviço rodoviário convencional sem ar-condicionado) aplicado pela Agência Nacional de Transportes Terrestre – ANTT ao serviço similar, de âmbito interestadual (Sobre o sistema federal ver Lei n.º 10.233, de 05.06.2001 (cria a ANTT) e Decreto n.º 90.958, de 14.02.1985 (Regulamento dos serviços rodoviários interestaduais). Acrescenta que o Departamento de Transporte Rodoviários do Estado do Rio de Janeiro – DETRO/RJ utiliza a relação de 1,5 (um inteiro e cinco décimos) entre as tarifas dos serviços rodoviários simples (tarifa A) e o rodoviário com ar-condicionado (tarifa AC). O serviço pretendido não se assemelha ao objeto da Portaria DETRO/PRES n.º 629/03 (exigência genérica da instalação de ar-condicionado nos veículos das linhas metropolitanas).

“1 - Transporte Coletivo - é o serviço público regular e contínuo de passageiros em veículos que percorram linhas estabelecidas entre pontos perfeitamente delimitados, segundo itinerários e horários previamente estabelecidos e pagamento individual de passagens, fixadas pelo DTC/RJ.

(...)

11 - Transporte Especial - é o serviço complementar que, partindo dos mesmos terminais e percorrendo o mesmo itinerário da linha regular original ou principal, em função da qual se estabelece, adota características diversas de operação, ou pela execução de viagens diretas ou por oferecer padrão de conforto diverso do ofertado pela linha regular original ou principal.

(...)

19 - Tarifa Diferenciada - é a fixada mediante adição ou subtração de valores àquela calculada sobre os coeficientes tarifários vigentes, com o fim de evitar concorrência ou operações ruinosas, para compor situações sociais definidas ou para assegurar o equilíbrio econômico da operação.”

A mesma base normativa dispõe, ainda, sobre a forma e a definição dos serviços complementares.

“Art. 30 - A requerimento da transportadora ou ex-officio, poderão ser estabelecidas, independentemente de concorrência ou licitação, os seguintes serviços complementares:

IV - execução de serviço com características especiais que envolvam melhoria do padrão de conforto, segurança ou comodidade de usuários.”

Ao que parece, do marco regulatório apresentado, a matéria é típica daquelas tratadas no moderno direito administrativo como de prestação de serviço público em regime jurídico de direito privado, mediante autorização administrativa. Tal modalidade representa a tradução brasileira do conceito do direito comunitário europeu de *serviços de interesse econômico geral*.

Na União Européia, os *serviços universais* correspondem ao dever de prestação de serviços com obrigações de generalidade, de continuidade e de modicidade de custos (ao gênero *serviços de interesse geral*); tal dever, em matéria de transporte, já é atendido pelas linhas regulares, que, na forma do art.

175, CF, devem ser objeto de concessão e permissão, estando, pois, fora da titularidade privada.

Aqui o que se busca é o serviço diferenciado daquele que deve ser objeto de concessão e permissão. Assim, embora a titularidade constitucional sobre a competência para os serviços de transporte pertença ao Estado, não se autoriza o completo afastamento da liberdade de iniciativa à exploração de atividades em regime de direito privado.

Logo, qualquer interessado que preencha os requisitos estabelecidos em uma regulação geral poderá ter direito a uma autorização vinculada à sua exploração, em regime de direito privado, o que implica em dizer que praticará *preço* e não *tarifa*; como tal, o *preço é livre*, ao contrário da *tarifa*, que é regulada no contrato de concessão ou no termo de permissão. A *tarifa* deve ser *módica*, isto é, ter o menor custo possível para o usuário; já o *preço*, sendo livre, só encontra como limite a vedação de abusividade.

O fato de não haver nenhum regulamento geral das autorizações deste tipo de serviço não impede o atendimento do pleito, a juízo do regulador.

Como é sabido, a regulação envolve a prática de atos normativos, executivos e judicantes¹³. Logo, se não há regulação normativa, o DETRO, na qualidade de regulador¹⁴ e com competência para autorizar os serviços de transportes nos seus diferentes regimes¹⁵, pode editar ato regulatório executivo, para tratar do caso concreto – que firmará precedente regulatório para os futuros casos assemelhados – mediante ponderação, tecnicamente motivada, entre os custos e benefícios envolvidos na matéria, dispondo não só sobre o *preço* a ser cobrado, como sobre todos os demais aspectos a serem objeto de regulação, em especial, sobre a segurança e direitos dos consumidores (categoria jurídica distinta dos *usuários* – estes, do serviço prestado em regime público).

Por fim, cumpre destacar que, como o serviço diferencial deve ser prestado sem que resulte prejuízo para o serviço regular (universal), a regulação deve considerar as políticas urbanas municipais eventualmente envolvidas, tendo em vista o impacto que mais veículos podem causar sobre o trânsito e sobre a qualidade ambiental (poluição do ar e sonora), em especial.

Diversa da questão do transporte especial é a situação do fretamento, que sequer é serviço público e não se confunde com o transporte “alternativo”.

¹³ Sobre o tema ver SOUTO, Marcos Jurueña Villela. *Direito Administrativo Regulatório*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, capítulos 2 e 3, em especial.

¹⁴ Sobre outros documentos que integram o marco regulatório estadual ver Portaria DETRO/PRES n.º 438, de 11.09.1997 e Portaria DETRO/PRES n.º 373, de 11.12.1995, Portaria DETRO/PRES n.º 184, de 15.07.1981, Portaria DETRO/PRES n.º 370, de 08.06.1995, bem como a Lei n.º 3.473, de 04.10.2000, Lei n.º 2.890, de 08.01.1998, Decreto n.º 22.637, de 05.11.1995 e Decreto n.º 22.490, de 09.09.1996.

¹⁵ Nesta linha de raciocínio ver SOUZA, Horácio Augusto Mendes. *A regulação jurídica do transporte rodoviário de passageiros*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

Conforme se teve a oportunidade de se opinar¹⁶, o transporte alternativo por vans não tem a característica de serviço público¹⁷, posto que a atividade, com as características com que se desenvolve – a saber, o tipo de veículo e a liberdade de fixação de preços, horários e itinerários – não foi, por lei, retirada do âmbito da livre iniciativa para assumir titularidade estatal que possa ser objeto de concessão ou permissão a particulares.

O regime de livre iniciativa, no entanto, não retira a possibilidade de o Estado reconhecer o interesse geral sobre a atividade – até porque impacta não só os serviços públicos de transportes de passageiros por ônibus (retirando-lhes escala de usuários), como, ainda, o próprio meio ambiente (em especial, o trânsito e a poluição). Diante de tal interesse geral, podem as entidades federadas disciplinar por normas regulatórias, especialmente de polícia administrativa, o seu exercício.

Tanto isso é certo que o artigo 170, parágrafo único, CF, em sua parte final, assegura o direito à liberdade de exercício de atividades econômicas, independentemente de **autorização**, *ressalvados os casos estabelecidos em lei*.

Daí novamente a menção à Lei n.º 1.221, de 06 de novembro de 1987, que, em seu artigo 2.º, atribui a competência para conceder, permitir ou autorizar os serviços de transporte intermunicipal ao Departamento de Transporte Rodoviários do Estado do Rio de Janeiro – DETRO/RJ.

O Regulamento Intermunicipal de Passageiros do Estado do Rio de Janeiro, aprovado pelo Decreto n.º 3.893/1981, no art. 12, estabelece que um dos requisitos do serviço **público** de transporte coletivo de passageiros é a existência de **itinerários** e **horários** previamente estabelecidos:

“1 - Transporte Coletivo - é o serviço público regular e contínuo de passageiros em veículos que percorram linhas estabelecidas entre pontos perfeitamente delimitados, segundo itinerários e horários previamente estabelecidos e pagamento individual de passagens, fixadas pelo DTC/RJ.

Logo, se o caso não é de concessão ou permissão de serviços públicos, **pode ser objeto de autorização**, na forma que vier a ser regulada pelo DETRO, que deve levar em consideração o interesse municipal; afinal, o serviço também será desenvolvido sobre as vias públicas municipais e terá impacto sobre os demais serviços públicos municipais.

Para tal autorização não há, em regra, necessidade de licitação,

¹⁶ Parecer n.º 11/2000-MJVS, de 20.12.2000, exarado no Processo n.º E-14/6130/2000, de interesse da Secretaria de Estado de Transportes.

¹⁷ Há, inclusive, a Lei n.º 2.890/98, que veda a prestação do serviço de transporte de passageiros por vans.

bastando o ato de consentimento, mediante requerimento do interessado comprovando o atendimento dos requisitos que venham a ser explicitados na norma regulatória, que devem ser voltados a definir a técnica de atendimento do dever legal de eficiência no que concerne à segurança do consumidor.

Com isso se quer reafirmar que um Decreto estadual não é suficiente para transformar uma atividade econômica em serviço público, posto que a matéria exige lei, mas, por outro lado, o município não pode negar validade a um ato estadual de autorização, de exploração de uma atividade de interesse geral, editado pela autoridade competente para tanto; será, pois, ilegal a apreensão de veículos que executem o transporte intermunicipal de passageiros por ato de consentimento do DETRO.

Vale observar que qualquer que seja o ato praticado pelo DETRO, terá ele natureza jurídica de autorização precária, salvo se lei ou ato regulatório vier a atribuir-lhe o caráter de ato vinculado e definitivo, de forma assemelhada à licença – com a diferença que, na licença, o titular da atividade é o particular, ao passo que na autorização, mesmo a vinculada, o titular é o Estado, que não é o caso¹⁸.

O inconveniente do regime de *autorização* decorre do fato de que, não sendo serviço público, não há direito do consumidor a uma continuidade na atividade e na exploração de uma linha, com itinerário, horário e remuneração definidos pelo concedente ou permitente. Mas, frise-se, isso não retira o interesse geral com vistas a uma disciplina mínima de polícia administrativa sobre a atividade, de modo, até, a impedir a concorrência desleal ou ruínosa com o serviço público (sujeito a tarifas e demais obrigações reguladas, ao passo que a atividade privada autorizada pode praticar preços livres, repudiado, apenas, o abuso de poder econômico).

Pode haver norma municipal sobre o tema, explicitando a competência local para disciplinar o atendimento dos interesses locais, no que se inclui a função de zelar pela segurança e fluidez do trânsito; destarte, o veículo que executa o transporte de passageiros sem consentimento ou delegação ou, ainda, em desacordo com tal ato de consentimento ou delegação da autoridade competente, pode ser impedido de efetuar tal transporte, sendo a apreensão mera medida de urgência administrativa para impedir a violação da norma jurídica e, conseqüentemente, impedir o atendimento do interesse geral. É nessa linha de interpretação da norma à luz de presunção de constitucionalidade e de legalidade dos atos que deve ser considerada válida a norma municipal, repudiando-se sua aplicação em sentido diverso.

8. A REGULAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO

A eficiência é um conceito jurídico indeterminado, e como as

¹⁸ Nesse sentido deve ser interpretada a expressão “permissão”, contida no Decreto n.º 25.955/2000, do Estado do Rio de Janeiro.

concessões são relações de longo prazo, elas precisam passar por uma etapa de interpretação desse conceito. O encarregado disso seria alguém equidistante dos interesses de usuários, de concessionárias e do próprio concedente, que seria a agência reguladora, que vai praticar atos normativos, executivos ou judicantes, sendo dotada de uma independência técnica, além da autonomia que é inerente a qualquer entidade da Administração Indireta.

A autonomia não é característica da agência reguladora, pois todas as entidades da Administração Indireta a possuem. O que é diferente para a agência reguladora é a independência, que é uma blindagem contra a indevida interferência do poder político sobre suas decisões técnicas. Esse é o grande pânico dos investidores: fazer com que o poder público, cuja orientação política varia a cada quatro anos, comece a interferir em contratos de 25, de 30, de 35 anos; não haveria segurança jurídica para atrair investimentos.

Foi reconhecido que determinada parcela de competência administrativa nada tem de político. No caso do serviço público, se lida com uma atividade de natureza técnica, que é a preservação de uma equação econômico-financeira. Isso não tem nada a ver com política partidária. O contrato faz lei entre as partes e prevê critérios para que as tarifas sejam reajustadas. Se aquele índice deixa de refletir a economia do contrato, que se aplique o índice de reajuste e se promova a revisão do contrato para reequilibrar a relação. A revisão não depende de previsão contratual, e se presta a restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro. O que não cabe é o Poder Público pretender colocar um juízo político sobre a economia do contrato porque isso, a par de violar o princípio da segurança jurídica, afugenta os investidores que aportam os recursos indispensáveis para o desenvolvimento econômico nacional num momento de déficit público.

9. ALGUNS DESAFIOS REGULATÓRIOS DO TRANSPORTE DE PASSAGEIROS¹⁹

Diversas são as situações que não são criadas nem pelo concedente, pelo concessionário ou pelo regulador. É o que em Economia se denomina “externalidade”. São fatos do mundo real que devem ser suportados e enfrentados pelos agentes envolvidos.

Pode se começar uma lista meramente exemplificativa apontando que várias concessões e permissões anteriores à Constituição Federal foram delegadas sem licitação, que agora é imposta pelo artigo 175 da Constituição Federal. Diante disso, o artigo 42, § 2.º da Lei n.º 8.987/95 estabeleceu a faculdade de prorrogação de concessões, de modo a permitir a realização do procedimento. De outro lado, o artigo 43 da Lei n.º 8.987/95 determinou a extinção de concessões irregulares.

O que se sucedeu foi a declaração da inconstitucionalidade de prorrogação das concessões e permissões por leis supletivas que adotaram

¹⁹ IV Congresso Brasileiro de Regulação, promovido pela Associação Brasileira das Agências de Regulação – ABAR, em Manaus; Notas para o painel sobre regulação de transportes terrestres, ocorrido em 16.05.2005.

prazos enormes, irrazoáveis para o propósito desejado de se promover a licitação, embora o dever estatal de licitar novas linhas deva ser conciliado com o de planejamento das licitações e contratações.

Surge uma situação fática, a ser enfrentada pelo regulador, diante da presença ilegal dos transportadores e do dever de continuidade do serviço a ser cotejada com o dever de prestação de “serviço adequado” e do dever de preservar a “justa competição”.

O mesmo desafio de lidar com o fato surge diante da clandestinidade do transporte irregular de passageiros, cuja natureza jurídica do transporte dito “alternativo” – se de livre iniciativa ou de prestação irregular de serviço público – ainda se discute no Judiciário.

É indubitável que tal competição desigual causa impacto sobre a estabilidade financeira dos concessionários e permissionários regulares, bem como riscos de responsabilização do Poder Concedente.

Cite-se, ainda, a má conservação de rodovias, a cargo de outras entidades da Federação, ampliando os custos e riscos das concessionárias, a interferência municipal na definição de trajetos de linhas estaduais e federais, com fundamento na política urbana, as interferências do Poder Judiciário – por exemplo, nas condenações das transportadoras por assaltos, acarretando a imposição de novos custos ao serviço, criando novas obrigações por autoridade estranha ao concedente e ao Regulador, tais como a indenização pelo concessionário por falta de prevenção dos assaltos, a imposição de contratação de seguro de responsabilidade civil e de seguro contra furtos, aquisição de equipamentos e adoção de medidas de vigilância, tudo sem considerar o princípio da Separação de Poderes e a competência para ponderar entre as medidas de segurança e o dever de modicidade de custos. Registre-se, também, a interferência do Poder Legislativo instituindo gratuidades que incidem em inconstitucionalidade ao se omitirem no dever de indicação das fontes de custeio, atentando contra o direito à preservação do equilíbrio contratual (que exigiriam a definição dos critérios de compensação dos novos custos).

As externalidades não param por aí, já que há modais de transportes submetidos a reguladores e a critérios regulatórios diversos, como no caso do Rio de Janeiro, onde o DETRO regula o transporte rodoviário, e a Agência Reguladora os demais meios de transportes. É inegável o risco para a “justa” competição quando houver disparidade entre os critérios **técnicos** das agências reguladoras e critérios **políticos** de autarquias e/ou órgãos tradicionais.

É para solucionar essas externalidades que se sustenta a legitimidade de atuação do regulador, por meio da interpretação regulatória corretiva, com fundamento nos princípios regeadores da prestação dos serviços públicos, da isonomia e da justa competição, que impõe a moderna noção de identificação dos riscos assumidos pelas partes, que não abrangem todo e qualquer evento.

Para tanto, um instrumento possível para tal interpretação corretiva é o Acordo Substitutivo, do qual é exemplo típico o Termo de Ajustamento de Conduta, que deve se pautar pelo princípio da razoabilidade na

definição de condições de atuação do concedente (a ser obrigatoriamente citado nos processos que lhe imponham obrigações) e do concessionário, com vistas à neutralização ou minimização dos riscos da externalidade.

10. CONTROLE DA ATIVIDADE REGULATÓRIA

A agência reguladora é independente, mas não representa um quarto poder. Ela não está numa redoma de vidro que não pode ser tocada por ninguém.

10.1. A INTANGIBILIDADE DA PONDERAÇÃO REGULATÓRIA

É claro que não pode haver a interferência no mérito administrativo.

Não cabe pretender substituir a interpretação técnica da agência sobre o adequado cumprimento do contrato pela sua própria interpretação técnica, o que representaria manifestação violação ao art. 2.º da Constituição Federal, isto é, à teoria da Separação dos Poderes.

O magistrado não pode, com base em laudo técnico a ser produzido em prova pericial requerida em Juízo, substituir as valorações técnicas da autoridade administrativa responsável pela fiscalização do contrato pelas que venham a ser fixadas em juízo.

Nada justifica que a interpretação judicial sobre a matéria técnica contida nos autos seja superior àquela adotada pela autoridade administrativa competente²⁰.

²⁰ O Egrégio Superior Tribunal de Justiça já se manifestou pela impossibilidade do Poder Judiciário se substituir às Agências Reguladoras para implementar tecnicamente conceitos jurídicos indeterminados. Confira-se: “ADMINISTRATIVO. TELECOMUNICAÇÕES. TELEFONIA FIXA. LEI N. 9.472/97. COBRANÇA DE TARIFA INTERURBANA. SUSPENSÃO. ÁREA LOCAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. 1. A regulamentação do setor de telecomunicações, nos termos da Lei n. 9.472/97 e demais disposições correlatas, visa a favorecer o aprimoramento dos serviços de telefonia, em prol do conjunto da população brasileira. Para o atingimento desse objetivo, é imprescindível que se privilegie a ação das Agências Reguladoras, pautada em regras claras e objetivas, sem o que não se cria um ambiente favorável ao desenvolvimento do setor, sobretudo em face da notória e reconhecida incapacidade do Estado em arcar com os eventuais custos inerentes ao processo. 2. A delimitação da chamada “área local” para fins de configuração do serviço local de telefonia e cobrança da tarifa respectiva leva em conta critérios de natureza predominantemente técnica, não necessariamente vinculados à divisão político-geográfica do município. Previamente estipulados, esses critérios têm o efeito de propiciar aos eventuais interessados na prestação do serviço a análise da relação custo-benefício que irá determinar as bases do contrato de concessão. 3. Ao adentrar no mérito das normas e procedimentos regulatórios que inspiraram a atual configuração das “áreas locais” estará o Poder Judiciário invadindo seara alheia na qual não deve se imiscuir. 4. Se a prestadora de serviços deixa de ser devidamente ressarcida dos custos e despesas decorrentes de sua atividade, não há, pelo menos no contexto das economias de mercado, artifício jurídico que faça com que esses serviços permaneçam sendo fornecidos com o mesmo padrão de qualidade. O desequilíbrio, uma vez instaurado, vai refletir, diretamente, na impossibilidade prática de observância do princípio expresso no art. 22, caput, do Código de Defesa do Consumidor, que obriga a concessionária, além da prestação contínua, a fornecer serviços adequados, eficientes e seguros aos usuários. 4. Recurso especial conhecido e provido.” (RESP 572070 /PR. SEGUNDA TURMA Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA. Julg. 16/03/2004. Pub. DJ 14.06.2004, p. 206).

Os reguladores devem ter “notório saber” no segmento regulado, sem falar que devem passar por processo de legitimação política de suas investidas, sendo indicados pelo Chefe do Poder Executivo, sabatinados pelo Poder Legislativo quanto ao “notório saber” e quanto à identificação com as políticas públicas a serem implementadas, para, só então, serem nomeados (parágrafo único do art. 7.º da Lei n.º 2.686, de 13.02.1997)²¹.

Do perito do juízo, por maior que seja seu saber, não se exige esses requisitos inerentes ao processo da atividade regulatória do Estado; afinal, ainda que possua “notório” saber (não exigido pelo CPC, já que o art. 145 só exige a comprovação de especialidade na matéria, não requisitando a “notoriedade”), o fato é que é mero auxiliar (CPC, art. 139), atuando em caráter singular (e não Colegiado), sem submissão a qualquer processo de legitimação política (Executivo + Legislativo).

Por lei, era a ASEP quem fiscalizava o adequado cumprimento dos contratos de concessão estaduais – Lei n.º 2.686, de 13.02.1997, arts 2.º, 3.º e 4.º²².

²¹ “Art. 7.º - O Conselho-Diretor da Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos do Estado do Rio de Janeiro – ASEP - RJ será formado por 05 (cinco) Conselheiros indicados pelo Governador do Estado, e por este nomeados uma vez aprovados, após audiência pública, pela Assembléia Legislativa, cabendo a um deles a Presidência do Conselho, também por indicação do Governador do Estado.

Parágrafo único - Os Conselheiros deverão satisfazer simultaneamente as seguintes condições:

I - ser brasileiro;

II - possuir ilibada reputação e insuspeita idoneidade moral;

III - ter notável saber jurídico ou econômico ou de administração ou técnico em área específica sujeita ao exercício do Poder Regulatório da Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos do Estado do Rio de Janeiro - ASEP-RJ, evidenciado por experiência profissional compatível por prazo superior a 10 (dez) anos;

IV - não participar com sócio acionista ou quotista do capital de empresa submetida efetiva ou potencialmente à jurisdição da Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos ao Estado do Rio de Janeiro - ASEP-RJ;

V - não ter relação de parentesco por consangüinidade ou afinidade, em linha direta ou colateral até o segundo grau, com dirigente, administrador ou conselheiro de empresas submetidas efetiva ou potencialmente à jurisdição da Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos ao Estado do Rio de Janeiro - ASEP-RJ, ou com pessoa que detenha mais de 1% (um por cento) de seu capital.”

²² Até ser extinta, a redação vigente era a seguinte: “Art. 2.º - A Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos do Estado do Rio de Janeiro - ASEP-RJ, tem por finalidade exercer, na forma do disposto no artigo 19, da Lei Estadual n.º 2.470, de 28 de novembro de 1995, o poder regulatório, acompanhando, controlando e fiscalizando as concessões e permissões de serviços públicos nos quais o Estado figure, por disposição legal ou factual, com o Poder Concedente ou Permitente, nos termos das normas legais regulamentares e consensuais pertinentes ficando excluídos da competência da Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos do Estado do Rio de Janeiro - ASEP-RJ e dos efeitos desta Lei os serviços públicos previstos no Decreto-Lei n.º 276, de 22 de julho de 1975, cuja disciplina foi outorgada à autarquia, criada pela Lei n.º 1.221, de 06 de novembro de 1987.

Art. 3.º - No exercício de suas atividades, pugnará a Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos do Estado do Rio de Janeiro - ASEP-RJ pela garantia dos seguintes princípios fundamentais:

O controle da legalidade de atos administrativos tem padrão objetivamente fixado na Lei de Ação Popular, que considera inválido o ato que apresenta vício em seus elementos – objeto, forma (que exige a observância do processo administrativo baseado em norma contratual e legal, pelo colegiado competente, que não pode ser substituído pelo perito do juízo, sob pena de violação do princípio democrático, dada a ausência de legitimidade do perito judicial para tanto; é preciso ver se a regulação observou a adequada ponderação, em atenção ao princípio da eficiência, se observou o princípio da ampla defesa, que tem como etapa inaugural a notificação do concessionário, com a descrição do fato, a indicação do dispositivo legal ou contratual pertinente e a informação sobre prazo e forma de defesa, apresentação da defesa e das provas, culminando com a decisão, em regime de colegiado), motivo, competência, a saber, o colegiado legitimado pela lei, e a finalidade, que envolve o dever de ponderação de interesses.

10.2. O ESPAÇO PARA O CONTROLE

Certamente, existe uma significativa parcela de elementos que podem ser objeto de controle.

Carlos Ari Sunfeld já registrou que a agência reguladora conseguiu não agradar ninguém. Não agradou a esquerda, porque foi um instrumento que viabilizou a desestatização; não agradou a direita porque é um

I - prestação pelos concessionários, de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, tanta qualitativa quanta quantitativamente;

II - a existência de regras claras inclusive sob o ponto de vista tarifário, com vistas à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos;

III - estabilidade nas relações envolvendo o Poder Concedente, concessionários e usuários, no interesse de todas as partes envolvidas;

IV - proteção dos usuários contra práticas abusivas e monopolistas;

V - a expansão dos sistemas, o atendimento abrangente da população, a otimização ao uso dos bens coletivos e a modernização e aperfeiçoamento dos serviços prestados.

Art. 4.º - Compete à Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos do Estado do Rio de Janeiro - ASEP-RJ, observadas as disposições legais e factuais pertinentes:

I - zelar pelo fiel cumprimento da legislação e dos contratos de concessão ou permissão de serviços públicos relativos à esfera de suas atribuições;

II - dirimir, como instância administrativa definitiva, conflitos envolvendo o Poder Concedente ou Permitente, os concessionários ou permissionários de serviços públicos e os respectivos usuários;

III - decidir, como instância administrativa definitiva, os pedidos de revisão de tarifas de serviços públicos concedidos ou permitidos;

IV - fiscalizar, diretamente ou mediante delegação, os aspectos técnico, econômico, contábil e financeiro, sempre nos limites estabelecidos em normas legais, regulamentares ou factuais, os contratos de concessão ou permissão de serviços públicos, aplicando diretamente as sanções cabíveis;

V - expedir resoluções e instruções tendo por objeto os contratos submetidos a sua competência, inclusive fixando prazos para cumprimento de obrigações por parte das concessionárias e permissionárias, voluntariamente ou quando instada por conflito de interesses;

instrumento de intervenção do Estado numa liberdade privada; não agrada ao Legislativo, porque faz normas; não agradou ao Executivo, porque executa normas, inclusive contra a sua vontade, e muitas vezes não agrada ao Judiciário porque julga sem ser um magistrado.

Dentro deste contexto, é preciso chamar a atenção para a possibilidade de controle de uma entidade que tem tamanha responsabilidade num setor ou em vários setores que envolvem enormes quantias em investimentos.

O Judiciário, tanto quanto a Procuradoria do Estado, deve fazer valer a função de controlador da legalidade e guardião da Constituição e das leis, porque muitas vezes essas são as únicas barreiras que restam para a democracia ser preservada.

A agência reguladora é uma autarquia; pratica atos administrativos que podem ser controlados como todo e qualquer ato administrativo.

O controle pode se dar sobre o objeto do ato examinando, para apurar se o regulador se manteve equidistante dos interesses e alcançou o ponto ótimo entre a criação de um custo para uma das partes e um benefício para outra parte; se ele agiu dentro daquilo que é previsto na lei; se o ato que ele praticou é autorizado a praticar; precisa haver uma barreira para o excesso de criatividade do regulador, cujo ato é introduzido no mundo jurídico com toda essa prerrogativa de autonomia e independência, devendo observar a realidade, a razoabilidade e a proporcionalidade.

Entra a idéia de busca do atendimento do princípio da eficiência, ou seja, do alcance do ponto de equilíbrio entre os interesses que estão em conflito e, também, de identificar se a agência reguladora não ultrapassou o seu limite. A agência não pode sair criando normas, porque, especialmente nos contratos estaduais, ao contrário do que aconteceu no plano federal em que a agência também é o poder concedente, no Rio de Janeiro o poder concedente é o Estado; portanto é ele quem cria as obrigações contratuais. O contrato administrativo, que tem nas cláusulas regulamentares uma das prerrogativas da Administração Pública, só pode ser alterado pelo poder concedente e não pela agência reguladora.

VI - determinar diligências junto ao Poder Concedente, concessionários, permissionários e usuários dos serviços, podendo para tanto ter amplo acesso aos dados e informações relativos aos contratos de sua competência;

VII - promover estudos sobre a qualidade dos serviços públicos concedidos e permitidos com vistas à sua maior eficiência;

VIII - contratar serviços técnicos, vistorias, estudos, auditorias ou exames necessários ao exercício das atividades de sua competência com entes públicos ou privados;

IX - dar publicidade às suas decisões;

X - aprovar seu regimento interno, bem assim a proposta de seu orçamento, a ser incluída no Orçamento Geral do Poder Executivo.

Parágrafo único - Poderá a Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos do Estado do Rio de Janeiro - ASEP-RJ, aceitar, parcial ou integralmente, a delegação de atribuições compatíveis com a sua esfera de competência."

O outro ponto diz respeito à segurança jurídica. A idéia de se criar a agência reguladora como uma das etapas do programa de desestatização foi dar previsibilidade à atuação do Estado sobre esses contratos. Então criou-se um corpo técnico especializado cujas atuações seriam previsíveis.

A constante mudança de normas, ou a variação de critérios, frustra o concessionário e afasta o investidor.

O ato pode ser controlado com relação à sua forma e aí a observância do devido processo legal, a observância do princípio democrático, a regulação do processo de ponderação de interesses; se esses interesses não são conhecidos, eles não serão ponderados adequadamente. A maneira de se conhecer os interesses é por meio da participação via consulta pública, via audiência pública. Se o regulador não a promove, ele não vai ponderar com o adequado conhecimento de causa.

Outra questão é o princípio da celeridade; há um prazo razoável para se decidir processos administrativos; se não há decisão, se frustra a segurança jurídica, por gerar uma situação de instabilidade e, muitas vezes, de desequilíbrio econômico²³.

O ato também pode ser controlado com relação ao seu motivo; aí é importante a necessidade de motivação técnica; foi a tecnicidade que justificou a criação de agências reguladoras. Então, frise-se, não se pode pretender substituir a técnica que o concessionário quer pela técnica que o regulador deseja, desde que ele demonstre que a técnica que ele deseja seja efetivamente a que pondera adequadamente entre os custos e benefícios envolvidos.

Para isso, é preciso que o regulador atente para que na motivação constem os elementos que foram trazidos aos autos pelos interessados, concedentes, usuários, concessionários; é o que se chama de princípio do *hard look review*, que nada mais é do que uma derivação do princípio da ampla defesa; afinal, de nada adianta dar direito de defesa se os elementos levados no processo não são considerados.

O mais complicado é com relação à competência. Cite-se, primeiramente, a discussão sobre a própria competência federativa, como foi o

²³ Como Procurador do Estado fui convocado a me pronunciar sobre uma situação curiosa, em que a lei estabelece um prazo para a agência reguladora se manifestar e, se ela não se manifesta dentro desse prazo a respeito de pedido de reajuste ou revisão de tarifa; o concessionário pode, por lei, colocar em vigor a tarifa que ele propôs, porque ele tem direito ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato, que tem uma data prevista para que seja reapreciado. Se a reapreciação não ocorre naquele momento, surge um prejuízo ao concessionário, que vai acabar, ao final dos contratos, tendo que ser suportado pelo próprio poder concedente. Então, o poder concedente é o maior interessado que esse equilíbrio seja mantido durante toda a execução contratual para que não tenha que repassar ou para ele próprio ou para os demais usuários via elevação de tarifa. A agência reguladora resolveu estabelecer uma norma regimental dizendo que nada pode ser aumentado sem passar pela sua decisão, independentemente do prazo da lei, e saiu multando todos os que reajustavam nas condições da lei e sem obter a sua deliberação. O parecer da PGE, provocado por exercício do direito de petição, entendeu ser legal o ato da concessionária.

caso da ANTAQ pretender dividir competências entre o Estado e Município num ato regulatório de uma agência federal. Não há nenhum fundamento constitucional para isso.

Um detalhe específico deve merecer toda a atenção do Poder Judiciário, que é a capacitação dos reguladores. É direito do concessionário, do usuário e do poder concedente (que, ao final, pode ser chamado a responder pelos prejuízos que esses investimentos e esses negócios sejam julgados por quem conhece o ramo). É preciso acompanhar se as pessoas que estão compondo as agências reguladoras têm o requisito do “notório saber” além da “reputação ilibada”. Quando se vê no jornal que a agência reguladora estadual vai ser extinta e que vão ser criadas outras agências porque se precisa criar espaço para atender a um partido político que foi aliado de primeira hora do governo, reza-se para que isso seja intriga da imprensa, para que a fonte inspiradora desta notícia não seja verdadeira, não seja idônea, mas que não se crie, ou não se acabe com uma agência reguladora e crie-se outras por este motivo, o que vai ampliar os problemas. De toda sorte, se isso acontecer, que o Judiciário seja uma barreira a este desvio de finalidade a que se pode pretender atacar.

Por derradeiro, a questão da finalidade do ato, que deve sempre buscar o atendimento do ponto ótimo, mediante conciliação de todos os interesses envolvidos, de modo a se repudiar qualquer tipo de captura. As agências reguladoras viveram um primeiro momento de teste, em que elas precisavam existir. Agora precisam sobreviver diante dos governos de oposição, ficando muito sensíveis às demagogias em favor dos usuários. Isso representa uma verdadeira captura demagógica, que é tão ou mais nociva que a captura econômica, pela via da corrupção ou pela captura política pela via da pressão contra a preservação dos mandatos.

Esses, portanto, são dados que podem ser controlados pelo Poder Judiciário e nenhum deles interfere no mérito do ato administrativo.

10.3. PRINCIPAIS MEDIDAS PROCESSUAIS

As principais medidas processuais de controle são a ação direta de inconstitucionalidade, o mandado de segurança, a ação popular, a ação civil pública, a ação declaratória e a ação de responsabilidade civil.

O cabimento da ação direta é sustentável porque o ato normativo não se confunde com o ato regulamentar, não devendo se aplicar a jurisprudência do Eg. Supremo Tribunal Federal, no sentido no não cabimento da ADIn contra regulamentos, exigindo que a ofensa seja diretamente à Constituição e não por via reflexa (violação da lei). A violação direta se vislumbra pela frustração do princípio da livre iniciativa, que define os parâmetros da intervenção e o dever de ponderação

Também cabe mandado de segurança contra regulação normativa, eis que nem sempre o ato com forma de ato normativo pode ser

enquadrado no conceito de “lei em tese”, para fins de afastamento da ação mandamental; o ato regulatório, por representar intervenção na liberdade econômica, já cria custos desde a sua edição.

A regulação busca estabelecer parâmetros saudáveis de competição, que é um dos bens jurídicos tutelados pela Lei de Ação Civil Pública; se a norma regulatória frustra tais objetivos, é possível se provocar o ajuizamento de tal medida

A ação popular pode ser usada para atacar ato normativo que pode causar prejuízo ao Estado; por exemplo, regras que impedem reajuste e revisão, impedindo a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, que possa ensejar posterior pedido de ressarcimento de bens não amortizados durante a vigência de um contrato de concessão.

Como a ação direta e a ação civil pública têm limitações de legitimidade ativa, e o mandado de segurança não admite a produção de provas, o que pode ser indispensável em matéria regulatória, é possível ao lesado por ato normativo ilegal ajuizar a ação declaratória de inexistência de obrigação decorrente da norma ilegal.

Atos regulatórios que, por violarem os princípios citados, causarem prejuízo ao concedente, ao concessionário ou aos usuários podem ensejar o dever de reparação dos prejuízos causados. Cabe, inclusive, a discussão do direito de regresso, da entidade pública que sofreu o prejuízo contra o regulador que agiu com erro grosseiro ou má-fé.

CONCLUSÃO

Esta, enfim, a visão panorâmica dos processos de parceria entre o setor público e o setor privado, e os limites de atuação dos principais agentes envolvidos.

O principal objetivo desta exposição foi explicitar que na idéia de parceria está implícita uma relação de confiança entre os parceiros, elemento fundamental para se obter a segurança jurídica que viabiliza um cenário favorável aos investimentos que levam ao desenvolvimento econômico.