

COORDENADORIA DO SISTEMA JURÍDICO
Parecer n.º 04/2004 – Flávio Amaral Garcia

Em 20 de abril de 2004.

Proc. n.º E-10/151/2004

Contrato de Concessão de Serviços Ferroviários. Proposta de exploração comercial na Estação Ferroviária de Nova Iguaçu. Receitas marginais. Inteligência do art. 11, da Lei n.º 8.989/95. Princípio da Modicidade das Tarifas. Minuta de Protocolo de intenções. Necessidade da composição do consórcio.

Senhor Procurador Geral,¹

- I -

Trata-se de consulta formulada pelo Exmo. Secretário de Transportes do Estado do Rio de Janeiro acerca da viabilidade jurídica de celebração de protocolo de intenções entre o ESTADO DO RIO DE JANEIRO, O MUNICÍPIO DE NOVA IGUAÇU, A SUPERVIA E UM CONSÓRCIO, ainda não definido.

O objetivo deste ajuste, cuja minuta inaugura este processo administrativo (fls. 02/06), seria o de “viabilizar a implantação de empreendimento imobiliário de caráter comercial no espaço aéreo da estação ferroviária de passageiro em Nova Iguaçu”. O ente executor do empreendimento seria o Consórcio, sendo solidária a Supervia, na forma do disposto na cláusula segunda.

Caberia ao ESTADO, na forma da cláusula 3.1 (que se encontra, em parte, manuscrita na alínea c), como principal obrigação, a cessão de terreno para a implantação do Terminal Rodoviário de Passageiros Leste, que faria a ligação entre os modais ferroviário e rodoviário.

As obrigações do MUNICÍPIO de Nova Iguaçu estão descritas na cláusula 3.2, destacando-se a de implantar o Terminal Rodoviário de Passageiro Leste e, ainda, disponibilizar para a Supervia, três escadas rolantes, constantes no Projeto Básico, que interligarão as plataformas ao “mezaninno” da estação de Nova Iguaçu.

As obrigações da SUPERVIA estão descritas na cláusula 3.3 e as do CONSÓRCIO na cláusula 3.4, cabendo a este, como dito, a realização,

¹ Ao Exmo. Sr. Procurador Francesco Conte
MD Procurador-Geral do Estado

diretamente ou por meio de terceiros, das obras de implementação apresentadas no projeto básico e executivo relativos ao empreendimento responsabilizando-se por sua conclusão e entrega.

A Assessoria Jurídica da Secretaria de Estado de Transportes sugeriu às fls.07 a oitava da Companhia Estadual de Engenharia de Transportes e Logística – CENTRAL, que informa que a área em questão é de sua propriedade, vertida da FLUMINTRENS em decorrência da cisão parcial ocorrida nesta última empresa (fls. 13).

A Assessoria Jurídica da CENTRAL manifestou-se às fls. 17/20, firmando o entendimento de que a minuta de protocolo de intenções carece de amparo legal, pois o Contrato de Concessão celebrado entre o ESTADO DO RIO DE JANEIRO e a SUPERVIA somente estabelecem a exploração de serviços complementares ou adicionais por meio de empresa subsidiária da qual seja controladora a SUPERVIA, não estando previstas as outras duas espécies de receitas, a saber, acessórias e de projetos associados, que constam do art. 11, da Lei n.º 8.987/95.

Sugeriu, pois, a modificação da cláusula oitava do contrato de concessão, com vistas à inclusão das demais receitas, propondo, ainda, que o Poder Concedente fixe um valor a ser pago pela Concessionária à CENTRAL, em até 30% (trinta por cento) da receita líquida da atividade autorizada. Propõe, ainda, nova redação para o § 17, da cláusula décima sétima do contrato de concessão e a oitava da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro.

O Ilmo. Diretor-Presidente da CENTRAL manifestou-se às fls. 21/22 ratificando o opinamento da sua Assessoria Jurídica, postulando, ainda, a inclusão da CENTRAL no contrato de concessão, já que é a proprietária dos bens concedidos à SUPERVIA, e no próprio Protocolo de Intenções.

A Assessoria Jurídica da Secretaria de Transportes, por sua vez, manifestou-se às fls. 24/26, entendendo não ser necessária a modificação da citada cláusula oitava do contrato de concessão, eis que “suprível pela interpretação à luz dos mencionados arts. 11 da Lei Federal n.º 8.987/95 e 12 da Lei Estadual n.º 2.831/97”.

Ponderou, no entanto, que a “viabilidade jurídica do projeto subordina-se a definições claras da composição do consórcio a constituir-se sob controle da concessionária, à estipulação explícita da solidariedade entre as consorciadas, à previsão das consequências de futura extinção da concessão e à observância rigorosa das exigências contratuais, relativas a atividades comerciais no âmbito espacial vinculado aos serviços concedidos.” Opinou, também, pela oitava da Agência Reguladora de Serviços Concedidos – ASEP.

É o relatório.

- II -

A principal questão posta em exame refere-se a necessidade

ou não de alteração da cláusula oitava² do contrato de concessão celebrado entre o ESTADO e a SUPERVIA para viabilizar a celebração do protocolo de intenções, cujo principal objetivo é a implantação de um shopping center na estação ferroviária situada no MUNICÍPIO DE NOVA IGUAÇU.

Isto porque, como dito, tal cláusula somente menciona a possibilidade de obtenção de fontes alternativas ou complementares, não se referindo às demais espécies de receitas previstas no art. 11, da Lei n.º 8.987/95. A exploração do referido empreendimento, segundo a ótica da CENTRAL, acarretaria a produção de uma receita derivada de projetos associados (fls.15), não prevista no contrato.

Transcreva-se, preliminarmente, o mencionado art. 11, da Lei n.º 8.987/05:

“Art. 11 - No atendimento às peculiaridades de cada serviço público, poderá o Poder Concedente prever, em favor da concessionária, no edital de licitação, a possibilidade de outras fontes alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a modicidade das tarifas, observado o disposto no art. 17 desta Lei.”

² CLÁUSULA OITAVA – RECEITAS ALTERNATIVAS OU COMPLEMENTARES - A CONCESSIONÁRIA poderá, ainda, através de empresas subsidiária da qual seja controladora, explorar SERVIÇOS COMPLEMENTARES ou SERVIÇOS ADICIONAIS, nas áreas integrantes da CONCESSÃO, inclusive nos espaços aéreos das LINHAS, estações, construções e terrenos utilizados para obtenção das receitas, desde que não acarrete prejuízo à normal prestação dos SERVIÇOS, devendo ser mantida nessa hipótese, escrituração contábil em separado, pela subsidiária, que permita ao ESTADO e a ASEP-RJ a efetiva e permanente análise dos resultados da exploração da CONCESSÃO e das demais atividades exercidas, bem como, e para efeito do artigo 11 da Lei 8.987/94, os resultados da subsidiária pelo processo de equivalência patrimonial, deverão integrar-se no resultado da CONCESSIONÁRIA, assim demonstrado através de balanço consolidado. § 1º - Os prazos dos eventuais contratos celebrados pela empresa subsidiária, que envolvam a exploração comercial das estações, nos termos desta cláusula, não poderão ultrapassar o prazo da CONCESSÃO previsto neste CONTRATO ou de sua eventual prorrogação. § 2º - A ocupação de espaços para exploração comercial nas estações estará subordinada ao privilégio do trânsito, da circulação dos trens, da segurança do público e da qualidade dos SERVIÇOS, respeitadas as normas em vigor, na forma deste CONTRATO e das normas a serem expedidas pela ASEP-RJ. § 3º - Não serão admitidas atividades que deteriore o ambiente pela produção de fumaça, umidades, detritos, odores, calor, ruídos excessivos ou outros agentes poluidores de qualquer natureza, bem como aquelas envolvendo a utilização de explosivos e inflamáveis. § 4º - As atividades permitidas estarão sujeitas, naquilo que for pertinente à legislação que lhes for aplicável e ao cumprimento das normas e posturas municipais vigentes. § 5º - As eventuais benfeitorias feitas pela subsidiária em imóveis objeto da CONCESSÃO com a finalidade de obter as receitas alternativas previstas nesta cláusula serão entregues ao ESTADO ao término da CONCESSÃO, devendo, o ESTADO, pagar indenização sobre as benfeitorias necessárias e, desde que tenha autorizado expressamente e por escrito, sobre as úteis e voluptuárias, calculando-se o valor da indenização como o custo de aquisição das benfeitorias não depreciado ou amortizado naquela data, exigindo-se para exame do ESTADO do pedido de realização de benfeitorias a prévia atestação da ASEP-RJ de que as benfeitorias não prejudicarão os SERVIÇOS.

Parágrafo Único – As fontes de receita previstas neste artigo serão obrigatoriamente consideradas para aferição do inicial equilíbrio econômico-financeiro do contrato.”

Já tive a oportunidade de afirmar que a idéia contida na norma é, exatamente, a de “fazer com que o usuário não seja o único a assumir o ônus de produzir renda para o concessionário. Afinal, existem outras alternativas de obtenção de riquezas agregadas ao objeto concedido. (...) Trata-se, assim, de uma concepção empresarial do instituto da concessão, possibilitando outros meios capazes de produzir receita para o concessionário e que podem não estar ligados diretamente à atividade principal objeto do contrato.”³

Como se extrai do dispositivo, o legislador não definiu o que seriam fontes alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, apenas mencionando as diversas possibilidades de exploração de outras fontes que não a tarifa.

Ora, se o legislador não definiu o que seria cada uma destas fontes, não pode a CENTRAL asseverar com absoluta certeza que a exploração do shopping center seria decorrente de um projeto associado, ainda que, frise-se, esta interpretação pareça razoável⁴. No entanto, esta não é a questão central.

Com efeito, uma interpretação finalística do dispositivo permite concluir que o objetivo do legislador foi o de permitir a produção de receitas **marginais** à tarifa, ou seja, que possam advir de negócios ou projetos adjacentes à própria concessão e que não constituam o núcleo do contrato, o que é exatamente a hipótese aqui tratada, na medida em que a receita a ser produzida em decorrência da exploração do *shopping center* não provém da tarifa, razão pela qual se insere nos exatos lindes do art. 11 da Lei n.º 8.987/95.

³ GARCIA, Flávio Amaral. *Regulação Jurídica das Rgdovias Concedidas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 172.

⁴ É justamente por força da ausência de um conceito legal que a doutrina vem tentando definir a natureza de cada uma destas receitas. Confira-se o entendimento de MARÇAL JUSTEN FILHO: “Fontes de receitas **alternativas** são as relacionadas com a exploração alternativa, do ponto de vista econômico, do objeto da concessão. Não importam o desenvolvimento de outras utilidades ao público nem a ampliação propriamente dita do objeto da concessão. Mantido o mesmo objeto, aproveitam-se oportunidades no desempenho do serviço público para obtenção de receitas que substituem as tarifas. A receita é alternativa para a remuneração do concessionário. Assim, ao invés de cobrar tarifa, desenvolverá atividades que propiciarão sua satisfação. O conceito de **acessoriedade** é o comum da Teoria Geral do Direito. É acessória ao serviço concedido toda atividade que possa ser suprimida, sem que isso desnature a prestação do serviço. A supressão da atividade acessória não é verdadeira. Em princípio, a atividade **complementar** pode ser reconduzida ao conceito de **acessoriedade**. A idéia de **projetos associados** pode conduzir à implantação de estruturas empresariais amplas e complexas, superando largamente a experiência tradicional entre nós. Importa a inserção do objeto da concessão (especialmente aquela precedida de obra pública) passa a ser um dos pólos da atividade a ser desenvolvida. Conjuntamente com ela, desenvolvem-se outras atividades econômicas inter-relacionadas. Nessa hipótese, poderia reconhecer-se dois (ou mais) empreendimentos economicamente equivalentes, cujo desenvolvimento conjugado caracteriza a associação, a que alude o dispositivo”. *In Concessões de Serviços Públicos*, Ed. Dialética, 1997,

A rigor, pouco importa se a exploração do *shopping center* se enquadra como fonte de receita alternativa, complementar, acessória ou de projetos associados, já que a disciplina jurídica de todas elas é rigorosamente idêntica e foi delineada no art. 11 da Lei n.º 8.987/95. O que se quer dizer, portanto, é que os efeitos jurídicos são os mesmos, independentemente da qualificação que se dê a fonte de receita marginal a ser percebida em função do negócio.

E, conforme bem assinalado na manifestação da Assessoria Jurídica da Secretaria de Transportes, aplicam-se ao contrato de concessão da exploração dos serviços públicos de transporte ferroviário de passageiros do Rio de Janeiro - celebrado entre o ESTADO e a SUPERVIA - as normas gerais da Lei n.º 8.987/95 - que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos substanciados no art. 175, da CF - conforme expressamente previsto no preâmbulo do ajuste, o que torna, repita-se, desnecessária a modificação no contrato de concessão na forma proposta pela CENTRAL.

Vale lembrar que sendo a concessão um contrato administrativo, tem-se que uma das suas características é a automática incorporação das leis e do instrumento convocatório ao seu conteúdo, independentemente de reprodução integral, que se faz, pois, desnecessária.

O que deve ser registrado, na linha do que dispõe expressamente o art. 11 da Lei n.º 8.987/95, é que estas receitas marginais podem e devem ser viabilizadas sempre tendo em conta o princípio da modicidade das tarifas, permitindo que os ganhos na exploração do negócio sejam partilhados com os usuários do serviço público de transporte ferroviário,

pp. 160/161. E, ainda, LUIZ ALBERTO BLANCHET: “1.1. **Receita alternativa**: É a que substitui a decorrente do recebimento, pela concessionária, do preço público. Em tal hipótese, o usuário fruirá gratuitamente o serviço, e a concessionária terá seu investimento remunerado por outra fonte que não a de receita proveniente da cobrança de tarifa. É o que se verifica na concessão de determinada obra - uma estrada ou uma ponte, por exemplo - na qual a concessionária poderá destinar certos espaços para publicidade pela qual cobrará o preço correspondente. 1.2. **Receita complementar**: É aquela apenas complementar o valor cobrado pela concessionária a título de tarifa, sempre que esta tarifa representar um preço político (v. comentários ao art. 6º) e não um preço público, o que ocorre quando a tarifa não é suficiente para remunerar o investimento da concessionária. Necessário reiterar que é a receita e não a sua fonte, que deve ser complementar. 1.3. **Receita acessória**: Embora tenha a mesma finalidade das suas anteriores, distingue-se pelo fato de não ser estranha à atividade objeto do concessão, mas apenas acessória. Seria receita acessória, por exemplo, em caso de concessão de serviço de transporte coletivo, a proveniente da venda (para compra facultativa) de guias destinados a orientar os usuários quanto às atrações e utilidades existentes no trajeto e no local de destino. 1.4. **Receita derivada de projeto acessório**: É aquela que, ao contrário, das anteriores, é obtida de projeto associado, mas inconfundível com o que constitui objeto da concessão, podendo ser citado como exemplo, o projeto relativo a um centro comercial contíguo à obra pública objeto da concessão, o qual poderá ser administrado e explorado comercialmente pelo concessionário. Uma receita proveniente de projeto acessório pode, simultaneamente ser alternativa (quando substitui totalmente a tarifa) ou complementar (quando apenas complementa o valor cobrado a título de tarifa para atingir o valor justo para a remuneração do investimento do concessionário). Oportuno lembrar que, ao contrário das demais receitas, aqui é a fonte, e não a receita, que deve ser acessório. *In Concessão e Permissão de Serviços Públicos*, Ed. Juruá, 1995, pp. 60 e 61. (grifos nossos)

integrando o equilíbrio econômico-financeiro da relação, consoante dispõe expressamente o § único do citado art. 11⁵.

Ultrapassado este ponto, passa-se ao exame das demais questões levantadas pelas Assessorias Jurídicas da Secretaria de Transporte e da CENTRAL.

Primeiramente, não se vislumbra nenhum óbice jurídico à inclusão da CENTRAL no protocolo de intenções e no próprio contrato de concessão (em substituição à FLUMITRENS), já que o bem afetado ao serviço integra o seu domínio.

A sugestão, ainda, de que 30% da receita líquida da atividade econômica a ser explorada pela concessionária seja destinada à CENTRAL viola o espírito da lei, haja vista que, como dito, estas receitas marginais devem ser implementadas visando beneficiar o usuário do serviço público e não o Poder Concedente ou qualquer de suas entidades. Além do mais, a fixação de percentual para a CENTRAL poderia ser inviabilizador do próprio empreendimento, sendo, entretanto, neste aspecto matéria tipicamente negocial.

Não há, também, maiores informações acerca da composição do Consórcio, mencionado expressamente na minuta como o órgão executor do empreendimento. Corrobora-se, neste aspecto, o entendimento fixado pela Assessoria Jurídica da Secretaria de Transportes, quando esclarece que “tal consórcio, pois, ficaria limitado à participação de empresas controladas por esta, como prevê, em forma alternativa, o art. 278 da Lei Federal n.º 6.404, de 15.12.1976 (Lei das Sociedades por Ações), assegurada, para garantia do Estado, a solidariedade, não só entre a mesma concessionária e o consórcio, como estabelecido na cláusula segunda da minuta de protocolo (fls.3), senão também entre suas subsidiárias, eis que, nos termos do § 1º daquele dispositivo legal, tal solidariedade não se presume.”

Quanto à louvável preocupação acerca da destinação do empreendimento após o término da concessão, é certo que não caberá ao Estado do Rio de Janeiro explorá-lo diretamente, eis que se trata de atividade econômica, cuja titularidade é do setor privado, a teor do art. 173, da Constituição Federal. No entanto, vislumbra-se que poderá o novo empreendimento ser incluído no bojo do edital de outra concessão a ser licitada ou mesmo arrendado separadamente a outros particulares, tudo a depender das circunstâncias concretas da época na qual o negócio ocorrerá.

Fundamental é que sejam observados todos os dispositivos contidos no contrato de concessão, em especial da citada cláusula oitava, que prevê a necessidade do atendimento das normas urbanísticas, ambientais e demais regras eventualmente aplicáveis ao empreendimento.

Por fim, na minuta de protocolo de intenções deve ser explicitado, no item que trata das obrigações do consórcio, a definição das obras

⁵ Neste sentido registre-se o parecer n.º 10/98 – CTC.

que serão por ele executadas, a saber, o próprio empreendimento comercial e o Terminal Rodoviário de Passageiro Leste. Deve-se, ainda, evitar verbos como “agilizar”, eis que desprovidos de um conteúdo jurídico significativo. No mais, como dito, considera-se indispensável uma definição mais precisa da composição deste consórcio, o que não se vislumbra na minuta encaminhada (que, frise-se, encontra-se em parte rascunhada a mão; daí não se saber tratar-se da versão definitiva).

- III -

Estas eram, diante da **urgência** conferida à consulta, as principais considerações cabíveis em relação à proposta de exploração comercial na estação ferroviária de Nova Iguaçu. Recomenda-se, ainda, a prévia manifestação da ASEP-RJ.

É o parecer, s.m.j

FLÁVIO AMARAL GARCIA
Procurador do Estado

VISTO

Proc. n.º E-10/151/2004

APROVO o Parecer n.º 04/2004 do Procurador do Estado **FLÁVIO AMARAL GARCIA**. Aduza-se, em acréscimo, que a proposta de exploração comercial na estação ferroviária de Nova Iguaçu se revela coerente com a perspectiva empresarial que deve nortear as concessões públicas, na medida em que a percepção de receitas marginais pelo concessionário tem o efeito benéfico de repercutir positivamente nas tarifas arcadas pelos usuários do sistema ferroviário estadual, atendendo-se, assim, ao princípio da modicidade tarifária, com a inclusão das receitas na equação econômica-financeira, consoante dispõe expressamente o art. 11, da Lei Estadual n.º 8.987/95 e os arts. 12 e 13 da Lei Estadual n.º 2.831, de 13.11.1997.

Além do mais, o desenvolvimento de atividade econômica produz geração de empregos e renda, estimulando a arrecadação de tributos nas esferas federal, estadual e municipal, sem falar na facilidade que se cria para o usuário que tem à sua disposição todos os serviços (alimentação, lazer, vestuário e etc..) no caminho da casa para o trabalho.

Ao Gabinete Civil, com vistas à Secretaria de Estado de
Transporte.

Em 20 de abril de 2004.

FRANCESCO CONTE
Procurador Geral do Estado