

AGÊNCIA REGULADORA DE SERVIÇOS PÚBLICOS CONCEDIDOS DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS, FERROVIÁRIOS E METROVIÁRIOS E DE RODOVIAS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Parecer nº 130/2014 – LMMN - Luis Marcelo Marques do Nascimento

Repartição de Competências – AGETRANSP e Poder Concedente. Limites e Parâmetros para a Definição de Competências. Teoria dos Poderes Implícitos.

Trata o presente parecer de consulta formulada pelo Conselho Diretor acerca da competência desta AGETRANSP quanto ao contrato de concessão, definindo os exatos limites entre as competências desse Ente Regulador e do Poder Concedente, no que tange aos aspectos operacionais das atividades reguladas e celebração de Termos Aditivos ao contrato de concessão.

A questão jurídica abordada no parecer é genérica, não se focando em um contrato de concessão específico e sem a pretensão de esgotar o tema.

Inicialmente, nota-se, no artigo 3º da Lei 4.555/2005, norma de criação dessa AGETRANSP, acerca dos princípios que devem reger a atuação dessa Agência:

Art. 3º - No exercício de suas atividades, pugnará a AGETRANSP pela garantia dos seguintes princípios fundamentais:

- I** - prestação pelos concessionários, de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, tanto qualitativa quanto 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;
- VI** - a modicidade das tarifas para os usuários;
- VII** - equidade no tratamento dispensado aos usuários, às diversas entidades reguladas e demais instituições envolvidas na prestação ou regulação dos transportes, permitidos ou concedidos.

Esses princípios são os parâmetros básicos de atuação da AGETRANSP, devendo ser utilizados como critério básico para definição de competências.

Conforme disposto no inciso I do artigo 3º citado, a AGETRANSP deve zelar pela prestação do serviço adequado e pleno atendimento aos usuários, o que abrange as questões operacionais do serviço concedido, tais como definição da grade de horários.

Observe-se que a prestação do serviço adequado e pleno atendimento aos usuários é o fim maior a ser alcançado pelo ente regulador estadual. Assim, conforme a Teoria dos Poderes Implícitos, sempre que a norma concede poderes para realizar o fim, concede também poderes para realização dos meios necessários para o atingimento daquele fim. Ou seja, os poderes para realizar o fim pressupõe, também, os meios necessários para consecução daquele fim almejado.

A teoria dos poderes implícitos — hoje universalizada — constitui-se em um verdadeiro postulado basilar de hermenêutica, um inquestionável, eficaz e eficiente instrumento interpretativo. A principiologia e axiologia dele emanadas embasam a técnica de interpretação judicial.

Convém destacar, desde logo, que a doutrina dos *inherent powers* exurgiu no mundo jurídico a partir dos célebres julgamentos dos *casos macCulloch vs. Maryland e Myers v. Estados Unidos US* — 272 — 52, 118, realizados pela Suprema Corte norte americana.

Sob o ângulo da doutrina nacional, nomeadamente no campo do Direito Constitucional, tem-se utilizado amplamente desse fundamental postulado de hermenêutica, mostrando-se inteiramente essencial o conhecimento do teor da máxima dele precedente: “quem pode o mais, pode o menos”.

O Supremo Tribunal Federal possui seguinte entendimento acerca da doutrina dos *inherent powers*:

“Ora, é princípio basilar da hermenêutica constitucional” o dos “poderes implícitos”, segundo o qual, quando a Constituição Federal concede os fins, dá os meios.” (HC 91.661-PE, 03/04/2009)

“Desde o seu advento, fruto de criação jurisprudencial, a reclamação tem-se firmado como importante mecanismo de tutela da ordem constitucional. Como é sabido, a reclamação, para preservar a competência do Supremo Tribunal Federal ou garantir a autoridade de suas decisões, é fruto de criação pretoriana. Afirmava-se que ela decorreria da idéia dos **implied powers** deferidos ao Tribunal. O Supremo Tribunal Federal passou a adotar essa doutrina para a solução de problemas operacionais diversos. A falta de contornos definidos sobre o instituto da reclamação fez, portanto, com que a sua constituição inicial repousasse sobre a teoria dos **poderes implícitos**. Em 1957, aprovou-se a incorporação da Reclamação no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.” (Rcl. 5.470-PA, DJ 10.03.2008, Tribunal Pleno)

“Impende considerar, no ponto, em ordem a legitimar esse entendimento, a formulação que se fez em torno dos poderes

implícitos, cuja doutrina — construída pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América no célebre caso McCULLOCH v. MARYLAND (1819) — enfatiza que a outorga de competência expressa a determinado órgão estatal importa em deferimento implícito, a esse mesmo órgão, dos meios necessários à integral realização dos fins que lhe foram atribuídos. Na realidade, o exercício do poder de cautela, pelo Tribunal de Contas, destina-se a garantir a própria utilidade da deliberação final a ser por ele tomada, em ordem a impedir que o eventual retardamento na apreciação do mérito da questão suscitada culmine por afetar, comprometer e frustrar o resultado definitivo do exame da controvérsia. Torna-se essencial reconhecer — especialmente em função do próprio modelo brasileiro de fiscalização financeira e orçamentária, e considerada, ainda, a doutrina dos poderes implícitos (MARCELO CAETANO, “Direito Constitucional”, vol. II/12-13, item n. 9, 1978, Forense; CASTRO NUNES, “Teoria e Prática do Poder Judiciário”, p. 641/650, 1943, Forense; RUI BARBOSA, “Comentários à Constituição Federal Brasileira”, vol. I/203-225, coligidos e ordenados por Homero Pires, 1932, Saraiva, v.g.) — que a tutela cautelar apresenta-se como instrumento processual necessário e compatível com o sistema de controle externo, em cuja concretização o Tribunal de Contas desempenha, como protagonista autônomo, um dos mais relevantes papéis constitucionais deferidos aos órgãos e às instituições estatais.” (MS 26.547-DF, DJ 20.06.2007, Tribunal Pleno)

Conforme ensina Alexandre de Moraes¹, tal doutrina incorporou-se em nosso ordenamento jurídico, sendo pacífica a doutrina constitucional norte-americana sobre a teoria dos poderes implícitos – inherent powers – pela qual no exercício de sua missão constitucional prevista, o órgão executivo deveria dispor de todos os meios necessários para exercer, plenamente, aquelas atribuições constitucionais, desde que não expressamente limitadas.

Desta forma, se o fim maior estabelecido na norma de criação da AGETRANSP é atender bem o usuário, prestando um serviço adequado, possuirá também competência para regular todas as questões operacionais necessárias para atender essa finalidade maior estabelecida na lei, pois, para garantir o bom atendimento ao usuário, haverá necessariamente que serem regulados os aspectos técnicos das atividades diárias da concessionária, objetivando a eficiência, regularidade, continuidade na prestação do serviço concedido.

Não obstante a aplicação de tal teoria anteriormente descrita, verifica-se, em relação à concessionária SUPERVIA, por exemplo, que a AGETRANSP tem a função de fiscalizar e regular a prestação de serviços prestados pela Concessionária, conforme dispõem a 12ª e 18ª Cláusulas do Contrato de Concessão, a saber:

¹ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 24ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Atlas, 2009.

CLÁUSULA DÉCIMA SEGUNDA - DIREITOS E OBRIGAÇÕES DA AGETRANSP

São obrigações e direitos específicos da AGETRANSP, além de outros previstos na Lei nº 4.555, de 06 de junho de 2005, no edital e neste ADITIVO:

I – *fiscalizar e regular permanentemente a prestação dos SERVIÇOS* e o cumprimento das obrigações da CONCESSIONÁRIA;

CLÁUSULA DÉCIMA OITAVA – FISCALIZAÇÃO

Os SERVIÇOS a serem prestados pela CONCESSIONÁRIA, sem prejuízo da responsabilidade desta, serão permanentemente fiscalizados pela AGETRANSP, por delegação do ESTADO, tendo a AGETRANSP poderes normativos para assegurar a manutenção de serviço adequado, com tarifas compatíveis com as condições estabelecidas neste ADITIVO, mantido sempre o seu equilíbrio econômico-financeiro.

§1º - *A fiscalização abrangerá o acompanhamento e o controle das ações da CONCESSIONÁRIA, nas áreas técnica, operacional, contábil, comercial, econômico-financeira, podendo estabelecer diretrizes de procedimento ou sustar procedimentos considerados incompatíveis por parte da CONCESSIONÁRIA em relação aos requisitos da prestação dos SERVIÇOS.*

(grifo nosso)

Vê-se, claramente, a competência da AGETRANSP tanto para fiscalizar como para regular a prestação de serviços das Concessionárias nas áreas técnica, operacional, contábil e financeira, sempre visando atender os pressupostos do serviço adequado.

Tudo que diga respeito à operação dos serviços da concessionária, como grade de horários, por exemplo, está sujeito ao controle e autorização da AGETRANSP, sem prejuízo da oitiva do Poder Concedente em tal ato autorizativo.

A Lei nº. 4.555/05, em seu artigo 4º, IV, também autoriza essa fiscalização e regulação dos aspectos técnicos e operacionais do serviço concedido:

Art. 4º - Compete à AGETRANSP, no âmbito de suas atribuições e responsabilidades, observadas as disposições legais e pactuais pertinentes:

(...)

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

(grifo nosso)

Desta forma, as questões de ordem técnica ou operacional da concessionária devem ser submetidas ao controle e fiscalização do ente regulador, *cabendo sempre a manifestação e autorização dessa Autarquia quando se tratar de questões operacionais da concessionária.*

No que tange ao segundo tópico da consulta, relativo à celebração de Termo Aditivo ao contrato de concessão, devemos verificar que sendo o Estado do Rio de Janeiro, o titular do serviço público concedido, compete ao mesmo definir parâmetros e referências para a modelagem do contrato de concessão. *Qualquer alteração contratual compete ao Poder Concedente como parte no contrato de concessão e titular legítimo do serviço concedido.*

Nesses casos, o ente regulador não atua diretamente, visto que, no caso das concessões estaduais, o titular do serviço (ente federado) detém plena autonomia para definir parâmetros do contrato, como obrigações das partes e metas contratuais, ao contrário do modelo federal, no qual a autarquia regulatória atua, também, na qualidade de Poder Concedente, agindo, assim, com poderes mais amplos.

Conforme já abordado no Parecer nº 15/2013 – SLBN, “a Agência não é parte no contrato e funciona como órgão de controle da execução contratual”, portanto, s.m.j., as questões referentes às obrigações dos contratantes, metas de investimento e demais obrigações que são distribuídas entre as partes contratantes são da esfera de competência do Poder Concedente, na qualidade de legítimo titular do serviço público objeto da concessão.

Essas são as questões relevantes a serem abordadas no presente parecer.

Rio de Janeiro, 25 de junho de 2014.

LUIS MARCELO MARQUES DO NASCIMENTO
Procurador Geral da AGETRANSP

Poder Judiciário