

DIREITO ESTADUAL DAS CONCESSÕES*

MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO

Procurador do Estado do Rio de Janeiro

Sumário: 1.Introdução; 2. O Programa Estadual de Desestatização; 3. A abertura do processo de desestatização; 4. O procedimento do PED; 5. A primeira desestatização de serviço público (não estadual); 6. A privatização de serviço público estadual; 7. A criação de uma agência reguladora estadual; 8. Desestatização dos transportes de massa e a necessidade dos subsídios; 9. Concessão x autorização e o caso do transporte seletivo de passageiros; 10. A tentativa de privatizar a CEDAE e o marco do saneamento; 11. O impasse permanece com o advento da Lei Federal de consórcios públicos; 12. A Lei de PPP do Estado do Rio de Janeiro; 13. O caso da PPP do Maracanã; 13.1. Os estudos prévios; 13.2. As polêmicas sobre a modelagem da PPP do Maracanã; 14. A tentativa de desestatização do sistema de bondes de Santa Tereza; 14.1. A legitimidade do instrumento consensual; 14.2. A correta definição do objeto das pactuações; 14.3. A incidência das normas do PED e do PROPAR; 15. A retomada do contrato de concessão da Linha 4 do serviço de transporte metroviário; 16. Conclusão

1. Introdução

Falar no Direito Estadual das Concessões é tratar da própria história dos recentes Programas de Reforma do Estado, centrados na Desestatização; a partir daí, surgiu um novo Direito Administrativo e o Estado do Rio de Janeiro, nomeadamente por meio da Procuradoria Geral do Estado (PGE), escreveu uma significativa doutrina sobre o tema.

Tais programas reformadores buscavam uma mudança no perfil das funções do Estado, por meio da aplicação da responsabilidade fiscal e dos princípios da subsidiariedade e da eficiência, bem como uma mudança na estrutura da Administração Pública, por meio da privatização¹, das concessões, permissões, autorizações, terceirizações e outras parcerias.

Cabe expor algumas normas que ensejaram a participação da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro no processo de elaboração do direito positivo estadual.

* Texto produzido a partir de transcrição de palestra proferida no Auditório da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, no Ciclo de Estudos de Direito Estadual, em 11.09.2008, às 17:00 h, bem como de alguns pronunciamentos. A motivação da palestra e do texto decorre de provocação do Exmo. Sr. Subprocurador-Geral do Estado do Rio de Janeiro, estudioso da competência normativa estadual, com dissertação de mestrado sobre o tema, pretendendo organizar obra coletiva que destaque o Direito Estadual.

¹ Por privatização não se tenha, apenas, a venda do controle acionário do Estado, mas, também, extinção de empresas, com venda de seus ativos, e algumas transformações societárias. O Estado do Rio de Janeiro, por exemplo, chegou a ser proprietário e operador de um matadouro (O Matadouro Santa Cruz), bem como explorou um edifício-garagem (no mesmo prédio em que ainda funciona um terminal rodoviário; neste caso, houve cisão da empresa – a CODERTE – para que a estatal continuasse a operar o serviço público de terminais rodoviários, surgindo uma empresa, afinal privatizada, para operar a comercialização de vagas em estacionamento).

Logo, falar sobre o direito estadual das concessões é praticamente relacionar o direito administrativo à mudança do Estado e à mudança da história do Brasil. Nesse ponto, frise-se, é muito importante chamar atenção que a PGE teve um papel fundamental nessa etapa da história do Direito Administrativo.

Na verdade, foi em 1990, com a edição da MP nº 155, que resultou na Lei Federal nº 8.031, de 12 de abril de 1990, que se instaurou um Programa Nacional de Desestatização, durante o Governo Collor; seu sucessor, Itamar Franco, não deu continuidade efetiva ao programa.

Daf porque, em 1995, foi o Estado do Rio de Janeiro (ERJ) que tomou a iniciativa de produzir os atos necessários à reorganização do Estado e à recondução das atividades administrativas. Tudo isso com vistas à implementação de uma gestão administrativa eficiente. Era almejada a redução do tamanho e do custo do Estado para a eficiência propriamente dita².

2. O programa estadual de desestatização

No Estado do Rio de Janeiro, esse Programa de Reforma do Estado foi instituído pela Lei nº 2.470, de 28 de novembro de 1995³ (Programa Estadual de Desestatização - PED), que buscava a competitividade, a redução do tamanho do Estado e, ainda (frise-se, nem sempre lembrada), a redução da dívida pública.

Isso deve ser ressaltado, porque há enormes críticas ao processo de desestatização como um todo, mas, em especial, contra a utilização de critérios de julgamento baseados em um maior valor de outorga paga ao Estado; esse teria sido o elemento que ensejou um agravamento do custo das tarifas. Afinal, tudo o que se demanda como investimento dos concessionários acaba sendo remunerado pela tarifa. A tarifa, portanto, acaba sendo mais elevada do que poderia ser, porque se cobrou pelo direito à obtenção de um direito à exploração de um serviço público.

Mas, como dito, o objetivo não era apenas a desestatização.

O objetivo também era a redução da dívida pública. Esse fator é fundamental de ser lembrado, porque, quando se reduz a dívida pública, se reduz a quantidade de valores necessários para financiamento do déficit público, e isso, conseqüentemente, vai liberando o orçamento.

Nesse sentido, o orçamento público deixa de ser formatado para atender aos interesses dos agentes financiadores do déficit público, e passa, na medida em que vai sendo liberado do déficit, a ser voltado cada vez mais para atender as necessidades da sociedade que vota num determinado projeto político. Essa votação, deliberada pela sociedade, ficava bastante impactada pelo fato de os orçamentos terem que contemplar uma parcela de financiamento do déficit. Afinal, o agente financiador, legitimamente, impunha seus critérios e condições para o financiamento, já que sua preocupação era, notadamente, a solvabilidade das obrigações de pagamento assumidas pelos tomadores dos financiamentos.

² Não estava em jogo apenas a atuação administrativa e econômica do Estado (Princípios da Subsidiariedade e da Eficiência); havia o objetivo de redução da dívida pública; daí porque impõe-se lembrar do Princípio da Responsabilidade Fiscal, freqüentemente esquecido no discurso do Direito Administrativo (não são poucas as críticas acerca do impacto das vendas de empresas estatais e das licitações julgadas pelo maior pagamento ao Estado sobre os valores cobrados a título de tarifas públicas; ocorre que tais rendas eram fundamentais para se reduzir a dívida pública).

³ Lei nº 2.470, de 28 de novembro de 1995 - objetivos: competição e redução da dívida pública do Estado (art. 1º, II e IV) - a busca da liberação do orçamento. art. 7º, autoriza a privatização de empresas prestadoras de serviços públicos com a concomitante delegação da concessão do serviço ao vencedor da licitação.

3. A abertura do processo de desestatização

Outro ponto importante é que essa lei (que foi, praticamente, copiada da Lei nº 8031, de 12 de abril de 1990) previa a possibilidade da autorização, por decreto, para inclusão de empresas estatais no programa estadual de desestatização.

Tal possibilidade gerou grande discussão, porque se entendia que, se as empresas públicas e sociedades de economia mista só poderiam surgir com autorização legislativa específica, somente com esta autorização elas poderiam deixar de continuar a pertencer ao Estado.

A discussão sobre o início dos processos de privatização se deu, em todos os casos, a partir de um decreto incluindo cada empresa estatal no programa; sustentou-se ser inconstitucional a Lei nº 2.470, de 28 de novembro de 1995, sob o argumento de que ela representava uma delegação de poderes típicos do Poder Legislativo para o Chefe do Poder Executivo.

A primeira desestatização envolvia a privatização do Banco do Estado do Rio de Janeiro - BANERJ.

À época, a Constituição do Estado, em seu art. 69, parágrafo único, ensejava a polêmica sobre a "autorização legislativa específica", tendo sido objeto da ADIN nº 234-1. Aqui, mais uma vez, foi importante o papel da PGE.

A primeira privatização não envolvia um serviço público; o BANERJ tinha sido recebido num processo de liquidação, mas a Constituição Estadual previa que não poderiam ser alienadas as ações de empresas sob controle do Estado que pudessem ensejar a perda do controle pelo Estado.

Daf porque haveria uma incompatibilidade entre a Lei nº 2.470, de 28 de novembro de 1995, que autorizava a inclusão, por decreto, de todas as empresas estatais, no Programa Estadual de Desestatização, e a Constituição do Estado.

A PGE, por meio do Procurador do Estado Luis Roberto Barroso, conduziu a ADIN nº 234-1 sustentando, em síntese, que a norma da Constituição Estadual era inconstitucional, porque invadia uma esfera privativa do legislador ordinário. Isto porque o referido diploma, como sabido, é uma norma que começa e termina no âmbito do Poder Legislativo.

Assim, se a Constituição do Estado estava disciplinando uma matéria que cabia ao legislador ordinário, ela estaria excluindo a participação do Poder Executivo nessa decisão acerca do que poderia ficar ou não nas mãos do Estado, interferindo, pois, em matéria típica de organização administrativa.

O Supremo Tribunal Federal acabou decidindo que era matéria de lei, e não de Constituição do Estado. Só que, quando decidiu que era de lei, resolveu acrescentar a expressão "lei específica" (e não de Constituição do Estado)⁴.

⁴ Veja-se, por relevante, o teor da decisão: EMENTA: - Ação direta de inconstitucionalidade. Questão de Ordem. 2. No julgamento da ADIN 234-1/600 - RJ, o Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, julgou procedente, em parte, a ação e declarou a inconstitucionalidade do inciso XXXIII do art. 99 e do parágrafo único do art. 69, ambos da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, e, ainda, por maioria de votos, julgou procedente, em parte, a ação, relativamente ao caput do art. 69 aludido, para dar-lhe interpretação conforme a Constituição, segundo a qual a autorização legislativa nela exigida há de fazer-se por "lei formal específica", só sendo necessária, entretanto, quando se cuidar de alienar o controle acionário de sociedade de economia mista. 3. Publicada a decisão no Diário da Justiça da União, o Governador do Estado do Rio de Janeiro requereu a exclusão da ata de julgamento do termo específica, sustentando que não corresponde essa expressão ao que foi decidido pela Corte, a qual apenas exigiu, na hipótese do caput do art. 69 da Carta fluminense, a existência de "lei formal genérica". 4. Petição conhecida como embargos de declaração, após ter sido publicado o acórdão. 5. Reconheceu-se não existir inteira coincidência entre o que foi objeto da análise dos votos do Relator e do Presidente com os termos segundo os quais ficou proclamada a decisão e, assim, constante da ata de julgamentos da sessão plenária respectiva. 6. Verificou-se, entretanto, que não constituiu

Com base nesta decisão, o Procurador do Estado Luis Roberto Barroso, ofereceu Embargos de Declaração para excluir a expressão “lei específica” do acórdão, ao argumento de que, em momento algum, naquela ADIN, a discussão envolvia um conflito entre “lei geral” ou “lei específica”.

Por certo, esta lógica dificultaria todos os processos de privatização, posto que submeteria, ao Poder Legislativo, todas as decisões acerca do tema, e não ao crivo do Poder Executivo.

Por uma votação bem apertada, acabou sendo excluída, em embargos de declaração, essa expressão “específica”.

Isso é importante porque, como dito, essa participação da PGE acabou sendo fixadora da orientação do STF em matéria de desestatização, pela qual ficou assentado que seria dispensada a figura da “lei específica” para a privatização de empresas estatais, admitindo-se que, para tal desiderato, haveria a necessidade, apenas, de “lei genérica”.

4. O procedimento do PED

A apresentação do conjunto de atos necessários a uma desestatização também se torna relevante, tendo em vista que não são raros os casos nos quais são propostas ações que objetivam a instauração, pelo Estado, de licitação para a concessão de serviços e linhas atualmente em operação⁵, especialmente após declaração de caducidade do contrato por seu descumprimento.

A seqüência prevista na Lei Estadual de Desestatização⁶, que delinea a procedimentalização para que se chegue a uma licitação cujo objeto será a concessão ou privatização, começa com a contratação de uma consultoria, mediante prévia licitação, a qual realizará a formatação da venda da empresa ou da transferência do negócio (a

objeto de expressa discussão, no julgamento da ação direta de inconstitucionalidade, o ponto referente a ser necessária autorização legislativa, por lei formal específica, quando se cuida de alienação de ações do Estado em sociedade de economia mista implicando a perda de seu controle acionário. 7. Em face disso, o Tribunal recebeu, em parte, os embargos de declaração para determinar seja retirada da ata de julgamento, na parte relativa ao feito, a expressão específica, passando a proclamação do resultado, neste ponto, a constar, nos seguintes termos: “E, por maioria de votos, julgou procedente, em parte, a ação com relação ao caput do art. 69, para dar-lhe interpretação conforme a Constituição, segundo a qual a autorização legislativa nela exigida há de fazer-se por lei formal, mas só será necessária, quando se cuida de alienar o controle acionário da sociedade de economia mista”.

⁵ Cite-se, por exemplo, ação proposta perante a 4ª Vara de Fazenda Pública da Comarca da Capital - Processo nº 2004.001.000.961-5 - Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público em face do Estado do Rio de Janeiro reclamando, em sede de liminar, providências no que concerne ao serviço público de transporte aquaviário de passageiros, sob a alegação de que, na qualidade de poder concedente, teria se omitido no dever de tomar medidas quanto à eficiente prestação do serviço. Pretendeu, assim, que, entre outras medidas instaurasse licitação para a concessão de todas as linhas atualmente em operação, no prazo de cento e oitenta dias, apresentando a classificação das propostas, ou, alternativamente, retome a concessão por estar caracterizada a rescisão unilateral.

⁶ Procedimento do PED - Fase preparatória: Licitação para contratação de consultoria encarregada da avaliação e formatação da privatização com concomitante modelagem da concessão (Lei nº 2.470, de 28 de novembro de 1995, art. 6º, XVI); *Laudo submetido à aprovação da Comissão Diretora do PED; Preço mínimo e condições gerais da desestatização aprovadas pelo Chefe do Poder Executivo (Lei nº 2.470, de 28 de novembro de 1995, art. 6º, V); divulgação das informações relativas ao negócio, incluindo os critérios para a fixação do preço mínimo, que, também, foi submetido ao órgão deliberativo das empresas (Lei nº 2.470, de 28 de novembro de 1995, art. 9º e incisos VI e VII e art. 13) Procedimento do PED - Fase externa: decreto justificador da opção; audiência pública; oportunidade de qualquer do povo apresentar impugnação; Licitação, na forma da Lei Federal - Conclusão do processo de desestatização: *Parecer de auditores independentes, igualmente contratados mediante licitação (Lei nº 2.470, de 28 de novembro de 1995, art. 6º, XV). Controle externo do Tribunal de Contas e da Assembléia Legislativa do Estado. Liquidação financeira da operação; Assinatura do contrato de concessão - marco regulatório; Fiscalização da execução pelo poder concedente e pela Agência Reguladora.**

avaliação em si); depois disso, o laudo é submetido à Comissão Diretora do Programa Estadual de Desestatização, para, então, ser levado ao Governador do Estado, que determina a divulgação, no mercado, das condições em que será feita a desestatização.

Com esse mister, o Governador edita um decreto justificando os critérios de escolha. Tal ato permite a crítica e a impugnação por meio de audiência pública; só após todos esses atos se promove a licitação, que é objeto do processo de privatização.

Esse procedimento, do ponto de vista prático, leva meses. Por isso, não é possível se cumprir liminares em face do que dispõe a legislação estadual sobre a abertura de procedimentos licitatórios de uma hora para outra, simplesmente porque algum contrato de concessão caducou.

Depois de feita a licitação, o processo passa por uma etapa de verificação, para a qual é prevista a contratação de auditores independentes, também mediante prévia licitação, o que não usurpa a competência do Tribunal de Contas do Estado; afinal, o contrato ou uma lei estadual não podem afastar a incidência de um órgão que tem previsão constitucional.

Passa-se, então, à liquidação financeira da operação e à assinatura do contrato, começando a operar a desestatização.

5. A primeira desestatização de serviço público (não estadual)

No caso do ERJ, a primeira desestatização que ocorreu envolvia um serviço público de competência federal, o serviço de distribuição de energia, até então prestado pela Companhia de Energia Elétrica do Estado do Rio de Janeiro - CERJ, da qual o Estado era o acionista majoritário.

Na oportunidade, ao lado da discussão sobre a necessidade de autorização legislativa específica para a privatização, houve outra importante atuação da PGE.

Tentou-se impedir que houvesse, no leilão de desestatização, a concomitante delegação da concessão juntamente com a privatização. O argumento era no sentido de que o leilão só se prestaria à privatização e não atenderia ao comando do art. 175 da Constituição Federal, que exigiria licitação para a concessão do serviço público.

A PGE, nessa oportunidade, sustentou que o leilão também é uma forma de licitação; o importante era exigir, como critério de habilitação, o atendimento de requisitos necessários à demonstração da capacidade de prestação do serviço público.

Tratava-se, pois, de uma licitação com dois objetos (concurso formal de licitações); num só processo era indispensável que o vencedor da licitação, cujo objeto era a compra do controle acionário, fosse, também, o encarregado do serviço.

Em outras palavras, ou se alienava a empresa sem direito a explorar o seu objeto social, ou a empresa não teria valor algum; além de tudo, se existisse algum comprador, ele teria uma posição dominante em torno do patrimônio afetado à prestação de um serviço público.

À tese sustentada, em juízo, pela Procuradoria, foi vitoriosa, e se conseguiu fazer a primeira privatização, na forma do art. 27 da Lei Federal nº 9.074, de 7 de julho de 1995, que já tratava da autorização para o uso do leilão como forma de alienação do controle acionário, com a concomitante delegação da concessão.

6. A privatização de serviço público estadual

Veio, então, a desestatização de um serviço público de competência estadual, mediante a privatização da empresa, mais uma vez, com concomitante delegação do serviço; a Companhia Estadual de Gás do Estado do Rio de Janeiro-CEG, encarregada dos serviços de distribuição de gás canalizado.

Nessa privatização da CEG, outra situação exigiu muito empenho da PGE nos tribunais. Na oportunidade, sustentou-se que o fato de a Constituição do Estado do Rio de Janeiro preservar a sua redação original, que estabelecia que a concessão dos serviços de distribuição de gás canalizado só poderia ser feito à empresa sob controle do Estado, não poderia ser impeditivo da desestatização.

Buscou-se, para fundamentar essa linha argumentativa, o subsídio da decisão anterior, no sentido de que essa é matéria que exige lei, e não previsão na Constituição do Estado.

A Constituição Federal mudou a redação do art. 25, parágrafo segundo, e não mais se previu o monopólio estatal do gás; logo, esse monopólio estatal do gás poderia até existir no plano estadual, desde que houvesse lei estadual estabelecendo esse tipo de formatação da execução do serviço público de competência do Estado.

Entretanto, não existia essa lei estadual; havia, tão-somente, uma disciplina na Constituição do Estado.

Logo, o que se defendeu perante o Poder Judiciário, em ações de rito ordinário, mandados de segurança, ações populares, foi que essa norma da Constituição Estadual não fora recepcionada pelo ordenamento jurídico constitucional brasileiro, que já não previa esses monopólios. Ou seja, exigia-se para tal ato, participação conjunta do Executivo e do Legislativo acerca da formatação dos serviços públicos.

Conseguiu-se, então, fazer a desestatização da CEG.

Também se resolveu, por ocasião da privatização da CEG, um conflito com a Petrobras, que sustentava ter competência para vender o gás aos clientes que se situavam ao longo de seus dutos de transporte.

Tal empresa estatal chegou a sustentar que a competência estadual em matéria de distribuição de gás canalizado abrangia, apenas, os usuários residenciais.

Na verdade, a renda auferida pela distribuição do gás aos clientes industriais sempre foi fundamental para a criação, manutenção, expansão e melhoria dos gasodutos de distribuição. Surgiu, então, a RIO-GAS (hoje, CEG-RIO), tendo como acionistas o Estado e a Petrobras.

É um importante caso de solução consensual de um conflito, pela criação de uma empresa estatal (tal como aconteceu, aliás, com o surgimento da Itaipu Binacional, que resolveu uma disputa de demarcação da fronteira entre Brasil e Paraguai – área, hoje, alagada para manter as atividades da usina hidrelétrica).

7. A criação de uma agência reguladora estadual

Fez-se necessária a criação de uma agência reguladora, porque, se o monopólio estatal era tido como ruim e justificava a desestatização, pior ainda seria um monopólio privado, ainda que, muitas vezes, este seja um monopólio natural (como é o caso dos serviços de rede), que se impõe como um fato econômico.

O objetivo é prevenir o abuso no exercício dos direitos decorrentes desse monopólio natural; daí ter surgido a Agência Reguladora de Serviços Públicos do Estado do Rio de Janeiro – ASEP⁷, que passou a ser encarregada de controlar e regular a execução dos serviços públicos concedidos.

⁷ Lei nº 2.686, de 13.02.1997: Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos do Estado do Rio de Janeiro – ASEP, - extinta; atuais Agências Reguladoras no Estado do Rio de Janeiro: Agência Reguladora de Serviços Públicos de Transportes Aquaviários, Ferroviários e Metroviários e de Rodovias do Estado do Rio de Janeiro – AGETRANSP, autarquia criada pela Lei nº 4.555, de 06 de junho de 2005 – obs.: não inclui transporte rodoviário, que permanece com o DETRO, autarquia comum; Agência Reguladora de Energia e Saneamento do Estado do Rio de Janeiro – AGENERSA, autarquia criada pela Lei nº 4.556, de 06 de junho de 2005.

Ao contrário do que acontecia nas agências federais, a ASEP não atuava como poder concedente, mantido nas mãos do Estado. A agência funcionava como fiscal e como árbitro dos contratos envolvendo o Estado, como concedente, e as empresas privadas.

Na criação da ASEP, cabe, mais uma vez, o registro de outra importante participação da PGE⁸.

Um grupo de Procuradores⁹, sempre sob a batuta do Procurador e Professor Diogo de Figueiredo Moreira Neto, então Procurador-Chefe da Procuradoria Administrativa, participou da equipe estadual que elaborou o projeto de lei que resultou na criação da agência, a partir de um modelo que já existia no plano federal, no âmbito do CADE.

Enfim, os Procuradores do Estado do Rio de Janeiro tiveram uma participação decisiva, não só nessa reorganização administrativa do Estado, como, também, na própria formatação do Direito Público.

Subverteu-se a lógica de que o Direito Administrativo estava centrado na idéia da figura do Estado-executor de toda e qualquer tarefa. Daí porque se teve que produzir uma doutrina para explicar ao Poder Judiciário que, determinadas decisões, de organização administrativa, são fixadas em função de políticas públicas voltadas para a eficiência/economicidade.

Em síntese: isso parte de decisões tomadas no exercício da função de direção superior da administração, fixada a partir de proposta do Chefe do Poder Executivo.

É importante frisar que a PGE assumiu, em plena ebulição dos fatos, um papel didático no Direito Administrativo Brasileiro.

Nesse contexto, a sofisticação dos serviços públicos e o aumento do volume de trabalho, de demanda por regulação, ensejaram uma modificação na formatação da agência, com vistas a uma maior especialização.

Foi, então, extinta a ASEP e surgiram duas outras agências: a AGETRANSP, para regular as concessões de transporte aquaviário, ferroviário, metroviário, rodovias, e a AGENERSA, que cuida das questões relacionadas à energia e saneamento.

Todavia, esta cisão de atribuições não envolveu o transporte de passageiro por meio de ônibus, que se manteve sob a ingerência do DETRO, que é uma autarquia comum.

Essa é uma situação curiosa, já que esses regimes, embora possam ser complementares, também competem entre si, e os diferentes regimes reguladores podem criar embaraços a essa atuação competitiva.

Não faltaram iniciativas doutrinárias, legislativas, políticas da PGE, tentando explicar que o serviço de ônibus compete (em tarifas, trajetos, horários, conforto) com o de metrô, com o trem, com as barcas, e deve ser submetido ao mesmo critério de regulação técnica (não submetida a injunções políticas).

Em síntese, há uma situação singular do Estado do Rio de Janeiro: uma regulação por uma autarquia tradicional, como é o DETRO, para os serviços de transporte por ônibus, e uma regulação por uma agência reguladora com os critérios que a doutrina recomenda que existam para os demais serviços de transporte.

⁸ Registre-se que as discussões iniciais sobre mandato fixo dos dirigentes de agências reguladoras e poder normativo das agências foram deflagradas no Estado do Rio Grande do Sul, com os questionamentos que envolveram a criação e competência da AGERGS, que regula os serviços públicos naquela entidade da Federação.

⁹ O Grupo de Apoio à Reforma do Estado foi instituído pela Resolução Conjunta PGE/SECLAN, Ato do PG de 21.05.1996, D.O de 22.05.1996. Atuaram no Grupo: Marcos Juruena Villela Souto, Sergio Nelson Manheimer (que compôs o primeiro colegiado da agência reguladora), Renan Miguel Saad (que também integrou o colegiado da ASEP antes de sua extinção), Claudia Teixeira Carneiro e Fabio Giusto Morolli.

Já a AGENERSA se ocupa dos serviços de energia e saneamento. Ainda há poucas concessões de saneamento e uma empresa estatal que seria privatizada, mas isso acabou não acontecendo. Há, ainda, apenas um serviço de energia, que é a distribuição de gás.

Claro que, ao se criar uma agência de energia, também se contemplou a possibilidade de o Estado receber a delegação, por convênio da ANEEL e da ANP, para, também, exercer alguma competência em matéria da regulação dos serviços de eletricidade, petróleo, gás natural e biocombustíveis.

8. Desestatização dos transportes de massa e a necessidade dos subsídios

O programa foi evoluindo e entrou na etapa da desestatização dos serviços de transportes metroviário e ferroviário (até então, mundialmente tidos como deficitários).

A discussão política foi grande, porque envolvia prever a fixação de subsídios para viabilizar a transferência desses serviços de transporte de massa para a iniciativa privada.

Além disso, havia as dificuldades com o ordenamento jurídico, porque o Estado ainda não tem competência para criar novas modalidades de licitação; para desestatizar serviços de transporte ferroviário e serviços de transporte metroviário¹⁰ tinha que se prever o subsídio; a idéia era que ganhasse a licitação quem demandasse do Estado a menor quantidade possível de subsídios; mas não havia uma modalidade de licitação do tipo “menor subsídio”, que, também, não poderia ser instituída pelo Estado.

A alternativa foi editar uma Lei Estadual de Concessões, que ainda não havia no Estado; até então, se adotava a Lei Federal nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 como norma geral de concessão, que se aplicava, obrigatoriamente, aos Estados e Municípios.

Nessa tentativa, o que se procurou fazer foi disciplinar o subsídio.

A lei geral previa a figura do subsídio em dois artigos, o que já era suficiente para mostrar que, apesar da desestatização, ainda havia espaço para se atribuir subsídios.

Vale ressaltar que o subsídio não representava garantia de receita ou de renda mínima para o concessionário; o objetivo era fazer com que o Estado se exonerasse de uma parcela significativa de serviços que, sob sua gestão, eram deficitários. O argumento era no sentido de que a gestão pública não conseguia ser tão eficiente quanto poderia ser a gestão privada. Ainda assim, também não daria lucro para o parceiro privado (pelo menos nos estudos de consultoria que haviam sido contratados pelo Estado).

Daf porque era indispensável a figura do subsídio, que precisava ser explicitado.

A Lei Estadual de Concessões veio disciplinando quando e como poderia ser atribuído algum subsídio ao concessionário privado: o serviço deve ser de caráter essencial; deveria haver um parecer justificando a indispensabilidade do subsídio, fixando-lhe um valor máximo, tal qual deve existir em todo e qualquer contrato que fixe despesa para a Administração; havia necessidade de aprovação do subsídio pelo Governador e pela Assembléia Legislativa e de dotação orçamentária para isso, garantida ao longo de todo o período da concessão.

¹⁰Há pontos específicos do setor de transportes: a Carta de Atenas e o Conselho Metropolitano; Plano Diretor de Transportes Urbanos; necessidade de integração entre modais e linhas alimentadoras – redução de tempo de transporte e qualidade de vida: a concorrência predatória ao invés de promoção da integração, como, por exemplo, permissão de linhas de ônibus sem licitação após a concessão de transporte aquaviário; tarifa de custo real x tarifa de concorrência – quem arca com a diferença? Tarifa única; a polêmica da permissão de transporte metroviário; a polêmica do metrô complementado por ônibus; seria violação do instrumento convocatório ou mera utilização de um instrumental adequado a uma realidade específica tal como o caso das barcas substituídas por vans no período noturno de escala altamente deficitária e insegura? Os temas foram abordados pelos Procuradores do Estado Renan Miguel Saad e Paolo Henrique Spilotos Costa, na palestra de 2/10/2008, ainda no Ciclo de Estudos sobre Direito Estadual.

A referida lei cuidou de explicitar, ainda, que a atribuição de subsídio não se confundia com garantia de receita mínima. Enfim, a legislação estadual teve o papel didático de disciplinar o subsídio, que era simplesmente mencionado nos arts. 11 e 17 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995¹¹.

Aí veio outro toque de criatividade da PGE. Como não se podia criar uma nova modalidade de licitação, por estar fora da competência estadual, resolveu-se trabalhar com as modalidades que já existiam: de menor tarifa e de maior outorga.

O que se fez foi definir menor tarifa como a receita obtida pelo concessionário, e não o pagamento do usuário pela prestação do serviço. Tal receita poderia vir tanto do usuário como do Poder Público, a título de subsídio. A mesma idéia se teve com relação à maior outorga, que seria aquela que demandasse menor subsídio por parte do Poder Público.

Dessa forma, conseguiu-se operar com as modalidades licitatórias já existentes, sem maiores problemas jurídicos e sem críticas de que o Estado estaria atuando fora dos limites de sua competência.

A Lei Estadual também disciplinou outra questão que não estava prevista na lei federal, que envolvia a gratuidade.

A gratuidade deve ser condicionada à garantia do equilíbrio econômico financeiro, que é direito negociado pelo contratado; este não deve se submeter primeiro a um prejuízo para depois buscar do reequilíbrio. Isso foi previsto na lei estadual, exatamente, para que se tornasse o serviço público atrativo ao investimento privado. Até então, havia um grande receio de se fazer contratos com o Estado, por conta da preocupação de que esse fosse mau pagador e demagogo, criando as gratuidades para que, depois, o concessionário “corra atrás de seus direitos”.

A dignidade da pessoa humana é um valor imponderável, mas também o é a segurança jurídica do particular que investiu acreditando no Estado.

O concessionário não deve ficar suportando todas as gratuidades que o legislador achar por bem conceder. Felizmente, a lei estadual resolveu estabelecer um critério para o exercício de tais “bondades”.

Uma outra problemática, essa ainda sem solução na lei estadual ou na jurisprudência das agências reguladoras, envolve a disciplina das receitas adicionais à tarifa. Devem ser divididas entre concessionários e usuários? Enfim, o que acontece em matéria de receitas adicionais, ou seja, as alternativas complementares e acessórias, e os projetos associados? Nada é pacífico. Mas uma coisa que é muito óbvia é que cada contrato tem a sua própria economia.

Portanto, cada contrato pode dispor sobre isso. É claro que, se o contrato não dispõe, e o concessionário está explorando receitas adicionais, algum proveito deve existir para o usuário, mas, igualmente, algum proveito deve existir para o concessionário; do contrário, ele não se verá obrigado a explorar tais negócios.

É fundamental o papel da regulação, de formatar a economia do contrato para que ela seja preservada ao longo da execução, sem que o usuário seja beneficiado pelos ganhos de eficiência do concessionário e sem que o concessionário seja desestimulado a explorar receitas adicionais, porque, afinal de contas, ele tem direito a cobrar tarifas e

¹¹Veja-se os dispositivos: 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 provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas, observado o disposto no art. 17 desta Lei.

Art. 17. Considerar-se-á desclassificada a proposta que, para sua viabilização, necessite de vantagens ou subsídios que não estejam previamente autorizados em lei e à disposição de todos os concorrentes.

tem direito ao equilíbrio contratual; se ele não for estimulado a ser criativo e buscar outras receitas, ele não vai se arriscar a isso.

A proposta que se faz é no sentido de que as atividades que geram receitas adicionais não são serviços públicos; são atividades submetidas a um regime de livre iniciativa. Portanto, o papel da agência não é o de conceder, não é o de autorizar, não é o de permitir tais atividades, porque ela só regula serviços públicos.

Um exemplo didático é a receita obtida com a carrocinha de pipoca nas estações do metrô; se tal receita fosse integral e obrigatoriamente transportada para o serviço público, o regulador se julgaria legitimado a disciplinar quanto de milho tem que ter em cada saquinho de pipoca porque se usar mais milho do que deveria, estaria gastando mais e o resultado não propiciaria maior redução da tarifa.

Isso é ridículo e absurdo, mas se for exigido do regulador esse compromisso, ou se o regulador se empolgar em ter mais de uma competência, as discussões não vão prosperar e tudo vai acabar no Judiciário, desautorizando a autonomia e independência das agências.

Claro que a Agência Reguladora pode atuar quando for empregado um bem afetado à prestação do serviço público ou quando a atividade que gera receita adicional puder, de alguma forma, afetar o serviço público.

No caso de uma concessionária vir a alugar todos os dutos para passar estruturas de TV a cabo ou de telefonia, poder-se-ia inviabilizá-lo, ou agravar seus custos de manutenção ou, até mesmo, criar riscos. Então, há cuidados que precisam ser acompanhados pelo regulador. Mas isso não transforma o regulador de serviço público em regulador de atividades adicionais.

Uma das soluções propostas, aceita pelo Poder Judiciário e pelo Tribunal de Contas, foi a disciplina estimulando uma maior rentabilidade em favor do concessionário, admitindo que a receita obtida com a atividade geradora dessas receitas adicionais fosse de uma subsidiária integral. Elas não seriam receitas do concessionário e não incidiriam na literalidade do art. 11 da Lei n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.

A vantagem disso é tornar o negócio mais atrativo em um contexto em que se faz desestatização também para reduzir a dívida pública. Tudo o que se fizer para tornar o negócio mais atrativo é bom para o Estado e bom para o concessionário, que se interessa em explorar esse negócio. Ele vai obter recursos.

E aí, qual é o momento em que se vai discutir os ganhos com essas receitas?

A resposta que se propõe é a solução deste impasse durante os processos de revisões periódicas. Ali, se discute a partilha de ganhos de eficiência entre a sociedade e o concessionário.

Neste momento, o regulador tem que perguntar para o concessionário se, passados cinco anos, por que não se reduziu as tarifas? Não se quer saber se explorou pipoca, cachorro quente, loja de futebol de botão. Imagine se o regulador teria legitimidade pra disciplinar quanto custa o botão, a mesa, a bolinha; não é, efetivamente, uma atividade que passe pela via da regulação.

Mas essas receitas obtidas pelo concessionário, em algum momento, devem ser lembradas para fins de assegurar uma justa partilha de ganhos entre a sociedade e o concessionário de serviço público.

O momento que parece adequado para isso é o da revisão periódica. De cinco em cinco anos, tem que se chamar o concessionário e lembrar-lhe que o que justifica a desestatização é uma pretensão maior eficiência do concessionário em relação ao Estado. Mas essa eficiência tem que produzir efeitos para a sociedade como um todo.

Então, neste período da revisão quinquenal (ou na periodicidade prevista no contrato), vai se chamar o concessionário para saber porque que a sua tarifa não diminuiu. Esse é o momento de se apurar o que foi produzido como receita adicional. Fora nesse

caso e no caso do controle dos bens afetados ao serviço ou do impacto dessa atividade na exploração do serviço, não há muito espaço para a atuação regulatória.

9. Concessão x autorização e o caso do transporte seletivo de passageiros

A Lei n.º 2.470, de 28 de novembro de 1995 instituiu o Programa Estadual de Desestatização – PED e, em seu art. 7º, autorizou a privatização de empresas prestadoras de serviços públicos com a concomitante delegação da concessão do serviço ao vencedor da licitação na modalidade de leilão. A CONERJ foi incluída no PED pelo Decreto n.º 21.985, de 28.11.1995.

Foi contratada, mediante licitação (Edital de Licitação n.º 03/PED-ERJ/96), empresa de consultoria encarregada da avaliação e formatação da privatização com concomitante modelagem da concessão (Lei n.º 2.470, de 28 de novembro de 1995, art. 6º, XVI – Item 1.2.4 do Edital de Venda n.º 03/97-CONERJ).

O laudo foi submetido à aprovação da Comissão Diretora do Programa Estadual de Desestatização, com vistas à proposição das condições gerais da desestatização ao Chefe do Poder Executivo (Lei n.º 2.470, de 28 de novembro de 1995, art. 6º, V).

Coube ao Exmo. Sr. Governador do Estado 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, foi submetido ao órgão deliberativo das empresas (Lei n.º 2.470, de 28 de novembro de 1995, art. 9º e incisos VI e VII e art. 13).

Só então foi aberta a licitação na forma da lei federal. O Edital de Venda PED n.º 03, de 1997 – CONERJ, que, em seu item 1.4.1 mencionava a disponibilidade de dados técnico-operacionais aos interessados, com direito de receber um dossiê contendo as informações e a examinar documentos e promover visitas técnicas (itens 1.3.9 e 1.4.10), podendo ser solicitadas informações adicionais (item 1.4.12).

A Lei Estadual n.º 2.804, de 08 de outubro de 1997 autorizou a desestatização do transporte aquaviário de passageiros, tendo sido privatizada, pelo preço mínimo, a estatal que desenvolvia as linhas entre o centro do Rio de Janeiro e o centro de Niterói, bem como as ligações com Ilha do Governador e Paquetá. Havia, ainda, ligações entre Angra dos Reis e Ilha Grande.

Ao final, o processo foi todo submetido ao exame de auditores independentes, igualmente contratados mediante licitação (Lei n.º 2.470, de 28 de novembro de 1995, art. 6º, XV). Remarque-se, ainda, o controle externo, a cargo do Tribunal de Contas e da Assembléia Legislativa do Estado, que não apontaram vícios na operação.

As linhas até então exploradas pelo Estado foram concedidas.

Outras no entanto, se facultou ao concessionário explorar, dando-se um prazo, após o qual o direito pereceria e as linhas voltariam ao Estado.

A citada lei estadual estabelece o transporte aquaviário de passageiros, tanto na modalidade social como seletiva, como serviço público, sendo necessária a outorga de concessão ou permissão. Em razão disso, o transporte seletivo, definido como serviço público, não poderia ser submetido ao regime de autorização.

Logo, se de autorização já se reconheceu que não se pode falar, por incompatível com a legislação que tratou do tema, até que se corrija a impropriedade (já que só deve ser definido como serviço público o serviço voltado à universalidade, com modicidade de custos, o que, efetivamente, não parece ser o caso dos serviços seletivos) deve se refletir sobre a técnica adequada solução do problema.

Cabe aplicar a noção de um “acordo substitutivo”, que fixe, pela via contratual, parâmetros de eficiência que lidem com a polêmica, a qual deve ser devidamente descrita e analisada tecnicamente pelas autoridades competentes.

A identificação de “horários”, “trajetos”, “padrões de conforto” e outros aspectos de “segurança” poderiam ser elementos para ponderar os valores em jogo, de modo a viabilizar o equilíbrio contratual, eficiência do serviço público e tarifas módicas.

Toda tarifa é composta de custos gerenciáveis e de custos não gerenciáveis pelo concessionário.

Os custos gerenciáveis se relacionam com a operação, manutenção, depreciação pela vida econômica média dos bens afetados e a remuneração (do custo do capital, próprio ou de terceiros).

Entre os vários tipos de custos não gerenciáveis pelo concessionário estão os encargos fiscais e os encargos financeiros decorrentes de variação cambial, objeto do pleito de revisão.

Sobre os custos gerenciáveis é que incide uma maior preocupação do regulador, já que se busca uma partilha periódica dos ganhos de eficiência, no momento de examinar pleitos de alteração de tarifas, especialmente nos processos de revisão programada.

Os custos não gerenciáveis, como a própria nomenclatura sugere, não estão sob o controle da concessionária e sua elevação pode ensejar, em regra, a revisão dos contratos, de modo a manter o equilíbrio viabilizador da continuidade de sua execução.

Ora, para se pensar em preservar o contrato, é preciso, inicialmente, se verificar se vem ele sendo cumprido adequadamente. Do contrário, o desequilíbrio é só mais um fator estimulador do seu rompimento.

Em caso afirmativo, i.e., do contrato bem cumprido, é dever das partes adotar mecanismos de preservação da tarifa, sendo o reajuste e a revisão, programada ou não, os instrumentos adequados para tanto; que não é necessária a previsão contratual da possibilidade de revisão extraordinária, em ocorrendo situações extraordinárias das quais decorra uma onerosidade excessiva.

Portanto, condição primeira para a preservação da tarifa e do próprio contrato é a demonstração de seu adequado cumprimento por parte da concessionária.

O ajuste, qualquer que seja a sua denominação ou motivação, não prescinde do exame pela agência reguladora do serviço. Afinal, a relação de serviço público delegado, de longa data, deixou de ser uma relação bilateral para se transformar em relação quadrilateral, envolvendo o concedente, o concessionário, os usuários e o regulador.

Como a regra é preceder a contratação de concessão e permissão de serviços públicos de licitação – o art. 175, Constituição Federal chega a utilizar a expressão “sempre” – o regulador terá a função de verificar se os parâmetros licitados estão sendo mantidos, ainda que haja alteração contratual.

Tanto isso é certo que os casos de alteração de linhas de transporte de passageiros, para mudança de trajeto, redução ou aumento de linha, não raro são tratados como criação de linha nova, a exigir licitação.

É claro que a licitação não é uma regra absoluta¹², comportando aplicação das autorizações previstas em lei para a contratação direta.

¹²Ver SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo das concessões*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004: “Atualmente, em que pese a dicção peremptória do art. 175, que “sempre” exige licitação, admite-se, excepcionalmente, que a contratação seja procedida diretamente, nos casos de dispensa e inexigibilidade previstos nos arts. 24 e 25 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, compatíveis com o regime de concessão ou permissão. É o caso da urgência, da licitação deserta ou frustrada, para a declaração da dispensa. A inexigibilidade, por sua vez, envolve um juízo privativo do administrador, que, diante da situação concreta, opta pela não realização de procedimento licitatório se a competição não é viável. Indispensável, também, que, em se optando pela contratação direta, sejam atendidos os requisitos previstos no art. 26, parágrafo único, da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, ou seja, a caracterização da situação (juízo privativo e de valoração subjetiva do administrador), a razão da escolha do fornecedor ou prestador de serviço e a justificativa do preço. Sem a presença destes requisitos a contratação é nula, podendo ensejar, inclusive, a responsabilidade penal do administrador (art. 89 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993)”.

Uma dessas situações, inclusive reconhecidas pela jurisprudência, é a alteração de linhas, com aumento concreto do itinerário, para compensação de desequilíbrio contratual em função da concessão de gratuidades, representando tal medida a sua fonte de custeio¹³.

Houve situações bem interessantes no transporte aquaviário, envolvendo tais aspectos. Por exemplo, para dar viabilidade aos serviços, foram previstas escalas e conexões, em estações de embarque e desembarque, sem criação de nova linha.

No período noturno, se pleiteou a substituição do uso de barcas, que deveriam transportar um número enorme de passageiros e estavam transportando uma quantidade mínima. O mesmo trajeto, nos mesmos horários e aos mesmos custos, seria explorado com o uso de vans ou de ônibus – tal como ocorre entre estações de transporte metroviário, já planejadas mas não construídas. Isso, contudo, enfrentou enormes resistências.

Também houve intensa discussão com a concorrência enfrentada pelas barcas em face de linhas de ônibus autorizadas, sem licitação, após a concessão, o que contribuiria para a redução de passageiros no turno da noite. Houve, inclusive, crítica à fiscalização que deveria ser exercida sobre tal concorrência.

São questões ainda examinadas pelos órgãos de regulação e do Poder Judiciário.

10. A tentativa de privatizar a CEDAE e o marco do saneamento

Chegou-se, então, à tentativa de privatizar a CEDAE, com concomitante delegação dos serviços de saneamento básico por ela prestados.

Esbarrrou-se, no entanto, numa intensa controvérsia entre Estado e Municípios acerca de quem teria o poder concedente do serviço. Pretendeu-se resolver o problema por meio do exercício da competência prevista no art. 25, § 3º, da Constituição Federal. Deu-se a edição da Lei Complementar nº 87, que cuidou da criação da Região Metropolitana do Rio de Janeiro, atribuindo ao Estado a competência para toda a cadeia do saneamento básico, incluindo captação, tratamento, transporte e distribuição da água e captação do esgoto.

A Lei Complementar Federal nº 01, que vigorava na vigência da Constituição de 1967, tinha instituído a Região Metropolitana do Rio de Janeiro antes do surgimento do novo Estado; não era uma lei estadual como reclamava a Constituição.

Tal lei foi objeto da ADIN 1842/RJ, na qual se discute o poder concedente em matéria de distribuição da água ao destinatário final e captação do esgoto primário.

O Voto do Exmo. Sr. Min. Maurício Corrêa, relator da ação, em 12.4.2004, foi no sentido de que a instituição de regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões depende apenas de lei complementar estadual (ADI 1841/RJ, DJU de 20.9.2002). Reconheceu, pois, a legitimidade da atuação legislativa do Estado do Rio de Janeiro, bem como pela mitigação da autonomia municipal nas matérias que a lei complementar transferiu para o Estado.

Em sentido contrário, o Exmo. Sr. Min. Nelson Jobim concluiu que regiões metropolitanas não são entidades políticas autônomas; são entes com função administrativa sem competência política própria; que a sua competência decorre do somatório de competências e atribuições dos municípios formadores; que funções administrativas e executivas dependem de autorização e concessão dos municípios.

Aduziu, ainda, que, em matéria de região metropolitana, os Estados detêm competência procedimental para instituir a região, em função de identidade sócio-

¹³Recurso em mandado de segurança nº 3161/RJ (93.0015407-9). Entendeu o Eg. STJ, pela pena do Exmo. Sr. Ministro Demócrito Reinaldo, não haver qualquer inconstitucionalidade na medida.

econômica, observando a viabilidade técnica das atividades e bacias hidrográficas e a viabilidade econômica – com subsídios cruzados e tarifas sociais.

Por fim, asseverou que o Estado também deve prever sua organização e funcionamento, com representação dos municípios, a eles cabendo a indicação dos membros. Também deve dispor sobre a competência deliberativa, podendo ser adotada a proporcionalidade em função das condições socio-econômicas.

A orientação do voto do Exmo. Sr. Min. Eros Grau já foi fixada no julgamento da ADIN 2.077-3-BA. Ali, se concluiu que, na região metropolitana, a competência para a prestação dos serviços comuns permanece com os Municípios; os serviços têm caráter interlocal, reclamando administração intermunicipal – com preservação da autonomia municipal. O Estado só terá competência executiva se receber delegação do município.

Embora considerando também inconstitucionais os dispositivos, o voto do Exmo. Sr. Min. Gilmar Mendes reconheceu que a função pública de saneamento frequentemente extrapola o interesse local e passa a ter natureza de interesse comum. No entanto, não é compatível com a Constituição Federal a transferência integral do poder concedente, porque isto eliminaria a capacidade de auto-administração dos municípios envolvidos e, conseqüentemente, o núcleo essencial da autonomia municipal. De um lado, a manutenção do poder concedente de cada município participante esvaziaria o conteúdo do artigo 25, parágrafo 3º da CF e a própria instituição da região metropolitana, microrregião ou aglomeração urbana, bem como inviabilizaria a prestação integrada e o adequado atendimento de interesse comum; de outro, a inadequação da prestação da função de saneamento básico em um único município poderia inviabilizar todo o esforço coletivo e afetar vários municípios próximos. Do voto do Ministro se extrai o seguinte ensinamento: *“o agrupamento de municípios junto com o estado federado detêm a titularidade e o poder concedente, ou seja, cabe ao colegiado formado pelos municípios mais o estado federado decidir como integrar e atender adequadamente no caso a função de saneamento básico ou, se for o caso, de outros serviços”*.

11. O impasse permanece com o advento da Lei Federal de consórcios públicos

Como a solução judicial sobre a correta interpretação da Constituição não veio, o Poder Executivo Federal apresentou proposta e obteve a aprovação de uma lei disciplinando a conjugação de esforços entre os municípios, por meio da figura dos consórcios públicos – um instituto diverso do já conhecido “consórcio administrativo”.

Ocorre que, além do formato previsto na Lei Federal nº 11.105, de 2007, o princípio federativo admite outras formas de cooperação. O consórcio público não é o único formato cabível.

O fato é que, para a celebração do consórcio público, há necessidade de definição da competência, que, contudo, ainda não foi reconhecida nem para o Estado, nem para o Município.

Daf porque esse “cardápio” previsto na Lei de Consórcio acabou não sendo adotado. Assim, a Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, por uma provocação da CEDAE, propôs a figura de um “Termo de Reconhecimento de direitos e obrigações”. A natureza jurídica do documento não é de delegação de competências, mas, sim, de um mecanismo de prevenção ou de solução de litígios.

Cuidou-se de uma solução criativa para resolver um problema; afinal, não é possível que, em razão de uma briga de competências, se impeça que um serviço público relevante, como o de saneamento, seja prestado.

Essa solução, que está sendo estudada e adotada em outros Estados a partir do modelo do Estado do Rio de Janeiro, parte da concepção de parceria e de consensualidade. O que não cabia era ficar parado e, passivamente, deixar a poluição e

as doenças reinarem porque o Supremo Tribunal Federal ainda não chegou a um consenso em termos de quem é o poder concedente.

12. A Lei de PPP do Estado do Rio de Janeiro

É importante registrar nessa evolução da legislação estadual que, nas situações em que se exigia a previsão de um subsídio para o concessionário, não havia nenhuma garantia em favor dele. Ou seja, tanto a Lei de Licitações, como a Lei de Concessões, só prevêm garantias do contratado para a Administração Pública. O inverso (garantias da Administração Pública para o contratado) não ocorria.

Isso se tornou um grande problema quando se falava de serviços e de atividades que não se sustentavam pela sua simples exploração.

Eis o grande motivador da edição da Lei de PPP.

O grande papel da Lei de PPP foi viabilizar os serviços não auto-sustentáveis. Afinal, o Estado precisava contar com a parceria e com a gerência privada, mas o negócio não se pagava. Havia a necessidade de o Estado adentrar com algum tipo de pagamento. Surgiu, então, a Lei nº 5.068, de 10 de julho de 2007, instituindo um Programa de PPPs no Estado do Rio de Janeiro (PROPAR).

A lei estadual, praticamente, reproduziu a legislação federal, prevendo a concessão patrocinada e a concessão administrativa.

A lei não usa a expressão “subsídio”. A natureza jurídica da remuneração que a Administração Pública paga ao parceiro privado não é mais de subsídio, como nos contratos da Lei Federal nº 8.987, de 1995 e na Lei estadual nº 2.831, de 1997.

O Estado paga uma complementação ou paga por todo o serviço prestado pelo parceiro privado, mas não se submete à disciplina de subsídio da Lei nº 4.320, de 1964 ou da Lei de Responsabilidade Fiscal.

Para que uma PPP seja realizada, há necessidade de uma decisão colegiada, há um conselho gestor do programa, que escolhe e define prioridades. Para cada setor há a necessidade de transformar as idéias em projetos, que se submetem a pareceres de várias Secretarias de Estado; estas vão analisar a atratividade do negócio, a capacidade de pagamento das obrigações assumidas pelo Estado, o interesse público, o mérito em si do projeto, e a sua viabilidade jurídica. Como são exigidos pareceres concomitantes, o processo deve ser copiado e enviado para as secretarias distintas, para que se obtenha uma decisão final. Em especial, o estudo que leva à PPP deve considerar ser ela a única modalidade adequada, em detrimento de todas as outras formas de parcerias entre a Administração Pública e o setor privado. Sem esse estudo, não se pode adotar a PPP no Estado do Rio de Janeiro.

13. O caso da PPP do Maracanã

13.1. Os estudos prévios

A primeira tentativa que avançou em matéria de PPP foi firmar uma concessão administrativa do Estádio do Maracanã.

Uma consultoria apresentou um projeto pronto de gestão privada do Maracanã. Foi, previamente, autorizada, pelo Secretário de Turismo, Esporte e Lazer, a realizar esse estudo, por sua conta e risco. Então, ali, o que estava em jogo não era a celebração de um contrato administrativo de prestação de serviços de consultoria (que exigiria prévia licitação). Não houve celebração de contrato. O que houve foi o exercício da liberdade de iniciativa do parceiro privado, que assumiu o risco de produzir um estudo; ele só seria pago por esse estudo se a Administração o aprovasse e o adotasse.

Além disso, a adoção do estudo deve implicar a abertura da licitação, que, por sua vez, deve produzir algum resultado. Neste caso, quem pagará pelo estudo também não é o Estado, mas, sim, o vencedor da licitação.

Claro que aí pode-se criar uma discussão de que isso propicia um benefício para a empresa que produziu o estudo. Mas é um benefício decorrente da liberdade de iniciativa.

A Lei Federal de Concessões admite que sejam produzidos, na iniciativa privada, estudos, investigações, levantamentos; enfim, que se entregue a formatação da concessão pronta, para que o Estado possa abrir uma licitação.

A premissa disso decorre do fato de que o processo para o Estado desenvolver estudos que definam as características de uma desestatização é extremamente lento e caro. Para poder contratar uma consultoria, o Estado precisa saber e conhecer o objeto, de modo a obter a melhor formatação do modelo a ser desestatizado. Isso exige licitação e o Estado paga um percentual do que arrecadar no processo de desestatização a essa empresa de consultoria.

Ora, o que a Lei Federal de Concessões previu foi a possibilidade de alguém do setor privado entregar um estudo pronto, com a seguinte condicionante: o Estado não vai pagar por esse estudo. Ele é desenvolvido por conta e risco do agente privado que produz esse estudo.

13.2. As polêmicas sobre a modelagem da PPP do Maracanã

A gestão privada do Maracanã não é um projeto novo. Agora, a noção de eficiência é uma imposição, por conta do fato de o Brasil ser sede da Copa do Mundo de Futebol em 2014. Mas já houve uma tentativa bloqueada politicamente. O modelo seria de uma concessão de direito real de uso do Estádio do Maracanã. Ali, se previa a destruição dos Estádios de Atletismo e de Natação.

Houve, então, uma grande briga em torno disso, porque o patrimônio público seria destruído, a natação e o atletismo seriam inviabilizados; no entanto, se constatou que esses estádios só são usados para treinamento. Neles, não existe atividade comercial de venda de ingressos.

O fato é que o assunto está sendo reanimado e instaura-se a discussão entre adotar a PPP ou a concessão de direito real de uso.

Este debate envolve uma reflexão sobre a adoção de um contrato em que se transfere todo o risco para o particular (contrato de concessão de direito real de uso) ou um contrato em que há partilha de riscos entre o concessionário privado e o poder público (PPP).

A primeira provocação que será feita ao Estado será: porque realizar um contrato partilhando riscos se seria possível transferir esse risco completamente?

A resposta parece óbvia: o Estado pode, até, querer transferir o risco, mas é preciso que surja um parceiro que queira assumi-lo. Do contrário, não há contrato.

No âmbito da Secretaria de Turismo, Esportes e Lazer, o Procurador do Estado Rafael Rolim foi quem deu o primeiro parecer em matéria de PPP e provocou a PGE para se manifestar sobre algumas dúvidas.

Primeiramente, se questionou se poderia ser cobrado um valor de outorga como fator de julgamento para uma concessão administrativa.

Destacou-se, neste particular, não caber nem a concessão comum, nem a concessão patrocinada, porque o Maracanã não presta serviço Público; ali, se desenvolve uma atividade de fomento social, que é a existência da estrutura voltada para o desporto.

Não parece haver problema, porque o Estado não vai fazer pagamento em pecúnia; seu pagamento se daria pela entrega da gestão do bem, para que fosse explorado pelo parceiro privado. Embora a Lei Estadual de PPP só admita como pagamento bens

dominiais, o fato é que não se está alienando o Estádio do Maracanã, mas, apenas, entregando os direitos de uso e exploração; o pagamento é com o uso, não com o bem. Logo, não haveria necessidade de autorização legislativa.

Como não há, também, nenhuma obrigação de natureza pecuniária, não é necessário que haja prévia disciplina do fundo garantidor de PPPs, como condição para a instauração da licitação. No caso do Maracanã, não há obrigação pecuniária a ser garantida.

Outro questionamento decorreu do fato de a formatação da licitação e do contrato não admitir que o Estádio ficasse sob gestão de um clube. Isto porque o Maracanã deve ser visto como um “templo de futebol”; em que todos os clubes (especialmente os grandes clubes) devem partilhar a utilização deste estádio; daí porque o contrato não seria viável.

Então, se considerou ser uma restrição legítima, em prol da competição, em prol do interesse afetado ao projeto (que, como dito, é o uso do Maracanã como “templo de futebol”, “casa de todos”).

No entanto, todas essas discussões restaram infrutíferas, tendo em vista que o Estado do Rio de Janeiro decidiu usar recursos obtidos junto ao BNDES para viabilizar esta operação – e desenvolver as obras por meio de sua estatal especializada nessa função (a EMOP).

14. A tentativa de desestatização do sistema de bondes de Santa Tereza

Uma das peculiaridades do Estado do Rio de Janeiro é ter percorrido os vários modelos federativos. Foi capital do Império, do País, virou cidade-estado e, com a fusão com o antigo Estado do Rio de Janeiro, herdou diversas estruturas. Uma delas é o tradicional “Sistema de Transporte de Bondes no bairro de Santa Tereza”, que tem sido objeto de discussões desde a promulgação da Lei Orgânica do Município do Rio de Janeiro, a qual, em seu art. 420, reivindicava para si a sua manutenção e preservação¹⁴.

Ocorre que, em sua origem, o bem integrava o patrimônio e o complexo de competências de um “Estado-cidade”, pelo que, legítimas as delegações e outorgas promovidas¹⁵.

Com o advento da Constituição de 1988, o art. 30, V, Constituição Federal, passou a dispor que compete aos Municípios: *organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o transporte coletivo, que tem caráter essencial*.

¹⁴ No Ofício nº 9/90-MJVS, exarado em 06 de setembro de 1990, no Processo nº E 10/00995/90, da Secretaria de Estado de Transportes esta PGE fixou o entendimento de que seria inconstitucional o art. 78 do ADCT da Lei Orgânica do Município, que fixava prazo para a devolução do Sistema ao Município: “Em sendo um ato municipal que não contrariava a posterior Constituição do Novo Estado do Rio de Janeiro (oriundo da fusão GB/RJ) e nem as Constituições Federais de 1967 e 1988, que lhe sucederam, a delegação foi absorvida pelo atual Município do Rio de Janeiro por força do fenômeno da recepção e manteve-se intocável por todos esses anos. Remarque-se que está a se falar de ato municipal em sentido estrito, ou seja, ato administrativo, que tem por objeto a gestão administrativa de determinado serviço público, sendo, portanto, da competência do Poder Executivo. Em assim sendo, somente a Chefia do Poder Executivo Municipal pode revogar essa delegação, por meio de novo ato administrativo de mesma hierarquia, operando-se, então, a “encampação do serviço”. Se o ato compete ao Poder Executivo, na sua discricionária aferição da adequada e conveniente execução de um serviço delegado, não cabe ao Poder Legislativo compeli-lo a fazer, sob pena de, exercendo função tipicamente, administrativa, violar o Princípio da Tripartição das Funções do Estado, consubstanciado no art. 2º da Lei Maior.

¹⁵ Constituição do Estado da Guanabara – Art. 2º. *Competem ao Estado da Guanabara, em seu território, todos os Poderes não conferidos pela Constituição Federal à União, e mais os reservados aos Municípios, inclusive na aplicação de recursos dela recebidos e, especialmente as atribuições mencionadas nos arts. 23 e 24 e participações conferidas pelos arts. 25, 26 e 27, todos da Constituição do Brasil.*

A Lei nº 196, de 08.10.62, editada pelo Estado da Guanabara, no exercício de uma competência legislativa municipal, atribuiu os serviços à CTC-GB. Desde a edição do Decreto “N” nº 119, de 30.12.63, que encampou os serviços ainda no tempo do Estado da Guanabara¹⁶, o Sistema passou a integrar o patrimônio da CTC – Companhia de Transportes Coletivos.

A CTC-RJ sucedeu a CTC-GB (art. 3º do Decreto-lei nº 41, de 24.03.75).

Atualmente, a CTC, em liquidação, foi sucedida pela Companhia Estadual de Engenharia de Transportes e Logística – CENTRAL. O bem é tombado¹⁷ pelo Estado¹⁸, o que inclui todo o sistema de transporte, os mecanismos, acessórios, trilhos e percursos de suas linhas, bem como a garagem e a oficina.

¹⁶ Vide itens 4, 7 e 9 da motivação do ato de encampação, bem como os seus artigos 1º e 2º: 4. *Tal programa não pode ser entregue à execução da atual concessionária, que já se revelou objetivamente, sem condições de operar o serviço de bondes em termos sequer aceitáveis.* 7. *O acervo do serviço de bondes de que é concessionária a Rio Light S.A. - Serviços de Eletricidade e Carris, ao fim do contrato, é reversível ao Estado sem indenização de espécie alguma.* 9. *Ficará, pois, a CTC - GB habilitada a proceder à substituição progressiva do serviço de bondes por um serviço de ônibus, capaz de atender às necessidades reais da cidade e de sua população, em regime de equilíbrio financeiro.* “Artigo 1º. São encampados os serviços de bondes da zona norte da cidade e de Santa Tereza, extinguindo-se em consequência as concessões da Rio Light S.A.-Serviços de Eletricidade e Carris e da Companhia Ferro-Carril Carioca, respectivamente, mediante as condições contidas neste decreto. Art. 2º. Os serviços a que se refere o artigo anterior passam a ser executados, sem solução de continuidade, pela Companhia de Transportes Coletivos do Estado da Guanabara (CTC-GB), nos termos da Lei nº 196, de 08 de outubro de 1962.

¹⁷ Resolução nº 047, de 08.04.88 do Exmº Sr. Secretário de Estado da Cultura, devidamente autorizada pelo Exmº Sr. Governador do Estado em 02.03.88, publicada no D.O. de 03.03.88, tudo conforme elementos do Processo Administrativo nº E. 03/31269/83.

¹⁸ No Ofício nº 09/90-MJVS se transcreveu o seguinte trecho do estudo apresentado no processo de tombamento do bem: *As primeiras concessões dadas no Rio de Janeiro pelo Poder Público, com o fim de organizar uma companhia de transporte de passageiros datam do ano de 1856. Dezesseis anos mais tarde é que o bairro de Santa Teresa foi favorecido com o traçado estabelecido pelos engenheiros Januário Cândido de Oliveira e o bacharel Eugênio Baptista de Oliveira – beneficiários da concessão contida no Decreto nº 5.126, de 30 de outubro de 1872, e que consistia do seguinte: partindo do Largo do Moura, atravessando os Largos da Batalha e da Misericórdia, a empresa faria estender seus trilhos nas ruas das Mangueiras (Visconde de Maranguape), Barbonos (Evaristo da Veiga), Riachuelo, do Rezende e dos Arcos, tomando a direção do morro de Santa Teresa pela ladeira do mesmo nome. Na “formosa colina”, os trilhos seguiriam numa linha tronco, até a rua do Aqueiduto, destacando-se um ramal para as ruas Oriente, Aurea e Progresso, passando pelo Largo das Neves, em Paula Matos. A “Empresa Santa Teresa”, destinada a operar os serviços no local do mesmo nome, começou a funcionar em 1874, mas quatro anos mais tarde, juntamente com outras três empresas menores que serviam as ruas centrais da cidade, resultaram na “Companhia de Carris Urbanos”. A 04 de agosto de 1886, organizou-se uma empresa que tomou o nome de “Companhia Ferro-Carril Carioca” que, após ter permissão para prolongar as linhas do morro de Santa Teresa até o de Santo Antônio, obrigou-se a substituir a tração animal pela elétrica, assim como a construir um ramal para o morro de Paula Matos, até a Igreja de N.S. das Neves. Somente em 1895 o Governo da União, através do Ministério da Viação, consentiu na passagem da linha da Companhia Ferro-Carril Carioca sobre os Arcos da Carioca, desde a ladeira de Santo Antônio até a rua do Curvello, ligando os morros de Santo Antônio e de Santa Teresa. No Rio de Janeiro foi esta Companhia, a primeira empresa de carris a unificar o serviço de tração elétrica em todas as suas linhas, numa extensão de 12 Km (linha principal e ramais) até o Silvestre. No dia 1º de setembro de 1896, Santa Tereza passou a ser servida por bondes elétricos, fato que concorreu para aumentar a população do bairro. A Companhia Ferro-Carril Carioca inaugurou as linhas elétricas do França e Lagoinha em 1896, e no ano seguinte quatro outras: Caixa d’Água do Silvestre, Silvestre, Paula Matos e Largo das Neves. Em 1921, segundo o Anuário de Estatística Municipal, estavam em tráfego cinco linhas em Santa Tereza, com 15 veículos elétricos em operação (três em cada linha), sendo os seguintes os tempos de viagem dos percursos: Riachuelo - Paula Matos...15 minutos; França (ponto final no Largo da Carioca)...23 minutos; Carioca - Paula Matos (criada em 1911)...23 minutos; Lagoinha (ponto final no Largo da Carioca)...36 minutos; Silvestre (ponto final no Largo da Carioca)...45 minutos; O sistema de bondes carioca foi extinto em 1964 (alguns dos modelos foram vendidos aos museus norte-americanos) restando somente a ligação do centro da cidade ao bairro de Santa Tereza, a qual é remanescente em todo o País.*

A manutenção e a preservação de um bem tombado cabem, primeiramente, ao seu proprietário e, em caráter subsidiário, à entidade que editar o ato de tombamento (no caso de não dispor o proprietário de recursos)¹⁹.

O patrimônio tombado pertencia à CTC-RJ por força do mesmo decreto de encampação dos serviços (Decreto “N” nº 119/63) a quem o Estado, após recebê-los da antiga concessionária (por força do fenômeno da reversão de bens afetados à prestação do serviço), transferiu a título de subscrição por aumento de capital social²⁰.

Com a sucessão da CTC-RJ pela CENTRAL, a preservação e conservação do bem cabem à CENTRAL, na qualidade de proprietária; se esta não dispuser de recursos para tanto, é do Estado do Rio de Janeiro a competência (e o dever) de fazê-lo.

Em qualquer caso, frise-se, o Município não pode excluir a competência (e o dever) do Estado em preservar e conservar esse bem, que é consequência do tombamento do patrimônio e não de qualquer delegação de serviço público de transporte coletivo de passageiros.

O Estado, por sua vez, não pode eximir-se dessa preservação e conservação, sob pena de, descumprindo um mandamento constitucional e legal, causando lesão ao seu patrimônio cultural, sujeitar-se a uma Ação Civil Pública – Lei nº 7.347, de 24.07.85 (art. 1º, III; art. 4º).

Em síntese, ainda que inserido o tema numa regra geral de que o transporte coletivo de passageiros dentro de um município seja um serviço local (Constituição Federal, art. 30, V), o bem continua tombado pelo Estado; logo, a sua utilização não fica sujeita única e exclusivamente à regulamentação do serviço pelo Município; isto poderia por em risco a própria existência e segurança de um patrimônio cultural do Estado.

Logo, como já recomendado desde o Ofício nº 9/90 – MJVS, *a regulamentação do serviço, com utilização obrigatória do bem tombado, deve ser feita conjuntamente entre Estado e Município. A questão é de “coordenação” entre a competência local e a estadual, já que, in casu, uma não pode se sobrepor à outra.*

Ali, já se recomendava que, para transferir o acervo ao Município, o ideal seria o Estado elaborar minuta de um “Protocolo de Intenções”. Neste caso, o Estado e Município ajustariam as bases para a exploração do bem no âmbito do serviço público com a necessidade de sua preservação e manutenção. Em resumo, ali já se opinava que a “transferência” deveria ocorrer por meio de ato conjunto do Estado e Município, no qual todas as questões relativas à utilização do bem como prestação de serviço público e como patrimônio cultural fossem previstas.

Também já se apontava que não cabia falar em contrato, eis que se trata de coincidência de vontades, voltadas para um mesmo fim e não de interesses opostos.

¹⁹ Decreto-lei nº 25, de 30.11.37, art. 19: *O proprietário da coisa tombada, que não dispuser de recursos para proceder às obras de conservação e reparação que a mesma requerer, levará ao conhecimento do Serviço do Patrimônio Histórico e Artístico Nacional a necessidade das mencionadas obras, sob pena de multa correspondente ao dobro da importância em que for a avaliação do dano sofrido pela coisa.*

²⁰ É o que consta do art. 3º e seus parágrafos: Art. 3º. *O Departamento do Patrimônio, da Secretaria de Finanças, ouvida a Procuradoria Geral receberá o acervo reversível das concessionárias. § 1º. Os bens imóveis, integrantes dos acervos a que se refere este artigo, relacionados no Anexo do presente decreto, serão recebidos mediante termo, visado pela Procuradoria Geral, revestido de todas as formalidades necessárias à transcrição dos mesmos em nome do Estado, no Registro competente. § 2º. Os móveis, veículos, equipamentos e conversores para suprimento de corrente contínua ao serviço de bondes integrantes do acervo passam automaticamente à propriedade do Estado, devendo a Secretaria de Serviços Públicos apresentar, dentro do prazo de 60 dias o seu relacionamento para efeito de transcrição no Departamento do Patrimônio. § 3º. Os bens de que trata este artigo, depois de cumpridas as exigências do Decreto-lei Federal número 2.627, de 26 de setembro de 1940, serão incorporados à Companhia de Transportes Coletivos do Estado da Guanabara (CTC-GB), a título de subscrição, pelo Estado, de aumento do respectivo capital social, na forma do art. 7º, alínea “b”, da Lei número 196, de 08 de outubro de 1962. (...)*

14.1. A legitimidade do instrumento consensual

Assim como o tema da gestão do Sistema de Bondes de Santa Teresa não é novo nesta PGE, também não é a adoção de um “Termo de Reconhecimento Recíproco de Ajustes e Obrigações entre o Estado e o Município”.

No Parecer nº 06/2007 – MJVS, se explicou que o modelo ideal para uma “gestão compartilhada” de serviços públicos envolveria uma autorização legislativa para a delegação ou gestão associada do serviço, com o uso de um consórcio público.

Naquela oportunidade se esclareceu que a forma atípica adotada para o “Termo de reconhecimento recíproco de direitos e obrigações” se justificava em função de haver dúvida sobre quem poderia fixar as condições para a prestação do serviço.

Ali, cada uma das entidades federadas se julgava competente para a prestação dos serviços, invocando, para tanto, dispositivos constitucionais que ainda estão sendo interpretados pelo Supremo Tribunal Federal, na ADIN 1842-RJ.

Aqui, não é diferente, já que o poder concedente do serviço não tem livre disposição sobre o uso de um bem tombado pelo patrimônio do Estado e integrante do acervo de uma empresa sob controle estadual.

Há, ainda, divergências que poderiam surgir sobre a preservação da competência estadual, como sucessor do Estado-Cidade da Guanabara, bem como sobre a própria constitucionalidade da Lei Federal nº 11.107, de 2005 – que deveria ser editada por lei complementar. O próprio regime de serviço público num modal histórico, já superado no cotidiano, poderia ser questionado – a exemplo do que já se deu em discussões semelhantes, envolvendo a Estrada de Ferro do Corcovado e o Teleférico que leva ao Pão de Açúcar e Morro da Urca (ambos no Município do Rio de Janeiro).

Enfim, o que interessa é que, dada a necessidade de consenso, se estabeleceu uma forma de prevenção de litígios, atuais e futuros, de modo a viabilizar a recuperação e preservação de um bem tombado e nele se prestar um serviço público essencial, tudo isso sem o emprego de recursos públicos.

Daf porque, mais uma vez com base em precedentes desta PGE, parece adequada a via eleita para a implementação das ações de interesse público.

14.2. A correta definição do objeto das pactuações

A exemplo de discussão que já ocorreram no âmbito da exploração da Estrada de Ferro do Corcovado e do Sistema de Bondes do Pão de Açúcar, não se está diante de um transporte ordinário nem de uso de um bem despido de peculiaridades.

Há características que exigem uma disciplina específica – e, no caso, conjunta, entre Estado e Município.

Na hipótese em exame, a gestão do Sistema não envolve a simples entrega de um bem público para a exploração privada. Cuida-se de *operação* e de *exploração* de uma *atividade de transporte*, dotada de singularidades e especificidades técnicas, especialmente em função de se tratar de bem tombado.

Trata-se de *contrato de colaboração*, que se distingue do *contrato de atribuição*²¹.

²¹ Hely Lopes Meirelles já tratava do tema: “Os contratos administrativos podem ser de colaboração e de atribuição. Contrato de colaboração é todo aquele em que o particular se obriga a prestar ou realizar algo para a Administração, como ocorre nos ajustes de obras, serviços ou fornecimentos; contrato de atribuição é aquele em que a Administração confere determinadas vantagens ou certos direitos aos particulares, tal como o uso especial de bem público. O primeiro é firmado no interesse precípua da Administração; o segundo é realizado no do particular, desde que não contrarie o interesse público.” *Direito Administrativo Brasileiro*. 31ª edição. São Paulo: Malheiros, 2005, p.212.

Como não se trata, apenas, do uso privado de um bem público, mas de uma exploração voltada ao público em geral, isso envolve a demonstração de capacidade técnica e econômica dos futuros candidatos ao desenvolvimento da atividade.

Partindo da premissa, conciliatória, de que se trata de um serviço público, correta a modelagem de concessão no regime de PPP.

14.3. A incidência das normas do PED e do PROPARG

A Lei Estadual nº 2470, de 1995, ao instituir o Programa Estadual de Desestatização, autorizou a desestatização de toda e qualquer empresa estatal que, por decreto, venha a ser incluída no programa. Uma das formas para tanto é a “transformação, incorporação, fusão ou cisão” das empresas sob controle acionário do Estado (art. 4º, IV). Neste contexto se encaixa a CENTRAL, que, no âmbito da legislação do PED, vai incorporar a RIOTRILHOS – tema já tratado no Parecer nº 09/2009 – HBR.

Ocorre que o modelo que se pretende adotar para a gestão do Sistema de Bondes é a PPP, a ser licitada em âmbito estadual.

Nesse passo, a Lei nº 5.068, de 10 de julho de 2007, que instituiu o Programa Estadual de Parcerias Público-Privadas – PROPARG, destinado a disciplinar e promover a realização de parcerias público-privadas no âmbito da Administração Pública do Estado do Rio de Janeiro, previu a vinculação das PPPs aos planos de desenvolvimento econômico, social e ambiental do Estado²².

Em outras palavras, há dois programas em curso, envolvendo a mesma empresa.

Ainda no que concerne ao planejamento das ações, dispõe o art. 8º da Lei de PPP, que o CGP elaborará, anualmente, o Plano Estadual de Parcerias Público-Privadas, que exporá os objetivos, as áreas e os serviços prioritários, definirá as ações de governo no âmbito do Programa e apresentará, justificadamente, os projetos de parceria público-privada a serem licitados e contratados pelo Poder Executivo Estadual, dentro do escopo da PPP.

Para tanto, esclarece o parágrafo primeiro do mesmo dispositivo que o órgão ou entidade da Administração Estadual, interessado em celebrar o contrato de parceria, encaminhará o projeto à apreciação do CGP, mas tal análise e aprovação de projetos de parceria público-privada pelo CGP depende da prolação de pareceres pelas Secretarias Estaduais de Desenvolvimento Econômico, Energia, Indústria e Serviços, de Fazenda, de Planejamento e Gestão, além desta própria Procuradoria Geral do Estado.

Claro que isto envolve uma etapa posterior, incluindo a proposta de edital de licitação e o respectivo contrato, após a realização de consulta pública, na forma do regulamento.

No momento do lançamento da PPP deverão ser demonstrados, para subsidiar tais pronunciamentos²³:

²² Isto se reafirma no art. 7º, que comete ao Comitê Gestor – CGP, na forma estabelecida em seu regimento: I - elaborar o Plano Estadual de Parcerias Público-Privadas, que deverá ser atualizado anualmente; II - aprovar projetos de parcerias público-privadas, os editais, os contratos, seus aditamentos e prorrogações e autorizar a abertura do procedimento licitatório, na forma do Art. 10 da Lei Federal nº 11.079, de 30.12.2004; (...)VI - propor procedimentos para contratação de parceria público-privada; VII - deliberar sobre casos omissos, controvérsias e conflitos de competência.

²³ Diz o art. 10 da Lei estadual de PPP que é condição para a inclusão de projetos no Plano Estadual de Parcerias Público-Privadas a realização de estudo técnico que demonstre: I - o efetivo interesse público, considerando a natureza, relevância e valor de seu objeto, bem como o caráter prioritário da respectiva execução, observadas as diretrizes governamentais; II - a vantagem econômica e operacional da proposta e a melhoria da eficiência no emprego dos recursos públicos, relativamente a outras possibilidades de execução direta ou indireta, em especial, às concessões regidas pela Lei

- atratividade de financiamento do projeto e da sua necessidade, importância e valor, considerando a importância social ou interesse estratégico para o desenvolvimento do Estado do Rio de Janeiro; este juízo não cabe à PGE;
- exame da capacidade de pagamento pelo Estado e, conseqüentemente, concessão de garantia pelo Estado ou pelo FGP; deve ser exposto se há riscos para o Tesouro Estadual, da inclusão do projeto na estratégia fiscal do Estado;
- compatibilidade com o Plano Plurianual, a Lei de Diretrizes Orçamentárias e a Lei Orçamentária Anual.

A Secretaria de Planejamento e Gestão deve divulgar os conceitos e metodologias próprios dos contratos de parceria público-privada, bem como dar suporte técnico, na elaboração de projetos e contratos, especialmente nos aspectos financeiros e de licitação, aos órgãos e entidades interessados. A esse órgão cabe, ainda, viabilizar o PROPAP, por meio da realização de estudos e proposição de projetos prioritários.

Em suma, parece haver colegiados e procedimentos distintos, no âmbito do PED e do PROPAP.

Ao que parece, não vai haver desestatização da CENTRAL, mas, como analisado no citado Parecer nº 9/2009 – HBR – incorporação da RIOTRILHOS, o que exige os procedimentos societários ali descritos.

Já no âmbito do Sistema de Bondes, a desestatização via PPP só vai ocorrer num segundo momento, não sendo, pois, condicionante para a celebração do “Termo” em exame que os procedimentos exigidos no âmbito do PROPAP sejam implementados.

Em síntese, o “Termo” seria ajustado para prevenir litígios judiciais e viabilizar o atendimento mais célere da população, colocando à sua disposição os serviços que envolvem o uso de bens tombados pelo patrimônio estadual, sendo certo que não haveria renúncia ao exercício de competências nem alienação de bens ou direitos, de modo a justificar autorização legislativa para tanto.

O assunto, contudo, acabou não evoluindo.

15. A retomada do contrato de concessão da Linha 4 do serviço de transporte metroviário

O Sistema Metroviário foi instituído, mantido e explorado pelo Estado desde a origem e só com o advento do PED foi desestatizada a gestão, por meio de concessão das linhas 1 e 2 que o compunham.

Para ampliação do sistema, são previstas mais duas linhas, sendo uma ligando o Município do Rio de Janeiro a Niterói e São Gonçalo (Linha 3) e outra fazendo a ligação do centro da cidade com a zona oeste, até a Barra da Tijuca (Linha 4). Esta última foi

licitada, mas, por motivos diversos, em especial a falta de recursos do erário para arcar com as obrigações assumidas.

Depois de mais de dez anos parados, se retomou o tema da Linha 4 do metro.

O tema foi analisado pelo Procurador do Estado e Assessor Jurídico Chefe da Secretaria de Estado de Transporte, Renan Miguel Saad, que concluiu pela viabilidade da realização de termo aditivo ao Contrato de Concessão da Linha 4 do Sistema Metroviário, objetivando readequá-lo ao interesse público primário – hoje, representado pela necessidade de integração do projeto da Linha 4 (já elaborado), com a atual Linha 1 (em operação), de transportes metroviários no Município do Rio de Janeiro.

Segundo se extrai das informações trazidas pelo citado parecer, a redação original de Contrato de Concessão deixou de ser o modelo que melhor atenderia o interesse público, tendo em vista o lapso temporal decorrido entre a sua elaboração e as mudanças advindas (são mais de dez anos entre a assinatura do contrato e o momento atual, em que se pretende iniciar a execução do contrato, em novas bases); para tanto, foram citadas a majoração significativa da frota de ônibus emissores de gases poluentes e a necessidade de alternativas para o transporte público durante a Copa do Mundo de Futebol de 2014 e as Olimpíadas de 2016.

Segundo o parecer, é possível ao Estado, pelos termos do Contrato de Concessão, a imposição ao Concessionário da realização da obra objeto da modificação contratual, desde que, fique assegurado o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, que deverá ser atestado por estudos técnicos.

A integração da Linha 4 com a Linha 1 do sistema metroviário é obrigação do Concessionário da Linha 4, caso assim o queira o Estado, por previsão no instrumento convocatório e reedição no Contrato de Concessão, respeitada sempre a equação econômica do contrato.

A alteração do trajeto de integração da Linha 4 com a Linha 1 é possível, desde que, atenda, conforme dito, o interesse público primário, pois, é da essência dos contratos administrativos a sua mutabilidade por razões de interesse público.

Concluiu o parecerista que as obras de implantação da Linha 4 já poderão ser iniciadas nos trechos onde já houver projeto definido e que não necessitem de alterações substanciais, ante a incompatibilidade entre a perseguição do interesse público e o prazo para se concluir os estudos necessários ao reequilíbrio do contrato de concessão.

Já no que concerne aos trechos alterados e tiveram redução de tarifa, levando-se em consideração a necessidade de estudos para definir a equação econômica do contrato, a solução apontada no parecer, mas que deve caber ao Administrador, para início das obras foi: (i) preservar-se o interesse econômico do concessionário, com a suspensão temporária de sua obrigação de realizar desembolsos financeiros, até que findos os estudos de reequilíbrio da concessão; (ii) assegura-se a consecução do interesse público, com o início das obras e a alteração do traçado; (iii) promove-se a alteração da forma de pagamento, para que o Estado inicie os desembolsos a que se obrigou contratualmente, mas sempre após a comprovação da execução dos serviços, previamente medidos e atestados pela Administração, sendo certo que os gastos medidos devem ser plenamente compatíveis com os parâmetros da Rio Trilhos em execução de obras do metrô; (IV) a alteração da forma de pagamento deve vir associada à modificação do regime de execução da obra, deixando, ainda que temporariamente, de ser por empreitada integral (BOT) prevista no edital, para o acompanhamento controlado por preço unitário, nos moldes de uma obra pública, que se afigura o método mais rígido de controle dos gastos públicos.

Uma das grandes questões em jogo envolve o tipo de alteração que se pretende imprimir no contrato administrativo de concessão de serviço público de transporte

nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; III - as metas e resultados a serem atingidos, as formas e os prazos de execução e de amortização do capital investido, bem como a indicação dos critérios de avaliação ou desempenho a serem utilizados; IV - a efetividade dos indicadores de resultado a serem adotados, em função de sua capacidade de aferir, de modo permanente e objetivo, o desempenho do ente privado em termos qualitativos e ou quantitativos, bem como de parâmetros que vinculem o montante da remuneração aos resultados atingidos; V - a viabilidade de obtenção pelo ente privado, na exploração do serviço, de ganhos econômicos e financeiros suficientes para cobrir seus custos; VI - a forma e os prazos de amortização do capital a ser investido pelo contratado, explicitando o fluxo de caixa projetado e a taxa interna de retorno; VII - o cumprimento dos requisitos fiscais e orçamentários previstos no art. 11 da Lei Federal nº 11.079, de 30.12.2004.

metroviário de passageiros, firmado há mais de dez anos e ainda não executado em função de diversos entraves administrativos.

O contrato foi licitado e assinado em outro contexto, mas não foi executado; há, pois, uma decisão política a se tomar – executar o contrato já firmado ou promover nova licitação, à luz da nova realidade.

Para tanto, há fatores também políticos a enfrentar – o tempo exigível para os estudos voltados a um novo procedimento pode não ser compatível com aquele necessário à conclusão da estrutura de mobilidade urbana para a Copa do Mundo de 2014 – para o que se afirma que as obras deveriam ter início no primeiro bimestre de 2010.

É ponto pacífico que o contrato administrativo, caracterizado pela mutabilidade, pode ser alterado, de modo a se adequar ao interesse público – assim definido pelas autoridades legitimadas a tanto (não cabendo, pois, tal definição ou julgamento acerca de sua aceitação) ao órgão de controle.

A alteração do contrato administrativo por decisão unilateral da Administração se dá, apenas, em relação às cláusulas de serviço.

O contrato de concessão de serviço público é um típico contrato administrativo. Portanto, se enquadra na premissa da possibilidade de alteração.

No caso em exame, o conjunto de obrigações que cabe à concessionária, em especial as obras e definição do traçado, são típicas cláusulas de serviço – portanto, alteráveis a critério da Administração contratante, no exercício do poder concedente.

Claro que toda vez que a alteração das cláusulas de serviço ensejar modificação da equação econômico-financeira do contrato, afetando a relação custo-benefício inicialmente idealizada pelas partes, o contrato deverá ser revisto, de modo a restaurar o equilíbrio.

Pois bem. Na hipótese em exame, segundo se narrou no pronunciamento jurídico que foi submetido à PGE, a preservação do modelo inicialmente licitado e contratado não mais atenderia o interesse público – tudo segundo critérios relatados pelas autoridades administrativas competentes. Isto porque a realidade física das linhas e estações envolvidas é diversa da imaginada na versão original, como, de outro lado, o custo envolvido para o atendimento das obras com recursos do concessionário elevaria em demasia a tarifa.

Nesse passo, a interpretação adotada pelo Parecer da douta Assessoria Jurídica da Secretaria de Estado de Transportes foi no sentido de que a opção que transfere custos de obra à concessionária poderia ser, aparentemente, vantajosa para o interesse público secundário (não oneraria o Erário), mas representaria uma colisão com o interesse primário (da sociedade), porque o custo da obra seria repassado ao usuário, que ficaria extremamente onerado.

De fato, há uma decisão política a ser tomada, envolvendo critérios de alocação de recursos públicos no atendimento do que venha a ser definido como interesse público primário – afinal, aplicar recursos no transporte metroviário significa retirar recursos de outra destinação (presumidamente relevante, qualquer que seja ela)²⁴. No caso em exame, a quantia, envolvendo mais de um bilhão de reais, é relevante para atendimento de

²⁴O tema não é novo nesta PGE. Conforme já sustentando no Parecer nº 11/2009 – MJVS, em proposta de alteração de contrato de concessão de serviço público de transporte ferroviário de passageiros: “O critério de custeio da execução de investimentos no sistema vinculado ao contrato envolve decisões políticas, técnicas e financeiras. O usual e esperado, nos modelos de desestatização anteriores à Lei de PPP seria o custeio pelo próprio contratado. Isto porque, o art. 2º, III, da Lei nº 8.987, de 1995 sugere que as obras sejam promovidas pelo contratado, dando-se a recuperação desse custo pelo valor cobrado dos destinatários da atividade. Há, ainda, a possibilidade de redução do valor da oferta paga pela concessionária ao concedente, devida pelo direito à obtenção

diversos interesses primários, não cabendo aos órgãos de controle de legalidade a escolha dos contemplados.

Cabe advertir que a decisão política de alocação de recursos públicos deve ser precedida de planejamento, concretizável nas leis orçamentárias – plano plurianual e lei orçamentária anual, conforme prioridades definidas na lei de diretrizes orçamentárias. Tudo isso, com atendimento das formalidades previstas na Lei de Responsabilidade Fiscal (LC nº 101/2000), em especial, no seu art. 16.

O mesmo se diga em relação aos aspectos técnicos – o novo traçado – e econômico – se o novo formato, de traçado e de obras, é adequado para proporcionar tarifa módica (acessibilidade ao serviço público) e retorno do investimento privado (equilíbrio econômico-financeiro).

São, pois, decisões que não cabem aos órgãos de controle de juridicidade, que, por conta do “princípio da deferência”, devem reconhecer que há outras instâncias administrativas competentes e aparelhadas para as decisões políticas, técnicas e econômicas, cabendo aos órgãos jurídicos apontar o dever de observância do planejamento, da legalidade, da economicidade, da moralidade, da eficiência, da motivação, da transparência e da publicidade, em especial, para as decisões e fundamentos que venham a ser adotados.

O certo é que o contrato de concessão pode ser alterado e, segundo os próprios termos do instrumento em exame, previamente licitado, o traçado pode ser modificado, assim como podem ser assumidas obras que caberiam ao concessionário (cláusula de serviço); uma nova licitação, especialmente no contexto de urgência – obras que se concluem antes da Copa do Mundo – seria tida como inviabilizadora do resultado desejado.

O limite do que seja modificação do traçado e do contrato (obras) – metodologia de execução do objeto – e do que seja modificação da linha – alteração do objeto²⁵ – é algo que escapa ao exame jurídico, sendo certo que se a modificação do traçado desbordar para modificação da linha será necessária nova licitação. Mas, frise-se, a versão original, licitada, permitia a alteração do traçado.

do negócio licitado; afinal, o valor da “outorga”, é um dos critérios de julgamento previstos no art. 15 da Lei nº 8.987, de 1995). No entanto, a própria Lei nº 8.987, de 1995, em seu art. 29, VI, VII e X, admite tal opção de investimento pelo concedente. Neste caso, o contratado poderia cobrar valores menores dos destinatários, eis que só buscaria recuperar os seus custos e não aqueles feitos pelo concedente e por ele meramente executados, transferindo e/ou retornando todos os bens para o domínio do contratante. Isso favoreceria o princípio da modicidade tarifária. A escolha desse formato deve se dar, primeiramente, em compatibilidade com as políticas públicas. Neste caso, os contratos de longo prazo não podem fechar as portas para as diversas possibilidades de implementação de políticas públicas, que se alteram ao longo dos tempos para constante adequação ao interesse público. Afiram decisões técnicas e financeiras, quais sejam, a existência de meios e de recursos para que esses investimentos sejam desenvolvidos pela própria Administração ou, alternativamente, deixá-los sob execução privada. Trata-se de decisão que deve ser tomada à luz dos princípios da subsidiariedade, da eficiência, da economicidade e da discricionariedade, e, portanto, não enseja, em regra, um controle prévio de legalidade que possa interferir nas técnicas de gestão – tipicamente executivas. O modelo permite tanto a decisão política, de desonerar o Erário e a máquina administrativa, como a decisão financeira, de viabilizar a existência de obrigações que cabem à Administração sem que sejam comprometidos recursos públicos, gerando, no próprio contrato, os recursos necessários para tanto – mediante ajustes de compensações e garantias.” Processo nº E – 10/202/2008

²⁵Vide, por exemplo, R.Esp nº 488.648 – RJ, do qual foi relator a Exma. Sra. Ministra Eliana Calmon: *Administrativo e Constitucional – Ato administrativo concedente de redução de itinerário de linha de ônibus – criação de linha nova – dec. Estadual 3393/81. Necessidade de licitação. Lei 8666, de 1993, Art. 24. Numerus clausus. nulidade do ato concedente, editado ao arripio dos diplomas reguladores da matéria, que não recepcionaram, nesta parte, o edito estadual.*

À PGE foi exposto que houve, nos últimos dez anos, uma alteração dos contextos outrora existentes, que ensejam a aplicação da prerrogativa de alterar unilateralmente o contrato, para atendimento dos interesses públicos primários – entre eles, a defesa dos usuários e a mobilidade urbana durante os eventos internacionais que terão sede na região metropolitana do Rio de Janeiro.

O mesmo se diga em relação ao tempo para a decisão e para o início da execução e a suficiência do prazo e dos recursos, tarifários, do concessionário ou do Erário, para atendimento das obrigações de mobilidade urbana assumidas para a realização de mega eventos desportivos na região (necessidade de início das obras até o primeiro bimestre de 2010).

Enfim, as decisões que envolvem a alteração do contrato administrativo de concessão de serviço público de transporte metroviário, envolvendo a modificação de traçado de linha, prazos de início de obra e critérios para o seu custeio, são de natureza técnica, financeira e política, que devem ser precedidas dos correspondentes estudos.

Ao controle de juridicidade – orientado pelo atendimento de interesses públicos primários e secundários e pela observância dos princípios que orientam a atuação da Administração Pública – devem ser aditados os controles de legitimidade e de economicidade, cuja execução escapa à formação e competência deste órgão central do Sistema Jurídico.

16. Conclusão

O objetivo dessa exposição foi dar um depoimento sobre a importância da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro na produção legislativa e doutrinária sobre o processo de desestatização.

Não havia legislação nem orientação jurisprudencial sobre o tema. A produção doutrinária foi se dando à luz dos princípios que orientam a atuação da Administração Pública e a intervenção do Estado sobre os mercados.

Enfim, uma página na história da organização administrativa do Estado (e, porque não dizer, do Brasil).