

# JUSTIÇA & CIDADANIA

CONSTITUIÇÃO  
REPÚBLICA FEDERAL DO BRASIL

ISSN 1807-792X  
#728807/79000  
00003>  
Edição 101 - Dezembro de 2008  
R\$ 16,90

**ROBERTO VALLIM BELLOCCHI**  
**PRESIDENTE DO TJ/SP**

## **A GESTÃO DO MAIOR TRIBUNAL DO MUNDO**

**Editorial: EQUILÍBRIO, PRUDÊNCIA E UNIÃO**

# PODER CONCEDENTE MUNICIPAL, ESTADUAL E FEDERAL

## CONFLITO DE COMPETÊNCIA

Flávio de Araújo Willeman

Procurador do Estado do Rio de Janeiro

Transcrição da palestra proferida no Seminário  
“Questões Jurídicas Relevantes no Transporte Coletivo”

Primeiramente, me preocuparei em demonstrar as competências já firmadas para a prestação do serviço de transporte na Constituição Federal e na Constituição do Estado do Rio de Janeiro, para em seguida, discutir cinco casos concretos envolvendo conflito de competência. Esses conflitos advêm ou de invasão de competência de um ente sobre o outro ou por ambigüidade ou dubiedade legislativa, que gera dúvidas sobre qual o meio competente para prestar o serviço em determinado momento.

Iniciando a primeira parte da minha exposição, informo que a Constituição da República de 1988, no artigo 175, estabelece que ao Poder Público incumbe a prestação de serviços públicos de forma direta ou mediante concessão ou permissão. Por certo, para que um ente público preste um serviço público deverá ser ele titular desse serviço ou receber de outro ente da Federação, que assim o seja, uma delegação. É o caso do transporte ferroviário no Estado do Rio de Janeiro.

A Constituição da República, no artigo 21, inciso XII, e no artigo 30, estabeleceu competências expressas para a prestação do serviço de transporte. No artigo 21, inciso XII, alínea “d”, a Constituição determinou que compete à União Federal explorar, diretamente ou mediante autorização concessão ou permissão, “os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território”. Na alínea “e” prevê “os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros”. No artigo 30, incisos I e V, determina o constituinte de

88 que compete aos municípios: “Legislar sobre assuntos de interesse local; (...) organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial”.

No que tange ao Estado, a Constituição Federal foi silente sobre as suas competências – à exceção da competência estadual para prestar o serviço público de gás canalizado – atribuindo-lhe uma competência residual, ou seja, o estado pode executar todos os serviços que não lhes sejam vedados pela Constituição. Diante deste panorama, temos expressamente delimitadas na Constituição Federal as competências da União e dos municípios para prestação de serviço público de transporte, e a Constituição do Estado do Rio de Janeiro, valendo-se dessa competência residual, tratou de especificar e determinar a competência do Estado do Rio de Janeiro para a exploração de alguns serviços, dentre eles o de transporte.

O artigo 242, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, informa que a este compete a prestação de serviços públicos, de forma direta ou mediante permissão ou concessão, que sejam de interesse estadual, metropolitano ou microrregional, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial. Diante deste panorama legislativo, trazendo para discussão regras da Constituição Federal e da Constituição Estadual, temos que à União é possível apenas explorar, ou seja, prestar e regular o serviço público de transporte ferroviário sem qualquer restrição, e o aquaviário entre portos brasileiros. Lanço, então, a primeira discussão: Qual é o conceito de porto para fim



de delimitação da competência da União para prestar esse serviço de transporte aquaviário? É aquele que transponha os limites do Estado, cabendo à União prestar o serviço de transporte rodoviário interestadual e internacional. E temos na Constituição Federal a limitação da prestação dos serviços de transporte pelo Município, que nos dá a idéia de um transporte intramunicipal que tenha interesse local. Penso que a competência do Município para explorar os serviços de transporte submergir se presentes estiverem estes dois requisitos: transporte intramunicipal e interesse local. E ao Estado, temos a competência para prestar e regular o serviço de transporte coletivo que ultrapassar as raias geográficas de um Município e que tenha interesse estadual de região metropolitana ou microrregional. Hoje é necessário descobrir quem é o poder concedente e o poder competente para regular a prestação do serviço, muitas vezes relegada a particulares em situações onde ocorre verdadeira invasão de um ente na competência de outro, ou hipóteses em que não conseguiremos de plano detectar qual o ente competente.

Início, então, a partir de um fato concreto que não foi oriundo do Estado do Rio de Janeiro, mas de um outro Estado da Federação, quando a União Federal pretendeu explorar o serviço de transporte ferroviário ligando um Estado da Federação a outro. Não há dúvida que, *a priori*, esse serviço é de competência da União, mas por certo esta linha férrea cortará diversos municípios dos estados envolvidos. Imaginemos que – e no caso concreto foi isso que aconteceu – a União Federal tenha, dentro de sua competência regulatória para melhor organizar a prestação

do serviço, determinado que um dos pátios de manobra dessa ferrovia será em determinado Município. Este Município, por sua vez, a pretexto de regular e implementar políticas ligadas ao meio ambiente, resolve ou proibir a inserção desse pátio ou limitar a realização das manobras pelas composições férreas a determinado período do dia. Utilizando o argumento, por exemplo, de que esta atividade provocará ruído e ao Município compete, à luz do artigo 23, inciso VI, da Constituição Federal, proteger o meio ambiente contra qualquer tipo de danos. Como é que fica essa situação jurídica? Se olharmos ligeiramente a questão a competência é da União e não há problemas para regular e prestar o serviço de transporte ferroviário. Mas vemos aqui também uma competência do Município para tutelar o meio ambiente. E essa competência principal para tutelar o meio ambiente não é privativa ou exclusiva, é concorrente com a União e os demais estados. De modo que, assim agindo, o Município estaria violando a competência da União para regular e disciplinar as técnicas e as formas da prestação de um serviço que é de sua titularidade por força constitucional.

Há exceção? Creio que sim. Imaginemos que a União tenha elegido esse Município e que ele seja tombado pelo Patrimônio Histórico Cultural. Se o Município provar um desvio de finalidade na atuação técnica da União Federal, em ponderação de valores, poderá exercer e fazer frente à União Federal nessa escolha de regular o serviço de transporte ferroviário. Todavia, em não havendo uma demonstração evidente de desvio de finalidade, penso que esse interesse municipal de tutelar o meio ambiente deve, de

certa maneira, ceder frente ao interesse razoável da União de implementar o serviço público de transporte ferroviário.

Se uma hipótese, como a relatada anteriormente, é posta à discussão do Poder Judiciário, imagino que os aspectos envolvidos se inserem em um campo de tecnicidade que torna difícil não se privilegiar o pacto federativo e as competências eleitas pelo constituinte originário; em outras palavras, a não ser que se comprove tecnicamente a inviabilidade da escolha feita pela União Federal e que esta repercuta na esfera municipal, penso que a opção técnica da União deve ser prestigiada.

Um segundo caso interessante para o debate diz respeito à licitação para a concessão das linhas de ônibus da Baixada para a Barra da Tijuca. Naquela oportunidade não ocorreu propriamente uma hipótese de usurpação de competência de um ente por outro, mas sim a pretensão de dois entes federativos em atuar na defesa de valores constitucionais legitimamente assegurados pela Constituição da República.

Fomos, enquanto Procuradores do Estado, instados a defender o Estado do Rio de Janeiro e, à margem da discussão que envolvia a licitação, surpreendeu-nos o fato de, às vésperas da licitação, o Prefeito da Cidade do Rio de Janeiro baixar um decreto proibindo que os ônibus percorressem determinada rodovia municipal, a pretexto de organização de política urbanística.

Temos aqui um *hard case*, para usarmos a conhecida expressão de Ronald Dworkin. O caso é, efetivamente, muito difícil de resolver porque, acredito, não temos aqui usurpação de competência. Temos aqui dois entes federativos defendendo a titularidade de duas competências constitucionalmente garantidas. Penso que não pode o Município inviabilizar o interesse de outro ente da Federação constitucionalmente garantido, e tampouco pode o Estado, a pretexto de implementar valor jurídico constitucional, inviabilizar ou aniquilar um bem jurídico que é constitucionalmente conferido à defesa do Município.

No caso em análise penso que se o Município, a pretexto de tutelar o meio ambiente ou a política urbanística da cidade, entende que os ônibus não devem transitar naquela via pública, nenhum outro coletivo deve poder pela mesma via transitar, ou o Município deve fornecer ao concedente uma alternativa técnica dentro do parâmetro de razoabilidade e dos limites por ele traçados na modelagem da descentralização do serviço para que seja eficazmente implementado. O que não se pode é, sob o argumento de tutelar valor jurídico constitucional – que é o plano urbanístico ou o meio ambiente – aniquilar ou impedir que o Estado-membro ou qualquer outro ente federativo implemente uma competência constitucional sua.

Tem-se em jogo aqui a idéia de ponderação de valores e de razoabilidade, em que o julgador deve escolher a opção que menos onere a sociedade e que menos sacrifique o bem jurídico constitucional que se sobrepõe à luz dos casos concretos.

Dando continuidade, tenho um exemplo que talvez

“O JULGADOR  
DEVE ESCOLHER  
A OPÇÃO QUE  
MENOS ONERE A  
SOCIEDADE E QUE  
MENOS SACRIFIQUE  
O BEM JURÍDICO  
CONSTITUCIONAL.”

seja o mais difícil de ser enfrentado e que veio à tona também no Estado do Rio de Janeiro na época dos Jogos Pan-americanos. Foi noticiado nos jornais que o Prefeito do Município do Rio de Janeiro constituiu uma comissão para estudar a viabilidade do transporte aquaviário de passageiros entre a Barra da Tijuca e a Praça XV, no Centro da Cidade. Eu não sei o resultado do estudo realizado pelo Município, mas adianto que o caso é difícil e não é novo – no âmbito do Estado do Rio de Janeiro esse tema vem sendo estudado há pelo menos uma década por sua Procuradoria-Geral. Esse tema envolve severas discussões quanto à competência para execução desse serviço. Qual é o ente competente para a prestação desse serviço público? A União, o Município ou o Estado? A União Federal poderá arvorar-se como ente competente diante do que consta no artigo 21, inciso XII, alínea “d”, da Constituição, quando diz competir à União o transporte aquaviário entre portos brasileiros. Parte dessa travessia não seria realizada na Baía de Guanabara, mas sim em mar aberto. Penso que, apesar de sedutora, a tese não socorre a União Federal porquanto não se tem aqui a prestação de serviço de transporte entre portos e sim entre pontos de atracação.

O conceito de porto organizado está previsto em lei, mais especificamente no artigo 1º da Lei nº 8.630, e, assim sendo, acredito que a competência não é da União Federal para explorar esse serviço e tampouco para regulá-lo. Contudo, no que diz respeito a Estado e Município, temos uma discussão bastante importante, bastante difícil, com argumentos sólidos e plausíveis para ambos os lados. O Município tem em seu favor o argumento de que o serviço de transporte ocorrerá intramunicipal, ou seja, se iniciará e será ultimado dentro do Município do Rio de Janeiro. A cidade

vai defender que trata-se de transporte coletivo de pessoas e representará iminente tutela ou iminente efetividade de interesse local; ou seja, o interesse de transporte de pessoas que saem ou que chegam à Barra da Tijuca para o Centro da Cidade do Rio de Janeiro. Não é fácil transbordar esses argumentos do Município.

O Estado, por sua vez, terá como argumento para defender eventual posição de titularidade desse serviço a idéia de que, nada obstante ocorrer dentro do Município do Rio de Janeiro, existe nítido interesse metropolitano ou regional. Ninguém mora no Centro da Cidade do Rio de Janeiro, salvo algumas exceções. O transporte entre a Barra da Tijuca e a Praça XV traria benefícios à toda a Baixada Fluminense, a Niterói, a São Gonçalo, e a todas as pessoas que necessitam atravessar a Baía de Guanabara e eventualmente trabalhar na Barra da Tijuca. Poderá defender o Estado do Rio de Janeiro, então, que esta competência é sua por se tratar de região metropolitana ou de um interesse estadual ou microrregional, e mais, poderá sustentar que na Lei Orgânica do Município não há previsão expressa para prestação de serviço aquaviário, somente para serviço terrestre. Adianto que a posição da Procuradoria do Estado, pelo menos em dois pareceres antigos – um do professor Luís Roberto Barroso e outro do professor Marcos Juruena –, é pela competência estadual para prestação do serviço.

O fato é que todos os que defendem ser competência do Estado se baseiam na idéia de que esse serviço beneficia uma região metropolitana, e hoje a discussão sobre as competências de uma região metropolitana não é mais puramente acadêmica ou entre advocacias públicas. A questão está posta para decisão no Supremo Tribunal Federal há quase uma década no que diz respeito à competência para prestação do serviço de saneamento público – que não foi resolvida com a lei que definiu o marco regulatório do saneamento público, talvez propositadamente – através da ADIn 1.842. Há um voto, do ministro relator Maurício Corrêa, entendendo que a competência é estadual por se tratar de região metropolitana e há um voto, do ministro Joaquim Barboza, entendendo que a competência é dos municípios, porque não se poderia aniquilar a autonomia municipal por conta da instituição de uma região metropolitana. E para complicar a situação, recentemente, agora em abril, o ministro Gilmar Mendes, que tinha pedido vistas, proferiu um voto entendendo que a competência não é do Estado e também não é do Município.

Entendeu o Ministro que há necessidade de criação de uma entidade para representar a região metropolitana, citando Sua Excelência, inclusive, talvez a necessidade de criação de uma agência reguladora, ou uma entidade, que seria composta por membros dos municípios afetados e do Estado para regular o serviço. Esta é a opção que, aparentemente, mais se coaduna com a idéia de pacto federativo, porque não aniquila competências do Município e não fortalece demais o Estado em detrimento delas, mas,

por outro lado, cria uma dificuldade jurídica de reunião de todos esses municípios e estados para organizar a prestação do serviço. Enquanto isso, nada se define em relação à competência e discussões são levadas ao Judiciário de forma indefinida. Então, se é difícil a celebração de um convênio, consórcio ou acordo entre um Município e o Estado, imagina criar uma entidade nova que terá competência para gerir uma região metropolitana. A situação não é fácil e ainda depende de manifestação do Supremo, sendo temerária, com a devida vênia, qualquer manifestação afirmando hoje compulsivamente se a competência para gestão de região metropolitana é do Estado ou do Município.

Dando seqüência, para saber de quem é a competência para regular o transporte alternativo de passageiros e se é possível a regulação por parte do Estado desta atividade, é preciso, em um primeiro momento, discutir se o transporte alternativo de passageiros é ou não serviço público. Uma pessoa comprar uma Kombi ou uma *van* e transportar pessoas de um ponto a outro é considerado um serviço público de transporte passível de ser regulado pelo Estado ou é uma atividade econômica que está inserida dentro da livre iniciativa? Em sendo atividade econômica poderia o Estado de alguma forma regulá-la?

Sabemos que o conceito de serviço público sofre mutações ao longo do tempo e já há muito deixou de ter como necessidade seus três principais elementos, que seriam: a prestação pelo Estado, a essencialidade e a normatização integral por parte de normas de Direito Público. Hoje, segundo a doutrina mais abalizada, é considerado serviço público aquilo que a Constituição ou a lei retira da livre iniciativa, total ou parcialmente. Havendo norma expressa em Constituição Estadual, em Lei Orgânica Municipal ou em norma infraconstitucional, atribuindo a essa atividade de transporte alternativo o caráter de serviço público, não há discussão quanto à sua possibilidade de regulação pelo Estado ou pelo Município, dependendo se a atividade é realizada de maneira intra ou intermunicipal. Contudo é preciso salientar que boa parte da doutrina vem considerando a atividade de transporte alternativo como uma atividade econômica que está inserida na regra da liberdade de iniciativa, mas a doutrina que se dedica sobre esse tema – e aí temos a doutrina do Dr. Marçal Justen Filho, do Dr. Marcos Juruena e do Dr. Horácio Augusto Mendes de Souza –, vai considerar que o sistema de transporte alternativo é uma atividade econômica, mas de interesse eminentemente social e de interesse eminentemente público, fato que permite ao Estado, ainda assim, impor condicionamentos e regulação se não sob o pálio serviço público, sob o pálio do seu poder de polícia ou polícia administrativa.

Assim sendo, é extreme de dúvidas que o Estado quer que seja considerada a atividade de transporte alternativo como serviço público ou como uma atividade econômica inserida na regra da livre iniciativa. Os entes do Poder Público têm competência para dar efetiva regulação

porquanto a sociedade cada vez mais se utiliza desse serviço para se locomover e é dever do Estado regular essa atividade de forma eficaz – quer o Estado quando o serviço for intermunicipal, quer o Município quando o serviço ocorrer dentro do próprio Município. O professor Marcos Juruena proferiu um parecer para uma agência reguladora administrada por um outro Estado da Federação em que municípios estavam concedendo autorizações. Talvez esse seja o instrumento, nem permissão nem concessão, mas uma autorização de uma atividade econômica de interesse social para determinadas *vans* funcionarem dentro de seus municípios e elas extrapolam, prestando serviços para outro Município. O Poder Judiciário local entendeu que bastava a autorização concedida pelo Município para permitir que essas *vans* trafegassem por outros municípios prestando esses serviços. Com o devido respeito, entendo que se uma *van* sai de um Município com sua autorização para prestar serviço em outro, esse serviço não é mais municipal e sim intermunicipal, sobressaindo para o Estado o poder de realizar a devida fiscalização e regulação.

Um quinto caso que trago à discussão envolve a sobreposição de modais ou alteração na forma de prestação de serviço, situação que vem se tornando comum, muitas vezes prevista em contratos de concessão, mas que chama a atenção de alguns estudiosos – ao menos a parte acadêmica. Não é incomum o usuário de metrô verificar que ao final da linha do trem deste modal existe uma integração com ônibus, havendo previsão no contrato de concessão; não há, ou pelo menos a meu ver diminui, margem para discussão. No entanto, não havendo essa previsão originária, penso que essa atividade pode constituir sobreposição de modal. A concessão, que é inicialmente para a prestação do serviço de metrô, se transforma em metrô e ônibus. Esta atividade, caso não seja objeto de consenso, pode influenciar, e muito, nos contratos de concessão, nas permissões de linhas de ônibus, alterando estrutura tarifária e equilíbrio econômico-financeiro.

Mesma coisa aconteceu no Estado do Rio de Janeiro, quando a Procuradoria foi instada a se manifestar num pleito da Concessionária Barcas S/A para interromper o serviço de transporte aquaviário em determinado período da noite porque segundo alegado as barcas saíam do Rio de Janeiro para Niterói, e vice-versa, sem nenhum passageiro, ou seja, havia a ocorrência de um custo e sem nenhum passageiro. A empresa solicitou à agência reguladora que paralisasse o transporte aquaviário e colocasse à disposição dos passageiros, que porventura se dispusessem a fazer a travessia, um ônibus da Praça XV à Estação Araribóia, já que para a empresa o custo seria menor. A discussão é bastante importante porque indica sobreposição de modal. A concessão é para prestação de serviço aquaviário. Há necessidade de integração? Sim, mas essa atividade pode alterar as regras do contrato; pode alterar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato; pode interferir na concessão de outros serviços de transporte prestados por outro concessionário.

“O PODER JUDICIÁRIO  
DEVE PROCURAR  
INTERFERIR O  
MENOS POSSÍVEL  
EM ATIVIDADES  
TÉCNICAS, OBJETO  
DA REGULAÇÃO, E  
PREMIAR, QUANDO  
MUITO, A DIGNIDADE  
HUMANA DO  
CIDADÃO, À LUZ  
DO CRITÉRIO DE  
PONDERAÇÃO DE  
INTERESSES.”

O argumento defendido pela concessionária é de que não iria competir com os outros modais, na medida em que jamais pararia durante o percurso; apenas pegaria a pessoa e levaria até a Estação Araribóia. O argumento é interessante e seduz, mas restam discussões quanto ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato e da consensualidade com os demais *players* desse mercado.

Com este caso encerro e passo à conclusão, afirmando que não há tranqüilidade na definição da competência entre os entes federados que se dispõem a prestar ou a regular algum serviço público. Temos na Constituição algumas regras, que não parecem tranqüilas, para serviço de transporte coletivo que não parecem determinar ou definir esses conflitos. Na maioria das vezes esses conflitos chegarão ao Poder Judiciário, que é chamado a se manifestar diante de dois interesses legitimamente defendidos, dois valores constitucionais devidamente defendidos pelos entes da federação, e a decisão é muito difícil. Penso, e esta é uma opinião acadêmica, que o Poder Judiciário deve procurar interferir o menos possível em atividades técnicas, objeto da regulação, e premiar, quando muito, a dignidade humana do cidadão, à luz do critério de ponderação de interesses, se preocupando sempre em proteger o interesse que naquele momento se manifesta de forma superior a outro interesse tutelado pelo ente que discute ou legitima a competência para a prestação dos serviços.

