

JUSTIÇA & CIÊNCIAS

ISSN 1807-779X
Edição 126 - Janeiro de 2011
R\$ 16,90

DILMA ROUSSEFF

**“PRESIDENTA DE
TODOS OS BRASILEIROS”**

Editorial: COMPROMISSO COM AS LIBERDADES

CONCESSÃO E PERMISSÃO

André Fontes

Desembargador Federal do TRF-2ª Região
Membro do Conselho Editorial

Palestra proferida no VI Seminário – Questões Jurídicas Relevantes no Transporte Coletivo, realizado pela Emerj

“ Quero registrar, mais do que uma satisfação, a felicidade de estar entre amigos em um ambiente de diálogo. Vou dividir com vocês minha experiência em três grandes instituições: na Procuradoria do Município do Rio de Janeiro, na Procuradoria da República e no Tribunal Regional Federal.

Normalmente, a literatura tradicional sobre o assunto centra-se muito na figura do contrato de concessão e no serviço público de transporte em si mesmo. Tenho a impressão de que essa é uma perspectiva muito atomística, ou seja, desvinculada do sistema no qual onde essas premissas estão todas integradas. Se eu tivesse que fazer um apanhado de reforma, revisão ou de releitura, acho que teríamos que retomar um conceito que tem sido alterado, e me parece que isso é uma tendência em vários setores.

Quando estudamos direito administrativo, sempre pensamos na figura do Estado exercendo a sua função típica de administração. Os autores, de um modo geral, costumam entender que não é bem a figura do Estado a primeira premissa, e sim a ideia de interesse público que o Estado, a rigor, se destina a observar, porque a própria Constituição do Estado, sabidamente, decorre desse interesse público mais amplo, que hoje em dia os autores condensam na ideia de finalidade, na finalidade do interesse público, na finalidade em si mesma, que torna o próprio Estado como algo criado pela sociedade para servi-la a partir das linhas mestras estabelecidas na lei, por meio

da ideia de finalidade e do atendimento do interesse público naquilo que é revelado por meio da lei.

Mas a tendência maior talvez seja hoje não a de pôr o Estado como o principal destinatário desse interesse público. Se fizermos uma análise e pensarmos na ideia de Estado pressupondo a sociedade, e a sociedade pressupondo o indivíduo, teríamos que seguir uma antiga tradição. Insisto em dizer que, hoje, ela vem sendo renovada para substituir o Estado na posição central dos estudos de direito público pela figura da pessoa.

Tenho a impressão de que a primeira ideia é de que não é o Estado ou uma terceira figura, distinta de todos nós, que seria titular dos interesses e das relações jurídicas travadas com o propósito de atender esse interesse público. A ideia central é que a pessoa, como figura de direito público interno, é hoje reconhecida também no direito público internacional como sujeito – e não apenas os Estados que integram o conjunto das nações. De forma que teríamos, tanto no plano interno quanto no externo, a pessoa humana como a figura pública máxima.

Isso tem vários reflexos. Na literatura mais revisada, veremos que essa noção de serviço público, que é a mais basilar, não se reporta mais a atividades essenciais do Estado, mas fala em satisfação, necessidades públicas ou, como preferem alguns, nos direitos fundamentais. Eu insisto que todo esse deslocamento feito hoje nos estudos e na literatura em geral objetiva transferir do Estado para a pessoa o centro das atividades realizadas por toda a sociedade. A sociedade é composta por indivíduos,

entendidos como pessoas naturais, e, ao mesmo tempo em que cria o Estado para servi-la, toma a pessoa individualizada como a grande referência.

Isso é importante, porque se pensarmos no contrato de transportes, tal como revelado pelo direito comercial – prefiro essa expressão ao direito empresarial –, se usarmos a figura das obrigações decorrentes do contrato de transportes, veremos que a única maneira de idealizarmos algo que pudesse exprimir essas novas divisões seria conjugar esses esforços que o direito comercial apresenta, relativos à ideia do contrato de transporte, com as ideias administrativas e as ideias renovadas sobre o direito administrativo.

E isso, indissociavelmente, nos leva à ideia de serviço público, nessa versão mais adequada de atender aos direitos fundamentais, associada à ideia de transporte coletivo. A literatura ainda é fracionada, já que, se analisarmos somente o instituto do contrato de transporte, teremos que buscar o direito comercial. Se analisarmos o transporte enquanto serviço, temos que buscar o direito administrativo. Mas essa visão dicotômica, dividida, também sofre hoje certa limitação, porque temos aí para alguns um ramo do direito administrativo, e para outros um novo ramo, que de certa forma abrangeria os dois aspectos, que se chama direito regulatório ou direito da regulação. Que, por sua vez, tem outra ideia de intervenção do Estado na economia, que é objeto de outro conhecimento, mais amplo, que seria o direito público da economia, e que só poderiam ser

conjugados se analisássemos as figuras do contrato do serviço de transportes sob essa ótica da intervenção.

Mas há uma contradição histórica entre a ideia de intervenção e de regulação. A Constituição da República insere a ideia de intervenção no capítulo da ordem econômica. Isso foi uma conclusão extraída de duas constituições – a alemã e a mexicana – que de alguma forma dotaram os textos constitucionais da figura da ordem econômica e da ordem social, que seriam as duas grandes vertentes constitucionais e que a rigor não são duas, porque não se pode dissociar o que é econômico do que é social.

Mas a contradição que me parece curiosa e que merece ser discutida, e que os livros pouco revelam, é a ideia de ordem econômica, revelada pela Constituição alemã – que foi editada após a 1ª Guerra Mundial e recebeu muitas críticas, pois permitiu a eleição de Hitler. Mas foi uma Constituição que marcou muito a história mundial e constitucional, não só porque nessa época grandes escritores e filósofos surgiram na Alemanha, nem porque grandes ideias constitucionais surgiram daí, mas porque era uma Constituição que afirmava o papel do Estado. Ao tratar de ordem econômica, tratava do Estado ampliando seus poderes, deixando a figura do Estado liberal e passando a assumir uma amplitude na economia. Curiosamente, em nossa Constituição, nesse capítulo da ordem econômica é que encontramos a ideia de intervenção do Estado na economia. E a intervenção do Estado na economia, revelada no Brasil



pela prática das agências reguladoras, parte exatamente do contrário, da diminuição do Estado no aspecto econômico, já que o Estado deixa de ter as paraestatais e as aliena. E o Estado, para agir como interventor, precisa não ser titular de instituições paraestatais ele precisa que os particulares façam essa tarefa, e ele passa a ser o grande regulador.

Vejam que, ao mesmo tempo em que a intervenção do Estado na economia pressupõe a ausência do Estado como agente econômico, do Estado praticando por si mesmo os atos, transportando, produzindo, fabricando, nós temos a intervenção que é o oposto, ou seja, o Estado não sendo agente econômico, apenas determinando regras e assumindo a posição de líder da economia, sem ele próprio ser protagonista concreto nos vários negócios que são realizados a esse respeito. Onde está a contradição? É que a intervenção é integrada à ordem econômica e pressupõe a ausência de Estado na atividade econômica. Só que a noção de ordem econômica, historicamente, é uma noção de presença do Estado. Então nós temos uma Constituição que trata da ordem econômica, em sua inspiração na Constituição alemã com intervenção e participação do Estado, e temos no capítulo da ordem econômica a retirada do Estado.

Isso aparentemente não é notado, porque a evolução das ideias sobre ordem econômica vem assumindo a posição do Estado presente não para realizar, mas para regular. E essa noção de regulação, da qual já se falou – e que não se confunde com regulamentação, já que não estamos apenas interpretando textos de lei para verificar os rumos que o Chefe do Executivo possa dar, como acontece na edição de regulamentos administrativos –, tem um papel hoje de mais flexibilidade e atualidade nas questões econômicas, porque é impossível que o legislador consiga ditar normas de conteúdo técnico econômico, ou técnico jurídico-econômico, em tempo hábil para que possa fazer frente a situações concretas ligadas à economia. A solução foi fazer algo que já se fazia no Brasil. Assim como na Justiça do Trabalho temos a possibilidade dos dissídios coletivos, que decorrem e resultam da incapacidade do Estado de regular em cada município do Brasil todas as atividades econômicas, utiliza-se esse sistema do Tribunal julgar e criar regras com o mesmo caráter abstrato, genérico, para situações específicas, dada a incapacidade de o Estado fazer isso. O raciocínio é quase o mesmo para essas instituições de regulação, que permitem a determinados órgãos, por critérios estritamente técnicos, editar regras com muito mais agilidade e rapidez para determinar situações da economia, no seu estado de vanguarda que se encontra hoje em dia, que cheguem a tempo para alcançar os seus destinatários.

Então, creio eu, é difícil pensarmos em qualquer atividade econômica no país sem pensarmos em intervenção, regulação, em uma visão mais ampla de ordem econômica. Sempre que aparecem problemas no Tribunal, os advogados trazem os temas sob o ângulo específico da ordem econômica, esquecendo que, muitas vezes, na Constituição, alguns temas da ordem econômica estão expressos em conjunto com a ordem social, porque elas são a rigor indissociáveis. É impossível achar que qualquer atividade econômica no Brasil possa ser dissociada

da atividade social. São lados da mesma moeda: embora a Constituição use a nomenclatura dupla, ordem econômica e social, elas são indissociáveis.

E essa indissociabilidade se espalha por todo o sistema constitucional e, conseqüentemente, por todo o sistema jurídico da economia do país. Isso chegará à ideia dos contratos de concessão de serviços de transporte coletivo nos municípios, nos estados e na União. Falo em contrato de concessão de forma muito tranquila, porque a literatura clássica sobre o tema sempre viu na concessão a única forma de dar à atividade de transporte coletivo a organização própria que permita à administração pública e aos particulares terem uma situação de equilíbrio. Porque os contratos de concessão de serviço público seriam os mais apropriados para as mais variadas atividades, inclusive aquelas a que damos menos importância. O serviço de táxi no Rio de Janeiro, por exemplo, continua sendo ainda objeto de permissão. Nem todos os lugares são assim, e me parece que do serviço de táxi ao de transporte coletivo, o ideal seria que a figura da concessão fosse utilizada. Entretanto, no Brasil, são poucos autores que questionam esse caráter contratual da concessão, mas no exterior a situação é contrária.

Antes da Constituição de 88, com a desorganização do sistema de transporte coletivo no Brasil, os municípios não iniciavam licitações, não cobriam por contratos esses serviços. Por necessidade, de forma precária, editavam atos administrativos que eram, na verdade, permissões, criadas diante da necessidade de se atribuir transporte para determinadas áreas, e, como toda permissão, eram marcadas pela precariedade. Sabidamente, a permissão e a autorização, apesar das mudanças que tivemos nos últimos anos, tanto na Constituição como em leis, devem ser consideradas distintas pelo tipo de interesse que se vê protegido ali. Na autorização, como acontece no caso de porte de arma, o interesse imediato é do particular. Na permissão, o interesse do particular e o interesse público são equivalentes, ou o interesse público é preponderante. Por isso, permitiu-se que empresas de ônibus realizassem atividades em determinados pontos, já que havia o interesse público de que esses ônibus atendessem à demanda por transporte coletivo.

Mas a permissão nunca foi vocacionada para ter as mesmas vantagens tanto para o particular quanto para o Estado em matéria de transporte coletivo. Para o particular, é garantido o equilíbrio financeiro e econômico do contrato, o que inclui a garantia de que as tarifas cobradas seriam adequadas ao serviço prestado, além do direito que esses concessionários teriam de ter sua situação jurídica definida. Ao passo que, ao mesmo tempo, permitia à administração, com cláusulas de serviço e com caderno de obrigações, estabelecer os pontos fundamentais para que aquele serviço se realizasse a contento. O contrato de concessão seria o ideal, portanto, para esse tipo de atividade.

Mas como disse um jurista francês, se o Direito ignora a realidade, a realidade se vingará e ignora o Direito. Tínhamos um país em que a permissão se espalhava, estava em todos os lugares, enquanto a concessão era cada vez menos usada,

“ O problema é que **no município do Rio de Janeiro, e na maioria dos municípios brasileiros, essas empresas, por questão de necessidade prática, acabavam prestando o serviço, porque a sociedade assim exigia. Temos que sopesar essas necessidades e os novos interesses concorrenciais, que implicariam inclusive na melhoria do serviço.** ”

criando, inclusive, barreiras reais para a possibilidade de participação de outros empresários. Nessa época, a permissão era outorgada de forma simples, muitas vezes desprovida de qualquer comunicação, e, quando se via, o ônibus já estava transportando passageiros. Surgiu, então, uma teoria muito particular que veio por conta da permissão. Um administrador público outorgava a uma empresa áreas que coincidiam com as linhas de ônibus já outorgadas a outro permissionário. A concessão tinha a vantagem de evitar isso, porque era submetida à discussão pública, às impugnações públicas. Mas isso não acontecia com a permissão, que muitas vezes era outorgada noite adentro, e, por um ato administrativo, ao amanhecer havia um ônibus circulando pelo mesmo trajeto que outra empresa já explorava. Criou-se, então, a teoria da “concorrência ruinosa”, exatamente por conta das permissões, para evitar a coincidência de percursos de linhas de ônibus. Quem perdia com isso era a população, porque não havia debate nenhum, como acontece hoje nas concessões, com a regulação da economia por essas agências reguladoras.

Eu falo isso porque as agências reguladoras são obrigadas a fazer audiências públicas, que são quase formais, mas permitem dar legitimidade a essas agências, já que elas exercem, de forma extraordinária, os três poderes da República. Se o Poder Legislativo exerce a função preponderantemente normativa, se o Executivo exerce a função preponderantemente administrativa, se o Judiciário exerce a função preponderantemente jurisdicional, a agência reguladora tem de fato o controle das três funções do Estado. Ela edita normas jurídicas como se legislador fosse; pratica atos administrativos em função das suas próprias normas, como se administração fosse; e aplica multas, passíveis de serem impugnadas pelo Judiciário, mas ela tem o mesmo

caráter coercitivo e é árbitra em alguns casos envolvendo matéria regulatória.

Então, a ideia da audiência pública que legitima a regulação, acaba não existindo nessas figuras da permissão que geralmente, como disse, ocorria em situações de escritório, de gabinete. Mas a Constituição, sabendo que as permissões no Brasil estavam todas sendo utilizadas em detrimento da concessão, acabou, no dispositivo nº 175, dando à permissão esse caráter de equivalência à concessão. Era um ato unilateral; não era um contrato, mas seria a permissão de serviço público mais um caso de exigência de licitação.

O que aconteceu posteriormente foi a edição de várias leis com o propósito de equipar cada vez mais a permissão, atribuindo-lhe um caráter qualificado, às vezes fixando prazos, e denominou-se, contraditoriamente, de permissão qualificada ou permissão condicionada. Mesmo assim, o fato é que as empresas continuaram limitadas àquele grupo, sem a possibilidade de outros grupos participarem do serviço público. Essa ideia de concorrência a licitação de certa forma traria. O problema é que, no município do Rio de Janeiro, e na maioria dos municípios brasileiros, essas empresas, por questão de necessidade prática, acabavam prestando o serviço porque a sociedade assim exigia. Temos que sopesar essas necessidades e os novos interesses concorrenciais que implicariam, inclusive, na melhoria do serviço. Tudo em prol da pessoa, do serviço público dirigido ao seu verdadeiro destinatário – o usuário.

O fato é que essa questão nos leva a outro aspecto. Na concessão, que é o contrato padrão e que também é tomado, creio eu, como parâmetro pela Constituição e pela lei, há prazo certo, porque ela tem que ser transitória, não pode ser perpétua.



Foto: Arquino JC

E, na realidade que encontramos hoje, por exemplo, no Rio de Janeiro, essas permissões se perpetuaram. Então, seja por sua natureza precária, seja por causa da transitoriedade dos contratos administrativos, uma coisa é certa: deveria existir uma renovação nesse período em que o serviço fosse realizado. E o único jeito é por licitação, em que todos possam participar sem restrições. A concessão interessa a todos: aos mais capacitados, àqueles dotados de melhores condições para oferecer o serviço aos usuários sob a ótica da entidade que o administra ou mesmo aos próprios empresários, que farão investimentos e terão retorno no limite dos seus investimentos e interesses. Ou a licitação, que se impõe à permissão, também interessa a todos.

Isso significa que esses prazos não podem ser perpétuos, porque não são propriedade. Se falarmos em perpetuidade, estaremos falando em propriedade no sentido mais clássico, e não em atos que são por natureza limitados no tempo. Voltando ao estudo do modelo da concessão, ela era determinada em prazos específicos, que hoje em dia estão diminuindo. Chegaram a ser de 99 anos, parâmetro utilizado pelo direito internacional. No Brasil, esses prazos chegaram a ser de 80 anos, e hoje estão em torno de 30 anos, dependendo do tipo de atividade econômica.

Nos EUA, por exemplo, há uma agência reguladora por cada Estado para administrar esses contratos e várias em

nível federal. No Rio de Janeiro, são duas: uma de energia e outra para transporte. No Brasil, no meu entender de forma equivocada, entendeu-se que a regulação da economia dependia de emenda constitucional. Então, tivemos emenda constitucional para criar agência reguladora de eletricidade, de petróleo e, depois disso, foi se perdendo, e algumas agências não tiveram previsão constitucional. O fato curioso é que a ideia do que a regulação faz, a rigor, já estava embutida na Constituição pela ideia de isonomia. Mas não foi isso que aconteceu, e instituições reguladoras dependeram de emendas.

Qualquer atividade econômica, mesmo que específica, está sujeita à regulação. É a melhor orientação, porque não se pode imaginar que o Ministério da Fazenda ou o da Indústria e Comércio venha a editar atos, resoluções, para determinar atividade, quando isso depende de critérios estritamente técnicos. Reconheço que muitas vezes as agências reguladoras acabam cometendo pecados ou praticando atos incompreensíveis. Tudo decorre do mesmo problema: falta de motivação dos atos normativos dessas instituições. Em alguns países, não se pode praticar nenhum ato de regulação sem fundamentação. No Brasil, temos esses atos praticados como se fossem dispositivos legais. Darei um exemplo prático, que

aconteceu ao longo dos primeiros cinco anos da década de 2000, e que muito marcou os tribunais quanto ao controle dessas agências. Na questão do petróleo, uma mera portaria da ANP exigia que as empresas de distribuição de petróleo tivessem uma tancagem mínima de gasolina para que fosse possível a distribuição. Os empresários reclamaram que não teria vazão e isso geraria prejuízos. Parecia, pela argumentação dessas empresas, que se tratava de uma forma de privilegiar grandes empresas e desprestigiar pequenas. Houve vários processos nesse sentido. Telefonei na mesma tarde para a ANP perguntando aos procuradores o motivo da portaria – ninguém me informava. Não tendo respostas de vários outros lugares, liguei para um professor de Economia da UFRJ, que lidava com regulação, e ele também não sabia. Deferi a liminar e aí veio uma série de críticas nos jornais contra a decisão. Até que eu aceitei um convite para visitar uma unidade de depósito de gasolina. Tentei perguntar aos engenheiros o motivo, mas só me diziam que eu tinha que cumprir a portaria. Em algum momento, eu escapei e entrei no local dos tanques. Achei um funcionário, disse que era um visitante e perguntei a ele por que o tanque era daquele jeito. Ele respondeu que precisava daquilo para manter a segurança dos empregados, a qualidade de fiscalização e que, sem a tancagem mínima, não haveria lucro para pagar tudo isso. Aí eu entendi.

Ao voltar ao Tribunal, escrevi um artigo dizendo o porquê dessa exigência mínima de tancagem – por causa da questão ambiental, de segurança do trabalho e de segurança da região em torno do depósito. Sem esse tanque mínimo, não haveria dinheiro para pagar tudo isso. Então, a regulação é malfeita; ela tem muitos poderes, mas é malfeita. Aí, temos um problema prático que é o destinatário final, o usuário.

O fato é que esses contratos de concessão são contratos administrativos porque a lei assim o diz, pois há um interesse público determinando isso. O contrato de concessão tem por característica ser remunerado pelo usuário, pelo particular. Resumindo, não vejo como possamos hoje imaginar a ideia do serviço público de transporte coletivo dissociado da ideia de concessão.

O problema é que essas concessões têm prazo de 30 anos para que o concessionário possa receber, a contento, o montante de dinheiro para pagar os gastos com ônibus e pessoal mais o lucro. Mas, após esse período, na concessão, salvo previsão legal ou cláusula específica nos contratos, eles se exaurem no tempo. Ou seja, acaba o regime e uma nova licitação acontece. A concorrência traria melhores ônibus e motoristas formados em outras condições. Então, não há, por natureza, com o fim da concessão, uma indenização. No entanto, é preciso previsão na lei. O que pode ocorrer é que, nessa passagem do fim do contrato para a nova licitação, essa remuneração que se faz por meio das tarifas, ou eventualmente de subsídios aos concessionários, possa não ter sido realizada de forma a manter o equilíbrio do contrato. Isso é possível, mas dependeria de uma previsão ou de um exame caso a caso. Se não se quebrar o equilíbrio, não há indenização.

Houve um caso de uma empresa ferroviária que recebeu da agência reguladora uma linha antiga para ser utilizada. Mas

“ O fato é que esses **contratos de concessão** são **contratos administrativos** porque a lei assim o diz, pois há **um interesse público determinando isso**. O **contrato de concessão** tem por **característica ser remunerado pelo usuário**, pelo **particular**. Resumindo, não vejo como possamos hoje imaginar a ideia do **serviço público de transporte coletivo dissociado** da ideia de **concessão**. ”

a licitação foi feita de forma açodada, e parte da descrição da área não foi informada ao vencedor. O preço era normal, tudo o mais. Porém, o advogado revelou que um trecho da linha tinha uma ponte quebrada, e isso não estava no edital. Sem a ponte, a empresa não receberia os valores necessários ao equilíbrio. O volume gasto para construir outra ponte não seria pago pelo contrato em questão. O relator dizia que, nesse caso, haveria de se aplicar uma multa para que a empresa cumprisse o contrato. Mas o valor da multa era superior ao que a empresa arrecadaria com a tarifa. Se a empresa construísse a ponte, se romperia o equilíbrio. Para quê o particular vai negociar com o Estado se ele não vai receber nada ou vai ter prejuízo? Isso é contrário à noção de negócios. Eu estava dizendo o óbvio: o equilíbrio financeiro do contrato não vai existir.

Esses problemas práticos acabam naquilo que eu falei no início, de que a finalidade do serviço público é a pessoa humana. E o principal prejudicado nesse caso era essa figura. Temos que pensar nessa figura do usuário como central, verdadeiro destinatário desses contratos. Espero que isso seja a razão pela qual nós estamos reconhecendo que não é o Estado o centro, e sim a figura da pessoa humana.

Muito obrigado.”

