

PROCURADORIA DE SERVIÇOS PÚBLICOS

Parecer nº 03/99 – Sérgio Nelson Mannheimer

Projetos de lei que criam, estruturam e dispõem sobre a criação de uma Agência Reguladora de Transportes Públicos no âmbito do Estado do Rio de Janeiro. Parecer sobre aspectos jurídicos.

Senhor Procurador-Geral,

Conferindo ao processo caráter de urgência, encaminha a esta Procuradoria-Geral o Excelentíssimo Senhor Secretário de Estado Chefe do Gabinete Civil, Dr. Jonas Lopes de Carvalho Júnior, solicitando emissão de parecer, duas minutas de Projeto de Lei dispondo sobre a criação de agência reguladora na área de transportes públicos, no Estado do Rio de Janeiro. A primeira minuta, a fls. 02-14, encontra-se assim ementada: “Cria, estrutura, dispõe sobre o funcionamento da **Agência Reguladora de Transportes Públicos do Estado do Rio de Janeiro - ATRANSPOR/RJ** -, e dá outras providências.”. Já a Segunda, a fls. 15-25, “Cria, estrutura, dispõe sobre o funcionamento da **Agência Reguladora e Fiscalizadora de Transportes Públicos do Estado do Rio de Janeiro - ARTP-RJ** -, e dá outras providências”.

Havendo duas minutas no processo, conclui, inicialmente, que a Segunda delas constituir-se-ia em um documento que, após discussões adicionais, sucedia o primeiro. Todavia, durante a leitura de ambas as minutas, constatei que elas continham entre si diferenças significativas, o que me levou a modificar parcialmente a presente manifestação, para abordar separadamente as eventuais diferenças entre uma e outra que, imagino, devem ter origens distintas na respectiva elaboração.

Anoto, outrossim, que deixo de me manifestar sobre a matéria envolvendo a conveniência e oportunidade do projeto de lei, na presunção de que tais questões tenham sido previamente consideradas no âmbito da Administração Estadual, certamente sensível para a importância do projeto e ciente das diversas implicações envolvendo a modelagem que se pretende dar à importante questão da regulação e fiscalização de serviços públicos.

I - Introdução - Regulação de Serviços Públicos

Na esteira de um processo de desestatização que atingiu todas as esferas da federação, vislumbra-se uma tendência crescente à venda de empresas e outorga de concessões e permissões na área dos serviços públicos. Independentemente do debate ideológico que tal matéria encerra, a privatização de serviços tornou-se uma realidade não só a nível federal, como também em diversos estados. Neste particular, emerge com destaque a ênfase que a administração estadual anterior, através do Programa Estadual de Privatização -, PED, deu ao projeto de alienação de empresas e concessões de serviços públicos em diversas áreas. A explicação costumeiramente adotada para justificar a agressiva política de privatização é a circunstância de não ter o Estado Brasileiro - e as unidades da federação em particular - mais condições de arcar com os expressivos investimentos necessários para recuperar empresas e serviços que, ao longo de décadas, não tiveram o aporte necessário para manter a qualidade e a competitividade necessárias.

Sendo assim, a privatização só terá sentido se puder contribuir no mínimo para incorporar novas tecnologias aos serviços públicos e aumentar a oferta dos mesmos aos usuários atuais e potenciais.

Como quer que seja, mesmo quando a execução do serviço público é delegada a terceiros, ele não deixa de ser público. O Estado abandona a prestação direta dos serviços, mas não se despe do papel de gestor do bem comum. Ao se decidir a Administração pela desestatização ou pela manutenção de um *status* anteriormente configurado não pode o Poder Público deixar de continuar exercendo com exclusividade as funções de fiscalização e o Poder de Polícia inerentes à prestação dos serviços, atividades, estas sim, inquestionavelmente indelegáveis. Embora à primeira vista trate-se de fórmula simples, na prática ela apresenta intrincadas questões que precisam ser enfrentadas e que devem ser objeto de precisa e criteriosa regulamentação, sob pena de criar distorções na relação que envolve o trinômio Poder Concedente, Concessionários e Usuários.

Em outras palavras: é intuitivo neste contexto que quando o prestador de serviços passa a ser um particular, a sociedade espera que o Estado assuma outro papel, pois em matéria de serviços públicos, mormente quando essenciais, não se pode prescindir de uma fiscalização. O particular fornece o serviço como delegado do Poder Público, devendo submeter-se a um balizamento de condutas, já que, ao prestar um serviço público, exerce atividade distinta daquela regida pelo direito privado. Por isto mesmo, não tem a liberdade de ação que teria no exercício de qualquer outra atividade meramente privada. Este balizamento é construído, de um

lado, pelo contrato de concessão ou permissão, e, de outro, pelas normas e procedimentos emanados do órgão regulador, que é uma *longa manus* do Estado encarregada deste novo e complexo papel.

II - Regulação no Estado do Rio de Janeiro

Tomada a decisão de se privatizar determinados serviços públicos, surgiu a necessidade de se criarem as agências reguladoras para fiscalizá-los. Como exemplos podemos citar, em nível federal, a Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL -, responsável por fiscalizar e regular o setor elétrico e a Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL -, responsável pela regulação dos serviços de telefonia. No Estado do Rio de Janeiro foi criada pela Lei nº 2.686/97 a Agência Reguladora de Serviços Públicos - ASEP-RJ -, a quem foi conferida a competência para regular e fiscalizar, de forma ampla, as concessões e permissões de serviços públicos nas quais o Estado figure por disposição pactual ou legal, como Poder Concedente ou Permitente. Trata-se de uma agência dita *multisetorial*, porquanto a lei que a criou conferiu ao mesmo órgão o poder de fiscalizar as concessões nas mais diversas áreas, incluindo energia (gás), transportes (barcas, metrô, trens, rodovias) e saneamento, entre outros. Além disso, a ASEP-RJ poderia receber delegações de outros poderes, como constitui exemplo convênio que firmou com a ANEEL para exercer parcialmente a fiscalização na área de energia elétrica no Estado do Rio de Janeiro.

A criação da ASEP-RJ incorporou, basicamente, elementos colhidos de outras legislações, especialmente a formatação de agências reguladoras européias e, principalmente, americanas, as chamadas *utilities commissions*. O conceito que motivou então o Poder Executivo, quando do encaminhamento do Projeto de Lei que veio a se transformar na Lei nº 2.686/99, ao menos em tese, girava em torno da idéia de se criar uma agência independente e autônoma, que pudesse atuar como se estivesse no centro de um triângulo regular, onde os respectivos vértices equidistantes seriam ocupados pelo Poder Concedente, pelos Usuários e Pelos Concessionários.

Instituídas sob a forma de autarquia, as agências reguladoras e em particular a ASEP-RJ representam uma experiência nova no contexto do país. Sua criação, estruturação, composição e funcionamento tem aspectos elogiáveis e outros dignos de crítica. Abordar os mesmos não é, todavia, tarefa que se insira no estreito escopo do presente parecer, uma vez que, consoante se vê destes autos e de declarações que esporadicamente se tem colhido na imprensa, a Chefia do Poder

Executivo, exercendo a direção superior da administração estadual, parece ter formado seu juízo a respeito da modelagem que visualiza para a regulação dos serviços públicos, o que envolve, entre outros, a criação de uma Agência Reguladora de Transportes Públicos, objeto dos projetos de lei que são ora submetido à análise da Procuradoria-Geral do Estado.

Se a apresentação do Projeto de Lei é matéria de conveniência e oportunidade, que se insere no âmbito da discricionariedade do Poder Executivo e sobre o que não cabe nosso pronunciamento, incumbe, inegavelmente, à Procuradoria-Geral do Estado, como adiante se fará, opinar a respeito da legalidade e juridicidade de seus dispositivos, bem assim apresentar sugestões para aperfeiçoá-lo, se tal se fizer necessário ou desejável. Daí a pertinência do impulso de fls. 26, emanado da ilustre chefia do Gabinete Civil.

III - O Projeto de Lei que cria a ATRANSPOR/RJ ou ARTP-RJ

Como se disse acima, o Estado tem hoje, em funcionamento, uma Agência Reguladora Multisetorial, a ASEP-RJ, criada e regida pela Lei nº 2.686, de 13 de fevereiro de 1997, alterada pela Lei nº 2.752/97. À ASEP-RJ tem incumbido até o momento, ao menos de direito, exercer, nos termos do Artigo 2º da referida lei, a fiscalização e regulação dos serviços públicos na área de transportes, exceção feita aos serviços intermunicipais de transportes de passageiros por ônibus, nos termos da ressalva constante da parte final do citado artigo.

Pelos projetos de fls. 02-14 e 15-25, ambos elaborados tendo por modelo a lei que criou e estruturou a ASEP-RJ, a fiscalização dos serviços em referência passaria a ser de atribuição da nova agência a ser criada. Observo, todavia, que os projetos não fazem qualquer referência à ASEP-RJ, não havendo exclusão expressa de competências que hoje são atribuídas ao órgão existente. Por outro lado, registro a existência de mais um Anteprojeto de Lei na área de regulação, como se constata do Processo nº E-12/229/99, que também me foi submetido à apreciação, o qual versa sobre a criação de outra agência reguladora na área de *energia e infraestrutura*.

Fica a dúvida, assim, se o objetivo dos projetos é a extinção da agência reguladora existente ou a criação de duas novas agências com atribuições específicas, o que se impõe seja aclarado para evitar qualquer dúvida ou conflito de interpretações. Observe-se, por oportuno, que além da Lei nº 2.686/97, que criou a agência hoje existente, há referência específica à ASEP-RJ em diversos

diplomas legais e em **todos** os contratos de concessão e/ou nos respectivos aditivos, firmados na área de transportes. Ocorrem-me agora aquele firmado com a CONERJ (transporte aquaviário de passageiros e cargas), VIA LAGOS (RJ-124), OPPORTANS (transporte metroviário) e RIO TRENS (transporte ferroviário metropolitano). Tornar-se-á, assim, necessário alterar os contratos de concessão firmados com os concessionários, atribuindo à ATRANSPOR/RJ ou ARTP-RJ as funções da ASEP-RJ ou, ao menos, fazer constar do Projeto de Lei dispositivo de igual eficácia, fazendo a retificação nos contratos.

Há ainda, como se disse, diversos dispositivos legais que fazem referência expressa à ASEP-RJ. Devem ser mencionados, na parte que tem relevância para os serviços de transporte referidos no Projeto de Lei, pelo menos os seguintes diplomas legais:

- a) Lei nº 2.831, de 13.11.97 (Lei Estadual de Concessões) – Art. 35: Atribui à ASEP-RJ a fiscalização dos serviços concedidos; Arts. 37 e 38: Estabelecem o papel da ASEP-RJ no processo de intervenção na prestação de serviços;
- b) Lei nº 2.804, de 08.10.97, que dispõe sobre o regime de prestação do serviço público de transporte aquaviário de passageiros, cargas e veículos no Estado - Diversos dispositivos dispõem sobre o papel da ASEP-RJ; O Decreto nº 23.925, de 23.12.97 regulamentador da lei, também se refere à atual agência em diversos de seus dispositivos;
- c) Lei nº 2.869, de 18.12.97, que dispõe sobre o regime de prestação do serviço público de transporte ferroviário e metroviário de passageiros no Estado, entre outros diversos dispositivos.

Parece, dessarte, que os diplomas legais acima referidos devam ser objeto de adaptação ao que se pretende implementar, para que não haja dúvida a quem incumbirá exercer o Poder Regulatório e Fiscalizador ou, no mínimo, para que a legislação estadual dispondo sobre os serviços em referência guarde coerência com a nova sistemática a ser eventualmente implantada.

Conquanto a Lei nº 2.686/97 tenha preservado de forma expressa a competência do Departamento de Transportes Rodoviários do Estado do Rio de Janeiro - DETRO/RJ -, o Projeto de Lei em comento não o faz. Por outro lado, o

Art. 15 do projeto de fls. 15-25 faz referência a uma *Câmara de Transporte Rodoviário*, o que faz supor a execução de tarefas hoje cominadas à mencionada autarquia. No inciso V da minuta anterior (fls. 4) faz-se referência ao DETRO/RJ, estabelecendo-se a competência da ATRANSPOR/RJ para determinar àquela autarquia a cassação da concessão. Neste mesmo projeto, os Artigos 21 e 22 voltam a tratar da matéria, retirando da competência do DETRO/RJ, fixada na Lei nº 1.221/87, a prerrogativa de apreciar reclamações de usuários e de elaborar planilhas de custos para os cálculos tarifários. Os incisos VIII e XIV do Art. 2º da Lei nº 1.221 seriam alterados para incluir no processo a ATRANSPOR/RJ.

Trata-se, não é desimportante dizer, de matéria da maior relevância, diante do escopo das funções do DETRO/RJ e da repercussão de suas atividades para a população. A inclusão no órgão regulador a ser criado das atribuições do DETRO/RJ oferece complicação legislativa e logística que deve ser objeto de criterioso estudo e cuidadoso detalhamento no Projeto de Lei, se assim for decidido. Neste aspecto, tanto a minuta de fls. 2 e seguintes como a posterior, estão a exigir, *data venia*, revisão e detalhamento, porquanto não fica claro o limite de atribuições do novo órgão regulador *vis-à-vis* do órgão fiscalizador de transporte por ônibus. O conflito de competências, deve, evidentemente, ser evitado, sob pena de enfraquecer o próprio processo fiscalizatório e regulatório.

O inciso II do Art. 4º da minuta que cria a ATRANSPOR/RJ (fls. 4) faz referência à apresentação, pelos Concessionários ou Permissionários, de planilhas de custos elaboradas de forma detalhada e transparente. Faço notar que na sistemática dos diversos contratos de terceirização existente na área de transportes nem sempre o critério de custos é determinante para a concessão de reajustes. Na prática, os contratos, especialmente aqueles elaborados no âmbito do Programa Estadual de Desestatização (PED), já contêm fórmulas de reajustes vinculados a índices de preços que regem de forma clara quando e como se darão os reajustes. Por outro lado, em muitos casos é ideal que a formulação da concessão leve a uma redução de custos do Concessionário, para que se possa apropriar uma parte desta economia em benefício do usuário, com a redução da tarifa. Uma alternativa seria a inclusão no referido inciso da expressão “quando for o caso”.

O Parágrafo Único do Art. 4º do primeiro Projeto de Lei estabelece a possibilidade de recurso das decisões da Agência a uma Junta Recursal composta por membros do Conselho de Secretários a ser instituído pelo Poder Executivo através de decreto. Já o projeto de fls. 15 e seguintes não contém a previsão de tal recurso a um órgão externo (o Regimento Interno da ASEP-RJ criou a possibilidade de um recurso ao próprio órgão regulador). A existência de um recurso externo

estabelece, na prática, uma instância superior à agência, com poderes para rever suas decisões. Trata-se de uma decisão política importante, que envolve considerações acerca da autonomia que se pretende conferir ao órgão regulador. Nada obstante, conviria, caso fosse adotada a solução do recurso externo, que a própria lei estabelecesse a composição e as linhas gerais de funcionamento do Conselho de Secretários de Estado, que, pela sua importância no contexto, mereceria maior estabilidade do que aquela que lhe seria outorgada por decreto, alterável a qualquer momento.

O § 1º do Art. 11 do primeiro projeto (§ 2º do Art. 12 do projeto de fls. 15/25), inspirado, também, na Lei da ASEP-RJ, está, igualmente, a exigir alguma reflexão. É que referido dispositivo foi concebido para atender a Municípios que, na área de saneamento básico, sustentavam deter parcela do Poder Concedente na matéria, quando prevalente o interesse local (distribuição domiciliar de água e esgotamento sanitário). Não parece aplicar-se o princípio à área de transportes, onde inexistente, salvo equívoco, serviço público indivisível em que haja a interpenetração que exija a acomodação de interesses municipais na agência reguladora.

Registro, ainda, confrontando os projetos, a remuneração distinta que se atribui em cada qual aos Conselheiros e demais servidores da agência. Trata-se, todavia, de matéria de política de pessoal, que foge ao escopo desta manifestação.

O § 2º do Art. 14 do primeiro projeto e do Art. 15 do segundo estão em contradição com os respectivos Arts. 15 e 16: O primeiro dispositivo prevê a requisição de servidores diretamente pelo Conselho-Diretor. O segundo dispositivo, preferível diante da necessidade de se manter o controle da movimentação de servidores públicos na pessoa do Governador, estabelece que a requisição deverá ser a este dirigida.

Os Arts. 17 e 19 dos projetos criam uma Comissão de Assessoramento, a ser integrada por membros indicados por entidades não governamentais representativas de usuários e prestadores de serviços. Pelo que se depreende das respectivas redações, a nomeação incumbirá ao Presidente da autarquia, para exercício de função não remunerada. O texto, todavia, sugere que a remuneração é que ficará a critério do Presidente, o que parece não ser o objetivo do projeto. Se esta interpretação estiver correta, permito-me sugerir que o dispositivo, na sua parte final seja retificado para “...os quais serão nomeados pelo Presidente, para o exercício de função não remunerada.”

No que se refere à taxa de regulação de que tratam os projetos em seus artigos 18 e 20, respectivamente, ocorre-me uma observação e algumas dúvidas:

A taxa que se pretende criar já existe, instituída que foi pela Lei nº 2.686/97 e alterada pelo Art. 15 da Lei nº 2.752, de 02.07.97. Sua atual alíquota é de 0,5% (meio por cento) e a base de cálculo “o somatório das receitas das tarifas auferidas mensalmente pelo Concessionário ou Permissionário, nas atividades sujeitas à regulação da Agência Reguladora de Serviços Públicos do Estado do Rio de Janeiro”. Multiplicada por dez a alíquota do tributo e alterada a base de cálculo para a *receita bruta* do concessionário ou permissionário, a consequência imediata será a elevação das tarifas em pelo menos 4,5% (quatro e meio por cento), onerando substancialmente os usuários, já que, salvo melhor juízo, o aumento, representando desequilíbrio econômico-financeiro dos contratos, haverá de ser levado à conta das tarifas.

Em época de baixa inflação (menos de 2% ao longo de 1998), quadro recessivo e grave crise econômica que está a exigir esforços para manter ou elevar o nível de emprego e conter o perigo do retorno da inflação, mercê da recente extinção da chamada âncora cambial, o aumento da taxa de regulação deveria, no mínimo, ser precedido de estudos que demonstrassem a necessidade de receita para que a atividade regulatória seja auto-suficiente, como de fato se impõe. Certamente o percentual adotado se revelará excessivo, mormente se passar a existir, como parece ser o espírito do projeto, o recolhimento por parte dos delegatários dos serviços de ônibus intermunicipais (embora caiba chamar atenção para a existência da taxa de vistoria e fiscalização de que trata o Art. 9º da Lei nº 1.221/87).

As dúvidas referidas se situam na esfera do direito tributário, para o que se faz necessária a oitiva da PG-3 (Procuradoria Tributária), eis que tratam de matéria da competência daquela especializada. A primeira diz respeito à modificação da base de cálculo da taxa de regulação, que passaria a ser o valor da receita bruta do concessionário, alteração que poderia, hipoteticamente, violar o § 2º do Art. 145 da Constituição Federal. A segunda surge da circunstância de definirem os projetos que a nova conformação do tributo seria devida a partir de janeiro de 1999, o que poderia ser considerado inconstitucional por afrontar o princípio da anterioridade, consagrado no Art. 150, III, b, da Carta Magna. Já que se cuida aqui da modificação de um tributo existente, e não de sua instituição, seria o caso, talvez, da própria PG-3, em sua manifestação, sugerir a redação adequada para os Arts. 18 ou 19 dos projetos, respectivamente.

Desejo, por fim, deixar registrado o fato de que, por determinação superior, e dada a urgência solicitada, tive, como se vê, pouquíssimo tempo para preparar o presente parecer, tempo certamente insuficiente para a importância e extensão da

matéria. Eventuais falhas, omissões, excessos e imperfeições constantes desta manifestação, para as quais desde já encareço minhas escusas, foram, pois, involuntárias.

É o parecer, s.m.j.

Sérgio Nelson Mannheimer

Procurador do Estado

À d. PG/2:

Visto. De acordo com o Parecer nº 03/99-SNM, de 20.01.99, que abordou os aspectos pertinentes da matéria submetida a exame.

Adiro à recomendação de que se ouça a d. PG/3, no que pertine aos aspectos tributários envolvidos

Em 21.01.99

Josenete Veloso Monteiro

Procuradora-Chefe da Procuradoria de Serviços Públicos

VISTO

Aprovo o Parecer nº 03/99 – SNM -, de fls. 28-38, da lavra do ilustre Procurador do Estado Sérgio Nelson Mannheimer, placitado pela Chefia da douta Procuradoria de Serviços Públicos (fls. 39), que bem analisou o Projeto de Lei de criação da Agência Reguladora de Transportes Públicos – ATRANSPOR/RJ. Entendo, todavia, despidiendia, neste momento, a oitiva da Procuradoria Tributária em razão das alterações já procedidas no texto, considerando como preço público o que, originariamente, era tratado como taxa.

Saliento que a criação desta nova agência depende da extinção da Agência Reguladora de Serviços Públicos – ASEP -, objeto do Projeto de Lei constante do

procedimento administrativo nº E-14/30.331/99, a fim de que daí não exsurja qualquer conflito de natureza competencial.

Ao Gabinete Civil para ciência do Excelentíssimo Senhor Governador do Estado e ulterior encaminhamento à Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro para apreciação da versão do Projeto de Lei, de fls 40-52, com as alterações aprovadas por esta Procuradoria-Geral do Estado.

Em 27 de janeiro de 1999.

Francesco Conte
Procurador-Geral do Estado

Proc. nº E-12/228/99