

VISTO

Visto. De acordo. As minuciosas informações contidas no Parecer, redigido de forma clara e didática, ministraram a fundamentação para o prosseguimento dos trabalhos de privatização da CERJ. Ao gabinete.

Em 15-08-96

DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO
Procurador-Chefe Procuradoria Administrativa

VISTO

Aprovo o Parecer nº 37/96-MJVS, subscrito pelo ilustre Procurador MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO (fls. 55/82), acolhido pela Chefia da douta Procuradoria Administrativa (fls. 83), peça que se constitui num excelente estudo sobre os problemas inerentes às concessões de energia elétrica e fundamenta o prosseguimento dos trabalhos de privatização da CERJ.

Ao Gabinete Civil, com vistas à Comissão Diretora do Programa Estadual de Desestatização.

Em 16 de agosto de 1996.

LUIZ CARLOS GUIMARÃES CASTRO
Subprocurador Geral do Estado

Parecer nº 07/97 – MJVS – Marcos Juruena Villela Souto

Em 06 de fevereiro de 1997.

S.E. Transportes - Flumitrens
Serviços de Transporte Ferroviário – Definição de Poder
Concedente – Cabimento de Subsídios

Senhor Procurador Geral,

A S.E. Transportes, com prévia manifestação de sua douta Assessoria Jurídica solicitou, em 05.02.97, em regime urgentíssimo, manifestação da PGE acerca de pontos relativos à FLUMITRENS e à prestação de serviços de transporte ferroviário. A consulta visa a atender dúvidas levantadas pelo BIRD, que devem ser esclarecidas até 10.02.97 (durante as festas de carnaval), como condição de prosseguimento das negociações do contrato de empréstimo ao Estado para modernização da estrutura do serviço.

O caráter urgentíssimo da consulta impede uma pesquisa mais apurada, podendo comprometer, eventualmente, as conclusões. Passa-se, de imediato, por tópicos, a uma breve resposta às questões:

- Poder Concedente do Transporte Ferroviário –

A técnica constitucional de repartição de competências envolve poderes *enumerados* da União, competência dos Municípios para temas de interesse *local* e a competência *residual* dos Estados, abrangendo aquilo que não se inseriu na competência federal ou municipal.

Dentro de cada esfera de competência há que se distinguir entre as *legislativas* e as *administrativas*; à União, cabe *legislar* sobre trânsito e *transporte*, e sobre diretrizes da política nacional de transportes (CF, artigo 22, XI e IX e 178), bem como *explorar os serviços de transporte ferroviário*, diretamente ou mediante *concessão*, permissão ou autorização, “entre portos brasileiros e fronteiras nacionais ou que transponham o limite de Estado ou territórios” (CF, art. 21, XII, “d”).

Destarte, embora sujeito à *legislação federal* – eis que os serviços devem se compatibilizar com uma política de transportes, voltada para a integração e desenvolvimento do território nacional (vide, por ex. Leis 5917, de 10.09.73 e 9060, de 14.06.95) e ao consequente *poder de polícia da União* (já que é pacífico na doutrina que tem poder de polícia quem tem poder de legislar); o transporte realizado dentro do território do Estado não se insere na competência *administrativa* federal. O Decreto 1832, de 05.03.96, deve ser interpretado no sentido de que a União só é poder-concedente quanto às malhas que integram as linhas federais, definidas na Lei nº 9060/95.

De fato, nada existe que justifique a competência federal em transporte *urbano* que, quando muito, poderia ensejar a competência *municipal* (CF, artigo 30, I e V), o que, mais uma vez é afastado, não só para abranger tal modalidade área que ultrapassa os limites do município, como, por força do artigo 25, §3º, CF, estar-se diante de serviço metropolitano (CERJ, artigos 75 e 242 e Lei Complementar ERJ nº 64, de 21.09.90).

O fato de existirem serviços ainda prestados sob direção federal é mais uma das decorrências de o Rio de Janeiro ter sido a capital federal e Cidade-Estado antes de tornar-se a capital do Estado do Rio de Janeiro, o que se busca corrigir com a Lei nº 8693, de 03.08.93, autorizando a transferência das ações da CBTU para Estados e Municípios.

Há, pois, argumentos de ordem constitucional e legal que autorizam a conclusão de estar o Estado legitimado a explorar tal serviço.

- Utilização de Bens Operacionais da FLUMITRENS

Os bens da Administração Pública podem ser empregados pelo poder concedente na prestação dos serviços públicos por particulares sem necessidade de alienação; no caso de bens do Estado, pode se dar a concessão de uso gratuita ou remunerada (assemelhando-se, respectivamente, ao comodato ou à locação entre particulares); a permissão de uso é ato administrativo precário, sendo desaconselhável sua utilização para contratos de concessão de serviço público. A remuneração ou gratuidade na utilização do bem decorre de fatores técnico-políticos que vão influenciar na formação da tarifa e no próprio universo de competidores.

A lei federal nº 8693, de 03.08.93, e a lei estadual nº 2143, de 27.07.93, assim com o convênio firmado entre a União e o Estado para transferência do sistema de trens da CBTU para a FLUMITRENS não esclarecem quem é o proprietário dos bens em questão (não definidos na consulta). O certo é que o proprietário – Estado ou FLUMITRENS – deverá celebrar com o concessionário um contrato acessório para a utilização dos bens afetados ao contrato de concessão de serviços públicos, podendo prever garantias, nos termos da Lei nº 8.666/93, artigos 56, §5º, c/c 124.

- O Papel da FLUMITRENS na Concessão do Serviço

O serviço público de transporte ferroviário urbano regional é da competência do Poder Público Estadual, que, como toda e qualquer forma de descentralização, pode ser prestado por *outorga* (por lei que cria uma autarquia, empresa pública ou de economia mista) ou por *delegação* (concessão ou permissão de serviço público).

No Estado do Rio de Janeiro, a Lei nº 2143, de 27.07.93, autorizou a criação da FLUMITRENS para exercer, em nome do Estado, a exploração do serviço de transporte ferroviário urbano.

Cabe, então, ao Chefe do Poder Executivo, no exercício de sua função de direção superior da Administração – CF, artigo 84, II – definir se a FLUMITRENS

se tornará uma gestora da concessão, celebrando um contrato de subconcessão, nos termos do artigo 26, §1º da Lei nº 89987/95 (já que o poder concedente, segundo o artigo 2º, I, da Lei 8987/95 é a União, o Estado, o DF ou o Município), ou se será extinta, com prévia liquidação, ou, ainda, se será alienada com a concessão, hipóteses já autorizadas pela Lei Estadual nº 2470/95, que instituiu o Programa Estadual de Desestatização. A definição caberá à modelagem da desestatização, que poderá levantar outras alternativas que prevejam a concessão pelo Estado e a fiscalização da execução pela FLUMITRENS.

- Possibilidade de Subsídios nas Concessões

Um dos conceitos basilares na prestação do serviço público é o de *serviço adequado*, que, previsto no artigo 6º, §1º, da Lei nº 8987/95, tem na *modicidade das tarifas* um de seus elementos. Com vistas à modicidade, o artigo 11 da Lei nº 8987/95 dispõe que o concedente pode prever, em favor do a concessionária, receitas alternativas, complementares, acessórias ou projetos acessórios; em caso de *subsídios* ou vantagens, a única exigência é que tenham sido previamente autorizados por *lei* e à disposição de todos os concorrentes (art 17). A CF, em seus artigos 150, §6º e 165, §6º, exige previsão legal para subsídios de natureza tributária ou financeira.

Para tanto, buscando o desenvolvimento setorial, pode ser editada lei prevendo a autorização para outorgar subsídios (CF, artigo 174, §1º e CERJ, artigo 212, §1º), devendo sua implementação, por envolver mais de um exercício, ser prevista nas leis orçamentárias (CF, artigo 165, §§1º, 4º e 5º, I).

É claro que isso pode gerar incertezas, já que o contrato tem prazo superior ao plano plurianual, nada garantindo que, no futuro, mudança de orientação política enseje rompimento com tal proposta.

Eventualmente, pode se cogitar de uma operação de empréstimo de longo prazo feito pelo Estado em favor do concessionário, com garantia da União ou do BIRD, ou, ao contrário, um contrato de empréstimo feito pela concessionária com pagamento pelo Estado. Pode-se cogitar da aquisição de debêntures ou ações de emissão do concessionário, o que, entretanto, esbarraria no conceito de “exploração por conta e risco” do concessionário. As operações financeiras devem ser submetidas à aprovação do Senado Federal (CF, artigo 52, V, VI, VII, VIII ou IX, conforme o caso). Enfim, a “engenharia financeira” deve ser definida na execução do contrato de consultoria que fixará a modelagem da desestatização. Nas poucas horas para examinar o tema, cabe apenas concluir que o sistema da Lei não repudia o subsídio, mas, ao revés, expressamente o prevê, desde que legalmente autorizado. O veto ao artigo 24 da Lei nº 89867/95 não inibe a outorga de benefícios pela legislação estadual (ou mesmo federal) por força de lei específica que regule um determinado serviço. À norma geral federal cabem os contornos da concessão ou permissão, não a disciplina específica dos serviços, especialmente os estaduais ou municipais, que observam a autonomia do artigo 18, CF. O argumento se reforça diante de serviços de cunho nitidamente social, como o transporte de massa, que, em vários países, é subsidiado.

O certo é que a modicidade da tarifa deve ser conciliada com o equilíbrio econômico-financeiro do contrato; logo, se previsto no contrato o subsídio e, depois, retirado, pode-se dar ensejo à rescisão do contrato – artigo 39 da Lei nº 8987/95, cabendo ao concedente assumi-lo sem prejuízo da indenização pelos prejuízos suportados pelo concessionário. Esse binômio – modicidade/equilíbrio econômico-financeiro – é que justifica o prazo contratual, sendo, pois, norma geral o prazo em aberto da concessão. O limite de 50 (cinquenta) anos previsto na Lei Estadual nº 1481/89, artigo 2º, par. único, admite prorrogação, que não pode ser negada se tal equilíbrio não for alcançado com prestação do serviço adequado.

Eram as breves observações que podiam ser feitas para atender ao prazo solicitado.

É o parecer, s.m.j

VISTO

Aprovo o Parecer nº 7/97-MJVS, do douto Procurador do Estado, DR. MARCOS JURUENA VILELLA SOUTO, que, em exíguo prazo, examinou com precisão as questões suscitadas, oferecendo as soluções jurídicas adequadas.

É de se louvar o empenho e eficiência com que o competente Procurador respondeu à complexa tarefa que lhe foi cometida, administrando, com sabedoria, o tempo escasso de que dispunha e a abrangência do conteúdo, expondo, com segurança e de forma objetiva, o equacionamento dos temas enfrentados.

Ao Exmo. Senhor Secretário de Estado Chefe do Gabinete Civil, para ciência, solicitando o posterior encaminhamento à Secretaria de Estado de Transportes, com vistas à FLUMITRENS.

Em 07 de fevereiro de 1997.

MARIA FERNANDA VALVERDE

Resp. p/ Subprocuradoria Geral do Estado

Parecer nº 18/99-MJVS – Marcos Juruena Villela Souto

Em 12 de dezembro de 1999.

Processo nº E-14/37594/99

INTERNET. Sites do Estado do Rio de Janeiro – Inclusão de espaços publicitários para utilização por empresas privadas – ato jurídico bilateral regido predominantemente pelo direito privado – Formalidades a serem observadas – licitação prévia e termo de contrato – observância do Código de Defesa do Consumidor quanto ao conteúdo da publicidade

Senhor Procurador-Geral,

I

Trata-se de pedido de opinamento formulado pela Secretaria de Estado de Comunicação Social (SECOM), através de sua Assessoria de Informática, com prévia consulta à Assessoria Jurídica do referido órgão, no que tange à implementação dos chamados *banners* (nome técnico dado aos espaços de publicidade), em *sites* do Estado do Rio de Janeiro, a fim de serem explorados por empresas privadas.

O interesse pela implantação dos espaços de publicidade, segundo consta no Parecer nº 05/99-ASSEJUR/SECOM, seria motivado pela elevada quantidade de acessos aos referidos *sites* (fls.03).

Entendeu o órgão jurídico setorial que a cessão de espaços dos *sites* para empresas privadas pode ser operacionalizada “mediante simples troca de correspondência epistolar”, sendo “desnecessário o instrumento contratual, eis que se trata somente de uma autorização mediante paga e também não se vislumbrando qualquer forma típica de competição” e “onde não há um texto contrário, a liberdade será posta ao alcance da vontade de cada um”. Estas as conclusões submetidas a exame desta Procuradoria Geral do Estado.

II

1.O direito à utilização de espaços na internet

A internet, nomenclatura utilizada para designar a rede mundial de comunicações via computador, opera através da utilização de uma rede pública de serviços de telecomunicações, sendo intermediada por uma entidade denominada provedor.