

20 de maio de 2011

Seminário

A Evolução do Desempenho das Concessionárias

Aspectos Jurídicos, Econômicos e Sociais

Hotel Portobello Resort & Safari

Mangaratiba - RJ

20 a 22 de maio de 2011

Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro

EMERJ - Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

CEDES - Centro de Estudos e Debates

Supervia

Histórico, evolução e desfecho da Sucessão!

A idéia de “modernização da gestão do Estado” está intrinsecamente relacionada à necessidade de maior eficiência, atendendo-se com isso, às expectativas da sociedade. Não há menor dúvida de que um Estado hipertrofiado gera custos de alta monta, mantidos por tributos sacrificadores da poupança popular e o investimento empresarial sem o correspondente retorno em qualidade dos bens e serviços prestados.

Na medida em que se tem a livre iniciativa como fundamento da República, assegurado constitucionalmente, como direito do indivíduo e como princípio da ordem econômica, o Estado, por seu turno, deve concentrar-se na gestão de serviços públicos e não na produção de riqueza, papel da iniciativa privada; só através desse direcionamento objetivo de esforços e recursos públicos obter-se-á satisfação da sociedade em áreas essenciais – e hoje carentes – como segurança, saúde e educação.

Tal como aludido acima, caberia ao Estado garantir o mínimo existencial e à iniciativa privada a produção de riqueza, mediante a desestatização, privatização e concessões de serviços públicos, os quais contemplam modelos de coadjuvação do Estado, previstos na Carta Magna.

Contextualizando, depreende-se desse conceito Constitucional, em primeiro lugar, o fato da Concessionária de serviços públicos prestar serviço estatal, mas em nome próprio e por sua conta e risco. O Estado deixa de prestar o referido serviço, cabendo a uma determinada Entidade prestar um serviço público. Naturalmente as condições são estabelecidas unilateralmente pelo poder público, que exerce supremacia. Sem qualquer dúvida, ninguém prestaria o multicitado serviço se não houver contrapartida, o que se traduz no equilíbrio econômico financeiro do contrato.

Feito o necessário intróito, cabe-nos apreciar a origem, as conseqüências, acompanhar a evolução da jurisprudência e desenhar um início de desfecho para o antigo problema da alegada sucessão vivenciado pelas Concessionárias de Serviço Público, e em especial pela Supervia.

Pois bem, em 1998 a Supervia venceu a concorrência pública para gerir o transporte ferroviário de passageiros do Rio de Janeiro, recebendo na ocasião um sistema caótico, inoperante e desacreditado. Constou-se, ainda no Edital de Licitação e posteriormente no Contrato de Concessão, cláusula 24^a, parágrafo 1^o, recentemente ratificado no 8^o aditamento, que culminou na

renovação antecipada da Concessão, previsão segundo a qual o passivo anterior a tomada de posse, não seria de responsabilidade da Supervia.

Em estrito rigor às suas obrigações, investimentos vultosos foram realizados, nos últimos 12 anos, na ordem de 700 milhões de reais na modernização do sistema, aumentando, de forma significativa, o número de trens em funcionamento, atingindo uma regularidade na prestação de serviços acima de 90%.

Não obstante o nível de excelência na prestação de serviço, o quadro evolutivo sofre diariamente com os impactos decorrentes de centenas de penhoras autorizadas pela Justiça Fluminense, ao argumento de ocorrência de sucessão entre a Supervia e a Flumitrens (Central – verdadeira sucessora).

A situação é inusitada, pois ações indenizatórias ajuizadas apenas contra a Flumitrens, quando alcançada a fase de cumprimento de sentença, simplesmente é direcionada para a Supervia, que se vê obrigada a pagar a conta, ou arcar com as conseqüências das penhoras, arrestos e medidas assecuratórias do débito, que jamais foi de sua responsabilidade, segundo os termos da concessão.

O passivo é gigantesco e alcança a inacreditável cifra aproximada de R\$400 milhões de reais, com volume de 600 execuções, originalmente ajuizadas contra a Flumitrens, posteriormente direcionadas contra a Supervia.

Sem embargo, transporte é infra-estrutura, e é disso que os passageiros do Estado do Rio de Janeiro precisam. Sessenta por cento da população da Região Metropolitana, onde a Supervia passa, são pessoas com mais de 10 anos e que ganham até um salário-mínimo. Essas pessoas não podem mais suportar aquele transporte deteriorado de 1998. Essa é a pior conseqüência, se não fomos capazes de permitir que a concessionária faça os investimentos. O Estado, por mais vontade que tenha, não é capaz de suportar os expressivos investimentos realizados, sem prejuízo dos futuros, previstos também no Contrato de Concessão.

Segundo o modelo Constitucional, aonde caberia a iniciativa privada a exploração de riqueza, através da prestação de serviços essenciais, também seria de sua responsabilidade seguir com os investimentos, que trarão benefícios imensos à população do Estado do Rio de Janeiro, já que o número de passageiros transportados faz enorme diferença!

Nessa toada, estaríamos trabalhando um dos maiores gargalos ao desenvolvimento do País, conhecido como infra-estrutura. Para tanto, os investidores precisam simplesmente seguir o contrato. Nada mais, nada menos. Pretendem, portanto, seguir fielmente os termos da concessão, não respondendo, por conseguinte ao passivo da Flumitrens anterior à tomada de posse.

Compreendida a origem e o cenário fático, passemos a análise da resposta dada pelo Judiciário, dividida em dois momentos: um primeiro de 1998, até meados de 2008, denominado período caótico; um segundo de meados de 2008 até o presente momento, denominado de volta aos trilhos Constitucionais.

Inicialmente, pode-se dizer, que o regime Constitucional de Privatização, Desestatização e Concessão de Serviço Público é novo, pois as nossas primeiras experiências remontam a década de 90, motivo pelo qual despertou confusão, típica de um regime carente de amadurecimento, quanto as conseqüências, mormente quanto aos efeitos práticos, especificamente naquilo que se relaciona com o passivo.

Na Justiça Fluminense a primeira experiência a causar verdadeira enxurrada de demandas, em razão da grave inadimplência, foi exatamente o caso BANERJ. O que se via na prática eram milhares de ações em fase de execução, sem qualquer eficácia, pois não se conseguia satisfazer a execução. Nesse contexto, surgiu, portanto, a tese da sucessão, atribuindo-se ao Banco Itaú a responsabilidade pelo passivo do BANERJ.

Todavia, o instituto aplicado ao caso BANERJ é absolutamente diverso, daquele aplicado a Supervia, pois o primeiro se deu por privatização, e o segundo por concessão de serviço público.

A grande diferença entre os instrumentos, é que na privatização sucede verdadeiro processo de venda de uma empresa ou instituição do setor público, que integra o patrimônio do Estado – para o setor privado.

Já a concessão de serviço público, caracteriza-se por ser outorga à entidade privada para explorar serviço público, por tempo determinado, mediante remuneração e cláusulas unilateralmente estabelecidas pelo Estado. Registre-se, ainda, que na privatização a entidade privada ostenta condição de proprietária daquele negócio, enquanto que na concessão a entidade privada detém apenas o direito de explorar o serviço, por determinado período, mediante a utilização de bens reversíveis, os quais retornarão ao Estado ao final da concessão.

As primeiras decisões sobre sucessão surgiram a partir do caso BANERJ, pois a privatização se deu anteriormente à outorga da concessão à Supervia. Um dos primeiros precedentes que se tem notícia é exatamente o Recurso Especial distribuído sob o n. 310.804/RJ, 4ª Turma, Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior, DJ 27.05.2002, Superior Tribunal de Justiça, in verbis:

“...disse bem o eminente Desembargador Sérgio Cavalieri Filho:

“Ora, ninguém desconhece que o antigo Banerj transferiu para o novo Banerj todos os seus ativos bancários e estabelecimentos comerciais produtivos e que, em razão disso, tornou-se insolvente, tanto assim que teve sua liquidação extrajudicial decretada pelo Banco Central.

Chamem-no como quiserem, mas à luz do art. 229, da Lei das AS (Lei 6.404/76) tal negócio importou, na realidade em cisão do antigo BANERJ, porquanto, como já assinalado, transferiu “parcelas do seu patrimônio” para o novo BANERJ, sociedade constituída especificamente para o fim de prosseguir explorando as suas atividades comerciais. Em havendo cisão, não há como negar a sucessão da sociedade que absorveu o patrimônio da empresa cindida.”

Esse entendimento foi referendado nesta 4ª turma no Ag. 214.411/RJ, rel. Min. César Asfor Rocha.”

A jurisprudência traduzida no julgado em comento estabeleceu como principal premissa a transferência de patrimônio, e continuidade de exploração na mesma atividade.

Todavia, partindo de premissa infundada, o Superior Tribunal de Justiça, novamente através do Ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior, estabeleceu num julgamento realizado pouco tempo depois do supracitado, que a Supervia seria sucessora da Flumitrens, Recurso Especial n. 399.569/RJ, 4ª turma, DJ 10.02.2003, in verbis:

“A empresa a que recebe o patrimônio da anterior concessionária e continua na exploração da mesma atividade responde pela dívida judicial já constituída antes da alienação.”

Tanto num caso, quanto noutro, o Min. Ruy Rosado partiu da premissa segundo a qual teria ocorrido a transferência de patrimônio, com animus domini e quer teria seguido na exploração da mesma atividade.

Nas palavras do Desembargador Marcus Faver no evento, “Os impactos das decisões judiciais sobre a sucessão obrigacional dos transportes de passageiros”, realizado pela AMAERJ no dia 05 de novembro de 2007, pode-se compreender os motivos metajurídicos para decisões reconhecedoras da sucessão, in verbis:

“Por terem os juízes acendrado os sentimentos cívicos e de cidadania, e verificando que, em muitos casos, o Poder Público não vem funcionando adequadamente, o juiz tem a vontade de cidadão de se substituir às decisões administrativas e impor ao Estado aquilo que ele, como cidadão, acha que tem que funcionar. E assim ocorre na questão da saúde, na questão de urbanismo, na questão de transporte, na questão ambiental. Em sucessivas questões, os juízes se colocam ali como cidadãos. E verificando que o Es-

tado não está funcionando adequadamente, impõe, às vezes, decisões e condenações que não correspondem à estrutura jurídica prestada pelo país, levando muitas vezes a este estado de insegurança jurídica, que é um obstáculo grandioso ao desenvolvimento do Brasil e dos Estados brasileiros como nação e como Estados Federados.”

Imbuído de tal sentimento, e na tentativa de igualar as partes no processo que são visivelmente desiguais, atropelando-se o direito, o referido precedente da 4ª turma, Superior Tribunal de Justiça, extraído do caso Supervia, consolidou entendimento segundo o qual haveria sucessão.

Tal entendimento ecoou pelos Tribunais com centenas de decisões no aludido sentido, contando ainda com penhoras vultosas, que consolidaram a tese, no sentido de que o contrato firmado entre as partes, Supervia, Agência Reguladora e Estado, vinculariam apenas as partes, de modo que o Credor não poderia “ficar a ver navios”. Afastou-se, com isso, a aplicação do Contrato de Concessão. De outro lado, a responsabilidade haveria de ser atribuída por lei, ocasião em que se sustentou a engendrada tese no artigo 42, do Código de Processo Civil, que estabelece que a alienação de coisa ou direito litigiosa, a título particular, por ato entre vivos, não altera a legitimidade das partes.

Numa segunda análise da sucessão, o Superior Tribunal de Justiça julgando o Recurso Especial nº 738.026/RJ, DJ 22.08.2007, ainda que por maioria, pois vencida a Min. Eliana Calmon, e designado como relator para acórdão o Min. João Otávio Noronha, pela primeira vez, afastou a responsabilidade pelos débitos anteriores a tomada de posse, merecendo destaque o trecho do voto vencedor:

“...a ora recorrente se investiu na categoria de concessionária de serviços públicos por meio de licitação, sendo que sua investidura foi originária, e não por efeito de cessão, de forma que, exceto se previsto contratualmente, não cabe a ela responder por danos ocasionados pela antiga exploradora. Deve-se considerar, por outro lado, que as regras de Direito Administrativo e Constitucional dispõem que as empresas criadas pelo Governo respondem objetivamente e, na hipótese da sua impossibilidade patrimonial ou financeira, o Estado responde subsidiariamente (art. 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal).”

A partir do leading case em questão, os Tribunais locais ainda que timidamente, passaram a rever as suas orientações.

Caberia, ainda, realização de evento acadêmico para cobrir todos os ângulos relativos a sucessão. Portanto, objetivando consolidar, e por fim ao denominado período caótico, mencionado alhures, surgiu o Projeto “Os impactos das decisões judiciais sobre a sucessão obrigacional dos transportes de pas-

sageiros”, que teve como marco a palestra do ministro Luiz Fux, seguida dos debates desenvolvidos pelo ministro Luis Felipe Salomão e pelos desembargadores Marcus Faver e Benedicto Abicair, seminário promovido pela Amaerj, em 5 de novembro de 2007.

Merece destaque alguns trechos do referido seminário, a começar pela intervenção do ministro Luiz Fux:

“(…)

Creemos que uma empresa, se soubesse, por exemplo, que ela, sem que isso estivesse declarado textualmente, fosse obrigada a assumir um grande passivo, ela de certo poderia escolher se assumiria ou não o serviço público delegado, na medida em que há casos que vale a pena. (…)

(…) A concessionária não fez nada. O fato danoso não foi praticado por ela. Então, ela não tem como ter imputada essa responsabilidade.

(…)”

Na sequência o Ministro Luis Felipe Salomão consignou:

“(…)

A primeira impressão que tive foi a de que o contrato não vincula. Portanto, vamos seguir na sucessão. Depois, analisando melhor os fatos e os documentos, começo a enxergar que não se trata de sucessão. Não estamos tratando esse impacto das decisões. Um instituto da sucessão seria até equivocado, tanto no plano obrigacional como obrigacional.

(…)”

Tamanha a repercussão do evento, que se fez necessário a elaboração de livro denominado de “Ausência de Sucessão no Transporte Ferroviário Licitado – caso Supervia”, onde se apresentou ao leitor a recente orientação do Superior Tribunal de Justiça, e, sobretudo as palestras realizadas pelos Ministros Luiz Fux e Luis Felipe Salomão.

O livro foi distribuído a todos os Ministros do Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça, desembargadores do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e aos Magistrados Estaduais.

Pode-se afirmar que a partir de tais eventos e com a sua ampla divulgação, os resultados não demoraram a aparecer, e o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro começou a se dividir, algumas Câmaras Cíveis, então desfavoráveis, reformularam os seus entendimentos, v.g. 3ª CC, 6ª CC, 12ª CC e 16ª CC.

Entretanto, a maioria ainda resistia, e não eventualmente a Supervia se deparava com execuções de alta monta, como por exemplo, uma demanda em

andamento na Comarca de Magé, direcionada contra a Supervia de valores aproximados de R\$25 milhões de reais, aonde se chegou a determinar penhora de 5% sobre a renda bruta!

Em prosseguimento aos trabalhos, e uma vez consolidada a tese academicamente, e diminuída a resistência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, era tempo de se voltar a abordar a questão à luz do direito privado, perante a 3ª e 4ª Turmas do Superior Tribunal de Justiça.

Afinal eram essas as turmas, que julgavam diariamente os recursos da Supervia, e geralmente se esbarrava em questões formais, para afastar a análise da questão, destacando-se, ainda, que nas referidas decisões que o Superior Tribunal de Justiça tinha orientação, e a referência era aquele julgado da 4ª Turma, relatoria do Min. Ruy Rosado.

Finalmente, então, a 4ª turma do STJ, na relatoria do Min. João Otávio Noronha, julgando *leading case* na turma de direito privado, Recurso Especial 1.095.447/RJ, DJ 10.02.11, afastou a sucessão, fazendo uso dos argumentos já conhecidos, *in verbis*:

“A Supervia não é sucessora da Flumitrens e não responde por ilícitos por esta praticados.

É defeso atribuir a responsabilidade por ato ilícito a empresa prestadora de serviços públicos se o evento danoso foi praticado por empresa diversa e não existe relação de sucessão entre uma e outra.”

Em todos os precedentes até aqui, referimo-nos aos favoráveis, partia-se sempre do princípio segundo o qual a Supervia não era parte na ação de conhecimento, e o direcionamento contra a Supervia se dava apenas na fase de cumprimento de sentença, mediante penhora on-line, sem qualquer direito de defesa.

Concomitantemente ao julgado suso mencionado, a própria 4ª turma, do Superior Tribunal de Justiça, julgou outro Recurso Especial 1.187.108/RJ, relatoria também do Min. João Otávio de Noronha, DJ 21.02.11, onde se afastava a sucessão, apesar da Supervia ter figurado no processo de conhecimento desde o início, *in verbis*:

“(…)

O que penso ser defeso é atribuir-se cumprimento de obrigação à empresa que efetivamente não concorreu para o evento danoso, apenas porque também é prestadora de serviços públicos, mesmo que sejam os mesmos serviços antes executados pela pretensa responsável

(…)”

O Ministro Luiz Felipe Salomão referendou tal entendimento logo depois, na ocasião do julgamento do Recurso Especial 1.172.283/RJ, v.u., DJ 15.02.11, in verbis:

“Não há relação sucessória entre a Supervia e a Flumitrens, tendo aquela assumido a concessão do serviço público mediante contrato administrativo precedido de licitação, originariamente, razão pela qual descabe imputar à Supervia o cumprimento de obrigação da Flumitrens....”

Considera-se, destarte, consolidada a tese no âmbito da 4ª turma, pois na sequência, julgamentos monocráticos passaram a ser proferidos pelos Ministros, v.g., Agravo Regimental em Agravo de Instrumento n. 1.328.352/RJ, Ministro Luis Felipe Salomão.

A grande novidade, que se traz a lume, é que a 3ª Turma recentemente proferiu julgamento, também sobre sucessão, afastando-a monocraticamente para fins de reconhecer a ilegitimidade da Supervia, Agravo de Instrumento 1.174.415/RJ, Ministro Vasco Della Giustina, ainda não submetido ao colegiado.

Percebe-se de plano a existência de multiplicidade de recursos idênticos, com a mesma tese, envolvendo não apenas a Supervia, mas também as demais Concessionárias de Serviço Público espalhadas pelo Brasil afora, motivo pelo qual o Ministro Raul Araújo no Recurso Especial 1.120.620/RJ, 4ª turma, afetou a questão a 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, submetendo-o a Lei de Recurso Repetitivo, previsto no artigo 543-C, do CPC e à Resolução 8/2008, sobrestando os demais casos, in verbis:

“...dissídio pretoriano e apontada ofensa aos artigos 233 da Lei 6.404/76, 472 e 568, I, do CPC. Cumprimento de sentença proferida em ação indenizatória ajuizada em face da Flumitrens. Alegada ilegitimidade passiva ad causam da Supervia Concessionária de Transporte Ferroviário S/A. Recurso Submetido ao Rito Previsto no artigo 543-C, do CPC e à Resolução 8/2008.”

Tais precedentes evidenciam, e os resultados demonstram que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, ainda mais agora a do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e, sobretudo os Juizes de 1º grau, têm encaminhado a tese no sentido de afastar a Sucessão, respeitando-se com isso o Contrato de Concessão.

A par de histórico, com a demonstração do seu quadro evolutivo, o elemento de maior destaque, é a compreensão do instituto da privatização, com a diferenciação do caso Banerj em relação ao caso Supervia.

A distinção apresentada permitiu a evolução da jurisprudência, reforçando o instituto das Concessões, e, sobretudo a segurança jurídica, pois o investidor, assim como o Estado, deve seguir regras, refiro-me aos direitos e deveres, estabelecidas previamente, as quais não podem deixar de ser observadas, sob nenhum pretexto!

Dessa forma, pode-se afirmar que o período acima denominado de volta aos trilhos Constitucionais está em franco desenvolvimento, e muito próximo de uma definição, ao que parece favorável, pois a 2ª Seção do STJ, competente para julgar o Recurso Repetitivo é formada pela reunião dos Ministros da 3ª e 4ª Turmas, e na medida em que existem manifestações favoráveis à Super-
via, ainda isoladamente.

Todavia, é bom que se diga, o trabalho deve continuar, pois a consolidação em definitivo, dar-se-á com o julgamento do Recurso Especial, submetido a Lei de Recurso Repetitivo.

Sendo assim, parafraseando o Ministro Luiz Fux, atualmente no Supremo Tribunal Federal, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça está mais próxima do porto do que no naufrágio.

BERNARDO ANASTASIA CARDOSO DE OLIVEIRA foi professor da FGV e da Universidade Estácio de Sá, é pós-graduado em Direito Civil e pós-graduado em Direito Empresarial, com concentração em Processo Civil, pela Fundação Getúlio Vargas, co-autor do Curso de Direito Tributário Brasileiro, 3ª edição (volume II) Editora Quartier Latin do Brasil São Paulo 2010, membro do Instituto dos Advogados Brasileiros - IAB.