

A gratuidade nos transportes urbanos e o espaço público

Fernando Lemme Weiss*

Tem sido freqüente o conflito entre o interesse da sociedade em garantir o transporte público gratuito para deficientes físicos, idosos e estudantes e a intenção dos empresários, principalmente de ônibus, de só realizarem transporte lucrativo. O discurso concatenado dos empresários começou a gerar vitórias judiciais (1), o que demonstra a preponderância da visão meramente negocial em uma atividade cuja prioridade deve ser o atendimento das necessidades públicas.

Argumentam as empresas com o Princípio Constitucional da Livre Iniciativa, que lhes conferiria o direito a direcionar-se apenas ao lucro, cabendo ao Estado custear as despesas decorrentes das gratuidades. Não é bem assim. A primeira grande diferença entre a atividade econômica de transporte público e as demais, como comércio e indústria, é que aquela é inteiramente exercida sobre o espaço público, que pertence a todos e cujo uso deve estar voltado a atender os interesses da sociedade. Os que utilizam bens de uso comum do povo (2) só podem fazê-lo de forma subordinada aos requisitos legais, entre eles os ônus de gratuidade, sob pena de incorrerem em usurpação, pois estariam usufruindo bens públicos da mesma forma que os particulares fazem dos privados (3). O uso do espaço público por particulares decorre das normas legais e constitucionais, que não constituem restrições indevidas, mas sim pressuposto de validade da ocupação, seja ela permanente ou transitória. (4)

O § 2º, do art. 230, da Constituição Federal-CF, é claro ao garantir a gratuidade no transporte público urbano para maiores de sessenta e cinco anos, independentemente da edição de lei regulamentadora ou de recálculo de tarifas. Uma das principais controvérsias sobre este dispositivo é o significado da palavra urbano, que os empresários entendem ser sinônimo de municipal. Esta interpretação excluiria a aplicação da gratuidade ao transporte intermunicipal, por vezes até mais intenso que o intramunicipal em razão da característica das grandes cidades brasileiras de utilizarem-se da mão-de-obra de cidades periféricas.

Tal tese importa em uma grande simplificação e na presunção de que o constituinte foi impreciso ao redigir o referido § 2º. Ocorre que, muito ao contrário, a CF utilizou as expressões intermunicipal, município e municipal, quando a intenção foi fazer uma distinção territorial política (5). A expressão urbano, no entanto, foi sempre usada em contraposição a rural, como se depreende da comparação entre os capítulos II e III, do Título VII, da CF. O primeiro trata da política urbana e o segundo da rural, tendo, por exemplo, os arts. 183 e 191 versado sobre o usucapião quinquenal, instituto que não

precisaria ser tratado em dois artigos se não fosse a distinção acerca da natureza do meio. Também a leitura do § 3º, do art. 25, demonstra que o constituinte enfocou o meio urbano como continuidade de área construída e habitada, tratando das aglomerações urbanas como conjunto de municípios limítrofes. O conceito de meio urbano, na Constituição, extravasa os estreitos limites territoriais dos municípios, isoladamente considerados. (6)

Desde 1988, portanto, todos os idosos acima de 65 anos têm pleno e imediato direito ao urbano transporte gratuito, mesmo que trajeto ultrapasse os limites de um município. Este direito subjetivo público é inafastável por lei, decisão judicial ou ato administrativo, mesmo que a pretexto de apurar o seu custo, pois a Constituição não deu margem a tal interpretação. Acresça-se que o art. 205, também da Constituição, estabelece o inalienável direito à educação, que não pode ser exercido pelos necessitados sem a garantia do transporte público para as escolas, tão importante quanto o habeas corpus em relação ao direito à liberdade. Para exercer um direito é necessário acessá-lo, pois do contrário permanece apenas virtual.

O custo decorrente da gratuidade, assim como todos os outros, deve ser incorporado à tarifa cobrada dos demais usuários. Se a gratuidade provocar desequilíbrio nas empresas, inviabilizando o repasse, é justo que haja compensação pelo Poder Público, visando a garantir a continuidade da prestação dos serviços. Desde que, naturalmente, seja a planilha de custos e receitas trazida a público e submetida à auditoria externa, para que tenha credibilidade. Jamais, no entanto, pode o serviço ser negado aos beneficiários de gratuidade, uma vez que a própria existência da atividade de transporte privado sobre vias públicas está condicionada ao atendimento dos requisitos constitucionais e legais estabelecidos pelos representantes da sociedade, única titular daquelas vias. Sempre resta ao empresário a possibilidade de devolver a concessão ao Poder Público, se realmente for deficitária, solução que os que mais reclamam menos concebem.

O Estado do Rio de Janeiro vem proporcionando às empresas de ônibus grandes privilégios tributários, amplamente compensadores da gratuidade estabelecida na Constituição e em diversas leis, sendo a principal delas a n° 3.339/1999 (7), que estendeu o benefício aos deficientes e alunos da rede pública de 1º e 2º graus. A lei estadual que regulamenta o imposto sobre circulação de mercadorias e serviços-ICMS (8) estabeleceu uma redução de 90% do imposto devido em relação ao transporte intermunicipal. Isso significa que os empresários pagam menos de um terço do imposto incidente sobre as mercadorias da cesta básica. Como se não bastasse, ainda obtiveram reduções que chegam a 50% do imposto sobre propriedade de veículos automotores-IPVA (9). A sociedade já concede vastos benefícios tributários aos empresários de transportes que, repita-se, utilizam economicamente o espaço público em benefício próprio, o que desfaz qualquer justificativa legal, moral ou econômica para a recusa em respeitar as normas que estabelecem o transporte gratuito. Sem contrapartida social os benefícios tributários carecem de justa causa e importam em grave ofensa à isonomia constitucionalmente estabelecida.

O maior benefício de que gozam os empresários de ônibus, contudo, não é o tributário mas a sobrevivência do cartel decorrente da ausência de licitação. O art. 175, da Constituição, determina que a concessão ou permissão de serviços públicos deve ser feita através de licitação, que é o procedimento de convocação dos interessados para que sejam escolhidas as melhores propostas e contratadas as empresas que as apresentarem. Em se tratando de transporte público, o preço estabelecido através de licitação deve incorporar os ônus decorrentes tanto das gratuidades quanto da necessidade de proporcionar um serviço adequado.

Ocorre que no Rio de Janeiro, assim como em muitos Estados, não foi cumprida a Constituição e nem a Lei Federal nº 8.987/95, que a regulamentou, tendo sido mantida a exploração pelas mesmas empresas sem licitação. Em consequência, as empresas de ônibus não podem alegar que as leis concessivas de gratuidade desrespeitaram direitos ao equilíbrio econômico-financeiro, decorrente de seus contratos, pois não existem contratos válidos, após 1988, se não precedidos de licitação (10). Se não há contratos que façam lei entre as partes as leis regedoras são as normas emanadas do concedente, pois o regime de prestação só pode ser o institucional. A relação jurídica guarda relação com a estatutária mantida com os servidores públicos, que tem natureza institucional e regramento editado pela entidade pública, face à ausência de contrato, de trabalho neste caso.

Face à ausência de ajuste válido entre o Poder Público e os particulares prestadores, as regras de funcionamento dos serviços de transporte devem reger-se pelo Princípio da Supremacia do Interesse Público e serem estabelecidas pelo concedente, como vem sendo uniformemente determinado pelo Superior Tribunal de Justiça (11). Portanto, não são aplicáveis aos serviços de transporte estaduais e municipais, especialmente se não precedidos de licitação, as vedações à estipulação de benefícios tarifários previstas em normas como a Lei Federal nº 9.074/95 (12), que regulam contratos de concessão ou permissão válidos e licitados.

A ausência de contrato escrito e precedido de licitação gera algumas desvantagens para o Poder Público, como a quase impossibilidade de aplicar o instituto da reversão dos bens utilizados na concessão (13). A reversão faz com que o concessionário, a cada dia que passe, torne-se menos proprietário e mais possuidor dos bens reversíveis relacionados no edital (14), pois a propriedade é gradualmente transmitida à sociedade no curso do contrato por ser custeada através da tarifa. Ou seja, a ausência de licitação não atende aos interesses do Poder Público, mas apenas aos dos transportadores, que preferem usufruir as vantagens tributárias e as decorrentes do cartel, sem arcar com as compensações legais.

No Rio de Janeiro as empresas de ônibus ainda contam com um discutível argumento decorrente do § 2º, do art. 112, da Constituição Estadual, que dispõe: "Não será objeto de deliberação proposta que vise conceder gratuidade em serviço público prestado de forma indireta, sem a correspondente indicação da forma de custeio."

A redação deste dispositivo utilizou a fórmula das cláusulas pétreas, previstas no § 4º, do art. 60, da Constituição Federal, numa tentativa de criar uma nova cláusula pétrea

estadual. Trata-se de um claro desrespeito ao princípio da simetria do processo legislativo, já reafirmado pelo Supremo Tribunal Federal. (15) Ainda que focado apenas o conteúdo e descontado o exagero da vedação ab initio à produção da lei, esta norma só faz sentido se voltada a preservar o ato jurídico perfeito, consistente em um contrato válido e previamente licitado, no qual está presente o equilíbrio econômico-financeiro como elemento intangível. (16) É inaplicável aos serviços públicos irregularmente explorados, face à ausência de licitação, cuja permanência é reconhecida ou tolerada em atenção ao princípio da continuidade dos serviços públicos, que não podem ser interrompidos pois servem ao atendimento de necessidade essencial da população.

Mesmo que as leis concessivas de gratuidade não tivessem respaldo constitucional, incidissem sobre contratos válidos e equilibrados porque precedidos de regular licitação e não fossem compensadas por benefícios tributários, ainda assim seria exagerada a afirmação quanto à sua total inconstitucionalidade. Não pode ser desconsiderada a existência de centenas de linhas de transporte intermunicipal, com distintos perfis de usuários e variável suportabilidade a perdas decorrentes da gratuidade, até porque nem todas estão no roteiro dos maiores colégios públicos.

A solução mais adequada para respeitar a validade da lei, cuja constitucionalidade sempre deve ser presumida em respeito à independência entre os Poderes, seria aplicar uma interpretação conforme a Constituição (17) e considerar as leis que concedem gratuidade como fato do príncipe, ensejadoras da revisão contratual prevista no art. 23, inciso IV, da Lei nº 8.987/95. A lei seria considerada inaplicável caso a caso, naturalmente por meio de ações próprias a serem movidas pelas empresas, sempre que não se revelasse viável o repasse do ônus das gratuidades às tarifas ou compensação através do abatimento das quantias pagas ao concedente (18). A maioria das empresas opera várias linhas, o que pode permitir até compensações entre ganhos e perdas nelas ocorridos.

Em síntese, é justa e plenamente aplicável a gratuidade nos transportes públicos intermunicipais estabelecida na Constituição e nas leis, uma vez que a CF utiliza a abrangente expressão urbano e não a restritiva municipal.

A prestação dos serviços de transporte não pode ser tratada como uma atividade econômica inteiramente voltada ao lucro, pois é executada sobre o espaço público, o que acarreta a necessidade de adequar-se ao interesse público expresso em lei.

Caso seja necessário viabilizar o serviço através da transferência do ônus ao Estado em razão da absoluta impossibilidade ou grave inconveniência de repasse tarifário, o que depende de detalhada e pública demonstração, devem ser levados em conta os benefícios tributários concedidos, cuja única fundamentação isonômica é compensar as perdas decorrentes das restrições estabelecidas pelo Poder Público. Também deve ser analisado o perfil de cada linha e os efeitos decorrentes da lei estabelecida de gratuidades, pois a inconstitucionalidade só se caracteriza após exame pericial detalhado, no caso concreto.

Abusiva, portanto, a recusa em transportar gratuitamente idosos, deficientes e estudantes nos trajetos urbanos contínuos intermunicipais, bem como a exigência de que o Poder Público custeie diretamente o benefício.

Notas

1 Como a obtida por meio da Representação por Inconstitucionalidade da Lei n° 3.339/99, do Estado do Rio de Janeiro, que concede gratuidade nos transportes intermunicipais a maiores de sessenta e cinco anos, deficientes físicos e estudantes da rede pública de primeiro e segundo graus. Em 01/07/2003 o Órgão Especial do Tribunal de Justiça julgou-a inconstitucional em razão da ausência de indicação da fonte de custeio do benefício da gratuidade – proc. n° 2003 007 00037, Rel. Des. Jorge Uchoa de Mendonça.

2 Ruas e estradas enquadram-se nesta categoria, nos termos dos arts. 99, inciso I, do Código Civil de 2002 e 66, I, do CC de 1916.

3 Distinta é a situação da gratuidade de serviços como o estacionamento em shoppings centers, por exemplo, imposta aos particulares através de lei estadual ou municipal. As relações puramente privadas são regidas pelos Direitos Civil e Comercial, cuja competência legislativa é privativa da União, e não devem sofrer interferência estatal salvo se necessário à proteção do consumidor ou do meio-ambiente. Assim entendeu o STF na ADI n° 1.623 MC/RJ, Rel. Min. Moreira Alves, incidente sobre a Lei Estadual n° 2.050/92 e julg. em 25/06/1997. Além da questão da competência, é de se ressaltar a total irrazoabilidade desta gratuidade, pois importava em transferir aos consumidores que não possuem carro, mais carentes, o ônus indireto da manutenção do estacionamento, naturalmente usufruído por consumidores mais abastados.

4 A titularidade social sobre os bens que servem de base à atividade de transporte ratifica a competência regulatória sobre ela. Alexandre Santos de Aragão ressalta a validade da regulação estatal da economia, voltada ao atendimento dos interesses sociais, assim a conceituando:

"Conjunto de medidas legislativas, administrativas e convencionais, abstratas ou concretas, pelas quais o Estado, de maneira restritiva da liberdade privada ou meramente indutiva, determina, controla ou influencia o comportamento dos agentes econômicos, evitando que lesem os interesses sociais definidos no marco da Constituição e orientando-os em direções socialmente desejáveis." Regulação da Economia: Conceito e Características Contemporâneas, in Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Estado do Rio de Janeiro, Vol. XI, Ed. Lumen Juris, 2002, p.16.

5 Como, por exemplo, nos arts. 29, 30, 155, inciso II e 156, entre outros.

6 Exatamente por isso o art. 245, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, apenas ratificou o § 2º, do art.230, da CF, no que concerne a Municípios limítrofes, ao determinar: "Art. 245. Aos maiores de sessenta e cinco anos é garantida a gratuidade

nos transportes coletivos urbanos e intermunicipais." Como aduzido, a expressão urbano já inclui as áreas construídas contíguas, independentemente da existência de eventuais divisas territoriais.

7 No que concerne aos maiores de 65 anos, esta lei tem caráter meramente interpretativo do referido § 2º, do art.230, da CF pois apenas serviu para explicitar que o conceito de urbano abrange o transporte intermunicipal. Também possui a importante função social de desestimular a favelização das capitais, pois viabiliza que pessoas necessitadas residam nos municípios periféricos das grandes cidades e usufruam os benefícios nestas concentrados.

8 O benefício foi concedido pelo art. 4º, caput, da Lei nº 2.657, de 26/12/1996. Em 27 de junho de 2003 foi promulgada a Lei nº 4.117, que ratificou a redução da base de cálculo, apesar de ter sido o dispositivo declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, através da ADI nº 1.577 MC, Rel. Min. Néri da Silveira, julg. 17/04/1997. O fundamento foi a ausência do convênio autorizativo, previsto no art. 155, § 2º, XII, alínea g, da CF. A lei que anteriormente regulava o ICMS no Estado, nº 1.423/89, era ainda mais benéfica, pois excluía totalmente a incidência do imposto sobre o transporte intermunicipal, através de seu art. 40, inciso XXI. Fora também julgado inconstitucional, pelo mesmo motivo, através da ADI nº 1.522 MC, Rel. Min. Sidney Sanches, julg. 20/03/1997.

Ricardo Lobo Torres, em seu Os Direitos humanos e a tributação, imunidades e isonomia, traz importante advertência acerca dos privilégios tributários: "Do ponto de vista fiscal odioso é o privilégio que consiste em pagar tributo menor que o previsto para os outros contribuintes, não pagá-lo (isenção) ou obter subvenções ou incentivos, tudo em razão de diferenças subjetivas, afastadas dos princípios de justiça ou de segurança jurídica. A concessão de privilégio odioso ofende a liberdade relativa de terceiros, que ficam obrigados ao desembolso do tributo de que o detentor do privilégio foi dispensado: alguém sempre paga pelos benefícios concedidos a outrem. Em vista disso os privilégios odiosos são proibidos pela CF, explícita ou implicitamente" Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 1995, p. 288.

9 Através da Lei nº 3.518/00, que alterou o art. 10, da Lei nº 3.335/99. Ressalte-se que a alíquota do IPVA devido pela propriedade dos ônibus, sobre a qual recaiu o benefício, já é de dois por cento, metade da que incide sobre os automóveis comuns.

10 Bom lembrar que o art. 89, da Lei nº 8.666/93, que regula as licitações em geral, aplicável às concessões em razão do disposto no art. 1º, da Lei nº 8.987/95, estabelece ser crime a contratação sem licitação fora dos casos nela previstos.

11 RES nº 403.905/MG, Rel. Min. José Delgado, pub. 6/05/2002; RES nº 341.575/MG, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, pub. 23/09/2002.

12 Esta lei, em especial, é expressamente destinada a regular apenas as concessões e permissões federais.

13 Embora não seja objeto deste trabalho, é plenamente defensável a tese de ser implícito o direito à reversão, mesmo sem um contrato licitado, desde que a despesa decorrente da compra dos bens utilizados na prestação dos serviços esteja incluída na planilha de custos justificadora da tarifa, devidamente aprovada pelo Poder Público. Do contrário, haveria enriquecimento sem causa em favor da prestadora do serviço, pois estaria retendo um bem cuja aquisição foi custeada pela sociedade.

Celso Antônio Bandeira de Mello chega a entender que a reversão é presumida nos contratos de concessão, mesmo que não haja cláusulas a respeito. Ela será gratuita ou onerosa para o Poder Público se já tiver havido ou não a amortização dos bens reversíveis. Curso de Direito Administrativo, São Paulo, Malheiros, 15ª ed., 2003, p. 689.

14 Art.18, X, da Lei nº 8.987/95.

15 ADI nº 1.201/RO, Rel. Min. Moreira Alves, pub. 19/12/2002; ADI nº 102/RO, Rel. Min. Maurício Corrêa, pub. 29/11/2002; ADI nº 1.391, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, pub. 07/06/2002.

16 Caso haja licitação posterior à edição de lei concedendo gratuidades ou impondo encargos, tais ônus presumem-se incluídos nas tarifas, mesmo que haja eventual omissão por parte da Administração Pública, pois esta está adstrita ao princípio da legalidade, expresso no art. 37, da CF.

17 A interpretação conforme a Constituição já foi diversas vezes aplicada pelo STF, em situações como a avaliação do art. 35, da Lei nº 7.713/88, que presume a disponibilidade imediata dos lucros pelos sócios das empresas, para fins de incidência do imposto de renda. O Supremo entendeu que, em relação às sociedades limitadas, a obrigatoriedade de pronta retenção na fonte pela empresa dependeria da redação de cada contrato social, rejeitando a inconstitucionalidade objetiva e genérica da lei. RE nº 204.205-6, MG, Rel. Min. Marco Aurélio, pub. 24/04/1998.

Acerca da matéria, leciona Jorge Miranda: "Todo o tribunal, e, em geral, todo o operador jurídico fazem interpretação conforme a Constituição. Quer dizer: acolhem, entre vários sentidos a priori configuráveis da norma infraconstitucional, aquele que lhe seja conforme ou mais conforme; e, no limite, por um princípio de economia jurídica, procuram um sentido que – com razoabilidade e com um mínimo de correspondência verbal com a letra da lei – evite a inconstitucionalidade." Teoria do Estado e da Constituição, Rio de Janeiro, Forense, p.409/410.

18 Até mesmo no curso da representação por inconstitucionalidade seria possível realizar perícia contábil, com fundamento no art. 20, da Lei nº 9.868/99, que regula a ação declaratória de inconstitucionalidade, plenamente aplicável às simétricas representações por inconstitucionalidade. Ocorre que a comparação entre resultados globais, de arrecadação do vale transporte somada à estimativa de cobrança em espécie, comparada com despesas estimadas também de todas as empresas, representaria uma distorção se levada em conta a realidade de cada empresa ou linha.

Marcos Juruena Villela Souto ensina que a tarifa sofrerá revisão, para mais ou para menos, sempre que ocorrer a criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, após a assinatura do contrato, desde que comprovado o seu impacto (grifo nosso). Desestatização – Privatizações, Concessões, Terceirizações e Regulação, 4ª ed, Rio de Janeiro, Ed. Lumen Juris, 2001, p.327.

* procurador do Estado do Rio de Janeiro, professor da EMERJ e da Universidade Cândido Mendes, mestre em Direito Público pela UERJ

Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6001>> Acesso em: 25 ago. 2008.