PARECERES

CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO — RESPONSABILIDADE TRABALHISTA — SUCESSÃO

PARECER

I

A consulta tem como objeto, a situação, posta em juízo, com respeito à responsabilidade atribuída a Ferrovia Sul Atlântico por dívidas trabalhistas relativas ao período anterior ao início da concessão do serviço de transporte de carga na Malha Sul, destacada do sistema ferroviário explorado pela Rede Ferroviária Federal, no qual foi investida, mediante contrato, após habilitação alcançada em licitação pública.

A licitação, aberta pelo Edital n. PND/A-08/96/RFFSA, e a conseqüente concessão, se destinavam à execução do Programa nacional de Desestatização, então regulado pela Lei nº 8.031, de 1990, sucedida pela Lei nº 9.491, de 1997.

Com vistas a assegurar a continuidade do serviço concedido os bens e instalações vinculados à operação da Malha Sul, embora permanecendo no domínio da RFFSA, foram por ela arrendados à nova concessionária.

Com igual finalidade, o respectivo pessoal passou ao serviço da concessionária que, de imediato, dispensou os servidores considerados desnecessários.

Foram propostas reclamações trabalhistas, imputando-se ao novo empregador a responsabilidade por obrigações anteriores à transferência do serviço, entendendo a Justiça Trabalhista de primeira instância que estaria caracterizada a sucessão nos contratos de trabalho, não obstante cláusula expressa do edital da licitação, incorporado ao contrato de concessão, especificasse que "as obrigações trabalhistas da RFFSA para com seus empregados transferidos para a concessionária, relativas ao período anterior à data da transferência de cada contrato de trabalho, sejam ou não objeto de reclamação judicial, continuarão de responsabilidade da RFFSA" (item 7.2 do edital).

Sobre a matéria é solicitado nosso parecer, especialmente tendo em vista as características das obrigações inerentes ao contrato de concessão.

II

O Programa Nacional de Desestatização criado pela Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, foi alterado pela Medida Provisória nº 1.481 que, renovada 52 vezes, afinal se converteu na Lei nº 9.491, de 9 de setembro de 1997.

Em ambos os textos legais citados permanecem, explicitamente, os mesmos objetivos fundamentais e são repetidos os objetos do processo de desestatização.

Reza o art. 1º, inciso I dos diplomas em causa que o PND visa, entre outros fins, a

"reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público",

qualificando-se como objeto da medida legal a incidência sobre

"empresas, inclusive instituições financeiras, controladas direta ou indiretamente pela União". (artigo 2º, inciso I).

A desestatização compõe-se, em suma, de dois momentos autônomos, ainda que sucessivos.

Primeiramente, destaca-se a atividade do regime de execução pública direta ou indireta. A seguir, confere-se a prestação do serviço a concessionário privado, selecionado mediante procedimento licitatório.

Não há sucessão entre as pessoas jurídicas, ainda que se verifique a sucessividade na execução do serviço.

Em benefício da continuidade do serviço e em garantia dos usuários, destinatários finais da atividade, não se interrompe, materialmente, a prestação do serviço, na transferência de um para outro executor, permanecendo, por esta razão, a disponibilidade dos bens e instalações, bem como do pessoal necessário ao seu regular funcionamento.

Pessoas jurídicas distintas, ademais inconfundíveis, operam o mesmo serviço, mediante relações de direito de nítida autonomia. Antes, pessoa estatal ou paraestatal. Após, típica pessoa privada, investida, pelo título da concessão, na qualidade de responsável pela execução do serviço público. Traço divisor de direitos e deveres entre os dois agentes é a outorga da concessão, constitutiva da condição inovadora de concessionário.

O concessionário sucede ao concedente unicamente no dever de prestação do serviço à comunidade. Não absorve, porém, as obrigações perante terceiros no tocante ao período anterior ao início da concessão. Débitos do antecessor a este continuam imputáveis em razão do nexo causal antes existente.

Não se distinguem das demais, a este propósito, as dívidas trabalhistas precedentes pelas quais continua a responder o órgão público, ou, se fosse o caso, anterior concessionário.

III

A concessão de serviço público é um contrato administrativo no qual coincidem uma parte consensual e outra regulamentar.

Em nosso livro sobre "Temas de Direito Público", recentemente editado (Editora Renovar, 1997) reunimos estudos de diversa época, entre os quais a tese oferecida, em 1960, para o concurso à cátedra de Direito Administrativo.

Destacamos, na oportunidade, que

"no tocante à concessão de serviço público, a concepção contratual pura tem cedido passo à natureza mista, e dupla, do instituto jurídico.

Na opinião dominante entre os autores franceses modernos, convivem, no ato da concessão, uma parte contratual e outra regulamentar".

E, após trazer o abono de DUGUIT e BLONDEAU, aditávamos a opinião de DUEZ e DEBEYRE que

"fixam a noção atual da concessão como "un acte complèxe, pour partie de caractère règlementaire et pour partie de caractère contractuel".

E, mais adiante, na mesma tese, trazíamos à colação o depoimento de MEIRELLES TEIXEIRA a propósito do direito brasileiro, no sentido da

"convivência, lado a lado, na concessão, de uma situação legal, ou regulamentar, de caráter objetivo e de outra situação contratual e subjetiva, inacessível à ação unilateral do poder público" (ob. cit., pag. 204 e 238).

IV

O que se evidencia, na hipótese da consulta, é o exercício pela autoridade pública, no ato institucional do procedimento licitatório, da competência regulamentar quando define a estrutura da concessão a ser constituída para a exploração do serviço posto à disposição do concessionário.

Podendo, em tese, dispor no sentido da ultravidade de eventuais obrigações trabalhistas, optou declaradamente pela solução oposta.

No esquema constante do edital da licitação está expressamente declarado, com objetiva clareza, como Norma Geral no capítulo 7, que

"As obrigações trabalhistas da RFFSA para com seus empregados transferidos para a CONCESSIONÁRIA, relativas ao período

anterior à data da transferência de cada contrato de trabalho, sejam ou não objeto de reclamação judicial, continuarão de responsabilidade da RFFSA" (cláusula 7.2).

E, dando ênfase à eficácia do preceito regulamentar da concessão, o contrato celebrado em 27 de fevereiro de 1997, definindo seu Fundamento Jurídico, ratifica que

"O presente contrato decorre da licitação sob a modalidade de leilão, nos termos da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e *reger-se-á* pelas Leis nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e 9.074, de 07 de julho de 1995, pelo Decreto nº 1.832, de 04 de março de 1996, pelas normas regulamentares pertinentes e PELO EDITAL DE LICITAÇÃO e seus anexos".

O negócio jurídico pactuado tem, assim, nítida fronteira obrigacional, de especial relevo posto que de óbvia influência sobre a equação econômico-financeira da concessão, certamente mais onerosa se viesse a absorver o passivo trabalhista anterior.

Não é dado, portanto, ao Poder Judiciário, a título interpretativo, inovar obrigações do concessionário, acrescendo gravame expressamente excluído da concessão, desde a sua origem.

Qualquer decisão judicial, nesse sentido, terá a mácula de um ato abusivo.

V

É importante destacar, em reforço do entendimento acima exposto, que decisões de primeira instância que afirmaram a sucessão trabalhista e, por via de conseqüência, condenaram a consulente a responder por indenizações trabalhistas pregressas, não têm prosperado na instância superior.

Como documentado no material oferecido a nosso exame, a Primeira Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, em reiterados e uniformes julgamentos, em provido recursos ordinários no sentido de excluir a concessionária de responsabilidade anterior à data de início da concessão.

São expressivos os fundamentos dos acórdãos proferidos em sete Recursos Ordinários, julgados em 28 de julho, 15, 22 e 29 de setembro de 1998, dos quais transcrevemos tópicos essenciais.

"Conforme se evidencia no contrato de concessão de fls. 267/268, o qual é de conhecimento público, a segunda reclamada passou ser titular do empreendimento que tem por objeto a exploração e desenvolvimento do serviço público de transporte ferroviário de carga, tão-somente, da MALHA SUL, não tendo havido desaparecimento da REDE FERROVIÁRIA FEDERAL S/A, a qual continua existindo.

Portanto, em razão das duas empresas continuarem a existir simultaneamente, tendo havido apenas a transferência de parte da atividade da primeira reclamada para a segunda, não há como e reconhecer a existência de sucessão".

E, em seguida, reportando-se especificamente à mencionada cláusula 7.2 do edital (que afirma a permanência de responsabilidade da RFFSA), declara, enfaticamente:

"Conclui-se, portanto, que a primeira reclamada não foi sucedida pela segunda, havendo dois contratos de trabalhos distintos, devendo cada reclamada responder pelo contrato de trabalho que teve com o autor"

(acórdão no RO 05506/98, de 22 de setembro de 1998).

Iguais fundamentos conduziram ao provimento dos Recursos Ordinários nº 949/98, 2.575/98, 5.513/98, 5.148/98, 5.149/98 e 6.644/98, todos do mesmo Tribunal.

VI

Diante do exposto, consideramos válidas e adequadas as seguintes conclusões:

I — Nos termos do Programa Nacional de Desburocratização, foi destacado o trecho da MALHA SUL do serviço de transporte ferroviário de carga sob gestão da administração indireta federal, representada pela REDE FERROVIÁRIA FEDERAL S.A., a fim de ser outorgada sua exploração a empresa privada, sob o regime de concessão de serviço público;

II — a concessão constituída mediante pré-

via licitação não se confunde com a continuidade do serviço nas demais áreas que permanece a carga da RFFSA, não havendo, no caso, sucessão de empreendimentos, mas a constituição de nova relação jurídica autônoma e distinta;

III — a concessão de serviço público compreende parte contratual e parte regulamentar;

IV — à parte regulamentar, de competência do poder concedente, cumpre determinar os deveres do concessionário em relação a direitos e obrigações relativos ao pessoal em serviço, inclusive, se for conveniente, no tocante ao período anterior ao início da concessão;

V — neste sentido, o edital da licitação, cujas normas integram o contrato de concessão, expressamente determina que a RFFSA continuará a responder pelas obrigações trabalhistas anteriores à transferência do serviço, eximindo, *a contrario sensu*, o concessionário;

VI — o Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região, em reiteradas decisões, provendo recursos ordinários da concessionária, confirmou a inexistência de responsabilidade, de sua parte, no tocante a débitos trabalhistas relativos a períodos anteriores à constituição de novos contratos de trabalho oriundos do advento da concessão;

VII — acresce, *a fortiori*, que indevida imputação ao concessionário de despesas expressamente excluídas das obrigações da concessão representa ilícita onerosidade na prestação do serviço, podendo conduzir, segundo sua grandeza, ao desequilíbrio da equação econômico-financeira do contrato e à conseqüente compensação mediante aumento tarifário, em detrimento do legítimo interesse dos usuários do serviço de transporte de carga.

À luz destes fundamentos, entendemos que a consulente não responde por quaisquer obrigações trabalhistas cujo fato gerador tenha pertinência com ato ou omissão ocorrida anteriormente à vigência do contrato de concessão do serviço público em causa.

Rio de Janeiro, 5 de novembro de 1998

CAIO TÁCITO