

As notícias divulgadas pela mídia devem ser objeto de averiguação pelo Poder Público, podendo acarretar na aplicação das penalidades administrativas correspondentes. Cabe acrescentar que essa apuração tem por fundamento os princípios da oficialidade e da verdade material, aplicáveis ao processo administrativo estadual, a teor do disposto na Lei n.º 5.427, de 01.04.09.

À Casa Civil, em devolução.

Rio de Janeiro, 12 de maio de 2011

LEONARDO ESPÍNDOLA
Subprocurador- Geral do Estado

**AGÊNCIA REGULADORA DE SERVIÇOS PÚBLICOS
CONCEDIDOS DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS,
FERROVIÁRIOS E METROVIÁRIOS E DE RODOVIAS DO
ESTADO DO RIO DE JANEIRO - AGETRANSP**

Parecer nº 22/2010-SLBN – Sérgio Luiz Barbosa Neves

Processo nº E-12/010.045/2009

- Transporte Aquaviário de Passageiros em Âmbito Estadual – Competência Regulatória da AGETRANSP e Competência da Capitania dos Portos – Inexistência de Conflito – O transporte aquaviário de passageiros é regulado por intermédio do ente federado responsável pela prestação do serviço, limitando-se sua competência a estabelecer normas referentes à execução do serviço e ao exercício do poder de polícia necessário à verificação de sua observância, conforme o fixado em lei local; enquanto à Capitania dos Portos, consoante o disposto na Constituição da República e em Lei federal, cabe a missão de garantir a segurança da navegação, competindo-lhe fiscalizar, neste fim, todo o conjunto embarcações, tripulantes, profissionais não tripulantes e os passageiros nelas embarcados. Assim, trata-se um conflito aparente de competências em razão de o modal aquaviário ser-lhes comum.

Senhora Procuradora-Geral da AGETRANSP:

Em atendimento à solicitação de V. Exa. no início deste mês, procedemos, abaixo, ao exame do que denominamos de *conflito aparente de competências* entre a Capitania dos Portos da Marinha Brasileira e a AGETRANSP no exercício de suas atribuições legais referentes ao transporte aquaviário de passageiros, respectivamente, consoante a manifestação sob a forma de parecer jurídico abaixo e com base em estudo que já havíamos levado a efeito em 2009 por solicitação do então Presidente desta Agência, Dr. Antônio de Carvalho.

I – INTRODUÇÃO:

O conflito de atribuições entre agências reguladoras e outros órgãos da Administração Pública é mais comum do que aparenta ser. Tanto está longe de ser novidade para o Direito e a praxis administrativa. Antes mesmo do advento de qualquer agência reguladora ou de outra pessoa jurídica da Administração, as próprias normas, inclusive as constitucionais, acabam por ensejar a ocorrência desses conflitos. Cite-se como exemplo as normas ambientais em sede constitucional e o sem número de Entes federados e organismos que têm, dentre suas atribuições, parcela de competência normatizadora e fiscalizadora de natureza ambiental.

Ainda é recente na memória o problema criado na década de noventa do século passado com a liberação da utilização de metanol como combustível para veículos automotores terrestres, levada a efeito pela União Federal. Devido aos propalados riscos à segurança dos que manuseavam o combustível e de seus potenciais danos ambientais, muitos Municípios não se limitaram a proibir a venda de metanol em postos de gasolina situados em seus territórios, vedando, também, o trânsito e a circulação de caminhões-tanque que transportassem metanol naqueles seus territórios. Essa espécie de decisão afrontava o permissivo federal e, muitas das vezes, o impedimento do transporte também impossibilitava o abastecimento de postos situados em outros Municípios que haviam adquirido o novo combustível que, entretanto, só eram servidos pela estrada que cortavam o Município proibidor.

A imposição de limitações administrativas sempre ocasionou e ocasionará dúvidas, quanto mais em relação às novas agências reguladoras. Para tudo, porém, há solução, especialmente porque os conflitos são, em grande parte, meramente, aparentes.

De fato, quando falamos em serviço público, o binômio segurança e qualidade vem à nossa mente. Assim é que qualquer problema concernente à segurança ou à qualidade do serviço é rapidamente relacionado e imputado ao Ente Público responsável por sua prestação e, ultimamente, à agência responsável por sua regulação. Entretanto, nem sempre é assim, pois há limites legais e constitucionais ao exercício dessa competência.

Desta sorte, o transporte aquaviário de passageiros intermunicipal em mar aberto pode ser de competência do Estado federado, mas este transporte é uma espécie de transporte marítimo, competindo à União Federal a edição de normas concernentes não só ao conteúdo de segurança, como também a tudo o que disser respeito e for fundamental à navegação.

A competência da União Federal para a edição dessas normas é privativa, isto é, o Estado-membro não pode sequer editar norma complementar sobre a matéria, eis que a Constituição Federal dispõe, nos incisos I e X do art. 22, da forma seguinte:

- “Art. 22 – Compete privativamente à União legislar sobre:
 - I – (...), direito marítimo (...);
 - (...)
 - X – Regime dos portos, navegação lacustre, fluvial, marítima, aérea e aeroespacial;”

A União exerceu sua competência para legislar sobre a segurança da navegação, editando a Lei n. 9.537, de 11 de dezembro de 1997, cujo art. 1º declina ser este, exatamente, o seu desiderato.

Referida Lei foi regulamentada pelo Decreto n. 2.596, de 18 de maio de 1998, cabendo a fiscalização de seu cumprimento à Capitania dos Portos. Neste aspecto, cabe registrar um primeiro momento que distingue as atribuições da Capitania e da AGETRANSP, uma vez que nada do que estiver previsto nas normas federais será da competência de uma agência reguladora estadual.

As competências da AGETRANSP são fixadas delimitadas pela lei estadual n. 4.555/05, que não dispõe sobre o transporte aquaviário, como, a bem da verdade, não poderia fazê-lo. A disciplina da prestação desse serviço no que tange a passageiros e cargas entre municípios do Estado do Rio de Janeiro está disciplinado no contrato de concessão e seus dois aditivos até aqui celebrados. Infere-se, desde já, que o Estado do Rio de Janeiro, na qualidade de titular de uma das modalidades de serviço aquaviário, é um dos destinatários das normas federais sobre transporte aquaviário, não figurando como um agente fiscalizador, mas um fiscalizado. Explique-se melhor: se o Estado não houvesse concedido a terceiro, uma empresa privada, estaria ele próprio a prestar o serviço de transporte aquaviário, diretamente, e, como prestador, não poderia se autofiscalizar, ou seja, seria mais um fiscalizado pela Capitania dos Portos.

A existência da AGETRANSP não altera a configuração acima, pois a sua criação não tem o condão de proporcionar ao Estado a transcendência da situação de fiscalizado para fiscalizador das normas de segurança aquaviárias federais. Isto por um motivo simples: se o estado não tinha esse poder originariamente, não pode ele, por uma questão de lógica, transferir algo que não possui a uma pessoa de sua administração indireta como a sua agência reguladora. Se o Estado não tem competência para editar normas de segurança para navegação, também não pode exercer o poder de polícia correspondente.

Daí a razão de aquele binômio segurança/qualidade pertinente ao serviço público, por vezes, ocasionar dúvidas, especialmente para os leigos do Direito Público em situações como as que ora se nos apresentam, com os incidentes havidos com embarcações da empresa BARCAS S/A, concessionária do Estado do Rio de Janeiro. De verificar-se, em concreto, a competência da AGTRANSP e da Capitania dos Portos, em especial no que tange à segurança, a fiscalização e vistoria dos equipamentos e embarcações e a imposição de sanções decorrentes da apuração de faltas.

II – DA COMPETÊNCIA DA CAPITANIA DOS PORTOS:

Aqui, é de começar-se pelo fim, isto é, pela conclusão, pois ela se encontra estampada no sítio eletrônico da própria Capitania dos Portos, que a afirma como “*uma Organização Militar responsável pela segurança do tráfego aquaviário e subordinada ao Comando do 1º Distrito Naval*”. (www.mar.mil.br/missao.html)

A missão ali informada coaduna-se com a competência constitucional privativa da União e é bastante para afastar a atuação de outras entidades no exercício dessa tarefa. No entanto, a missão pode ser delegada em parte. Transcreva-se, por oportuno, o art. 5º do Decreto federal n. 2.596/98:

- “Art. 5º - A autoridade marítima poderá delegar competência para entidades especializadas, públicas ou privadas, para aprovar processos, emitir documentos, realizar vistorias e atuar em nome do Governo brasileiro em assuntos relativos à segurança da navegação, salvaguarda da vida humana e prevenção da poluição ambiental.”

No Estado do Rio de Janeiro, essa competência não foi delegada à AGETRANSP nem ao Estado, remanescendo nas mãos da Capitania dos Portos. Note-se que a realização de vistorias e a emissão de documentos são privativas da União ou daqueles aos quais for delegada essa atribuição. Isto quer dizer que uma vistoria realizada por organismo autorizado na forma do art. 5º do referido decreto vale mais do que uma perícia que viesse a ser realizada pela AGETRANSP, na hipótese de a agência dispor de pessoal especializado para a empreitada, o que não confere com a realidade.

O preceituado no Decreto n. 2.596/98 encontra respaldo na alínea “c” do inciso I e no inciso X do art. 4º, da Lei 9.537/97, que imputa à autoridade marítima a “realização de inspeções navais e vistorias”. Inspeção naval é a “*atividade de cunho administrativo, que consiste na fiscalização do cumprimento desta Lei, das normas e regulamentos dela decorrentes, e dos atos e resoluções internacionais ratificados pelo Brasil, no que se refere exclusivamente à salvaguarda da vida humana e à segurança da navegação, no mar aberto e em hidrovias interiores, e à prevenção da poluição ambiental por parte das embarcações, plataformas fixas ou suas instalações de apoio*” (inciso VII do art. 2º, da lei 9.537/98). Quanto à vistoria, sua definição também se encontra na referida Lei, que a tem como uma “*ação técnico-administrativa, eventual ou periódica, pela qual é verificado o cumprimento de requisitos estabelecidos em normas nacionais e internacionais, referentes à prevenção da poluição ambiental e às condições de segurança e habitabilidade de embarcações e plataformas*” (inciso XXI do art. 2º).

Inequívoca, portanto, a competência privativa da autoridade marítima com relação à realização de inspeções navais e vistorias preventivas de acidentes e no fim de salvaguardar a vida humana. De perguntar-se a quem incumbiria a fixação dos requisitos mínimos de segurança e habitabilidade das embarcações e plataformas. Novamente, a Lei 9.537/97 dá competência à autoridade marítima, consoante o inciso VII de seu art. 4º.

Vê-se que, em matéria de segurança da navegação, a competência da AGETRANSP é nula até aqui, eis que não lhe compete estabelecer requisitos mínimos de segurança nem proceder a vistorias ou inspeções para verificar o seu efetivo cumprimento. Caberia à AGETRANSP a função de apurar os acidentes ocorridos e exercer as funções de um tribunal administrativo? Mais uma negativa há de ser oposta.

Consoante o art. 33 da Lei n. 9.537/97, “*os acidentes e fatos da navegação, definidos em lei específica, aí incluídos os ocorridos nas plataformas, serão apurados por meio de inquérito administrativo instaurado pela autoridade marítima, para posterior julgamento no Tribunal Marítimo*”.

Nenhuma parcela de competência restou para a AGETRANSP nesse aspecto. A instauração de inquérito administrativo cabe à Capitania dos Portos, enquanto julgamento cabe ao Tribunal Marítimo. Qualquer decisão no âmbito do Estado como Poder Concedente, que venha a pretender a denúncia do contrato de concessão com BARCAS S/A por serviços mal prestados em razão de acidentes, terá de aguardar a decisão do Tribunal Marítimo para o fim de respeito ao princípio da ampla defesa, assegurado pelo inciso LV do art. 5º, da Constituição da República.

Como é de conhecimento geral, o inquérito não é bastante para formar o conhecimento necessário a uma decisão. O encerramento de um inquérito pode

produzir um indício, mas não tem força decisória. Daí, por cautela e em observância ao princípio da ampla defesa, ser recomendável que qualquer sanção mais intensa aguarde o término da apuração em processo administrativo ou judicial, tal como determina, no âmbito da Administração federal o parágrafo único do art. 33, da Lei 9.637/98, que diz ser “*vedada a aplicação das sanções previstas nesta lei antes da decisão final do Tribunal Marítimo, sempre que uma infração for constatada no curso do inquérito administrativo para apurar fato ou acidente da navegação, com exceção de poluição das águas*”.

O Estado do Rio de Janeiro, na qualidade de Poder Concedente, poderia, todavia, fixar requisitos de segurança superiores àqueles estatuídos pela autoridade marítima e exigir de sua concessionária a adequação aos mesmos, com o correspondente reequilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Esta seria a única hipótese de o Estado ou a Agência, desde que aparelhados para tanto, poderem exercer competência normativa e fiscalizadora relativamente ao tema segurança. No mais, cabe à Capitania dos Portos os atos de normatização e de polícia com vistas a salvaguardar a vida humana.

III – DA COMPETÊNCIA DA AGETRANSP:

A competência da AGETRANSP em relação à regulação do transporte aquaviário de passageiros é bem fixada na cláusula 15, item IV, do contrato de concessão que dispõe ser sua função de “*regulamentar o serviço concedido e fiscalizar a sua prestação*”. Logicamente, a regulamentação e a fiscalização têm de adstringir-se aos termos do contrato, os quais, por sua vez e no que concerne a normas de segurança da navegação, submetidos estão à legislação federal. Neste sentido, o parágrafo 4º da cláusula 17 há de ser entendido restritivamente por motivos vários, uma vez que o mesmo estabelece, de forma ilimitada, que “*todas as verificações das condições de eficiência operacional e de segurança das embarcações e dos terminais mencionados nesta cláusula serão feitas pela ASEP/RJ*”.

A primeira restrição é de hierarquia normativa, pois, à evidência, não pode um contrato inovar no mundo jurídico, contrariando norma constitucional e lei federal. A segunda restrição é de ordem prática, de lógica, de boa-fé administrativa, eis que o Estado, como signatário do contrato, não poderia imputar a então ASEP uma função sem antes aparelhá-la para o seu exercício. Ou seja, se o Estado pretendia que a ASEP fiscalizasse a segurança de embarcações e terminais, efetivamente, deveria ter criado os cargos de peritos no assunto, pois até mergulhadores seriam necessários em determinadas hipóteses, equipando a agência com os profissionais adequados e habilitados para o fim contratual. Como não o fez e não se há de supor irresponsáveis os membros do Executivo da época da assinatura do contrato, no fim de salvaguardar a cláusula contratual em comento, devemos dar à redação da cláusula um intuito diverso do de arvorar para si poder de polícia que não possui e não pode transferir para sua agência reguladora, pois tal interpretação fulminaria a cláusula. Entendido em seus devidos termos, o parágrafo acima transcrito está a significar que a Agência deverá exigir da concessionária a apresentação das vistorias e dos laudos emitidos pelas autoridades federais competentes para a fiscalização da segurança da navegação,

cabendo à Agência verificar o cumprimento das obrigações oriundas, tão-somente, do contrato de concessão.

Essa nos parece a melhor inteligência do dispositivo contratual, tanto que as cláusulas 23 e 24 do contrato de concessão, que cuidam da fiscalização, não mais repetem o teor incisivo daquela que, acima, estava em comento. a fiscalização volta a procedimentos pertinentes ao serviço concedido e não mais à navegação. Há de se reconhecer que a AGETRANSP é uma agência reguladora multimodal em relação aos meios de transporte, competindo-lhe, ainda, a regulação de rodovias estaduais. Inexistem, no âmbito do Estado do Rio de Janeiro, agências reguladoras com expertise específica para um ou outro modal de transporte. Essa constatação demonstra, por si só, que a expertise pretendida pelo legislador para a AGETRANSP concerne ao serviço público em si, sua administração, regulamentação infralegal, fixação de tarifa e fiscalização.

Acrescente-se a isso o fato de o contrato de concessão referir-se ao Poder Concedente, com exclusividade, sempre que nomeia uma autoridade como legitimada para a adoção de uma medida sancionatória mais drástica como a cassação da concessão. De outra parte, os acidentes havidos com embarcações, inclusive atracadouros e flutuantes, é de competência federal, cabendo à Capitania dos Portos investigá-los para que, eventualmente, seja aberto processo administrativo punitivo de competência do Tribunal Marítimo. A regulação, no que tange ao quesito segurança desse modal e a respectiva fiscalização e punição – aquaviário – acaba, dessarte, bastante reduzida ou inexistente em sacrifício da instituição do Estado do Rio de Janeiro.

Essa competência não é pequena ou de pouca importância. À Agência compete, por exemplo: buscar incrementos tecnológicos para o serviço aquaviário; tarifas módicas com a maior universalização possível do serviço; facilitar o acesso e a circulação dos usuários do passeio público para o terminal aquaviário; promover estudos de demanda do serviço aquaviário para promover abertura de novas linhas com ampliações ou, até mesmo, redução do serviço ou aquisição de novas embarcações; estudar a integração do serviço com outros modais, entre outras.

IV – CONCLUSÃO:

A título de argumento e a guisa de ilustração, suponha-se que, antes de ocorrido o acidente em Paquetá em dezembro de 2008, com um flutuante, a AGETRANSP contasse com um conjunto de fiscais e engenheiros habilitados para verificar se o flutuante da estação de Paquetá estava ou não em condições. Feita uma perícia, ainda que esses fiscais estaduais constatassem falhas comprometedoras e determinassem a interrupção dos serviços, a concessionária poderia alegar que a Capitania dos Portos havia feito similar perícia e defeito algum havia encontrado, pois seu equipamento estava de acordo com as normas de segurança federais. O que prevaleceria: o ato liberatório federal ou a determinação das autoridades estaduais?

Como visto, uma vez que não detém competência legislativa sobre a matéria, o Estado e/ou sua agência reguladora não podem exercer o poder de polícia correspondente. A constatação da fiscalização estadual poderia ser contestada em Juízo ou perante o Tribunal Marítimo. A atitude mais adequada juridicamente seria

a de os fiscais comunicarem as falhas encontradas à Capitania dos Portos e pedir-lhe nova vistoria para que o equipamento fosse proibido ao uso.

O acidente havido na estação de Paquetá, em dezembro de 2008, segundo noticiado informalmente, deu-se em virtude de problemas com um equipamento denominado por “flutuante”. A vistoria deste equipamento e o estabelecimento de condições de segurança para sua operação compreendem funções próprias da autoridade marítima, sendo estranhas ao rol de competências da AGETRANSP.

Ao teor da Lei n. 9.537/98, o flutuante pode ser considerado como uma embarcação, definida pelo inciso V do art. 2º, daquela lei, como “qualquer construção, inclusive as plataformas flutuantes e, quando rebocadas, as fixas, sujeita a inscrição na autoridade marítima e suscetível de se locomover na água, por meios próprios ou não, transportando pessoas ou cargas”.

Destarte, se procedente a informação obtida e acima mencionada, outra conclusão não há senão a de exonerar a AGETRANSP de qualquer conduta omissiva em relação àquele evento.

De outra parte, também não se pode atribuir responsabilidade seja à Concessionária seja à Capitania dos Portos sem que se tenha por terminado o inquérito administrativo e seu posterior julgamento pelo Tribunal Marítimo. Por vezes o desgaste natural de materiais, hipóteses de caso fortuito ou força maior são responsáveis pelos eventos danosos e tudo, por questão de justiça e em respeito aos mais comezinhos princípios de um Estado Democrático de Direito como o Brasil, alternativa outra não há senão a de aguardar a apuração e o respectivo julgamento.

Observamos que, teve-se por escopo, oferecer um parecer genérico, que abrangesse a questão competencial de forma panorâmica. Os casos pontuais, em persistindo ou surgindo dúvidas, deverão ser resolvidos caso a caso de conformidade com a especificidade de cada qual.

Assim, com essas observações e com base no exemplo acima examinado, esperamos ter elucidado esse conflito aparente de atribuições entre a Capitania dos Portos da Marinha do Brasil e as agências reguladoras de transportes aquaviários, em especial esta AGETRANSP.

É o nosso parecer s. m. j.

Rio de Janeiro, 25 de agosto de 2010.

SÉRGIO LUIZ BARBOSA NEVES
Procurador do Estado
Assistente PGA