

As tarifas públicas e a implantação do Plano Real

Marcos Martins de Souza¹

Estava prevista para o dia 18 de dezembro de 1996 a realização do tão aguardado julgamento, pelo Plenário do Conselho Administrativo de Defesa Econômica — CADE, do tema relacionado com as tarifas públicas (transporte urbano, água e esgoto etc.), especificamente reajuste dos preços promovido por decreto municipal ou estadual às vésperas da implantação do Plano Real, considerado abusivo por grandes parcelas da sociedade brasileira, o que propiciou representações contra diversas prefeituras e empresas concessionárias ou permissionárias de serviços públicos, firmadas, entre outros, por órgãos do ministério público estadual e entidades de defesa do consumidor.

Ocorrida regularmente a sessão na data aprazada, o assunto todavia não foi objeto de deliberação, uma vez que um dos conselheiros solicitou vista do processo, sem embargo dos demais votos na oportunidade proferidos, inclusive pelo Presidente, marcados todos eles, no aspecto das preliminares, pela tendência de intentar a reinserção do CADE como órgão competente para decidir a matéria no campo administrativo.

Na sessão de 07 de maio de 1997, a matéria objeto da Averiguação Preliminar nº 94-88 restou efetivamente apreciada, tendo o Plenário do CADE, por unanimidade dos conselheiros presentes, se decidido por confirmar o arquivamento do processo, nos termos do voto do Conselheiro-Relator expressando a seguinte conclusão:

“...Adoto as conclusões da Procuradoria, em particular, quando observa que ‘dificilmente conseguiria este Conselho demonstrar que os aumentos praticados, ainda quando abusivos, tinham por objeto ou podiam acarretar os efeitos previstos no art. 20 da Lei nº 8.884/94, condição essa indispensável para caracterização de infração à ordem econômica’ e que, em relação aos processos que tratam de tarifas públicas no período mencionado, até 1º de julho de 1994, ‘encontra-se prejudicada uma das funções ordinárias do processo, qual seja, a de verificar a efetiva situação

¹ Advogado, funcionário do Banco Central do Brasil, Marcos Martins Souza é Secretário-Executivo do Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional — CRSFN e ex-assessor do CADE.

jurídica das partes, o que, por sua vez, fulmina o interesse processual pois não se conseguirá qualquer efeito social com a continuação dos processos referenciados, já que o processo não servirá de remédio apto à aplicação do direito objetivo aos casos concretos.' A mesma dúvida, aliás, se poderia colocar no tocante à aptidão remedial de eventuais processos relativos a atos da mesma índole posteriores à data de implantação do Plano Real. Não obstante, parecem-me apropriadas as propostas (...) no sentido da manutenção do arquivamento dos feitos relativos a aumentos abusivos de tarifas públicas anteriores a 1º de julho de 1994, sem julgamento do mérito.'"

Embora não mais integre o quadro de funcionários do CADE por decorrência de meu retorno ao órgão de origem, pretenderia formular algumas ponderações, no intuito de colaboração com o debate acerca de tema deveras polêmico, como o das tarifas públicas.

Complementares e referenciadas pelo Conselheiro-Relator no voto apresentado na sessão de 18 de dezembro por primeiro aludida, as teses sustentadas outrora pela Dra. Neide Teresinha Malard e, nos idos de setembro de 1994, pelo professor Celso Bastos vinham de certa maneira ditando o posicionamento da maioria dos conselheiros que passaram pelo CADE.

A primeira doutrinadora e ex-Conselheira, com a autoridade que invariavelmente lhe é reconhecida por todos os militantes da área especializada do direito econômico, preconizara que

"À primeira vista poder-se-ia pensar que a lei de prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica também pudesse ser aplicada à atividade exercida sob o regime administrativo da concessão, permissão ou autorização de serviço público.

"Mas não é bem assim. O sistema utilizado no direito administrativo para se colher o melhor preço não é certamente o do mercado, onde a oferta e a procura definem o que será produzido e a que preço.

.....
"O regime do contrato administrativo não é, pois, o regime privado, e nem a concorrência pública para escolha do melhor preço, é o regime de mercado. Essas são as razões básicas por que não se pode aplicar ao regime dos contratos administrativos as leis que protegem a concorrência do mercado, que pressupõe a existência de uma atividade econômica qualquer, exercida sob o regime da liberdade de iniciativa, sem controle do Estado sobre

os preços, que deverão ser livremente fixados, segundo as condições do mercado.

"Assim, qualquer abuso praticado por agente público na escolha dos contratantes ou na fixação das tarifas ou preços públicos, deve ser corrigido através dos instrumentos próprios de controle do ato administrativo, à disposição de qualquer cidadão prejudicado."

A outra tese, constante de trabalho que por interesse de prefeituras municipais foi elaborado pelo eminente jurista, segue caminho que desemboca praticamente na mesma conclusão, ao abraçar o entendimento de que

"...a legislação antitruste nada tem a ver com o simples aumento de valores das tarifas que os poderes públicos municipais hajam por bem levar a efeito, em atendimento, segundo os seus critérios políticos, a condições objetivas que estejam a requerer tais aumentos. É lógico que esta alteração tarifária não é uma atividade absolutamente desregrada, para ser exercitada segundo o talante das autoridades governamentais. Se assim fosse, constituir-se-ia, sem dúvida nenhuma, em abuso de poder ou desvio de finalidade.

.....
"O 'aumento arbitrário de lucros' requer a existência de entidades voltadas, por sua natureza, ao atingimento deste tipo de benefício, o que não é infenso aos concessionários. Sujeita-se a atos editados pelas autoridades governamentais dos municípios, que deverão atender as disposições das respectivas leis orgânicas, à legislação vigente e ao contrato de concessão celebrado. Qualquer desvio destes parâmetros encerra inconstitucionalidade e ilegalidades que deverão ser reprimidas por outras vias que não a da legislação antitruste.

"A configuração de um aumento arbitrário de lucros pressupõe uma atividade submetida à livre iniciativa. O diploma legal que o define não é, destarte, instrumento apto a punir autoridades governamentais, seja qual for o nível de poder público. Este não se guia por considerações de mercado, a não ser quando desempenhe atividade econômica de forma concorrencial, o que não é absolutamente o caso."

O notório saber dos mestres do Direito cujas lições ora são reproduzidas não estimularia preconizar idéias e soluções diferentes, haja vista que nas situações em que atua por cometimento legal a própria Secretaria de Direito

Econômico, do Ministério da Justiça, tem-se limitado a invocar em caráter vinculativo a decisão até então reiterada do CADE, por conseqüência da qual determina-se simples arquivamento dos processos da espécie, dada a incompetência dos órgãos pertencentes ao chamado sistema oficial de defesa da concorrência.

Contudo, ousaria divergir. Primeiramente, esse tratamento de súmula virtual por assim dizer sugere-me, não fora a discussão que ora se trava no bojo da reforma do Judiciário, trazer à baila registro feito pelo ilustre jurista Evandro Lins e Silva (Jornal do Conselho Federal - OAB - nº 50/1996), segundo quem a súmula catalogada e expedida pelo Supremo Tribunal Federal, de que fora destacado Ministro,

"(...) Era uma medida, de natureza regimental, que se destinava, primordialmente, a descongestionar os trabalhos do Tribunal, simplificando e tornando mais célere a ação de seus juizes. Ao mesmo tempo, a Súmula servia de informação a todos os magistrados do país e aos advogados, dando a conhecer a orientação da Corte Suprema nas questões mais freqüentes. Houve críticas e resistências a sua implantação sob o temor de que ela provocasse a estagnação da jurisprudência ou que pretendesse atuar com força de lei. Seu criador, Victor Nunes, saiu a campo e em conferências proferidas na época explicou e deixou bem claro que a Súmula não tinha caráter impositivo ou obrigatório. Ela era matéria puramente regimental e podia ser alterada a qualquer momento, por sugestão dos ministros ou das partes, por meio de agravo contra o despacho de arquivamento de recurso extraordinário ou do agravo de instrumento. Nunca se imaginou a possibilidade de conferir à Súmula o poder vinculante ou de cumprimento obrigatório, imutável para o próprio Tribunal que a edita ou para as instâncias inferiores."

A transcrição acima, guardadas as devidas peculiaridades, contribuiria para firmar o caráter não vinculante dos julgamentos do CADE. Aceita tal premissa, consignaria meu ponto de vista no sentido de que se devesse conhecer de todos os recursos de ofício dessa natureza interpostos pela SDE, mas firmando o juízo de que compete ao CADE definir o mérito, valendo-se, se necessário, de laudo da Secretaria de Acompanhamento Econômico — SEAE, do Ministério da Fazenda.

Situo-me desse modo com base nas argumentações a respeito agora expendidas pela Procuradoria do CADE, notadamente a de que, a partir da edição da Lei nº 8.884/94, o controle e a repressão exercidos pela Autarquia abarcou também as entidades de direito público, sem prejuízo, é natural, da

capacidade política, para citar uma expressão usada no parecer do Dr. Celso Bastos, por elas ostentada de decretar originariamente os níveis de preços dos serviços públicos disponibilizados aos cidadãos no recesso das localidades. Isso, porque mencionado diploma *“atribuiu competência ao CADE — segundo a Procuradoria — para aplicar os seus mandamentos aos entes públicos. E como todo ato praticado por pessoa jurídica de direito público é ato administrativo, negar a competência do CADE sob o fundamento de que os atos administrativos têm seus próprios meios de controle é negar o sentido da própria lei.”*

Nesse mesmo passo e a título de reforço, faço resplandecer o voto vencido do ex-Conselheiro Edgard Lincoln de Proença Rosa, na Averiguação Preliminar nº 94-75, do qual seleciono os trechos abaixo:

“...no mencionado ‘juízo paradigma’ (Processo Administrativo nº 20/92, de início citado), encontro a seguinte passagem: ‘A lei nº 8.884/94, apesar da expressão genérica infrações contra a ordem econômica, nela utilizada, colhe apenas as práticas restritivas da concorrência, como se pode verificar da leitura do seu Capítulo II, que trata das infrações. (grifos meus). Dessa leitura, que eu já fiz mais de mil vezes, não consigo chegar à mesma conclusão, isto é, não consigo interpretar restritivamente a Lei, como ela (Dra. Neide T. Malard) o faz.

.....
“Para mim, a Lei nº 8.884/94 outorga ao CADE competências outras que não, exclusivamente, as que ele quer exercer. (...) O Conselho não pode pretender ser, somente, uma espécie de tribunal administrativo em matéria de concorrência (...). Só porque isto não me parece corresponder à abrangência maior — não muito maior, mas maior — com que aquela Lei alberga a Autarquia.”

No suposto do estabelecimento da competência ao CADE, toda a questão, a partir daqui, centrar-se-ia na análise sobre se houve ou não estipulação de preço excessivo das tarifas públicas na edição do Plano Real, cujo consectário é o aumento arbitrário de lucros, eis que indiscutível a realização destes, seja pela empresa privada, seja pela empresa pública, quando e se harmônicos com os parâmetros econômico-financeiros estipulados na órbita da concessão ou permissão previstas na Lei Maior.

Esses balizamentos não se dissociam — nem o poderiam — da realidade econômica e mercadológica contemporâneas à prestação do serviço público, de par com o custo dos respectivos insumos, o que vai desembocar na licitude da conduta em decorrência da qual os preços restarão majorados por justa causa.

A subida dos preços dos transportes coletivos, por exemplo, verificou-se em momento de conversão de moeda e durante o qual, é bom recordar, havia perspectiva de queda da taxa inflacionária e conseqüente redução dos ganhos auferidos no mercado financeiro, até então importante e indeclinável fonte de recursos do empresariado de uma maneira geral.

Portanto, quando deflagradas as medidas legais e regulamentares de inserção do Real precedida da unidade de referência, o equilíbrio econômico-financeiro da relação em que figurante o concessionário/permissionário passaria a ser mantido em bases e condições puramente operacionais, pela via do aumento preventivo dos preços, a embutir, após aquela etapa de implementação de nova moeda dita forte, a inexorável perda da chamada receita inflacionária.

Chancela tal raciocínio — apropriadamente, a meu ver — Nota Conjunta, de 03.08.94, editada pelos Ministérios da Fazenda e dos Transportes, onde se lê que

“...o valor real da tarifa era fortemente influenciado pela variação dos preços, uma vez que o reajuste tarifário, na maioria dos casos, era concedido apenas uma vez por mês; a vigência ocorria no mês de competência, normalmente até o quinto dia do mês subsequente; à exceção dos salários (com regra legal que permitia estimativas), eram utilizados preços de insumos vigentes na última semana do mês anterior à fixação da tarifa; e as despesas são faturas (compras de pneus, chassis, carrocerias), ou pagas quinzenalmente (no caso dos salários), propiciando operações financeiras, com geração no passado de considerável receita não operacional, tida como fator de equilíbrio do sistema.”

Julgaram as autoridades ministeriais firmatárias da aludida Nota, nos idos daquele segundo semestre de 1994, que as tarifas dos ônibus urbanos deveriam ser *“determinadas por planilhas de cálculo que considerem totalmente os custos incorridos no sistema, sob pena de deterioração dos serviços”*, especificando mesmo que, *“para efeito de conversão das tarifas em real, o critério de média que melhor espelha a utilização, no passado e no futuro da planilha de cálculo é o que considere a data de entrada em vigência da tarifa decretada, correspondente ao valor máximo apurado ao longo de cada mês do período legalmente definido”*, sem deixar de abrir espaço para a hipótese de que ainda assim *“poderá ser necessário um valor adicional para que corresponda ao cálculo planilhado, visto que sua fixação decorre do rateio dos custos incorridos, principalmente reajustes de salários e de outros insumos apropriados.”*

Sem olvidar a natureza, relevância e implicações do assunto; encartando a questionada prática no devido tempo — o período em que se avizinhava novo padrão monetário —, não haveria como num contexto global vislumbrar imposição de preço excessivo ou aumento de preço sem justa causa. Perceba-se, ademais, que o tempo decorrido desde então contribuíra de maneira incisiva para atestar que, possivelmente, ocorrera no biênio 94/96 reafirmação ou reenquadramento no âmbito do sistema de formação e estipulação de preços das tarifas públicas, os quais, se eventualmente foram de lá para cá (leia-se: final de 1996) fixados em patamares superiores aos que denunciavam as correspondentes planilhas de custos, nem por isso deram ensejo, junto ao CADE, a formais, específicas e oportunas representações por parte, inclusive, de órgãos titulares de direitos indisponíveis.