

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP

Lílian de Castro Peixoto

**A PROTEÇÃO AOS INVESTIMENTOS DAS CONCESSIONÁRIAS DE SERVIÇO
PÚBLICO NA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES**

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de Mestre em Direito do Estado, sob a orientação do Prof. Doutor Carlos Ari Vieira Sundfeld.

São Paulo
2009

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

Banca Examinadora

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar agradeço ao Bernardo, amor da minha vida. As palavras não são suficientes para expressar minha gratidão, mas não poderia deixar de registrar que o seu companheirismo, apoio e, sobretudo, a sua compreensão, foram essenciais para eu concluir esta dissertação.

Aos meus pais que, mesmo a distância, lá de BH, participaram e participam de cada momento, incentivando e apoiando.

À minha irmã e às amigas Renata e Karla, com quem mais compartilhei as ansiedades que muitas vezes senti ao longo do desenvolvimento deste trabalho. À Renata, agradeço, ainda, pela leitura do texto e contribuições.

Ao Professor Carlos Ari, exemplo de acadêmico e profissional, pelo comprometimento com a orientação, pelas provocações e questionamentos que tanto me deixaram inquieta e me fizeram pensar as questões deste trabalho.

Por fim, agradeço ao Professor Pedro Paulo de Almeida Dutra, pelo apoio para que eu viesse fazer o mestrado na PUC-SP.

Pesquisei, estudei, meditei, e comparei impressos e manuscritos, tradições orais e papéis do Estado. Esforcei-me para tirar a limpo a verdade, separando-a do que pudesse obscurecê-la. Com o andar dos tempos e o encontro de novos subsídios, haverá de certo o que modificar e depurar ainda nesta história. Na atualidade, porém, e auxiliando-me com as luzes que pude colher, julgo que a devo publicar como a senti, compreendi e imaginei.

RESUMO

Dentre as modalidades de delegação da prestação de serviços públicos à iniciativa privada, a concessão é a forma tradicionalmente mais utilizada pelo Poder Público como instrumento para viabilizar a realização de investimentos em setores essenciais para o desenvolvimento do país. Este tipo de contrato, em razão do longo prazo de sua duração, da modelagem financeira que o acompanha, da evolução tecnológica a que precisa se adequar, dentre outras características, apresenta uma complexidade muito maior que os demais contratos administrativos, estando sujeito a uma multiplicidade de fatores que podem provocar problemas econômico-financeiros. Assim é que temas envolvendo a manutenção do equilíbrio-econômico financeiro dos contratos celebrados, bem como a garantia da amortização dos investimentos realizados ao final da concessão, os quais se inserem num contexto maior, referente à proteção dos investimentos das concessionárias, são objetos de conflitos entre poder concedente e concessionária ou entre esta e o Ministério Público, sendo frequentemente levados ao Judiciário. O presente trabalho objetiva, justamente, compreender os conflitos que chegam ao Poder Judiciário envolvendo questões relativas à proteção dos investimentos das concessionárias e, mais especificamente, como os tribunais superiores têm decidido os conflitos versando sobre este tema. A partir desta análise, concluímos como e em que termos tais investimentos são efetivamente garantidos e se a argumentação dos tribunais está imbuída de alguma concepção desenvolvimentista.

ABSTRACT

Among many forms of devolving public services to the private business, franchising is the most common tool deployed by the government in order to enhance public utilities financing, which is essential to the country's development. Such public contracting is more complex than other forms of public contracting, due to its usually longer term, to its financial arrangement, and to its necessity to adapt to the ongoing technological development, among other idiosyncrasies. Therefore, franchising is subject to a multiple array of elements that can entail economical problems. Hence, questions like the maintenance of the economical balance between the parties of the contract and the assurance of amortization of the investments that are made at the end of the franchising contract, which are part of a higher theme, such as the rule of protection of the investments made by the private party, are a matter of conflict between the franchisor and the franchisee or between the latter and the *Parquet*. On the whole, such conflicts are dealt with by the judicial branch. The essay at hand purports to understand the conflicts that are dealt by the judicial branch and which entangle matters about the protection of the investments made by the franchisee. From that perspective, we conclude presenting how and in which terms those investments are actually secured. Moreover, we attempt to verify whether the courts are deploying a progressive conception in its legal reasoning.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	09
CAPÍTULO I - A DELEGAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO	15
1.1 ASPECTOS GERAIS.....	15
1.2 A CONCESSÃO COMO FORMA DE DELEGAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO.....	24
1.2.1 A Origem das Concessões - Estado Liberal	24
1.2.2 As Concessões no Estado do Bem Estar Social	25
1.2.3 A Retomada da Concessão - Estado Neoliberal	27
1.3 AS DIVERSAS CONFIGURAÇÕES DA CONCESSÃO NO ESTADO BRASILEIRO.....	31
CAPÍTULO II - A PROTEÇÃO AOS INVESTIMENTOS E A GARANTIA AO EQUILÍBRIO ECONÔMICO - FINANCEIRO DO CONTRATO	41
CAPÍTULO III - A PESQUISA DA JURISPRUDÊNCIA - METODOLOGIA DE PESQUISA E RESULTADOS GERAIS	54
CAPÍTULO IV - A ANÁLISE DAS DECISÕES	63
4.1 AÇÕES DE INDENIZAÇÃO DECORRENTE DE DEFASAGEM TARIFÁRIA.....	63
4.2 AÇÕES CONTRA A IMPOSIÇÃO LEGAL DE REDUÇÃO TARIFÁRIA E PRESTAÇÃO GRATUITA DO SERVIÇO.....	75
4.3 AÇÕES ENVOLVENDO CONFLITOS TARIFÁRIOS.....	88
4.3.1 Conflitos sobre Reajuste de Tarifas	89

4.3.2 Pedidos de Revisão Tarifária.....	98
4.3.3 Ações Objetivando Impedir Reduções Tarifárias e Obstar a Cobrança.....	102
4.3.4 Síntese dos Itens Acima.....	108
4.4 AÇÕES CONTRA A EXTINÇÃO DOS CONTRATOS DE CONCESSÃO DE SANEAMENTO SEM PRÉVIA AMORTIZAÇÃO DOS INVESTIMENTOS DAS CONCESSIONÁRIAS.....	110
CAPÍTULO V - CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	117
CONCLUSÃO.....	121
FONTES E BIBLIOGRAFIA.....	127

INTRODUÇÃO

Há muito tempo o Estado vem se valendo dos contratos de concessão¹, através dos quais transfere, por longo prazo, a prestação dos serviços públicos ao empreendedor privado. No Brasil, apesar da concessão de serviço público ter sido constitucionalmente prevista apenas a partir da Constituição de 1934, ela vem sendo utilizada desde antes desta data, com maior frequência em determinados períodos e menor em outros, como um importante instrumento para atrair o setor privado à realização de investimentos que o Poder Público, sozinho, não teria condições de implementar.

Os contratos de concessão de serviço público são negócios jurídicos complexos, eis que, além de demandarem investimentos significativos por parte das concessionárias, por serem contratos de longo prazo, são suscetíveis a uma série de fatores de risco que podem alterar as condições pactuadas. Neste contexto, questão relevante pertinente a eles diz respeito à garantia das concessionárias de serem devidamente remuneradas pelos investimentos feitos, o que envolve, além da manutenção da equação econômico-financeira (ou equilíbrio econômico-financeiro) dos contratos, estabelecida no momento em que celebrados, durante todo o período de execução contratual, a segurança do retorno dos investimentos ao final da concessão. Este é um fator importante, até mesmo, para favorecer o desenvolvimento econômico, como se verá neste trabalho. Com efeito, o respeito aos contratos e aos investimentos da concessionária está diretamente relacionado com os debates desenvolvimentistas na medida em que diminui o risco das concessionárias e, conseqüentemente, o custo dos investimentos, favorecendo o desenvolvimento.

Ao longo da execução de um contrato de concessão, diversos são os fatos que podem ocorrer e impactá-lo, desequilibrando a equação econômico-financeira inicialmente fixada, o que, muitas vezes, gera conflitos entre o poder concedente e a concessionária. Muitos destes conflitos são resolvidos administrativamente e outros

¹ O vocábulo concessão aqui empregado não corresponde a um conceito certo, determinado e unitário do instituto, pois, como veremos no Capítulo I infra, a concessão de serviço público comporta uma pluralidade de configurações, isto é, coexistem vários tipos de concessão, em que pese boa parte da doutrina pretender reduzi-la a um único modelo.

são levados ao Judiciário, chamado a decidir, em última análise, se as consequências de determinado fato, alegado como causador do desequilíbrio contratual, devem ou não ser suportadas pela concessionária.

Grande parte da doutrina, desde o surgimento desta forma de delegação de serviços e até hoje, defende que as questões relativas ao equilíbrio econômico-financeiro dos contratos devem ser resolvidas de acordo com a teoria das áleas ordinárias e extraordinárias. Segundo esta teoria, a concessionária arca com os riscos ordinários² do empreendimento e o poder concedente, com os riscos extraordinários³, sendo que, no caso concreto, a qualificação de um risco como ordinário ou extraordinário nem sempre é fácil. E o Judiciário? Como decide tais conflitos? Será que utiliza a teoria das áleas ordinárias e extraordinárias para solucioná-los?

Igualmente, quando extinta a concessão - seja antecipadamente, por razões atribuíveis ou não à concessionária, seja por decurso do prazo - questões atinentes à amortização do capital investido se colocam. Como o Judiciário decide eventuais pleitos das concessionárias nos quais elas se voltam contra a extinção, alegando ainda haver investimentos a serem amortizados?

O presente trabalho objetiva, justamente, compreender os conflitos que chegam ao Judiciário envolvendo questões pertinentes à devida remuneração das concessionárias e ao retorno dos investimentos por elas realizados e, mais especificamente, **como os tribunais superiores têm decidido os conflitos que versam sobre o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos e a amortização dos investimentos ao final da concessão**. Como e com qual fundamento o Judiciário decide estes conflitos? Quais fatores o Judiciário leva em consideração para decidir? Quais circunstâncias são importantes para ele decidir de uma ou de outra forma? Há uma coerência entre os fundamentos das decisões proferidas?

² Estes seriam aqueles inerentes à atividade empresarial.

³ Estes corresponderiam “ao risco imprevisível, inevitável e não imputável ao contratado”. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 6ªed. São Paulo: Atlas, 2008. p.99.

A pesquisa realizada com o fim de responder a tais questionamentos permitiu-nos concluir que, em tese, com respaldo no sistema legal brasileiro, o Judiciário reconhece amplamente o direito das concessionárias ao equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados e à devida remuneração pelos investimentos realizados. Em todas as decisões pesquisadas, o reconhecimento deste direito e a preocupação com a amortização dos investimentos realizados pelas concessionárias são claramente afirmados. No entanto, em diversas situações **concretas** o Judiciário não se sente seguro o suficiente para afirmar que tal ou qual fato, naquele caso específico, gerou efetivo desequilíbrio contratual ou não permitiu a amortização dos investimentos. Nestas situações, acaba por negar o pleito que lhe é formulado, isto é, na falta de elementos seguros e confiáveis para fundamentar sua decisão num ou noutro sentido, o Judiciário tende a negar os pleitos formulados, mantendo a situação jurídica existente, muitas vezes exarando decisões contraditórias e incoerentes entre si. A *contrario sensu*, portanto, tem-se que naqueles conflitos em que o Judiciário se depara com elementos que lhe permitem decidir com segurança, elementos que considera passíveis de credibilidade, ele os soluciona de forma bem fundamentada. A questão que se coloca então é: quais são estes elementos nos quais o Judiciário confia e que fazem a diferença para suas decisões? O presente trabalho pretende mostrar que é a existência de regras claras e objetivas acerca da prestação do serviço, dos elementos que compõem a equação financeira contratual, dos critérios e formas de revisão e reajuste tarifário, bem como das formas de cálculo para a amortização dos investimentos, que faz toda a diferença para as decisões dos tribunais superiores. **Isto é, conflitos fundados em parâmetros contratuais e/ou regulatórios claros tendem a ser bem resolvidos.**

Assim, a primeira conclusão que se poderá extrair é que contratos bem redigidos, com cláusulas precisas e que efetivamente regulem as peculiaridades de uma dada relação contratual específica, são observados e respeitados pelos tribunais superiores, que fazem valer as suas disposições. Por outro lado, diante de contratos muito incompletos e genéricos, a tendência dos tribunais superiores é negar os pedidos formulados. Verificaremos que, nestes casos, embora aparentemente inexista coerência na fundamentação adotada pelos tribunais nos diversos julgados, é possível identificar uma lógica interna entre as decisões, qual

seja, a de negar a pretensão ou simplesmente não conhecer do recurso com fundamento em algum óbice processual.

Outrossim, poder-se-á constatar também que a ação das agências reguladoras dos serviços de titularidade federal vem sendo bastante prestigiada, sendo respeitadas as regras por elas expedidas. É dizer, a regulação dos serviços federais que se dá por agências reguladoras é observada pelos tribunais superiores, que a fazem prevalecer.

Em síntese, estamos diante de três hipóteses de pesquisa que, ao longo da dissertação, pretende-se confirmadas, quais sejam: (i) havendo contratos de concessão bem redigidos, com regras claras e objetivas, os tribunais superiores os aplicam; (ii) a regulação dos serviços de titularidade federal que se dá pelas agências reguladoras são acatadas pelos tribunais superiores; e (iii) a *contrario sensu* das duas hipóteses acima, tem-se que as concessões que não possuem uma regulamentação clara e objetiva, quer por contrato, quer por agência reguladora, ou por qualquer outra norma regulamentadora, não oferecem ao Judiciário elementos para decidir, acabando mais suscetíveis a sofrerem desequilíbrios econômicos-financeiros, problemas de execução contratual e de amortização de investimentos. Os conflitos acabam sendo resolvidos casuisticamente, sem coerência, gerando grande insegurança.

Para atender a este objetivo, o presente trabalho está desenvolvido em cinco capítulos. O Capítulo 1 aborda, em um primeiro momento, as diferentes formas de delegação da prestação do serviço público, pontuando sua crescente diversificação. Após, trata especificamente das concessões de serviço público, dando um panorama da sua evolução no Brasil e deixando claro que esta designação não comporta um único regime jurídico, mas vários.

No Capítulo 2, tecemos algumas considerações acerca da importância de se assegurar às concessionárias o retorno adequado dos investimentos realizados, identificando qual proteção é dada pelo sistema legal brasileiro a estes investimentos, bem como apontando a importância da regulação legal e contratual para este fim.

Estes dois primeiros capítulos objetivam contextualizar o tema e oferecer os instrumentos necessários para a análise da jurisprudência. A partir deles é que passaremos ao cerne do trabalho a que nos propomos, qual seja, o estudo das decisões judiciais. Antes, porém, no Capítulo 3, apresentaremos a metodologia de pesquisa utilizada e os resultados gerais verificados.

Feitas as considerações acerca dos resultados gerais da pesquisa realizada, no Capítulo 4 focalizaremos nosso estudo em quatro tipos de conflitos judicializados, os quais, a partir da pesquisa realizada, consideramos os mais relevantes, tendo em vista, dentre outros fatores, a frequência com que são levados ao Judiciário. Será a partir da análise destes conflitos que comprovaremos (ou não) as hipóteses de pesquisa objeto deste trabalho. É importante deixar claro desde já que não pretendemos fazer um exame crítico da atuação dos tribunais, mas tão somente tentar compreendê-la para, a partir daí, extrair conclusões.

Em apertada síntese, tem-se que o **primeiro** dos conflitos versa sobre pedidos de indenização formulados por delegatárias de serviço público de transporte coletivo e transporte aéreo em face do poder concedente, sob o fundamento de que suportaram defasagem tarifária em determinado período. O **segundo** trata da imposição legal, superveniente à celebração dos contratos, de redução tarifária ou de prestação gratuita do serviço concedido a determinada categoria de usuário. O conflito se estabelece entre a concessionária, de um lado, que pretende eximir-se do ônus de prestar o serviço gratuitamente ou com tarifa reduzida, e o poder concedente, de outro, que quer fazer valer a imposição legal, ou até mesmo entre concessionária e poder concedente de um mesmo lado, e o órgão legislativo, de onde derivou a imposição legal, ou o Ministério Público, do outro. O **terceiro** conflito objeto deste trabalho trata dos pleitos envolvendo questões tarifárias, que incluem medidas por parte das concessionárias, tanto com o objetivo de reajustar ou revisar tarifas, como de impedir sua redução ou até mesmo sua cobrança, estas determinadas por ato de autoridade ou, ainda, nos autos de ações consumeristas, que pretendem defender os direitos dos usuários. O **quarto** e último conflito versa sobre a extinção dos contratos de concessão de saneamento por decurso do prazo e o direito das concessionárias de receber a indenização devida pelos investimentos realizados antes da assunção dos serviços pelo poder concedente. Discute-se, em

suma, o momento do pagamento da indenização: se antes da assunção do objeto da concessão pelo poder concedente, ou se depois, sendo que os contratos se extinguíram pela expiração do seu prazo. O Capítulo 5 conterà uma síntese sistematizada do Capítulo 4, antecedendo a conclusão.

CAPÍTULO I - A DELEGAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO

1.1 ASPECTOS GERAIS

As formas de gestão da prestação de serviços públicos possuem uma relação direta com o modelo de intervenção do Estado no domínio econômico vigente em determinada época. Desde o surgimento do Estado de Direito, as transformações dos papéis desempenhados pelo Estado e pela iniciativa privada ao longo dos anos influenciaram diretamente as formas de delegação dos serviços públicos e de colaboração entre os setores público e privado.

Assim é que, sucinta e genericamente, podemos afirmar que no Estado Liberal - sob a forma de Estado de Direito -, vigente no final do século XVIII e grande parte do século XIX, marcado por uma conduta omissiva, cuja função limitava-se a manter a segurança, garantir a liberdade e a propriedade privada, a delegação de serviços públicos se dava basicamente através da concessão⁴, na sua concepção clássica. Como salienta Diogo de Figueiredo Moreira Neto, “o Estado de Direito não desenvolveu a colaboração econômica [da iniciativa privada] além das concessões”⁵. Já o Estado Social, que se estendeu do séc. XIX até o final do séc. XX - sob as formas de Estado do Bem Estar Social e Estado Socialista - e se caracterizou como um Estado totalmente interventor, tendo tomado para si a responsabilidade de prover os serviços públicos considerados essenciais à coletividade, praticamente extinguiu as formas de colaboração da iniciativa privada. As companhias estatais alcançaram, no período, uma posição dominante na prestação dos diversos serviços públicos.

O contemporâneo Estado Neoliberal, por sua vez, surge no final do século XX - sob a forma de Estado Democrático de Direito -, baseado no princípio da

⁴ Referimo-nos à concepção clássica de concessão para fazer alusão, genericamente, ao contrato administrativo por meio do qual o poder público delega a gestão de um serviço público à iniciativa privada, para que ela a explore por sua conta e risco, remunerando-se pelas taxas cobradas dos usuários. Como veremos a seguir, a trajetória da evolução histórica do instituto evidencia a dificuldade de defini-lo, não sendo possível reduzi-lo a um único modelo padronizado.

⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. “O Sistema da Parceria entre os Setores Públicos e Privados. Execução de Serviços através de concessões, permissões, terceirizações e outros regimes. Aplicação adequada destes institutos”. *Boletim de Direito Administrativo*. São Paulo, fev. 2007. p.75-81.

subsidiariedade⁶ e como decorrência do esgotamento da capacidade de investimento do Estado Social e da verificação de sua ineficiência. Ele vem se caracterizando por uma intensa reaproximação entre o Estado e a sociedade, evidenciada pela presença mais significativa da iniciativa privada na execução de serviços públicos, o que tem sido marcado pelo progressivo aumento e diversificação dos modos de gestão e delegação destes serviços. Como bem salientado por Fernando Fróes, ocorreu que

uma nova filosofia se instaurou no centro da política econômica: os governos passaram a fundamentar suas ações na premissa de que o Estado deveria deixar de ser o produtor de bens e serviços (executor) e se tornar apenas regulador das atividades econômicas levadas a cabo por empresas predominantemente do Setor Privado.⁷

Criou-se a consciência de que deve haver um enxugamento da máquina estatal, com a transferência, para a iniciativa privada, de diversas atividades. A privatização⁸ e a liberalização dos serviços passam a constituir importantes ingredientes da política neoliberal. Neste contexto, emerge o termo "parceria", utilizado para abranger os diversos novos ajustes que expressam a colaboração do setor privado na consecução de fins públicos, todos eles imbuídos de uma nova cultura de relacionamento entre Poder Público e iniciativa privada, regida pela lógica da cooperação ou consensualidade em substituição à lógica da imperatividade.

A crescente parceria do Estado com o setor privado torna-se a nova fórmula para garantir o desenvolvimento. "Após uma concepção da Administração detentora

⁶ De acordo com este princípio, "de um lado, o Estado deve abster-se de exercer atividades que o particular tem condições de desempenhar por sua própria iniciativa e com seus próprios recursos; de outro, o Estado deve fomentar, coordenar, fiscalizar a iniciativa privada, de sorte a permitir aos particulares, sempre que possível, o sucesso na condução dos seus empreendimentos". GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. "As Parcerias na Administração Pública". In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos (Orgs.). *Curso de Direito Administrativo Econômico*. vol.I. São Paulo: Malheiros Editores, 2006. p.432.

⁷ FRÓES, Fernando. "Infra-Estrutura e Serviços Públicos: Princípios da Regulação Geral Econômica". In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos (Orgs.). Op. cit., 2006. p.512.

⁸ Referimo-nos aqui à privatização em sentido amplo, abrangendo todas as medidas tomadas com o fim de reduzir a presença do Estado, compreendendo: a desmonopolização de atividades econômicas; a concessão e permissão de serviços públicos a empresa privada e não mais a empresa estatal; a tercerização; a desestatização ou desnacionalização, com a venda de ações de empresas estatais para o setor privado; a introdução de gerenciamento dentro da Administração Pública; a desregulação, com a diminuição da intervenção do Estado no domínio econômico. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 6ªed. São Paulo: Atlas, 2008.

do monopólio do interesse público, emerge entendimento de que a Administração deve compartilhar tal atribuição com a sociedade”⁹. Diversos são os objetivos a que servem a parceria, podendo ser utilizada como (a) forma de delegação da execução de serviços públicos; (b) meio de fomento à iniciativa privada; (c) instrumento de instauração da chamada “Administração Pública Gerencial”, por meio dos contratos de gestão; (d) forma de cooperação do particular na execução de obras públicas e fornecimento de bens e serviços.¹⁰

Interessa-nos neste trabalho a utilização da parceria como forma de delegação da execução de serviços públicos e, enquanto tal, ela tem se formalizado, no Estado Neoliberal, por diversos instrumentos jurídicos, é dizer, as formas de delegação vêm sendo progressivamente aumentadas e diversificadas com a crescente colaboração do setor privado. Constatando este fato, que não é peculiaridade brasileira, vindo a ocorrer também na Comunidade Européia, o Vice-Presidente Honorário do Conselho de Estado da França e Presidente do Instituto da Gestão Delegada, Marceau Long, disse que “a delegação de serviço público é tão rica que pode-se ver nela, na atualidade, o maior tema de espanto do direito administrativo contemporâneo”¹¹.

A diversificação dos modelos de prestação de serviços públicos decorre também da necessidade de compatibilizar o tipo de gestão com os “novos” serviços públicos, prestados em regime de concorrência, emergentes da privatização e liberalização de alguns setores da economia. É incontroverso que a abrangência e o regime jurídico dos serviços públicos sofreram muitas alterações, o que vem conduzindo a novidades nas formas de delegação da sua prestação, pois as modalidades clássicas não mais se apresentam como opções viáveis para prestá-los.

O Estado Brasileiro, ao longo do tempo, organizou o desempenho de seus serviços públicos sob diversas modalidades.

⁹ MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em Evolução*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992. p.192.

¹⁰ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. Op. cit., 2008. p.22, 23.

¹¹ PEISER, Gustave. *Droit Administratif*. 18^a ed. p.143-4. Apud: GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Op. cit., 2006. p.447.

Tradicionalmente, a concessão e a permissão, em suas conceituações clássicas, constituíam as modalidades de descentralização da execução de serviços públicos apontadas pela lei, doutrina e jurisprudência¹². Distinguiam-se pelo fato de a permissão se caracterizar como ato unilateral, de natureza precária e discricionária, enquanto a concessão seria resultado de um acordo de vontades, instrumentalizado em um contrato administrativo, o que melhor resguardaria os interesses da concessionária, especialmente diante do capital investido. Destinava-se a permissão àqueles serviços em que o capital a ser investido pelo particular era menor, sendo possível sua ruptura unilateral a qualquer tempo, sem indenização e sem que isso acarretasse consequências danosas à permissionária. Já a concessão se destinava àqueles serviços que demandavam pesados investimentos, razão pela qual a ruptura antecipada do vínculo, sem que para tanto tivesse contribuído a concessionária, gerava para o ente concedente o dever de ressarcimento.

Estes institutos, com tais características, permanecem ainda como modalidades de delegação de serviços públicos, mas, além deles terem se diversificado, passando-se a conhecer diversas variantes que de alguma forma romperam sua unidade anterior, novos modos de delegação vêm surgindo. Assim, embora haja sempre a tendência de se classificar como permissão ou concessão os ajustes por meio dos quais se delega serviço público, atualmente, ao lado destes tradicionais ou clássicos institutos de delegação, são frequentes outras figuras, como as **autorizações**, as **franquias**, o **arrendamento de áreas e instalações portuárias**, além das várias modalidades ou espécies de permissão e concessão de serviço público que apareceram.

No que diz respeito à **permissão**, os autores pátrios são unânimes em dizer que o seu uso vem se desnaturando, eis que utilizada para outorgar a exploração de

¹² Conforme: JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviços Públicos*. São Paulo: Dialética, 2003. GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. Op. cit., 2006. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações de Direito Administrativo*. 2ªed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. “As Concessões, Permissões e Autorizações de Serviço Público”. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos (Orgs.). Op. cit., 2006. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit., 2008. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 26ªed. São Paulo: Malheiros, 2001. FORTINI, Cristiana. *Contratos Administrativos. Franquia, Concessão, Permissão e PPP*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 25ªed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

serviços que demandariam estabilidade e garantias mínimas ao prestador¹³, ou seja, serviços cujo desempenho exigiria investimentos significativos. Conforme relata Celso Antônio Bandeira de Mello, surgiram até mesmo leis que preveem outorga de permissão para serviços cujo desempenho implica investimento de considerável monta, exemplificando como tal o transporte coletivo de passageiros¹⁴. Outrossim, em que pese o seu caráter precário, donde decorreria que a outorga fosse realizada sem prazo determinado, verificaram-se muitos ajustes com prazo fixo, denominados pela doutrina de permissão "qualificada"¹⁵ ou "condicionada"¹⁶.

O problema se agravou quando a Constituição, art. 175, I, exigiu o prévio procedimento licitatório para a outorga da permissão, conferindo-lhe natureza contratual, o que foi reafirmado pela Lei 8.987/95. A doutrina então se dividiu entre aqueles que sustentam: (i) haver imprecisão técnica da redação constitucional, pois a natureza contratual só pode ser reportada às concessões, que oferecem maior segurança patrimonial à concessionária¹⁷; (ii) ter a permissão se tornado instituto praticamente ineficaz, eis que igualada à concessão; tais autores consideram inconstitucional atribuir caráter precário à permissão diante da sua contratualização¹⁸; e (iii) haver distinções entre os dois institutos, eis que, não obstante o caráter contratual atribuído à permissão, seu caráter precário, que permite sua extinção a qualquer tempo, continua presente¹⁹.

¹³ Idem ao pé de página anterior.

¹⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. op. cit., 2008. p.748. Em seguida o autor comenta que "o uso da permissão em tais casos incentiva a corrupção, porque, de um lado, enseja pressões indevidas, fáceis de se fazer sobre quem não tenha garantia nenhuma de segurança quanto à permanência do vínculo, e, de outro, porque o sujeito que não é assistido por direito algum recorre a quaisquer meios para obter o que não se lhe quer dar de direito". (p.749).

¹⁵ Cf. MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit., 2001.

¹⁶ Cf. CRETELLA JUNIOR, José. *Tratado de Direito Administrativo*. 1ªed. vol.10 - Princípios de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 1972.

¹⁷ Cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Op. cit., 2008. p.753.

¹⁸ Cf. FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2004. p.9 a 112. BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Op. cit., 2006. p.421. TÁCITO, Caio. "Serviço de Transporte Coletivo, Tarifas, Equilíbrio Financeiro, Parecer". *Revista de Direito Administrativo*. n.169. Rio de Janeiro, jul./set. 1987. p.190.

¹⁹ Cf. PORTO NETO, Benedicto. *Concessão de Serviço Público no regime da Lei 8.987/95*. São Paulo: Malheiros, 1998. p.135. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit., 2008. p.130-4. MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit., 2001. p.357. JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit., 2003. p.113. WALD, Arnoldo; WALD, Alexandre de M.; MORAES, Luiza Rangel de. *O Direito de Parceria e a Lei de Concessões*. São Paulo: Saraiva, 2003. p.111.

Independentemente das posições doutrinárias, o fato é que o termo permissão deixou de corresponder a um certo e determinado regime jurídico, sendo necessário, pois, examinar o conjunto de normas reguladoras de determinado ajuste nominado de permissão para identificar-lhe o regime jurídico.

Relativamente à **autorização**, embora haja divergência na doutrina acerca da possibilidade de empregá-la para delegar a terceiros a prestação de serviços públicos²⁰, fato é que o art. 21, inc. XI e XII e o art. 223, todos da CF/88²¹, referem-se a ela como forma possível de delegação dos serviços mencionados nos referidos dispositivos constitucionais. Com fundamento nestes dispositivos é que a Lei Geral de Telecomunicações (Lei 9.472/97), ao distinguir os serviços de telecomunicações entre aqueles prestados sob regime de direito público e aqueles prestados sob regime de direito privado, estabeleceu que estes seriam prestados mediante prévia

²⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit., 2008. FIGUEIREDO, Lucia Valle. Op. cit., 2004. MEIRELLES, Hely Lopes. Op. cit., 2001. Esses autores admitem o uso da autorização como mecanismo de delegação da exploração de serviço público, a ser utilizada para serviços emergenciais, não constantes. Marçal Justen Filho (Op. cit., 2003) sustenta que apenas serviços privados podem ser autorizados, sendo inconstitucional qualquer previsão de autorização de serviços públicos. Para Celso Antônio Bandeira de Mello (Op. cit., 2008), além de serviços privados, a autorização pode ser utilizada para delegar serviços públicos emergenciais, apenas enquanto adotam-se os procedimentos para a outorga de permissão ou concessão. Já Diogo de Figueiredo Moreira Neto (Op. cit., 2001) sustenta ser a autorização uma modalidade de delegação unilateral da prestação de serviço público, podendo ser utilizada exclusivamente pela União e, especificamente, para a prestação dos serviços públicos contemplados no art. 21, XI e XII, CF. Marcos Juruena Villela Souto ("Gestão Alternativa de Serviços Públicos". *Revista de Direito Administrativo*. vol.219. Rio de Janeiro, jan./mar. 2000. p.195), afirmando que "só se pode utilizar a autorização quando não houver predominância do interesse público sobre o particular", sustenta a possibilidade de sua utilização para a delegação de serviço público. Jacintho de Arruda Câmara (Autorizações administrativas vinculadas: o exemplo do setor de telecomunicações. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coord.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008. p. 619-633) afirma. "A realidade jurídica revela a convivência de diversas acepções do termo autorização. O conceito de autorização nos serviços de radiodifusão não é o mesmo do empregado nos de telecomunicações. O setor elétrico possui a sua concepção, o de serviços de transporte de passageiros emprega outra." (p. 631). E adiante conclui: "Na verdade é impossível adotar, com base num exame fiel do direito positivo, um conceito geral que envolva todas as aplicações do instrumento de autorização" (p. 632).

²¹ Art. 21. "Compete à União: XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais; XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão: a) os serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens; b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergéticos; c) a navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura aeroportuária; d) os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território; e) os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros; f) os portos marítimos, fluviais e lacustres".

Art. 223. "Compete ao Poder Executivo outorgar e renovar concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens, observado o princípio da complementaridade dos sistemas privado, público e estatal".

autorização (art. 131)²². Também a Lei 9.074/95 prevê a autorização para a implantação de usinas termelétricas e para o aproveitamento de potenciais hidráulicos, destinados a uso exclusivo do autoprodutor (art. 7, I, II)²³. Ainda, a Lei dos Portos, Lei 8630/93, prevê a hipótese de o interessado construir, reformar, ampliar, melhorar, arrendar e explorar instalação portuária, mediante autorização do órgão competente (art. 4, II)²⁴.

No que diz respeito ao **arrendamento em áreas e instalações portuárias**, instituído também pela referida Lei dos Portos, o exame das disposições constantes da legislação demonstra que o arrendamento ali disciplinado

corresponde a uma forma contratual híbrida, que compreende as naturezas jurídicas de concessão remunerada de uso de bem público; de concessão de serviço público, pertinente às operações portuárias; de concessão de obra pública; e, em parte, de delegação de exercício de poder de polícia.²⁵

Nos termos da legislação, o arrendatário é o titular da exploração de uma dada instalação portuária (um terminal) nos portos organizados por um dado período de tempo. Durante esse período ele a mantém, gere e explora, com base em contrato oneroso celebrado com a União, no caso de exploração direta, ou com sua concessionária, sempre através de licitação. O contrato de arrendamento contém 18 cláusulas consideradas essenciais, especificadas no § 4º do art. 4 da Lei 8.630/93²⁶,

²² Art. 131 da Lei 9472/97: “A exploração de serviço no regime privado dependerá de prévia autorização da Agência, que acarretará direito de uso das radiofrequências necessárias. § 1º Autorização de serviço de telecomunicações é o ato administrativo vinculado que faculta a exploração, no regime privado, de modalidade de serviço de telecomunicações, quando preenchidas as condições objetivas e subjetivas necessárias”.

²³ Art. 7, I, II, Lei 9074/95: “Art. 7o. São objeto de autorização: I - a implantação de usinas termelétricas, de potência superior a 5.000 kW, destinada a uso exclusivo do autoprodutor; II - o aproveitamento de potenciais hidráulicos, de potência superior a 1.000 kW e igual ou inferior a 10.000 kW, destinados a uso exclusivo do autoprodutor”.

²⁴ Art. 4º “Fica assegurado ao interessado o direito de construir, reformar, ampliar, melhorar, arrendar e explorar instalação portuária, dependendo: II - de autorização do ministério competente, quando se tratar de terminal de uso privativo, desde que fora da área do porto organizado, ou quando o interessado for titular do domínio útil do terreno, mesmo que situado dentro da área do porto organizado”.

²⁵ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Op. cit., 2001. p.137.

²⁶ § 4º “São cláusulas essenciais no contrato a que se refere o inciso I do caput deste artigo, as relativas: I - ao objeto, à área de prestação do serviço e ao prazo; II - ao modo, forma e condições da exploração do serviço, com a indicação, quando for o caso, de padrões de qualidade e de metas e prazos para o seu aperfeiçoamento; III - aos critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros definidores da qualidade do serviço; IV - ao valor do contrato, nele compreendida a remuneração pelo uso da infra-estrutura a ser utilizada ou posta à disposição da referida instalação, inclusive a de proteção e

as quais não diferem muito daquelas previstas no art. 23 da Lei 8.987/95. Ainda a semelhança do que ocorre nas concessões, a lei prevê a reversão dos investimentos realizados pelo arrendatário de instalação portuária (§ 6º, do art 4º)²⁷.

Por fim, um outro instrumento que vem sendo utilizado como forma de delegação da prestação de serviço público, embora ainda não haja uma lei geral que discipline a sua utilização pela Administração Pública e em que pesem as divergências doutrinárias a respeito, é a **franquia**²⁸. No Brasil, a franquia mais conhecida é a dos Correios²⁹, tendo esta sido recentemente disciplinada por lei própria, já regulamentada.³⁰

acesso aquaviário; V - à obrigação de execução das obras de construção, reforma, ampliação e melhoramento, com a fixação dos respectivos cronogramas de execução físico e financeiro; VI - aos direitos e deveres dos usuários, com as obrigações correlatas do contratado e as sanções respectivas; VII - à reversão de bens aplicados no serviço; VIII - aos direitos, garantias e obrigações do contratante e do contratado, inclusive, quando for o caso, os relacionados com as previsíveis necessidades de futuras suplementações, alterações e expansões do serviço e conseqüente modernização, aperfeiçoamento e ampliação das instalações; IX - à forma de fiscalização das instalações, dos equipamentos e dos métodos e práticas de execução dos serviços; X - às garantias para adequada execução do contrato; XI - ao início, término e, se for o caso, às condições de prorrogação do contrato, que poderá ser feita uma única vez, por prazo máximo igual ao originalmente contratado, desde que prevista no edital de licitação e que o prazo total, incluído o da prorrogação, não exceda a cinquenta anos; XII - à responsabilidade do titular da instalação portuária pela inexecução ou deficiente execução dos serviços; XIII - às hipóteses de extinção do contrato; XIV - à obrigatoriedade de prestação de informações de interesse da Administração do Porto e das demais autoridades no porto, inclusive as de interesse específico da Defesa Nacional, para efeitos de mobilização; XV - à adoção e ao cumprimento das medidas necessárias à fiscalização aduaneira de mercadorias, veículos e pessoas; XVI - ao acesso, pelas autoridades do porto, às instalações portuárias; XVII - às penalidades contratuais e sua forma de aplicação; XVIII - ao foro”.

²⁷ Art. 4º, § 6º “Os investimentos realizados pela arrendatária de instalação portuária localizada em terreno da União localizado na área do porto organizado reverterão à União, observado o disposto na lei que regulamenta o regime de concessão e permissão de serviços públicos”.

²⁸ A Lei 8.955/94 dispõe sobre o contrato de franquia empresarial (*franchising*), nada preceituando sobre sua adoção no âmbito da Administração pública. Daí a discussão na doutrina acerca da possibilidade de sua utilização para delegação da prestação de serviço público. Maria Sylvia Zanella Di Pietro entende que na franquia, assim como na concessão, a atividade delegada é a prestação de serviço público. Segundo ela, tão grande é a semelhança entre a concessão e a franquia que é possível considerar esta como espécie daquela. Afirma que “a diferença entre a concessão de serviço público, em sua forma tradicional, e a franquia de serviços é apenas de grau, porque nesta última o franqueado sofre limitações em sua atuação e em sua organização muito maiores que o concessionário na concessão tradicional”. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit., p.209. Já para Marçal Justen Filho não se configura admissível utilizar a franquia como instrumento de delegação de serviços públicos a particulares. Sustenta que “a franquia é contrato de direito privado, apto a instrumentalizar relações jurídicas entre particulares”. E justifica: “É que o franqueador não dispõe da faculdade de interferir sobre a órbita interna do franqueado, sendo impossível a adoção das chamadas cláusulas exorbitantes, características da permissão e da concessão”. JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit., 2003. p.147.

²⁹ Por meio destas franquias, ocorre o repasse da execução dos serviços de atendimento de balcão e captação de clientes às agências franqueadas. De se registrar a existência de uma celeuma em torno da natureza jurídica destas franquias. Marcos Juruena Vilella Souto afirma que as franquias postais não se confundem com a concessão de serviço público, caracterizando-se, na verdade, como uma

Esta sucinta abordagem acerca de diferentes formas de delegação de serviço teve o objetivo, tão somente, de evidenciar a diversificação das modalidades de prestação de serviços públicos, não obstante as divergências doutrinárias em torno delas. Mas é a concessão de serviço público que será objeto de nossas considerações mais detalhas a seguir, ressaltando, desde já, que tal denominação - concessão - admite uma série de configurações ou espécies, embora seja possível identificar um regramento mínimo comum a todas elas. Daí a necessidade - embora não seja objeto deste trabalho realizar um levantamento histórico sobre o instituto da concessão - de compreender, ainda que sucintamente, a trajetória do instituto e as características de cada etapa de sua evolução para melhor analisarmos os conflitos judiciais a que nos propomos.

Assim, a exposição que se segue, partindo da evolução dos papéis desempenhados pelo Estado desde o liberalismo econômico do sec. XIX, abordará o desenvolvimento da concessão de serviços públicos de um modo geral e, especificamente, no Brasil, o que incluirá, é claro, a evolução do próprio conceito de serviço público que, salientamos desde já, é tema em torno do qual não há consenso.

espécie de terceirização de serviços. SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Desestatização, Privatização, Concessões e Terceirizações*. 2ªed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999.

Para Marçal Justen Filho, a franquia da agência de correios subordina-se a regime jurídico de uma concessão de serviço público. Segundo ele, “a franquia é uma denominação incorreta e inadequada para qualificar o vínculo jurídico existente”. JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit., 2003. p.149.

Além da divergência doutrinária, o Tribunal de Contas da União também custou a chegar a um consenso com relação a estas franquias, ora considerando-as como espécie de concessão de serviço, ora como ajuste tipicamente de direito privado. A este respeito consultar acórdãos proferidos nos processos: Pleno TC 010.050/95-7 e Pleno TC 625.042/98-0.

³⁰ A Lei 11.668, de 02 de maio de 2008, dispõe sobre o exercício da atividade de franquia postal, e o Decreto n. 6.639, de 07 de novembro de 2008, a regulamenta. De acordo com a Lei 11.668/08, a ECT poderá utilizar o instituto da franquia para “desempenhar atividades auxiliares relativas ao serviço postal” (art. 1º, § 1º), tendo tais atividades auxiliares sido definidas como aquelas consistentes “na produção ou preparação de objeto de correspondência, valores e encomendas que antecedem o recebimento desses postados pela ECT, para posterior distribuição e entrega aos destinatários finais” (art. 2º, § 1º, Decreto 6.639/08). Nos termos do art. 7º da Lei, A ECT terá 24 meses, contados do Decreto, para concluir as contratações com base na lei.

1.2 A CONCESSÃO COMO FORMA DE DELEGAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO

1.2.1 A Origem das Concessões - Estado Liberal

O período áureo das concessões de serviço público inicia-se no Estado Liberal do séc. XIX, embora se tenha notícia da utilização da concessão em período anterior³¹. Nestas circunstâncias, a concessão de serviços públicos assegurava ao denominado *Estado Mínimo* o controle das atividades concedidas, isentando-o de realizar pesados investimentos, os quais eram transferidos para o setor privado que, para se remunerar, explorava o serviço por sua conta e risco, cobrando uma taxa de utilização dos usuários.

A concessão de serviço público era essencialmente, no Estado Liberal, um expediente de natureza financeira por meio do qual o Estado viabilizava a instalação de infra-estruturas públicas com recursos privados. Conceder serviços era um meio de executá-los sem custo para o erário público, na medida em que todos os riscos da sua exploração eram suportados pelo empreendedor privado. Esta era a grande vantagem do regime de concessões para o Estado Liberal.

Pedro Gonçalves, afirmando que *"a concessão de obra e de serviço público é um produto da lógica de funcionamento do Estado Liberal"*³², definiu-a como uma

convenção pela qual uma pessoa colectiva de direito público (o concedente) encarregava uma pessoa privada (concessionário) de instalar uma empresa de serviço público e, posteriormente, de a fazer funcionar, explorando o serviço por sua conta e risco e remunerando-se pelas taxas cobradas dos utentes.³³

Nesta época, é possível dizer, eram características essenciais da concessão: ter por objeto um serviço público que era prestado pelo setor privado em "substituição" à Administração Pública; ter como concedente sempre uma pessoa de direito público interno e como concessionária uma empresa privada; ser o serviço explorado por conta e risco da concessionária, não havendo solidariedade financeira

³¹ Cf. GONÇALVES, Pedro. *A Concessão de Serviços Públicos*. Coimbra: Almedina, 1999.

³² Ibidem. p.103.

³³ Ibidem. p.104.

da administração concedente³⁴; e ser a concessionária remunerada pela cobrança dos usuários pela utilização do serviço público prestado, de modo que só eram objeto de concessão os serviços *uti singuli*. Estas eram as características, apontadas pela doutrina, do clássico modelo de concessão.

No que diz respeito à definição de serviço público, na esteira da “Escola do Serviço Público” liderada por Leon Duguit, na França, três critérios eram utilizados para defini-lo: o **subjetivo**, de acordo com o qual o serviço público era aquele prestado direta ou indiretamente pelo Estado, isto é, era aquela tarefa organizada, assegurada e controlada pelo conjunto de órgãos e agentes do aparelho estatal; o **material**, segundo o qual o serviço público seria a atividade que tivesse por objeto a satisfação de necessidades coletivas; e o **formal** que, levando em conta o regime jurídico aplicável à prestação, conceituava o serviço público como aquele prestado sob o regime de direito público, derogatório do comum. O serviço público era aquele decorrente da reunião destes três critérios, os quais aderiam perfeitamente à realidade, pois as atividades de interesse geral, essenciais à coletividade, eram prestadas direta ou indiretamente pelo Estado, através do regime jurídico de direito público. Isto é, eram considerados serviços públicos as atividades ou tarefas relevantes para a sociedade, destinadas a satisfazer o interesse geral, que por isto eram prestadas ou organizadas pelo organismo estatal em regime jurídico especial, o de direito público.

1.2.2 As Concessões no Estado do Bem Estar Social

As características originárias da concessão e do serviço público foram alteradas com o advento do Estado do Bem Estar Social, consolidado após a II Guerra Mundial. Este, diferentemente do Estado Liberal, caracterizou-se como um Estado totalmente interventor, responsabilizando-se não só por prover serviços públicos considerados essenciais à coletividade, tendo, para tanto, estatizado várias atividades industriais, comerciais e sociais, mas por promover o desenvolvimento econômico e social.

³⁴ No Brasil, como veremos adiante, não nos parece possível afirmar que em algum momento as concessões tenham se dado totalmente por conta e risco das concessionárias, em virtude das cláusulas de garantia de juros e da chamada cláusula-ouro, que garantiam a elas rentabilidade mínima.

Diante desta nova concepção do papel do Estado, aumentaram-se os poderes do concedente sobre a concessionária, a fim de obrigá-la a atuar na busca do atendimento ao interesse geral. O Estado passou a intervir de tal forma na prestação dos serviços – definindo, *v.g.*, o projeto a ser executado e respectivo cronograma, as regras essenciais de oferta do serviço, bem como suas condições operacionais - que acabava restando à concessionária apenas executar as diretrizes fixadas por ele.

Este modelo de divisão de responsabilidades acabou por transferir ao Estado grande parte do risco pela viabilidade do empreendimento concedido, pois como era ele quem definia a forma de exploração econômica do serviço, tomando as decisões centrais a este respeito, conseqüentemente tinha que se responsabilizar por suas deliberações. Quanto maior a intervenção estatal na definição do empreendimento, mais e maiores riscos assumia o Estado.

Além disso, no Estado Social, muitos serviços anteriormente concedidos foram encampados pelo Poder Público e o instituto da concessão passou a ser utilizado não para delegar o serviço à iniciativa privada, mas às empresas estatais sob controle acionário do Poder Público. Neste modelo, em que os serviços eram delegados a empresas estatais, a outorga não se dava por contrato, mas por meio das leis criadoras das mencionadas entidades estatais. Sendo assim, o contrato, como instrumento regulador das concessões, teve seu significado esvaziado, uma vez que a regulação dos serviços constava da lei. Igualmente, as cláusulas voltadas a assegurar o equilíbrio econômico-financeiro das concessões, bem como a amortização dos investimentos realizados, também perdiam o sentido, pois o risco do empreendimento era praticamente transferido para o Estado.

Perdeu-se, desta forma, a vantagem da concessão que é justamente a prestação do serviço sem investimento de capital estatal. Como neste período o Estado assumia o encargo de, por meios próprios, executar os serviços públicos, reduziu-se consideravelmente o emprego da concessão como modelo de gestão de serviços públicos pela iniciativa privada. Por outro lado, tamanha intervenção estatal acarretou o desinteresse dos particulares. É dizer, no apogeu do Estado Social, a

concessão de serviços públicos, enquanto instrumento jurídico de colaboração entre Poder Público e iniciativa privada, teve seu espaço bastante reduzido.

Ocorreu que os aspectos que caracterizavam a concessão no Estado Liberal se alteraram. As concessionárias, que naquele modelo de Estado, eram apenas pessoas do setor privado, passaram a ser, no Estado Social, também as entidades estatais das quais o Estado detinha a maioria do capital acionário e, portanto, compartilhava dos riscos da exploração do serviço. Assim, a assunção do risco integral pela concessionária foi atenuada, dando lugar a uma solidariedade financeira entre as partes.

Com relação aos serviços públicos objeto da concessão, eles se ampliaram consideravelmente, pois o Estado assumiu uma gama de serviços até então restritos à iniciativa privada. Conseqüentemente, os critérios que identificam o serviço público no Estado Liberal (subjetivo, material e orgânico) se dissociaram, pois o aparelho estatal passou a assumir outras atribuições e atividades, nem sempre as desempenhando sob o regime de direito público e, por outro lado, algumas atividades comerciais e industriais até então reservadas à iniciativa privada passaram a ser prestadas pelo Estado, segundo regime de direito público.

Por fim, a remuneração da concessionária, que se dava, no Estado Liberal, no formato clássico da concessão, pelo pagamento dos preços cobrados dos usuários pela utilização dos serviços, passa a admitir a prestação, pela Administração, de ajuda financeira ou subsídios no âmbito da concessão.

1.2.3 A Retomada da Concessão - Estado Neoliberal

Por volta da década de 80 do século passado, o Estado Social culminou numa crise fiscal. Sem recursos financeiros para prestar adequadamente os serviços públicos, desde então o Poder Público tem voltado a utilizar as concessões como forma de delegação do serviço público à iniciativa privada. A parceria com o setor privado vem sendo considerada indispensável à retomada do desenvolvimento.

Houve em todo o mundo um movimento de revalorização da concessão. Novamente, embora em um novo contexto, ela passa a ser vista como um importante instrumento jurídico para atrair o investidor privado a aplicar recursos em serviços públicos, possibilitando a modernização da infraestrutura. A concessão ressurgiu como o instrumento hábil a garantir o desenvolvimento da infraestrutura, cabendo ao Estado assegurar, através de controle, fiscalização e regulação adequados, o efetivo alcance das metas estabelecidas para cada setor de serviços.

Estabelece-se um novo modelo de Estado Mínimo em que a responsabilidade pela execução passa para a esfera privada e a responsabilidade por garantir que os fins públicos sejam perseguidos permanece com o Estado. É dizer: o particular se torna o responsável pela execução dos serviços e o Estado, por garantir que eles sejam prestados, e bem prestados, tomando para si o papel de regulador de tais serviços.

No que diz respeito às relações contratuais, a supressão do arbítrio e a redução do autoritarismo, característicos do Estado Social, dão nova relevância ao contrato administrativo, como instrumento de associação entre Estado e iniciativa privada. O Estado substituiu o modelo da imposição unilateral pelo acordo bilateral. Estabelece-se, assim, uma nova cultura, regida pela lógica da cooperação ou consensualidade que, especificamente no que diz respeito às relações contratuais de concessão, possui características bastante diferentes do que se praticava no Estado Social, cujas contratações regiam-se pela lógica da substituição ou imperatividade. Em poucas palavras, pode-se dizer que esse novo padrão contratual visa à efetiva parceria entre setor público e iniciativa privada, com a previsão de verdadeira repartição entre eles dos encargos e riscos do serviço concedido, o que não ocorrera até então.

Como **traços distintivos** desta nova relação contratual, enumeramos, sinteticamente, os seguintes³⁵: (i) efetiva participação do setor privado na definição do empreendimento a ser executado, incumbindo-lhe o ônus da elaboração do

³⁵ Cf. CÂMARA, Jachinto de Arruda. "A Experiência Brasileira na Concessão de Serviço Público e as Parcerias Público Privadas". In: SUNDFELD, Carlos Ari Vieira (Coord.). *Parcerias Público Privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005. p.159-81.

projeto básico e apresentação ao poder concedente das soluções para a realização de empreendimentos públicos; (ii) efetivo compartilhamento dos riscos do negócio entre a iniciativa privada e o Poder Público, de modo que a maioria deles não mais fique por conta do poder concedente; (iii) estabelecimento de uma relação horizontal e não mais vertical entre parceiro público e privado; (iv) emprego de técnicas de gestão privada no empreendimento, já que se verificou que elas são muito mais eficientes, proporcionando serviços de melhor qualidade. A estes acrescentamos, ainda, a flexibilização das formas contratuais. Como dissemos acima, diversificaram-se e enriqueceram-se as modalidades de prestação dos serviços, coexistindo, hoje, vários tipos de concessão. Mais do que uma característica, este fato é uma decorrência do advento da consensualidade na Administração Pública.

Além disso, o advento do Estado Neoliberal repercutiu mais uma vez na noção de serviço público, ou seja, no objeto das concessões. O propósito de reduzir o tamanho do Estado, culminando na onda de privatizações e desregulamentações dos serviços públicos e, neste contexto, a formação da Comunidade Européia, foram decisivos neste sentido.

Como acentua Pedro Gonçalves³⁶,

os serviços públicos, associados ao Estado, a “direitos especiais ou exclusivos”, a “posições dominantes”, a “ajudas públicas” e a uma certa contenção da aplicação das regras de concorrência, constituíam uma realidade pouco compatível com o processo de integração comunitária.

Surge, então, na Europa, uma nova classificação dos serviços controlados pelo Estado³⁷ bem como uma reformulação do seu regime jurídico, admitindo-se e incentivando-se sua prestação em um ambiente de competição e sob diversos regimes jurídicos. Outrossim, verifica-se uma ampliação do objeto da concessão³⁸ que, em alguns ordenamentos jurídicos, passa a compreender os serviços públicos

³⁶ GONÇALVES, Pedro. Op. cit., 1999. p.13.

³⁷ Passa-se a falar em serviços de interesse geral, serviços de interesse econômico geral e serviços universais.

³⁸ Marcos Augusto Perez coloca que a ampliação do objeto da concessão é consequência óbvia do enxugamento dos orçamentos públicos e da necessidade de atração de investimentos privados para a expansão dos serviços públicos. PEREZ, Marcos Augusto. *O Risco no Contrato de Serviço Público*. Belo Horizonte: Fórum, 2006. p.72.

uti universi, circunstância em que a administração pública é colocada na posição de usuária do serviço, passando a assumir o encargo de pagamento direto à concessionária.

As transformações ocorridas na Europa influenciaram o Brasil, de forma que a noção de serviço público parece estar passando pelo mesmo processo de revisão. A influência comunitária atenuou a distinção entre os regimes jurídicos das atividades econômicas privadas e dos serviços públicos. A adoção da competição, afastando a exploração monopolista e não-concorrencial, aproximou os regimes público e privado. Outra inovação é a extinção da uniformidade do regime jurídico dos serviços públicos. Em virtude da afirmação de uma multiplicidade de serviços públicos, cada qual com regime jurídico diferenciado, hoje em dia é praticamente impossível aludir a serviço público referindo-se a um regime jurídico específico. As generalizações têm se tornado inviáveis.

Cada serviço estatal, hoje, é objeto de um universo jurídico com peculiaridades muito próprias, não mais sendo viável, portanto, explicar tudo globalmente. É preciso agora consultar as normas e verificar como, em relação a cada serviço e situação, manifestam-se múltiplas competências do Estado.³⁹

Há quem defenda, até mesmo, não ser mais necessário, para que o serviço seja considerado público, que a Administração ou quem dela seja delegado atuem como prestadores, bem como que o serviço se submeta a um regime de direito administrativo. Como sustenta entre nós Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *“hoje, na verdade, basta que o Estado assegure a sua prestação, de forma que se diversifiquem as modalidades de prestação e cresce a colaboração do setor privado”*⁴⁰.

O fato é que, indubitavelmente, a noção clássica de serviço público - já carimbada por uma crise no Estado Social -, que o identificava como atividade

³⁹ SUNDFELD, Carlos Ari. “Introdução às Agências Reguladoras”. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos (Orgs.). Op. cit., 2006. p.32.

⁴⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Op. cit., 2001. p.125. O serviço público para ele pode ser conceituado como “a atividade pela qual o Estado, direta ou indiretamente, promove ou assegura a satisfação dos interesses públicos, assim por lei considerados, sob regime jurídico próprio a eles aplicável, ainda que não necessariamente de direito público”.

estatal, prestada sob o regime de exclusividade ou monopólio, segundo regras de direito público, deixa de existir. Consoante afirma Carlos Ari Sunfeld, “os velhos serviços públicos, de regime jurídico afrancesado e explorados diretamente pelo Estado, estão desaparecendo, com as empresas estatais virando particulares e o regime de exploração dos serviços sofrendo choques de alta tensão”⁴¹.

É, portanto, no contexto do Estado e dos serviços públicos em renovação, que as atuais concessões se desenvolvem, sob diversas configurações, as quais variam de acordo com o tipo de serviço e com a parceria estabelecida entre setor público e privado.

1.3 AS DIVERSAS CONFIGURAÇÕES DA CONCESSÃO NO ESTADO BRASILEIRO

Pode-se dizer, com algumas ressalvas, que acompanhando o movimento mundial, a concessão de serviço no Brasil passou pela evolução exposta acima.

Conforme Bruce Baner Johnson, Flávio Azevedo Marques de Saes, Helio Janny Teixeira e James Terence Coulter Wright⁴², o primeiro setor que se organizou, no Brasil, em padrões mais próximos aos das clássicas concessões de serviços públicos, foi o de estradas de ferro. O seu marco legal é a Lei Geral 641 de 26 de junho de 1852, que autorizou o governo central a conceder a construção e exploração de um caminho de ferro do Rio de Janeiro às províncias de Minas Gerais e São Paulo. Referida lei estabeleceu os elementos essenciais do regime de concessões, instituindo instrumentos para estimular a implantação, pela iniciativa privada, de estradas de ferro, dentre eles a famosa cláusula de garantia de juros, por meio da qual se garantia a rentabilidade do capital investido, bem como o privilégio de zona, isto é, o monopólio numa determinada área. Assim, as principais linhas férreas⁴³ do país teriam sido estabelecidas com base nesta lei de 1852 que, se por

⁴¹ SUNDFELD, Carlos Ari; VIEIRA, Oscar Vilhena (Coords.). *Direito Global*. São Paulo: Max Limonad, 1999. p.161-162.

⁴² JOHNSON, Bruce. et. al. *Serviços Públicos no Brasil: Mudanças e Perspectivas*. São Paulo: Edgard Blücher, 1996. O breve histórico que se segue acerca dos primórdios da concessão no Brasil é baseado nesta obra.

⁴³ Os autores citam: D. Pedro II (depois Central do Brasil), a Santos a Jundiaí (controlada pela empresa inglesa São Paulo Railway até o fim da Segunda Guerra Mundial), a viação férrea na Bahia

um lado tratava a concessão como elemento de uma política de desenvolvimento (daí o estabelecimento de instrumentos para estimular sua implantação pela iniciativa privada), por outro reconhecia a atividade como de interesse público, exigindo o controle por parte do governo⁴⁴.

Com o advento da República e, com ela, do espírito federativo, ampliou-se a autonomia dos Estados para disciplinar sobre as ferrovias que não fossem objeto de concessões federais. Alguns Estados instauraram, então, o regime da livre exploração de estradas de ferro⁴⁵. Ocorre que, na prática, o “monopólio natural” se fazia presente, de forma que era muito difícil haver transporte lucrativo para mais de uma empresa que atuasse na mesma localidade. Apenas as grandes empresas ferroviárias, transportadoras de café, é que tendiam a ser lucrativas, enquanto as demais empresas, transportadoras de mercadorias de reduzido valor, eram deficitárias. Esse quadro acabou impactando as finanças dos governos, pois enquanto as empresas lucrativas (principalmente as de São Paulo) haviam dispensado a garantia de juros, as demais recebiam anualmente as parcelas referentes à rentabilidade que suas operações não haviam propiciado.

Tais gastos com a garantia da rentabilidade em que incorriam os governos contribuíram para o início do processo de estatização das estradas de ferro, o qual se acentuou nas décadas de 30 e 40, completando-se nos anos 50, de forma que, nos anos 60, o sistema ferroviário brasileiro consolidou-se em torno de duas grandes empresas estatais: a Rede Ferroviária Federal S.A. e a Ferrovias Paulista S.A - FEPASA.

Vê-se, pois, que

e em Pernambuco, as demais linhas da então Província de São Paulo (como Paulista, Mojiana e Sorocabana) etc. *Ibidem*. p.55.

⁴⁴ Segundo Fernando Fróes, do século XIX à primeira metade do século XX há que se destacar, “na formação das instituições públicas brasileiras voltadas para a infra-estrutura, a organização, na era Vargas (mais precisamente nos anos 30) de um aparato institucional de regulação”. FRÓES, Fernando. *Op. cit.*, 2006.

⁴⁵ O Estado de São Paulo editou a Lei 30, de 13 de junho de 1892. De acordo com ela, obtida a autorização do governo do Estado, o interessado poderia estabelecer linha férrea, não havendo monopólio.

a estatização das ferrovias brasileiras foi fruto das condições econômicas de sua exploração: progressivamente inviabilizadas como empresas lucrativas, ao Governo (Federal ou Estadual) só restava a alternativa de estatizá-las a fim de manter em funcionamento o serviço.⁴⁶

Esse caminho foi, sem dúvida, seguido pela maior parte dos serviços públicos no Brasil: energia elétrica⁴⁷, portos, gás, os quais, mantidas suas peculiaridades, passaram por processos semelhantes que culminaram com a estatização dos serviços.

Some-se a este fator - condições econômicas da exploração - a consolidação, após a II Guerra Mundial, do Estado Social, caracterizado, como já dito, por ser um Estado prestador de serviços essenciais à coletividade, intervencionista e burocrático. A política de desenvolvimento adotada no Brasil neste período fundamentou-se na teoria do subdesenvolvimento da CEPAL (*Comisión Económica para América Latina y el Caribe*). Para a CEPAL, a superação do desenvolvimento dependia de decidida intervenção por parte do Estado. Propugnava por uma economia capitalista de mercado, mas com a presença de um Estado intervencionista forte, visto como o principal promotor do desenvolvimento⁴⁸.

Neste contexto, o Poder Executivo tornou-se, praticamente, a única autoridade competente em matéria de serviços públicos, deixando de existir uma sistemática legal ou um órgão de controle que pudesse garantir e conciliar os

⁴⁶ JOHNSON, Bruce. et. al. Op. cit., p.58.

⁴⁷ Com relação ao setor elétrico, a obra “Serviços Públicos no Brasil – Mudanças e Perspectivas” (Ibidem) narra também como se deu o seu processo de estatização, valendo a pena mencionar que a primeira diferença significativa em relação ao setor ferroviário diz respeito ao próprio regime de concessão que, na sua origem, era da alçada municipal. Todavia, a partir de 1930, por ter a energia elétrica passado a ser vista como elemento fundamental para o desenvolvimento nacional, mudanças significativas no regime de concessões foram implementadas com a edição do Código das Águas, Decreto 24.643, de 10 de julho de 1934. O Código das Águas, marcado por uma tendência centralizadora e nacionalista, característica do governo Getúlio Vargas, tentou instaurar um modelo de concessão próximo ao de sua concepção clássica: previu concessionárias privadas como prestadoras dos serviços, as quais seriam fiscalizadas, à época, pelo Serviço de Águas do Departamento Nacional da Produção Mineral, que depois daria origem ao DNAEE (Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica). Todavia, o exacerbado nacionalismo afastou investimentos pelas empresas estrangeiras, e as nacionais não tinham capacidade para realizá-los, o que conduziu à progressiva entrada do Estado na produção de energia, culminando com a criação da Eletrobrás em 1961.

⁴⁸ BERCOVICI, Gilberto. “Desenvolvimento, Estado e Administração Pública”. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos (Orgs.). Op. cit., vol.II, 2006. p.19-39.

interesses das concessionárias sem preocupações políticas. O resultado, como pontifica Arnaldo Wald⁴⁹:

foi a progressiva redução das tarifas com a conseqüente diminuição do investimento das empresas concessionárias e a obsolescência dos seus equipamentos, levando o setor privado, na sua grande maioria, a não renovar e até a abandonar as concessões por falta de garantias adequadas e em virtude da fixação das tarifas demagógicas e populistas, e até algumas vezes irrisórias, que refletiam os interesses políticos e eleitoreiros do Governo e a pressão dos usuários.

Tem-se então que, sob certo ângulo, as causas do desaparecimento de grande parte das concessões neste período relacionam-se também com a pequena segurança e confiabilidade por parte da iniciativa privada na Administração Pública.

Além disso, as poucas concessões que restavam à iniciativa privada padeciam de uma “tendência contraditória interna” pois, ao mesmo tempo em que se pretendia que o desempenho da atividade outorgada se desse por conta e risco do particular, sua autonomia era significativamente restringida, já que o Estado interferia muito na prestação do serviço⁵⁰. Este fato também contribuiu para a estatização dos serviços, eis que, ao intervir, o Estado acabava tendo que assumir responsabilidades.

A progressiva estatização dos serviços públicos tornou inoperante grande parte das cláusulas típicas dos contratos de concessão. Com efeito, modificações regulamentares, sanções contratuais, extinção do contrato, reversão dos bens etc. são medidas sem significado quando a concessionária é uma empresa estatal. As disposições das Constituições de 1934, 1946 e 1967/69 que trataram da concessão de serviços públicos, transferindo à lei ordinária a definição do regime das concessões e das empresas concessionárias, tornam-se praticamente letra morta, não tendo nenhuma lei sido promulgada neste sentido durante a vigência das mencionadas Constituições.

⁴⁹ WALD, Arnaldo; WALD, Alexandre de M.; MORAES, Luiza Rangel de. Op. cit., 2003. p.93.

⁵⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit., 2003. p.52.

Como poder concedente (ou o órgão normativo e fiscalizador) e concessionária passam a subordinar-se a um mesmo órgão superior, a aplicação de normas regulamentares e contratuais torna-se menos eficaz pois, certamente, a pressão sobre a concessionária pelo órgão fiscalizador ameniza-se. Bruce Baner Johnson, Flávio Azevedo Marques de Saes, Helio Janny Teixeira e James Terence Coulter Wright salientam que “nesse processo, muitas vezes as próprias concessionárias assumem funções inerentes ao poder concedente dado o enfraquecimento dos órgãos reguladores e o gigantismo de algumas empresas estatais”⁵¹. E acrescentam: “Desse modo, a defesa do ‘interesse público’, que caberia ao poder concedente nas concessões originais, transforma-se muito mais num problema de gestão das empresas públicas dentro do conjunto do organismo estatal”⁵².

Esse quadro de estatização dos serviços vigora amplamente até o final dos anos 80, quando se inicia a implementação de propostas de privatização. A partir do final dos anos 80, acompanhando um movimento que é mundial, conforme previsto no item 1.2.3 infra, o Estado brasileiro iniciou o processo de reforma ou de redefinição do seu papel, o que vem sendo determinante para o estabelecimento de uma nova forma de se relacionar com a iniciativa privada.

O Estado Social, ou Estado do Bem Estar Social, entrou em crise, crise esta caracterizada pela incapacidade financeira, especialmente, mas também pela incapacidade operacional, de prestar, com qualidade e eficiência, os serviços demandados pela sociedade. Ou seja, além de não possuir recursos suficientes, o Estado reagia com atraso aos avanços tecnológicos, não conseguindo satisfazer com qualidade as necessidades básicas de uma sociedade que se tornava cada vez mais pluralista⁵³ e, conseqüentemente, mais exigente.

⁵¹ JOHNSON, Bruce. et. al. Op. cit., 2006. p.47.

⁵² Ibidem. p.58.

⁵³ Diogo de Figueiredo Moreira Neto caracteriza a sociedade pluralista como aquela que exige cada vez mais a sua participação, em decorrência da tomada de consciência de ser ela própria a origem e a destinatária do poder, o que traz como consequência a multiplicação dos interesses públicos a serem protegidos. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Op. cit., 2001.

Foi diante deste contexto - crise do Estado Social - que se iniciou o movimento de reforma e modernização do papel do Estado⁵⁴, pois havia necessidade de superar o modelo até então vigente, que havia se mostrado incompetente para atender aos anseios da coletividade. Implementou-se, assim, uma série de mudanças no sentido de reduzir o tamanho do Estado, suas atribuições. Dentre elas, podemos citar (i) a privatização de empresas públicas ou de participações públicas em sociedades de economia mista, como ocorreu inicialmente com as empresas do setor siderúrgico e petroquímico e, depois, com as empresas do sistema Telebrás e Eletrobrás; (ii) a liberalização à iniciativa privada de atividades e setores econômicos até então reservados à atuação do setor público (quebra dos monopólios), podendo-se citar como exemplo também os serviços de telefonia e energia elétrica, que passaram a ser prestados em regime de competição; e (iii) a diminuição do controle público sobre determinadas atividades, o que se evidencia, v.g., na distinção legal, para o setor de telecomunicações, entre concessão e autorização, sendo as atividades autorizadas sujeitas a menor intervenção estatal.

Em suma, o Estado buscou e ainda busca, pois o processo de mudanças não se encontra encerrado, abandonar seu modelo de Estado empresário, isto é, demitir-se do papel de executor e prestador dos serviços, transferindo-o para a iniciativa privada e tomando para si apenas o papel de regulador de tais serviços. Neste contexto, bastante diferente daquele do Estado Liberal, ressurgiu o interesse pela concessão. A iniciativa privada, diante da falta de recursos públicos e da incapacidade do Estado de prestar com qualidade e eficiência os serviços necessários à coletividade, passou a ser vista como uma parceira da Administração Pública na consecução das atividades de interesse público. O Estado reconhece que recorrer à capacidade de gestão do setor privado é a melhor alternativa para prestar serviços de qualidade e com eficiência, economizando recursos públicos.

Volta à tona, portanto, o instituto da concessão, como instrumento de delegação de serviços à iniciativa privada, fazendo-se necessário que o Estado crie

⁵⁴ No Brasil, o chamado Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, elaborado pelo extinto Ministério da Reforma do Aparelho do Estado - MARE, distinguiu Reforma do Estado e Reforma do Aparelho do Estado. A primeira foi definida como "um projeto amplo que diz respeito às várias áreas do governo e, ainda, ao conjunto da sociedade brasileira", e a segunda como um projeto mais restrito, orientado "para tornar a administração pública mais eficiente e voltada para a cidadania".

instrumentos para atrair o interesse privado à realização dos investimentos. A concessão ressurgiu com nova roupagem, se apresentando sob diversas configurações ou modelagens, de acordo com a lei regulamentadora de determinado serviço. Com efeito, a necessidade de tratamento próprio a ser aplicado aos diferentes tipos de serviços, bem como as diferentes formas de disciplinar o relacionamento entre Poder Público e particulares, justificam os diferentes tipos de concessões.

Neste contexto, regulamentando o art. 175 da CF/88, em 1995 foi promulgada a Lei n. 8.987 que, pela primeira vez, regulou de forma genérica a concessão de serviço público no Brasil⁵⁵. Outros diplomas normativos sucederam-se, disciplinando setores específicos e determinados, como os setores de energia elétrica e telecomunicações, de titularidade da União.

No setor elétrico, com o objetivo de fomentar um mercado competitivo, a Lei 9074/95 criou a figura do produtor independente de energia, instituindo mais um regime de geração de energia e introduzindo mais uma figura. Ao lado dos antigos regimes de serviço público (voltado ao atendimento do público em geral) e de autoprodução (voltado ao atendimento do próprio gerador), foi previsto o regime de produção independente de energia, voltado tanto para a comercialização da energia produzida como para o autoconsumo. Ao autoprodutor outorga-se concessão ou autorização para a produção de energia elétrica⁵⁶.

No setor de telecomunicações, a Lei 9.472/97, de modo expresso, afastou a incidência da Lei de Concessões (Lei 8987/95) e da Lei de Licitações (Lei 8.666/93), estabelecendo inteiramente o regime jurídico aplicável às telecomunicações.

⁵⁵ Antes mesmo da edição da Lei Nacional de Concessões, em 1995, alguns estados e municípios já haviam aberto suas portas ao capital privado, buscando soluções para os seus problemas de saneamento e tratamento de lixo e de transporte, com a utilização do instrumento da concessão ou formas análogas. Também a disciplina do setor portuário, de titularidade federal, antecede a Lei 8.987/95. A Lei 8.630/93, que o regulamenta, prevê a participação do setor privado na construção, reforma, ampliação ou melhoramento de infraestrutura portuária bem como em sua exploração econômica. E o instrumento jurídico para tal participação é o denominado “contrato de arrendamento” a que já nos referimos no item 1.1 infra.

⁵⁶ Lei 9.074/95, Art. 11. Considera-se produtor independente de energia elétrica a pessoa jurídica ou empresas reunidas em consórcio que recebam concessão ou autorização do poder concedente para produzir energia elétrica destinada ao comércio de toda ou parte da energia produzida, por sua conta e risco.

Estabeleceram-se dois grandes grupos de serviços de telecomunicações, divididos com base no critério do regime jurídico aplicável a cada um deles, isto é, regime de direito público e regime de direito privado. Serviço de telecomunicação em regime público é o prestado mediante concessão ou permissão, e serviço de telecomunicação em regime privado é o prestado mediante prévia autorização. O que distingue tais regimes jurídicos é basicamente a intensidade da intervenção estatal. Enquanto a prestação dos serviços em regime privado se dá com base nos princípios da atividade econômica, os prestadores dos serviços em regime público submetem-se a obrigações de universalização e continuidade, além de terem metas a atingir.

Além das legislações acima mencionadas, mais recentemente foi promulgada a Lei n. 11.079/04, que institui “normas gerais para licitação e contratação de parcerias público-privadas no âmbito da administração pública”. Esta lei definiu como parceria público-privada “o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa” (art. 2º). Em linhas gerais, a concessão patrocinada é definida como a concessão de serviço público em que a remuneração da concessionária, na qualidade de parceiro privado, advém, em parte, da cobrança de tarifa do usuário e, em parte, de recursos públicos, pelo pagamento de uma contraprestação pelo Poder Público concedente (art. 2º, §1º). A concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços em que o parceiro público assume a condição de usuário direto ou indireto do serviço, remunerando-se o parceiro privado, integralmente, por contraprestação pecuniária paga pelo poder concedente (art. 2º, §2º).

Pode-se afirmar, com algumas ressalvas, que as concessões patrocinadas e administrativas constituem novas opções de contratação de que se pode valer o Poder Público, destinadas àqueles empreendimentos de baixa rentabilidade, cuja exploração econômica mostra-se pouco atraente para o parceiro privado. Isto é, são regimes de contratação para serem utilizados em hipóteses diferentes das concessões comuns, sempre que não for possível ao parceiro privado se remunerar integralmente pela cobrança de tarifas dos usuários. O resultado é que passa a haver uma pluralidade de modalidades de concessões.

Tais legislações permitiram a distinção entre regimes jurídicos distintos acerca das licitações e dos contratos administrativos, retratando de forma inquestionável que as concessões de serviços públicos não possuem um único regime jurídico. A própria Lei 8.987/95 já permitia esta conclusão, pois agrupou sob a denominação genérica de **concessão de serviço**, os regimes de concessão de serviços antecedida de obra, concessão da exploração de obra a ser edificada, concessão da exploração de obra já existente e a concessão de serviço propriamente dita.

Com a retomada da utilização das concessões, a atuação e intervenção diretas do Estado nas atividades econômicas são reduzidas, mas em contrapartida a esta redução impõe-se forte regulação sobre a atividade dos particulares, restringindo sua autonomia no que diz respeito à eleição dos fins e dos meios para o exercício de suas atividades. Tem-se, pois, que esta reforma do Estado não significou sua abstenção no que diz respeito às atividades econômicas. Ele continuou intervindo, porém de forma diferente, isto é, por meio da edição de normas disciplinadoras das atividades delegadas e pela fiscalização do seu desempenho. O que ocorre é uma mudança dos paradigmas regulatórios⁵⁷. Nesta perspectiva se verifica a multiplicação dos entes voltados para a regulação dos serviços públicos, surgindo as denominadas agências reguladoras.

Além de orientar os resultados e as atividades das empresas autorizadas a operar nos diversos segmentos de serviços públicos, impondo-lhes metas de expansão e controlando a qualidade dos serviços, uma regulação eficiente deve atender a vários objetivos:

para os consumidores, deve viabilizar a universalização dos serviços públicos e obter o menor preço; para os investidores privados, deve assegurar retorno adequado aos investimentos realizados nos empreendimentos; e para a sociedade em geral, a regulação deve observar fatores como a segurança e a proteção ambiental.⁵⁸

⁵⁷ Cf. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. "A Nova Regulação dos Serviços Públicos". *Revista de Direito Administrativo*. vol.228. Rio de Janeiro, 2002. p.13-29.

⁵⁸ FRÓES, Fernando. Op. cit., vol.I, 2006. p.553.

Em alguns setores de serviços, principalmente aqueles de titularidade da União, tais como energia, petróleo, portos e telecomunicações, este novo padrão de regulação já vem sendo adotado. Houve a privatização de empresas estatais, os serviços passaram a ser prestados em regime de competição e os órgãos reguladores, Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL, Agência Nacional de Petróleo – ANP, Agência Nacional de Transportes Aquaviários - ANTAQ e Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL, respectivamente, foram constituídos.

O que dissemos acima foi com o intuito de demonstrar que a concessão é gênero, admitindo espécies variadas. Atualmente, pois, convivem as antigas concessões, outorgadas à época dos Estados Liberal e Social com aquelas características apontadas, e as “novas” concessões, sob suas diversas configurações, outorgadas no contexto da reforma do Estado. Será que as decisões judiciais têm em vista, ainda que implicitamente, estas diferentes concessões no que diz respeito à proteção dos investimentos dos particulares e do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos?

CAPÍTULO II - A PROTEÇÃO AOS INVESTIMENTOS E A GARANTIA AO EQUILÍBRIO ECONÔMICO- FINANCEIRO DO CONTRATO

A principal característica dos contratos de concessão celebrados com a iniciativa privada é o fato dos mesmos envolverem, de um lado, a prestação de um serviço público, que deve funcionar segundo determinadas condições impostas pela Administração com o intuito de assegurar a qualidade do serviço e atender ao interesse público e, de outro, uma empresa privada que visa o lucro na posição de concessionária, isto é, a aplicação de recursos e esforços privados para a prestação do serviço. A concessão, para a concessionária privada, não é outra coisa senão uma alternativa de investimento, um instrumento de realização de lucro e de ganhos de capital.

Sendo assim, no recente contexto do Estado regulador, em que a utilização das concessões de serviços públicos à iniciativa privada passa a ser vista como indispensável ao desenvolvimento do país, torna-se ainda mais importante aliviar as incertezas inerentes a qualquer ambiente de negócio e garantir aos investidores que suas expectativas quanto ao retorno do capital e sua devida remuneração serão concretizadas.

Nos debates desenvolvimentistas, o **respeito aos contratos** é elencado como um dos fatores que contribuem e propiciam o desenvolvimento econômico⁵⁹,

⁵⁹ A este respeito ver: PINHEIRO, Armando Castelar (Org.). *Judiciário e Economia no Brasil*. São Paulo: Sumaré, 2000. Afirma o autor que “se se quer saber porque alguns países são pobres e outros ricos, ou porque alguns crescem mais do que os outros, é sobre estes componentes que se deve centrar a atenção: o progresso tecnológico, o investimento e a eficiência” (p.39). De acordo com ele, para que ocorra o **progresso tecnológico** é importante proteger a propriedade intelectual, o que pode ser garantido por um bom sistema judicial e legal. Segundo afirma, “a proteção à propriedade intelectual facilita a compra de tecnologia de países industrializados ao mesmo tempo em que encoraja as empresas situadas no país a investirem em pesquisa de desenvolvimento” (p.40). O estímulo ao **investimento** ocorre quando os direitos de propriedade dos agentes econômicos – envolvendo propriedade da terra, propriedade intelectual, direito de se explorar recursos minerais e outras concessões públicas – e os contratos por ele celebrados são garantidos por bons sistemas judiciais e legais e por um regime político estável. Acentua o autor que “a precária observância dos direitos de propriedade e o risco de expropriação, por agentes públicos ou privados, reduzem o valor dos ativos, o retorno esperado sobre novos investimentos e, conseqüentemente, a propensão a se fazerem novas inversões” (p.41). E mais à frente acrescenta: “Os agentes privados só irão fazer investimentos de longo prazo, altamente especializados, se estiverem seguros que os contratos que garantem suas atividades serão corretamente implementados” (p.42). A **eficiência**, finalmente, também é estimulada na visão do autor quando os contratos e os direitos de propriedade são apropriadamente garantidos.

ao lado do **respeito à propriedade privada**. Isto porque se parte do pressuposto de que a economia é impulsionada pelo investimento, o qual requer um ambiente institucional que reduza incertezas. Níveis altos de incerteza postergam a decisão de investir. É necessário, pois, que os investidores confiem no sistema jurídico do país em que pretendem realizar investimentos, especificamente no que se refere ao adequado cumprimento dos termos estabelecidos nos contratos de concessão e à garantia do direito de propriedade, sem o quê os investimentos não ocorrem. Não cabe aqui aprofundar este debate, mas apenas tê-lo como referência.

Tem-se, portanto, que a ampliação do interesse da iniciativa privada em participar de concessões passa a depender da existência de um regime jurídico preciso, completo e que produza no particular segurança jurídica no sentido de que terá o retorno dos seus investimentos com uma dada rentabilidade, nos termos em que inicialmente pactuado. Este é o ponto essencial para o êxito das concessões e talvez seja um dos maiores desafios da atual contratação pública: criar o ambiente propício para atrair o interesse da iniciativa privada em contratar com o Estado.

A regulação adquire importante papel neste cenário, constituindo um dos elementos indispensáveis ao sucesso de novos empreendimentos envolvendo concessões de serviços públicos. Com efeito, ao prover regras claras e estáveis para os serviços a serem delegados, atenua a incerteza dos investidores e incentiva a entrada do capital privado. Maria Christina Fontainha Carneiro, engenheira da área de mercado de capitais do Banco Nacional de Desenvolvimento - BNDES, muito bem delinea este aspecto ao acentuar⁶⁰:

Os investimentos passíveis de concessão são tanto mais atrativos quanto mais claras e bem estabelecidas forem as “regras do jogo”. Setores que apresentam adequado marco regulatório são capazes de atrair mais facilmente novos investidores e proporcionar maior segurança a agentes financiadores. Os riscos regulatórios são, sem sombra de dúvida, um dos mais importantes elementos que podem afetar a realização de investimentos. Estão ligados ao objetivo de

A este respeito ver, ainda: COOTER, Robert. “Direito e desenvolvimento: inovação, informação e a pobreza das nações”. *Revista de Direito Público da Economia*. Ano 5, n.17. Belo Horizonte: Fórum, jan./mar. 2007. p.165-90.

⁶⁰ CARNEIRO, Maria Christina Fontainha. “Investimentos em Projetos de Infra-Estrutura: Desafios Permanentes”. *Revista do BNDES*. n.26. vol.13. Rio de Janeiro, dez. 2006. p.22.

garantir no tempo o retorno de recursos a acionistas e financiadores e conferir a credibilidade inicial necessária à tomada da decisão de investir.

A regulação deve, portanto, e fundamentalmente, ter a missão de incentivar e garantir os investimentos necessários, além de promover o bem-estar dos consumidores e usuários dos serviços, por meio da melhoria de sua qualidade. Noutras palavras, o maior desafio regulatório nos setores de serviços públicos é a criação de um ambiente que, simultaneamente, atraia investimentos privados, em especial, para a modernização e a expansão dos serviços, e promova o aumento da satisfação do usuário. A criação das agências reguladoras, competentes para regulamentar determinados setores de serviços, dotadas de independência decisória e corpo técnico especializado, tem como principal objetivo, justamente, aumentar a previsibilidade da atuação do Estado durante a execução contratual, conferindo maior segurança jurídica aos investidores.

A importância da regulação sob esta perspectiva já é há muito reconhecida pela doutrina, conforme se verifica da seguinte afirmação de Caio Tácito, em artigo publicado na década de 60⁶¹:

A regulamentação é meio de vitalizar o interesse público na continuidade e desenvolvimento de um serviço adequado. Não é instrumento de asfixia ou de depauperamento dos capitais investidos. Deve ser o termômetro do justo equilíbrio entre interesses contraditórios do público e da empresa capitalista: nem lucros excessivos nem remuneração insuficiente ou nula.

Os textos constitucionais e o direito comum brasileiros há muito tutelam a estabilidade financeira do concessionário, dispondo sobre a garantia de se preservar a justa remuneração do capital ao longo do contrato. A primeira Constituição Federal a tratar do assunto foi a de 1934, tendo feito referência à “justa retribuição do capital”, como elemento necessário para que a concessionária atenda “às necessidades públicas de expansão e melhoramento desses serviços” (art. 137⁶²).

⁶¹ TÁCITO, Caio. “O Equilíbrio Financeiro na Concessão de Serviço Público”. *Revista de Direito Administrativo*. v.65. Rio de Janeiro, jul./set. 1961. p.3.

⁶² “Art 137 – A lei federal regulará a fiscalização e a revisão das tarifas dos serviços explorados por concessão, ou delegação, para que, no interesse coletivo, os lucros dos concessionários, ou delegados, não excedam a justa retribuição do capital, que lhes permita atender normalmente às necessidades públicas de expansão e melhoramento desses serviços.”

Todavia, mesmo antes do assunto vir a ser abordado constitucionalmente - ainda no século XIX, quando o Estado brasileiro já recorria à iniciativa privada para a produção de serviço público, como ocorrido nos setores ferroviário, energético e telecomunicações, conforme visto no item 1.3 infra - as legislações que disciplinavam serviços públicos já se preocupavam com a estabilidade financeira das concessionárias.

Assim é que, nas concessões ferroviárias, a Lei n. 641, de 1852, garantia ao concessionário uma remuneração anual mínima, por meio da cláusula de “garantia de juros”. Referida cláusula assegurava ao concessionário que o Estado ou completaria a diferença, ou elevaria as tarifas, ou reduziria os encargos, ou uma combinação destes, caso o empreendimento concedido não gerasse uma remuneração anual mínima, participando, pois, o poder concedente, no risco de exploração do serviço. Da mesma forma, o Código de Águas (Decreto n. 24.643/34), disciplinando o poder de fiscalização do Estado sobre os serviços de produção, transmissão, transformação e distribuição da energia hidrelétrica, subordinou-o ao triplice objetivo de: a) assegurar o serviço adequado; b) fixar tarifas razoáveis; c) garantir a estabilidade financeira das empresas (art. 178⁶³).

Já na Constituição de 1937, a mesma preocupação com a segurança dos investimentos das concessionárias foi agasalhada no art. 147⁶⁴, que destacou a dupla função das tarifas, quais seriam: retribuir o capital já investido e propiciar recursos para a expansão e melhoramento do serviço⁶⁵. Dispositivos semelhantes, prevendo a necessidade de fixação de tarifas que remunerassem o capital investido

⁶³ “Art. 178. No desempenho das atribuições que lhe são conferidas, o Serviço de Águas do Departamento Nacional de Produção Mineral, com aprovação prévia do Ministro da Agricultura, regulamentará e fiscalizará o serviço de produção, transmissão, transformação e distribuição da energia hidroelétrica, com o triplice objetivo de: a) assegurar serviço adequado; b) fixar tarifas razoáveis; c) garantir a estabilidade financeira das empresas.”

⁶⁴ “Art 147 - A lei federal regulará a fiscalização e revisão das tarifas dos serviços públicos explorados por concessão para que, no interesse coletivo, delas retire o capital uma retribuição justa ou adequada e sejam atendidas convenientemente as exigências de expansão e melhoramento dos serviços. A lei se aplicará às concessões feitas no regime anterior de tarifas contratualmente estipuladas para todo o tempo de duração do contrato.”

⁶⁵ Caio Tácito menciona que, durante a vigência da Constituição de 1937, o Decreto-lei n. 5.144/42, que estabeleceu princípios gerais para a outorga e fiscalização das concessões de serviços telefônicos, também estabeleceu como elementos integrantes da tarifa a retribuição do investimento, a amortização do capital e os meios de conservação e renovação do serviço, assegurando, ainda, fossem majoradas sempre que constatado estivesse o serviço deficitário (art. 6º § 1º). TÁCITO, Caio. Op. cit., 1961. p.1-25.

pela concessionária, bem como o melhoramento e a expansão dos serviços, constaram das Constituições de 1946 (Art. 151⁶⁶), 1967 (Art. 160⁶⁷) e 1969 (Art. 167⁶⁸). Sobre a Constituição de 1988 falaremos adiante.

O que se verifica é que os mencionados textos constitucionais e legais, bem como a doutrina administrativista brasileira, acolheram do direito francês o princípio do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos, segundo o qual se assegura ao contratado, no caso à concessionária, uma correspondência, durante todo o período da concessão, entre os encargos ou obrigações que lhe são impostos, de um lado, e as retribuições ou benefícios que lhe são conferidos, do outro. O equilíbrio inicialmente estabelecido entre encargos e retribuições deve manter-se inalterado, constituindo a equação financeira parte intangível ou imutável dos contratos administrativos, dentre eles o de concessão. Embora tal princípio tenha sido mencionado expressamente apenas a partir da Carta de 1967, o direito a ele já era reconhecido anteriormente pela doutrina e jurisprudência pátrias⁶⁹.

De acordo com a doutrina tradicional, o princípio da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro é garantido a partir da teoria das áleas ordinárias e extraordinárias que objetiva delimitar quais riscos devem ser suportados por cada parte do Contrato. Por esta teoria, no âmbito dos contratos de concessão, a concessionária assume os riscos ordinários (álea ordinária) do empreendimento e a Administração Pública assume os riscos extraordinários (álea extraordinária). Os

⁶⁶ “Art. 151 - A lei disporá sobre o regime das empresas concessionárias de serviços públicos federais, estaduais e municipais. Parágrafo único - Será determinada a fiscalização e a revisão das tarifas dos serviços explorados por concessão, a fim de que os lucros dos concessionários, não excedendo a justa remuneração do capital, lhes permitam atender as necessidades de melhoramentos e expansão desses serviços. Aplicar-se-á a lei às concessões feitas no regime anterior, de tarifas estipuladas para todo o tempo de duração do contrato.”

⁶⁷ “Art 160 - A lei disporá sobre o regime das empresas concessionárias de serviços públicos federais, estaduais e municipais, estabelecendo: I - obrigação de manter serviço adequado; II - tarifas que permitam a justa remuneração do capital, o melhoramento e a expansão dos serviços e assegurem o equilíbrio econômico e financeiro do contrato; III - fiscalização permanente e revisão periódica das tarifas, ainda que estipuladas em contrato anterior.”

⁶⁸ “Art. 167. A lei disporá sobre o regime das empresas concessionárias de serviços públicos federais, estaduais e municipais, estabelecendo: I - obrigação de manter serviço adequado; II - tarifas que permitam a justa remuneração do capital, o melhoramento e a expansão dos serviços e assegurem o equilíbrio econômico e financeiro do contrato; e III - fiscalização permanente e revisão periódica das tarifas, ainda que estipuladas em contrato anterior.”

⁶⁹ Vide: TÁCITO, Caio. Op. cit., 1961. p.1-25.

riscos ordinários são aqueles que “todo empresário corre, como resultado da própria flutuação do mercado”⁷⁰, abrangendo:

além dos prejuízos que lhe resultem por atuar canhestamente, com ineficiência ou imperícia, aqueles outros derivados de eventual estimativa inexata quanto à captação, manutenção da clientela de possíveis usuários, bem como, no caso de fontes alternativas de receita, os que advenham de uma frustrada expectativa no que concerne aos proveitos extraíveis de tais negócios.⁷¹

Já a álea extraordinária corresponde a um “risco imprevisível, inevitável, e não imputável ao contratado”⁷², subdividindo-se em álea econômica e administrativa. A álea econômica refere-se à superveniência de fatos imprevisíveis ou, se previsíveis, de consequências incalculáveis. A álea administrativa abrange o fato da administração e o fato do príncipe, protegendo a concessionária do risco de qualquer modificação unilateral do contrato pelo poder concedente, bem como do risco de sobreoneração decorrente de medidas de ordem geral que repercutem no contrato⁷³.

Assim, sempre que a equação econômico-financeira for rompida em razão de fatos inseridos na álea extraordinária, está autorizada a revisão das cláusulas financeiras do contrato de forma a recompor o seu equilíbrio⁷⁴.

A existência do direito ao equilíbrio econômico-financeiro das concessionárias, protegido nos termos da teoria das áleas ordinárias e extraordinárias era, até a superveniência da Constituição Federal de 1988, questão

⁷⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 6ªed. São Paulo: Atlas, 2008. p.98.

⁷¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 25ªed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p.730.

⁷² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, 2008. p.99.

⁷³ O fato da administração difere do fato do príncipe, pois, enquanto o primeiro decorre de ato praticado por autoridade pública na qualidade de contratante, poder concedente, o segundo é praticado pela autoridade não como parte no contrato, mas como autoridade pública geral, que acaba por praticar ato que repercute sobre o contrato.

⁷⁴ Importante registrar, como salientado pelos autores consultados que, embora importada do direito francês, a teoria das áleas ordinárias e extraordinárias foi acolhida no Brasil com adaptações, oferecendo à concessionária uma garantia maior da que lhe é dispensada na França. Com efeito, lá, a álea ordinária envolve, além dos prejuízos decorrentes da ineficiência, negligência ou incapacidade da concessionária, aqueles decorrentes do fato do príncipe. Além disso, no caso de álea extraordinária, os prejuízos daí decorrentes são partilhados entre concedente e concessionária.

pacífica, tendo em vista que os próprios dispositivos constitucionais, ao tratar da concessão de serviço público, previam expressamente a necessidade de fixação de tarifas que remunerassem o capital investido.

A Constituição Federal de 1988, contudo, ao tratar especificamente das concessões de serviços públicos no art. 175⁷⁵, remeteu para a legislação ordinária a disciplina da política tarifária, deixando de fazer qualquer menção à garantia da devida remuneração do capital. De acordo com os termos do mencionado art. 175, CF, é na lei que se deve verificar a extensão das garantias aos interesses econômicos das concessionárias, o que levou alguns autores a afirmar que na vigência das constituições anteriores a proteção era muito mais ampla⁷⁶, não admitindo que o risco fosse distribuído em desacordo com a teoria das áleas ordinária e extraordinária, como, na opinião de tais autores, admite a atual.

Não obstante tais posicionamentos, parece predominar na doutrina o entendimento de que o art. 37, XXI, CF/88⁷⁷ garante a proteção ao equilíbrio econômico-financeiro a todos os contratos administrativos da mesma forma e com a

⁷⁵ “Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. Parágrafo único. A lei disporá sobre: I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão; II - os direitos dos usuários; III - política tarifária; IV - a obrigação de manter serviço adequado.”

⁷⁶ Jacintho Arruda Câmara assevera que “A dicção atual da CF/88 é muito mais aberta que a anterior. A Constituição apenas prevê a edição de uma lei que disporá, entre outros assuntos referentes ao tema das concessões, sobre política tarifária, sem detalhar características do regime jurídico a ser implantado (art. 175, parágrafo único, III, CF/88)”. CÂMARA, Jacintho de Arruda. “A Experiência Brasileira na Concessão de Serviço Público e as Parcerias Público Privadas”. In: SUNDFELD, Carlos Ari Vieira (Coord.). *Parcerias Público Privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005. p.163.

No mesmo sentido, Benedicto Porto Neto assinala que “na vigência da CF/67-69 era muito mais ampla a proteção conferida ao equilíbrio econômico-financeiro, pois dizia que a tarifa seria revista periodicamente, para permitir a justa remuneração do capital do concessionário, bem como garantir o melhoramento e a expansão dos serviços”. PORTO NETO, Benedicto. *Concessão de Serviço Público no regime da Lei 8.987/95*. São Paulo: Malheiros, 1998. p.107.

Ver ainda artigo: “Reforma do Estado, formas de prestação de serviços ao público e parcerias público- privadas: demarcando as fronteiras dos conceitos de serviço público, serviços de relevância pública e serviços de exploração econômica para as parcerias público-privadas”. In: SUNDFELD, Carlos Ari Vieira (Coord.). *Op. cit.*, 2005. p.477.

⁷⁷ “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”.

mesma abrangência que as anteriores. Ou seja, o artigo 37, XXI foi interpretado como tendo conferido à concessionária as mesmas garantias das áleas ordinárias e extraordinárias, o que se extrai da parte em que estatui que as obras e serviços serão contratados “com cláusulas que estabelecem obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta”.

Assim, embora a Lei de Concessões, Lei 8987/95, não tenha feito expressa menção ao direito ao reequilíbrio econômico-financeiro em caso de ocorrência de fatos imprevisíveis, ou imprevistos, mas de consequências incalculáveis - a Lei 8987/95 prevê a revisão das cláusulas financeiras, para restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro, apenas nos casos de aumentos de impostos (fato do príncipe) e de alteração unilateral do contrato (art. 9º, §§ 3º⁷⁸ e 4º⁷⁹) e deixa ao contrato a previsão dos mecanismos para revisão tarifária para fins de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro (art. 9 § 2º⁸⁰, art. 18, VIII⁸¹, e art. 23, IV⁸²) -, entende-se que se aplicam subsidiariamente as normas constantes do art. 65 da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Lei 8.666/93, em especial o inciso II, “d”, §§5º e 6º⁸³. Na verdade, sustenta-se que a ampla aplicabilidade do princípio do equilíbrio econômico-financeiro aos contratos de concessão de acordo com a teoria das áleas ordinárias e extraordinárias decorre não apenas do art. 37, XXI, CF, mas

⁷⁸ “Art. 9, § 3º Ressalvados os impostos sobre a renda, a criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, após a apresentação da proposta, quando comprovado seu impacto, implicará a revisão da tarifa, para mais ou para menos, conforme o caso.”

⁷⁹ “Art. 9, § 4º Em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração.”

⁸⁰ “Art. 9, § 2º Os contratos poderão prever mecanismos de revisão das tarifas, a fim de manter-se o equilíbrio econômico-financeiro.”

⁸¹ “Art. 18. O edital de licitação será elaborado pelo poder concedente, observados, no que couber, os critérios e as normas gerais da legislação própria sobre licitações e contratos e conterá, especialmente: VIII - os critérios de reajuste e revisão da tarifa.”

⁸² “Art. 23. São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas: IV - ao preço do serviço e aos critérios e procedimentos para o reajuste e a revisão das tarifas.”

⁸³ “Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos; [...]II - por acordo das partes:[...] d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando área econômica extraordinária e extracontratual.”

“§ 5º Quaisquer tributos ou encargos legais criados, alterados ou extintos, bem como a superveniência de disposições legais, quando ocorridas após a data da apresentação da proposta, de comprovada repercussão nos preços contratados, implicarão a revisão destes para mais ou para menos, conforme o caso.”

“§ 6º Em havendo alteração unilateral do contrato que aumente os encargos do contratado, a Administração deverá restabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro inicial.”

dos princípios constitucionais da equidade, isonomia, razoabilidade e indisponibilidade do interesse público⁸⁴.

Além da proteção ao equilíbrio econômico-financeiro, que se refere ao período de execução do contrato, quando do término da concessão assegura-se à concessionária a indenização pelos bens reversíveis ainda não amortizados. Com efeito, sendo consagrada pelo direito brasileiro a garantia constitucional do direito de propriedade⁸⁵, o Estado não poderia apropriar-se de bens e direitos privados, a não ser nas hipóteses autorizadas constitucionalmente e com observância das providências previstas para tanto⁸⁶. Como bem salienta Marçal Justen Filho,

o fundamento jurídico da aquisição formal do domínio pelo Estado sobre o patrimônio integrante da concessão não é a extinção do contrato, mas a transferência ao particular de um montante econômico equivalente ao valor dos bens e suficiente para produzir a amortização dos investimentos.⁸⁷

Assim, em qualquer hipótese de extinção do contrato - seja pelo decurso natural do prazo contratual, por motivo de interesse público, por inadimplência do concessionário, por conveniência das partes, pela extinção ou falência do concessionário, ou, ainda, pela anulação do contrato em virtude de irregularidade anterior -, o concessionário fará jus à indenização “das parcelas dos investimentos vinculados a bens reversíveis ainda não amortizados ou depreciados, que tenham sido realizados com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido” (art. 36, Lei 8987/95).

Mesmo antes da Lei 8987/95 expor expressamente acerca do direito à indenização pelos bens revertidos e não amortizados, ele já era assegurado pela jurisprudência⁸⁸, pois, como visto, decorre do direito de propriedade, sempre assegurado pelo ordenamento jurídico brasileiro.

⁸⁴ Vide: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Op. cit., 2008. p.96-106. JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviços Públicos*. São Paulo: Dialética, 2003. p.392-4.

⁸⁵ “Art. 5º, XXII, CF/88: É garantido o direito de propriedade.”

⁸⁶ “Art. 5º, XXIV, CF/88: A lei estabelecerá o procedimento para a desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta constituição.”

⁸⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit., 2003. p.577.

⁸⁸ STF, RDA 37/307.

Uma questão que se coloca acerca deste ponto refere-se ao momento do pagamento da indenização quando a extinção da concessão se dá pelo decurso do prazo contratual: se previamente à assunção do serviço pelo poder concedente ou não⁸⁹. A Lei 8987/95 não diz expressamente que neste caso a indenização deva ser prévia à reversão, como o faz para o caso da encampação (art. 37⁹⁰). Aliás, tendo a concessão sido extinta por decurso do prazo, a presunção é de que a concessionária já tenha amortizado todo o capital investido e empregado durante a concessão. Todavia, havendo, ainda, bens a serem amortizados, certo é que estes devem ser indenizados⁹¹. Outra questão diz respeito à forma de apuração dos valores dos bens a serem revertidos e ainda não amortizados⁹². Há mais de um critério para tanto, e se um não for eleito e previsto minuciosamente no contrato, certamente disputas ocorrerão, pois tanto o poder concedente quanto a concessionária defenderão o critério que lhes assegurar maior vantagem.

Voltando à teoria das áleas ordinárias e extraordinária, com relação a ela também uma problemática se coloca, qual seja, a de que apresenta uma definição extremamente vaga, abstrata e descolada da realidade de cada concessão, dos riscos suportados por cada parte, o que, na prática, traz grandes dificuldades. Marçal Justen Filho bem evidencia este problema ao afirmar:

⁸⁹ Conforme se verá neste trabalho, esta discussão encontra-se judicializada.

⁹⁰ “Art. 37. Considera-se encampação a retomada do serviço pelo poder concedente durante o prazo da concessão, por motivo de interesse público, mediante lei autorizativa específica e após prévio pagamento da indenização, na forma do artigo anterior.”

⁹¹ Dentre os autores consultados, Eurico de Andrade Azevedo e Maria Lucia Mazzei de Alencar afirmam categoricamente estar implícito no comando do art. 35, § 4º da Lei 8987 que a indenização deva ser paga previamente à assunção do serviço pelo poder público: “O pagamento prévio é determinado expressamente no caso de encampação, e a mesma providência deve ser tomada na reversão, já que o poder público conhece com precisão e antecipadamente a data que deve assumir a execução do serviço.” AZEVEDO, Eurico de Andrade; ALECAR, Maria Lucia Mazzei de. *Concessão de Serviços Públicos: comentários à Lei 8987/95*. São Paulo: Malheiros, 1998. p.135.

No mesmo sentido, Marçal Justen Filho: “Portanto, o decurso do prazo produz o encerramento automático da concessão e assunção pelo Estado da posse dos bens reversíveis, desde que o valor deles já tenha sido amortizado ou, em caso negativo, após o pagamento da indenização apropriada. O poder concedente não poderá invocar o término do prazo da concessão para apropriar-se de bens particulares, não amortizados, se não promover o pagamento prévio da indenização”. JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*, 2003. p.579.

Já Maria Sylvia Zanella Di Pietro, Celso Antônio Bandeira de Mello e Lucia Valle Figueiredo não afirmam expressamente que a indenização deva ser prévia no caso de extinção do contrato por decurso do prazo. Cf.: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.*, 2008. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 25ªed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2004.

⁹² Esta questão é ainda mais problemática no tocante às concessões outorgadas no passado, antes da Lei 8987/95, conforme se verá neste trabalho.

Não existe critério objetivo, abstrato e predeterminado para diferenciar álea ordinária e extraordinária. Aliás, as tentativas de definição tendem a ser circulares ou repetitivas (tautológicas). Afirma-se que a álea ordinária é a normal e inerente a um empreendimento, diversamente da extraordinária. Essa fórmula não é apta a fornecer um critério exato para solucionar problemas práticos. A questão fundamental reside em que somente é possível identificar a ordinaryidade ou extraordinariedade da álea em face do caso concreto e das circunstâncias específicas de um dado empreendimento.⁹³

De fato, esta teoria iguala todos os empreendimentos, ignorando as peculiaridades de cada qual, de todo relevantes para a definição de um evento como ordinário ou extraordinário. Dependendo das condições da contratação e do empreendimento, um fato considerado ordinário em um dado contrato pode ser tido como extraordinário em outro⁹⁴. É dizer, para cada contrato, individualmente, se deve estabelecer uma distribuição de riscos e custos entre as partes contratantes, independentemente desta distribuição ter que respeitar ou não a teoria das áleas ordinárias e extraordinárias⁹⁵. A ausência de uma divisão clara e inequívoca dos riscos da contratação é um dos fatores que mais gera insegurança nas partes, bem como nos intérpretes do contrato em caso do conflito.

É ai que entra a **importância dos contratos como instrumento de regulação**, especificamente dos contratos de concessão de serviço público, que envolvem vultosos investimentos, os quais demandam prazos longos para serem amortizados. Um dos grandes desafios para o sucesso de uma concessão é uma precisa identificação dos riscos envolvidos, bem como uma adequada disposição

⁹³ JUSTEN FILHO, Marçal. Op. cit., 2003. p.400.

⁹⁴ A este respeito ver: ESTEVES, Daniel Santa Bárbara. *Os Riscos nas Concessões de Uso de Potenciais Hidráulicos para Produção Independente de Energia*. Dissertação (Mestrado em Direito), PUC/SP, São Paulo, 2008.

⁹⁵ A Lei das Parcerias Público Privadas, Lei 11.079/04, ao dispor que o contrato deve prever “a repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária” (art. 5º, III), admite que a partilha de riscos se dê em desacordo com a teorias das áleas ordinárias e extraordinárias, havendo quem questione a constitucionalidade deste dispositivo. Celso Antônio Bandeira de Mello pontifica: “Não nos parece possível onerar o parceiro privado com o encargo de repartir riscos oriundos do fato do príncipe, pois, conforme aplausível comentário da Prof. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, o princípio constitucional da responsabilidade do Estado impediria tal solução. O Poder Público é que teria que assumir as consequências de tal ato. Já os provenientes das situações caracterizáveis como imprevisão podem ser divididos entre os parceiros, se esta é a determinação legal. O mesmo, entretanto, nem sempre valeria, ao nosso ver, o caso de sujeições imprevistas [...]” BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Op. cit., 2008. p.770-1.

contratual acerca do endereçamento dos riscos identificados, pois tal medida diminui as incertezas, propiciando segurança aos investidores e também aos financiadores dos projetos. São vários os riscos, cada qual com impactos distintos, os quais variam ao longo do tempo necessário para o retorno do capital investido⁹⁶.

A falta de clareza com relação à identificação, quantificação e distribuição destes riscos entre as partes e, conseqüentemente, com relação a quais são, exatamente, os termos da equação financeira do contrato, para fins de restauração do equilíbrio, aumenta o nível de arbítrio das partes, permitindo comportamentos oportunistas tanto por parte da concessionária como por parte do Poder Público concedente⁹⁷. Os contratos eficientes devem mitigar a ameaça de tais comportamentos - que beneficiam apenas a parte que o adota em detrimento da eficiência contratual -, conferindo o máximo de estabilidade e previsibilidade à relação.

Evidente, portanto, que a apropriada elaboração dos contratos de concessão é de fundamental importância para a *performance* do empreendimento. Em que pese seja incontroversa a proteção legal aos investimentos da concessionária, que se dá pela intangibilidade da equação econômico-financeira da concessão, bem

⁹⁶ Maria Christina Fontainha Carneiro, já acima citada, tendo em vista a terminologia usualmente aceita no mercado por agências classificadoras de risco, agentes de financiamento, investidores e seguradoras de risco de crédito, listou os seguintes riscos, considerando-os os principais: político, regulatório, de implantação, tecnológico e de fornecedores, ambiental, comercial/mercado, financeiro e de gestão. CARNEIRO, Maria Christina Fontainha. Op. cit., 2006. p.15-34.

Marcos Augusto Perez propõe a seguinte classificação dos riscos na concessão: riscos econômicos-financeiros, técnicos, jurídicos e políticos. PEREZ, Marcos Augusto. *O Risco no Contrato de Serviço Público*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

⁹⁷ Eduardo Fernandes Silva destaca que “concorre para o oportunismo governamental o fato de que, uma vez realizados os investimentos, com grande freqüência, o empresário não pode abandonar a atividade senão mediante grandes perdas, pois os investimentos tendem a ser, em larga medida, irrecuperáveis (*sunk cost*)” (p.62). Com relação à concessionária, afirma que ele também tende a ter comportamento oportunista, pois: “uma vez celebrado o contrato de concessão e iniciada a operação, ele sabe das dificuldades, para o poder público, de desfazer o contrato, encontrar outro concessionário e, ao mesmo tempo, evitar a degradação ou mesmo a interrupção dos serviços, usualmente de caráter essencial para grande parte da população. Sabe também que o governante tem interesse em evitar o desgaste político decorrente de uma crise no abastecimento. Sabe, ainda, que com freqüência dispõe de certo poder de monopólio e que o poder público geralmente não tem as informações – no nível de detalhe e na freqüência ideal – necessárias para conhecer a realidade de custos e receitas da operação” (p.63). E conclui: “Em conseqüência, quando adota o comportamento citado ele deixa de realizar ou posterga investimentos, exige aumentos de tarifas que não seriam justificáveis no caso de plena transparência, reduz o nível de serviço prestado abaixo do previsto contratualmente ou adota outros comportamentos possíveis, visando a elevação de sua rentabilidade” (p.63). SILVA, Eduardo Fernandez. “Qual é o Equilíbrio Econômico e Financeiro dos Contratos de Concessão de Serviços Públicos? Uma Introdução”. *Cadernos Aslegis*. n.32. Brasília, set./dez. 2007, p.55-78.

como pelo direito à indenização pelos bens não amortizados ao final da concessão, certo é que inúmeras são as questões práticas que surgem e que necessitam de tratamento contratual adequado, isto é, específico para cada empreendimento.

O presente trabalho, como já dito anteriormente, tem por objetivo verificar qual a proteção dada pelo Judiciário aos investimentos das concessionárias, e ao equilíbrio econômico-financeiro contratual. Vista neste capítulo a importância da regulação – tanto a que se dá por meio da legislação, quanto por meio do contrato – para conferir segurança ao investidor de que obterá o retorno esperado dos seus investimentos, passemos à pesquisa realizada.

CAPÍTULO III - A PESQUISA DA JURISPRUDÊNCIA - METODOLOGIA DE PESQUISA E RESULTADOS GERAIS

Primeiramente, importante esclarecer, além da metodologia utilizada para a realização da pesquisa, são aqui relacionados os resultados gerais verificados, isto é, os tipos de conflitos e discussões encontrados, os setores a que se referem, quais as partes envolvidas, quais os pleitos formulados, quais os tipos de ações interpostas, em que período as decisões foram proferidas, enfim, um apanhado geral do que foi encontrado a partir da pesquisa realizada.

Pois bem, no que diz respeito à metodologia, procedemos da seguinte forma: durante os meses de abril, maio, junho e julho de 2008 foi realizada uma pesquisa nos sites dos tribunais superiores, nos campos “acórdãos”, “decisões monocráticas” e, no Supremo Tribunal Federal - STF, também no campo “decisões da presidência”, as quais são monocráticas. A pesquisa foi feita sem limitação temporal⁹⁸, utilizando-se as expressões de busca “**concessionária de serviço público**”; “**concessão de serviço público**”; “**contrato administrativo**”; “**desequilíbrio econômico-financeiro**”; “**equilíbrio econômico-financeiro**”; “**reequilíbrio econômico-financeiro**”; “**reajuste**”; “**tarifa**”; “**indenização**”, “**equilíbrio**” e “**investimentos**”, combinadas de diversas formas, conforme quadro abaixo:

COMBINAÇÕES REALIZADAS COM AS EXPRESSÕES DE BUSCA
1. (EQUILÍBRIO ADJ ECONÔMICO ADJ FINANCEIRO) E CONCESSIONÁRIA E TARIFA E REAJUSTE E SERVIÇO E PÚBLICO
2. (DESEQUILÍBRIO ADJ ECONÔMICO ADJ FINANCEIRO) E CONCESSÃO E INDENIZAÇÃO
3. CONCESSÃO E INDENIZAÇÃO E SERVIÇO E PÚBLICO E DE
4. TARIFA E REAJUSTE E CONCESSÃO
5. (TARIFA E REAJUSTE) E (CONTRATO ADJ ADMINISTRATIVO)

⁹⁸ A pesquisa foi feita com limitação temporal apenas no que diz respeito ao critério de busca “concessão e equilíbrio” no campo “decisões monocráticas” do STJ, em que foram verificadas apenas as decisões de 2008, pois a pesquisa apresentou mais de 2 000 resultados. Outrossim, no STJ, no campo “decisões monocráticas”, com o intuito de refinar a pesquisa, foram excluídos da busca julgados contendo as expressões “assinatura básica”, “tarifa básica”, “interrupção do fornecimento”, eis que a orientação do tribunal a respeito das ações consumeristas ficou clara a partir da pesquisa no campo “acórdãos”.

6. (CONCESSIONÁRIA ADJ DE ADJ SERVIÇO ADJ PÚBLICO) E TARIFA
7. (EQUILÍBRIO ADJ ECONÔMICO ADJ FINANCEIRO) E (CONCESSIONÁRIA ADJ DE ADJ SERVIÇO ADJ PÚBLICO)
8. REEQUILÍBRIO E CONTRATO E ADMINISTRATIVO E CONCESSÃO
9. CONCESSIONÁRIA ADJ DE ADJ SERVIÇO E INDENIZAÇÃO
10. CONTRATO ADJ ADMINISTRATIVO E CONCESSÃO E ECONÔMICO ADJ FINANCEIRO
11. CONCESSÃO E EQUILÍBRIO
12. CONCESSIONÁRIA E INVESTIMENTOS

As decisões encontradas a partir de cada uma das 12 combinações de expressões de busca acima (incluindo “acórdãos”, “decisões monocráticas” e “decisões da presidência”) - excluídas aquelas que tratavam de litígios que nada tinham ou têm a ver com a proteção dos investimentos dos concessionários - incluem julgamentos ocorridos anterior e posteriormente à Constituição de 1988.

Os julgamentos proferidos anteriormente à Constituição tratam, a maioria deles, de ações interpostas por concessionárias de serviços questionando a rescisão unilateral do vínculo pelo poder concedente – por inadimplemento ou não da concessionária - ou pleiteando indenização correspondente aos investimentos não amortizados. Tais decisões, contudo, representam pequena parte dentre as encontradas.

A grande maioria dos julgados é posterior à Constituição de 1988. Abrangem três grandes grupos de decisões, reunidas de acordo com as partes envolvidas nos conflitos. É claro que qualquer outro critério, como, *v.g.*, o setor de serviço envolvido ou objeto do pleito submetido ao Judiciário poderia ter sido eleito para sistematizar as decisões, mas para a singela finalidade de se apresentar um panorama geral ou uma visão geral das decisões encontradas, como ora se pretende, entendemos ser o critério eleito adequado e suficiente.

O primeiro dos grupos inclui, basicamente, as decisões proferidas em conflitos travados entre **empresas concessionárias de serviço público e o respectivo poder concedente**, este demandado pelas concessionárias com o

objetivo de restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro contratual ou impedir que o desequilíbrio se instaure. Neste grupo de decisões encontram-se:

- (i) ações de indenização pleiteando o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato decorrente de alegada defasagem tarifária e/ou de alteração unilateral do contrato⁹⁹;
- (ii) ações visando reajustar tarifas ou mantê-las reajustadas, bem como impedir sejam reduzidas¹⁰⁰;
- (iii) ações contra imposição legal determinando a redução de tarifas e/ou a prestação do serviço gratuitamente a certos usuários¹⁰¹;
- (iv) ações questionando a rescisão do contrato de concessão antes do pagamento da indenização correspondente à amortização dos investimentos¹⁰²;
- (v) ações contra atos que regulamentam transporte coletivo alternativo de passageiros, autorizam alterações de itinerário e admitem novas empresas para operar uma determinada linha.

Além destas ações, há poucas outras estabelecidas entre poder concedente e concessionário que abordam questões envolvendo a proteção aos investimentos dos contratos de concessão. São decisões esparsas, proferidas em ações discutindo questões adjacentes e/ou prejudiciais ao pleito de equilíbrio contratual como prescrição, decadência, cálculo dos juros e correção monetária para pagamento de indenização.

Os julgados mencionados nos itens (i) a (v) acima revelam que o setor em que os conflitos entre poder concedente e concessionária são mais judicializados é o de transporte coletivo municipal, seguido pelo setor rodoviário, havendo também, embora com menos frequência, pleitos dos setores energético, aéreo, de telefonia e de saneamento. O que se verifica desde logo é que os setores de serviço cuja competência pertence à União são menos judicializados. Por outro lado, sendo

⁹⁹ Ações com este objetivo foram ajuizadas por concessionárias dos setores de transporte coletivo e transporte aéreo.

¹⁰⁰ Ações com este objetivo foram interpostas por concessionárias de rodovias, de transporte coletivo, de distribuição de energia elétrica e de telefonia.

¹⁰¹ Este conflito envolve diversos setores de serviços, incluindo os de transporte coletivo, transporte aéreo, rodoviário, energético, e de saneamento.

¹⁰² Estas ações são reiteradas no setor de saneamento, mas se verificam também no setor de transporte coletivo.

municipal a competência para a organização do setor de transporte coletivo de passageiros, não é de se estranhar que este setor seja mais judicializado. Afinal, são mais de 5000 municípios no país¹⁰³. Quanto ao setor de saneamento, embora também de competência municipal¹⁰⁴, os serviços são prestados na maioria dos municípios pelas companhias estaduais de saneamento – CESB's, cuja criação foi incentivada pelo governo federal quando da instituição do Plano Nacional de Saneamento – PLANASA, na década de 70 do século passado¹⁰⁵. Este fato justifica a menor quantidade de litígios neste setor, comparativamente ao setor de transporte coletivo.

O segundo grupo compreende o das **ações civis públicas**. Ajuizadas pelo Ministério Público competente, na defesa dos interesses dos usuários, elas objetivam reduzir as tarifas dos serviços concedidos ou impedir sejam reajustadas, garantir tarifas reduzidas para determinadas categorias de usuários ou isentá-los do pagamento e, ainda, especificamente com relação ao setor rodoviário, tentam obstar a cobrança do pedágio pela concessionária, nos casos em que não existe via alternativa.

Já o terceiro grupo inclui as **ações consumeristas coletivas**, ajuizadas tanto pelo Ministério Público como por associações de consumidores, e **as ações consumeristas individuais**, ambas voltadas, como não poderia deixar de ser, para a defesa dos interesses dos usuários. Estas ações - que envolvem discussões sobre a (i) legalidade da cobrança de tarifa mínima, desvinculada do consumo efetivo, pela prestação de serviços de telefonia e abastecimento de água; (ii) legalidade do corte de fornecimento de serviço público por inadimplência do usuário; (iii) legalidade da exigência de detalhamento, na fatura das concessionárias de telefonia fixa, dos pulsos além da franquia; (iv) natureza jurídica dos serviços de esgotamento sanitário e legalidade da cobrança de tarifa de esgoto; (v) definição de área local para fins de cobrança de tarifa de telefonia interurbana -, embora

¹⁰³ Fonte: Censo Demográfico 1991 - Resultados do universo: microdados. Rio de Janeiro: IBGE, 2002. IBGE, Censo Demográfico 2000. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/indicadores_sociais_municipais/tabela1a.shtm>.

¹⁰⁴ A titularidade dos serviços de saneamento em regiões metropolitanas está pendente de decisão no Supremo Tribunal Federal nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade n. 2.077/BA e 1.842/RJ.

¹⁰⁵ Sobre o PLANASA e a prestação de saneamento pelas CESB's, desenvolveremos melhor o assunto no item 4.4 adiante.

aparentemente menos relevantes para o presente trabalho, são decididas, essencialmente, com argumentos que evidenciam a preocupação dos tribunais, preponderantemente do Superior Tribunal de Justiça - STJ¹⁰⁶, com o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados pelas concessionárias e com os investimentos por elas realizados para prestar adequadamente os serviços. A manutenção das condições estabelecidas nos editais e contratos de concessão, consideradas pelas concessionárias para elaboração de suas propostas quando da licitação, bem como, nos setores de telefonia e telecomunicações, a observância das normas das agências reguladoras, são, com frequência, os argumentos utilizados pelo STJ ao fundamentar suas decisões; daí interessarem ao presente trabalho¹⁰⁷.

¹⁰⁶ Importante esclarecer que estas ações consumeristas são decididas na maior parte das vezes no STJ. O STF decide, com frequência, apenas as questões referentes à natureza jurídica do serviço de esgotamento sanitário e ao corte do serviço por inadimplência do usuário. Os demais conflitos consumeristas mencionados acabam sendo decididos somente pelo STJ, vez que o STF, ao julgá-los, considera haver ofensa apenas reflexa à Constituição, eis que a questão seria adstrita ao Código de Defesa do Consumidor, não admitindo, pois, os Recursos Extraordinários e Agravos de Instrumentos que chegam ao tribunal. De se registrar que o STF, ao inadmitir tais recursos, os quais na maioria das vezes são oriundos de juizados especiais cíveis, consolida situação contraditória à que vem sendo decidida pelo STJ, eis que os juizados especiais estão acolhendo os pleitos dos consumidores. Tal situação, sem dúvida, causa insegurança jurídica às concessionárias e também ao consumidor, como salientado pelo Ministro Marco Aurélio, no julgamento do RE 571.572, DJ 13.02.2009. Referido recurso discutia controvérsia sobre a cobrança de pulsos, tendo o STF, reconhecendo o caráter de repercussão geral da matéria, entendido que tal questão se enquadra na competência dos juizados especiais. O Ministro Marco Aurélio se pronunciou pelo reconhecimento da matéria de fundo envolvida na causa. Ele entendeu que se trata, sim, de questão constitucional, e afirmou: “há necessidade de uma definição que revele segurança jurídica, não só da prestadora como também do consumidor”.

¹⁰⁷ Apenas para exemplificar o conteúdo de tais decisões, confirmam-se as seguintes: (i) no REsp. 973.283, DJ 03.12.2007, em que se discute a legalidade da cobrança de tarifa mínima de telefonia, restou consignado no acórdão: “1. Matéria jurídica abordada no acórdão, cobrança de ‘assinatura mensal básica’ para prestação de serviços telefônicos, amplamente debatida. [...] 9. O artigo 9º da Lei n. 8.987, de 1995, determina que ‘a tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação [...]’. 10. No contrato de concessão firmado entre a recorrente e o poder concedente, há cláusula expressa refletindo o constante no Edital de Licitação, contemplando o direito de a concessionária exigir do usuário o pagamento mensal da tarifa de assinatura básica. 11. A permissão da cobrança da tarifa mencionada constou nas condições expressas no Edital de Desestatização das Empresas Federais de Telecomunicações (Edital MC/BNDES n. 01/98) para que as empresas interessadas, com base nessa autorização, efetuassem as suas propostas. 12. As disposições do Edital de Licitação foram, portanto, necessariamente consideradas pelas empresas licitantes na elaboração de suas propostas. [...] 14. Em face do panorama supradescrito, a cobrança da tarifa de assinatura mensal é legal e contratualmente prevista. [...] 19. A obrigação do usuário pagar tarifa mensal pela assinatura do serviço decorre da política tarifária instituída por lei, sendo que a Anatel pode fixá-la, por ser a reguladora do setor, tudo amparado no que consta expressamente no contrato de concessão, com respaldo no art. 103, §§ 3º e 4º, da Lei n. 9.472, de 16.07.1997. [...] 22. O STJ tem permitido, com relação ao serviço de consumo de água, a cobrança mensal de tarifa mínima, cuja natureza jurídica é a mesma da ora discutida, a qual garante ao assinante o uso de, no máximo, 90 pulsos, sem nenhum acréscimo ao valor mensal. O consumidor só pagará pelos serviços utilizados que ultrapassarem essa quantificação.” (ii) no AgRg na SLS 216 / RN, DJ 10.04.2006, em que se discute a legalidade do corte de fornecimento de serviço público por inadimplência do usuário, extrai-se do acórdão: “1. A interrupção do fornecimento de energia elétrica por inadimplemento não configura descontinuidade da prestação do serviço público. Precedentes. 2. O interesse da

É importante registrar que os conflitos judicializados são decididos muito mais por decisões liminares, proferidas em medidas cautelares, pedidos de suspensão de segurança e suspensão de liminar, do que por decisões de mérito propriamente ditas. E isto se dá, muito provavelmente, pela conhecida ineficiência do Judiciário que, devido à sua morosidade, acaba mantendo e consolidando situações por meio de decisão liminar. Mas este é um outro problema, que não encontra lugar neste trabalho. Aqui nos interessa apenas averiguar as razões de decidir dos tribunais superiores, constem tais razões de decisões monocráticas ou colegiadas. Pretendemos verificar os resultados dos julgamentos e os fundamentos utilizados para decidir.

Tendo em vista os mencionados resultados gerais encontrados a partir da pesquisa realizada, selecionamos, para fins deste trabalho, aqueles julgados que consideramos mais relevantes para a análise a que nos propomos, qual seja, verificar em que termos se dá a proteção dos investimentos das concessionárias de serviços público pelo Judiciário.

coletividade não pode ser protegido estimulando-se a mora, até porque esta poderá comprometer, por via reflexa, de forma mais cruel, toda a coletividade, em sobrevivendo má prestação dos serviços de fornecimento de energia, por falta de investimentos, como resultado do não recebimento, pela concessionária, da contra-prestação pecuniária.” (iii) AgRg no REsp. 1036696/MG, DJ 03/09/2008, em que se discute a legalidade da cobrança de pulsos referentes a ligações locais além da franquia mensal, restou consignado no acórdão: “O detalhamento pormenorizado das ligações efetuadas pelos usuários dos serviços de telefonia exige, além de diversos requisitos relacionados às limitações da tecnologia utilizada, elevado investimento por parte das concessionárias de serviço público. Daí por que a implementação dessas novas facilidades para o consumidor normalmente é prolongada no tempo.” (v) quanto à definição de área local para fins de cobrança de tarifa de telefonia interurbana, no REsp. 572070/PR, DJ 14.06.2004, consignou-se: “1. A regulamentação do setor de telecomunicações, nos termos da Lei n. 9.472/97 e demais disposições correlatas, visa a favorecer o aprimoramento dos serviços de telefonia, em prol do conjunto da população brasileira. Para o atingimento desse objetivo, é imprescindível que se privilegie a ação das Agências Reguladoras, pautada em regras claras e objetivas, sem o que não se cria um ambiente favorável ao desenvolvimento do setor, sobretudo em face da notória e reconhecida incapacidade do Estado em arcar com os eventuais custos inerentes ao processo. 2. A delimitação da chamada ‘área local’ para fins de configuração do serviço local de telefonia e cobrança da tarifa respectiva leva em conta critérios de natureza predominantemente técnica, não necessariamente vinculados à divisão político-geográfica do município. Previamente estipulados, esses critérios têm o efeito de propiciar aos eventuais interessados na prestação do serviço a análise da relação custo-benefício que irá determinar as bases do contrato de concessão. 3. Ao adentrar no mérito das normas e procedimentos regulatórios que inspiraram a atual configuração das ‘áreas locais’ estará o Poder Judiciário invadindo seara alheia na qual não deve se imiscuir. 4. Se a prestadora de serviços deixa de ser devidamente ressarcida dos custos e despesas decorrentes de sua atividade, não há, pelo menos no contexto das economias de mercado, artifício jurídico que faça com que esses serviços permaneçam sendo fornecidos com o mesmo padrão de qualidade. O desequilíbrio, uma vez instaurado, vai refletir, diretamente, na impossibilidade prática de observância do princípio expresso no art. 22, caput, do Código de Defesa do Consumidor, que obriga a concessionária, além da prestação contínua, a fornecer serviços adequados, eficientes e seguros aos usuários. 4. Recurso especial conhecido e provido.”

Para tanto, inicialmente, excluimos as decisões anteriores à CF/88 para que a análise compreenda apenas decisões proferidas sob uma mesma ordem constitucional. Outrossim, tivemos em vista alguns fatores, quais sejam: (i) a frequência com que os conflitos foram levados ao Judiciário; (ii) os fatos mais reiteradamente alegados como causadores de desequilíbrio econômico-financeiro, independentemente do setor de serviço; (iii) se o objeto da ação envolvia discussão em torno do valor das tarifas fixadas para os serviços, independentemente do setor e das partes que figuravam nos pólos passivo e ativos da ação (se Ministério Público, usuários, concessionários ou poder concedente); (iv) as discussões específicas ou peculiares a um dado setor de serviços.

Assim, considerando tais fatores, elegemos os seguintes grupos de conflitos para serem objeto do nosso estudo no capítulo seguinte:

- (i) O **primeiro** deles versa sobre pedidos de indenização formulados por delegatárias de serviço público de transporte coletivo e transporte aéreo em face do poder concedente, sob o fundamento de que suportaram defasagem tarifária em determinado período.
- (ii) O **segundo** trata da imposição legal, superveniente à celebração dos contratos, de redução tarifária ou de prestação gratuita do serviço concedido a determinada categoria de usuário. O conflito se estabelece entre a concessionária, de um lado, que pretende eximir-se do ônus de prestar o serviço gratuitamente ou com tarifa reduzida, e o poder concedente, de outro, que quer fazer valer a imposição legal, ou até mesmo entre concessionária e poder concedente de um mesmo lado, e o órgão legislativo, de onde derivou a imposição legal, ou o Ministério Público, do outro.
- (iii) O **terceiro** trata dos pleitos envolvendo questões tarifárias, que incluem medidas por parte das concessionárias com o objetivo de revisar as tarifas, reajustá-las, ou ainda impedir sua redução ou obstar sua cobrança - estas determinadas por ato de autoridade ou nos autos de ações consumeristas ou civis públicas.
- (iv) O **quarto** grupo versa sobre a extinção dos contratos de concessão de saneamento por decurso do prazo e o direito das concessionárias de receber a indenização devida pelos investimentos realizados antes da assunção dos serviços pelo poder concedente.

De se esclarecer que entendemos relevante proceder à análise dos conflitos mais reiteradamente judicializados porque possibilitam melhor aferir o posicionamento dos tribunais superiores acerca deles, permitindo constatar com maior segurança, *v.g.*, se há ou não coerência entre decisões que julgam conflitos fundamentados em fatos semelhantes, mas relativos a setores distintos de serviços. Isto é, permitem constatar se as peculiaridades de cada setor são, de alguma forma, levadas em conta pelos tribunais superiores. Quanto aos conflitos que envolvem questões atinentes à fixação de tarifas - sejam eles decorrentes de ações ajuizadas pelo Ministério Público, por categoria de usuários, pelas próprias concessionárias ou poderes concedentes - foram considerados relevantes pela simples razão de que constituem, as tarifas, o âmago da remuneração das concessionárias. Por outro lado, aqueles conflitos que são recorrentes apenas em um determinado setor de serviço, exatamente por serem recorrentes foram considerados relevantes, mas serão examinados separadamente, na medida em que se referem a um só setor de serviço, como o de saneamento.

As decisões proferidas nas ações consumeristas coletivas e individuais acima referidas, por abordarem o direito ao equilíbrio econômico-financeiro bem como o respeito aos contratos apenas de forma reflexa, isto é, para decidir direitos invocados pelos consumidores relativamente a assuntos atinentes à prestação dos serviços propriamente dita, não serão analisadas separadamente, mas ao longo do exame dos grupos de conflitos eleitos, sempre que pertinente.

No que diz respeito a estes conflitos - aos eleitos para análise pormenorizada no capítulo seguinte - a pesquisa foi refinada e atualizada no mês de fevereiro, mas foram encontradas muito poucas decisões que ainda não haviam sido localizadas utilizando as expressões de busca mencionadas. Será a partir da análise destes conflitos que comprovaremos as hipóteses de pesquisa objeto deste trabalho. É importante deixar claro que não pretendemos fazer um exame crítico da atuação dos tribunais, mas tão somente tentar compreendê-la, para, a partir daí, extrair conclusões. Esta, portanto, é a tarefa do próximo capítulo. Antes de passar a ele, um último esclarecimento: como visto acima, a pesquisa de jurisprudência foi realizada utilizando-se, como expressão de busca, dentre as formas de delegação de serviço, apenas a “concessão”. Todavia, a pesquisa localizou, no setor de transportes

coletivos, precedentes envolvendo permissões. Isto já era de se esperar pois, em razão da já referida desnaturação do instituto da permissão¹⁰⁸, vários são os conflitos em que as empresas sustentam tratar-se seu vínculo de concessão e não de permissão. Assim, no setor de transporte coletivo utilizaremos, daqui em diante, a expressão “delegatária” para se referir às empresas. Nos demais setores, não há conflitos quanto à natureza do vínculo, se concessão ou permissão.

¹⁰⁸ Capítulo 1, item 1.3, infra.

CAPÍTULO IV - A ANÁLISE DAS DECISÕES

4.1 AÇÕES DE INDENIZAÇÃO DECORRENTE DE DEFASAGEM TARIFÁRIA

As ações pleiteando indenização com fundamento em defasagem tarifária envolvem dois setores de serviços: o setor de transporte coletivo¹⁰⁹ e o setor de transporte aéreo.

Relativamente ao setor de **transporte coletivo**, as ações reiteradamente decididas pelos tribunais superiores¹¹⁰ têm como partes, de um lado, como requerentes, as empresas delegatárias do serviço sediadas no estado de Minas Gerais, e de outro, o respectivo poder concedente, no caso o estado de Minas Gerais e o Departamento de Estradas e Rodagens do Estado – DER/MG.

O serviço público de transporte coletivo foi delegado a estas empresas antes da vigência da CF/88. A delegação se fizera **sem licitação**, por meio de instrumentos que qualificavam o vínculo como permissão e pouco dispunham sobre a forma e condições para prestação dos serviços, direitos e deveres das partes, critérios para reajuste e revisão das tarifas¹¹¹. Tais instrumentos limitavam-se a definir a linha a ser explorada, o respectivo itinerário, o número de ônibus a serem obrigatoriamente utilizados, e a submissão a regulamentos públicos. Enfim, as cláusulas minimamente necessárias a um contrato de concessão, assim

¹⁰⁹ Além destas ações de indenização fundadas em defasagem tarifária, há outras poucas ações de indenização estabelecidas entre as delegatárias de transporte coletivo e respectivo poder concedente. Do STF mencionamos o AgRg. no RE 388.606-1/SP, DJ 29.11.05, que trata de ação de indenização por prejuízos decorrentes do fim da delegação do serviço. Do STJ mencionamos as decisões monocráticas proferidas no Agravo de Instrumento n. 576.697/RS, DJ 01.07.2004; e no REsp. 362.816/ES, DJ 30.09.2002. Neste, a delegatária de transporte coletivo objetivava indenização em razão de fixação da tarifa em valor abaixo do pactuado. A ação foi julgada procedente nas instâncias ordinárias, tendo a decisão sido mantida pelo STJ por razões processuais. No Agravo, a delegatária pleiteava ressarcimento de valores pagos a título de pedágio e que não estavam previstos no Edital de Licitação.

¹¹⁰ Principalmente o STJ, pois, como veremos, os recursos extraordinários não chegam ao STF, vez que inadmitidos. Localizamos apenas um, que está pendente de julgamento.

¹¹¹ Para se ter uma idéia, a cláusula referente às obrigações das delegatárias dispunha genericamente apenas o seguinte: “CLÁUSULA QUINTA – OBRIGAÇÕES DA PERMISSIONÁRIA. A permissionária obriga-se a cumprir as disposições do Regulamento do Serviço Regular de Transporte Coletivo por Ônibus da Região Metropolitana de Belo Horizonte, resoluções, normas e ordens de serviços emanadas da PERMITENTE.”

consideradas, pelo menos, aquelas hoje previstas na Lei 8987/95, art. 23¹¹², não constavam destes instrumentos. Com relação às tarifas, previa-se apenas que sua fixação era de competência do Poder Público, a quem cabia a apuração do custo e receita totais do sistema¹¹³. Esses negócios jurídicos se estenderam por longo prazo, tendo sido prorrogados após a CF/88, estando alguns vigentes até a presente data.

A controvérsia¹¹⁴ envolve o direito das empresas de receber indenização por prejuízos que alegaram ter sofrido em decorrência de tarifas deficitárias impostas ao setor, eis que fixadas em bases inferiores aos custos para a execução do serviço, ocasionando o desequilíbrio econômico-financeiro do ajuste firmado. As razões do pedido não se apoiaram em cláusulas contratuais, mas tão somente na doutrina da vedação da quebra do equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo, especificamente nas regras dos arts. 55, II, “d”, do Decreto-lei 2.300/86, e 58, I, § 2º e 65, II, “d”, todos da Lei 8.666/93.

A primeira decisão proferida acerca deste conflito pelos tribunais superiores foi julgada em 2000 pelo Superior Tribunal de Justiça¹¹⁵. Reformando a decisão recorrida, que havia negado provimento ao pleito sob o fundamento de que a regra

¹¹² “Art. 23. São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas: I - ao objeto, à área e ao prazo da concessão; II - ao modo, forma e condições de prestação do serviço; III - aos critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros definidores da qualidade do serviço; IV - ao preço do serviço e aos critérios e procedimentos para o reajuste e a revisão das tarifas; V - aos direitos, garantias e obrigações do poder concedente e da concessionária, inclusive os relacionados às previsíveis necessidades de futura alteração e expansão do serviço e conseqüente modernização, aperfeiçoamento e ampliação dos equipamentos e das instalações; VI - aos direitos e deveres dos usuários para obtenção e utilização do serviço; VII - à forma de fiscalização das instalações, dos equipamentos, dos métodos e práticas de execução do serviço, bem como a indicação dos órgãos competentes para exercê-la; VIII - às penalidades contratuais e administrativas a que se sujeita a concessionária e sua forma de aplicação; IX - aos casos de extinção da concessão; X - aos bens reversíveis; XI - aos critérios para o cálculo e a forma de pagamento das indenizações devidas à concessionária, quando for o caso; XII - às condições para prorrogação do contrato; XIII - à obrigatoriedade, forma e periodicidade da prestação de contas da concessionária ao poder concedente; XIV - à exigência da publicação de demonstrações financeiras periódicas da concessionária; e XV - ao foro e ao modo amigável de solução das divergências contratuais.”

¹¹³ No que diz respeito à remuneração, o denominado termo de permissão dispunha na Cláusula Quarta: “A remuneração dos serviços ora permitidos levará em conta a metodologia de cálculo e parâmetro em vigor, sendo feita de acordo com os indicadores constantes da Planilha de Custos aprovada pelo Conselho Deliberativo da Região Metropolitana de Belo Horizonte através da Deliberação n. 049/84, de 31 de outubro de 1984.”

¹¹⁴ De se registrar que esta controvérsia tratada neste item foi objeto de parecer do Professor Caio Tácito, em estudo em que analisou a situação das prestadoras de serviços públicos de transporte coletivo na região metropolitana de Belo Horizonte, tendo concluído pelo seu direito ao reequilíbrio. TÁCITO, Caio. *Temas de Direito Administrativo*. 2ªed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

¹¹⁵ REsp. n. 120.113-MG, DJ 14.08.2000.

do equilíbrio financeiro não se aplicaria às permissões de serviços públicos, mas somente às concessões, o STJ proferiu julgamento favorável à empresa delegatária, afirmando que *“o credenciamento da empresa privada para executar serviço de transporte, a título permanente e a prazo certo traduz concessão, não singela permissão”*. Acrescentou, ainda, que o restabelecimento do equilíbrio financeiro também se aplica às permissões de serviço, cuja diferença da concessão encontra-se apenas na precariedade daquela.

Ocorre que, depois deste primeiro julgamento, a jurisprudência do STJ firmou-se em sentido contrário. A pesquisa realizada localizou 17 acórdãos, todos mantendo as decisões recorridas, proferidas pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais desfavoravelmente às empresas. Em alguns deles o STJ assentou que, embora a relação jurídica mantida entre as partes configurasse, na verdade, uma concessão de serviço público, em razão da **inexistência de licitação prévia à outorga**, a contratação era inválida, não ensejando, pois, direito ao reequilíbrio. Consignou o STJ que *“realizada a concessão sem o procedimento licitatório exigido, incide a nulidade prevista no art. 4º, III, ‘a’ da Lei 4717/65, afastando da concessionária o direito à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro”*¹¹⁶.

Em outros, aduziu que, independentemente da natureza da outorga (concessão ou permissão), inexistente direito à indenização, **pois mesmo para a outorga de permissão seria indispensável a licitação**. Nestes acórdãos, sustentou o STJ que a licitação era obrigatória também em período anterior à Constituição para as permissões e concessões de serviços¹¹⁷.

Noutros recursos especiais o STJ, além de consignar ser “indispensável a ocorrência de prévio procedimento licitatório para que se possa cogitar de indenização aos permissionários de serviço público de transporte coletivo em razão de tarifas deficitárias”, acrescentou, ainda, que “a mera permissão de serviço

¹¹⁶ Este o entendimento verificado no REsp. n. 403.905/MG, DJ 06.05.2002; e REsp. 341.575/MG, DJ 23.09.2002.

¹¹⁷ REsp. 443.796/MG, DJ 03.11.2003; REsp. 406.712/MG, DJ 18.08.2006; REsp. 739.987/MG, DJ 20.09.2005; REsp. 839.111/MG, DJ 11.10.2007.

público, ato precário e unilateral da Administração Pública, não gera direito à pretendida equivalência patrimonial [...]”¹¹⁸

Ou seja, nestes julgados o STJ considerou qualificar-se o vínculo como permissão de serviço, não sendo a ela aplicável (à permissão) a garantia do equilíbrio econômico-financeiro.

Em outros mais¹¹⁹, o STJ negou seguimento aos recursos sob o argumento de que o seu julgamento reclamava reexame do conjunto probatório bem como das cláusulas contratuais, o que é inviável em sede de recurso especial e, ainda, por faltar prequestionamento da questão federal envolvida. Nestes acórdãos o STJ assinalou que a verificação da natureza da delegação de serviço de transporte público – se permissão simples, permissão qualificada ou concessão – demandaria a apreciação de cláusula contratual e do contexto fático-probatório da causa. Desta forma, foram mantidas as decisões do Tribunal de Justiça de Minas Gerais que, após analisar a natureza jurídica da delegação do serviço, afirmou tratar-se de mera permissão, caracterizada pela unilateralidade e precariedade, não alcançada pelo princípio do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos. Invocando razões processuais, portanto, as decisões da origem, que negavam provimento ao pleito das empresas, foram mantidas.

Houve, ainda, decisões¹²⁰ em que o STJ, afirmando que o vínculo caracterizava-se como um *“negócio jurídico bilateral administrativo atípico”*, reconheceu que ele se sujeitaria, sim, *“ao princípio determinante do respeito ao equilíbrio econômico-financeiro do ajuste”*, mesmo não tendo ocorrido licitação prévia para a outorga. Entretanto, negou a indenização pleiteada por entender que *“não restou comprovado (conforme reconhecido pelo Tribunal de Justiça de Minas Gerais) o desequilíbrio econômico-financeiro na execução do negócio jurídico firmado entre as partes”* e que a alteração da decisão ensejaria reexame de prova, vedado em sede de recurso especial.

¹¹⁸ REsp. n. 751.147/MG, DJ 25.08.2006; REsp. n. 410.367/MG, DJ 02.12.2002; e REsp. n. 400.007/MG, DJ, 07.04.2003.

¹¹⁹ AgRg. no REsp. n. 437.620/MG, DJ 01.07.2004; REsp. 331.073/MG, DJ 04.02.2002; AgRg. no REsp. 327.212/MG, DJ 22.10.2001; AgRg. no REsp. 431.424/MG, DJ 08.09.2003.

¹²⁰ REsp. 883.161/MG, DJ 08.03.2007; REsp. 821.008/MG, DJ 02.10.2006; AgRg. no AI n. 668.974, DJ 15.08.2005.

Vê-se então que o STJ, depois de um primeiro julgamento em que reconheceu o direito das delegatárias do serviço de transporte coletivo a serem indenizadas para restabelecer o equilíbrio contratual, passou a negar tal direito, com fundamento em argumentos diversos e até mesmo incoerentes entre si, quais sejam: (i) inexistência de licitação prévia à outorga, seja ela qualificada como concessão ou permissão; (ii) caracterização do vínculo com permissão, ao qual não se aplica a garantia do equilíbrio financeiro, eis que unilateral e precário; (iii) óbices processuais ao exame da natureza do vínculo bem como da comprovação do desequilíbrio econômico-financeiro alegado.

É verdade que dentre estes vários argumentos, o mais recorrente para negar o pleito das empresas foi a **ausência de licitação para a outorga dos serviços**, tornando, pois, nulo o vínculo. De qualquer forma, fato é que não se verifica uma linha coerente na argumentação do STJ, embora os resultados de todas as decisões seja o de negar o direito pleiteado pelas prestadoras dos serviços de transporte coletivo.

No STF localizamos apenas um recurso extraordinário acerca desta controvérsia, o qual foi admitido e encontra-se pendente de julgamento¹²¹.

Com relação às delegações do serviço de **transporte aéreo** à iniciativa privada, o conflito estabelecido entre as empresas prestadoras do serviço e o poder concedente, no caso a União, também tem como causa de pedir alegada defasagem tarifária suportada pelas empresas. VASP, TAM, VARIG e TRANSBRASIL ajuizaram ação de indenização em face da União sustentando, em síntese, que houve quebra do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão decorrente da defasagem do valor das tarifas, decorrente de sua fixação em bases inferiores aos aumentos dos custos, e também do seu congelamento durante o Plano Cruzado, instituído pelo Decreto-Lei 2.284/86. Isto é, defenderam que os prejuízos teriam sido

¹²¹ Da decisão de admissão do recurso se extrai: “O tema trazido pelo RE – manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos, ainda que estes sejam nulos, por terem sido firmados sem realização de concurso público, sob pena de enriquecimento ilícito do Estado - ainda não foi apreciado pelo Supremo Tribunal Federal. Dou provimento ao agravo.” (Agravo de Instrumento n. 574.845/MG, DJ 7.02.2006) Este Agravo foi reautuado como RE n. 483.379, o qual está apenso ao RE n. 417.040. A última movimentação no andamento destes processos data de 11.09.2007, conforme consulta realizada em 03.03.2009.

causados pela imposição do congelamento tarifário num ambiente de custos não controlado e que isto vinha acontecendo desde março de 1985, quando o Ministério da Fazenda, através da Secretaria Especial de Abastecimento de Preços – SEAP, assumira o controle das tarifas aéreas em desacordo com o que dispunha a Código Brasileiro de Aeronáutica, Lei 7.565/68, e o contrato de concessão, que atribuía ao Departamento de Aviação Civil - DAC, vinculado ao Ministério da Aeronáutica, tal competência.

Impõe-se esclarecer que a delegação do serviço de transporte aéreo a tais empresas se deu por Decreto, sem a realização de prévia licitação. Relativamente às empresas VARIG, VASP e TRANSBRASIL, a concessão foi outorgada via o Decreto n. 72.898/73 e prorrogada pelo Decreto 95.910/88. Foram firmados ajustes denominados de concessão, mas que assim como os denominados “termo de permissão” celebrados pelas empresas de transporte coletivo, pouco dispunham sobre as condições de prestação do serviço e formas de restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro. A única disposição contratual invocada para fundamentar o pedido foi o parágrafo único da cláusula XI, que delegava ao DAC a fixação das tarifas, que deveria se dar *“tendo em vista os fatores de custo, para ser economicamente viável a operação [...]”*¹²².

Como se vê, os pleitos das delegatárias do serviço de transporte aéreo são bastante semelhantes aos das delegatárias de transporte coletivo, assim como as circunstâncias em que são celebrados os ajustes no que toca à **ausência de licitação**. Com efeito, ambos têm como causa de pedir a alegada defasagem tarifária, decorrente de tarifas insuficientes para suportar os custos dos serviços, e os vínculos foram estabelecidos sem licitação. Ocorre que à ação interposta pela TRANSBRASIL, já julgada pelo STJ¹²³ e STF¹²⁴, que confirmaram a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça, foi dado provimento, tendo a União sido condenada ao pagamento de indenização milionária. O prejuízo alegado foi julgado

¹²² A mencionada cláusula XI dispunha: “As tarifas a serem aplicadas deverão ser fixadas pelo DAC tendo em vista os fatores de custo, para ser economicamente viável a operação, e tanto quanto possível, as condições econômicas da região servida pelas linhas, de forma que o intercâmbio comercial dos produtos desta região e dos artigos de seu consumo básico seja progressivamente aumentado em benefício da região.”

¹²³ REsp. n. 32.534-5/DF, DJ 30.09.96

¹²⁴ RE n. 183.180-4/DF, DJ 01.08.97

comprovado pelas instâncias ordinárias e decorrente de atos comissivo (congelamento dos preços) e omissivo (negativa de reajustar as tarifas) do poder concedente, causadores da ruptura do equilíbrio econômico-financeiro. A ação interposta pela VARIG, ainda pendente de julgamento no STF, já foi julgada pelo STJ¹²⁵ que, da mesma forma, confirmou a decisão do Tribunal de Justiça, mantendo a condenação imposta à União¹²⁶.

Em nenhuma destas decisões, a inexistência de licitação prévia à outorga foi, sequer, mencionada. A discussão em torno da invalidade da outorga, que decorreria da falta de licitação, em nenhuma das instâncias ordinárias e extraordinárias foi levantada. Quanto à discussão em torno da natureza do vínculo (se concessão ou permissão), o argumento do poder concedente de que as empresas aéreas se tratavam, na verdade, de empresas permissionárias de serviço público e não de concessionárias¹²⁷, de forma que a elas não era garantido o direito ao reequilíbrio, foi enfrentado pelos tribunais superiores, que sustentaram caracterizar-se o vínculo como concessão. O STF limitou-se a afirmar, sem discorrer sobre o conteúdo das obrigações impostas às empresas, que a outorga havia sido realizada com base no art. 8, XV, “c”¹²⁸, da CF/67 (Emenda n. 01 de 1969), e depois prorrogada com base no art. 180¹²⁹ do Código Brasileiro de Aeronáutica, Lei 7565/86, dispositivos que expressamente prescrevem que a exploração dos serviços aéreos depende de concessão.

O que poderia, então, justificar a diferença de tratamento dispensado às empresas aéreas relativamente às empresas de transporte coletivo da região metropolitana de Minas Gerais? Por que a ausência de licitação não foi levantada como argumento a impedir a aplicação do princípio do equilíbrio

¹²⁵ REsp. n. 628.806-DF, DJ 21.02.2005

¹²⁶ As ações da TAM e da VARIG ainda não chegaram aos tribunais superiores para julgamento do mérito.

¹²⁷ Veja trecho da alegação da União no Recurso Extraordinário contra a Transbrasil: “Ora, se o transporte coletivo, federal, estadual ou municipal, é facultado mediante permissão, não há como se entender como o transporte aéreo não o seja. Quer por ônibus, por avião, por trem ou por navio, o que há é transporte de passageiros, sendo idênticos para todos eles o tratamento jurídico”.

¹²⁸ “Art. 8º Compete à União: [...] XV - explorar, diretamente ou mediante autorização ou concessão: [...] c) a navegação aérea.”

¹²⁹ Art. 180. A exploração de serviços aéreos públicos dependerá sempre da prévia concessão, quando se tratar de transporte aéreo regular, ou de autorização no caso de transporte aéreo não regular ou de serviços especializados.

econômico-financeiro às empresas do setor aéreo? Por que os tribunais não entenderam que dependeria de reexame de prova ou de interpretação contratual a verificação da natureza do vínculo, se concessão ou permissão? Será que por trás desta incoerência entre os fundamentos jurídicos utilizados nas decisões, há alguma razão não revelada explicitamente pelo Judiciário?

Relativamente ao setor de transporte coletivo, a leitura dos acórdãos proferidos nas ações de indenização propostas evidencia uma desconfiança, pelo Judiciário, das alegações das empresas delegatárias. Assim é que nos acórdãos há passagens das quais se induz a ausência de proteção jurídica inclusive em virtude de uma atuação de má-fé das empresas, eis que a contratação sem licitação configuraria infração à ordem jurídica, não se podendo cogitar que as empresas atuantes no setor desconhecêssem tal ilicitude. Confira-se o seguinte trecho, extraído de um dos acórdãos, que deixa muito claro o que se diz¹³⁰:

Aliás, a se aceitar a tese sustentada pela apelante, **haveria primeiramente de se pressupor sua boa-fé quando da avença dos instrumentos que arrimam sua pretensão, mas, todavia, não me parece crível que ela desconhecêsse a ilicitude das permissões de serviço público que lhe foram deferidas.** A uma, porque demonstrou que sabe procurar uma assistência jurídica de alto nível quando entende necessário, e somente por um exercício de ingenuidade poder-se-ia pensar que não procedeu da mesma forma à época da contratação e posterior prorrogação de suas permissões de serviço público. (grifo nosso)

A duas, porque não se me afigura razoável crer que empresários estabelecidos nesta espécie de empreendimento não disponham de informações como estas, vitais para o desenvolvimento de suas atividades. E a três, porque a alegação de desconhecimento da lei não escusa ninguém de cumpri-la (art. 3º, LICC), razão pela qual eventual omissão da recorrente não a socorreria.

Neste sentido, a escorreita lição de Marçal Justen Filho ao afirmar, em comentário ao art. 59, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93, que: "A boa-fé do terceiro se caracteriza quando não concorreu, por sua conduta, para a concretização do vício ou quando não teve conhecimento **(nem tinha condições de conhecer)** de sua existência. **O particular tem o dever de**

¹³⁰ O trecho citado, extraído do REsp. 403.905-MG, refere-se ao voto proferido pelo Desembargador Páris Peixoto Pena, do TJMG, no acórdão recorrido, voto transcrito no acórdão do Recurso Especial e adotado como razão de decidir pelo Ministro José Delgado. Ver ainda, REsp. 739.987/MG, Resp. 410.367-MG, REsp. 400.007-MG.

manifestar-se acerca da prática de irregularidade. Verificando o defeito, ainda que para ele não tenha concorrido, o particular deve manifestar-se.” Se não o fizer, atuará culposamente. Não poderá invocar boa-fé para o fim de obter indenização ampla.

Também houve referência nos acórdãos - o que mais uma vez demonstra a desconfiança do Judiciário no que se refere às alegações das empresas - a que, se a situação concreta tivesse sido, de fato, desfavorável ao interesse das delegatárias, caberia a elas a faculdade de interromper a execução contratual. Ao manterem sua atuação, estaria evidenciada alguma forma de concordância tácita com o valor das tarifas. Vale citar de uma das decisões o seguinte excerto¹³¹:

A duas, porque, diante da alegada situação de desequilíbrio econômico-financeiro, assistia às apelantes o direito de reclamar junto à Administração Pública, pleiteando a recomposição dos valores das tarifas de transporte. Não o fazendo é de se considerar que aceitaram tacitamente as tarifas. **Ressalte-se, ainda, que era facultado às recorrentes denunciarem a permissão, não sendo obrigadas a continuarem prestando os serviços que, segundo afirmam, lhes acarreta grandes prejuízos.**

A três, porque, caso as apelantes não estivessem de acordo com os valores devidos pelo serviço prestado, poderiam recorrer ao agente executor da Câmara de Compensação Tarifária, havendo o mesmo de se pronunciar dentro de 30 (trinta) dias da interposição do recurso (art. 24, § 5º, Portaria 1562 - 03/07/2000, fl. 65). **A mim, data venia, não me parece juridicamente sustentável o procedimento das apelantes de aceitarem as tarifas, que alegam terem sido defasadas desde 1996, sem qualquer manifestação expressa de inconformismo, para depois virem ao Judiciário alegando prejuízos que sequer comprovaram com a inicial.** (grifos nossos)

Uma outra circunstância que poderia ser levantada como indício de comportamento oportunista é que apenas após a primeira decisão proferida em 2000¹³², favoravelmente à empresa, é que se seguiram as demais ações, mais de 15, interpostas quase que simultaneamente.

¹³¹ Extraído da decisão monocrática proferida no Agravo de Instrumento n. 668.974/MG, DJ 12.05.2005, interposta contra a decisão que inadmitiu o REsp. da empresa. O trecho é parte do voto do Desembargador Eduardo Andrade, proferido no acórdão recorrido, o qual foi transcrito no Agravo pelo Ministro José Delgado.

¹³² REsp. 120.113/MG, DJ 14.08.2000.

O que se vê, portanto, é que os tribunais superiores, ao manterem as decisões do TJMG, parecem ter considerado os pleitos das empresas maliciosos, tendo elas agido de forma oportunista, o que, de fato, não é difícil de se supor tenha ocorrido. Com efeito, como dito acima, os denominados “termos de permissão”, que regulavam as condições da outorga, eram genéricos e não estabeleciam, de forma clara e precisa, os critérios com base nos quais as tarifas seriam calculadas.

Vale observar que, consoante visto no Capítulo 2 *infra*, a falta de clareza com relação a quais são, exatamente, os termos da equação financeira do contrato, para fins de restauração do equilíbrio, aumenta o nível de arbítrio das partes, permitindo comportamentos oportunistas. Em casos como o presente, pode-se afirmar que concorre, ainda, para a adoção de tal comportamento pelas delegatárias o fato de que o Poder Público geralmente não tem todas as informações necessárias para conhecer a realidade de custos e receitas da operação.

Ademais, como salientam José Claudio Linhares Pires e Maurício Serrão Piccinini, no setor de transportes, “a regulamentação, principalmente nos âmbitos estadual e municipal, é bastante precária”, o que gera “situações de condução política dos reajustes e revisões das tarifas”¹³³. Noutras palavras, o setor de transporte coletivo tem o histórico de ser conduzido de maneira muito informal, isto é, eventuais alterações das condições inicialmente pactuadas são ajustadas entre as partes, sem respaldo em previsão legal ou contratual certa e objetiva. Tal situação gera insegurança nas partes envolvidas e, como se vê pelas decisões aqui mencionadas, no Judiciário que, para rejeitar os pleitos, acabou valendo-se de argumentos contraditórios e incoerentes, cujos efeitos são nocivos na medida em que geram insegurança jurídica.

Já no que diz respeito aos pleitos das concessionárias de transporte aéreo, embora as delegações do serviço às empresas também tenham sido formalizadas por instrumentos incompletos, nos termos do Código Brasileiro de Aeronáutica, o setor de transporte aéreo era regulado pelo DAC - vinculado ao Ministério da Aeronáutica -, responsável pela disciplina e organização do setor, cujas ações

¹³³ PICCININI, Serrão Maurício; PIRES, José Claudio Linhares. *A Regulação dos Setores de Infra-Estrutura no Brasil*. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/conhecimento/livro/eco_90_07.pdf>.

deveriam estar pautadas pela lei. O controle e fixação de tarifas competia a ele, embora estivesse sendo realizado pelo Ministério da Fazenda, através da Secretaria Especial de Abastecimento de Preços - SEAP.

Ademais, nas ações foi produzida prova pericial que concluiu pela existência do desequilíbrio e em todos os acórdãos são citados trechos de pronunciamentos do então Ministro da Aeronáutica¹³⁴, do Diretor Geral do Departamento de Aviação Civil do Ministério da Aeronáutica¹³⁵ e da Comissão de Fiscalização e Controle da Câmara dos Deputados¹³⁶, todos afirmando a existência de prejuízo suportado pelas empresas aéreas, o que contribuiu para a formação do convencimento dos

¹³⁴ Na Exposição de Motivos n. 019-GM5, dirigida ao Presidente da República, o então Ministro da Aeronáutica acentuou: "[...] solicito o especial interesse de Vossa Excelência, Senhor Presidente, para que, com respaldo na Lei 7.565, de 19 de dezembro de 1986 (Código Brasileiro de Aeronáutica), seja restabelecida, de imediato, a política de absoluto realismo tributário, atribuindo exclusivamente ao Ministério da Aeronáutica a responsabilidade para fixação, reajuste e aplicação de Tarifas Aéreas Domésticas, [...] sob pena da indústria de transporte aéreo do País, até então reconhecida internacionalmente por sua eficácia e segurança, ser levada à ruína [...]."

¹³⁵ O Diretor Geral do Departamento de Aviação Civil: "Para iniciarmos uma prospecção econômico-financeira na indústria do transporte aéreo, vamos examinar os resultados de balanço dos últimos 5 anos. Podem ser percebidos de imediato os prejuízos de 1987 e 1988 (acrescente-se o atual exercício, que já é irremediável). Esta situação é preocupante e requer atenção urgente do Poder Público. Entre as graves consequências possíveis, inclui-se a desestruturação do setor, o sucateamento do parque industrial e o comprometimento da segurança das operações. Segundo afirmou a grande maioria dos participantes em seus depoimentos, o desempenho econômico das empresas de transporte aéreo regular passou a ser particularmente prejudicado a partir do momento em que o Ministério da Fazenda, através da Secretaria Especial de Abastecimento e Preços - SEAP, que assumira o controle das Tarifas Aéreas Domésticas desde 15.03.85, deixou de autorizar o repasse integral e imediato dos agravamentos do custo operacional das empresas para as tarifas. A partir de então, instalou-se uma crescente defasagem entre a inflação dos custos e os reajustes das tarifas, situando estes últimos sempre abaixo dos primeiros, e autorizados a posteriori."

¹³⁶ A Comissão de Fiscalização e Controle da Câmara pontificou em seu relatório: "[...] Foi demonstrado nesta Comissão que a atividade do Transporte Aéreo Regular Doméstico tem, historicamente, operado com restrita margem de rentabilidade, quando não sofreu prejuízos operacionais como ocorreu com toda a indústria - VARIG/CRUZEIRO, VASP E TRANSBRASIL - nos 4 primeiros anos desta década e principalmente nos 3 últimos exercícios, 1987, 88 e até o período apurado de 1989, registrou prejuízos vultosos de balanço, em níveis jamais antes atingidos. Esse quadro alarmante foi abordado com ênfase pelo Exmo. Sr. Diretor Geral do Departamento de Aviação Civil do Ministério da Aeronáutica, que assim se manifestou em seu depoimento: "para iniciarmos uma prospecção econômico-financeira na indústria do transporte aéreo, vamos examinar os resultados de balanço dos últimos 5 anos. Podem ser percebidos de imediato os prejuízos de 1987 e 1988 (acrescente-se o atual exercício, que já é irremediável). Esta situação é preocupante e requer atenção urgente do Poder Público. Entre as graves consequências possíveis, inclui-se a desestruturação do setor, o sucateamento do parque industrial e o comprometimento da segurança das operações. Segundo afirmou a grande maioria dos participantes em seus depoimentos, o desempenho econômico das empresas de transporte aéreo regular passou a ser particularmente prejudicado a partir do momento em que o Ministério da Fazenda, através da Secretaria Especial de Abastecimento e Preços - SEAP, que assumira o controle das Tarifas Aéreas Domésticas desde 15.03.1985, deixou de autorizar o repasse integral e imediato dos agravamentos do custo operacional das empresas para as tarifas. A partir de então, instalou-se uma crescente defasagem entre a inflação dos custos e os reajustes das tarifas, situando estes últimos sempre abaixo dos primeiros, e autorizados a posteriori [...]."

juízes. É o que se extrai do voto do desembargador federal relator da apelação referente à ação interposta pela Transbrasil, transcrito no RE. Após citar trechos dos pronunciamentos das autoridades mencionadas, ele concluiu:

Como visto, a quebra da equação financeira do contrato de concessão de transporte aéreo, conseqüente da defasagem tarifária, foi proclamada, à unanimidade, pelas três fontes que serviram de embasamento à sentença apelada, sendo, por isso, patente o prejuízo sofrido pela Transbrasil.

Ou seja, o próprio Ministério da Aeronáutica, a quem cabia reajustar as tarifas nos termos do Código Brasileiro de Aeronáutica, confirmara a ocorrência de defasagem tarifária.

Tem-se, portanto, que a existência de uma lei federal regendo a delegação do serviço bem como de um órgão vinculado ao Ministério da Aeronáutica encarregado de sua regulação, o qual, até mesmo, se manifestou a favor das empresas aéreas, parece ter feito a diferença para o Judiciário, podendo-se daí concluir que foi a ausência de qualquer regulação minimamente confiável, seja legal seja contratual, que dificultou a proteção do equilíbrio econômico-financeiro das delegatárias de transporte coletivo de Minas Gerais, gerando desconfiança nos tribunais.

E, confirmando esta conclusão, ressaltamos decisão proferida pelo STJ¹³⁷ em pleito de indenização interposto por delegatária de transporte coletivo objetivando restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Tal pleito se fundou em disposições contratuais expressas, que garantiam o direito da delegatária. O STJ, então, fez valer as cláusulas contratuais protegendo a equação financeira inicialmente estabelecida¹³⁸.

¹³⁷ Agravo de Instrumento n. 576.697/RS, DJ 01.07.2004.

¹³⁸ No Agravo de Instrumento 576.697, o STJ manteve a decisão do tribunal ordinário negando provimento ao agravo sob o fundamento da falta de pré-questionamento dos dispositivos federais alegados como violados. Tratavam os autos de ação interposta por concessionária de serviços de transporte intermunicipal de passageiros contra o poder concedente, requerendo o ressarcimento dos valores pagos a título de pedágio em determinada rodovia, mas que não estavam previstos no edital de licitação e respectivo contrato. A sentença julgou a ação procedente, tendo sido confirmada pelo tribunal de origem, de cujo acórdão se extrai o seguinte trecho, citado no Agravo: "O Poder Judiciário não está determinando a revisão de tarifas, mas corrigindo uma situação criada pela instituição do pedágio, ao qual se sujeitou a apelada e que ocasionou um desequilíbrio econômico-financeiro do

4.2 AÇÕES CONTRA A IMPOSIÇÃO LEGAL DE REDUÇÃO TARIFÁRIA E PRESTAÇÃO GRATUITA DO SERVIÇO

Vários são os contratos de concessão surpreendidos por superveniente imposição legal ou unilateral de prestação do serviço gratuitamente ou de desconto para determinadas categorias de usuários, tais como idosos, deficientes físicos, carentes, estudantes, professores, entre outros. Contra tais atos normativos insurgem-se as concessionárias dos serviços, objetivando seja suspensa a imposição por desequilibrar a equação econômico-financeira inicialmente estabelecida e, muitas vezes, o próprio poder concedente, ajuizando ações diretas de inconstitucionalidade contra tais legislações.

Dentre as ações que versam sobre este conflito, a pesquisa realizada encontrou, no STJ, dez decisões, entre acórdãos e decisões monocráticas e, no STF, 11, incluídas as proferidas em ações diretas de inconstitucionalidade, que constituem a maioria, totalizando oito decisões. As outras três tratam-se de decisões monocráticas proferidas em lides estabelecidas entre concessionárias e poder concedente.

No STJ, a primeira decisão encontrada acerca deste assunto foi proferida em 1993¹³⁹. Tratavam os autos de mandado de segurança impetrado pelo Sindicato das Empresas de Transporte de Passageiros do município de Campos, alegando a inconstitucionalidade de lei municipal que havia assegurado a gratuidade de passagens aos **professores municipais**, nos transportes coletivos do município.

O STJ, apesar de, confirmando a decisão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, ter denegado a segurança, afastando a alegada inconstitucionalidade da lei e, mantendo a imposição de gratuidade, o fez, assim como o TJRJ, sob o fundamento de que a lei, embora tenha alterado unilateralmente o contrato de

contrato administrativo, que conduziu a um prejuízo financeiro da empresa concessionária, pois quando da contratação inexistia o pedágio, estando o Judiciário apenas a determinar o repasse de custos. O repasse do valor do pedágio aos custos da tarifa não representa afronta ao princípio da modicidade da tarifa, pois não se trata de reajuste de valor das tarifas de transporte, propriamente dito, mas de repasse de custos com o fim de evitar o prejuízo financeiro da empresa concessionária, que causou um desequilíbrio na relação jurídico-contratual.”

¹³⁹ Recurso em Mandado de Segurança n. 3161/RJ, DJ 11.10.1993.

concessão, agravando os encargos das concessionárias, previu a correspondente fonte de custeio com o aumento do itinerário concedido às linhas de ônibus e concessão de reajuste em índices superiores aos ditados pelo governo federal. Vê-se, pois, nitidamente, que a lei só não foi declarada inconstitucional porque entenderam os tribunais que não houve, no caso, alteração unilateral do contrato sem a correspondente fonte de custeio. O Ministro Relator do acórdão, Demócrito Reinaldo, salientou que, agindo o poder concedente como o fez, isto é, *“estabelecendo o ônus, mas com a prestação correspondente, mediante o aumento concreto do itinerário das linhas de transporte coletivo, no território do município e, ainda, com o reajuste das tarifas, não ocasionou prejuízo aos concessionários”*. Certo é que se poderia questionar se houve uma real adequação entre as perdas decorrentes da imposição legal e a compensação oferecida com o aumento concreto do itinerário das linhas. Este ponto foi até pontuado pelo Ministro Relator do acórdão, tendo ele salientado que tal apuração exigiria *“mais abrangente dilação probatória, incompatível com a feição célere e estreita do mandamus”*.

O fato é que entendeu o tribunal ter sido prevista a fonte de custeio para a gratuidade imposta, o que permite a afirmação de que, caso o ônus estabelecido às concessionárias não fosse acompanhado de qualquer fonte de custeio, muito provavelmente TJRJ e STJ teriam declarado a lei inconstitucional em respeito às condições inicialmente pactuadas entre poder concedente e concessionária, de forma a não onerar este sem a devida compensação.

No entanto, posteriormente a esta decisão, em 2002 e 2004, o STJ, ao julgar **quatro recursos** versando sobre o conflito em questão, manteve a imposição legal de ônus adicional à concessionária, sem a previsão da correspondente fonte de custeio. Dois destes recursos¹⁴⁰ - um interposto por delegatária de serviço público de transporte intermunicipal visando desonerar-se da obrigação, imposta por lei estadual, de transportar, gratuitamente, **servidores públicos militares e da polícia civil**, e o outro, interposto por delegatária de transporte coletivo municipal contra indeferimento de tutela antecipada requerida para suspender lei municipal que isentou os **estudantes** do pagamento de passagens -, por razões de ordem

¹⁴⁰ REsp. n. 362.938/MS, DJ 22.04.2002 e REsp. n. 622.442/RJ, DJ 30.03.2004.

processual, não foram sequer conhecidos, tendo prevalecido as decisões dos tribunais inferiores. Alegou o STJ que a apreciação dos recursos encontrava óbice nas súmulas 05/STJ¹⁴¹ e 280/STF¹⁴², o que pode ser interpretado até como um descaso do tribunal para com a proteção do equilíbrio econômico-financeiro das concessionárias nestes casos, questão que, sem dúvida, envolve direito federal. Tal posicionamento, contudo, não prevaleceu em julgados posteriores, conforme se verá adiante.

Quanto aos outros dois recursos, um foi interposto pelo Sindicato das Empresas de Transporte de Passageiros do Ceará com o objetivo de desobrigar suas associadas do cumprimento da lei estadual que concedeu gratuidade na passagem de ônibus a **deficientes físicos pobres**¹⁴³, e o outro pelo Sindicato das Empresas de Transporte de Passageiros de Nova Iguaçu, contra decisão que determinou ao Secretário de Transporte do RJ ordenar às empresas delegatárias que garantissem transporte gratuito aos **maiores de 65 anos**¹⁴⁴. De se registrar que a CF/88 demonstra preocupação específica com os **deficientes e idosos**, a eles fazendo referência em dispositivos específicos (Art. 24, XIV¹⁴⁵, 227, §2º, 230¹⁴⁶ e 244).

Assim é que, com relação ao primeiro recurso mencionado, foi mantida a imposição de gratuidade sob o argumento de que, diante do caso concreto, o princípio constitucional do amparo aos deficientes físicos prevalece sobre o princípio do equilíbrio econômico-financeiro¹⁴⁷. Este entendimento, contudo, não se confirmou

¹⁴¹ A simples interpretação de cláusula contratual não enseja recurso especial.

¹⁴² Por ofensa a direito local não cabe recurso extraordinário.

¹⁴³ Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 13.084-CE, DJ 01.07.2002.

¹⁴⁴ Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 14.865-RJ, DJ 11.11.2002.

¹⁴⁵ “Art. 24, XIV. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: XIV - proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência.”

¹⁴⁶ Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida. § 1º - Os programas de amparo aos idosos serão executados preferencialmente em seus lares. § 2º - Aos maiores de sessenta e cinco anos é garantida a gratuidade dos transportes coletivos urbanos.

¹⁴⁷ Vale a pena explicitar o seguinte trecho do voto do Ministro Relator José Delgado, porque bastante elucidativo: “Quanto à alegação de desequilíbrio da equação econômico-financeira do contrato administrativo, verifica-se que, de fato, se trata de princípio acolhido em âmbito constitucional. [...] Por outro lado, deduz-se dos diversos dispositivos constitucionais referidos anteriormente, a existência do princípio do amparo aos deficientes, igualmente consagrado na Carta Magna de 1988, merecendo tanta proteção quanto aquela conferida ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Diante do conflito de princípios constitucionais, é de aplicar-se o princípio da proporcionalidade, que predica que

em julgamentos posteriores, como se verá. No que diz respeito ao segundo recurso, o STJ manteve a ordem determinada ao Secretário de Transportes do Rio de Janeiro por entender que o art. 230 da CF/88, ao garantir, de forma expressa e direta, a gratuidade dos transportes coletivos urbanos aos maiores de 65 anos, impõe limites às concessões, os quais devem ser respeitados, sem admissão de oposição pela delegatária do serviço. Isto é, por constar a previsão de gratuidade da CF/88, as delegatárias não poderiam a ela se opor, entendimento este que veio a ser posteriormente ratificado pelo STF no julgamento da ADI 3768/2007, conforme será exposto adiante.

Saliente-se que, em ambos os acórdãos, o direito das concessionárias ao equilíbrio econômico-financeiro foi reconhecido. Contudo, o STJ pontificou que a concessionária tem a prerrogativa de buscar sua indenização por outras vias, devendo prevalecer os direitos dos idosos e dos deficientes, constitucionalmente tutelados. Ou seja, diante do confronto de direitos constitucionalmente tutelados, o STJ, nestes casos, optou por proteger aqueles que se referem aos usuários, por entender tratar-se de direitos fundamentais.

O que se verifica nestas quatro últimas decisões examinadas é que as imposições de ônus adicional aos concessionários, supervenientes às contratações, foram mantidas sem a previsão da correspondente fonte de custeio. Nos dois primeiros julgados, o STJ sequer entrou no mérito da questão. Nos dois últimos, fez prevalecer os direitos dos idosos e deficientes, fundamentando sua decisão na maior importância destes direitos em relação aos direitos econômico-financeiros das delegatárias de serviços.

Ocorre que as quatro decisões mais recentemente proferidas pelo plenário do STJ¹⁴⁸ evidenciam que tal posicionamento vem se alterando, tendo a Corte feito prevalecer o direito ao equilíbrio econômico-financeiro das delegatárias de serviços,

deve haver uma ponderação entre os valores constitucionalmente assegurados, almejando-se otimizar a eficácia dos direitos fundamentais, a despeito de haver, no caso concreto, um princípio prevalecente. [...] Diante da hierarquização de valores no caso concreto, prepondera indubitavelmente o princípio da proteção aos deficientes físicos. Os desfavores sociais de que tais pessoas são vítimas demandam resposta jurídica prioritária. Não se pode continuar a deixar a problemática da integração social dos deficientes em segundo plano.”

¹⁴⁸ Agravos Regimentais nas Suspensões de Segurança n. 1404/DF, DJ 06.12.2004; n. 1411/DF, DJ 06.12.2004; e n. 79/SP; DJ 29.08.2005; bem como no REsp. n. 677.872/PR, DJ 08.05.2006.

mesmo no caso em que os beneficiários das normas impondo gratuidade ou redução tarifária eram idosos ou deficientes.

Duas destas decisões foram proferidas em pedidos de Suspensão de Segurança¹⁴⁹ interpostos pelo Ministério Público e pela União, respectivamente, contra uma mesma decisão que havia suspenso a obrigatoriedade das associadas da ABRATI - Associação Brasileira de Transportes Terrestres de Passageiros, empresas de transporte rodoviário interestadual, de realizarem o transporte gratuito de **passageiros idosos carentes**, até a efetiva regulamentação de dispositivos do Estatuto do Idoso, Lei 10.741/2003¹⁵⁰.

O STJ indeferiu os pedidos, mantendo a suspensão da obrigatoriedade. E assim o fez em razão da inexistência de fonte de custeio instituída para cobrir o benefício concedido aos idosos carentes. Asseverou o Ministro Relator Edson Vidigal, no que foi acompanhado pelos demais integrantes da Corte Especial, que, apesar do caráter normativo dos Decretos e Resoluções editados com o intuito de regulamentar o benefício¹⁵¹, *“há matérias pendentes, como por exemplo, a fonte de custeio, que somente podem ser disciplinadas por lei, não o podendo por simples decreto regulamentar”*. Acrescentou, ainda, explicitando a preocupação com o respeito às condições dos contratos administrativos celebrados que,

se a gratuidade do transporte coletivo interestadual não estava prevista quando da contratação com as empresas prestadoras do serviço, recomenda a lei que seja feito um aditivo contratual como modo legal de estabelecer, mediante nova negociação, a forma de ressarcimento às empresas das despesas decorrentes do transporte gratuito assegurado pela lei. Imaginar o contrário, afirmar a possibilidade de que a lei pode impor à iniciativa privada uma ordem deste tipo é desafiar o

¹⁴⁹ Agravos Regimentais nas Suspensões de Segurança n. 1404/DF e 1411/DF, ambas DJ 06.12.2004.

¹⁵⁰ Os dispositivos que estariam pendentes de regulamentação são o art. 40, I, II e parágrafo único, c/c art. 115 que estabelecem: “Art. 40. No sistema de transporte coletivo interestadual observar-se-á, nos termos da legislação específica: I – a reserva de 2 (duas) vagas gratuitas por veículo para idosos com renda igual ou inferior a 2 (dois) salários-mínimos; II – desconto de 50% (cinquenta por cento), no mínimo, no valor das passagens, para os idosos que excederem as vagas gratuitas, com renda igual ou inferior a 2 (dois) salários-mínimos. Parágrafo único. Caberá aos órgãos competentes definir os mecanismos e os critérios para o exercício dos direitos previstos nos incisos I e II”. “Art. 115. O Orçamento da Seguridade Social destinará ao Fundo Nacional de Assistência Social, até que o Fundo Nacional do Idoso seja criado, os recursos necessários, em cada exercício financeiro, para aplicação em programas e ações relativos ao idoso.”

¹⁵¹ Decreto 5.130/04, alterado pelo Decreto 5.155/04 e Resoluções n.653/04 e 654/04 da ANTT.

contrato, ofender o ato jurídico perfeito protegido constitucionalmente.

É interessante observar que, nestas decisões, a alegação do Ministério Público de que os vínculos das delegatárias de transporte coletivo caracterizam-se como permissão, ato unilateral e precário, ao qual não se estende a garantia do equilíbrio econômico-financeiro, não foi acatada pelo STJ, diferentemente do que verificamos no tópico acima, que tratou das ações de indenização decorrentes de defasagem tarifária. Nas decisões em questão, a Corte do STJ aderiu ao voto do Ministro Edson Vidigal que sustentou serem as concessões, permissões e até as autorizações firmadas com o Poder Público *“contratos administrativos nos quais, desde a celebração, deve estar prevista a forma de ressarcimento, pelo Estado, das despesas da empresa na execução do serviço público”*. Outrossim, também nestas decisões, as alegações do Ministério Público de que (i) não houve licitação prévia para outorga dos serviços e de que (ii) *“o grande universo de empresas de transporte terrestre interestadual não tem documento de outorga”*, tendo as linhas sido *“de um modo geral, distribuição de prebendas”*, foram afastadas pelo Ministro Relator, também diferentemente do que se deu nas decisões do item anterior, sob o argumento de que tais alegações militam em desfavor do Poder Público, *“que só deveria delegar competência desse matiz mediante autorização, concessão ou permissão (CF art. 21, XII), sendo-lhe defeso, agora, beneficiar-se de sua própria torpeza, diante da alegada, mas não comprovada, ausência de contrato”*. Tais posicionamentos corroboram a conclusão do item anterior no sentido de que lá as razões de decidir adotadas pelo STJ decorreram de desconfiança acerca da boa-fé das delegatárias, possibilidade que aqui não se coloca na medida em que a verificação do desequilíbrio não depende de critérios ou mecanismos que deveriam estar previstos contratualmente, mas da simples constatação de que não existia qualquer fonte de custeio, legal ou contratual, para suportar as gratuidades concedidas.

Neste mesmo sentido das Suspensões de Segurança foi a decisão proferida em recurso interposto pelo município de Barueri, no qual se insurgiu contra decisão do TJSP suspendendo os efeitos de lei municipal, no ponto em que instituía o “passe livre” no transporte coletivo municipal para **pessoas carentes** residentes em

Barueri¹⁵². O argumento das empresas prestadoras do serviço, qual seja, de que a lei municipal rompeu o equilíbrio financeiro dos contratos de prestação de serviços de transporte coletivo celebrados com o município, foi acolhido pelo STJ, tendo restado consignado no voto do Ministro Relator que *“não é lícito ao Estado, em nome de uma obrigação sua, confiscar vagas em ônibus, sem a correspondente fonte de custeio”*.

Ainda coerentemente com as três últimas decisões, o STJ deu provimento a Recurso Especial¹⁵³ para suspender a obrigação das empresas aéreas transportarem gratuitamente **peças portadoras de deficiência carentes**. O conflito cingia-se em saber se a regulamentação da Lei 8.899/94, concessiva do passe livre no sistema de transporte coletivo interestadual às pessoas portadoras de deficiência comprovadamente carentes, aplicava-se ao transporte aéreo, tendo o STJ entendido que não, por faltar regulamentação neste sentido. Fundamentando-se na necessária proteção ao equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, o voto condutor do acórdão afirmou:

Sem que haja contrapartida previamente definida, de responsabilidade do Estado, é impossível obrigar as companhias aéreas a garantir gratuidade de transporte de passageiros - mesmo aqueles portadores de deficiência, nos termos da Lei 8.899/94. A regulamentação – cuja falta não se discute – certamente definirá os recursos compensatórios das empresas, que a partir de então serão obrigadas a reservar vagas gratuitas para as pessoas portadoras de deficiência.

Mais recentemente foi julgado pelo STJ Recurso Especial¹⁵⁴ interposto por delegatária de transporte coletivo do Distrito Federal contra decisão do TJDF, proferida em ação civil pública, que manteve a obrigação de fornecer desconto tarifário aos **alunos de cursos técnicos e profissionalizantes**. Alegou a delegatária que, embora a Lei Orgânica do DF, pela Emenda 5/1996, tenha estendido o benefício tarifário a esses estudantes (desconto de 2/3), em razão da falta de regulamentação não poderia conceder o desconto para essa categoria de alunos, pois não havia fonte de custeio para manutenção do equilíbrio econômico-

¹⁵² Agravo Regimental na Suspensão de Segurança n. 79/SP, Relator Ministro Edson Vidigal.

¹⁵³ REsp. 677.872/PR, DJ 08.05.2006.

¹⁵⁴ REsp. n. 890.796/DF, DJ 17.11.2008.

financeiro do contrato. Ocorre que restou consignado no acórdão recorrido ter, sim, sido prevista na legislação distrital, a correspondente fonte de custeio. Assim, o STJ, partindo desta premissa - de que a lei distrital havia previsto a fonte de custeio -, conheceu o recurso e deu-lhe provimento apenas para determinar a integração do Distrito Federal à lide, já que, nos termos da legislação, correria por conta dele arcar com a gratuidade. Isto é, a gratuidade tarifária foi mantida, mas isto se deu porque se considerou haver fonte para custeá-la, com base na decisão recorrida. Os votos dos ministros deixam muito claro este ponto, evidenciando a preocupação com o custeio do benefício concedido, de forma a assegurar a estabilidade e o equilíbrio contratuais inicialmente pactuados. Vale a pena citar o seguinte trecho do voto da Ministra Eliana Calmon:

A primeira questão que se coloca é a de que, em matéria de contrato, o império da lei não pode ser soberano [...]. O contrato deve ser obedecido e toda e qualquer questão relacionada com os valores deve sofrer questionamento bilateral entre as partes contratantes. Daí o surgimento de um Fundo do Transporte Coletivo do Distrito Federal, criado por lei local, para cobrir a gratuidade a partir de um encontro entre despesas criadas pelo poder concedente e receitas que devem ser geradas por ele próprio, sendo certo que **não se pode aceitar que o Estado, por força de lei por ele mesmo outorgada, crie despesas não previstas no contrato inicial e imponha à empresa privada, concessionária de um serviço a obrigação, sem lhe dar satisfação e sem que possa ele discutir em juízo, conjuntamente, a legalidade da imposição, tendo com alternativa única cumprir a obrigação imposta, sem sua anuência. Ora, para que servem então os contratos administrativos? (grifo nosso)**

No mesmo sentido destas decisões proferidas no STJ, são as mais recentes decisões do STF, exceto no que se refere à gratuidade para os idosos. Das dez decisões encontradas neste Tribunal, oito são ações diretas de inconstitucionalidade – ADI's, como já dito acima.

As três ADI's mais antigas, julgadas em 1991, 1993 e 1994, ainda não tiveram o mérito julgado. Apenas as medidas liminares, requeridas para suspender a eficácia de **leis estaduais** estabeledoras de gratuidades tarifárias, foram julgadas

pelo STF que as indeferiu. Em duas delas¹⁵⁵, o autor da ação, para sustentar a inconstitucionalidade, invocou violação ao direito de propriedade constitucionalmente garantido, atribuindo efeito confiscatório e desapropriatório à lei impugnada. A Corte Constitucional, ao indeferir as medidas, afirmou que o desequilíbrio econômico-financeiro poderia ser buscado pelas concessionárias em outras vias. A terceira ADI¹⁵⁶ nem mesmo aventou a questão do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, tendo a discussão sido travada em torno da competência legislativa para editar a legislação impugnada: se concorrente dos estados-membros para legislar sobre “proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência” (art. 24, XIV, CF), ou se privativa da União para legislar sobre transportes (art. 22, IX, XI), tendo prevalecido a primeira hipótese.

Tais decisões são, contudo, mais antigas, podendo-se afirmar que o posicionamento nelas consignado não prevaleceu posteriormente, como não prevalece. Com efeito, as ADI’s julgadas a partir de 2001¹⁵⁷, também voltadas contra legislação estadual que impôs gratuidade tarifária a serviço público concedido, acolheram as alegações acerca da inconstitucionalidade das referidas legislações, suspendendo-as ou declarando-as inconstitucionais, conforme se tratasse de medida cautelar ou ação direta. O STF registrou o seu entendimento de que lei estadual não pode alterar as condições da relação contratual entre poder concedente e concessionárias, introduzindo gratuidade tarifária não prevista na licitação, sem a correspondente contrapartida. Pontificou que, além de significar ingerência indevida nas funções de Poder Executivo de gestor destes contratos

¹⁵⁵ ADIMC 436/DF, j. 07.02.1991, DJ 12.02.1993, contra legislação que concedeu gratuidade tarifária a pedestres e ciclistas na travessia do rio Itajá-Açu, por *ferry boat*; e ADIMC 1052/RS, j. 26.05.1994, DJ 23.09.1994, contra legislação que isentou do pagamento de passagens policiais militares no sistema de transporte coletivo intermunicipal.

¹⁵⁶ ADI 903/MG, j. 14.10.1993, DJ 24.10.1997, contra disposição de lei estadual que obrigava as empresas concessionárias de transporte coletivo intermunicipal do estado de Minas Gerais a adaptar, no prazo de um ano, pelo menos 10% da frota de veículos, a fim de facilitar o acesso e a permanência dos portadores de deficiência física e de pessoas com dificuldade de locomoção.

¹⁵⁷ **ADIMC n. 2299/RS**, DJ 28.03.2001: interposta contra legislação estadual que isentou do pagamento do consumo de energia elétrica fornecida pela Companhia Estadual de Energia Elétrica - CEEE e do preço da água fornecida pela Companhia Estadual Rio Grandense - CORSAN, os trabalhadores desempregados; **ADIMC 2.337/SC**, DJ 20.02.2002: interposta contra legislação que suspendeu temporariamente do pagamento das tarifas de consumo de energia elétrica, água e esgoto, os trabalhadores, residentes no Estado, que não dispusessem de qualquer remuneração; e **ADI 2733/ES**, DJ 03.02.2006: interposta contra legislação que excluiu do pagamento de pedágio, nas vias públicas estaduais, as motocicletas, e concedeu aos estudantes desconto de 50% quando da utilização das referidas vias para o deslocamento entre a residência e o estabelecimento de ensino.

administrativos, legislação com este teor atinge o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos¹⁵⁸.

Este mesmo entendimento foi consignado também em ADI¹⁵⁹ interposta contra dispositivo da Constituição do Rio de Janeiro que vedava proposta de deliberação com o objetivo de conceder gratuidade em serviço público, sem a correspondente fonte de custeio. A ação foi julgada improcedente, declarada constitucional a disposição. A sessão plenária do STF, acompanhando o voto proferido pelo Ministro Relator Cezar Peluzo, asseverou que a exigência de indicação da fonte de custeio para autorizar gratuidade na fruição de serviços públicos

se preordena a garantir a gestão responsável da coisa pública, o equilíbrio na equação econômico-financeira informadora dos contratos administrativos e, em última análise, a própria viabilidade e continuidade dos serviços públicos e das gratuidades concedidas.

¹⁵⁸ Confira-se trecho das ementas das decisões - **ADIMC 2299/RS, DJ 29.08.2003**: “Ação direta de inconstitucionalidade. Arguição de inconstitucionalidade da Lei 11.462, de 7.04.2000, do estado do Rio Grande do Sul. Pedido de liminar. - Plausibilidade jurídica da arguição de inconstitucionalidade com base na alegação de afronta aos artigos 175, ‘caput’, e parágrafo único, I, III e V, e 37, XXI, todos da Constituição Federal, porquanto lei estadual, máxime quando diz respeito à concessão de serviço público federal e municipal, como ocorre no caso, não pode alterar as condições da relação contratual entre o poder concedente e os concessionários sem causar descompasso entre a tarifa e a obrigação de manter serviço adequado em favor dos usuários. - Caracterização, por outro lado, do “periculum in mora”. Liminar deferida, para suspender, “ex nunc”, a eficácia da Lei nº 11.462, de 17.04.2000, do estado do Rio Grande do Sul.” **ADIMC 2337/SC, DJ 21.06.02**: “Os Estados-membros - que não podem interferir na esfera das relações jurídico-contratuais estabelecidas entre o poder concedente (quando este for a União Federal ou o Município) e as empresas concessionárias - também não dispõem de competência para modificar ou alterar as condições, que, previstas na licitação, acham-se formalmente estipuladas no contrato de concessão celebrado pela União (energia elétrica - CF, art. 21, XII, “b”) e pelo Município (fornecimento de água - CF, art. 30, I e V), de um lado, com as concessionárias, de outro, notadamente se essa ingerência normativa, ao determinar a suspensão temporária do pagamento das tarifas devidas pela prestação dos serviços concedidos (serviços de energia elétrica, sob regime de concessão federal, e serviços de esgoto e abastecimento de água, sob regime de concessão municipal), afetar o equilíbrio financeiro resultante dessa relação jurídico-contratual de direito administrativo.” **ADI 2733/ES, DJ 03.02.2006**: “A lei estadual afeta o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão de obra pública, celebrado pela Administração capixaba, ao conceder descontos e isenções sem qualquer forma de compensação. 2. Afronta evidente ao princípio da harmonia entre os poderes, harmonia e não separação, na medida em que o Poder Legislativo pretende substituir o Executivo na gestão dos contratos administrativos celebrados. 3. Pedido de declaração de inconstitucionalidade julgado procedente.”

¹⁵⁹ ADI 3225/RJ, DJ 26.10.2007.

Apenas a recente ADI¹⁶⁰ interposta contra previsão do Estatuto do Idoso que, repetindo o disposto no art. 230, parágrafo segundo da CF, assegura gratuidade nos transportes urbanos aos maiores de 65 anos, é que foi julgada improcedente. Todavia, a análise da decisão demonstra que a situação do dispositivo impugnado é bastante peculiar, na medida em que reproduz disposição já constante da Constituição Federal.

Assim, o STF, em acórdão relatado pela Ministra Carmen Lúcia, tendo em vista esta circunstância - que a norma impugnada concedia benefício já constitucionalmente garantido aos idosos -, asseverou não haver direito adquirido a se contrapor a direitos previstos constitucionalmente, não podendo, pois, as delegatárias, cujas outorgas são posteriores à Constituição, alegar que não sabiam do direito dos idosos a transporte coletivo gratuito. E, quanto aos contratos celebrados antes da promulgação da Constituição, afirmou que

em respeito à garantia de equilíbrio, o máximo que poderiam requerer os delegados dos serviços de transporte municipal e intermunicipal seria a alteração dos contratos para cobrir-se financeiramente, com os ônus comprovados em planilha sobre o uso dos transportes pelos idosos.

Tal decisão, portanto, não contradiz as anteriores, tendo o STF, neste caso específico, privilegiado o direito dos idosos, direito social, em detrimento do direito econômico das delegatárias de serviço. Afirmou a eficácia plena e aplicabilidade imediata da norma constitucional, devendo-se garantir aos idosos, “que já contribuíram para a sociedade em período pretérito”, qualidade digna de vida.

Por fim, mencionamos as três decisões monocráticas do STF, sendo duas proferidas em Suspensão de Segurança e uma em Suspensão de Tutela Antecipada.

¹⁶⁰ ADI 3768/DF, DJ 26.10.2007, interposta pela Associação Nacional das Empresas de Transportes Urbanos. Na mesma linha do que foi alegado nas ADI's já mencionadas, a Requerente alegou que do direito constitucional ao equilíbrio econômico-financeiro decorre a impossibilidade de edição de lei impondo gratuidades na prestação do serviço sem a previsão de qualquer forma de compensação de custos às empresas atingidas.

A primeira delas, julgada em 1994, reflete, na esteira das mencionadas ADI's julgadas em 1991 e 1994, entendimento que parece já superado¹⁶¹. A segunda¹⁶², julgada já em 2007, suspendendo liminar deferida pelo Tribunal Regional Federal, obrigou as associadas da ABRATI a conceder os benefícios relativos ao transporte de **idosos carentes** previstos no art. 40 do Estatuto do Idoso¹⁶³. Esta decisão, embora aparentemente contrária às referidas ADI's julgadas a partir de 2001¹⁶⁴ e às mencionadas decisões do STJ¹⁶⁵, na realidade não o é. É que em 2006 foi editado decreto¹⁶⁶ regulamentando “os mecanismos e critérios a serem adotados” para a concessão do benefício previsto aos idosos carentes, o qual estabeleceu que uma vez disponibilizado o benefício tarifário, a ANTT e a delegatária do serviço deveriam adotar as providências cabíveis para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Também em 2006 a ANTT editou Resolução¹⁶⁷ prevendo a revisão da planilha tarifária para a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato ocasionado em virtude da concessão do benefício aos idosos carentes. Foi tendo em vista tal regulamentação que o STF asseverou que

negar aos idosos o benefício conferido pela lei questionada afigurar-se-ia sumamente injusto e, porque não dizê-lo, flagrantemente desproporcional, pois suposto prejuízo ou desequilíbrio de custos na equação da prestação dos serviços concedidos pode ser eventualmente superado, a partir da atuação da própria Administração, ou desta em conjunto com as prestadoras do serviço.

¹⁶¹ Suspensão de Segurança n. 688/MA, DJ. 31.08.1994. Nesta Suspensão de Segurança, o estado do Maranhão, na condição de poder concedente das concessionárias de transportes rodoviários de passageiros do estado do Maranhão, atacou a liminar deferida, em mandado de segurança coletivo, para suspender os efeitos da lei estadual que assegurou transporte gratuito a policiais militares, fardados, nos ônibus municipais. O STF, Relator Min. Octavio Gallotti, invocando as decisões proferidas nas antigas ADIMC 1052/RS e 436/DF, deferiu a medida pleiteada sob o argumento de que cabe à delegatária do serviço perseguir a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do ajuste.

¹⁶² Suspensão de Segurança n. 3052/DF, DJ. 01.02.2007.

¹⁶³ Art. 40. No sistema de transporte coletivo interestadual observar-se-á, nos termos da legislação específica: I – a reserva de 2 (duas) vagas gratuitas por veículo para idosos com renda igual ou inferior a 2 (dois) salários-mínimos; II – desconto de 50% (cinquenta por cento), no mínimo, no valor das passagens, para os idosos que excederem as vagas gratuitas, com renda igual ou inferior a 2 (dois) salários-mínimos. Parágrafo único. Caberá aos órgãos competentes definir os mecanismos e os critérios para o exercício dos direitos previstos nos incisos I e II.

¹⁶⁴ ADI's 3225/RJ, 2337/SC, 2733/ES, 2299/RS.

¹⁶⁵ Especificamente os Agravos Regimentais nas Suspensões de Segurança n. 1404/DF e 1411/DF.

¹⁶⁶ Decreto Federal n. 5934/2006.

¹⁶⁷ Resolução ANTT nº 1.692/2006.

Vê-se, pois, que a superveniência da regulamentação foi considerada suficiente pelo STF para regulamentar o benefício na medida em que, no seu entender, resguardou o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos estabelecendo a revisão da planilha tarifária.

A terceira trata-se de recente pedido de suspensão de tutela antecipada¹⁶⁸, formulado por concessionária rodoviária, com o escopo de lhe ser permitido cobrar pedágio das **motocicletas e similares**, não se submetendo aos deveres e obrigações impostos pela Lei Estadual nº 15.722/2007. Alegou que o referido diploma legal, ao isentar as motocicletas e similares do pagamento de pedágio, violaria a garantia da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos. O STF deferiu o pedido, consignando que

a possibilidade de quebra de equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão, por decisão judicial, impõe elevado ônus não só às concessionárias e ao poder concedente, mas também aos usuários, pois coloca em risco a adequada prestação do serviço público.

A análise destas decisões evidencia que o STF, desde 1997, e o STJ, desde o final de 2004, vêm fazendo prevalecer o respeito às condições contratuais inicialmente pactuadas, estabelecidas nos editais de licitação e respectivos contratos. Consagraram o entendimento de que as vantagens legitimamente esperadas pela empresas concessionárias com base no contrato celebrado não podem ser reduzidas **sem a previsão de qualquer forma de compensação**, sob pena de violação do princípio do equilíbrio econômico-financeiro. Assim, as imposições legais, supervenientes à celebração dos contratos de concessão, de descontos e isenções nas tarifas de serviço público, sem a correspondente fonte de custeio, estão sendo afastadas pelos tribunais superiores.

Este entendimento não foi adotado apenas diante da disposição constitucional que garante a gratuidade dos transportes coletivos urbanos aos maiores de 65 anos. Neste caso, o STF considerou mais importante preservar o direito social dos idosos. Isto é, diante de dois direitos tutelados constitucionalmente

¹⁶⁸ STA 280, DJ 22.10.2008.

- direito à manutenção das condições efetivas das propostas e direito social do idoso -, optou-se por resguardar o direito social. Não obstante tal decisão, cuja fundamentação não contradiz as outras, é possível perceber o aumento, ao longo dos anos, da preocupação dos tribunais superiores com o respeito às condições contratualmente pactuadas. Registre-se que mesmo as empresas delegatárias de transporte coletivos que, como visto no item acima, são mais suscetíveis de gerar alguma desconfiança no Judiciário, têm tido seus contratos respeitados neste ponto. É dizer, mesmo os contratos incompletos são respeitados e protegidos quando se pretende onerá-los com gravame inequivocamente inexistente quando da sua celebração. A ausência de dúvida acerca do desequilíbrio que as delegatárias suportariam, em razão da inexistência de fonte de custeio para suportar os benefícios legais concedidos, conferiu segurança ao Judiciário para decidir determinando o respeito às condições pactuadas.

4.3 AÇÕES ENVOLVENDO CONFLITOS TARIFÁRIOS

Alcançando os setores rodoviário, energético, de telefonia e de transporte coletivo de passageiros, os conflitos envolvendo tarifas, tratados neste item, compreendem medidas interpostas pelas concessionárias buscando, ora revisá-las, ora reajustá-las e, ainda, ora impedir que elas sejam unilateralmente reduzidas pelo poder concedente. Há, ainda, ações civis públicas ajuizadas pelo Ministério Público ou alguma associação, objetivando suspender reajustes autorizados pelo poder concedente e até mesmo reduzir tarifas que vinham sendo praticadas sob o argumento de proteger os usuários ou consumidores dos serviços concedidos.

No intuito de sistematizar a exposição, abordaremos as ações que versam sobre revisão tarifária separadamente daquelas que versam sobre reajuste. Com efeito, tratando-se - revisão e reajuste - de institutos conceitualmente diferentes, que visam a finalidades distintas¹⁶⁹, entendemos mais adequado tratá-los em tópicos

¹⁶⁹ Consoante definição de Celso Antônio Bandeira de Mello, o reajuste apenas atualiza a tarifa, a fim de fazê-la acompanhar “a variação normal do preço dos insumos, sem que lhe agreguem acréscimos”. Já a revisão “é uma reconsideração ou reavaliação do próprio valor original tomado em conta como adequado para enfrentar equilibradamente os encargos”. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 25ªed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p.724. Em síntese, a tarifa resultante do reajuste é a mesma tarifa anterior, apenas atualizada; e a tarifa correspondente à revisão é outra tarifa.

diversos. Como muitas vezes os termos reajuste e revisão são usados indistintamente, sem rigor técnico, nossa diferenciação foi feita tendo em vista o pedido formulado e não o vocábulo – reajuste ou revisão - constante das decisões.

Os demais casos que versam sobre fixação das tarifas, mas não se enquadram nos pleitos sobre reajuste e revisão, serão tratados também separadamente. Assim o presente item será subdividido em três tópicos: (i) o subitem 4.3.1 abordará os conflitos envolvendo reajuste tarifário; (ii) o subitem 4.3.2 versará os conflitos sobre revisão; e (iii) o item 4.3.3 apresentará os “demais conflitos envolvendo discussões tarifárias”, isto é, aqueles que não se enquadram nos itens anteriores e que correspondem, na maioria das vezes, a conflitos objetivando obstar reduções tarifárias bem como impedimento ou evasão do seu pagamento, ocorridos no setor rodoviário.

Por fim esclarecemos que dentro de cada um dos itens seguintes, as decisões serão mencionadas por setor de serviço.

4.3.1 Conflitos sobre Reajuste de Tarifas

Este subitem incluirá o exame das decisões acerca de pleitos para reajustar tarifas bem como para impedir que o reajustamento seja obstado, normalmente interpostos pelas concessionárias, mas também pelo poder concedente, em alguns casos.

No setor **rodoviário**, encontramos quatro Suspensões de Liminares¹⁷⁰, interpostas perante o STJ por concessionárias de lotes do Programa de Concessões Rodoviárias Federais do Paraná, objetivando lhes fosse autorizado aplicar nas tarifas de pedágio o reajuste anual, calculado de acordo com a cláusula XIX, item 4, do contrato de concessão, o que lhes havia sido negado pelo poder concedente. Referida cláusula, esclareça-se, estabelece claramente a fórmula para se proceder

¹⁷⁰ AgRg. na Suspensão de Liminar n. 73, DJ 23.08.2004; n.74, DJ 23.08.2004; n.75, DJ 23.08.2004 e n. 76, DJ 20.09.2004, interpostas respectivamente, pelas seguintes concessionárias: Rodovias Integradas do Paraná, Empresa Concessionária de Rodovias do Norte S.A, Concessionária de Rodovias Integradas S.A e Concessionária Ecovia Caminho do Mar S.A.

ao reajuste, prevendo que ele se daria de acordo com a variação de uma série de índices relacionados a serviços de construção civil¹⁷¹.

Tais concessões, inseridas na primeira etapa do Programa de Concessões de Rodovias Federais, foram outorgadas pelo estado do Paraná em 1997, com base em delegação feita pela União mediante convênio celebrado com o estado, nos termos da Lei 9.277/96 que, denominada Lei das Delegações, criou a possibilidade de os estados, municípios e o Distrito Federal solicitarem a delegação de trechos de rodovias federais para incluí-los em seus programas de concessão de rodovias¹⁷². O estado do Paraná, então, outorgou a concessão de algumas rodovias federais.

O modelo licitatório adotado outorgou a concessão a quem assumiu a exploração do maior trecho mediante a cobrança de tarifas prefixadas. Em obediência à Lei 8987/95, os contratos preveem os serviços e obras a serem realizados e respectivos cronogramas, o valor da tarifa cobrada dos usuários -

¹⁷¹ Eis a cláusula de reajuste prevista no contrato:

$$TBr = TB \times \left\{ \left[0,10 \left(\frac{ITi - ITo}{ITo} \right) + 0,20 \left(\frac{IPI - IPO}{IPO} \right) + 0,20 \left(\frac{IOAEi - IOAEo}{IOAEo} \right) + 0,10 \left(\frac{INCCI - INCCo}{INCCo} \right) + 0,30 \left(\frac{ICI - ICO}{ICO} \right) + 0,10 \left(\frac{IGPMi - IGPMo}{IGPMo} \right) \right] + 1 \right\}$$

Sendo que: TBr – é o valor da Tarifa Básica reajustada; TB – é o valor da Tarifa Básica de Pedágio referente à data base de referência da Proposta Comercial, ou seja, Janeiro de 1997; ITo – é o Índice de Terraplenagem para Obras Rodoviárias, relativo ao segundo mês anterior ao da data-base de referência, calculado pela Fundação Getúlio Vargas – FGV (coluna 38); ITi – é o Índice de Terraplenagem para Obras Rodoviárias, relativo ao segundo mês anterior ao da data de reajuste, calculado pela Fundação Getúlio Vargas – FGV (coluna 38); IPO – é o Índice de Pavimentação para Obras Rodoviárias, relativo ao segundo mês anterior ao da data-base de referência, calculado pela Fundação Getúlio Vargas – FGV (coluna 37); IPI – é o Índice de Pavimentação para Obras Rodoviárias, relativo ao segundo mês anterior ao da data de reajuste, calculado pela Fundação Getúlio Vargas – FGV (coluna 37); IOEAo – é o Índice de Obras-de-Arte Especiais para Obras Rodoviárias, relativo ao segundo mês anterior ao da data-base de referência, calculado pela Fundação Getúlio Vargas – FGV (coluna 36); IOEAI – é o Índice de Obras-de-Arte Especiais para Obras Rodoviárias, relativo ao segundo mês anterior ao da data de reajuste, calculado pela Fundação Getúlio Vargas – FGV (coluna 36); INCCo – é o Índice Nacionaldo Custo da Construção, relativo ao segundo mês anterior ao da data-base de referência, calculado pela Fundação Getúlio Vargas – FGV (coluna 6); INCCi – é o Índice Nacionaldo Custo da Construção, relativo ao segundo mês anterior ao da data do reajuste, calculado pela Fundação Getúlio Vargas – FGV (coluna 6); ICO – é o Índice de Serviços de Consultoria para Obras Rodoviárias, relativo ao segundo mês anterior ao da data-base de referência, calculado pela Fundação Getúlio Vargas – FGV (coluna 39); ICi – é o Índice de Serviços de Consultoria para Obras Rodoviárias, relativo ao segundo mês anterior ao da data do reajuste, calculado pela Fundação Getúlio Vargas – FGV (coluna 39); IGP-Mo – é o Índice Geral de Preços de Mercado, relativo ao segundo mês anterior ao da data-base de referência, calculado pela Fundação Getúlio Vargas – FGV (coluna 7); IGP-Mi – é o Índice Geral de Preços de Mercado, relativo ao segundo mês anterior ao da data do reajuste, calculado pela Fundação Getúlio Vargas – FGV (coluna 7); 0,10 ; 0,20 ; 0,20 ; 0,10 ; 0,30 e 0,10 – parâmetros cuja soma é igual a 1(um).

¹⁷² A Portaria n.º 368/1996, do Ministério dos Transportes, definiu os procedimentos para a delegação de rodovias federais aos estados, tendo, entre 1996 e 1998, sido assinados Convênios de Delegação com os estados do Rio Grande do Sul, Paraná, Santa Catarina e Minas Gerais.

calculado com base na categoria do veículo, no número de eixos, na extensão de quilômetros rodados entre cada praça de pedágio e na qualidade da rodovia utilizada - bem como os critérios para o seu reajustamento¹⁷³.

A Corte Especial do STJ, no julgamento das referidas quatro Suspensões de Liminares, ocorrido em 2004, autorizou o reajuste das tarifas nos moldes contratuais sustentando que os contratos de concessão devem ser respeitados. Na esteira do voto do então Presidente do Tribunal, Ministro Edson Vidigal, os demais ministros reconheceram que o descumprimento dos contratos e a consequente quebra do equilíbrio econômico-financeiro da concessão desprezam os vultosos investimentos feitos pelas concessionárias, podendo causar perplexidade aos investidores, a par de expor o país, aumentando o risco Brasil, prejudicando o usuário e lesando a ordem pública administrativa¹⁷⁴.

Posteriormente, em 2006, em outra Suspensão de Liminar¹⁷⁵, a Corte Especial do STJ determinou a manutenção do reajuste tarifário previsto no contrato celebrado entre a concessionária Caminhos do Mar S.A e o estado do Paraná, cuja suspensão havia sido pleiteada pelo Ministério Público Federal em ação civil pública interposta com esta finalidade. O voto condutor do acórdão, também do Ministro Edson Vidigal, novamente consigna que

¹⁷³ ANDRADE, Letícia Queiroz. "A Experiência Brasileira nas Concessões de Rodovias". In: SUNDFELD, Carlos Ari Vieira (Coord.). *Parcerias Público Privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005. p.254-75.

¹⁷⁴ Do voto condutor do acórdão de uma das Suspensões de Liminar extrai-se o seguinte trecho: "Consoante se verifica do contrato de concessão juntado aos autos, há previsão de reajuste anual das tarifas do pedágio, com base em fórmula previamente estipulada e com a aplicação de índices calculados pela FGV (cláusula XIX, item 4, fls. 458/459). Efetivamente, diante da previsão contratual, não poderia o DER simplesmente se contrapor ao reajuste anual das tarifas, sem apontar de forma específica as supostas irregularidades contidas nos valores reivindicados pela concessionária e sem apresentar o cálculo que no seu entendimento seria o correto para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro da concessão, em face das condições fixadas no contrato e dos demais fatores envolvidos na prestação dos serviços. [...] A equação econômico-financeira é um direito constitucionalmente garantido ao contratante particular (CF, art. 37, XXI). Se as características do contrato não fossem asseguradas, permitindo ao Poder Público poderes ilimitados para alterar cláusula contratual, o particular não teria interesse em negociar com a Administração. [...] A impossibilidade da correção anual do valor real da tarifa, previsto no contrato de concessão, causa sérios prejuízos financeiros à empresa concessionária, podendo afetar gravemente a qualidade dos serviços prestados e a manutenção das rodovias, em prejuízo da segurança dos usuários. **O descumprimento de cláusulas contratuais por parte do governo local viola o princípio da segurança jurídica, inspira insegurança e riscos na contratação com a Administração, resultando em graves consequências para o interesse público, inclusive com repercussões negativas sobre o influente 'Risco Brasil'.**" (grifo nosso, AgRg. na Suspensão de Liminar n.76, DJ 20.09.2004)

¹⁷⁵ AgRg. na Suspensão de Liminar n 174/PR, DJ 10.04.2006.

o descumprimento de cláusulas contratuais, impedindo a correção do valor real da tarifa, consoante previsto no contrato de concessão, pode causar sérios prejuízos financeiros à empresa concessionária, e afetar gravemente a qualidade dos serviços prestados e sua manutenção, implicando, ainda, ausência de investimentos no setor, prejudicando os usuários, causando reflexos negativos da economia pública [...].

No STF localizamos duas suspensões de segurança, julgadas em 2006¹⁷⁶, nas quais o estado de São Paulo, na qualidade de poder concedente, e a concessionária Ecovias dos Imigrantes S.A, requereram a suspensão da execução da sentença que, prolatada em Mandado de Segurança, desobrigou os associados do impetrante, Sindicato das Empresas de Transporte de Carga do ABC - Setrans, do pagamento do reajuste de 45,45%, incidente sobre o valor do pedágio cobrado dos veículos pesados que trafegam pelas rodovias Anchieta e Imigrantes. Fundamentou-se a decisão impugnada no fato de os caminhões serem obrigados a se deslocar para um sistema de interligação entre essas rodovias, sendo-lhes vedada a continuação de seu trajeto pela Rodovia dos Imigrantes, o que importaria em dupla punição, pelo fato de terem, ainda, que suportar um considerável aumento de seu trajeto por uma rodovia em condições piores (Rodovia Anchieta).

O STF, além de considerar que seria impossível a execução da sentença, pois a conferência dos documentos de filiação ao Setrans levaria ao caos o tráfego de veículos no sistema Anchieta-Imigrantes, deferiu o pedido com fundamento no equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, obrigando, pois, os associados ao Setrans, ao pagamento do reajuste. Consignou estar evidenciada a

ocorrência de grave lesão à economia pública, consubstanciada na significativa diminuição da arrecadação do valor cobrado pela concessionária de serviço público a título de pedágio, além dos impactos causados pela decisão impugnada no equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão.¹⁷⁷

Tem-se, pois, que os pleitos de reajustamento no setor rodoviário, localizados a partir da pesquisa realizada, foram acolhidos pelos tribunais

¹⁷⁶ Suspensão de Segurança n. 3032/SP, DJ 01.02.2007 e Suspensão de Segurança n. 3049/SP, DJ 01.02.2007.

¹⁷⁷ Trecho do voto proferido pelo Ministro Gilmar Mendes na SS 3032/SP.

superiores, determinando-se aplicação do reajuste, o qual estava claramente previsto contratualmente.

O **setor elétrico** também apresentou decisões envolvendo reajustamento tarifário.

A primeira decisão localizada, julgada pela Corte Superior do STJ em Suspensão de Liminar, foi proferida em 2006¹⁷⁸. A Companhia Estadual de Energia Elétrica - CEEE pleiteou suspender desconto tarifário previsto em resolução da ANEEL¹⁷⁹, de forma a manter a **integralidade do reajuste** estabelecido na norma¹⁸⁰. Sustentou que, de forma ilegal, se via compelida a abrir mão de parte de seu reajuste tarifário anual, o que atingiria o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão firmado com o Poder Público. O STJ, entendendo ausentes os pressupostos autorizadores da medida, porquanto discutida nos autos suposta ofensa à ordem jurídica, isto é, a texto de lei, cujo exame se incompatibiliza com a via da suspensão, indeferiu o pedido, **mantendo os efeitos da Resolução da agência**. Asseverou, ainda, o tribunal, que *“não obstante as dificuldades financeiras noticiadas pela CEEE, alegações formuladas nesse sentido carecem da necessária comprovação”*.

Posteriormente, ainda em 2006, a Corte Especial do STJ julgou recurso interposto pelos Ministérios Públicos Federal e do Estado de Pernambuco contra a Companhia Energética de Pernambuco, objetivando a **suspensão do reajuste tarifário** autorizado pela ANEEL¹⁸¹. O STJ, nesta decisão, afirmou que a ANEEL agiu nos estritos termos das suas competências legalmente atribuídas pelo Conselho Nacional de Desestatização e pela legislação e, invocou, ainda, a necessidade de cumprimento do que foi legalmente pactuado sob pena de

¹⁷⁸ AgRg. na Suspensão de Liminar de Sentença 137/DF, DJ 10.04.2006.

¹⁷⁹ Resolução n. 242/2004.

¹⁸⁰ A Suspensão de Liminar foi interposta contra decisão proferida pelo Tribunal Regional Federal – 1ª Região, em Agravo de Instrumento, concedendo efeito suspensivo à antecipação de tutela concedida a favor da concessionária, em ação ordinária por ela ajuizada.

¹⁸¹ AgRg. na Suspensão de Liminar de Sentença n. 162/PE, DJ 01.08.2006.

desrespeito ao equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, indeferindo o pedido de suspensão e mantendo o reajuste¹⁸².

O que se percebe destas duas decisões é que ambas, embora tenham adotado fundamentação diversa, fizeram prevalecer o ato normativo da agência reguladora, expedido no exercício de suas competências.

No setor de **telecomunicações**, foram identificadas duas decisões, julgadas pelo STJ. A primeira foi proferida em 2001, em medida interposta pela Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL, objetivando suspender decisão liminar proferida em ação civil pública que impediu o **reajustamento das tarifas** telefônicas determinada pela agência¹⁸³. Em decisão muito pouco fundamentada, o STJ, monocraticamente, indeferiu o pedido, mantendo, portanto, o óbice ao reajustamento¹⁸⁴.

¹⁸² Do acórdão extrai-se o seguinte trecho, do voto do Ministro Relator Edson Vidigal: “A decisão objeto do pedido de suspensão ao determinar a utilização, para fins de cálculo de reajuste tarifário, de parâmetro externo aos contratos, sem observar a metodologia que deve ser aplicada ao caso específico, desconsiderando o momento em que celebrado o contrato de fornecimento com a Termopernambuco, as peculiaridades que diferenciam um contrato de curto prazo de um de longo prazo, etc. interferiu na política pública do Governo traçada para o setor. **Destaco que o reajuste tarifário contra o qual se insurgiu o agravante, resultou de cálculo feito pela ANEEL, no exercício regular de sua competência legal como agência reguladora que é, sendo fixado, portanto, com base em critérios técnicos indispensáveis à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão vigente.** A substituição aleatória da fórmula de reajuste previamente pactuada ofende, portanto, a ordem pública administrativa, porque interfere nos mecanismos de política tarifária previamente aprovados pelo Conselho Nacional de Desestatização – CND, e que são vitais para que a prestação do serviço público possa se dar em conformidade com os princípios constitucionais e legais incidentes, e que não só permitam, mas viabilizem a celebração de tais contratos entre o Poder Público e o particular que se disponha a negociar com a Administração, notadamente em se tratando de contratos de concessão com prolongado prazo de duração. [...] O que se pretende evitar é que o Brasil seja visto como terra-de-ninguém, onde o compromisso só tem valor no momento da celebração do contrato, já idealizado para ser descumprido.” (grifo nosso)

¹⁸³ Pet. n. 1460/RJ, DJ 04.09.2001. O pedido de suspensão foi inicialmente apresentado perante o STF que, na Pet. n. 2351/RJ, DJ 15.08.2001 declinou a competência para o STJ.

¹⁸⁴ O inteiro teor da decisão é o seguinte: “Relatei. Decido. A drástica e excepcional medida de suspensão de liminar somente é concedida em caso de manifesto interesse público ‘para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas’ (art. 4º da Lei nº 8.437/1992). Anoto que, na sede eleita, não há falar em lesão à ordem jurídica, cujo resguardo se acha assegurado na via recursal, consoante precedentes desta Presidência (Suspensões de Segurança nº 909, 917 e 924). Não vislumbro, na espécie, a sustentada lesão à ordem pública, porquanto, sem adentrar a seara do seu acerto ou desacerto, a decisão *sub examine* não se configura teratológica ou eivada de ilegalidade, tampouco se pode falar em invasão de competência, na medida em que se trata de ato administrativo sujeito ao controle judicial. Posto isso, ausentes os requisitos, indefiro o pedido.” De se registrar que a ação civil pública acabou sendo julgada improcedente pela 19ª Vara Federal do Rio de Janeiro em 16.07.2004, mantendo-se, pois, o reajuste. Está pendente o julgamento do recurso.

Posteriormente a esta decisão, em 2007, ocorreu o julgamento, pela Corte Superior do STJ¹⁸⁵, de recurso interposto pelas concessionárias Telemar Norte Leste S.A, Brasil Telecom S.A, Sercomtel S.A Telecomunicações e Companhia de Telecomunicações do Brasil Central – CTBC. Elas objetivavam, da mesma forma que na medida anterior, citada acima, cassar medida liminar que, deferida em ação civil pública, suspendeu os efeitos de atos regulamentadores da ANATEL, assegurando a aplicação da variação do índice de Preços ao Consumidor Amplo (IPC-A) para **reajuste máximo** das tarifas dos serviços de telefonia. A Corte Especial do STJ, desta vez, afirmou que cabe à ANATEL executar a política tarifária do setor e, ainda, que a manutenção da liminar poderia quebrar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, desprezando os investimentos feitos pelas concessionárias. Desta forma deu provimento ao recurso determinando a aplicação dos atos da ANATEL que haviam sido suspensos¹⁸⁶. Esta decisão, como se vê, da mesma forma que as referentes ao setor de energia, privilegiou a competência da agência reguladora.

A partir das quatro decisões aqui mencionadas, atinentes aos setores elétrico e de telecomunicações, uma primeira conclusão, ainda preliminar, que se pode aventar, é que a jurisprudência mais recente do STJ vem se firmando no sentido de fazer valer os atos regulatórios das agências. Com efeito, das quatro decisões, três fizeram valer o determinado pela Agência. Assim, a primeira decisão mencionada do setor de telecomunicações, proferida em 2001, se justificaria por se referir a período em que a própria atuação das agências reguladoras, criadas em 1997, estavam menos consolidadas.

¹⁸⁵ AgRg. na Suspensão de Liminar n. 57, DJ 06.09.2004. Referido recurso foi julgado no STJ após o STF, no julgamento da Suspensão de Liminar 34/DF, DJ 24.03.2004, ter indeferido o pedido formulado pelas concessionárias por entender não se tratar de matéria constitucional, declinando, portanto, a competência para o STJ.

¹⁸⁶ Do voto condutor do acórdão, cujos fundamentos são bastante semelhantes aos constantes do acima mencionado AgRg. na Suspensão de Liminar n. 162/PE, relativo ao setor energético, destaca-se: “[...] em um primeiro e superficial exame, próprio dessa fase procedimental, vejo caracterizado o risco inverso, refletido no cenário de insegurança jurídica que se instala, na medida em que a manutenção da liminar, que, em princípio, admite a quebra do equilíbrio dos contratos e despreza os vultosos investimentos feitos, pode sim causar perplexidade nos investidores, afastando-os, caos no sistema tarifário, a par de expor o país aumentando o risco Brasil e prejudicando o usuário que se buscou proteger, lesando a ordem pública administrativa.”

Por fim, no setor de **transporte coletivo de passageiros**, foram verificadas quatro decisões, sendo três do STJ e uma do STF.

Do STJ, a primeira foi proferida em Suspensão de Liminar contra medida deferida em ação civil pública para sustar o reajuste da tarifa de transporte coletivo no município do Rio de Janeiro, autorizado por decreto¹⁸⁷. O pedido foi aviado por uma das delegatárias do serviço no município, sob a alegação de que a manutenção da decisão abalaria o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos. Inicialmente, o pedido foi deferido pelo Ministro Edson Vidigal, então presidente da Corte, que acolheu os argumentos da empresa. Contra tal decisão, o Ministério Público recorreu¹⁸⁸, tendo, na oportunidade do julgamento, o Ministro Barros Monteiro, que havia substituído o Ministro Edson Vidigal na presidência da Corte, acolhido o recurso, reformando a decisão anterior. E assim o fez afirmando a incompetência da empresa para manejar pedido de suspensão de liminar, argumento, registre-se, até então não visto nas demais suspensões de liminares julgadas pelo tribunal e interpostas pelas empresas delegatárias dos serviços públicos¹⁸⁹. Manteve-se, portanto, o reajuste suspenso, nos termos da decisão de 2ª instância.

A segunda, também proferida em Suspensão de Liminar¹⁹⁰, foi aviada pelo município de Ilhéus, contra decisões proferidas nas 1ª e 2ª instâncias que, liminarmente, deferiram pedido formulado por concessionária do setor para reajustar as tarifas, fixando-as num dado valor, apresentado pela empresa. Alegou a municipalidade a existência de lesão à economia pública, manifestada “na obrigação imposta aos usuários de pagar tarifas reajustadas em percentual superior ao que sinaliza a elevação global dos custos operacionais da concessionária”. O STJ indeferiu o pedido, confirmando a decisão recorrida. Salientou o Ministro Barros Monteiro que

a fixação de um valor maior para a tarifa, a par de ter sido provisória, não tem o condão de causar lesão à economia

¹⁸⁷ Suspensão de Liminar e de Sentença n. 231/RJ, DJ 17.01.2006.

¹⁸⁸ AgRg. na Suspensão de Liminar e de Sentença n. 231/RJ, DJ 29.05.2006.

¹⁸⁹ Pelo contrário, em diversas Suspensões de Liminares interpostas por concessionárias, é afirmado que a jurisprudência do STJ já se pacificou no sentido de que elas têm, sim, competência para tal medida.

¹⁹⁰ Suspensão de Liminar de Sentença n. 306, DJ 04.09.2006.

pública, ainda mais por ter sido bem fundamentada na existência de variação, para mais, nos custos de vários insumos necessários à operacionalidade do sistema.

A terceira foi proferida em Recurso Especial¹⁹¹, interposto pelo município de São Luís, visando reformar acórdão do Tribunal de Justiça que havia determinado o reajuste das tarifas do transporte coletivo, baseado em lei municipal em vigor. O STJ, invocando a súmula 282/STF,¹⁹² não conheceu do recurso, mantendo-se, pois o reajuste, nos termos concedidos pelo tribunal inferior.

No STF, a decisão foi proferida em Recurso Extraordinário¹⁹³ interposto pelo município de Jaboticabal em face de decisão que deu provimento a Mandado de Segurança impetrado por delegatária de transporte coletivo contra a recusa do prefeito em proceder ao reajuste tarifário de acordo com o critério contratualmente previsto, qual seja, a observância dos índices aplicados na capital do estado de São Paulo. O STF, embora tenha considerado inadequado o critério contratualmente estipulado para o reajuste, afirmando não ser razoável que “o reajustamento de tarifas do serviço de transportes de um município, expressão de sua autonomia constitucional, seja vinculada, a que, a respeito, venha a ser decidido pela administração de outro”, não conheceu do recurso, invocando a súmula 283/STF¹⁹⁴. É dizer, foi mantida a decisão recorrida, concessiva do reajuste.

Destas quatro decisões acerca do setor de transporte coletivo, o que se extrai, tão somente, é que todos os julgados mantiveram as decisões das instâncias inferiores, sem contudo, ser possível apreender qualquer lógica na fundamentação adotada para julgá-las. As aludidas decisões, cada uma delas, invocando um argumento diferente - (i) incompetência da delegatária para aviar pedido de suspensão de liminar, (ii) direito ao equilíbrio econômico-financeiro, (iii) óbice processual ao seguimento do recurso - culminaram, coincidentemente ou não, por manter as decisões recorridas.

¹⁹¹ REsp. 973.766/MA, DJ 14.09.2007 e AgRg no REsp. n. 973.766, DJ 19.12.2007.

¹⁹² Súmula 282/STF: É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada.

¹⁹³ RE n. 191.532-3/SP, DJ 29.08.1997.

¹⁹⁴ Súmula 283/STF: É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles.

Em resumo, as decisões vistas neste subitem permitem afirmar, ainda que preliminarmente: (i) no setor **rodoviário** os tribunais superiores observaram as condições contratualmente estabelecidas, fazendo valer os reajustes previstos nos contratos de concessão; (ii) nos setores de **telecomunicações** e **elétrico**, as determinações das respectivas agências reguladoras foram privilegiadas nas três decisões mais recentes, das quatro localizadas, o que pode indicar o reconhecimento, pelos tribunais, da importância da regulação para a estabilidade dos investimentos; e (iii) no setor de **transporte coletivo**, a conclusão possível é a de que não há coerência entre os fundamentos adotados para decidir os conflitos, tendendo os tribunais a manter o decidido nas instâncias inferiores.

4.3.2 Pedidos de Revisão Tarifária

As demandas envolvendo revisão tarifária foram localizadas nos setores rodoviário, elétrico, de transporte coletivo e saneamento.

No setor **rodoviário** localizamos uma única decisão, proferida em Recurso Especial¹⁹⁵ interposto pela concessionária, contra acórdão que indeferiu tutela antecipada requerida para obter a **revisão do contrato**, restaurando-lhe o equilíbrio, rompido em decorrência da abolição da cobrança de pedágio em valor diferenciado durante o final de semana, na forma prevista no edital e no contrato. O STJ, reconhecendo a existência de “fato do príncipe”, possível de ter causado desequilíbrio, negou provimento ao recurso, mantendo a decisão recorrida, sob o argumento de que haveria necessidade de dilação probatória para aferir a quebra do equilíbrio. De acordo com o voto condutor do acórdão, “o exame do preenchimento dos pressupostos para a concessão da tutela antecipada deve ser aferido pelo juiz natural, sendo defeso ao STJ reexame desse pressuposto de admissibilidade [...]”.

No **setor elétrico**, a pesquisa apresentou duas decisões proferidas pelo STJ. A primeira julgou Recurso Especial¹⁹⁶ interposto pela Companhia Estadual de Energia Elétrica – CEEE contra a União, visando a inclusão na composição dos custos da prestação do serviço concedido, das parcelas pagas aos seus

¹⁹⁵ REsp. n. 884732/RJ, DJ27.08.2007.

¹⁹⁶ REsp. n. 435.948, DJ 26.09.2005.

aposentados, ex-autárquicos, a título de complementação e suplementação de proventos. A controvérsia estabelecida diz respeito à adequada aplicação do art. 180 do Código de Águas¹⁹⁷, no período de janeiro de 1981 a março de 1993, quando ainda em vigor o chamado “regime de remuneração garantida” em que as tarifas eram fixadas com base no custo dos serviços, conforme visto no item 1.3 infra. O Superior Tribunal de Justiça deu provimento ao recurso especial por entender que referidos pagamentos correspondiam a obrigação de natureza trabalhista, razão pela qual sua inclusão como rubrica de custo da concessionária estava autorizada pelo art. 180, I, do Código de Águas. Esta decisão foi recentemente confirmada pelo STF¹⁹⁸. Ela é interessante porque demonstra como funcionava o regime tarifário pelo custo do serviço, típico das concessões outorgadas no Estado Social, e que de fato conferia maior garantia aos concessionários. Na medida em que era suficientemente claro o comando do dispositivo do Código de Águas aplicável, a discussão cingiu-se a saber se os encargos da recorrente com seus empregados ex-servidores autárquicos deviam ou não ser computados como custo do serviço, para os fins da legislação¹⁹⁹.

Na segunda decisão, a Corte Especial do tribunal julgou recurso²⁰⁰ interposto por Furnas Centrais Elétricas contra a ANEEL com o objetivo de suspender os efeitos de Resolução Normativa da Agência²⁰¹, que estabeleceu os conceitos gerais, as metodologias aplicáveis e os procedimentos para realização da primeira **revisão tarifária** periódica das concessionárias de serviço público de transmissão de energia elétrica. Em decisão inicialmente monocrática, o Ministro Barros Monteiro indeferiu o pedido por entender inexistente, no caso, a

¹⁹⁷ Art. 180. Quanto às tarifas razoáveis, alínea "b" do artigo 178, o Serviço de Águas fixará, trienalmente, as mesmas: I - sob a forma do serviço pelo custo, levando-se em conta: a) todas as despesas e operações, impostos e taxas de qualquer natureza, lançados sobre a empresa, excluídas as taxas de benefício; b) as reservas para depreciação; c) a remuneração do capital da empresa.

¹⁹⁸ AgRg. no RE n. 536.345, DJ 26.02.2009

¹⁹⁹ Para decidir o conflito, o STJ levou em conta a origem histórica da CEEE, sociedade de economia mista do estado do Rio Grande do Sul, cuja lei de criação determinou que seu quadro de pessoal fosse formado com o aproveitamento dos servidores da antiga autarquia a que sucedeu, aos quais foram assegurados os direitos à complementação e à suplementação de proventos, previstos em legislação estadual. Tendo isto em vista, pontificou o STJ: “Pois bem, tratando-se de encargo econômico do concessionário, não há como dissociá-lo do custo da prestação do serviço, para os devidos fins de direito. Seria ilógico imputar à concessionária a responsabilidade pelo pagamento de tal encargo aos ex-servidores e, ao mesmo tempo, impedir que lance os respectivos pagamentos na sua rubrica de custos, para os fins da legislação ao início referida.”

²⁰⁰ AgRg. na Suspensão de Liminar e de Sentença n. 735, DJ 05.05.2008.

²⁰¹ Resolução Normativa n. 257/2007/ANEEL.

potencialidade lesiva da vigência da resolução normativa impugnada, eis que editada pela ANEEL no exercício de sua função regulamentadora. Tal decisão foi, posteriormente, confirmada pela Corte Superior do STJ, que reafirmou:

A Aneel, órgão incumbido de regulamentar e fiscalizar o setor de energia elétrica, procedeu à revisão tarifária periódica, prevista em contrato, estabelecendo nova receita autorizada para a concessionária, de modo a manter o equilíbrio do contrato.

O STJ, portanto, ao decidir desta forma, prezou mais uma vez pela observância das normas expedidas pela ANEEL, reafirmando o posicionamento acima, item 4.3.1.

No setor de **transporte coletivo** foram encontrados três pleitos envolvendo revisão tarifária, julgados pelo STJ.

A primeira decisão foi proferida em Suspensão de Liminar interposta pelo município de Petrolina, objetivando cassar decisão antecipatória de tutela das instâncias inferiores que havia concedido a majoração das tarifas com base em planilha unilateralmente confeccionada pela empresa²⁰². O STJ, salientando esta circunstância – a de que a tutela foi antecipada com base em planilha unilateral – deferiu o pedido. No voto condutor do acórdão afirmou ser “temerária a antecipação dos efeitos da tutela nos moldes em que concedida por se tratar de valores ainda controversos”.

A segunda decisão, também exarada em Suspensão de Liminar²⁰³, foi interposta por delegatárias do município de Manaus contra decisões de 1ª e 2ª instâncias que haviam negado seu pedido antecipatório de tutela visando fosse determinada a recomposição tarifária nos termos da “Planilha Técnica elaborada pelo Sindicato das Empresas de Transporte de Passageiros do Estado do Amazonas”. O STJ, registrando que as decisões de 1ª e 2ª instâncias entenderam ausentes os pressupostos autorizadores da medida liminar, eis que pleiteada com

²⁰² Suspensão de Liminar de Sentença n. 20, DJ 30.09.2004, confirmada no Agravo Regimental contra ela interposto, AgRg. na Suspensão de Liminar e de Sentença n. 20, DJ 06.12.2004.

²⁰³ Suspensão de Liminar de Sentença n. 152, DJ 02.08.2005.

base em planilhas e demonstrativos que tinham caráter unilateral, tornou a consignar: “É temerária a antecipação de tutela nos moldes em que postulada, quanto a valores ainda controversos, sem a necessária liquidez e certeza”. Indeferiu, pois, o pedido.

A terceira e última decisão deste item refere-se a Agravo de Instrumento²⁰⁴ interposto por concessionária do serviço de transporte do município de Suzano. Pleiteou a reforma de acórdão do Tribunal de Justiça que lhe negou a antecipação de tutela, requerida para “fixar o preço da tarifa de transporte em R\$ 1,90, suspendendo-se o direito do Poder Público que a arbitrou em R\$ 1,50”. O STJ confirmou a decisão recorrida, afirmando tão somente que sua reforma exigiria reexame de prova, vedada pela súmula 07/STJ.

Tais decisões - do setor de transporte coletivo -, além de confirmarem o dito do item 4.3.2 acima no sentido de que, na maioria das vezes, os tribunais superiores limitam-se a manter a decisão dos tribunais inferiores sob o argumento de que lhes é vedado o reexame de matéria fática -, evidenciam que a maioria dos pleitos das delegatárias de transporte coletivo para obter revisão tarifária são formulados com base em planilha unilateral elaborada pelas concessionárias, sem respaldo em critérios contratuais e/ou legais de reajuste. Esta circunstância de incerteza gera desconfiança no Judiciário, que tende a indeferir os pedidos. Esta mesma incerteza é que pode justificar o indeferimento do pedido liminar de revisão da concessionária de rodovia mencionado neste item. Diante da incerteza acerca da ocorrência do desequilíbrio, decidiu-se por indeferir o pedido.

No setor de saneamento, o STJ decidiu, recentemente, Suspensão de Liminar²⁰⁵ interposta pela Companhia de Saneamento de Minas Gerais – COPASA, objetivando suspender decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais que a impediu de aumentar as tarifas de água e esgoto. A COPASA contestou a decisão do TJMG, tomada em recurso em uma ação civil pública interposta pelo Ministério Público mineiro questionando o reajuste, sob a alegação de que precisa ser remunerada adequadamente em relação ao custo do serviço prestado, “sob pena de

²⁰⁴ AgRg. no AI n. 885.357, DJ 08.11.2007.

²⁰⁵ Suspensão de Liminar e de Sentença n. 1020, DJ 05.03.2009.

prestá-los insatisfatoriamente, em claro prejuízo a toda comunidade-usuária”. Acrescentou, ainda, a COPASA, evidenciando que o cálculo da majoração tarifária requerida havia sido feito unilateralmente por ela, que “o reajuste tarifário questionado seguiu estudos técnicos que avaliaram a sua necessidade para garantir que os usuários sigam contando com os serviços públicos prestados”. O STJ, todavia, manteve a decisão do TJMG que considerou ilegal o aumento da tarifa, eis que em desconformidade com a Lei Federal 11.445/07 (lei que estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico).

4.3.3 Ações Objetivando Impedir Reduções Tarifárias e Obstar a Cobrança

Neste item, como dito acima, examinaremos as decisões proferidas em conflitos que não versam sobre reajuste ou revisão tarifária. Decorrem, tais conflitos, no mais das vezes, de atos unilaterais do poder concedente, consubstanciados em imposição de reduções tarifárias, ou ainda, de decisões judiciais que, acatando pleitos formulados em ações civis públicas, determinam a redução de tarifas que vinham sendo praticadas e até mesmo a suspensão do seu pagamento.

Além destes conflitos, há alguns específicos do setor de concessões rodoviárias, como aqueles em que as concessionárias pretendem evitar a evasão do pagamento de tarifas, o que se dá através de “rotas de fuga” das praças de pedágios, bem como o referente à possibilidade de pedagiamento sobre rodovias que não apresentam “via alternativa”. Com relação a este, a discussão em si não interessa a este trabalho, eis que se dá em torno da garantia constitucional da liberdade de locomoção. Interessará, contudo, a situação provisória das concessionárias enquanto pendente de julgamento a ação em que se discute a possibilidade do pedagiamento. Desta forma, as medidas interpostas por elas ou pelo poder concedente com o objetivo de permanecer cobrando o pedágio até o deslinde final da controvérsia serão aqui consideradas. Começemos, pois, por elas.

No STF localizamos dois pedidos de suspensão, julgados em 2001.

O primeiro²⁰⁶, interposto pelo poder concedente, buscava suspender tutela antecipada deferida em ação civil pública. O STF deferiu o pedido, afirmando que:

No caso, ocorre risco de grave lesão à economia pública, dado que, suspenso o pagamento da remuneração pelos serviços de conservação e manutenção, deverá o Estado arcar com tais despesas, certo que, conforme demonstrado, são escassos os recursos públicos.

Esta decisão evidencia que a preocupação maior do STF, em meados de 2001, não era a remuneração das concessionárias, que a decisão acabou preservando, mas sim a crise financeira dos estados-membros que seria agravada caso a concessão não se revelasse como alternativa viável ao Poder Público para manutenção e conservação das estradas. Esta constatação permite melhor compreender a decisão proferida no segundo pedido de suspensão²⁰⁷ encontrado. Interposto pela concessionária, objetivando, da mesma forma, suspender a execução de liminar deferida em ação civil pública para impedir a cobrança do pedágio, o STF o indeferiu, eis que considerou a requerente parte ilegítima para pleitear a medida, que só era disponibilizada às pessoas jurídicas de direito público.

No STJ localizamos duas Suspensões de Liminares²⁰⁸ a respeito da discussão, posteriormente julgadas (em 2003 e 2004, respectivamente). Ambas foram interpostas pelas concessionárias, buscando, igualmente, a suspensão das decisões das instâncias inferiores declaratórias da ilegalidade da cobrança do pedágio enquanto não ofertada “via alternativa” aos usuários. O STJ deferiu ambos os pedidos aduzindo que a impossibilidade da cobrança do pedágio causa desequilíbrio econômico-financeiro e compromete a manutenção das estradas, circunstância que causa lesão à economia e à segurança públicas. A discussão acerca da incompetência das concessionárias sequer foi aventada nestas decisões.

Em que pese a segunda decisão proferida pelo STF, fundamentada em questão processual, tem-se que as demais resguardaram os direitos remuneratórios das concessionárias, mantendo o contrato de concessão e reconhecendo os efeitos

²⁰⁶ Pet. n. 2242, j. 05.06.2001, DJ 21.05.2002.

²⁰⁷ Pet. n. 2348, j. 16.12.2001; DJ 04.02.2002.

²⁰⁸ Suspensão de Liminar n. 34, DJ 02.10.2003 e respectivo AgRg. na Suspensão de Liminar n.34, DJ 20.09.2004; e Suspensão de Liminar n. 108, DJ 03.08.2004.

maléficos, quer para a concessionária, quer para os usuários e para o estado, que decisão em sentido contrário poderia causar.

A respeito do tema da **evasão do pagamento de tarifas**, tem-se os conflitos seguintes.

No STJ, encontrou-se, julgada em 2003, Suspensão de Segurança²⁰⁹ requerida pelo município de Indaiatuba contra decisão proferida em mandado de segurança impetrado por concessionária do sistema rodoviário de São Paulo. A concessionária pleiteou na impetração que o município de Indaiatuba se abstinhasse de asfaltar uma estrada municipal que era utilizada como “rota de fuga” da tarifa de pedágio cobrada por ela, o que foi deferido em agravo de instrumento julgado pelo Tribunal de Justiça. O STJ manteve a decisão impugnada afirmando que

a concessionária, com base na equação econômico- financeira, tem como fonte primordial e essencial de recursos, a tarifa a ser paga pelos usuários; e que desequilibrada a equação por causa da fuga dos usuários que preferem o “uso gratuito” da “rota de fuga”, o Poder Público acabaria suportando os prejuízos contratuais em confronto com o negócio administrativo vigente e eficaz e com violência aos princípios constitucionais orçamentários [...].

No STF foram localizadas duas decisões, sendo uma de 2000 e a outra mais recente, de 2007.

A primeira foi exarada em medida cautelar pleiteada em mandado de segurança²¹⁰ interposto pela Concessionária da Rodovia Presidente Dutra S.A. visando suspender decisão que, proferida pelo Tribunal de Contas da União, determinou a paralisação do funcionamento das “cabines de bloqueio” que o poder concedente, DNER, lhe havia autorizado a implantar em entroncamento da via concedida, para evitar a evasão do pagamento de pedágio. O STF, apesar de ter reconhecido que a paralisação do funcionamento das “cabines de bloqueio” acarretaria diminuição na receita da concessionária, argumentou que tal prejuízo seria reparável se e quando definitivamente julgada a nulidade da decisão do TCU e

²⁰⁹ Suspensão de Segurança n. 1244/SP, DJ 16.09.2003.

²¹⁰ Medida Cautelar no Mandado de Segurança n. 23761/DF, DJ 26.09.2000.

a validade da autorização concedida pelo DNER. Esta decisão, proferida em 2000, corrobora o dito acima no sentido de que, nesta época – início da primeira década do século XXI - o STF não parecia sensível aos direitos remuneratórios das concessionárias, previstos em contrato, preocupando-se mais com eventuais prejuízos que poderiam ser causados aos usuários²¹¹ e, como já dito, com os gastos públicos. Tal entendimento, contudo, não mais impera em decisões mais recentes do STF.

Assim é que, na segunda decisão do STF, proferida em 2007, em Suspensão de Liminar²¹² interposta por concessionária, requerendo o restabelecimento de decisão que havia lhe autorizado a interditar o acesso irregular à “rota de fuga” da praça de pedágio, o pedido foi deferido, no intuito de assegurar a devida remuneração à empresa, não tendo sido, sequer, levantada a questão da sua incompetência para aviar a medida. A Ministra Relatora Ellen Gracie sustentou que o acesso irregular à rota de fuga do pedágio *“impôs ônus não previsto no contrato de concessão de rodovia (fls. 89/159), com potencial risco ao equilíbrio econômico e financeiro do contratado”*. A Ministra citou, ainda, para fundamentar sua decisão, as acima mencionadas ADI’s²¹³ que firmaram o entendimento quanto à impossibilidade de alteração das condições que, previstas na licitação, acham-se formalmente estipuladas no contrato de concessão celebrado.

Além das decisões em torno dos dois temas vistos até aqui - pedagiamento sem disponibilização de via alternativa e evasão do pagamento -, a pesquisa localizou também Suspensão de Liminar²¹⁴ objetivando sustar liminar deferida em ação civil pública que desobrigou os usuários do pagamento do pedágio cobrado em

²¹¹ O seguinte trecho da decisão demonstra o que se diz: “O balanceamento dos riscos contrapostos a temer não favorece a pretensão da impetrante. Não há dúvida de que a paralisação do funcionamento das ‘cabines de bloqueio’ lhe acarretará diminuição na receita do posto de pedágio evitável pela tomada da estrada alternativa, ainda que os ados de fato - que a representação analisa - não pareçam autorizar a antevisão dramática de desequilíbrio econômico-financeiro da concessão. Mas, o que no momento importa assinalar é que se cuidará de prejuízo reparável, à conta da responsabilidade do Poder Público, se e quando definitivamente acertadas a nulidade da decisão coatora e a validade da autorização discutida. Ao contrário, se não o é juridicamente, **dispensa demonstração que será de fato impraticável, na hipótese de solução contrária do processo, a repetição do pedágio ilicitamente cobrado de um sem número de usuários da estrada pública.**” (grifo nosso)

²¹² Suspensão de Liminar n. 142/PR, DJ 26.03.2007.

²¹³ ADIMC 2.299, DJ 29.08.2003, e ADIMC 2.337, DJ 21.06.2002.

²¹⁴ Suspensão de Liminar n. 153/SP, DJ 18.04.2007.

dada rodovia, ao entendimento de que somente o serviço previamente prestado é que justificaria a sua cobrança e não a promessa de obras futuras. O pedido, julgado em 2007, foi deferido pelo STF que reconheceu o impacto que a decisão impugnada causaria no equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, além de outros transtornos.

Ainda pelo STF foi julgada, em 2008, Suspensão de Liminar²¹⁵ requerida pelo município de Tabapuã e pela concessionária Via Tabapuã Concessões de Serviços e Obras Públicas Ltda., com o objetivo de cassar liminar deferida em ação civil pública determinando a redução da tarifa do pedágio na rodovia municipal José Maria Albuquerque de R\$ 2,00 (dois reais) para R\$ 0,60 (sessenta centavos). O STF manteve a tarifa de R\$ 2,00 alegando que a redução requerida pelo Ministério Público causaria desequilíbrio econômico-financeiro e, ainda, ocasionaria o aumento do tráfego de veículos pesados na referida rodovia, a qual cruza a área urbana do município de Tabapuã, causando transtornos e perigo à sua população, além de deteriorar as vias públicas.

Por último, no final de 2008, foi julgada pelo STF Suspensão de Liminar²¹⁶ ajuizada por concessionária rodoviária do Paraná com a finalidade de suspender decisão judicial que havia declarado inconstitucional e ilegal a cobrança de pedágio com base no contrato de concessão celebrado entre ela e o estado. O Ministro Gilmar Mendes, inicialmente, assinalou já ter a Corte firmado o entendimento acerca da legitimidade da concessionária para interpor Suspensão de Liminar²¹⁷. Após, fazendo referência a uma série de precedentes do tribunal²¹⁸, consignou que aguardar toda a discussão de mérito acerca da constitucionalidade e da legalidade da cobrança de pedágio e dos mencionados instrumentos contratuais impede, na prática, a adequada remuneração do serviço prestado pela requerente. Acrescentou, também, que a possibilidade de quebra do equilíbrio econômico-financeiro de

²¹⁵ Suspensão de Liminar n. 216/SP, DJ 18.03.2008.

²¹⁶ Suspensão de Liminar n. 274, DJ 02.02.2009.

²¹⁷ Confira-se o seguinte trecho da decisão: “Esta Corte firmou o entendimento no sentido de que as entidades da Administração indireta e concessionárias e permissionárias de serviço público possuem legitimidade processual ativa para o pedido de suspensão, nas hipóteses em que tiverem de suportar as consequências da decisão impugnada, com reflexos diretos na ordem, segurança, saúde ou economia públicas.”

²¹⁸ STA 280, DJ 22.10.2008; SL 251, DJ 04.08.2008; SL 216, DJ 18.03.2008; Pet. 2.242, DJ 05.06.2001.

contratos de concessão, por decisão judicial, impõe elevado ônus não só às concessionárias e ao poder concedente, mas também aos usuários das rodovias, pois coloca em risco a adequada prestação do serviço público. Por último, pontificou a dificuldade financeira em que se encontram os estados-membros, para afirmar a impossibilidade do estado do Paraná assumir a manutenção da rodovia.

Estas decisões demonstram uma crescente tomada de consciência pelos tribunais superiores acerca da importância de se respeitar as expectativas contratuais dos concessionários rodoviários, especificamente no que diz respeito à remuneração, afastando o arbítrio dos governantes e conferindo maior estabilidade aos vínculos, tudo de modo a aumentar a credibilidade inicial necessária à tomada da decisão de investir pela iniciativa privada. Se, no início desta década, as decisões do STF ainda não apresentavam argumentação neste sentido, as mais recentes, inclusive as do STJ, encontram-se permeadas dela, evidenciando a preocupação em resguardar a garantia do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, necessária para, de um modo geral, incentivar os investimentos, o que, como vimos no Capítulo 2, favorece o desenvolvimento.

No setor de **transporte coletivo**, menciona-se, julgada pelo STF, Suspensão de Segurança²¹⁹ interposta pelo estado do Rio de Janeiro requerendo suspender acórdão do Tribunal de Justiça que havia sustado os efeitos de decreto estadual, editado para reduzir unilateralmente as tarifas de ônibus. Isto é, pretendia o estado fazer prevalecer o decreto que havia editado impondo a redução das tarifas, cujos efeitos estavam suspensos em razão de decisão do TJRJ concessiva de medida liminar requerida em mandado de segurança impetrado por empresa delegatária do serviço de transporte coletivo. O que estava em questão era a incompetência do governador para a edição do decreto, vez que havia lei municipal atribuindo ao Departamento de Transportes Rodoviários do Estado - DETRO/RJ a competência para exercer a direção dos serviços de transporte coletivos intermunicipais, bem como para fixar as planilhas tarifárias. Consignou o TRJR, então, na decisão recorrida, que

²¹⁹ Suspensão de Segurança n. 1.524, DJ 17.12.1999.

entre uma tarifa estabelecida regularmente pelo poder concedente, que estava sendo praticada há quase um ano, e outra estabelecida unilateralmente, sem o devido processo legal e, ainda, por autoridade incompetente, deve ser prestigiada a primeira.

O STF, afirmando que a decisão impugnada não ensejava risco de lesão aos cofres públicos, indeferiu o pedido do estado. Contra esta decisão o estado interpôs pedido de reconsideração, tendo o Ministro Carlos Veloso mantido a decisão, afirmando tão somente não ver motivos para reconsiderá-la²²⁰. Mais ainda, recentemente, foi julgado pelo STF o recurso extraordinário²²¹ ajuizado pelo estado contra a decisão do TJRJ que julgou o mérito do mandado de segurança. Invocando as súmulas 279/STF²²² e 280/STF²²³, o STF negou seguimento ao recurso²²⁴.

Este caso é interessante para evidenciar que diante de regras claras, impassíveis de dúvidas, como a que atribuiu a competência ao DETRO/RJ para elaborar as planilhas de custos para os cálculos tarifários e elaborar preços, o conflito é decidido com argumentação coerente em todas as instâncias.

4.3.4 Síntese dos Itens Acima

Considerando todas as decisões examinadas neste item 4 e respectivos subitens, pode-se, sistematicamente, afirmar o seguinte:

- (1) O setor de serviço cujos conflitos envolvendo questões tarifárias são mais judicializados é o rodoviário, seguido do setor de transportes coletivos.
- (2) Dentre os conflitos acerca das questões tarifárias, os mais reiterados são aqueles envolvendo reajuste, seguidos daqueles específicos do setor rodoviário, versando sobre evasão do pagamento de pedágio e a manutenção da sua cobrança enquanto permanecem pendentes discussões sobre a legalidade do

²²⁰ AgRg. na Suspensão de Segurança 1524, DJ 17.02.2000.

²²¹ RE 537456/RJ, DJ 23.05.2008.

²²² Súmula 279/STF: Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário.

²²³ Súmula 280/STF: Por ofensa a direito local não cabe recurso extraordinário.

²²⁴ Este conflito também passou pelo STJ, tendo este tribunal, invocando as súmulas 05/STJ, 07/STJ e 11/STJ, negado seguimento ao Agravo de Instrumento interposto pelo estado contra a decisão que inadmitiu o Recurso Especial. (Agravo de Instrumento n. 364162-RJ, DJ 19.06.2001)

pedagiamento ou do próprio contrato de concessão. Os pleitos de revisão tarifária são os menos frequentes.

- (3) No que diz respeito aos conflitos envolvendo **reajustamento**, observa-se que critérios de reajuste claros e bem definidos - sejam eles estabelecidos (a) nos próprios instrumentos contratuais, como ocorreu com as concessões rodoviárias outorgadas pelo estado do Paraná; (b) nos normativos emitidos pelas agências reguladoras, como no caso dos setores de energia elétrica e telefonia; (c) ou em leis, como em alguns casos do setor de transporte coletivo - foram respeitados pelos tribunais superiores que os aplicaram. Por outro lado, os pleitos objetivando reajustamento que não se basearam em regras claras e objetivas foram decididos sem que se possa extrair dos julgamentos alguma coerência. A maioria deles apenas manteve as decisões das instâncias ordinárias.
- (4) Nos setores de **telecomunicações e elétrico**, as determinações das respectivas agências reguladoras foram privilegiadas pelos tribunais superiores, tanto nos conflitos envolvendo reajuste como naqueles envolvendo revisão de tarifas. De se registrar que as determinações das agências reguladoras de energia elétrica e telecomunicações são também evidenciadas nas decisões proferidas nas ações consumeristas relativas a estes setores, conforme mencionado no Capítulo 3²²⁵.
- (5) Os pleitos de **revisão tarifária** normalmente se baseiam em planilhas elaboradas unilateralmente pelas delegatárias, o que parece gerar desconfiança no Judiciário, que considera temerário decidir com respaldo nelas. Outrossim, os tribunais superiores não conhecem os pleitos de revisão tarifária na medida em que demandam produção de prova, o que é vedado a tais tribunais.
- (6) As decisões apresentadas no item 4.3.3 permitem afirmar que apenas mais recentemente é que os tribunais superiores têm fundamentado suas decisões com argumentos relativos à importância de se resguardar os direitos remuneratórios das concessionárias, mantendo o contrato de concessão nos termos em que celebrados e, assim, impedindo tentativas tanto do Ministério Público como dos usuários das rodovias de reduzir tarifas de pedágio, coibir a sua cobrança ou até mesmo absterem-se do seu pagamento. A necessidade de respeito aos contratos celebrados é também ressaltada nas decisões proferidas nas já mencionadas ações consumeristas pertinentes aos setores de telefonia e

²²⁵ Ver pé de página 117 deste Capítulo.

energia. Conforme visto no item 3, as pretensões dos consumidores têm sido negadas com fundamento no respeito às condições estabelecidas no edital de licitação, consideradas pelas licitantes quando da elaboração da sua proposta.

4.4 AÇÕES CONTRA A EXTINÇÃO DOS CONTRATOS DE CONCESSÃO DE SANEAMENTO SEM PRÉVIA AMORTIZAÇÃO DOS INVESTIMENTOS DAS CONCESSIONÁRIAS

O grande período de desenvolvimento do setor de saneamento no Brasil ocorreu quando da criação, em 1971, pelo governo federal, do Plano Nacional de Saneamento - PLANASA²²⁶, o que se deu no contexto do Estado Social, cuja forte intervenção era tida como necessária à promoção do desenvolvimento.

Em linhas gerais, o PLANASA definiu o modelo institucional que ainda é hoje dominante no setor. De acordo com ele, os estados receberiam financiamento do governo federal para implementar, em suas cidades, os sistemas de abastecimento de água e esgotamento sanitário. Assim, foram criadas as Companhias Estaduais de Saneamento – CESB's, que passaram a prestar os serviços nos municípios, mediante a celebração de contratos de concessão ou convênios, ou ainda, como denominado por alguns, concessão-convênio²²⁷. Tais instrumentos nada ou muito pouco dispunham com relação, *v.g.*, ao modo, forma e condições da prestação dos serviços, aos investimentos a serem realizados, ao preço dos serviços, aos critérios e procedimentos para o reajuste e revisão das tarifas, aos casos de extinção das concessões e suas consequências, aos bens reversíveis e às condições para prorrogação dos contratos. Alguns nem o prazo da delegação previam.

A maior parte das atuais concessões foi celebrada no âmbito do PLANASA pelo período de 30 anos, pelo que estão se encerrando agora, no início desta década. Como na década de 90, devido a uma série de fatores, o PLANASA entrou em crise, daí resultando o déficit e ineficiência de muitas das companhias estaduais,

²²⁶ O Planasa foi regulamentado pela Lei 6.528, de 11 de maio de 1978, e pelo Decreto n. 82.587, de 06 de novembro de 1978.

²²⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria Geral das Concessões de Serviços Públicos. São Paulo: Dialética, 2003. p.121-2.

que simplesmente pararam de investir no setor, muitos municípios têm optado por desvincular-se delas, na expectativa de poderem oferecer serviços de melhor qualidade e menores tarifas.

Alguns municípios criaram ou pretendem criar órgãos próprios para a gestão do saneamento e outros outorgaram, ou pretendem fazê-lo, concessões à iniciativa privada. Tal mudança, contudo, vem sendo acompanhada de frequentes conflitos com as CESB's, que exigem indenizações pelos investimentos realizados.

Na pesquisa realizada foram encontrados nos tribunais superiores diversos julgamentos de medidas judiciais objetivando a suspensão de decisões proferidas em (i) **mandados de segurança**, interpostos pelas CESB's após extintos os contratos de concessão por expiração do seu prazo, pleiteando a determinação ao poder concedente para não assumir o objeto da concessão sem antes proceder ao prévio pagamento da indenização para amortização dos investimentos realizados, e em (ii) **ações de reintegração de posse**, estas ajuizadas, também após extinto o contrato por decurso do prazo, ora pelas CESB's, ora pelo poder concedente, no intuito de se manterem na posse das instalações afetas à prestação do serviço.

A discussão posta é, em suma, o momento do pagamento da indenização referente à amortização dos investimentos da CESB quando findo o contrato de concessão por decurso do seu prazo: se antes da assunção do objeto da concessão pelo poder concedente, ou se depois.

Em síntese, alegam as CESB's que, por for força de disposição legal²²⁸, no caso de reversão, as concessionárias têm direito a prévia indenização pelos bens

²²⁸ Invocam o art. 36 da Lei nº. 8987/95 que dispõe: "Art. 36. A reversão no advento do termo contratual far-se-á com a indenização das parcelas dos investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizados ou depreciados, que tenham sido realizados com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido."

não amortizados e depreciados, argumento este respaldado em posicionamentos de juristas de peso, como Maria Sylvia Zanella Di Pietro²²⁹ e Marçal Justen Filho²³⁰. Nesta linha, sustentam que o contrato de concessão não se extingue enquanto a concessionária não for indenizada.

Já os municípios contra argumentam que eventual direito à indenização não impede a assunção do serviço pela municipalidade concedente, eis que ela - a indenização - pode ser buscada nas vias ordinárias, sendo necessária a comprovação e indicação precisa das perdas e danos e de seu montante. Acrescentam, ainda, que a obrigação de indenizar previamente surge somente quando o fim do contrato de concessão decorre de encampação, o que não ocorre no caso.

No STJ foram localizadas exatamente sete decisões acerca deste conflito, proferidas pela Corte Especial do Tribunal em Suspensões de Segurança e Suspensões de Liminar²³¹. Com exceção de duas²³², todas as demais mantiveram o

²²⁹ Em parecer elaborado para a Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo - SABESP, asseverou: “A Lei 8.987/95 contém regra exigindo a indenização dos bens reversíveis ainda não amortizados ou depreciados. Embora a existência de indenização prévia seja feita expressamente para o caso de encampação (art. 36), não há dúvida de que a mesma regra se aplica em qualquer forma de extinção do contrato, pois, caso contrário, estar-se-ia admitindo a hipótese de perda de propriedade sem a prévia e justa indenização, alcançando-se, pela via indireta (reversão), aquilo que o constituinte quis impedir com a regra do art. 5º, XXIV, que trata da desapropriação.” (Parecer acostado nos autos da ação de reintegração de posse n. 400.01.2007.002945-2, interposta pelo município de Cajobi contra a Sabesp)

²³⁰ Ver pé de página 91 Capítulo 2.

²³¹ AgRg. na Suspensão de Segurança n. 1.021/SC, DJ 26.05.2003; AgRg. na Suspensão de Segurança n.1.307/PR, DJ 06.12.2004; AgRg. na Suspensão de Segurança n. 1.072/GO, DJ 29.09.2003; AgRg. na MC n. 12.881/SP, DJ 29.08.2007; AgRg. na Suspensão de Liminar de Sentença n. 360/SC, DJ 11.02.2008; AgRg. na Suspensão de Liminar de Sentença n. 802/SP, DJ 10.04.2008.

²³² A primeira decisão excetuada é a proferida no AgRg. na MC n. 12.881-SP. Neste Agravo Regimental o município de Guariba requereu, contra a Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo – SABESP, medida cautelar para analisar recurso especial interposto por ele, além da concessão de antecipação de tutela. Para tanto, como nos demais conflitos, alegou que ingressou com uma ação de reintegração de posse para reaver a exploração do serviço público de que é titular, ao advento do termo final do contrato de concessão celebrado com a Sabesp, pedindo a concessão de liminar, o que lhe foi negado em primeira e segunda instância, vindo, então, o recurso especial que se encontra retido no tribunal de origem, nos termos da lei processual. O STJ, em decisão contrária a todas as demais, sob a alegação de que “na hipótese dos autos há um pedido de tutela negado pelas duas ordens de jurisdição, a primeira e a segunda instância, as quais, analisando com amplitude os fatos, não viram necessidade de tutela antecipada”; e que “imiscuir-se no âmbito da relação factual que está sendo trabalhada na ação de reintegração de posse é inteiramente despropositado”, indeferiu a petição da medida cautelar, mantendo, pois, a Companhia Estadual na posse da concessão. A segunda foi recentemente proferida na Suspensão de Liminar e de Sentença n. 1.025/SC, DJ 18.03.2009. O presidente do STJ, Ministro Cesar Asfor Rocha, determinou a remessa

município na posse dos bens afetos à prestação dos serviços, algumas vezes reformando as decisões das instâncias ordinárias, outras as mantendo. Como razão de decidir o STJ afirmou que as CESB's possuem meios eficazes nas instâncias ordinárias de garantir sua indenização, não havendo direito de retenção do serviço por quem não é seu titular, principalmente diante de um prejuízo suposto e não provado. O STJ deixou claro seu entendimento de que a discussão não girava em torno do instituto da encampação de serviço público, mas sim da reversão, com o retorno do serviço concedido ao município, em face da extinção da concessão, pelo término do prazo contratual. Consignou que a proibição da assunção dos serviços de saneamento pela municipalidade, como poder concedente que é, causaria grave lesão à saúde e ordem públicas, nesta compreendida a administrativa, porquanto impossibilitaria ao município o pleno exercício da competência prevista nas normas de regência legal e constitucional (CF, art. 175), qual seja: a prestação e a manutenção de serviço público essencial e indispensável à qualidade de vida da população. Em algumas decisões, ressaltou, inclusive, os escassos recursos destinados a investimentos na melhoria e universalização dos serviços pela CESB.²³³

do pedido do município de Barra Velha (SC) contra a Companhia Catarinense de Águas e Saneamento (Casan) ao STF para decisão. Segundo Cesar Rocha, como o pedido municipal apresenta dupla fundamentação, com questões de âmbito constitucional – que seriam da competência do STF – e infraconstitucional (referentes à legislação federal) – da competência do STJ – deve prevalecer a competência do STF.

²³³ Confirmam-se pequenos trechos de cada uma das decisões - (i) **AgRg. na Suspensão de Segurança n.1.021 – SC, DJ 26.05.2003**: “O núcleo da questão jurídica diz com o direito da CASAN de permanecer na direção dos serviços de fornecimento de água e coleta de esgoto na cidade catarinense de Timbó, até que seja indenizada pelos investimentos realizados durante os trinta anos em que esteve à frente daquela concessão pública, conforme consta no convênio celebrado entre a concessionária e a municipalidade. [...] Superado esse óbice, vislumbro, na hipótese, a ocorrência de lesão a valores tutelados pela norma de regência, quais sejam, ordem e saúde públicas, visto que não se me afigura correta a proibição de assunção dos serviços de saneamento daquela cidade catarinense pela sua municipalidade, direito garantido por normas legais e constitucionais; além do mais, causam-me preocupação os escassos recursos destinados a investimento pela concessionária/impetrante naquele município, ainda mais terminado o prazo de vigência do contrato de concessão. Ademais, a CASAN possui os meios próprios para assegurar eventuais indenizações, o que, aliás, já está fazendo com o ajuizamento de medida cautelar de produção antecipada de prova ad perpetuam rei memoriam, conforme noticiado nos autos (fls. 537-43).” (ii) **AgRg. na Suspensão de Segurança n.1.307 – PR, DJ 06.12.2004**: “Discute-se, aqui, o direito de permanência da SANEPAR à frente da concessão de serviço público, até o recebimento de indenização pelos compromissos financeiros existentes – mediante convênio já encerrado – dos serviços de água e esgoto prestados ao Município de Andirá/PR. [...] Ao impedir a municipalidade, como poder concedente que é, de reassumir tais serviços, após o decurso do prazo contratual, a liminar concedida em primeiro grau tem o potencial de causar grave lesão à ordem pública, nesta compreendida a administrativa, porquanto impossibilita ao município o pleno exercício da competência prevista nas normas de regência legal e constitucional (CF, art. 175), qual seja: a prestação e a manutenção de serviço público essencial e indispensável à qualidade de vida da população.” (iii) **AgRg. na Suspensão de Segurança n. 1.072 – GO, DJ 29.09.2003**: “A matéria ora

Já no STF, localizamos apenas duas decisões monocráticas acerca deste conflito, uma proferida em 2007 e a outra em 2008, sendo que em ambas a competência foi declinada para o STJ, tribunal que acabou decidindo a questão²³⁴.

Não nos parece difícil compreender o sentido das decisões proferidas pelo STJ. Os denominados contratos de concessão celebrados com as CESB's em decorrência do PLANASA não eram nada mais que simples termos de delegação da prestação dos serviços, tanto que determinados ajustes eram até denominados de convênios e não de contratos. Ademais, relativamente ao sistema tarifário, as CESB's funcionavam segundo o princípio do caixa único. Isto é, na maioria dos estados, a tarifa era a mesma para todos os municípios atendidos, operando-se no

posta – dois entes da administração pública em disputa pelo controle do serviço de saneamento básico de município – não é questão nova a ser examinada por esta Corte. Com efeito, em outra assentada, já tivemos a oportunidade de apreciar agravo regimental interposto contra decisão proferida por esta Presidência nos autos da Suspensão de Segurança n. 1.0221 – SC, requerida pelo Município de Timbó, quando negamos provimento ao recurso e mantivemos a suspensão da liminar que impedia a assunção dos serviços de água e esgoto pela municipalidade. Na hipótese, creio que os mesmos fundamentos que serviram de arrimo a esta decisão permanecem, não obstante os relevantes argumentos apresentados pela agravante.” (iv) **AgRg. na Suspensão de Liminar de Sentença n. 360 – SC, DJ 11.02.2008**: “Visualiza-se, todavia, risco de grave lesão à ordem e à saúde públicas. Em hipótese muito similar à dos autos (AgRg. na SS n. 1.021/SC), a Corte Especial entendeu que a decisão concessiva da liminar causava lesão à ordem e à saúde públicas, pois impedia a municipalidade de exercer plenamente sua condição de poder concedente. [...] Tal entendimento foi reiterado no julgamento do AgRg. na SS n. 1.072/GO, e no AgRg. na SLS n. 165/SP. A alteração do quadro processual, a essa altura, com a devolução da posse dos bens e direitos à CASAN, causará dano maior aos cofres públicos e à população, além de provocar evidente insegurança jurídica.” (v) **AgRg. na Suspensão de Liminar de Sentença n. 802 – SP, DJ 10.04.2008**: “A questão em debate refere-se à retomada da titularidade dos serviços de água e esgoto pelo Município de Cajobi-SP em face da “Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo” – SABESP, uma vez encerrado o contrato de concessão. Esta Corte Especial já teve ocasião de apreciar caso similar ao dos autos (AgRg. na SS n. 1.021/SC), no qual considerou que a decisão concessiva da retomada pela empresa concessionária era suscetível de causar lesão à ordem e à saúde públicas, pois impedia a municipalidade de exercer plenamente sua condição de poder concedente.”

Além destas decisões, que versam sobre conflitos idênticos, encontramos o Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 486.369/PR, DJ 06.02.2003, interposto com o objetivo de admitir recurso especial interposto por concessionária de transporte coletivo, cujo pleito era a prorrogação do prazo contratual até o pagamento da indenização para amortização dos investimentos. Ou seja, da mesma forma que as CESB's, no caso em comento, a concessionária de transporte coletivo alegou que o contrato não poderia ser extinto sem a prévia amortização dos investimentos. Requereu, então, a prorrogação do contrato administrativo. Neste caso, o STJ, por entender que a procedência do pedido estaria vinculada à prova dos autos e à análise de cláusula contratual, o que não se admite em recurso especial, negou provimento ao Agravo.

²³⁴ A primeira delas, Suspensão de Liminar n. 155/SC, DJ 10.05.2007, corresponde ao citado AgRg. na Suspensão de Liminar de Sentença n. 360 – SC, julgado pelo STJ. A outra, Suspensão de Liminar n. 212/SP, DJ 07.02.2008, deu origem no STJ à Suspensão de Liminar n. 812/SP que, distribuída no Tribunal em 12.03.2008, foi extinta por desistência da concessionária em 24.04.2008. Esta Suspensão de Segurança foi interposta pela SABESP, requerendo a suspensão da execução de liminar deferida em primeira e segunda instâncias, nos autos de ação de reintegração de posse que autorizou o ingresso do Município de Araçoiaba da Serra nas instalações afetadas ao fornecimento de água e tratamento de esgoto, após extinto o contrato de concessão por advento do termo contratual.

interior do sistema um esquema de subsídios cruzados, que permitia a transferência de recursos dos serviços e localidades lucrativos para os não lucrativos. Os municípios não tinham qualquer ingerência na fixação tarifária, cuja estrutura era a mesma em todos, estabelecidas pelas próprias CESB's.

Portanto, diante de ajustes vagos e incompletos, carentes de normas sobre a estrutura tarifária, sobre as obrigações da empresa, sobre os bens reversíveis ou a fórmula para o cálculo de sua amortização, e, ainda, inexistindo regulamentação municipal sobre qualquer aspecto relativo à prestação dos serviços, é possível considerar que não seria razoável impor aos municípios a prorrogação da concessão a fim de amortizar os investimentos, supostamente ainda não amortizados, realizados pela concessionária. Decisão neste sentido acabaria por responsabilizar o município por suposto desequilíbrio econômico-financeiro de contrato sobre o qual ele não teve nenhuma ingerência.

Ademais, decorrido o prazo contratualmente previsto, a presunção é de que houve a amortização dos investimentos, seguindo-se, pois, a reversão dos bens²³⁵. Parece-nos, portanto, plausível inferir que foi diante da inexistência de elementos seguros para infirmar esta presunção, eis que, como dito, os contratos celebrados eram bastante incompletos, que o STJ decidiu caber ao Município a retomada imediata da prestação do serviço quando extinto por decurso do prazo de vigência.

De se ressaltar que o STJ não negou o direito das concessionárias ao equilíbrio contratual e tampouco negou a existência de desequilíbrio mas, diante da incerteza da sua ocorrência, causada pela falta de elementos precisos para aferi-lo, decorrente de uma disciplina contratual incompleta, postergou o seu reconhecimento ao determinar às concessionárias o ajuizamento de ações de indenização.

²³⁵ “Quando a concessão se extingue por expiração de prazo, os bens aplicados ao serviço já estarão amortizados e o lucro esperado já terá sido fruído (salvo quando hajam ocorrido inversões em época próxima à do advento do termo previsto para ela). Segue-se, então, que a reversão do equipamento é consequência natural, pois o concessionário já haverá extraído da concessão tudo o que patrimonialmente podia esperar dela: lucro e compensação do capital investido, cuja equivalência haverá percebido ao longo do período de exploração do serviço.” BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Op. cit., 2008. p.707-8.

É aceitável, ainda, compreender estas decisões tendo em vista o contexto da reforma do Estado brasileiro (itens 1.2.3. e 1.3, *infra*), isto é, o fato de que se pretende um Estado regulador e não mais prestador de serviços. Tal concepção pode estar implicitamente contida nas decisões, na medida em que, ao determinarem a retomada da posse, pelo município, dos bens afetos à prestação do serviço, acabam, ainda que indiretamente, incentivando que sua prestação seja delegada à iniciativa privada. Com efeito, não possuindo os municípios uma estrutura capaz de gerir tais serviços e, muito menos, capacidade de realizar investimentos, a tendência é a concessão à iniciativa privada.

CAPÍTULO V - CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exame das decisões vista no Capítulo anterior, podem ser apontadas, de forma esquematizada, as seguintes conclusões:

- (1) Há muito poucas decisões proferidas na década de 90, o que é compreensível tendo em vista a reduzida utilização da concessão de serviços à iniciativa privada em período anterior à reforma do Estado brasileiro, iniciada nos anos 90. Apenas a partir daí é que o governo federal e alguns governos estaduais implementaram planos de concessões rodoviárias e setores de serviços como os de energia, telecomunicações e petróleo foram reestruturados, com a privatização de empresas estatais e a criação das respectivas agências reguladoras.
- (2) Dentre os conflitos mais judicializados estão aqueles envolvendo questões tarifárias, que abrangem pleitos formulados pelas concessionárias para obter reajuste ou revisão das tarifas, para impedir reduções impostas unilateralmente ou em decorrência de decisões judiciais e, no setor rodoviário, para impedir evasão do pagamento do pedágio ou manter a sua cobrança enquanto permanecem pendentes de discussão temas relativos à legalidade dos contratos e do pedágio. Há, ainda, pedidos de indenização decorrentes de alegada defasagem tarifária.
- (3) Conforme visto no item 4.1, os pleitos de indenização das delegatárias de transporte coletivo, fundados em defasagem tarifária que teriam suportado durante alguns anos, não foram acatados pelo STJ. O tribunal, para decidir, valeu-se de argumentos que ele próprio infirmou em outros julgamentos¹, podendo-se extrair das decisões uma desconfiança acerca da boa-fé das delegatárias. Pelo menos, dois fatores podem ter contribuído para tal desconfiança: (i) os ajustes que regulavam as condições da outorga eram genéricos e não estabeleciam, de forma clara e precisa, os critérios com base nos quais as tarifas seriam calculadas, dificultando a comprovação da ocorrência dos prejuízos; e (ii) o setor de transporte coletivo tem o histórico de ser conduzido de maneira muito informal, de forma que as alterações das condições

inicialmente pactuadas são normalmente ajustadas entre as partes, sem respaldo em previsão legal ou contratual certa e objetiva.

- (4) Quanto aos pleitos das concessionárias de transporte aéreo, embora os ajustes também não contivessem regras claras acerca dos critérios de revisão tarifária, o setor era regulamentado por lei federal e havia um órgão responsável pela sua disciplina e organização, o qual confirmou terem as empresas suportado prejuízos; tal fato parece ter atribuído confiança no Judiciário.
- (5) Os pleitos objetivando afastar imposições legais de gratuidades, vistos no item 4.2, foram inicialmente julgados improcedentes, mas as decisões mais recentes têm afastado os ônus adicionais impostos às concessionárias sem o estabelecimento da correspondente fonte de custeio, exceto no que diz respeito à gratuidade conferida constitucionalmente aos idosos maiores de 65 anos. O que se pôde perceber é que, estando os tribunais certos de que os contratos de concessão celebrados não previam isenções tarifárias, eles as afastaram em respeito às condições inicialmente pactuadas, isto é, em respeito aos contratos. A argumentação constante destas decisões evidencia preocupação dos tribunais em fazer com que os contratos sejam respeitados, resguardando a remuneração das concessionárias.
- (6) Os conflitos vistos no item 4.3.1, relativos a reajustamento tarifário, demonstram que os pleitos das concessionárias rodoviárias, baseados em cláusulas contratuais que estabeleciam objetivamente os critérios de reajuste, foram acolhidos pelos tribunais superiores, que consignaram em suas decisões os graves efeitos, para o desenvolvimento do país, que o descumprimento dos contratos e a conseqüente quebra do equilíbrio econômico-financeiro da concessão podem causar.
- (7) Por outro lado, o fato da maioria dos conflitos envolvendo as delegatárias do serviço de transporte coletivo acerca de reajuste e também revisão tarifária (item 4.2.2) não estarem respaldados por regras contratuais ou legais claras e objetivas, ou serem baseados em planilhas unilaterais elaboradas pelas delegatárias, provavelmente fez com que os mesmos tenham sido decididos sem

que se possa extrair dos julgamentos alguma coerência. Na maioria dos casos verificados, os tribunais superiores limitaram-se a manter a decisão dos tribunais inferiores sob o argumento de que lhes é vedado o reexame de matéria fática.

- (8) Já os conflitos envolvendo revisão ou reajuste tarifário referentes aos setores de telefonia e energia, posteriores à reestruturação ocorrida em 1997, foram decididos, em sua maioria, respeitando-se e fazendo prevalecer as determinações das respectivas agências reguladoras. Das seis decisões a respeito destes setores, apenas uma, proferida em 2001, não privilegiou a atuação das agências. As demais, já proferidas mais recentemente, a partir de 2004, não só privilegiaram as agências como afirmaram a importância de se respeitar a regulação por elas determinada para a estabilidade dos investimentos e a qualidade da prestação dos serviços.

Ademais, o respeito aos contratos celebrados e às determinações das agências reguladoras de energia elétrica e telecomunicações é também evidenciado nas decisões proferidas nas ações consumeristas relativas a estes setores, mencionadas no Capítulo 3, quais sejam, ações civis públicas ajuizadas em defesa do consumidor e ações ordinárias ajuizadas pelos próprios consumidores.

- (9) Aqueles conflitos específicos do setor rodoviário, tratados no item 4.3.3, também evidenciam que apenas mais recentemente é que os tribunais superiores têm feito prevalecer os direitos contratuais e remuneratórios das concessionárias em detrimento dos interesses dos usuários em reduzir tarifas ou coibir a sua cobrança, diferentemente do que restara decidido pelo STF em julgamentos proferidos no início desta década.
- (10) Por fim, relativamente aos pleitos das companhias estaduais de saneamento examinados no item 4.4, é possível dizer que não foram acolhidos em razão da ausência de regras contratuais claras acerca dos bens reversíveis ou fórmula para o cálculo de sua amortização, de modo que não havia parâmetros a nortear a decisão dos tribunais.

- (11) Tem-se, portanto, que muito embora seja incontroverso o reconhecimento, pelos tribunais superiores, da importância de se garantir a adequada remuneração às concessionárias, isto não é suficiente para que tal direito seja reconhecido no caso concreto em razão de uma série de outros fatores que influem nas decisões, tais como: (i) as peculiaridades da organização e regulação de cada setor de serviço; (ii) outros direitos envolvidos no conflito, o que exige sejam sopesados, de forma que, no caso concreto, apenas um deles é que prevalece; (iii) o nível de confiabilidade que os argumentos invocados pelas partes para a defesa dos seus direitos confere ao Judiciário.
- (12) De qualquer forma, parece-nos que a consciência de que o respeito aos contratos é que proporcionará a melhoria da qualidade dos serviços, melhor atendendo aos usuários, e atrairá mais investimentos aos setores de serviços, vem se firmando. As decisões pesquisadas permitem perceber que uma regulamentação mais clara - seja contratual, seja normativa, como aquela fixada pelas agências - contribui para o respeito aos contratos e conseqüentemente aos direitos e expectativas das concessionárias relativamente à sua remuneração.

CONCLUSÃO

Propusemo-nos, neste trabalho, a investigar como e em que termos os investimentos das concessionárias de serviço público são efetivamente garantidos pelos tribunais superiores. Mais especificamente, o objetivo proposto foi tentar compreender como os tribunais superiores têm decidido os conflitos que versam sobre o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão e a amortização dos investimentos realizados, tendo sido apresentadas três hipóteses de pesquisa, quais sejam:

- (i) havendo contratos de concessão bem redigidos, com regras claras e objetivas, os tribunais superiores os aplicam;
- (ii) a regulação dos serviços de titularidade federal que se dá pelas agências reguladoras são acatadas pelos tribunais superiores; e
- (iii) a *contrario sensu* das duas hipóteses acima, tem-se que as concessões que não possuem uma regulamentação clara e objetiva, quer por contrato, quer por agência reguladora, ou por qualquer outra norma regulamentadora, não oferecem ao Judiciário elementos para decidir, acabando mais suscetíveis a sofrerem desequilíbrios econômico-financeiros, problemas de execução contratual e de amortização de investimentos.

Com o intuito de contextualizar o tema e apresentar os subsídios para a análise das decisões, iniciamos o trabalho traçando um panorama geral acerca da evolução do instituto da concessão, bem como da disciplina jurídica da proteção aos investimentos das concessionárias, o que foi feito nos Capítulos 1 e 2, permitindo-nos, respectivamente, duas constatações iniciais:

- (1) a de que o contrato de concessão de serviço público, acompanhando as transformações do próprio modelo de intervenção do Estado no domínio econômico, tem sofrido mutações, apresentando-se, hoje, sob diversas configurações, decorrentes das diferentes formas de se disciplinar o relacionamento entre Poder Público e particular no contemporâneo Estado Neoliberal, bem como da necessidade de se dispensar tratamento próprio aos diferentes tipos de serviços públicos; e

- (2) a importância da regulação legal e contratual para o sucesso dos empreendimentos envolvendo concessões de serviço público, considerada instrumento essencial para conferir à concessionária segurança de que obterá o retorno esperado dos seus investimentos.

A partir daí, apresentamos, no Capítulo 3, a metodologia da pesquisa e as decisões localizadas. No Capítulo 4, examinamos aquelas que consideramos relevantes tendo em vista a análise a que nos propusemos. Em que pesem as decisões examinadas evidenciarem uma crescente preocupação dos tribunais superiores em garantir os direitos contratuais e remuneratórios das concessionárias, tais direitos nem sempre são reconhecidos no caso concreto, pois frequentemente os tribunais superiores não se sentem seguros ou não confiam suficientemente na argumentação das partes para afirmar que determinado fato, naquela situação específica, gerou efetivo desequilíbrio contratual ou não permitiu a amortização dos investimentos. Além disso, outros fatores influem nas decisões, como, *v.g.*, a existência de outros direitos envolvidos, também constitucionalmente tutelados, como os dos idosos e deficientes.

As decisões analisadas nos permitiram verificar que critérios de reajuste claros e bem definidos - sejam eles estabelecidos (a) nos próprios instrumentos contratuais, como ocorreu com as concessões rodoviárias outorgadas pelo estado do Paraná; ou (b) nos normativos emitidos pelas agências reguladoras, como no caso dos setores de energia elétrica e telefonia - são respeitados pelos tribunais superiores, que os aplicam. Outrossim, parece-nos possível afirmar que as determinações das agências reguladoras são observadas²³⁶ pelos tribunais superiores, que têm ressaltado a importância de respeitá-las. Verificamos, ainda, no que se refere às imposições legais de gratuidades ou reduções tarifárias às concessionárias, que estando os tribunais certos de que os contratos de concessão celebrados não previam tais isenções tarifárias, eles as afastam em respeito às condições inicialmente pactuadas, isto é, em respeito aos contratos²³⁷.

²³⁶ Apenas uma decisão, proferida em 2001, é que não respeitou determinação da ANATEL (Pet. 1460/RJ, DJ 04.09.2001).

²³⁷ Exceção feita com relação à gratuidade nos transportes urbanos, constitucionalmente conferida aos idosos.

Por outro lado, os pleitos de indenização das delegatárias de transporte coletivo fundados em alegada defasagem tarifária não foram acatados, tendo, as decisões, além de incoerentes entre si, evidenciado uma desconfiança acerca da boa-fé das delegatárias, o que se supõe tenha decorrido da ausência de uma regulação minimamente confiável, seja legal seja contratual, acerca da prestação do serviço, da fixação das tarifas e dos critérios para reajustá-las ou revisá-las. Com efeito, os pleitos não se fundaram em quaisquer disposições contratuais ou legais em que o Judiciário pudesse se pautar, mas tão somente na invocação abstrata do princípio do equilíbrio econômico-financeiro. Da mesma forma, os pleitos envolvendo reajuste e revisão tarifária não respaldados em disposições legais ou contratuais claras e objetivas foram decididos sem que se possa extrair dos julgamentos alguma coerência. A intervenção dos tribunais superiores limitou-se, na maior parte dos casos, a confirmar as decisões das instâncias inferiores. Ainda nesta perspectiva, as demandas das companhias estaduais de saneamento objetivando a prorrogação dos contratos de concessão até o pagamento, pelos municípios, dos valores correspondentes à amortização dos investimentos realizados, também não foram acolhidas, o que parece ter decorrido, igualmente, da ausência de parâmetros a nortear a decisão dos tribunais, eis que não havia regras contratuais dispendo sobre os bens reversíveis e correspondente fórmula de amortizá-los.

A partir dos julgamentos examinados, parece-nos possível afirmar que os aspectos que fizeram a diferença para os tribunais superiores analisarem as demandas foram: (i) a existência de cláusulas contratuais estabelecendo definições claras e objetivas a respeito dos critérios e procedimentos para reajuste e revisão tarifária; (ii) a existência de normas regulatórias dispendo sobre a prestação do serviço; bem como (iii) a existência de regras objetivas quanto aos elementos constitutivos da equação financeira dos contratos. Tais disposições é que, além de terem aumentado a confiança do Judiciário nos argumentos invocados pelas partes, lhe conferiram maior segurança para julgar e, nesta medida, contribuíram para decisões mais coerentes e bem fundamentadas, o que aumenta a sua legitimidade e a credibilidade enquanto instituição.

Já a ausência, para respaldar os pleitos, de disposições legais ou contratuais que permitissem aos tribunais: (i) aferir a existência ou não de

desequilíbrio bem como apurar o montante necessário para restabelecê-lo; ou ainda, no que diz respeito à amortização dos investimentos, (ii) identificar os bens reversíveis e o valor correspondente àqueles não amortizados, parece ter determinado ao Judiciário manter a situação jurídica existente negando o pleito que lhe fora formulado, muitas vezes com fundamento em argumentos incoerentes.

Possível concluir, portanto, pela confirmação das hipóteses de pesquisa levantadas. Consideramos que o resultado da pesquisa objeto deste trabalho demonstrou a relevância da existência de normas regulatórias claras e precisas disciplinando as concessões, bem como a crescente conscientização do Judiciário acerca disto. Assim é que, diante de concessões mal reguladas ou disciplinadas, como principalmente as dos setores de transportes coletivos e saneamento, os tribunais superiores, adotando fundamentos contraditórios, rejeitaram os pedidos de alteração da situação jurídica existente, como se viu. Já diante de conflitos envolvendo setores de serviços mais organizados e regulados, as decisões apresentam-se mais bem fundamentadas e coerentes, como os mencionados conflitos envolvendo os setores elétrico, de telecomunicações e rodoviários.

Tem-se, portanto, que os diferentes tipos de concessões e as peculiaridades de cada setor são levadas em consideração pelos tribunais, cujas razões de decidir não se aplicam indistintamente a todos os casos. Talvez por isto é que a teoria das áleas ordinária e extraordinária, ao fixar abstratamente uma mesma repartição de riscos a todos os contratos de concessão, de forma indistinta, apresenta-se pouco eficaz para solucionar os conflitos. Verificamos que os tribunais superiores até reconhecem esta teoria mas, ao decidirem, não se arriscam a qualificar determinado fato como ordinário ou extraordinário e assim atribuí-lo a uma das partes contratantes. Tudo indica, entretanto, que estando os riscos clara e objetivamente divididos entre cada uma das partes contratantes, os tribunais farão valer esta disciplina.

Daí a importância de órgãos ou agências reguladoras disciplinando os setores de serviços e da formulação de contratos mais bem elaborados, onde, se não todos, grande parte dos aspectos envolvidos em uma concessão sejam previstos e regulados. Em que pese a dificuldade de se firmar contratos contendo

cláusulas que cubram todas as contingências e eventos futuros passíveis de ocorrer ao longo de uma concessão, é necessário diminuir o grau de incompletude deles. É imperioso que os contratos estabeleçam uma adequada distribuição dos riscos e os mecanismos para a recomposição da equação financeira. Como mencionado no Capítulo 2, quanto à distribuição de riscos, necessário prever em cada contrato o sistema mais adequado para a sua alocação, tendo em vista as peculiaridades de cada empreendimento. Quanto à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, importa prever os procedimentos e critérios de reajuste e revisão contratual. De se registrar que a Lei 8987/95 menciona os procedimentos de reajuste e revisão como meios para a restauração do equilíbrio, mas não trata dos critérios nem das formas utilizadas para a sua recomposição, o que, então, deve ser objeto de tratamento nos contratos ou nos atos normativos das agências reguladoras²³⁸.

De maneira sistematizada, tem-se que deve constar dos contratos, pelo menos, (a) o processo de restauração do equilíbrio econômico-financeiro, mediante fórmulas matemáticas claras e processos eficazes dos pontos de vista jurídico e econômico; (b) o efetivo compartilhamento dos riscos entre as partes; (c) os bens reversíveis e respectiva fórmula de amortizá-los; (d) o procedimento para a revisão de cláusulas regulamentares, que dizem respeito à prestação dos serviços; (e) a especificação adequada das obrigações das partes; (f) a definição clara dos fatos que caracterizam a inadimplências das partes; e ainda, (g) mecanismos promotores da transparência do relacionamento entre poder concedente e concessionária. Outrossim, impõe-se que a execução contratual seja monitorada e acompanhada pelos órgãos de regulação.

Sabemos que apenas uma regulação eficiente não é condição para o sucesso das concessões. Outras variáveis, tais como a incerteza política, a oferta de crédito para a infra-estrutura, o risco cambial, etc, também afetam o andamento dos contratos. Mas, certamente serviços bem disciplinados proporcionarão maior

²³⁸ No que diz respeito ao reajuste necessário escolher adequadamente os índices a serem utilizados em cada caso. Quanto à revisão, vários são os mecanismos que podem estabelecidos contratualmente, tendo em vista os objetivos perseguidos. Consoante salientam Maurício Portugal Ribeiro e Lucas Navarro, "As revisões podem resultar em pagamentos de indenização e/ou alteração do valor das tarifas, dos níveis de serviço, dos planos de investimentos, da contraprestação pública e do prazo contratual". RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro. *Comentários à Lei de PPP - Parceria Público-Privada*. São Paulo: Malheiros Editores, 2007. p.131.

segurança jurídica, elemento imprescindível para o desenvolvimento nacional, na medida em que oferecerão condições para intervenções judiciais bem fundamentadas e coerentes. As decisões analisadas nos convenceram disto e queremos crer que a maior contribuição deste trabalho talvez seja a de alertar para esta reflexão, certos, contudo, de que não temos nenhuma pretensão de obter o consenso.

FONTES E BIBLIOGRAFIA

ANDRADE, Letícia Queiroz. “A Experiência Brasileira nas Concessões de Rodovias”. In: SUNDFELD, Carlos Ari Vieira (Coord.). *Parcerias Público Privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005.

ARAÚJO, Fernando. “Uma análise econômica dos contratos Parte I: A abordagem econômica, a responsabilidade e a tutela dos interesses contratuais”. *Revista de Direito Público da Economia*. Ano 5, n.18. Belo Horizonte: Fórum, abr./jun. 2007.

_____. “Uma análise econômica dos contratos Parte II: O paradoxo da indenização, a tutela da confiança, a flexibilização da responsabilidade contratual”. *Revista de Direito Público da Economia*. Ano 5, n.19. Belo Horizonte: Fórum, jul./set. 2007.

_____. “Uma análise econômica dos contratos Parte III: O incentivo à eficiência e a separação dos objetivos de prevenção do risco de reparação do dano”. *Revista de Direito Público da Economia*. Ano 5, n.20. Belo Horizonte: Fórum, out./dez. 2007.

_____. “Uma análise econômica dos contratos Última Parte: A responsabilidade decrescente em contratos duradouros. Conclusões”. *Revista de Direito Público da Economia*. Ano 5, n.21. Belo Horizonte: Fórum, jan./mar. 2008.

AZEVEDO, Eurico de Andrade; ALECAR, Maria Lucia Mazzei de. *Concessão de Serviços Públicos: comentários à Lei 8987/95*. São Paulo: Malheiros, 1998.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. “As Concessões, Permissões e Autorizações de Serviço Público”. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos (Orgs.). *Curso de Direito Administrativo Econômico*. vol.I. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 25ªed. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

BERCOVICI, Gilberto. “Desenvolvimento, Estado e Administração Pública”. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos (Orgs.). *Curso de Direito Administrativo Econômico*. vol.II. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

BORGES, Maria Alice Gonzales. “O Equilíbrio Econômico-Financeiro nos Contratos Administrativos”. *Boletim de Direito Administrativo*. São Paulo: NDJ, fev./2007.

BRASIL. Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado. *Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado*. Brasília, nov. 2005. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/publi_04/COLECAO/PLANDI.HTM>.

_____. Ministério de Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. BNDES. *Estudos Setoriais*. Disponível em: <www.bndes.gov.br/conhecimento/publicacoes/catalogo/cadernos.asp>.

_____. Ministério de Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. BNDES. *Cadernos de Infra-Estrutura - As Concessões Rodoviárias*. Rio de Janeiro, ago. de 2001. Disponível em: <<http://www.bndes.gov.br/conhecimento/cadernos/cad-17.pdf>>.

_____. Ministério de Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. BNDES. *Informe Infra-Estrutura - Área Logística, Telecomunicações e Complexo Eletrônico*. n.50. Rio de Janeiro, nov. 2002.

_____. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Censo Demográfico 1991 - Resultados do universo: microdados*. Rio de Janeiro, 2002.

_____. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Censo Demográfico 2000*. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/indicadores_sociais_municipais/abela1a.shtm>.

_____. Supremo Tribunal de Justiça. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br>>.

_____. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br>>.

CÂMARA, Jachinto de Arruda. “A Experiência Brasileira na Concessão de Serviço Público e as Parcerias Público Privadas”. In: SUNDFELD, Carlos Ari Vieira (Coord.). *Parcerias Público Privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. “Autorizações administrativas vinculadas: o exemplo do setor de telecomunicações”. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Coords.). *Direito Administrativo e seus novos paradigmas*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

CARNEIRO, Maria Christina Fontainha. “Investimentos em Projetos de Infra-Estrutura: Desafios Permanentes”. *Revista do BNDES*. n.26. vol.13. Rio de Janeiro, dez. 2006.

CARVALHO, Lucas Borges de. *Jurisdição Constitucional e Democracia. Integridade e Pragmatismo nas decisões do Supremo Tribunal Federal*. Curitiba: Juruá, 2007.

COOTER, Robert. “Direito e desenvolvimento: inovação, informação e a pobreza das nações”. *Revista de Direito Público da Economia*. Ano 5, n.17. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

CRETELLA JUNIOR, José. *Tratado de Direito Administrativo*. 1ªed. vol.10 - Princípios de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Forense, 1972.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. *Parcerias na Administração Pública*. 6ªed. São Paulo: Atlas, 2008.

ESTEVEES, Daniel Santa Bárbara. *Os Riscos nas Concessões de Uso de Potenciais Hidráulicos para a produção independente de energia*. Dissertação (Mestrado em Direito), PUC/SP, São Paulo, 2008.

ESTORNINHO, Maria João. *Direito Europeu dos Contratos Públicos. Um olhar português*. Coimbra: Almedina, 2006.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. “A Equação Econômico-Financeira do Contrato de Concessão. Aspectos Pontuais”. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*. n.07. Salvador: Instituto Brasileiro de Direito Público, ago./ set. /out. de 2006. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>.

FILÁRTIGA, Gabriel Braga. “Custos de Transação, Instituições e a Cultura da Informalidade no Brasil”. *Revista do BNDES*. vol.14, n. 28. Rio de Janeiro, dez. 2007.

FORTINI, Cristiana. *Contratos Administrativos. Franquia, Concessão, Permissão e PPP*. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

FRÓES, Fernando. “Infra-Estrutura e Serviços Públicos: Princípios da Regulação Geral Econômica”. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos (Orgs.). *Curso de Direito Administrativo Econômico*. vol.I. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

GONÇALVES, Pedro. *A Concessão de Serviços Públicos*. Coimbra: Almedina, 1999.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. “Regime Jurídico das Telecomunicações: Autorização, Permissão e Concessão”. *Revista de Direito Administrativo*. n. 224. Rio de Janeiro, abr./jun. 2001.

_____. *O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

_____. “As Parcerias na Administração Pública”. In: CARDOZO, José Eduardo Martins; QUEIROZ, João Eduardo Lopes; SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos (Orgs.). *Curso de Direito Administrativo Econômico*. vol.I. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

GUIMARÃES, Eduardo Augusto. *A Regulação do Mercado de Aviação Civil no Brasil*. Notas Técnicas 2. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2003.

JOHNSON, Bruce. et. al. *Serviços Públicos no Brasil: Mudanças e Perspectivas*. São Paulo: Edgard Blücher, 1996.

JUSTEN FILHO, Marçal. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.

_____. *Teoria Geral das Concessões de Serviços Públicos*. São Paulo: Dialética, 2003.

_____. “As Diversas Configurações da Concessão de Serviço Público”. *Revista de Direito Público da Economia*. Ano 1, n.01. Belo Horizonte: Fórum, jan./mar. 2003.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. “A Nova Regulação dos Serviços Públicos”. *Revista de Direito Administrativo*. vol.228. Rio de Janeiro, 2002.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. “Controle Judicial do Equilíbrio Econômico-Financeiro nos Contratos de Concessão de Serviço Público”. *Fórum Administrativo - Direito Público - FADM*. Ano 1, n.09. Belo Horizonte, nov. 2001.

MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo em Evolução*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1992.

_____ (Coord.). *Concessão de Serviço Público*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2001.

MODESTO, Paulo. “Reforma Administrativa e Marco Legal das Organizações Sociais no Brasil - As dúvidas dos juristas sobre o Modelo das Organizações Sociais”. *Revista Diálogo Jurídico*. Ano I, vol.I, n. 9. Salvador, dez. 2001.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações de Direito Administrativo*. 2ªed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. “O Sistema da Parceria entre os Setores Públicos e Privado. Execução de Serviços através de concessões, permissões, terceirizações e outros regimes. Aplicação adequada destes institutos”. *Boletim de Direito Administrativo*. São Paulo: Editora NDJ, fev. 2007.

MOREIRA, Egon Bockmann. “Riscos, incertezas e concessões de serviço público”. *Revista de Direito Público da Economia*. Ano 5, n.20. Belo Horizonte: Fórum, out./dez. 2007.

MOREIRA, Terezinha. *Saneamento Básico: Desafios e Oportunidades*. Disponível em: <www.bndes.gov.br/conhecimento/revista/basico.pdf>.

_____. “A Hora e a Vez do Saneamento”. Disponível em: <<http://www.bndes.gov.br/conhecimento/revista/rev1009.pdf>>.

MOREIRA, Vital. *Auto-Regulação Profissional e Administração Pública*. Coimbra: Almedina, 1997.

NUSDEO, Fabio. *Desenvolvimento Econômico. Um retrospecto e algumas perspectivas*. In: SALOMÃO FILHO, Calixto (Coord.). *Regulação e Desenvolvimento*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino. “Parceria Público Privada e Direito ao Desenvolvimento: uma abordagem necessária”. *Boletim de Direito Administrativo*. São Paulo: Editora NDJ, mar. 2006.

PEGO FILHO, Bolívar. “Setor Aéreo e as Empresas Brasileiras: Situação Atual e Perspectivas. Nota Técnica”. *Boletim de Conjuntura*. n.59. São Paulo: IPEA, out./nov. 2002.

PEREZ, Marcos Augusto. *O Risco no Contrato de Serviço Público*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

PICCININI, Serrão Maurício; PIRES, José Claudio Linhares. *A Regulação dos Setores de Infra-Estrutura no Brasil*. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/conhecimento/livro/eco_90_07.pdf>.

PINHEIRO, Armando Castelar (Org.). *Judiciário e Economia no Brasil*. São Paulo: Sumaré, 2000.

PINTO, Victor Carvalho. *A Privatização do Saneamento Básico*. Disponível em: <www.senado.gov.br/conleg/artigos/direito/APrivatizacaodoSaneamentoBasico.pdf>.

PORTO NETO, Benedicto. *Concessão de Serviço Público no Regime da Lei 8.987/95*. São Paulo: Malheiros, 1998.

RIBEIRO, Maurício Portugal; PRADO, Lucas Navarro. *Comentários à Lei de PPP - Parceria Público-Privada*. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

RIGOLON, Francisco José Zagari. *Regulação da Infra-Estrutura. A Experiência Recente no Brasil*. Disponível em: <<http://www.bndes.gov.br/conhecimento/revista/rev705.pdf>>.

SANTOS, Rodolfo Torres. “Análise Econômica de Contratos: Elementos para Discussão em Setores de Infra-Estrutura”. *Revista do BNDES*. vol.11, n.21. Rio de Janeiro, jun. 2004.

SEN, Amartya Kumar. *Desenvolvimento como Liberdade*. Tradução de Laura Teixeira Motta. Revisão técnica de Ricardo Doniselli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SILVA, Almiro Couto e. “Privatização no Brasil e o Novo Exercício de Funções Públicas por Particulares. Serviço Público à Brasileira?” *Revista de Direito Administrativo*. n.230. Rio de Janeiro, out./dez. 2002.

SILVA, Eduardo Fernandez. “Qual é o Equilíbrio Econômico e Financeiro dos Contratos de Concessão de Serviços Públicos? Uma Introdução”. *Cadernos Aslegis*. n.32. Brasília, set./dez. 2007.

SILVA, J. M. Pereira da. *História da Fundação do Império Brasileiro*. Tomo 1. Rio de Janeiro: Garnier, 1864.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Desestatização - Privatização, Concessões e Terceirizações*. 2ªed. Rio de Janeiro: Limen Iuris, 1999.

_____. “Gestão Alternativa de Serviços Públicos”. *Revista de Direito Administrativo*. n.219. Rio de Janeiro, jan./mar. 2000.

_____. *Direito Administrativo das Parcerias*. Rio de Janeiro: Limen Iuris, 2005.

SUNDFELD, Carlos Ari; VIEIRA, Oscar Vilhena (Coords.). *Direito Global*. São Paulo: Max Limonad, 1999.

_____. “A Regulação das Telecomunicações: papel a atual tendências”. *Revista Diálogo Jurídico*. Ano I, vol.I, n.3. Salvador, jun. 2001.

_____. *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. (Coord). *Parcerias Público Privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005.

TÁCITO, Caio. “O Equilíbrio Financeiro na Concessão de Serviço Público”. *Revista de Direito Administrativo*. v.65. Rio de Janeiro, jul./set. 1961.

_____. “O Retorno do Pêndulo: A Reforma do Estado e a Modernidade Administrativa”. *Revista de Direito Administrativo*. n.215. Rio de Janeiro, s/d.

_____. “Serviço de Transporte Coletivo, Tarifas, Equilíbrio Financeiro, Parecer”. *Revista de Direito Administrativo*. n.169. Rio de Janeiro, jul./set. 1987.

_____. “Concessão de Transporte Aéreo - Ruptura do Equilíbrio Econômico-Financeiro do Contrato. Indenização reparatória à concessionária”. *Boletim de Direito Administrativo*. São Paulo: Editora NDJ, out. 1997.

_____. *Temas de Direito Administrativo*. 2ªed. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

VICENT-JONES, Peter. *The New Public Contracting. Regulation Responsiveness, Relationality*. New York: Oxford, 2006.

WALD, Arnoldo. “Renascimento do Instituto da Concessão”. *Revista de Direito Administrativo*. n.171. Rio de Janeiro, jan./mar, 1988.

WALD, Arnoldo; WALD, Alexandre de M.; MORAES, Luiza Rangel de. *O Direito de Parceria e a Lei de Concessões*. São Paulo: Saraiva, 2003.

Referências Legislativas

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 571572/BA. Recorrente: Telemar Norte Leste S/A. Recorrida: Albérico Sampaio do Lago Pedreira. Relator: Min. Gilmar Mendes. 13 de fevereiro de 2009. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 388.616/SP. Agravante: Transportes Coletivos Brasília S/A – Massa Falida; Agravado: Município de Presidente Prudente. Relator: Min. Ellen Gracie. 03 de fevereiro de 2006. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo de Instrumento 574.845/MG. Agravante: Transrosa Ltda. e Outro. Agravado: Estado de Minas Gerais e Departamento de Estradas de Rodagem do Estado de Minas Gerais – DER/MG. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. 07 de fevereiro de 2006. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade (MC) n. 436-1/DF. Requerente: Confederação Nacional dos Transportes. Requeridos: Governador do Estado de Santa Catarina e Assembléia Legislativa do Estado de Santa Catarina. Relator: Min. Octavio Gallotti. 12 de fevereiro de 1993. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.052-2/RS. Requerente: Confederação Nacional dos Transportes. Requeridos: Assembléia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Francisco Rezek. 23 de setembro de 1994. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 903-6/MG. Requerente: Confederação Nacional dos Transportes - CNT. Requeridos: Assembléia Legislativa do Estado de Minas Gerais. Relator: Min. Celso de Mello. 24 de outubro de 1997. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade (MC) n. 2.299-7/RS. Requerente: Governador do Estado do Rio Grande do Sul. Requeridos: Assembléia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Moreira Alves. 29 de outubro de 2003. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade (MC) n. 2.337-3/SC. Requerente: Governador do Estado de Santa Catarina. Requeridos: Assembléia Legislativa do Estado de Santa Catarina. Relator: Min. Celso de Mello. 21 de junho de 2002. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.733-6/ES. Requerente: Governador do Estado do Espírito Santo. Requeridos: Assembléia Legislativa do Estado do Espírito Santo. Relator: Min. Eros Grau. 03 de fevereiro de 2006. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.225-9/RJ. Requerente: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Requeridos: Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Cezar Peluso. 26 de outubro de 2007. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.768-4/DF. Requerente: Associação Nacional das Empresas de Transportes Urbanos - NTU. Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Min. Cármen Lúcia. 26 de outubro de 2007. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Segurança n. 688/MA. Requerente: Estado do Maranhão. Requeridos: Relator do Mandado de Segurança nº 01671/94 do Tribunal de Justiça do Estado do Maranhão. Relator: Min. Octavio Gallotti. 31 de agosto de 1994. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Segurança n. 3052/DF. Requerente: Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT. Requeridos: Relator do Mandado de Segurança nº 2006.01.00.043354-2 do Tribunal Regional

Federal da 1ª Região. Relator: Min. Ellen Gracie. 01 de fevereiro de 2007. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Tutela Antecipada n. 280/PR. Requerente: Caminhos do Paraná S/A e Outros. Requeridos: Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Relator: Min. Gilmar Mendes. 22 de outubro de 2008. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Segurança n. 3.032/SP. Requerente: Estado de São Paulo. Requerido: Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo. Relator: Min. Ellen Gracie. 01 de fevereiro de 2007. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Segurança n. 3.049/SP. Requerente: Concessionária Ecovia dos Imigrantes S/A. Requerido: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Min. Marco Aurélio. 01 de fevereiro de 2007. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Liminar n. 34/DF. Requerente: Telemar Norte Leste S/A e Outros. Requerido: Juiz Federal da 2ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal. Relator: Min. Maurício Corrêa. 24 de março de 2004. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição n. 2351/RJ. Requerente: Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL. Requerido: Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Relator: Min. Marco Aurélio. 15 de agosto de 2001. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 191.532/SP. Recorrente: Município de Jaboticabal. Recorrido: Transcojal – Transportes Coletivos Jaboticabal Ltda. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. 29 de agosto de 1997. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição n. 2242/RS. Requerente: Estado do Rio Grande do Sul e Outro. Requerido: Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Relator: Min. Marco Aurélio. 21 de maio de 2002. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar no Mandado de Segurança n. 23761/DF. Impetrante: Concessionária da Rodovia Presidente Dutra S/A. Impetrado: Tribunal de Contas da União. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. 26 de setembro de 2000. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Liminar n. 142/PR. Requerente: Rodovias Integradas do Paraná S/A. Requerido: Relator do AI nº 381.520-1 do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Relator: Min. Ellen Gracie. 26 de março de 2007. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Liminar n. 153/SP. Requerente: Município de Elisiário. Requerido: Jotec Construtora Ltda. Relator: Min. Ellen Gracie. 18 de abril de 2007. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Liminar n. 216/SP. Requerente: Município de Tabapuã. Requerido: Tribunal De Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Min. Ellen Gracie. 18 de março de 2008. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Liminar n. 274/PR. Requerente: Empresa Concessionária de Rodovias do Norte S/A - ECONORTE. Requerido: Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Relator: Min. Gilmar Mendes. 02 de fevereiro de 2009. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Suspensão de Segurança n. 1.524/RJ. Requerente: Estado do Rio de Janeiro. Requerido: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Carlos Velloso. 17 de dezembro de 1999. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental na Suspensão de Segurança n. 1524/RJ. Requerente: Estado do Rio de Janeiro. Requerido: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Carlos Velloso. 17 de fevereiro de 2000. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 537.456/RJ. Requerente: Estado do Rio de Janeiro. Requerido: Coesa Transporte Ltda. e Outros. Relator: Min. Cezar Peluso. 23 de maio de 2008. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 973.283/PB. Recorrente: Telemar Norte Leste S/A; Recorrida: Sandra Maria Costa Silva. Relator: Min. José Delgado. 03 de dezembro de 2007. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental na Suspensão de Segurança n. 216/RN. Agravante: Município de Antônio Martins. Agravado: Companhia Energética do Rio Grande do Norte - COSERN. Relator: Min. Edson Vidigal. 10 de abril de 2006. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.036.696/MG. Agravante: Sérgio Luiz de Freitas. Agravado: Telemar Norte Leste S/A. Relator: Min. Denise Arruda. 03 de setembro de 2008. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 572.070/PR. Recorrente: Brasil Telecom S/A; Recorrida: Coordenadoria de Proteção e Defesa do Consumidor de Cornélio Procópio - PROCON. Relator: Min. João Otávio de Noronha. 14 de junho de 2004. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 362.816/ES. Recorrente: Estado do Espírito Santo; Recorrida: Viação Grande Vitória Ltda. e Outros. Relator: Min. Francisco Falcão. 30 de setembro de 2002. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 120.113/MG. Recorrente: Empresa São Jorge S/A; Recorrida: Estado de Minas Gerais. Relator: Min. Humberto Gomes de Barros. 14 de agosto de 2000. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 403.905/MG. Recorrente: Transrosa Ltda. e Outros; Recorrida: Departamento de Estradas de Rodagem do Estado de Minas Gerais – DER/MG. Relator: Min. José Delgado. 06 de maio de 2002. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 341.575/MG. Recorrente: Gematur Transportes Urbanos Ltda.; Recorrida: Departamento de Estradas de Rodagem do Estado de Minas Gerais – DER/MG. Relator: Min. Humberto Gomes de Barros. 23 de setembro de 2002. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 443.796/MG. Recorrente: Transbus Transportes Ltda.; Recorrida: Departamento de Estradas de Rodagem do Estado de Minas Gerais – DER/MG. Relator: Min. Franciulli Netto. 03 de novembro de 2003. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 406.712/MG. Recorrente: Viação Serra Verde Ltda.; Recorrida: Departamento de Estradas de Rodagem do Estado de Minas Gerais – DER/MG. Relator: Min. João Otávio de Noronha. 18 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 739.987/MG. Recorrente: Belacap Coletivos Urbanos Ltda. e Outros. Recorridos: Departamento de Estradas de Rodagem do Estado de Minas Gerais – DER/MG. Relator: Min. Francisco Falcão. 20 de setembro de 2005. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 839.111/MG. Recorrente: Viação São Geraldo Ltda. e Outros; Recorrida: Empresa de Transportes e Trânsito de Belo Horizonte S/A – Bhtrans. Relator: Min. Denise. 11 de outubro de 2007. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 751.147/MG. Recorrente: Viação Globo Ltda. e Outros. Recorridos: Departamento de Estradas de Rodagem do Estado de Minas Gerais – DER/MG e Empresa de Transportes e Trânsito de Belo Horizonte S/A – Bhtrans. Relator: Min. Castro Meira. 25 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 410.367/MG. Recorrente: Coletivo Venda Nova Ltda. e Outros; Recorrida: Departamento de Estradas de Rodagem do Estado de Minas Gerais – DER/MG. Relator: Min. Eliana Calmon. 02 de dezembro de 2002. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 400.007/MG. Recorrente: Coletivo São Lucas Ltda. e Outros; Recorrida: Departamento de Estradas de Rodagem do Estado de Minas Gerais – DER/MG. Relator: Min. Eliana Calmon. 07 de abril de 2003. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n. 437.620/MG. Agravante: Auto Viação Pioneira Ltda. e Outros. Agravado: Departamento de Estradas de Rodagem do Estado de Minas Gerais – DER/MG, Estado de Minas Gerais, Município de Belo Horizonte e Empresa de Transportes e Trânsito de Belo Horizonte S/A – Bhtrans. Relator: Min. Teori Albino Zavascki. 01 de julho de 2004. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 331.073/MG. Recorrente: Transportes Coletivos Belo Horizonte Ltda. e Outros; Recorridos: Departamento de Estradas de Rodagem do Estado de Minas Gerais – DER/MG, Estado de Minas Gerais, Município de Belo Horizonte e Empresa de Transportes e Trânsito de Belo Horizonte S/A – Bhtrans. Relator: Min. Garcia Vieira. 04 de fevereiro de 2002. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n. 327.212/MG. Agravante: Auto Viação Santo Agostinho Ltda. e Outro. Agravado: Departamento de Estradas de Rodagem do Estado de Minas Gerais – DER/MG, Estado de Minas Gerais, Município de Belo Horizonte e Empresa de Transportes e Trânsito de Belo Horizonte S/A – Bhtrans. Relator: Min. José Delgado. 22 de outubro de 2001. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n. 431.424/MG. Agravante: Viação São Geraldo e Outros. Agravado: Departamento de Estradas de Rodagem do Estado de Minas Gerais – DER/MG, Estado de Minas Gerais, Município de Belo Horizonte e Empresa de Transportes e Trânsito de Belo Horizonte S/A – Bhtrans. Relator: Min. Francisco Falcão. 08 de setembro de 2003. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 883.161/MG. Recorrente: Auto Aviação Pioneira Ltda. e Outros; Recorrida: Empresa de Transportes e Trânsito de Belo Horizonte S/A – Bhtrans. Relator: Min. Humberto Martins. 08 de março de 2007. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 821.008/MG. Recorrente: Viação Santa Edwiges Ltda. e Outros; Recorrida: Empresa de Transportes e Trânsito de Belo Horizonte S/A – Bhtrans. Relator: Min. José Delgado. 02 de outubro de 2006. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento 668.974/MG. Agravante: Coletivos Asa Norte Ltda. e Outros. Agravado: Departamento de Estradas de Rodagem do Estado de Minas Gerais – DER/MG. Relator: Min. José Delgado. 15 de agosto de 2005. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento 668.974/MG. Agravante: Coletivos Asa Norte Ltda. e Outros. Agravado: Departamento de Estradas de Rodagem do Estado de Minas Gerais – DER/MG. Relator: Min. José Delgado. 12 de maio de 2005. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 628.806/DF. Recorrente: Ministério Público Federal, União, VARIG S/A – Viação Aérea Rio-Grandense. Recorridos: Os mesmos. Relator: Min. Francisco Falcão. 21 de fevereiro de 2005. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 32.534/DF. Recorrente: União Federal. Recorridos: Fundação Transbrasil e Outros. Relator: Min. Cesar Asfor Rocha. 30 de setembro de 1996. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 183180-4 – DF. Recorrente: União Federal; Recorrida: Transbrasil S/A Linhas Aéreas. Relator: Min. Octavio Gallotti. 01 de agosto de 1997. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento 576.697/RS. Agravante: Departamento Autônomo de Estradas de Rodagem do Estado do Rio Grande do Sul - DAER/RS. Agravado: Expresso Rio Guaíba Ltda. Relator: Min. Luiz Fux. 01 de julho de 2004. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso em Mandado de Segurança n. 3.161/RJ. Recorrente: Sindicato das Empresas de Transportes de Passageiros de Campos. Recorridos: Município de Campos dos Goytacazes - RJ. Relator: Min. Demócrito Reinaldo. 11 de outubro de 1993. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 362.938/MS. Recorrente: Expresso Queiroz Ltda. Recorridos: Estado de Mato Grosso do Sul. Relator: Min. Garcia Vieira. 22 de abril de 2002. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 622.442/RJ. Recorrente: Rápido Macaense Ltda. Recorridos: Município de Macaé. Relator: Min. Francisco Falcão. 30 de março de 2004. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 13.084/CE. Recorrente: Sindicato das Empresas de Transportes de Passageiros de do Estado do Ceará - Sindionibus. Recorridos: Estado do Ceará. Relator: Min. José Delgado. 01 de julho de 2002. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 14.865/RJ. Recorrente: Sindicato das Empresas de Transportes de Passageiros de Nova Iguaçu - RJ e outros. Recorridos: Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Luiz Fux. 11 de novembro de 2002. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental na Suspensão de Segurança n. 1.404/DF. Agravante: Ministério Público Federal. Agravado: Abrati Associação Brasileira das Empresas de Transporte Terrestre de Passageiros. Relator: Min. Edson Vidigal. 06 de dezembro de 2004. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental na Suspensão de Segurança n. 1.411/DF. Agravante: União. Agravado: Abrati Associação Brasileira das Empresas de Transporte Terrestre de Passageiros. Relator: Min. Edson Vidigal. 06 de dezembro de 2004. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental na Suspensão de Segurança n. 79/SP. Agravante: Município de Barueri. Agravado: BB Transporte e Turismo Ltda. Relator: Min. Edson Vidigal. 29 de agosto de 2005. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 677.872/PR. Recorrente: Viação Aérea São Paulo S/A - VASP. Recorridos: Ministério Público Federal. Relator: Min. Nancy Andrighi. 08 de maio de 2006. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 890.796/RJ. Recorrente: Viplan Viação Planalto Ltda. Recorridos: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. Relator: Min. Herman Benjamin. 17 de novembro de 2008. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental na Suspensão de Liminar n. 73/PR. Agravante: Rodovias Integradas do Paraná S/A. Agravado: Estado do Paraná. Relator: Min. Edson Vidigal. 23 de agosto de 2004. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental na Suspensão de Liminar n. 74/PR. Agravante: Empresa Concessionária de Rodovias do Norte S/A - Econorte. Agravado: Estado do Paraná. Relator: Min. Edson Vidigal. 23 de agosto de 2004. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental na Suspensão de Liminar n. 75/PR. Agravante: Rodonorte – Concessionária de Rodovias Integradas S/A. Agravado: Estado do Paraná. Relator: Min. Edson Vidigal. 23 de agosto de 2004. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental na Suspensão de Liminar n. 76/PR. Agravante: Concessionária Ecovia Caminho do Mar S/A. Agravado: Estado do Paraná. Relator: Min. Edson Vidigal. 20 de setembro de 2004. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental na Suspensão de Liminar e de Sentença n. 174/PR. Agravante: Ministério Público Federal. Agravado: Caminhos do Paraná S/A. Relator: Min. Edson Vidigal. 10 de abril de 2006. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental na Suspensão de Liminar e de Sentença n. 137/DF. Agravante: Companhia Estadual de Energia Elétrica - CEEE. Agravado: Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL. Relator: Min. Edson Vidigal. 10 de abril de 2006. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental na Suspensão de Liminar e de Sentença n. 162/PE. Agravante: Ministério Público Federal. Agravado: Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL. Relator: Min. Edson Vidigal. 01 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Petição n. 1.460/RJ. Requerente: Agência Nacional de Telecomunicações - ANATEL. Requerido: Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Relator: Min. Paulo Costa Leite. 04 de setembro de 2001. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental na Suspensão de Liminar n. 57/DF. Agravante: Telemar Norte Leste S/A e Outros. Agravados: Sercomtel S/A Telecomunicações e Outros. Relator: Min. Edson Vidigal. 06 de setembro de 2004. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Petição n. 2348/RS. Requerente: Concessionária de Rodovias - CONVIAS. Requerido: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Relator: Min. Marco Aurélio. 04 de fevereiro de 2002. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental na Suspensão de Liminar e de Sentença n. 231/RJ. Agravante: Ministério Público Federal. Agravado: Rodoviária A Matias Ltda. Relator: Min. Barros Monteiro. 29 de maio de 2006. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Suspensão de Liminar e de Sentença n. 306/BA. Requerente: Município de Ilhéus. Requerido: Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Relator: Min. Barros Monteiro. 04 de setembro de 2006. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Recurso Especial n. 973.766/MA. Recorrente: Município de São Luís. Recorridos: Sindicato das Empresas de Transporte de Passageiros de São Luís. Relator: Min. Francisco Falcão. 19 de dezembro de 2007. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 884.732/RJ. Recorrente: Concessionária Rodovia dos Lagos S/A. Recorridos: Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Luiz Fux. 27 de agosto de 2007. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 435.948/RS. Recorrente: Companhia Estadual de Energia Elétrica - CEEE. Recorridos: União. Relator: Min. Teori Albino Zavascki. 26 de setembro de 2005. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 536.435-7/RS. Recorrente: União. Recorrido: Companhia Estadual de Energia Elétrica - CEEE. Relator: Min. Menezes Direito. 26 de fevereiro de 2009. Disponível em: <http://www.stf.gov.br>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental na Suspensão de Liminar e de Sentença n. 735/DF. Agravante: Ministério Furnas Centrais Elétricas S/A. Agravado: Agência Nacional de Energia Elétrica - ANEEL. Relator: Min. Barros Monteiro. 05 de maio de 2008. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental na Suspensão de Liminar e de Sentença n. 20/PE. Agravante: Joalina Transportes S/A. Agravado: Município de Petrolina. Relator: Min. Edson Vidigal. 06 de dezembro de 2004. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Suspensão de Liminar e de Sentença n. 152/AM. Requerente: Viman Viação Manauense Ltda. e Outros. Requerido: Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas. Relator: Min. Edson Vidigal. 02 de agosto de 2005. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 885.357/SP. Agravante: Viação Suzano. Agravado: Município de Suzano. Relator: Min. José Delgado. 08 de novembro de 2007. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Suspensão de Liminar e de Sentença n. 1020/MG. Requerente: Companhia de Saneamento do Estado de Minas Gerais - COPASA. Requerido: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Relator: Min. Cesar Asfor Rocha. 05 de março de 2009. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Suspensão de Liminar n. 34/PR. Requerente: Empresa Concessionária de Rodovias do Norte S/A - ECONORTE. Requerido: Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Relator: Min. Nilson Naves. 02 de outubro de 2003. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental na Suspensão de Liminar n. 34/PR. Agravante: Município de Ribeirão Claro. Agravado: Empresa Concessionária de Rodovias do Norte S/A - ECONORTE. Relator: Min. Nilson Naves. 20 de setembro de 2004. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Suspensão de Liminar n. 108/RS. Requerente: Concessionária Rodovias Rodosul S.A. Requerido: Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Relator: Min. Edson Vidigal. 03 de abril de 2004. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Suspensão de Segurança n. 1244/SP. Requerente: Município de Indaiatuba. Requerido: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Relator: Min. Nilson Naves. 16 de setembro de 2003. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento n. 364162/RJ. Agravante: Estado do Rio de Janeiro. Agravado: Auto Viação Jurema S.A. Relator: Min. Francisco Falcão. 19 de junho de 2001. Disponível em: www.stj.gov.br.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental na Suspensão de Liminar n. 1.021/SC. Agravante: Companhia Catarinense de Águas e Saneamento - CASAN. Agravado: Empresa Município de Timbó. Relator: Min. Nilson Naves. 26 de maio de 2003. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental na Suspensão de Segurança n. 1.307/PR. Agravante: Companhia de Saneamento do Paraná - SANEPAR. Agravado: Município de Andirá. Relator: Min. Edson Vidigal. 06 de dezembro de 2004. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental na Suspensão de Segurança n. 1.072/GO. Agravante: Saneamento de Goiás S/A - SANEAGO. Agravado: Município de Catalão. Relator: Min. Nilson Naves. 29 de setembro de 2003. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental na Medida Cautelar n. 12.881/SP. Agravante: Município de Guariba. Agravado: Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo - SABESP. Relator: Min. Eliana Calmon. 29 de agosto de 2007. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental na Suspensão de Liminar e de Sentença n. 360/SC. Agravante: Companhia Catarinense de Águas e Saneamento - CASAN. Agravado: Empresa Municipal de Água e Saneamento de Balneário Camboriú - EMASA. Relator: Min. Barros Monteiro. 11 de fevereiro de 2008. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental na Suspensão de Liminar e de Sentença n. 802/SP. Agravante: Companhia de Saneamento Básico do Estado de São Paulo - SABESP. Agravado: Município de Cajobi. Relator: Min. Barros Monteiro. 10 de abril de 2008. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Suspensão de Liminar e de Sentença n. 1.025/SC. Requerente: Município de Barra Velha. Requerido: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Relator: Min. Cesar Asfor Rocha. 18 de março de 2009. Disponível em: <http://www.stj.gov.br>.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)