

A RECENTE JURISPRUDÊNCIA RELATIVA AOS CONTRATOS DE CONCESSÃO

ARNOLDO WALD

I — O *déficit* brasileiro de infra-estrutura

Muito se tem escrito a respeito da necessidade de crescimento do país e dos seus principais entraves. Os juros altos e a excessiva carga tributária são, em geral, apontados como os maiores culpados pela relativa estagnação econômica do país. Mas este trabalho pretende cuidar de um problema que está por trás da grande maioria dos entraves à economia brasileira, e cuja superação é condição *sine qua non* para que o país cresça: as deficiências dos serviços públicos ditos de *infra-estrutura*, como energia, telecomunicações, transporte e saneamento.

Não é difícil perceber que o país não dispõe da infra-estrutura necessária para crescer da forma e na velocidade desejadas. Com efeito, não faz muito tempo, o Brasil viveu uma crise aguda no setor energético, que paralisou a economia e causou transtornos à vida de todos os cidadãos. Além disso, a adequada distribuição de água e a democratização do acesso ao saneamento básico continuam sendo problemas sem solução.

No que diz respeito diretamente ao funcionamento da economia, porém, a situação de calamidade da infra-estrutura brasileira traduz-se sobretudo no setor de transporte: ferrovias, portos, hidrovias e, em particular, rodovias extremamente deficientes. De nada adianta buscar safras recordes ou aumentar a atividade industrial e as exportações, se não há como escoar a produção até os mercados consumidores, inclusive o mercado internacional.

No Brasil, para exemplificar, 63% do transporte da produção é feito por rodovias. No entanto, cerca de 80% das estradas brasileiras são classificadas como deficientes, ruins ou péssimas. Pode-se afirmar, portanto, que um dos principais gargalos ao desenvolvimento está nas estradas mal conservadas e

congestionadas, causadoras de diversos obstáculos à produção e à exportação, como atrasos no embarque de mercadorias, aumentos no preço dos fretes etc. Constituem deficiências estruturais que geram o que se convencionou chamar de “custo Brasil”: encarecem a produtividade e desfavorecem a competitividade das empresas que atuam no país, revertendo-se, em última análise, em baixas taxas de crescimento econômico e todos os problemas sociais daí decorrentes.

II — A necessária parceria com o setor privado

Do intenso debate político-econômico travado nos últimos anos — não só no Brasil como em praticamente todo o mundo — resultou razoavelmente pacífica a conclusão de que os governos, especialmente os de países em desenvolvimento como o nosso, precisam contar com o capital da iniciativa privada para realizar os investimentos necessários à infra-estrutura. Com efeito, a impossibilidade de continuar financiando as despesas estatais mediante a emissão de moeda — dentro de um clima inflacionário — juntamente com a progressão geométrica das necessidades sociais fizeram com que o modelo tradicional da prestação de todos os serviços públicos diretamente pelo Estado, inclusive por meio das empresas públicas ou de economia mista, tornasse-se obsoleto. Nesse sentido, afirmou Peter Drucker¹:

“A privatização é a única maneira de assegurar-se de que as necessidades de infra-estrutura serão satisfeitas. Nenhum governo do mundo hoje dispõe de recursos suficientes para fazê-lo por conta própria, seja através de taxaço ou de empréstimos. Contudo, o capital está aí, em abundância, como também as oportunidades para investimentos lucrativos.”

Igualmente, registrou Henry Lesguillons²:

“Somente se atenderá às necessidades da sociedade contemporânea no tocante à infra-estrutura e aos serviços mediante uma aliança audaciosa e bem articulada do setor público e do setor privado. Cada parceiro, no fundo, deve doravante fazer o inventário do que é realmente fundamental na sua missão e assumir plenamente o seu papel, todo o seu papel e nada além dele.”

De fato, a privatização dos serviços, de infra-estrutura permite que o investimento público se concentre nas atividades não rentáveis, em particular saúde e educação. Mas não é só. Num mundo dinâmico, no qual a tecnologia e o atendimento de massas exigem cada vez mais recursos e uma gestão especializada eficiente, a opção pela desestatização de serviços de infra-estrutura revelou-se a *única* alternativa viável. A distribuição de energia, a conservação e multiplicação das estradas, a ampliação e renovação da rede de tele-

comunicações, a solução adequada dos problemas de fornecimento da água e de saneamento em todo o território nacional pressupõem recursos financeiros e tecnologias adiantadas que o Estado simplesmente não dispõe³.

III — A política brasileira de concessões e parcerias com a iniciativa privada

Por longo tempo, durante o Estado Novo e até a década de 1980, o Brasil preferiu buscar recursos para custear seus gastos com serviços de infra-estrutura sob a forma de empréstimos internacionais, em lugar de acolher e incentivar investimentos estrangeiros no país. Ocorre, porém, que, embora as concessões de serviços públicos a empresas privadas estrangeiras também ensejem, naturalmente, remessa de lucros ao exterior, apresentam vantagens incontestáveis sobre os empréstimos internacionais. A uma, os frutos do capital só sairão do Brasil se efetivamente houver lucros, o que pressupõe a realização de uma atividade eficiente e fecunda no país. A duas, as concessões ensejam normalmente a utilização de mão-de-obra nacional e de produtos aqui produzidos. A três, o destino do investimento não é o pagamento de débitos passados, mas a criação de riqueza para o presente e para o futuro.

Por essas razões, na década de 1990, o Estado brasileiro decidiu implementar uma série de reformas econômicas estruturais visando fundamentalmente a incentivar investimentos no país — política esta que se mantém até hoje, com o novo Governo, como será abordado mais adiante. Aprovou-se um conjunto de emendas constitucionais e leis ordinárias que consubstanciaram um amplo programa de privatização de serviços e atividades até então inadequadamente desempenhadas pelo Estado, especialmente no setor de infra-estrutura.

A privatização, como se sabe, operou-se sob diversas formas⁴. As duas mais importantes, para os fins deste estudo, foram: (i) a concessão de obras e serviços públicos a empresas privadas e (ii) a implantação, nas sociedades de economia mista, de um sistema de acordos de acionistas que garantiam ao investidor privado, acionista minoritário, uma participação no controle da empresa, mediante o pagamento de ágio sobre o valor de mercado das ações.

Assim, além da aprovação do Programa Nacional de Privatização (Lei nº 8.031, de 12.04.90, depois substituída pela Lei nº 9.491, de 09.09.97, que aliás foi seguida de normas semelhantes em âmbito estadual), bem como de diversas leis específicas que trataram da concessão de serviços públicos em setores determinados, como telecomunicações (Lei nº 9.472, de 16.07.97), petróleo (Lei nº 9.478, de 06.08.97) e energia (Lei nº 9.247, de 26.12.96), foram

revistas e editadas novas normas gerais sobre a concessão de serviços públicos (Leis nºs 8.987, de 13.02.95 e 9.074, de 07.07.95).

Nasceu, desse modo, um novo direito administrativo, que ficou conhecido como *direito de parceria*⁵. Foram alterações político-legislativas importantes e oportunas que renovaram e flexibilizaram a atuação do Estado, dando-lhe maiores recursos e, ao mesmo tempo, reduzindo substancialmente suas despesas. Veicularam, além do conteúdo específico, uma inovação cultural que pôs fim ao reinado dos chamados “donos do poder”, ou seja, do patronato que, mesmo sem prestar serviços satisfatórios ou desempenhar atividades de forma eficiente, injustificadamente recebia as verbas dos empréstimos tomados pelo governo lá fora e pagos, diretamente ou indiretamente, por toda a sociedade⁶.

IV — A ameaça à viabilidade das concessões e parcerias com a iniciativa privada

A política de concessões de serviços públicos, principalmente de infraestrutura, permitiu realizar obras com dinheiro da iniciativa privada, criou um sistema de competição nos setores em que era isso possível e gerou condições para prestação de serviços mais eficientes — e a preços mais justos e transparentes. A mobilização de recursos aliada à modernização do gerenciamento das empresas vêm permitindo que o país recupere parte do seu relevante *deficit* de infra-estrutura. Não é demais lembrar, por exemplo, que, até bem pouco tempo atrás, enquanto em vários países do mundo já se tinha acesso a avançadas tecnologias de transmissão de informações, o brasileiro era obrigado a esperar anos para obter uma simples linha telefônica e a utilizar um serviço de péssima qualidade. Hoje, contudo, o país dispõe de um sistema de telefonia e de transmissão de dados eficiente, moderno e democratizado.

Nada obstante todo o esforço empreendido, determinados setores esparsos da sociedade e também certos agentes públicos — preocupados não com o país ou com o bem-estar da maioria, mas com sua orientação política individual — vêm pondo em risco a viabilidade do sistema de concessões de serviços públicos e de parcerias com o setor privado no Brasil.

A pretexto de proteger os usuários desses serviços, o Ministério Público, algumas associações e também certos Municípios e Governos Estaduais vêm patrocinando diversas ações judiciais questionando elementos *fundamentais* aos contratos de concessão hoje em vigor. Algumas demandas contestam, por exemplo, o direito de o concessionário de rodovias cobrar pedágio — sua única ou principal forma, frise-se, de remuneração pelos vultuosos recursos empre-

gados na recuperação das estradas. Outras ações contestam também o direito do concessionário de reajustar as tarifas com base nas cláusulas contratuais, impedindo a atualização do seu valor em virtude de defasagem monetária acarretada pela inflação. Há demandas que, ainda, pretendem simplesmente alterar o índice de reajuste previsto no contrato.

Não bastasse isso, certos Governos Estaduais — lamentavelmente, a maioria das vezes com único fito de desfazer o que foi feito pelo anterior ocupante do cargo — têm deixado de honrar diversos compromissos assumidos no edital de licitação ou no próprio contrato de concessão. Assim, entenderam por bem anular, por decreto, ou, sem mais nem menos, deixar de firmar os acordos de acionistas que transferiam ao investidor privado minoritário, direitos políticos nas sociedades de economia mista — por conta dos quais, aliás, o investidor havia injetado recursos nas empresas, pagando um ágio sobre o real valor de mercado de suas ações.

Tudo gerando, enfim, perante o investidor privado, nacional ou estrangeiro, um clima de grande *insegurança jurídica*, de *desrespeito aos contratos* e de *instabilidade institucional*, que, do ponto de vista econômico e social geral, só vem prejudicar os interesses dos milhões de brasileiros, e que, do ponto de vista jurídico, não pode ser admitido. É o que este artigo visa, justamente, a abordar.

Sem entrar em questões específicas — como a evidente inexigibilidade de vias alternativas para a cobrança de pedágio, a existência de desvio de finalidade dos atos administrativos que anulam acordos de acionistas, o cabimento de correção monetária consubstanciada no reajuste tarifário etc. —, pretende-se demonstrar que as decisões do Poder Executivo ou do Judiciário que alteram as regras do jogo, não promovem o verdadeiro interesse público e não observam princípios e regras fundamentais à preservação do Estado de Direito no Brasil.

V — Considerações sobre o “interesse público”

O principal argumento utilizado para embasar as ações judiciais e as decisões políticas narradas acima, é o de que o interesse público deve prevalecer sobre o particular. É cabível, portanto, antes de analisar as diversas ilicitudes consubstanciadas nesses descumprimentos, fazer uma breve consideração sobre o “interesse público” invocado.

Sob um prisma bastante restrito, poderia até parecer que há interesse público na redução das tarifas pagas pelos usuários de serviços ou na garantia

de liberdade irrestrita. Uma análise minimamente criteriosa do assunto afasta, todavia, qualquer conclusão séria neste sentido.

Não há dúvida de que seria muito bom se os cidadãos pudessem dispor de estradas asfaltadas e seguras ou de um sistema de telecomunicação moderno e eficiente, num passe de mágica, de graça ou a baixíssimo custo. A realidade, contudo, não é bem essa. A criação de uma infra-estrutura de serviços minimamente satisfatória custa dinheiro. E, como já se esclareceu, caso esses recursos provenham diretamente do Estado, das duas uma: ou o serviço deixa de ser prestado ou o custo é financiado por empréstimos tomados junto às instituições financeiras internacionais e pago — principal mais juros —, por toda a sociedade. No Brasil, até os anos 80, aliás, aconteciam as duas coisas: o Estado se endividava e também, mesmo assim, não conseguia prestar serviços de forma minimamente satisfatória.

Deve-se reconhecer, portanto, que há um interesse público mais geral, mais amplo — até porque atinge um número maior de cidadãos — na atração de investimento privado para a prestação dos serviços de infra-estrutura. As ações judiciais que se tem ajuizado em nome da “defesa do usuário” apenas enfocam o seu interesse *imediato e parcial* no pagamento de uma tarifa “módica”. A modicidade da tarifa, contudo, não é a única nem a principal finalidade perseguida pelo legislador e pelo constituinte. Pretendeu-se, ao contrário, também garantir o *acesso* e a *qualidade* do serviço, de modo a assegurar promover interesses de longo prazo não só dos próprios usuários mas também da sociedade em geral, com a esperança de que o preço seja o mais módico possível fixado no momento da contratação.

A análise do que seja “interesse público” deve ser feita, portanto, dentro de uma visão geral, sistêmica e dilatada. Já se teve oportunidade de sustentar que, no campo do direito privado, é preciso superar a equivocada idéia de que a função social ou interesse social significa sempre e necessariamente a proteção à parte economicamente mais fraca da relação contratual⁷. Nem sempre deverá ser favorecido o contratante débil, pois, como assevera Stefano Rodotà, “*a escolha deve ser feita de modo a assegurar prevaleça o interesse que se apresenta mais vantajoso em termos de custo social*”⁸. O mesmo raciocínio vale para o direito público. O atendimento do interesse público ou social, na área do direito administrativo, não constitui uma espécie de ação afirmativa em virtude da qual o usuário deve ser poupado de arcar com os custos do serviço. Se ele não fizer, a sociedade como um todo deve fazê-lo.

Atender ao interesse público significa tão-somente que a finalidade da lei ou do contrato não deve ser distorcida para favorecer uma das partes ou

um setor específico da população. A idéia básica de garantia do interesse público e social é o atendimento dos interesses da própria sociedade, da totalidade ou do maior grupo de interessados, que não é promovido pelo descumprimento generalizado dos contratos e pela fuga do investidor.

Desse modo, é preciso concluir que as regras constitucionais e legais que, de forma bastante inespecífica, tutelam o “interesse público” ou que estabeleçam fins genéricos como “modicidade tarifária” não constituem carta branca para que o Judiciário altere o contrato de concessão como bem entender, ou para que os governantes resolvam simplesmente descumprir, sem mais nem menos, os compromissos firmados com o particular. Tais atitudes, além de prejudicar o verdadeiro interesse público na atração de investimentos no setor produtivo do país, transgridem princípios e regras fundamentais da ordem jurídica brasileira, como será demonstrado a seguir.

VI — O respeito à livre iniciativa, à propriedade privada e ao equilíbrio econômico-financeiro dos contratos

Diferentemente do sistema anterior, em que as concessões eram outorgadas normalmente a empresas públicas ou de capital misto, numa relação que já foi definida como sendo incestuosa, as concessões de serviços públicos mais recentes, que são outorgadas à iniciativa privada, têm um caráter *contratual* inviolável⁹.

Efetivamente, a grande modificação da nova legislação, inspirada aliás na própria Constituição de 1988, foi a atribuição de um caráter contratual à concessão, limitando o poder da autoridade e impondo deveres estritos e direitos específicos ao concessionário. A nova fase do direito administrativo da concessão caracteriza-se sobretudo pela sua despolitização, impedindo as chamadas tarifas demagógicas ou confiscatórias, vinculando o conceito de modicidade ao equilíbrio econômico-financeiro e definindo adequadamente as responsabilidades do concessionário e as sanções que lhe podem ser aplicadas.

Como os recursos investidos agora são privados, a intervenção do Estado não mais pode ser arbitrária ou discricionária, mas deve ser baseada na lei. Há regras do jogo estabelecidas inicialmente que não podem ser aleatoriamente modificadas, o que não acontecia no passado. Por força do princípio fundamental da liberdade de iniciativa e do direito à propriedade privada, quem financia obras públicas necessita ter a contraprestação do seu investimento

(que é representada pelas tarifas cobradas dos usuários), devendo ser preservadas a confiança e a boa-fé.

A Constituição de 1988 reconhece o caráter especial do contrato de concessão e garante, de um lado, a livre iniciativa, a propriedade privada e o devido processo legal substantivo (entendido como assegurando todos os direitos fundamentais do contratado), e, de outro, consagra expressamente o equilíbrio econômico e financeiro do contrato, que é, há longo tempo, da tradição do nosso direito¹⁰.

O equilíbrio econômico-financeiro, também conhecido como equação econômico-financeira ou equação financeira, como afirmado por Hely Lopes Meirelles “*é a relação que as partes estabelecem inicialmente no ajuste, entre os encargos do contratante e a Retribuição da Administração, para a justa remuneração do seu objetivo*”¹¹. A doutrina estrangeira vai mais além considerando tal garantia um direito fundamental dos que contratam com o Estado¹² ou, ainda, um “*direito original do contratante da Administração*”¹³. Tal garantia encontra-se alçada ao plano constitucional (art. 37, XXI), que dispõe:

“Art. 37 (...)

XXI — *ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, o 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*”. (grifamos)

A teoria do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, vale ressaltar, é tema já há muito pacificado na doutrina administrativista, bem como na jurisprudência pátria¹⁴. Se o agente não tem acesso à receita, fica impossibilitado de cumprir as obrigações assumidas no contrato, gerando ao patrimônio público, danos graves e muitas vezes irreparáveis. Isso porque ou as tarifas cobradas pela prestação do serviço cobrem os custos e remuneram os serviços adequadamente, ou o poder concedente precisa suplementar a eventual diferença.

O que não se pode admitir é que o particular preste o serviço, que é obrigação do Estado, e não receba a justa remuneração. Além disso, como sempre registram os tratadistas, se assim não fosse, o Poder Público só encontraria aventureiros dispostos a atuar como concessionários, pois empresários sérios não se lançariam a tão arriscada empreitada, fazendo investimentos e assumindo compromissos sem um mínimo de segurança quanto à sua futura remuneração.

VII — Da preservação da boa-fé, da lealdade, da confiança, da moralidade, da economicidade e da eficiência

As modificações dos contratos de concessão pelo Judiciário, bem como a anulação ou a não implementação dos acordos de acionistas pelo Poder Público, são atos absolutamente contrários à ordem constitucional e infra-constitucional brasileira, especialmente pela ruptura de credibilidade que eles acarretam.

Agindo assim, o Estado brasileiro não só viola o princípio geral do direito de que *os pactos devem ser cumpridos*, como lesa a *boa-fé e a confiança* do investidor que participou do processo de licitação, celebrou contratos e empregou seus recursos no país. Os princípios da boa-fé, da confiança e da lealdade são normas que regem quaisquer relações negociais. Ao dever de atuar de boa-fé corresponde o direito de outrem de ver realizada a sua expectativa, ou seja, de não ser frustrada a confiança que depositou no co-contratante ou em terceiro.

Embora se tenham desenvolvido no âmbito do direito privado, não há nenhum motivo para se supor que esses princípios não sejam aplicáveis também às ações e contratos celebrados pelo Poder Público. Muito ao contrário, por sua própria natureza, o Estado tem uma obrigação ainda maior de atuar sempre e em qualquer circunstância com boa-fé, em obediência ao *princípio da moralidade* (art. 37, da Constituição).

O Superior Tribunal de Justiça tem reconhecido que o princípio da boa-fé também deve ser observado pela Administração, impedindo-a de reformular atos para atingir direitos de terceiros, que confiaram na regularidade do seu procedimento. Nesse contexto, destaque-se trecho de acórdão relatado pelo Ministro Ruy Rosado Aguiar:

“Sabe-se que o princípio da boa-fé deve ser atendido também pela administração pública, e até com mais razão por ela, e o seu comportamento nas relações com os cidadãos pode ser controlado pela teoria dos atos próprios, que não lhe permite voltar sobre os próprios passos depois de estabelecer relações em cuja seriedade os cidadãos confiaram”¹⁵.

Há, na realidade, diversas decisões relevantes reconhecendo que também o Estado deve observar, em suas relações com os particulares, o princípio da boa-fé, não servindo como justificativa, para a prática de atos arbitrários, a supremacia do interesse público sobre o privado. No ROMS nº 1883, o Superior Tribunal de Justiça entendeu que a concessão do mandado de segurança não podia ter efeitos patrimoniais pretéritos, conforme a jurisprudência sumulada. Transcreva-se parte do acórdão, cujo relator foi o Ministro Edson Vidi-

gal, acompanhado pelos Ministros Felix Fischer, Gilson Dipp e José Arnaldo da Fonseca:

*“Julgado que, aplicando esse entendimento, rejeita pedido diametralmente oposto a ele, está dispensado, porque o fez de forma implícita, da análise explícita da inconstitucionalidade da Lei 5.021/66, Art. 1º, embora fosse competente para tanto, na forma incidental, ademais de não poder alegar nulidade quem a ela deu causa”*¹⁶ (os grifos são nossos).

No recurso especial nº 300.116¹⁷, relatado pelo Min. Humberto Gomes de Barros, no que foi acompanhado pelos Min. José Delgado e Francisco Falcão, fixou-se a premissa de que o *“princípio da supremacia do interesse público sobre o privado não é de ordem absoluta”*, não podendo servir como fundamento para atos ilegais e arbitrários:

“De início, considerou-se a administração, livre para desfazer seus próprios atos, independentemente de qualquer cautela. Bastava a alegação de que o ato malsinado padecia de nulidade.

Mais tarde, surgiu a preocupação de se compatibilizar o princípio da autotutela da administração com aqueles outros relativos à segurança das relações jurídicas, no resguardo da boa-fé e do próprio interesse público.

(...) Percebe-se, assim, que a supremacia do interesse público sobre o privado deixou de ser um valor absoluto.

Tal princípio, muitas vezes prestou-se a deformações, servindo de justificativa para implantação de regimes ditatoriais, tornou-se necessário temperá-lo com velhas regras do Direito Privado, que homenageiam a boa-fé e a aparência jurídica.” (os grifos são nossos)

O mencionado acórdão adotou os fundamentos do parecer ministerial proferido nos autos com os seguintes termos¹⁸:

“O princípio da legalidade da administração constitui apenas um dos elementos do postulado do Estado de Direito. Tal postulado contém igualmente os princípios da segurança jurídica e da paz jurídica, dos quais decorre o respeito ao princípio da boa-fé do favorecido. Legalidade e segurança jurídica constituem dupla manifestação do Estado de Direito, tendo por isto, o mesmo valor e a mesma hierarquia.”

Ainda no âmbito do direito administrativo, cumpre ressaltar relevante acórdão relatado pelo Ministro Paulo Medina, no que foi acompanhado pelos Ministros Peçanha Martins, Eliana Calmon e Laurita Vaz que, além de ter condenado o Estado à reparação do dano patrimonial, condenou-o ainda ao pagamento de danos morais, por violação ao princípio da boa-fé e confiança¹⁹:

“O resultado danoso (o desfazimento do contrato e a dor psicológica imputada aos recorrentes) decorrentes do instrumento público falso (nexo

causal), estão a autorizar a condenação do Estado, fundada na responsabilidade civil deste.

Acresça-se que ao Estado incumbe a atuação fundada nos princípios da confiança e boa-fé, que devem pautar todas as relações travadas com os administrados. A conduta que importa violação desses deveres tem nítido caráter de ilicitude. Posto isso, provejo o recurso especial, entendendo cabível no caso a condenação do Estado do Mato Grosso do Sul ao pagamento de danos morais aos recorrentes.” (os grifos são nossos)

Não parece haver dúvidas de que o descumprimento dos contratos de concessão ou dos editais de licitação, seja diretamente pelo Poder Executivo ou por meio do Judiciário, violam, de forma drástica, princípios fundamentais como o de que os pactos devem ser cumpridos, boa-fé, confiança, lealdade e moralidade. Mas não é só. Essas atitudes são também *ineficientes e anti-econômicas*, por desrespeitarem a função social da propriedade, pelo que vedadas pela Constituição (arts. 5º, XXIII, 37 e 170). De fato, o descumprimento dos contratos e dos compromissos assumidos com o investidor privado, além de impedir a condução mais eficiente dos serviços, gera ao Estado enormes custos para a reparação dos prejuízos causados ao investidor pelo comportamento imprevisto e desleal.

VIII — Das recentes decisões dos tribunais superiores

Embora o Judiciário tenha, algumas vezes, acatado teses contrárias aos direitos das concessionárias²⁰, as Cortes Superiores brasileiras, em particular o Superior Tribunal de Justiça, têm rechaçado as tentativas de desrespeito aos contratos de concessão de serviços públicos já assinados e dos compromissos assumidos pelo Estado nos editais de licitação, garantindo a preservação do Estado de Direito, da segurança jurídica, e do respeito aos contratos.

A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, recentemente, proferiu decisão de extrema relevância sobre o assunto. Conquanto ainda não publicado o respectivo acórdão, o STJ, em decisão amplamente divulgada pela imprensa, manteve o índice de reajuste das tarifas de telefonia contratualmente previsto, por entender que os contratos de concessão devem ser respeitados para o bem do País. Fundamentando-se basicamente no princípio da segurança jurídica e no interesse social geral em atrair investimentos, o STJ entendeu por bem suspender a liminar que determinava às operadoras de telefonia a adoção do IPCA como índice de reajuste da tarifa, restabelecendo o indexador previsto no instrumento de concessão: o IGP-DI. A imprensa oficial do Tribunal divulgou a seguinte nota a esse respeito²¹:

“Por 12 votos a três os ministros que integram a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiram que o reajuste das tarifas de telefonia fixa de junho de 2003 terá como indexador o IGP-DI apurado pela Fundação Getúlio Vargas. Deste modo, fica cassada a decisão do juiz da 2ª Vara Federal de Brasília, Rodrigo Navarro, que determinou a aplicação do IPCA quando do aumento das tarifas no ano passado.

(...)

No julgamento desta quinta-feira (1º), os ministros do STJ firmaram entendimento quanto ao cumprimento dos contratos de concessão. Se mantido o IPCA para corrigir as tarifas, a Corte Especial estaria modificando os termos dos contratos assinados quando da privatização do Sistema Telebrás em 1998.”

Além disso, o mesmo Tribunal tem reconhecido que a quebra do equilíbrio dos contratos de concessão de rodovias, com a suspensão judicial do direito à cobrança ou ao reajuste de pedágio, despreza os vultosos investimentos feitos pela concessionária, causando perplexidade nos investidores, aumentando o risco Brasil, prejudicando o usuário que se buscou proteger e lesando a ordem pública administrativa. A propósito, manifestou-se recentemente a Corte Especial do STJ, em aresto relatado pelo eminente Min. Edson Vidigal:

“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 alteração unilateral do contrato por parte do poder concedente, pois, só é possível mediante a inequívoca demonstração de que a cláusula anteriormente firmada, com o decorrer do tempo, teria passado a afrontar o equilíbrio entre o lucro devido ao contratante e o atendimento ao interesse público, e desde que assegurados o contraditório e o devido processo legal, o que não se verifica neste caso. (...)

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’.”²²

Nessa linha, o Superior Tribunal de Justiça tem suspenso o efeito de liminares que sustam a cobrança de pedágio nas rodovias concedidas, com fulcro no art. 4º da Lei nº 8.437/92, para evitar risco à economia pública, como

fizeram os Mins. Edson Vidigal e Nilson Naves, nas decisões abaixo colacionadas:

*“Assim, há iminente risco à economia pública, na medida em que não sendo arrecadado pedágio na BR 116, entre o município de Nova Petrópolis-RS e a divisa estadual com o Estado de Santa Catarina, ficarão as estradas em completo abandono, o que imporá ao Estado do Rio Grande do Sul o ônus de conservar aquelas vias, às expensas do orçamento público já deficitário e no qual não houve prévia alocação de rubrica para honrar essas despesas.”*²³

*“Com efeito, a impossibilidade de a requerente cobrar pedágio dos usuários da rodovia em que é concessionária tem o condão de **causar desequilíbrio econômico-financeiro**, máxime tendo ela que despende recursos para a melhoria da rodovia alternativa.*

(...)

*Assim, resta configurada a afronta ao interesse público, porquanto, sem a receita advinda do preço público, poderá ser comprometida a manutenção das rodovias pelas quais a concessionária é responsável, resultando na falta de segurança daqueles que trafegam no local.”*²⁴

A respeito da necessidade e viabilidade das rotas alternativas às rodovias concedidas, também o Superior Tribunal já se manifestou:

“A princípio, a ‘rota de fuga’, se asfaltada pela Municipalidade, ocasionará evasão de pagamento do pedágio pelos usuários da SP-75, que, por lei e pelo contrato, estão sujeitos à contraprestação pecuniária dos serviços colocados à disposição pela concessionária dos usuários. Esta é obrigada a desembolsar quantias elevadas para executar as obras de Engenharia contratada. E a imposição contratual é irretratável, principalmente no que se refere ao alargamento de vias, construção de pontes, alças de acesso e extensão das rodovias.

*A concessionária, com base na equação econômico-financeira, tem como fonte primordial e essencial de recursos, a tarifa a ser paga pelos usuários. 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, com reflexos civis e eventualmente penais para as autoridades envolvidas, frente aos limites objeto da Lei de Responsabilidade Fiscal”*²⁵

O Superior Tribunal também entendeu que os acordos de acionistas já firmados pelo Poder Público não podem, por mudança na orientação política de Governo, simplesmente ser suspensos por decreto, ou seja, por decisão

unilateral. Confira-se, nesse sentido, voto da lavra da ilustre Min. Eliana Calmon, que apreciou um pedido de atribuição de efeito suspensivo a recurso ordinário em mandado de segurança, interposto contra ato do Governo do Paraná, que anulou acordo de acionistas firmado a propósito da privatização de companhia de saneamento do Estado:

“Entendo que os pactos e contratos firmados entre os órgãos públicos e os particulares, principalmente aqueles que envolvem altos investimentos e se dirigem à execução de serviços básicos, não podem ficar ao sabor de injunções políticas e ideológicas. Os contratos e acordos são firmados para a garantia de ambas as partes, não podendo o poder público, senão por razões emergenciais, romper unilateralmente as avenças.

Na hipótese dos autos o Estado, sem alegar emergência alguma, alterou unilateralmente por decreto, um acordo celebrado no governo antecedente, alegando ser ele ilegal e contrário aos interesses do Estado. (...)

A incerteza quanto à finalização da lide pendente aconselha que não se coloque em perigo o destino da empresa, com alterações irreversíveis no capital social da SENAPAR.

Assim sendo, por cautela e em nome da segurança jurídica, concedo a liminar nesta cautelar inominada, prestigiando o contrato (...). (MC nº 8.527-PR, J. 02.07.04).

Deve-se destacar, para concluir, a decisão do Presidente do Superior Tribunal de Justiça Ministro Édson Vidigal, ao apreciar, recentemente, o pedido de suspensão de segurança nº 1404. No caso, debatia-se a aplicabilidade da Lei nº 10.741/03 (Estatuto do Idoso) e de um decreto administrativo que, instituindo vagas destinadas a idosos em transporte interestadual sem indicação da fonte de custeio e de seus critérios, faziam com que as empresas de transporte ficassem sujeitas a arcar com os custos do benefício concedido pela lei. Pontuou a respeito da matéria tratada nesse trabalho ilustre Ministro, não sem alguma dose de humor:

“Dinheiro não dá em árvores. Por mais verdes que sejam, as folhas não se transmudam em Dólares. Nem nos Reais da nossa atual unidade monetária, que exhibe uma mulher cega, ar desolado de quem ganhou e logo perdeu a última olimpíada.

(...)

Ora, as leis terão que obedecer sempre à ordem constitucional, à lógica do Estado de Direito Democrático, o qual se funda em valores e em princípios, segundo a idéia de que a democracia há de buscar sempre o melhor para todos.

Assim, não pode haver, por exemplo, uma lei suprimindo o direito de propriedade. Nem uma lei em confronto, por exemplo, com o ato jurídico perfeito. Ou seja, com o que foi legalmente contratado.

Os transportes coletivos, rodoviários, ferroviários, aquaviários, marítimos, aéreos, se realizam por ações de empresas mediante contrato de concessão ou permissão do poder público. Essas concessões ou permissões têm prazo de validade, podendo ser canceladas, suspensas, renovadas ou não, tudo conforme os parâmetros de exigências reciprocamente pactuadas.

(...)

Claro que amparar o idoso, inclusive garantindo-lhe gratuidade nos transportes coletivos urbanos, é dever do Estado. (...) Do Estado, pessoa jurídica, que autoriza, concede ou permite, mediante um contrato, a linha de transporte.

Assim, o contrato de autorização, concessão ou permissão de uma linha de ônibus, por exemplo, há que prever — e isso está previsto desde a promulgação da Carta de 1988 — as formas de ressarcimento pelo Estado das despesas da empresa para o cumprimento dessa ordem constitucional.

Nossas relações econômicas se regem pelas regras do sistema capitalista, da economia de mercado, não sendo lícito ao Estado, em nome de uma obrigação que é sua, confiscar vagas em ônibus ou qualquer outro meio de transporte, sem a correspondente contrapartida indenizatória.”

Registrou com muita pertinência o Ministro Vidigal que as aludidas normas violavam, além dos princípios da democracia, do respeito aos contratos e do direito de propriedade privada, o ato jurídico perfeito em que se consubstanciava o contrato de concessão:

“Ato jurídico perfeito aí é o contrato celebrado e em vigor entre as empresas de transportes e o poder público. Significa dizer que nem a lei pode alterar o que foi, antes, previamente contratado. O que se há de fazer, sim, será um aditivo ao contrato, uma maneira legal de se 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 toda Lei pode vir em cima da iniciativa privada impondo uma ordem desse tipo, sem a correspondente contraprestação pecuniária, é desafiar o contrato, é ofender diretamente o mandamento maior da Constituição.”

Podemos, pois, concluir que a tendência no Superior Tribunal de Justiça é a de prestigiar a segurança jurídica, preservando a boa-fé e a confiança depositada pelo investidor privado no fiel cumprimento, pelo Estado brasileiro da sua Constituição, da lei e, conseqüentemente, dos contratos celebrados com o particular.

IX — Conclusões

Uma das preocupações do Governo atual, especialmente a partir do início do corrente ano, é justamente a de atrair investimentos para o sistema produtivo, dentre estes, destacam-se, é claro, os que são feitos na infra-estrutura por terem uma dupla repercussão: não só criam empregos no setor específico mas, ainda, permitem o bom funcionamento dos demais ramos de atividade. Essa é a razão pela qual, após a vitória obtida contra a inflação e a conquista da estabilidade monetária, o Governo brasileiro vem concentrando esforços no sentido de ampliar as formas de parceria com o agente privado, não a limitando apenas ao sistema de concessões das Leis n^{os} 8987/95 e 9074/95.

Nova legislação está sendo discutida no Congresso Nacional visando regular as chamadas Parcerias Público-Privadas (PPP). O que distingue as PPP é a pluralidade de estruturas que podem ser concebidas e aplicadas, variando desde as parcerias puramente financeiras até as mistas, que abrangem também a concepção e execução das obras, com ou sem a posterior operação dos serviços. É um instrumento fecundo pois atende às necessidades públicas, sem onerar o Estado, dispensando o desembolso dos recursos pelo Poder Público, podendo posteriormente o parceiro privado ser compensado por tarifas pagas pelo usuário. Também se admite, que tal pagamento seja feito, no futuro, como contra-prestação, pelo próprio Estado.

A condição básica dessa parceria — veja-se — é a confiança que deve existir entre os parceiros, exigindo-se uma perfeita lealdade e um respeito mútuo dos contratos e dos modelos na forma em que foram inicialmente concebidos. O Estado despe-se, em certo sentido, das suas prerrogativas para atuar em igualdade de condições com o seu parceiro. Essa boa-fé de ambas as partes, que é o segredo para o sucesso das PPP, foi caracterizada, com muita felicidade, pelo Ministro Jaques Wagner, em recente pronunciamento, como sendo uma verdadeira “cumplicidade” no bom sentido da palavra. Salientou-se, assim, o caráter construtivo do novo instrumento jurídico, que é a parceria na qual os contratantes não têm interesses contraditórios, mas cooperam para alcançar o mesmo fim, sem sacrifício dos seus direitos e garantias, que foram objeto do edital e do contrato.

O sucesso das PPP, bem como o desenvolvimento econômico de qualquer país, só é possível num clima de segurança jurídica, de estrito cumprimento dos contratos e respeito à propriedade privada. O próprio Presidente da República, em recente cerimônia, falando para autoridades e potenciais investidores, reafirmou a necessidade do cumprimento integral dos contratos como

forma de garantir a credibilidade do país e assegurar novos e imprescindíveis investimentos nas diferentes áreas de infra-estrutura do país.

Para que mantenha o interesse do investidor de continuar a colocar os seus recursos e os de terceiros na infra-estrutura, é fundamental que o Judiciário, na esteira dos recentes pronunciamentos dos Tribunais Superiores, em especial do Superior Tribunal de Justiça, garanta o cumprimento dos contratos e dos demais acordos a que se vincula o Poder Público, afastando o populismo ou o oportunismo demagógico. Como bem assentou o Min. Edson Vidigal, na recente decisão monocrática acima já referida:

“Um País com tantos problemas como os da sonegação fiscal, da corrupção com o dinheiro público, o das evasões inconfessáveis de bilhões de dólares para os escaninhos ilícitos dos paraísos fiscais; um País precisado de tantos investimentos externos indispensáveis ao enfrentamento do desemprego e precisado de desenvolvimento econômico, não pode cochilar especialmente nesse tema de respeito aos contratos.”

NOTAS

1. Peter Drucker, *Gazeta Mercantil*, 11.7.95, Relatório Especial, p. 4.
2. Henry Lesguillons, *Financement privé d'ouvrages publics à l'horizon 1993*, colóquio de Paris de 26 a 27 de março de 1990, sob a direção de Henry Lesguillons E Marcel Sarmet, Paris, Forum Européen de La Communication, 1991, p. 322.
3. Além do mais, somos da opinião de que, tanto para o país e para a economia nacional, quanto para os usuários dos serviços, como afirmado por especialista inglês, “a propriedade privada sob controle público é muito melhor do que a propriedade do Estado sob controle político”. (John G. Bellak, *Privatisation en Grande Bretagne de l'industrie des Eaux et des Égouts*, p. 180).
4. Arnaldo Wald, *As quatro formas de privatização*, Banco Hoje, nº 14, maio 1990.
5. Arnaldo Wald, Luiza Rangel de Moraes e Alexandre de Mendonça Wald, *O Direito de Parceria e a Nova Lei das Concessões*, 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004.
6. Raymundo Faoro, *Os Donos do Poder. Formação do Patronato Político Brasileiro*, Rio de Janeiro, Globo, 1958.
7. Arnaldo Wald, *O interesse social no direito privado*. In *Estudos em homenagem ao Professor Ricardo César Pereira Lira* (no prelo).
8. Stefano Rodotà, *La Buona Fede*. In Guido Alpa e Mario Bessone. *Tecnica e controllo dei contratti standard*. Rimini: Maggioli Editore, 1984, pp. 115-29)

9. Arnaldo Wald, Luiza Rangel de Moraes e Alexandre de Mendonça Wald, *O Direito de Parceria e a Nova Lei das Concessões*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1996, p. 38.

10. É interessante salientar que o Brasil é um dos raros países — senão o único — a ter incluído na Constituição a garantia da equação econômica e financeira do contrato.

11. *Estudos e Pareceres de Direito Público*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1981, v. 3, p. 275.

12. Marcel Waline. *Droit Administratif*, 9ª ed. Paris, Sirey, 1963, n 1037, p. 617.

13. G. Péquignot. *Théorie Générale du Contrat Administratif*, 1945, p. 430.

14. Nesse sentido o Supremo Tribunal Federal já se manifestou, pontificando que: “(...) o critério para a fixação da tarifa deve levar em conta a justa remuneração do capital, permitir o melhoramento e a expansão dos serviços, de modo a *assegurar o equilíbrio econômico-financeiro*” (RE 91142/ES, 2ª Turma, Relator Min. Djaci Falcão, DJ 19.12.85 — grifamos). No mesmo sentido: RE 183.180-4/DF, Rel. Min. Octávio Gallotti, DJ de 17.06.97. O Superior Tribunal de Justiça, da mesma forma, tem jurisprudência tranqüila nesse sentido, como se pode verificar dos seguintes julgados: ROMS 3.161-6-RJ, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, Revista do Superior Tribunal de Justiça, vol. 55, pág. 378; ROMS 582-SP, Rel. Min. Américo Luz, *Revista de Direito Administrativo*, vol. 186, p. 133; REsp. 120.113-MG, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 14.08.00.

15. Recurso Especial 141.879-SP, 4ª Turma, Rel. Min. Ruy Rosado Aguiar, *Lex STJ*, vol. 111, p. 187 e ss..

16. Decisão unânime da 5ª Turma de 01.12.1999, Rel. Min. Edson Vidigal.

17. Decisão unânime da 1ª Turma de 06.11.2001.

18. O autor do citado parecer é o então Procurador, hoje Ministro do STF, Prof. Gilmar Ferreira Mendes.

19. Julgamento unânime da 2ª Turma de 15.10.2002.

20. Dentre as diversas exceções louváveis que caberiam ser feitas, há de se destacar dois acórdãos do TRF da 1ª Região que garantiram a concessionárias de transporte aéreo direito à indenização por quebra do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão por parte do Poder Concedente (AC nº 9101110063, Rel. Des. Vicente Leal, DJ 06.08.92 e AC 96.01.11458-0/DF, Rel. Des. Eliana Calmon DJ 08.06.99). O primeiro acórdão já foi confirmado pelo Supremo Tribunal Federal no RE 183180-4, Rel. Min. Octavio Galotti, DJ 01.08.97. O segundo acórdão foi objeto de Recurso Especial atualmente em apreciação pelo Superior Tribunal de Justiça. Dois Ministros já votaram e ambos reconheceram o direito das concessionárias à indenização: Luiz Fux e Francisco Falcão. O conteúdo das respeitáveis decisões ainda não foi publicado, encontrando-se o processo com vista aberta para o ilustre Min. Teori Albino Zavascki (Notícia publicada página eletrônica oficial do Tribunal, na terça-feira, 24 de agosto de 2004, acesso em 16:44).

21. Superior Tribunal de Justiça, *STJ decide que tarifas telefônicas de 2003 serão reajustadas pelo IGP-DI*, notícia veiculada na página eletrônica oficial do Tribunal, na quinta-feira, 1º de julho de 2004, acesso em 11:17.

22. STJ, AgRg na Suspensão de Segurança nº 76, Rel. Min. Edson Vidigal, DJ 20.09.04.

23. STJ, Suspensão de Liminar nº 108-RS, decisão ainda não publicada.

24. STJ, Suspensão de Liminar nº 34-PR, Rel. Min. Nilson Naves, DJ 20.09.04.

Em hipótese semelhante, o mesmo ministro reconheceu: “*Sem a cobrança de pedágio — única forma de remuneração pelos serviços realizados na rodovia concedida —, as agravantes tendem a uma situação de insolvência, causando prejuízo ao interesse público, pois sua principal credora é empresa pública federal — BNDES.*”- *Os usuários da rodovia, ao invés das agravantes, terão como recuperar o valor do pedágio caso pago indevidamente.*” (AgRg da Petição n.º 1623/SC, Rel. Min. Nilson Naves, j. em 19.12.02 — grifamos).

25. STJ, Suspensão de Segurança nº 1.244-SP, Rel. Min. Nilson Naves, j. 11.09.03.

--oOo--

Optima lex est quae minimum relinquit iudicis (Lei boa é aquela que deixa o mínimo de arbítrio ao juiz).

BACON