

LUIZ OTÁVIO DE FREITAS (*)

“Agora, cabe ao setor privado atender à convocação para recolocar o Brasil na trilha do crescimento econômico sustentado. No modelo proposto, o desenvolvimento será financiado pela iniciativa privada, à qual caberá o papel de agente executor dos serviços públicos, em vez de ter como base principal os recursos orçamentários. Ao Governo compete, como missão irrevogável e fundamental, a regulamentação e fiscalização dos serviços, representando e defendendo os usuários e os interesses da sociedade.” (Fernando Henrique Cardoso, em prefácio da obra *O Direito da Parceria* de ARNOLDO WALD, ALEXANDRE WALD e LUIZA RANGEL)

I- O RENASCIMENTO DAS CONCESSÕES

1. Pode-se afirmar que a crise brasileira deflagrada desde a década de 70 tem como um dos aspectos mais graves o “déficit” de infra-estrutura, que serve de obstáculo à alavancagem do desenvolvimento econômico e social do país.
2. Ultimamente, o problema tem-se tornado mais preocupante, dada a incapacidade de investimentos do setor público. As inversões estatais na área produtiva vêm decrescendo, de 1992 para 1994, de US\$12 bilhões para US\$6,9 bilhões, com tendência a ser reduzido esse patamar, face ao baixo nível de poupança das empresas estatais.
3. Em 1995, o passivo do Tesouro Federal já montava a R\$200 bilhões, o que compromete, evidentemente, a possibilidade de investimento público no médio prazo. Ademais, a política de juros altos em que se enredou o governo praticamente anula o potencial de gastos públicos no setor produtivo.
4. A infra-estrutura, que abrange os transportes, a energia elétrica, os serviços portuários, as empresas de telecomunicações e outras tantas, vem

sofrendo uma crescente redução de seus recursos, provocando a impossibilidade de realizar novos investimentos e a obsolescência dos equipamentos, ameaçando não só o progresso econômico do País como também a sua própria segurança, com reflexos nas atividades empresariais e nos índices sociais.

5. Os setores de energia elétrica, transportes, comunicações, minas e metalurgia, petróleo e derivados estavam a demandar, até 1998, investimentos da ordem de US\$ 71,7 bilhões, para implantação de projetos necessários. Isso acarretaria dispêndios anuais entre US\$ 14,3 bilhões e US\$ 17,9 bilhões, enquanto o orçamento da União de 1995 só contemplava investimentos de US\$ 7,3 bilhões nesses setores.

6. No Brasil, após a Segunda Guerra Mundial, a maioria das concessões foi outorgada a sociedades de economia mista e empresas controladas, direta ou indiretamente, por pessoas jurídicas de direito público.

7. Entretanto, o quadro anteriormente apresentado, de absoluta carência de recursos do Estado para fazer frente aos desafios que se impunham, ensejou o ressurgimento do instituto da concessão tanto de obras como de serviços.

8. Esse fenômeno não é restrito ao Brasil, havendo exemplos no mundo inteiro, tais como o "eurotúnel", ligando a França à Inglaterra, as pontes de Hong-Kong, o transporte coletivo em Cingapura, o metrô de Bangkok, os serviços de fornecimento de água e eletricidade na Malásia, o transporte de energia na Turquia, o projeto do trem de alta velocidade na Flórida e a construção de autoestradas na França, Itália, Espanha e Portugal.

9. Em nosso País, inclusive, houve uma verdadeira explosão de novas concessões na década de 90, propiciada, principalmente, pelo programa de privatização, que está devolvendo aos particulares, na qualidade de concessionários, o transporte ferroviário, a energia elétrica, as telecomunicações, as rodovias, o fornecimento de gás, dentre muitos outros, num processo que assusta pela dimensão e pela rapidez com que acontece.

10. Se, de um lado, parece difícil estancar a inexorabilidade econômica dessa tendência, diante da impossibilidade constatada de investimentos públicos, de outro turno, afigura-se impositiva a atuação do Estado, regulando e fiscalizando as concessões privadas, como reconheceu o próprio Presidente da República, mentor da privatização das concessões, no texto destacado em epígrafe.

11. A importância do Estado nesse contexto também foi reconhecida pelos juristas, como assevera ARNOLDO WALD:

"Cabe, aliás, salientar que o uso da concessão não restringe a atuação do Estado, dando-lhe, ao contrário, maior presença e eficiência, pois, como poder concedente, estabelece as normas de acordo com as quais serão colocados e/ou mantidos em funcionamento, com a devida eficiência, os serviços públicos e atendidas, adequadamente e a custo razoável, as necessidades da coletividade de usuários, com total transparência, exercendo a sua

fiscalização tanto sobre as tarifas cobradas como no que se refere à qualidade dos serviços prestados ao usuário, o que não acontece atualmente, em muitos casos". (*O Direito da Parceria*, p. 45)

12. É nesse contexto que se enquadra a atribuição constitucional do Ministério Público de zelar pelo efetivo respeito dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição, nos expressos termos do seu art.129, inciso II.

13. Na Constituição, a matéria relativa às concessões encontra-se regulada no art. 175, que merece transcrição:

"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."

14. Deve ser entendida e aplicada a disposição constitucional do artigo 175 em consonância com outras normas constitucionais, a saber:

(a) Art. 5º - inciso XXXII - que atribui ao Estado o dever de promover a defesa do consumidor;

(b) Art. 22 - inciso XXVII - que defere competência à União para legislar sobre normas gerais de licitação e contratação pela Administração Pública;

(c) Art. 24 - inciso VIII- que confere competência concorrente à União, Estados e Distrito Federal, para legislar sobre responsabilidade por dano ao meio ambiente e ao consumidor;

(d) Art. 37, § 3º - que estatui competir à lei a disciplina sobre as reclamações relativas à prestação de serviços públicos;

(e) Art. 37, § 6º - que estabelece a responsabilidade objetiva do Estado;

(f) Art. 43, § 2º, inciso I - que prevê, dentre os incentivos regionais, a serem fixados em lei, a igualdade de tarifas e de outros custos e preços de responsabilidade do Poder Público; e

(g) Art. 170, incisos IV e V - que consagra, dentre os princípios informadores da ordem econômica, os da livre iniciativa, da livre concorrência e da defesa ao consumidor.

II- A DISCIPLINA INFRACONSTITUCIONAL DAS CONCESSÕES

15. As normas gerais que definem as diretrizes aplicáveis à concessão e permissão de serviços públicos são reguladas pela Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e pela Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995⁽¹⁾. No âmbito estadual fluminense, este papel regulador é exercido pela Lei Estadual nº 2.831, de 13 de novembro de 1997.

16. A Lei nº 8.987/95 – a Lei de Concessões – trata das normas gerais sobre concessões e permissões para prestação de serviços públicos, regulamentando o disposto no art. 175 da Constituição Federal. Apresenta-se dividida em doze capítulos e quarenta e sete artigos, traçando os princípios, diretrizes e parâmetros genéricos a serem observados pelo Poder Público quanto às seguintes matérias: requisitos dos contratos de concessão e permissão; características do serviço adequado; direitos e deveres dos usuários, política tarifária, procedimento de licitação, encargos do poder concedente e da concessionária e intervenção e extinção da concessão, além das disposições de cunho transitório.

17. No art. 1º, cuida-se de traçar a disciplina jurídica a que se submete a prestação de serviços públicos: em sede constitucional – art. 175; na órbita infraconstitucional – normas legais de caráter geral e especial, inclusive as contidas nessa Lei e na Lei nº 9.074, de 07 de julho de 1995, e, no campo contratual – as disposições negociais, estabelecidas nos respectivos contratos de concessão ou de permissão.

18. O § 1º do art. 1º da Lei nº 8.987/95 ratifica o caráter de generalidade das normas ali constantes, especificando que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão editar legislação supletiva, que vise a revisar e a adaptar sua disciplina legislativa às peculiaridades próprias dos serviços públicos de sua competência.

19. Na medida em que as normas de leis estaduais ou municipais, anteriores à edição da lei nacional que com esta conflitarem, estão revogadas, a revisão

⁽¹⁾ Alteradas pela Lei nº 9.648, de 27 de maio de 1998.

legislativa afigura-se essencial. Por outro lado, as novas normas locais, editadas após a vigência da lei federal, serão reputadas inconstitucionais, na medida em que vierem a contrariar os preceitos gerais da lei federal.

20. O art. 4º da Lei nº 8.987/95 ressalta o caráter contratual de concessão, que constitui contrato de colaboração, bilateral, oneroso e comutativo, que se rege pelo Direito Administrativo, pelas normas gerais da Lei de Concessões e pelas disposições e condições definidas no edital de licitação.

21. O art. 6º e seu parágrafo único definem o serviço adequado como o que deve ser prestado pela empresa concessionária, abrangendo as condições de regularidade, continuidade, eficiência, generalidade e atualidade, incluindo a modernização de equipamento e de instalações e sua ampliação, dinâmica e progressiva, de acordo com os padrões contratualmente estabelecidos.

22. A conceituação abrangente traz como principal vantagem possibilitar que sejam explicitadas, em nível contratual, as obrigações que a concessionária assume de manter as melhores condições técnicas e operacionais para a prestação contínua do serviço público em bases adequadas, acompanhando os progressos e melhoramentos necessários ao seu constante aperfeiçoamento, visando ao bem-estar da coletividade destinatária desses serviços e a utilização das novas tecnologias.

23. No art. 8º da Lei de Concessões, estão tratados os princípios que regem a política tarifária a ser adotada nas concessões de serviços públicos, alicerçada em duas premissas básicas: a preservação do equilíbrio econômico-financeiro do contexto (em favor da concessionária), de um lado; e, de outro, a modicidade de tarifa (em favor do usuário).

24. O Poder Concedente dos serviços públicos – sejam estes de competência da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios – enquanto titulares de tal competência, outorgada constitucionalmente, respondem pela efetiva prestação desse serviço público, realizando-o diretamente, através dos órgãos da Administração Pública, ou indiretamente, delegando-o a empresas particulares, através dos institutos da concessão, permissão ou autorização.

III- A FUNÇÃO REGULATÓRIA

25. Delegando a prestação de serviço de sua competência a empresa privada, incumbe ao Poder Concedente, por intermédio dos órgãos que compõem a sua estrutura administrativa, zelar pelo controle da qualidade dos serviços e da sua regularidade, através de mecanismos fiscalizatórios. Valendo-se destes, deve procurar assegurar aos usuários o direito ao serviço adequado e à tarifa módica, conforme exigido pela disciplina legal das concessões.

26. Buscando tal fim, são constituídas as agências reguladoras, dotadas de estrutura funcional independente – autarquias especiais – entidades integrantes da Administração Indireta do titular da competência, legitimadas, na forma da lei, para o desempenho das funções reguladoras, de controle e de fiscalização dos serviços concedidos.

27. As competências conferidas aos entes regulatórios apresentam certas peculiaridades quanto à natureza e à extensão. Abrangem as atribuições administrativas relacionadas à fiscalização dos serviços e cumprimento das condições ditadas pelos contratos de concessão, incluindo o controle sobre a fixação de tarifas, a aplicação de sanções de natureza disciplinar e a instituição de condutas competitivas, como mecanismo de estímulo à eficiência.

28. As competências dos entes regulatórios derivam necessariamente de lei, em sentido formal, elaborada pelo Poder Legislativo e sancionada pelo Poder Executivo.

29. No Estado do Rio de Janeiro, foi criada, pela Lei nº 2.686, de 13 de fevereiro de 1997, uma entidade reguladora única – a **Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos do Estado do Rio de Janeiro – ASEP/RJ**, para a regulação, o controle e a fiscalização dos serviços públicos estaduais.

30. A ASEP/RJ tem por finalidade exercer, na forma do disposto no art. 19, da Lei Estadual nº 2.470, de 28 de novembro de 1995, o poder regulatório, acompanhando, controlando e fiscalizando as concessões e permissões de serviços públicos nos quais o Estado figure, por disposição legal ou pactual, como Poder Concedente ou Permitente, nos termos das normas legais, regulamentares e consensuais pertinentes, ficando excluídos da sua competência os serviços públicos previstos no Decreto-Lei nº 276, de 22 de julho de 1975, cuja disciplina foi outorgada à autarquia, criada pela Lei nº 1.221, de 06 de novembro de 1987.

31. No exercício de suas atividades, a ASEP/RJ deverá pugnar pela garantia de certos princípios fundamentais, tais como: *a prestação, pelos concessionários, de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, tanto qualitativa quanto quantitativamente*; a existência de regras claras, inclusive sob o ponto de vista tarifário, com vistas à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos; estabilidade nas relações envolvendo o Poder Concedente, concessionários e usuários, no interesse de todas as partes envolvidas; *proteção dos usuários contra práticas abusivas e monopolistas*; expansão dos sistemas, atendimento abrangente da população, otimização do uso dos bens coletivos e modernização e aperfeiçoamento dos serviços prestados (art. 3º, da Lei nº 2.686/97).

32. Destacam-se entre as atribuições da ASEP/RJ, nos termos do art. 4º da Lei nº 2.686/97, as seguintes:

a) zelar pelo fiel cumprimento da legislação e dos contratos de concessão ou permissão de serviços públicos relativos à esfera de suas atribuições;

b) *dirimir, como instância administrativa definitiva, conflitos envolvendo o Poder Concedente ou Permitente, os concessionários ou permissionários de serviços públicos e os respectivos usuários;*

c) decidir, como instância administrativa definitiva, *os pedidos de revisão de tarifas de serviços públicos concedidos ou permitidos;*

d) *fiscalizar, diretamente ou mediante delegação, os aspectos técnico, econômico, contábil e financeiro, sempre nos limites estabelecidos em normas legais, regulamentares ou pactuais, os contratos de concessão ou permissão de serviços públicos, aplicando diretamente as sanções cabíveis;*

33. Determina, ainda, a Lei que a ASEP/RJ poderá aceitar, parcial ou integralmente, a delegação de atribuições compatíveis com a sua esfera de competência (parágrafo único do artigo 4º da Lei nº 2.686/97).

34. O Conselho-Diretor da Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos do Estado do Rio de Janeiro – ASEP/RJ – é o seu órgão deliberativo superior, incumbindo-lhe exercer as competências previstas na Lei nº 2.686/97, conforme dispuser seu Regimento Interno.

IV- O MONOPÓLIO ESTATAL

35. Pode-se afirmar que o monopólio estatal caracteriza-se não só nos casos em que o Estado explora, em todas as suas etapas, determinada atividade econômica, como também naqueles em que, delegando todas ou parte delas a outras pessoas, mantém o poder monopolista de fixar os preços, o qual decorre de sua situação de único fornecedor do produto para o mercado.

36. Tendo em vista que a maioria dos serviços públicos desempenhados sob o regime de concessão ou permissão constituem, na essência, uma atividade econômica exercida sob a forma de monopólio, cabe ao Poder Público, no exercício de sua atividade reguladora da atividade e do mercado, exercer o controle dos preços, de modo a evitar a prática de abusos pelo concessionário.

37. Sobre a definição de preços de serviços, ensina HELY LOPES MEIRELLES ⁽²⁾:

“Preço é a retribuição pecuniária do valor do bem, do serviço ou da atividade que se compra, ou que se utiliza mediante remuneração. Esse preço pode ser privado, semiprivado ou público.

Preço privado é todo aquele que se estabelece em livre concorrência; **preço semiprivado** é o que a Administração Pública interfere na sua formação embora admitindo influências de mercado; **preço**

⁽²⁾ HELY LOPES MEIRELLES, *Direito Administrativo Brasileiro*, 16ª Edição, Ed. Revista dos Tribunais, 1991, p. 542.

público é o que a Administração fixa definitivamente e unilateralmente, sem levar em consideração qualquer variação de oferta e da procura.

Os preços privados são próprios e característicos da livre empresa; os semiprivados resultam da conjugação dos interesses públicos e privados; e os preços públicos são as tarifas, fixadas exclusivamente pelo Poder Público para os bens e serviços próprios ou delegados.”

38. Ora, com a concessão de serviços públicos ao setor privado, as tarifas fixadas pela Administração também revertem para o domínio privado, assumindo, na prática, natureza semelhante à do preço privado, sendo impositiva a intervenção por parte do Poder Público, através dos órgãos competentes, para a repressão ao abuso do poder econômico, de modo a coibir eventuais práticas abusivas que podem decorrer da prestação de serviços em regime de monopólio.

39. E é sob esta ótica que se aplica a legislação antitruste aos preços praticados por concessionária de serviço público. Efetivamente, com o objetivo de assegurar à coletividade os direitos e benefícios que a livre concorrência pode trazer, o Estado tem o poder-dever de intervenção no mercado, tanto de forma preventiva quanto repressiva, corrigindo as práticas que considere nocivas.

40. Esta intervenção do Estado, no âmbito das atividades econômicas, dá-se através da atuação do CADE – Conselho Administrativo de Defesa Econômica, e da SDE – Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça. O CADE é uma autarquia federal que, apesar de vinculada ao Ministério da Justiça, está dotada de total independência e autonomia para o exercício de suas atribuições. O CADE poderá, inclusive, no exercício de suas funções, firmar contratos e convênios com órgãos ou entidades nacionais ⁽³⁾ para a devida aplicação da Lei nº 8.884/94 e repressão às infrações contra a ordem econômica.

41. No que se refere ao exercício de suas funções, cabe ao CADE a função precípua de repressão às práticas contra a ordem econômica, em específico aquelas: (i) que limitem, falseiem ou, de qualquer forma, prejudiquem a livre concorrência ou a livre iniciativa; (ii) que sejam de dominação de mercado relevante de bens e de serviços; (iii) que exerçam, de forma abusiva, posição dominante ⁽⁴⁾, bem como quaisquer outras condutas que possam vir a prejudicar o mercado através do abuso do poder econômico. ⁽⁵⁾

42. Dentro da estrutura regulatória da repressão aos ilícitos administrativos de abuso do poder econômico, cabe à SDE – Secretaria de Direito Econômico -

⁽³⁾ Art. 7º, inciso XVI da Lei nº 8.884/94.

⁽⁴⁾ Art. 20 da Lei nº 8.884/94.

⁽⁵⁾ Art. 21 da Lei nº 8.884/94, que arrola vinte e quatro hipóteses de condutas caracterizadoras de infração à ordem econômica.

órgão vinculado ao Ministério da Justiça – investigar os mercados, bem como as práticas abusivas contra a ordem econômica.

43. Dentre suas atribuições, a SDE deverá, quando observados indícios de infração à ordem econômica, instaurar processo administrativo para a apuração e repressão destas infrações⁽⁶⁾, promovendo averiguações preliminares, de ofício ou à vista de representação fundamentada de qualquer interessado, quando os indícios de infração não forem suficientes para a imediata instauração de processo administrativo.

44. Ou seja, cabe à SDE a instauração do processo administrativo quando verificados quaisquer indícios de infração à ordem econômica⁽⁷⁾, competindo ao Plenário do CADE julgar processos instaurados pela SDE, decidindo sobre a existência, ou não, de infração à ordem econômica.⁽⁸⁾

45. Em matéria de monopólio estatal, o ciclo de privatizações que ensejou o renascimento das concessões no Brasil tem dado causa a algumas distorções sérias, com graves conseqüências econômicas, sociais e jurídicas. O tema será objeto de capítulo específico, adiante, onde virão à tona alguns precedentes ocorridos recentemente no Estado do Rio de Janeiro.

V- O EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DO CONTRATO DE CONCESSÃO

46. Basicamente, no Direito Administrativo, a autoridade pode modificar as obrigações do outro contratante, mas não lhe é lícito modificar a relação, ou seja, o equilíbrio financeiro, de tal modo que, a qualquer novo encargo que atribua ao contratante particular, deve o Estado fazer corresponder uma compensação adequada.

47. Como salienta CAIO TÁCITO, na monografia *O equilíbrio financeiro na concessão de serviço público*, na qual traz à colação a doutrina estrangeira:

“O princípio visa, sobretudo, à correlação entre os encargos e a remuneração correspondente, de acordo com o espírito lucrativo que é elementar aos contratos administrativos...”⁽⁹⁾

48. Conceituando a matéria sob enfoque, preleciona CELSO-ANTONIO BANDEIRA DE MELO⁽¹⁰⁾:

“Equilíbrio econômico-financeiro (ou equação econômico-financeira) é a **relação de igualdade** formada, de um lado, pelas obrigações, assumidas

⁽⁶⁾ Art. 14, inciso VI, da Lei nº 8.884/94.

⁽⁷⁾ Art. 14, inciso VI, da Lei nº 8.884/94.

⁽⁸⁾ Art. 7º, incisos II e III, da Lei nº 8.884/94.

⁽⁹⁾ Tese RDA 63/1, 64/15 e 65/1, p. 5.

⁽¹⁰⁾ *Elementos de Direito Administrativo*, Editora Revista dos Tribunais, 2ª edição, São Paulo, 1990, pp. 218/219.

pelo contratante no momento do ajuste e, de outro lado, pela compensação econômica que lhe corresponderá. A equação econômico-financeira é intangível. Vezes a basto tem os autores encarecido este aspecto."

49. E, após dissertar com eloquência sobre o tema, arremata o grande mestre paulista:

"Para tanto, o que importa, obviamente, não é a aparência de um respeito ao valor contido na equação econômico-financeira, mas o real acatamento dele. De nada vale homenagear a forma quando se agrava o conteúdo. O que as partes colimam em um ajuste não é satisfação de fórmulas ou de fantasias, mas um resultado real, uma realidade efetiva que se determina pelo espírito da avença; vale dizer, pelo conteúdo verdadeiro do convencionado." (obra citada, p. 221)

50. O saudoso HELY LOPES MEIRELES ⁽¹¹⁾ define a equação da seguinte forma:

"Em última análise, é a correlação entre o objeto do contrato e a sua remuneração, originariamente prevista e fixada pelas partes em números absolutos ou em escala móvel. Essa relação deve ser conservada durante toda a execução do contrato, mesmo que alteradas as cláusulas regulamentares da prestação ajustada, a fim de que se mantenha o **equilíbrio econômico**, ou, por outras palavras, a **equação financeira** do contrato." (pp. 206/207)

51. Como visto, a doutrina é uníssona em proclamar que o equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo deve ser resguardado.

52. A justiça brasileira, em todos os níveis, reconhece tais direitos, como podemos ver de qualquer apanhado de jurisprudência que se faça, porquanto esta é mansa e pacífica.

53. Em segundo grau de jurisdição, podemos lembrar de acórdão do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, no qual se decidiu que, em tese, nada impede que o Poder Público conceda benefícios de caráter social na regulamentação do transporte coletivo, mas os vícios de constitucionalidade e ilegalidade se mostrarão presentes "se demonstrada a inadequação da tarifa e em razão desta determinação não for restabelecido o equilíbrio da justa

⁽¹¹⁾ *Licitação e Contrato Administrativo* (Editora Revista dos Tribunais, 4ª edição, São Paulo, 1979).

remuneração.” (Apelação Cível nº 1150/88, Relator Desembargador **Fonseca Costa**, *Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*, vol. 6, p. 255)

54. Em idêntico passo, este em nível federal, merece menção acórdão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, do qual foi relator o Juiz **Vicente Leal**, hoje Ministro do Superior Tribunal de Justiça. Naquele julgamento, foi apreciado o desequilíbrio econômico-financeiro em concessão de transporte aéreo de passageiros:

“Administrativo e Civil. Contrato de concessão de transporte aéreo. Defasagem no valor das tarifas. Prejuízo. Indenização.

– A Constituição Federal de 1967, sob a redação da Emenda nº 01/69, assegurava, nos contratos de concessão de serviços públicos, a manutenção do equilíbrio econômico e financeiro do pacto, por meio da fixação de tarifas reais, suficientes, inclusive, para a justa remuneração do capital e a expansão dos serviços (art. 167, II).

– O mesmo princípio, com maior abrangência, encontra-se esculpido no art. 37, XXI, da nova Carta Política.

– Demonstrada, de forma sobeja, por via de prova pericial e documental, a ocorrência de efetiva defasagem no valor das tarifas do transporte aéreo, com graves e vultosos prejuízos à empresa concessionária, em consequência de omissão do Poder Concedente, impõe-se a reparação dos danos por meio do pagamento de indenização.

– Não comporta censura laudo pericial sobejamente fundamentado, que não sofreu impugnação na fase processual própria, nem se ofereceu qualquer alegação contra a capacidade técnica do experto oficial.

– Apelação e remessa oficial desprovidas.”

(AC nº 0111006/91-DF. Terceira Turma/TRF/1ª Região - D.J.U. de 06.08.92, p. 22953)

55. No seu voto, proclamou o eminente relator, Ministro **Vicente Leal**:

“Como visto, a doutrina é unissonante em proclamar que o equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo deve ser resguardado.

.....

Desrespeitado este princípio por ato comissivo ou omissivo do Poder Concedente, impõe-se a recomposição da equação financeira, tendo em vista não só a imperiosa necessidade de que os serviços públicos tenham continuidade, mas também em razão do princípio jurídico que preconiza que todo aquele que, por ação ou omissão causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano (Código Civil, art. 159)."

56. Esclareça-se que o mencionado acórdão foi mantido, quer no Superior Tribunal de Justiça, quer no Supremo Tribunal Federal, em decisões unânimes relatadas, respectivamente, pelo Ministro Cesar Asfor Rocha e Ministro Octavio Gallotti.

57. A jurisprudência do Colendo Superior Tribunal de Justiça é, da mesma forma, tranqüila neste sentido, como se pode verificar de diversos acórdãos, em especial da 1ª e da 2ª Turmas, as duas especializadas em matéria de Direito Público.

58. Em caso no qual foram discutidas alterações na economia contratual de concessionárias de transporte coletivo no Estado do Tocantins, a 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça decidiu que as modificações, em prejuízo do concessionário, eram ilegais. Da ementa, destacam-se os seguintes trechos:

"O contrato de concessão da Administração com terceiros, para a realização de serviço público, constitui ajuste de Direito Administrativo, bilateral e oneroso, inalterável, unilateralmente, especialmente em relação a cláusulas que ocasionem manifesto prejuízo ao concessionário.

A concessão de serviço público, nos termos da legislação pertinente, só é alterável, com dano ao concessionário, se observado o devido processo legal, em que se assegure ampla defesa ao contratante prejudicado.

É ineficaz a alteração de cláusulas financeiras do contrato de concessão, com prejuízo para a concessionária, sem que aquela (alteração) tenha sido efetivada mediante procedimento licitatório."

(Recurso em Mandado de Segurança nº 1.681-0-TO, Relator Ministro Demócrito Reinaldo, Revista do Superior Tribunal de Justiça, vol. 52, pp. 305-6)

59. Em outro acórdão, da mesma 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, ficou assentado que os direitos do delegatário não podem impedir a Administração de regulamentar os serviços de transporte coletivo dentro do âmbito de sua competência. O que lhe é vedado, entretanto, é a imposição de

onerosidade imprevista ao particular. Isto é o que constou do corpo do aresto e foi resumido na ementa:

“É lícito ao poder concedente alterar unilateralmente, as cláusulas objetivas do serviço, e até agravar os encargos ou as obrigações do concessionário, desde que reajuste a remuneração estipulada, evitando a quebra do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.” (Recurso em Mandado de Segurança nº 3.161-6 RJ, Relator Ministro **Demócrito Reinaldo**, *Revista do Superior Tribunal de Justiça*, vol. 55, p. 378)

60. Já na 2ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, foi submetida a julgamento a questão específica de permissão de serviço público de transporte coletivo, tendo-se decidido que também aí é aplicável o princípio do equilíbrio econômico-financeiro do pacto administrativo. Da ementa deste acórdão, pode-se transcrever o seguinte trecho:

“Permissionárias de transporte coletivo de passageiros. Insurgência contra cobrança instituída pela Resolução SHDU-42, do Sr. Secretário de Habitação e Desenvolvimento Urbano do Estado de São Paulo. Taxa. Preço público. Tarifa. Diferenciação. Poder de polícia. Contrato administrativo. Observância ao princípio da equação econômico financeira.”

(Recurso em Mandado de Segurança nº 582-SP, Relator Ministro **Américo Luz**, *Revista de Direito Administrativo*, vol. 186, p. 133)

61. Em seguida, no corpo do acórdão, a questão foi apreciada em detalhe, ficando definitivamente consagrado e reconhecido o direito do concessionário à manutenção da equação econômico-financeira pactuada quando da outorga da concessão ou da permissão:

“Isto quer dizer que a prestação do serviço público é feita em nome do poder público, ‘sob condições alteráveis unilateralmente pelo estado’ só que, além de a tarifa dever-se cobrar ao usuário do serviço público permitido, há a obrigação de manter-se o equilíbrio econômico-financeiro inicial, no caso desrespeitado pela administração quando altera a permissão quebrando aquele equilíbrio.”

(trecho do voto do Ministro **Américo Luz** no acórdão)

referido acima, *Revista de Direito Administrativo*, vol. 186, p. 138)

62. Deve-se salientar que a maioria dos comentadores da Constituição vigente não examina se houve ou não modificação da posição do constituinte no tocante à garantia do equilíbrio econômico e financeiro.

63. Assim sendo, coube à jurisprudência assinalar que, na Constituição de 1988, a garantia do equilíbrio econômico e financeiro se encontrava no art. 37, X, da Magna Carta, até com uma extensão maior do que a anteriormente existente, pois se tornou explicitamente aplicável a todos os contratos administrativos e não somente à concessão, como ocorria no passado.

64. Estabelece o texto constitucional:

“Art. 37 - A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e, também, ao seguinte:

.....

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamentos, **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.”

65. Assim, de acordo com o texto constitucional vigente, as obras, os serviços, as compras e as alienações, no campo do Direito Administrativo, inclusive as concessões, devem obedecer ao princípio da garantia da equação econômica-financeira, **sendo mantidas as condições reais e efetivas, econômicas e financeiras da proposta.**

66. Entre as várias decisões que versaram sobre a matéria, comprovando a manutenção do princípio constitucional, destaca-se o já citado acórdão unânime proferido pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, na Apelação Cível nº 91.01.11006, do qual foi relator o então Juiz e hoje Ministro do Superior Tribunal de Justiça **Vicente Leal**, cuja ementa é a seguinte:

"A Constituição Federal de 1967, sob a redação da Emenda nº 1/69, assegurava, nos contratos de concessão de serviços públicos, a manutenção do equilíbrio econômico e financeiro do pacto, por meio da fixação de tarifas reais, suficientes, inclusive, para a justa remuneração do capital e a expansão dos serviços (art. 167, II).

O mesmo princípio, com maior abrangência, encontra-se esculpido no art. 37, XXI, da nova Carta Política." ⁽¹²⁾

67. No texto do acórdão acima citado, salientou, ainda, o relator que:

"Ressalte-se, por fim, que não procede a tese de que a Constituição de 1988 excluiu do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos como afirmado no recurso. De modo contrário, o novo Estatuto Fundamental tratou do assunto com maior abrangência, contemplando todos os contratos celebrados entre Administração Pública e particular. O preceito constitucional, inserto no art. 37, XXI, da Lei Maior, obriga inserção, nos contratos administrativos de cláusula que estabeleça obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta. Tal preceito consubstancia, sem qualquer dúvida, o princípio do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Assim, o art. 175 da Constituição deve ser compreendido na visão do preceito geral inscrito no art. 37, XXI, do mesmo Estatuto Fundamental."

68. Em nível infraconstitucional, a vigente Lei das Concessões (Lei nº 8.987, de 13/02/95) reafirma os princípios contidos na Carta Magna, nos termos do seu artigo 9º, respectivos parágrafos, e artigo 10, do seguinte teor:

"Art. 9º - A tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta Lei, no edital e no contrato:

§ 1º - A tarifa não será subordinada à legislação específica anterior.

⁽¹²⁾ *Revista Forense*, vol. 319, p.141. A mencionada decisão foi objeto de Recurso Extraordinário da União Federal, do qual o Supremo Tribunal Federal, pela sua 1ª Turma, não conheceu, em decisão unânime de 17.06.97, sendo relator o Ministro Octavio Gallotti (RE nº 183.180).

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

§ 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 revisão da tarifa, para mais ou para menos, conforme o caso.

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

Art. 10 - Sempre que forem atendidas as condições do contrato, considera-se mantido o equilíbrio econômico-financeiro."

69. No mesmo diapasão, o art. 6º, II, "d", e §§ 5º e 6º da Lei 8.666, de 21.6.93.

VI - AS DISTORÇÕES ENSEJADAS PELO PROCESSO DE PRIVATIZAÇÃO

70. Parece cabível trazer à colação dois exemplos recentes de distorções graves no processo de privatização das concessões no Estado do Rio de Janeiro, que significam indícios de que outros problemas, ainda mais sérios, podem se ocultar por trás de procedimentos nem sempre transparentes mas certamente muito velozes.

71. No caso da RIOGÁS S.A, que se tornou concessionária da distribuição de gás natural a importantes setores industriais fluminenses, houve um aumento abusivo de tarifas, da ordem de 20%, num momento de economia estável. A infração à ordem econômica foi levada ao conhecimento do CADE, havendo o eminente Secretário de Direito Econômico, RUY COUTINHO DO NASCIMENTO, proferido a seguinte decisão administrativa:

"A representação tem por objeto pedido de apuração de prática infringente à ordem econômica por parte das Representadas, que, usando de posição dominante, caracterizada pela posição monopolista no fornecimento de gás natural no Estado do Rio Janeiro, havendo por parte da RIOGÁS S.A. ameaça às empresas por ela fornecidas, de interrupção do fornecimento de gás, caso não acatadas as novas condições de venda que impõe, notadamente de

aumento de preços. Consta-se, então, no atual estágio da instrução processual, que persiste a aludida ameaça, por parte da Representada **RIOGÁS S.A.**. Entendo evidenciado "*in casu*", o fato de que a coação imposta pela denunciada prejudica o funcionamento não só da Representante, mas de todas as empresas que se utilizam do gás natural como insumo de produção. (...) Em consequência, **DETERMINO** à Representada **RIOGÁS S.A.** que se abstenha de qualquer medida que implique a interrupção do fornecimento de gás natural às empresas consumidoras do mencionado insumo, até o julgamento definitivo deste processo pelo CADE." (D.O.U. de 31/03/99)

72. Nada obstante, a decisão administrativa terá implicações que seguramente irão redundar num pleito judicial de responsabilização do Estado do Rio de Janeiro.

73. É que a privatização da RIOGÁS, para propiciar maior receita ao Governo Estadual, levou em conta, não a estrutura tarifária vigente à ocasião (preços correntes), mas sim uma projeção que autorizaria a licitante vencedora a cobrar tarifas majoradas. Com base nesse fluxo de caixa projetado, o Governo procurou auferir melhor preço no leilão de privatização, mas legou à sociedade fluminense o encargo de pagar por isso, através do aumento de tarifas.

74. Como a nova estrutura tarifária constou do contrato de concessão, a concessionária RIOGÁS se julga no direito de cobrá-la, com base no princípio do equilíbrio econômico-financeiro e, principalmente, **na manutenção das condições efetivas da proposta** (art. 37, XXI, da Constituição Federal).

75. Se for impedida de praticar a tarifa contratual – seja por decisão administrativa ou judicial – certamente procurará ressarcimento dos cofres públicos, em demanda que pode assumir montantes consideráveis.

76. Outro exemplo curioso é o da privatização da CONERJ, cuja licitação foi ganha por um consórcio formado pela "Andrade Gutierrez" e pela "Viação 1001". A primeira explora, também, a Ponte Rio-Niterói e a segunda é empresa de ônibus com linhas que atravessam a mesma Ponte.

77. Se o Governo pretende incentivar o transporte hidroviário na Baía de Guanabara, como parece ser a prioridade atual, provavelmente irá enfrentar conflito de interesses com a respectiva concessionária (CONERJ), cujos principais acionistas podem ter outros objetivos, face às suas atividades no setor rodoviário.

78. Esse "*imbroglio*", resultante de um processo não muito claro de privatização, está a merecer maior fiscalização da sociedade, principal destinatária dos serviços públicos concedidos. Daí a importância da participação do Ministério Público, mormente numa oportunidade em que não funciona a agência reguladora estadual.

VII. A PARTICIPAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

79. A esta altura da exposição, transparece nítida a importância da intervenção do Ministério Público no processo que, ao longo dos anos, vem transferindo ao setor privado, através de concessões, a responsabilidade pela prestação de serviços públicos.

80. Num primeiro momento, pode ser cabível uma investigação profunda de determinadas privatizações, sendo o mecanismo do inquérito civil público forma extremamente útil de apuração, na medida que podem ser realizadas perícias e tomados depoimentos técnicos, com vistas ao amplo esclarecimento dos fatos.

81. Ademais, o inquérito civil público, ao contrário das comissões parlamentares de inquérito, realiza-se num ambiente técnico que, sem abrir mão da transparência e dos controles sociais, pode dar lugar a resultados mais eficazes e consistentes.

82. No campo regulatório propriamente dito, a atuação do Ministério Público, através do inquérito civil, afigura-se insubstituível, em face da autonomia institucional do *Parquet*, que pode ser fator decisivo na demarcação do verdadeiro interesse público e social inerente às concessões.

83. Seja definindo e materializando o conceito jurídico de “serviço adequado”, seja postulando em favor do princípio da “modicidade das tarifas”, a ação do Ministério Público no inquérito civil e na ação civil pública propriamente dita cresce de importância como instrumento da sociedade civil, complementando ou até corrigindo a atuação fiscalizatória das agências governamentais, as quais nem sempre conseguem apartar-se dos instrumentos políticos de pressão.

84. Na espécie, a idéia de criação de uma Curadoria de Concessões e Privatizações não pode ser confundida como mera especialização da Curadoria de Defesa dos Consumidores.

85. A uma, porque os usuários dos serviços públicos nem sempre podem ser conceituados como “consumidores”, de acordo com o Código de Defesa do Consumidor. Tratando-se de “insumidores”, na feliz expressão de CAIO TACITO, que se utilizam dos serviços públicos – não como destinatários finais – mas como insumos de sua cadeia produtiva, não estão eles ao abrigo do Direito do Consumidor.

86. Nem por isso, contudo, deixa de ter interesse social a proteção dos “insumidores”. No caso *Álcalis versus RIOGÁS* antes citado, o aumento abusivo das tarifas pôs em risco a oferta de mais de 700 empregos diretos, na medida em que a Álcalis possivelmente não resistiria ao acréscimo de custo do gás natural, insumo que utiliza em larga escala no seu processo industrial. Não se pode esquecer que o país vive em plena abertura comercial e o preço da barrilha importada não permitiria à Álcalis repassar o aumento de custo derivado da nova tabela tarifária da RIOGÁS.

87. A duas, porque, nem sempre, o verdadeiro interesse público é consentâneo com uma política tarifária de preços baixos. A simples redução

indiscriminada e sistemática das tarifas, atendendo a interesses demagógicos, leva à diminuição dos investimentos e à obsolescência dos equipamentos, com prejuízo real dos usuários. Numa segunda etapa, a persistir a política de insuficiência tarifária, a iniciativa privada abandona as concessões, confrontando o Estado com a sua carência estrutural de recursos, impeditiva da retomada da prestação direta dos serviços públicos.

88. Ao lado dessa consequência, o rompimento do equilíbrio econômico-financeiro da concessão, propiciado pela inconsistência tarifária, pode levar o Tesouro a ser condenado a indenizações gravosas. Como se viu anteriormente, a jurisprudência não tem admitido tergiversações no concernente à equação financeira dos contratos de concessão.

89. Assim, mesmo aceitando a faculdade de o Poder Concedente fixar unilateralmente as tarifas, atendendo, inclusive, a propósitos de natureza social, o que se tem unanimemente decidido é que, nesse caso, o Estado tem de indenizar a concessionária, recompondo o equilíbrio econômico-financeiro da concessão.

90. Não é por outra razão que a **União Federal** foi recentemente condenada a ressarcir à TRANSBRASIL perdas correspondentes à defasagem tarifária havida ao tempo do Plano Cruzado, cujo valores, objeto de sentença transitada em julgado, ascendem à casa dos R\$ 500 milhões. Considerando que as outras empresas aéreas (VASP, RIOSUL, VARIG e TAM) propuseram ações idênticas, ainda não julgadas definitivamente, se prevalecer a orientação do **Superior Tribunal de Justiça** e do **Supremo Tribunal Federal** no caso TRANSBRASIL, pode-se aquilatar o risco da **Fazenda Nacional** com a aventura tarifária do Plano Cruzado.

91. Salta aos olhos, por conseguinte, o interesse social de que se reveste o acompanhamento e a fiscalização da política tarifária, dadas as consequências que podem advir de posturas meramente demagógicas do Poder Concedente.

92. Se o concessionário não tem ação direta para postular ao Judiciário a fixação da tarifa, em virtude da separação constitucional de poderes, o Ministério Público, por seu turno, pode manejar a ação civil pública sempre que houver lesão de interesses difusos ou coletivos, inclusive em face dos agentes da administração responsáveis, o que, sem dúvida, serve ao objetivo de acautelar prejuízos potenciais dos cofres públicos.

93. Por isso que se afigura extremamente oportuna, em nosso sentir, a criação de uma "*Curadoria das Concessões e Privatizações*", no âmbito do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

Rio, 15 de fevereiro de 2000.

(*) LUIZ OTAVIO DE FREITAS é Procurador de Justiça no Estado do Rio de Janeiro.
