

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 5003308-53.2013.404.0000/RS

RELATORA : Des. Federal VIVIAN JOSETE PANTALEÃO CAMINHA
AGENCIA ESTADUAL DE REGULACAO DOS
AGRAVANTE : SERVICOS PUBLICOS DELEGADOS DO RIO GRANDE
DO SUL - AGERGS
: DEPARTAMENTO AUTÔNOMO DE ESTRADAS DE
RODAGEM - DAER/RS
: ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
AGRAVADO : CONVIAS S/A - CONCESSIONÁRIA DE RODOVIAS
ADVOGADO : FABIANE TESSARI LIMA DA SILVA
: EGON BOCKMANN MOREIRA
: Bernardo Strobel Gimarães
: CÉLIO LUCAS MILANO
: HELOISA CONRADO CAGGIANO
: AMIR JOSE FINOCCHIARO SARTI
: Saulo Sarti
: Cauê Martins Simon
: Lia Sarti
: Ludmilla Guimarães Rocha
MPF : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
INTERESSADO : AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES
TERRESTRES - ANTT
: DEPARTAMENTO NACIONAL DE INFRA-ESTRUTURA
DE TRANSPORTES - DNIT
: UNIÃO - ADVOCACIA GERAL DA UNIÃO

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de instrumento interposto em face de decisão que, em ação ordinária movida por CONVIAS S/A - Concessionária de Rodovias contra a União, a Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT, o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes - DNIT, o Estado do Rio Grande do Sul, o Departamento Autônomo de Estradas de Rodagem - DAER e a Agência Estadual de Regulação dos Serviços Públicos Delegados do Rio Grande do Sul - AGERGS, deferiu parcialmente o pedido de antecipação de tutela jurisdicional, para assegurar à autora o direito à manutenção do contrato de concessão até 10 de dezembro de 2013 ou o julgamento da ação, se este ocorrer antes do termo final da concessão.

Em suas razões, os agravantes insurgiram-se contra o direito à recomposição do desequilíbrio econômico-financeiro do contrato, alegado pela autora, e o termo final da concessão, sustentando que a data correta é 16/04/2013 (e não 10/12/2013), uma vez que os trabalhos iniciais remontam a 16/04/1998 no Pólo de Caxias do Sul.

Indeferido o pedido de efeito suspensivo, os agravantes apresentaram petição, reiterando os argumentos deduzidos anteriormente. Argumentaram que a decisão agravada é *extra petita*, uma vez que a questão atinente ao termo final correto do contrato de concessão não foi aventado pela autora na petição inicial.

Em contrarrazões, a agravada sustentou que a não amortização dos investimentos realizados gerou um desequilíbrio econômico-financeiro contratual, que, além de reconhecido em diversas oportunidades pelos agravados, está demonstrado: a) nos estudos feitos pela FGV - Fundação Getúlio Vargas, após contratação feita pelo Estado do Rio Grande do Sul para apurá-lo, b) na decisão da Direção Executiva Colegiada do DAER, e c) no relatório da AGERGS. Argumentou que sempre agiu de boa-fé e constitui prova inequívoca de seu direito o disposto nas cláusulas 13.3.3, 13.3.5 e 13.3.6 do contrato de concessão.

O Ministério Público Federal exarou parecer, opinando pelo provimento do recurso.

A agravada peticionou, requerendo a redistribuição do recurso, por prevenção, à 3ª Turma desta Corte.

É o relatório.

VOTO

I - A agravada requer seja conferido ao recurso o mesmo tratamento dado ao Agravo de Instrumento n.º 5003662-78.2013.404.0000, com o seu encaminhamento, por prevenção, à 3ª Turma.

O pedido, contudo, não merece prosperar.

O Agravo de Instrumento n.º 5003662-78.2013.404.0000, em que a empresa SULVIAS S.A. Concessionária de Rodovias figurava como agravante, foi redistribuído ao eminente Des. Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, em razão do acolhimento de questão de ordem, suscitada pelo e. Des. Federal Cândido Alfredo Silva Leal Júnior, nos seguintes termos:

Suscito questão de ordem perante a Turma.

É que no agravo de instrumento nº 5003690-46.2013.404.0000 (processo 269 dessa pauta), interposto na mesma ação originária, se está reconhecendo, nessa oportunidade, a conexão entre as ações que discutem o alegado desequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão de rodovias no polo de Lajeado/RS, e determinando a reunião das ações na 4ª Vara Federal, que recebeu a 1ª das ações conexas (processo nº 5068621-69-2011.404.710).

Nessa ação mais antiga, foram interpostos dois agravos de instrumento, 5001101-18.2012.404.0000 e 5007329-72.2013.404.0000.

Os dois foram distribuídos para a 3ª Turma, rel. Des. Thompson Flores.

O primeiro agravo foi julgado e baixado, o segundo está em tramitação.

Esse segundo agravo foi despachado pelo Dr. Thompson Flores, concedendo a antecipação da tutela para manter o contrato até dezembro deste ano.

Se as ações originárias vão ser reunidas em face da conexão, definido-se a competência pela prevenção, parece-me que o mesmo deva ser feito com os agravos interpostos nas ações conexas (desde que ainda não julgados), distribuindo-se-os por prevenção ao relator e à Turma que primeiro deles conheceu.

Portanto, julgo ser o caso de se declinar a competência para o julgamento deste agravo para a 3ª Turma, para a relatoria do Des. Thompson Flores.

Ante o exposto, suscito questão de ordem e voto por solvê-la no sentido de declinar da competência para a 3ª Turma para o julgamento do agravo de instrumento.

Como se vê, naquele caso, todos os agravos de instrumento relacionados à empresa SULVIAS derivavam das ações ordinárias n.ºs 5068621-69-2011.404.710, 5047900-62.2012.404.7100 e 5044507-32.2012.404.7100. Assim, reconhecida a existência de conexão entre as três demandas, foi determinada a reunião dos feitos, considerando-se competente o juízo vinculado ao mais antigo (n.º 5068621-69-2011.404.710).

Neste caso, a ação ordinária n.º 5044498-70.2012.404.7100, ajuizada pela empresa CONVIAS, tramita na primeira instância. Contra a decisão liminar, foram interpostos dois agravos de instrumento (n.ºs 5003204-61.2013.404.0000 e 5003308-53.2013.404.0000), ambos distribuídos, por prevenção, a esta Relatora, em razão do julgamento do Agravo de Instrumento n.º 5002682-34.2013.404.0000, relativo à impugnação ao valor da causa.

Diante desse contexto, afasto eventual prevenção da 3ª Turma para o conhecimento dos agravos de instrumento relativos à ação ordinária n.º 5044498-70.2012.404.7100.

II - Ainda preliminarmente, rejeito a alegação de que a decisão agravada é *extra petita*.

A autora pleiteou a manutenção do contrato de concessão de rodovia, até a ultimação do pagamento de indenização a que alega fazer jus, em decorrência do desequilíbrio econômico-financeiro do contrato. O juízo *a quo*, valendo-se de fundamento diverso, antecipou, em menor extensão, os efeitos da tutela pleiteada. Logo, não há se falar em decisão *extra petita*, ainda que a questão atinente ao termo final do contrato, em face da data da ordem de início de operação, não tenha sido suscitada na petição inicial.

III - No mérito, contudo, razão assiste ao agravante.

A decisão agravada tem o seguinte teor:

A concessão de antecipação de tutela pressupõe, de forma concorrente, a verossimilhança das alegações, bem como o risco de ineficácia da ordem judicial caso deferida na sentença.

O risco de dano irreparável ou de difícil reparação resta evidenciado pela proximidade do término do prazo contratual (abril de 2013), em atenção aos termos da Resolução Decisória RED n. 40/2012, o que culminará com a retomada do pólo de pedágio pelo Estado do Rio Grande do Sul.

No que diz respeito à verossimilhança das alegações, a fim de evitar tautologia, transcrevo o teor da fundamentação exarada na Ação n. 5053145-54.2012.404.7100 (evento 25):

No que diz respeito à verossimilhança das alegações, cabe referir que a questão em julgamento é complexa e demanda análise minuciosa do extenso acervo probatório carreado aos autos.

Numa primeira análise, entretanto, considero ser necessária a manutenção do estado atual do negócio, a fim de evitar prejuízos irreparáveis à empresa concessionária e, até mesmo, para viabilizar a regularidade do prosseguimento do serviço público concedido, resguardando o interesse dos próprios usuários das rodovias.

*Diante disso, entendo viável o deferimento parcial da tutela, para o fim de garantir a manutenção do vínculo contratual entre a requerente e o Estado do Rio Grande do Sul **até 28 de dezembro de 2013 ou até o julgamento da presente ação, se este ocorrer antes do termo final da concessão.***

*Pelos mesmos argumentos e com a devida vênia a entendimento em sentido distinto, entendo que deve ser assegurada a manutenção do vínculo contratual entre a requerente e o Estado do Rio Grande do Sul **até 10 de dezembro de 2013 ou até o julgamento da presente ação, se este ocorrer antes do termo final da concessão.***

Esclareço que a presente medida tem em vista, além de salvaguardar a parte autora dos prejuízos que a própria Administração admite ter ocorrido, garantir à população a continuidade do serviço atualmente prestado, já que, com a retomada das praças pelo poder público, nada há que assegure, ao menos por enquanto, a qualidade e eficácia do serviço, assim como inexistente garantia de que o valor da tarifa será efetivamente reduzido em benefício dos usuários sem prejuízo da conservação e realização de melhorias nas estradas.

*Ante o exposto, **DEFIRO PARCIALMENTE O PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DE TUTELA** formulado no evento 56, para assegurar à parte autora o direito à manutenção do contrato de concessão, na forma da fundamentação.*

*Intimem-se, **sendo as partes requeridas em regime de plantão,** para o cumprimento da decisão.*

Dê-se vista da ação ao Ministério Público Federal, nos termos do art. 82, III, do CPC, diante da existência de interesse público na lide.

Dispõe o art. 175 da Constituição Federal que incumbe ao Poder Público, diretamente ou mediante regime de concessão ou permissão, a prestação de serviços públicos, observado o disposto em lei. Prescreve, ainda, o referido

dispositivo, que a concessão ou permissão deve ocorrer **sempre** por meio de licitação.

Os artigos 2º, inciso II, e 35 da Lei das Concessões (Lei n.º 8.987/95), por sua vez, estabelecem:

Art. 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se:

(...)

*II - concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, **mediante licitação**, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e **por prazo determinado**. (grifei)*

Art. 35. Extingue-se a concessão por:

I - advento do termo contratual;

(...)

*§ 1º **Extinta a concessão, retornam ao poder concedente todos os bens reversíveis, direitos e privilégios transferidos ao concessionário conforme previsto no edital e estabelecido no contrato.***

*§ 2º **Extinta a concessão, haverá a imediata assunção do serviço pelo poder concedente, procedendo-se aos levantamentos, avaliações e liquidações necessários.***

*§ 3º **A assunção do serviço autoriza a ocupação das instalações e a utilização, pelo poder concedente, de todos os bens reversíveis.***

(...) (grifei)

Da leitura dos citados artigos, depreende-se que o advento do termo final, previsto no contrato, importa na extinção da concessão, sendo vedada sua prorrogação ou a renovação do ajuste, sem licitação. A Constituição não contempla exceção a tal exigência, tampouco o faz a Lei. Com efeito, carece de amparo legal a continuidade da exploração do serviço público, além do prazo contratual, não cabendo ao Judiciário impor a prorrogação do ajuste às partes, sem observância do procedimento licitatório.

Conquanto a alteração unilateral do contrato que onere demasiadamente o contratante gere o dever do Poder Público de compensar economicamente os novos encargos, não há como pretender prorrogá-lo, formal ou informalmente, após o decurso do prazo contratual, ainda que a pretexto de buscar o reequilíbrio econômico-financeiro do ajuste, restando à parte interessada vindicar eventual indenização na via própria. A apuração e o acertamento dessa indenização, se não forem possíveis pelos próprios mecanismos previstos na Lei das Concessões, não podem ser impostas pelo concessionário como condição para a extinção da concessão.

Esse é o entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme precedentes que transcrevo, a título ilustrativo:

ADMINISTRATIVO. EXTINÇÃO DO CONTRATO DE CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. REVERSÃO DOS BENS UTILIZADOS PELA CONCESSIONÁRIA. INDENIZAÇÃO PRÉVIA. DESCABIMENTO.

1. Extinto o contrato de concessão por decurso do prazo de vigência, cabe ao Poder Público a retomada imediata da prestação do serviço, até a realização de nova licitação, a fim de assegurar a plena observância do princípio da continuidade do serviço público. Não está condicionado o termo final do contrato ao pagamento prévio de eventual indenização referente a bens reversíveis que, se for devida, tem de ser garantida nas vias ordinárias. Precedentes do STJ.

2. Recurso especial não provido.

(STJ, 2ª Turma, REsp 1314050/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, julgado em 06/12/2012, DJe 19/12/2012)

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO ADMINISTRATIVO. CONTRATO DE CONCESSÃO. EXTINÇÃO. PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE DO SERVIÇO PÚBLICO. INDENIZAÇÃO PRÉVIA. INCABIMENTO.

1. Extinto o contrato de concessão por decurso do prazo de vigência, cabe ao Poder Público a retomada imediata da prestação do serviço, até a realização de nova licitação, a fim de assegurar a plena observância do princípio da continuidade do serviço público, não estando condicionado o termo final do contrato ao pagamento prévio de eventual indenização, que deve ser pleiteada nas vias ordinárias.

2. Agravo regimental improvido.

(STJ, 1ª Turma, AgRg no REsp 1139802/SC, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, julgado em 12/04/2011, DJe 25/04/2011)

ADMINISTRATIVO. EXTINÇÃO DO CONTRATO DE CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. REVERSÃO DOS BENS UTILIZADOS PELA CONCESSIONÁRIA. INDENIZAÇÃO PRÉVIA. ART. 35, § 4º, DA LEI 8.987/95.

I - O termo final do contrato de concessão de serviço público não está condicionado ao pagamento prévio de eventual indenização referente a bens reversíveis não amortizados ou depreciados.

II - Com o advento do termo contratual tem-se de rigor a reversão da concessão e a imediata assunção do serviço pelo poder concedente, incluindo a ocupação e a utilização das instalações e dos bens reversíveis. A Lei nº 8.987/95 não faz qualquer ressalva acerca da necessidade de indenização prévia de tais bens.

III - Recurso especial improvido.

(STJ, 1ª Turma, REsp 1059137/SC, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, julgado em 14/10/2008, DJe 29/10/2008)

O argumento de que a complexidade da causa recomenda 'a manutenção do estado atual do negócio, a fim de evitar prejuízos irreparáveis à empresa concessionária e, até mesmo, para viabilizar a regularidade do prosseguimento do serviço público concedido, resguardando o interesse dos próprios usuários das rodovias' (DECLIM1 do evento 74 da ação originária), não respalda a dilação do prazo contratual, com a preterição das exigências legais e constitucionais. Na dicção legal, a extinção da concessão enseja a imediata retomada da rodovia pelo Poder Concedente, o que afasta o risco de solução de continuidade do serviço público concedido, em prejuízo aos usuários.

Ademais, a assertiva de que, 'com a retomada das praças pelo poder público, nada há que assegure, ao menos por enquanto, a qualidade e eficácia do serviço, assim como inexistente garantia de que o valor da tarifa será efetivamente reduzido em benefício dos usuários sem prejuízo da conservação e realização de melhorias nas estradas', não encontra lastro em elementos probatórios convincentes. É público e notório que a Administração Estadual, por

meio do DAER, já administra, a longo tempo, duas praças de pedágio Estância Velha - Taquara (RS 239) e Passo Fundo - Erechim (RS 135).

Nesse aspecto, é importante destacar que a decisão proferida pelo eg. Superior Tribunal de Justiça em Suspensão de Liminar e de Sentença (n.º 1.729-RS) não adentrou na análise dos termos do contrato de concessão *sub judice*, inclusive porque, em incidente dessa natureza, não é viável '*o exame do acerto ou desacerto do decisum objurgado, não podendo o incidente ser utilizado como sucedâneo recursal para se discutir o próprio mérito da ação principal*'.

Diante dessas considerações, não há como acolher o pedido da autora de manutenção do contrato de concessão de rodovia até que haja a apuração e o pagamento da indenização alegadamente devida.

No que tange ao termo final do contrato, após detida análise da documentação acostada aos autos, tenho por correta a data apontada pelo Estado do Rio Grande do Sul. Isso porque, ao firmar o Contrato de Concessão PJ/CD/-88/98, a autora tinha conhecimento de que a concessão compreendia uma fase preliminar, na qual não haveria cobrança de qualquer tarifa de pedágio.

Consoante o disposto na cláusula 2.3.8, incisos I e II, do ajuste (CONTRATO 4 do evento 1 da ação originária):

2.3.8. O PROJETO DE ENGENHARIA ECONÔMICA contempla os 'Trabalhos Iniciais' da concessão, definindo as condições e os prazos globais em que os mesmos devem ser executados.

I - Esses 'Trabalhos Iniciais' foram concedidos de modo que, previamente à cobrança da tarifa de pedágio, fossem executadas obras e prestados serviços de melhoria geral das rodovias do POLO, em benefício dos seus usuários.

II - Durante o período de realização dos 'Trabalhos Iniciais', a CONCESSIONÁRIA das rodovias deverá elaborar o projeto executivo de operação das rodovias que compõem o POLO, conforme definido no PROJETO BÁSICO DE EXPLORAÇÃO.

O inciso I é claro no estabelecer que, **antes de iniciar a cobrança das tarifas de pedágio**, a empresa contratada deveria executar os '*Trabalhos Iniciais*' de melhoria geral da rodovia do pólo, instalação da concessionária, construção da estrutura para a cobrança ('praças de pedágio'), tendo sido expedida a '*Ordem de Início dos Trabalhos Iniciais*', no caso concreto, em 16/04/1998 (ANEXO4 do evento 70 da ação originária).

Já a cláusula 3 do contrato estabelece:

3 - PRAZOS DE CONCESSÃO

3.1 - PRAZO TOTAL: *O prazo da concessão é de 15 (quinze) anos, excepcionados os casos expressamente previstos no CONTRATO.*

3.2 - *PRAZO DE INÍCIO: A CONCESSÃO terá início quando da Ordem de Início da Operação emitida pelo DAER/RS.*

3.3 - *INÍCIO DA COBRANÇA DE PEDÁGIO:*

3.3.1. *A cobrança de pedágio terá início após a conclusão e aprovação das obras e dos serviços denominados 'Trabalhos Iniciais', conforme definido no PROJETO DE ENGENHARIA ECONÔMICA.*

3.3.2. *Imediatamente após a conclusão dos 'Trabalhos Iniciais', a CONCESSIONÁRIA deverá encaminhar solicitação ao DAER/RS para iniciar a cobrança do pedágio, acompanhada de cópia dos projetos e de outros documentos das obras e serviços realizados.*

3.3.3. *Previamente a autorização para o início da cobrança do pedágio, o DAER/RS realizará a vistoria final das obras e serviços de engenharia realizados, lavrando, no prazo de até 10 (dez) dias úteis, contando da data de apresentação da solicitação a que se refere o item anterior, o correspondente 'Termo de Vistoria', que será assinado também pelo representante da CONCESSIONÁRIA. Passados os 10 (dez) dias úteis o Termo de Vistoria será concedido por decurso de prazo.*

3.3.4. *No caso de o resultado da vistoria ser favorável, o Diretor Geral do DAER/RS expedirá, no prazo de até 5 (cinco) dias úteis corridos, contado da lavratura do mencionado 'Termo', **autorização para o início da cobrança do pedágio.** Passados os 5 (cinco) dias úteis corridos a autorização para início da cobrança de pedágio será autorizado por decurso de prazo.*

(...)

A interpretação sistemática das cláusulas contratuais denota que, finalizados os 'Trabalhos Iniciais', seria realizada vistoria pelo DAER. Aprovadas as respectivas obras, seria expedida autorização para início da cobrança do pedágio (cláusula 3.3). A vigência do contrato (os quinze anos), portanto, abarcava toda a fase inicial que antecedeu a cobrança da tarifa.

Pois bem.

Em 16/04/1998, foi expedida '*Ordem de Início dos Trabalhos Iniciais*' (ANEXO4 do evento 70 da ação originária).

Consta, ainda, que, a partir de julho de 1998, teve início a cobrança de tarifas de pedágio em duas das praças do Pólo de Caxias do Sul (Caxias do Sul/São Vendelino e Caxias do Sul/Nova Petrópolis), após a finalização dos '*Trabalhos Iniciais*', a vistoria e a aprovação pelo DAER e pela AGERGS (ANEXO6 do evento 1 do agravo de instrumento).

Em 05/11/1998 e 09/12/1998, após a realização de serviços adicionais determinada pela AGERGS, foi autorizada a cobrança de tarifa de pedágio em dois outros trechos (Caxias do Sul/Antônio Prado e Caxias do Sul/Campestre da Serra (ANEXO5 do evento 1).

Concluídos os '*Trabalhos Iniciais*' do último trecho, em 09/12/1998, o DAER expediu a '*Ordem de Início de Operação*', em razão de todos os trechos integrantes do referido pólo estarem com os *Trabalhos Iniciais concluídos e atendidas todas as condições para operação* (OUT7 do evento 56 da ação originária).

Com efeito, em dezembro de 1998 (data considerada pela decisão agravada), os '*Trabalhos Iniciais*' já haviam sido finalizados em todos os trechos, tendo início a segunda etapa da contratação (manutenção).

Logo, não há como considerar, como quer a autora, que o prazo de 15 (quinze) anos tenha se iniciado na data de expedição da '*Ordem de Início de Operação*' (09 de dezembro de 1998), vencendo-se em 09 de dezembro de 2013.

A etapa inicial está compreendida na concessão, e **o termo inicial da contagem do prazo de 15 anos é anterior à cobrança de pedágio**. O contrato previu, expressa e inequivocamente, uma primeira etapa, nominada '*Trabalhos Iniciais*', na qual não haveria cobrança de tarifas, e essa circunstância, certamente, foi sopesada pela autora no momento da elaboração da proposta comercial apresentada na licitação, que restou vencedora. Assim, ainda que não tenha havido cobrança de pedágio durante esse período inicial, está incluído na equação do contrato que esse lapso temporal seria remunerado nos anos e meses restantes da concessão, de modo a que não houve prestação de serviços gratuitos durante os '*Trabalhos Iniciais*'. As despesas desse período seriam ressarcidas ao longo do contrato, demonstrando os documentos e planilhas constantes dos autos que isso foi incorporado na proposta vencedora e na equação do contrato.

Tanto é assim que a própria autora, em sua relação com o poder concedente e na programação de suas atividades, considerou o período dos '*Trabalhos Iniciais*' como parte integrante dos 15 anos de concessão. Na proposta comercial vencedora (ANEXO 2 do evento 70 da ação originária), a planilha de estimativa de volume de tráfego de veículos em cada praça de pedágio, para o primeiro ano da concessão, contemplou apenas o período do 7º ao 12º mês. Ou seja, para o primeiro ano da concessão, desconsiderou os primeiros 6 meses, destinados aos '*Trabalhos Iniciais*', o que revela a existência de consenso entre as partes quanto ao termo inicial do prazo de quinze anos.

O mesmo ocorreu nos Relatórios Operacionais correspondentes aos meses de julho de 2008 e dezembro de 2012, elaborados e apresentados pela autora, em atendimento ao item 9.2.V e 12.1 do contrato de concessão, nos quais consignou, no campo destinado a '*data de início do contrato*', o dia 14/04/2013 (ANEXO4 do evento 1).

A existência de duas etapas - inicial e de manutenção -, ambas compreendidas no prazo total de quinze anos, foi expressamente prevista e era de conhecimento inequívoco dos contratantes.

Interpretação diversa da aqui defendida atentaria contra a compreensão sistemática das cláusulas do Contrato de Concessão e dos Projetos de Exploração e de Engenharia Econômica que o integram, em face da cláusula 3.2 (*A CONCESSÃO terá início quando da Ordem de Início da Operação emitida pelo DAER/RS*), e a própria lógica da contratação, que é inferida não só do instrumento contratual em si como também da proposta comercial, do projeto de engenharia econômica e do projeto básico de exploração, cujos termos são de observância obrigatória para as partes e cuja existência é prévia à ordem de início de cobrança do pedágio.

Mais do que isso, aceitar que o termo final do contrato seja projetado para dezembro de 2013 significa autorizar a cobrança de tarifas de pedágio por período superior aos 15 anos de duração da concessão, sem que tal *plus* tenha sido considerado na definição do valor apresentado na proposta original, em afronta ao artigo 175 da Constituição Federal.

Por essa razão, a expressão '*a concessão terá início quando da Ordem de Início da Operação emitida pelo DAER/RS*', contida na cláusula 3.2 do contrato, não pode ser tomada isoladamente, devendo ser interpretada como '*Ordem de Início dos Trabalhos Iniciais*', sob pena de subversão da própria estrutura da contratação.

Por oportuno, transcrevo trecho voto do Eminentíssimo Desembargador Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz que examinou com profundidade questão análoga nos autos do Agravo de Instrumento n.º 5001851-83.2013.404.0000:

(...)

Ora, constitui princípio elementar da teoria geral dos contratos administrativos de que toda e qualquer modificação unilateral do contrato por parte do Poder Público que agrave os encargos do contratado obriga a Administração a compensar economicamente os novos encargos, restaurando-se, assim, o equilíbrio econômico-financeiro do ajuste.

Nesse sentido, dispõe o § 4º do art. 9º da Lei nº 8.987, de 13.02.1995, verbis:

'Art. 9º.

(...)

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

É sabido o respeito pela observância das cláusulas dos contratos nos Estados Unidos da América, a tal ponto de constituir a integridade da relação contratual uma diretriz constitucional de primeira ordem, que deve ser preservada sempre que possível.

Quem o diz é o respeitado Professor Ernest Freund, em obra clássica, verbis:

'The integrity of contractual obligation is a constitutional policy of the first order, and should be maintained wherever possible.' (Freund, Ernest. *Standards of American Legislation*, Second Edition, The University of Chicago Press, 1965, p. 283)

Questão que desperta considerável interesse e freqüente nos Tribunais é o exame pelas Cortes de Justiça da legalidade do ato de revisão das tarifas, bem como os seus limites.

A respeito, leciona Guimarães Menegale, verbis:

'De fato, se a mais influente consideração que prevalece no processo de fixação das tarifas é o interesse coletivo, é indisputável, também, que se deve atender ao interesse do concessionário, consagrado no princípio constitucional de justa retribuição do capital, resultante, em última análise, na proteção do interesse geral pela circunstância de favorecer a eficiência do serviço concedido. Na apreciação, pelo Poder Judiciário, da legalidade do ato regulamentar da revisão das tarifas, o que tem de primar, por conseguinte, é a aplicabilidade do preceito constitucional. Ora, ao cotejar com a norma constitucional a legalidade do ato administrativo, não cabe ao Poder Judiciário discernir dados jurídicos e dados técnicos; uns e outros têm de condicionar-se à constitucionalidade da decisão. Parece indiscutível que, na hipótese da ilegalidade, ao juiz é facultado investigar se a ilegalidade proveio da elaboração dos elementos técnicos.' (Menegale, J. Guimarães. Parecer publicado na Revista Forense, v. 133, p. 52)

E, adiante, acrescenta, verbis:

'Em resumo: embora constitua tarefa de extrema delicadeza, o juiz poderá abster-se de considerar se tal processo técnico utilizado na fixação ou revisão das tarifas é o mais aconselhável, mas, por certo, tem a faculdade de averiguar se da adoção de tais elementos técnicos resultou violação do princípio de justa retribuição ao capital. Os processos técnicos de fixação tarifária não têm o caráter de mistério que os torne indevassáveis à análise judicial; não fôra, por conseqüência, admissível, que, alegada a remuneração injusta do capital, e não surpreendida a ilegalidade formal do ato regulamentário, vedasse a administração pública ao juiz a investigação da causa intrínseca da injustiça na defeituosa aplicação da técnica, elementar na aplicação da lei, a pretexto, sobretudo, de que a justiça pode aquilatar 'aplicação da lei', e não de sua 'boa ou má aplicação', pois a justiça não decide só se o poder administrativo 'aplicou a lei', mas se aplicou 'bem ou mal'.' (In Op. cit. pp. 52/3)

*Em precioso estudo publicado na prestigiada **Harvard Law Review**, assinala Frederick K. Beutel, verbis:*

'The task of declaring that a commission has acted arbitrarily is not an easy one; many intangible elements may be present in the case which will lead the court to the conclusion that the commission has not given due and impartial consideration to all elements involved, and yet it may be extremely difficult for the court to place its finger upon the defect. (...) The Supreme Court is entirely conscious of the economic fact that any rate which reduces the utility's net return reduces its present value, which in business is simply a capitalization of its earning power.' (Beutel, Frederick K. 'Valuation as a Requirement of Due Process', in Harvard Law Review, v. XLIII - 1929-1930, p. 1.267)

*É conhecido o voto proferido pelo **Justice Hughes** no **Minnesota Rate case**, verbis:*

'The ascertainment of that value is not controlled by artificial rules. It is not a matter of formulas, but there must be a reasonable judgement, having its basis in a proper consideration of all relevant facts.' (In The Supreme Court Reporter, West Publishing Co., St. Paul, 1913, v. 33, p. 754)

A reversão dos bens na Concessão.

Nos termos da melhor doutrina, a reversão é o retorno do serviço ao poder concedente, expirado o prazo ajustado na concessão.

A reversão abrange apenas e tão-somente aqueles bens diretamente vinculados à prestação do serviço.

A respeito, claro o magistério de Carlos Medeiros da Silva, verbis:

'12. A reversão tem por objeto permitir que o concedente, finda a concessão, possa continuar a exploração do serviço com os bens que, durante o seu curso, tenham sido adquiridos pelo concessionário, visando à execução do contrato. Este acervo, utilizado pelo concessionário, no interesse do serviço, não pode ser desfalcado, sob pena de impossibilitar ou dificultar a continuidade da exploração.

13. A reversão é, pois, um corolário, uma consequência da concessão. Findo o prazo da exploração concedida, os bens a ela vinculados ficariam sem utilização e na livre disposição do concessionário, caso não fôsse prevista a reversão.' (In Revista de Direito Administrativo, v. 43, pp. 457/8)

Da mesma forma, a lição de Hely Lopes Meirelles, verbis:

'Reversão, como a própria palavra indica, é o retorno do serviço ao concedente, ao término do prazo contratual da concessão. Segundo a doutrina dominante, acolhida pelos nossos Tribunais, a reversão só abrange os bens, de qualquer natureza, vinculados à prestação do serviço. Os demais, não utilizados no objeto da concessão, constituem patrimônio privado do concessionário, que deles pode dispor livremente, e, ao final do contrato, não está obrigado a entregá-los, sem pagamento, ao concedente. Assim é porque a reversão só atinge o serviço concedido e os bens que asseguram a sua adequada prestação. Se o concessionário, durante a vigência do contrato, formou um acervo à parte, embora provindo da empresa, mas desvinculado do serviço e sem emprego na sua execução, tais bens não lhe são acessórios, e, por isso, não o seguem necessariamente na reversão.

As cláusulas de reversão é que devem prever e tornar certo quais os bens que, ao término do contrato, serão transferidos ao concedente e em que condições. A reversão gratuita é a regra, por se presumir que, durante a exploração do serviço concedido, o concessionário retira não só a renda do capital, como também o próprio capital investido no empreendimento. Se nada for estipulado a respeito, entende-se que o concedente terá o direito de receber de volta o serviço com todo o acervo aplicado na sua prestação, sem qualquer pagamento. Mas casos há de concessão de curto prazo, ou de investimentos especiais e de alto custo, que justificam convencie-se a indenização total ou parcial dos bens da empresa, quando da reversão do serviço.

A reversão é, assim, a forma normal de extinção da concessão. As outras são formas excepcionais.' (Meirelles, Hely Lopes. Licitação e Contrato Administrativo, 9ª edição. Revista dos Tribunais, pp. 302/3)

Nesse sentido, precedente do Eg. STF ao julgar o RE nº 18.135, rel. o eminente Ministro Orozimbo Nonato, verbis:

'(...)

O fato de ser a coisa destinada ao serviço público não faz com que o concessionário perca a sua propriedade. Por outro lado, é necessário que, ao fim do contrato, não haja qualquer hiato no serviço público desempenhado pelo concessionário. Essa a razão das cláusulas de reversão, cuja validade sempre se reconheceu.' (In Revista Forense, v. 153, p. 127)

Esclarecedora é a lição de Marcello Caetano, verbis:

'416. Propriedade do estabelecimento da concessão. Mas, enquanto durar a concessão do serviço público, a quem pertence a propriedade do respectivo estabelecimento quando tenha

sido o concessionário a montá-lo e nos termos do acto de concessão deva vir a reverter para o concedente?

Há que distinguir duas hipóteses:

a) o estabelecimento do serviço constitui uma universalidade que a lei considera do domínio público;

b) os bens que constituem o estabelecimento do serviço são coisas meramente particulares.

Na hipótese a) o estabelecimento do serviço passa, desde o momento da sua criação, a ser propriedade pública, de que, portanto, será titular a pessoa colectiva de direito público que houver concedido o serviço.

Entende-se que o concessionário procedeu como se fora um empreiteiro que tivesse aceite um pagamento diferido da obra produzida. Esse pagamento obtém-no, por suas próprias mãos, do rendimento da exploração do serviço. E se o concedente resolver resgatar a concessão do serviço, terá então de fazer o pagamento imediato da parte do custo dos bens ainda não amortizada.

Na hipótese b) os bens são propriedade do concessionário enquanto durar a concessão. O concessionário apenas se obrigou para com o concedente a entregar-lhos gratuitamente se a concessão atingir o termo previsto. Trata-se, pois, da obrigação para o concessionário de fazer uma prestação de coisas ao concedente, se a concessão for mantida e as suas cláusulas observadas por este e quando o respectivo prazo de duração expirar (obrigação condicional e a termo).

Se não se verificar a condição, ou se o concedente quiser obter os bens antes do termo, terá de comprá-los pelo seu justo preço.

Portanto o concedente, nesta hipótese, tem apenas, relativamente aos bens e durante a concessão, um direito de crédito, mas não quaisquer direitos reais.' (Caetano, Marcello. Manual de Direito Administrativo, 10ª edição, 3ª reimpressão, Livraria Almedina, Coimbra, 1986, t. II, pp. 1120/1, nº 416)

Por conseguinte, os bens, móveis e imóveis, adquiridos pela concessionária constituem bens do património geral desta e não do património especial vinculado à destinação do serviço público objeto da concessão.

A respeito, exige-se expressa disposição acerca do tema debatido já no edital de convocação e no próprio contrato de concessão para prevenir dúvidas e questionamentos (arts. 18, X e XI, e 23, X, da Lei nº 8.987/95).

Em 1907, ao julgar a questão referente à concessão obtida pela **Cleveland Electric Railway Co.** para explorar o serviço de transporte à tração elétrica nas ruas de Cleveland, deliberou a Suprema Corte dos Estados Unidos, verbis:

'The title to the rails, poles, and other appliances for operating the Garden street branch of the Cleveland street railway system remaining in the various streets at the expiration of its franchise is in the railway company which has been operating the road.' (In The Supreme Court Reporter, West Publishing Co., St. Paul, 1907, v. 27, p. 202)

Dessa forma, bens reversíveis são apenas aqueles diretamente vinculados ao objeto da concessão e que visam à continuidade da prestação do serviço público.

É a lição de Gaston Jèze, verbis:

*'Tous les immeubles qui ne font pas retour au concédant restent la propriété du concessionnaire; ces immeubles portent, dans la pratique, le nom de **domaine privé** par opposition au **domaine concédé**.'* (Jèze, Gaston. Les Principes Généraux du Droit Administratif - Théorie Générale des Contrats de L'Administration, Troisième partie, 3ª edição, Libr. Générale, 1936, p. 1.184)

Precisa e escoreita a conclusão do Professor Celso Antônio Bandeira de Mello, em alentado artigo de doutrina, quando afirma, verbis:

'8. Nos casos em que deva existir reversão de bens, seja por força da expiração normal da concessão, seja em decorrência de sua extinção prematura, a necessidade de indenizar o concessionário pelos bens revertidos prende-se inteiramente ao fato de ter ou não havido amortização do capital neles substanciado.

Em geral são outorgadas por prazo longo as concessões em que os bens aplicados ao serviço devem, ao final, integrar-se no patrimônio público mediante reversão. Assim se faz para que os concessionários amortizem os investimentos efetuados, isto é, paguem-se destes dispêndios, ressarcindo-se através das próprias tarifas cobradas dos usuários, pela adscrição de uma parcela delas a tal finalidade. Dessarte, ao expirar-se a concessão por decurso do prazo, o Poder Público não incorrerá em desembolsos para assenhorear-se do acervo.

Com efeito, é claro que se o prazo fosse curto, a parcela tarifária comprometida neste propósito revelar-se-ia insuficiente para reposição do capital, a menos que se fixassem tarifas altíssimas. Ora, como o Poder Público deve zelar pela ampla acessibilidade do serviço aos usuários e garantir-lhes as condições mais convenientes, as tarifas precisam ser módicas. Segue-se que o prazo de tais concessões, conforme dito, haverá de ser longo. Então, graças à amplitude dele, adrede estabelecida para atender ao citado objetivo, presume-se que, ao se expirar normalmente o prazo fixado, já terá havido, salvo prova em contrário, amortização do capital investido pelo concessionário. Por esta razão, admite-se, em princípio, que os bens aplicados ao serviço revertam ao concedente sem ônus para ele.

Este modelo, que é o usual, poderá, entretanto, sofrer algum desconcerto quando, em épocas já avizinhas da consumação do prazo, o concessionário seja obrigado a efetuar investimentos suplementares, quer para manter a qualidade ou a atualização técnica do serviço, quer para expandi-lo ante o incremento da demanda dos usuários. Ai sim - e só aí - o tempo remanescente será insuficiente para permitir que as tarifas ao longo dele hauridas também atendam a finalidade apontada, irrompendo, pois, a necessidade de que o Poder Público, na reversão, acoberte o montante que restou insuprido.

9. É bem de ver, todavia, que se a concessão extinguir-se prematuramente, seja por encampação, seja por resgate, ficará convulsionado o supra referido esquema de amortização do capital.

Deveras, a antecipação do término do vínculo subverterá a expectativa sobre a qual estavam assentados os cálculos relativos ao acobertamento do capital. Donde, se os bens, com esta antecipação, viessem a ser absorvidos pelo concedente sem compensação econômica que cobrisse o remanescente de investimentos ainda não amortizados pelas percepções tarifárias passadas, o concessionário sofreria uma perda patrimonial. É dizer, ficaria injustamente agravado pela transferência gratuita de uma parcela de seus recursos para o Poder Público: aquela que em prol dele despendeu e não lhe foi reposta.

Donde, se ao findar-se a concessão o concessionário não houver amortizado integralmente o capital que investiu, mediante percepção das tarifas fixadas pelo concedente e cobradas pelo concessionário dos usuários (mais eventuais subsídios que o Poder Público lhe haja aportado) é óbvio que o concedente, para capturar os bens aplicados ao serviço, terá de versar-lhe o quantum correspondente ao valor ainda pendente de amortização.

Tal pagamento, então, será de rigor, como contrapartida da assunção dos bens pelo Estado. Deveras, em situações deste jaez, o concessionário, ao invés de retirar-se com o acervo representativo de capital que aportou, deixa-o em mãos do concedente. Cumpre, pois, que seja acobertado quanto a isto. De resto, a ser de outro modo, ninguém em seu juízo perfeito, se abalançaria a engajar-se em vínculo de tal ordem. Seria, evidentemente, um negócio desastroso aquele em que alguém, aplicando recursos próprios para obter uma remuneração pelo investimento feito, ficasse, ao final, despojado total ou parcialmente do capital investido. Sairia, evidentemente, empobrecido se não houvesse podido sequer recuperá-lo ao cabo do empreendimento.

Note-se que aqui não está em pauta questão atinente a uma eventual compensação econômica pela perda dos proveitos (lucro ou remuneração do capital) que - não fora pelo encurtamento do prazo - seriam hauridos pelo concessionário com a cobrança das tarifas ao longo de todo o período em que estava titulado para captá-las. O de que se cuida neste passo, é, meramente, de reconhecer que se a extinção da concessão efetuar-se antes do prazo, não comparece o referido fundamento jurídico e econômico embasados da absorção gratuita do acervo pelo concedente, a título de reversão.

Como se viu, a amortização do capital é que se constitui na causa hábil para supedanejar a absorção definitiva do acervo sem ônus para o concedente. Assim, ocorrendo extinção prematura da concessão e conseqüente reversão dos bens aplicados ao serviço, se não fosse versada ao concessionário a contrapartida pelos investimentos ainda descobertos, seguramente ocorreria injurídico apoderamento, pelo concedente, de uma parcela do patrimônio de sua contraparte. E isto, repita-se, tanto ocorrerá nos casos de encampação quanto nos de caducidade.

10. Aliás, tratando-se de encampação, isto é, encerramento suscitado por razões administrativas de mera conveniência ou oportunidade, portanto, sem que o concessionário haja praticado falta que a justificasse o Poder Público deverá indenizá-lo pela antecipação do encerramento do prazo ao longo do qual perceberia, através das tarifas, o proveito econômico em vista do qual travara o vínculo. Deveras, seu ingresso na relação jurídica fora motivado, evidentemente, pela expectativa de um ganho, que teria buscado em outro negócio (mobilizando para est'outro seu capital, aptidão empresarial, experiência e recursos), se não fora pelo liame que travou com o concedente, confiando em que, bem servindo, hauriria durante todo o prazo estipulado os proveitos do empreendimento.

Embora seja certo que o Poder Público possa, sem violar o direito, retomar o serviço dado em concessão, também é certo que deverá compor o prejuízo econômico dessarte causado. Além disto, como é óbvio, terá de acobertar-lhes, a parte ainda não amortizada do capital, como já se viu. Nisto estará, pura e simplesmente, cumprindo o elementar dever de respeitar o capital alheio, ou seja, de não apropriar-se do que pertence a outrem.

11. Quando o encerramento prematuro do vínculo resultar de caducidade, vale dizer, extinção decidida pelo Poder Público como decorrência de faltas graves do concessionário que o fizeram incurso nesta sanção, é claro que a este não será devida qualquer indenização pela perda da exploração do serviço. Pelo contrário, o concessionário é que, em sua qualidade de inadimplente, além de responder pelas multas ou quaisquer outros agravamentos previstos (perda da caução efetuada, por exemplo), terá ainda de arcar com as perdas e danos que haja causado ao concedente pelo fato de havê-lo levado a promover o encerramento prematuro do vínculo.

Sem embargo, nem por isso o concedente poderia assenhorear-se gratuitamente dos bens constitutivos do acerto, se ainda não estiverem - como não deverão estar - integralmente amortizados. Fazê-lo, equivaleria a confiscar investimentos aportados pelo concessionário.

Não há confundir o tópico atinente à prestação do serviço, e, assim, portanto, o de sua persistência ou cancelamento prematuro, com o tópico relativo ao capital invertido pelo concessionário e que estará substanciado em bens que reverterão ou não para o concedente ao encerrar a relação jurídica.

A extinção antecipada do vínculo, por si mesma, nada predica com relação à reversão dos bens. Logo, a causa pela qual se antecipa a dissolução do vínculo (encampação ou caducidade) não poderia ser, por si mesma, nem determinante de tal conseqüência, nem determinante de onerosidade ou gratuidade de reversão. Em suma: por não existir ligação entre a causa de extinção prematura do vínculo e a reversão dos bens, também não existe ligação entre ela e o fato de dever-se efetuar-la com ou sem indenização.

12. Com efeito, nos casos em que a concessão não demande reversão dos bens, como poderia suceder em uma concessão de linhas de ônibus - conforme hipótese dantes figurada - provavelmente a ninguém acudiria supor que, em sendo decretada sua caducidade, o concessionário perderia os veículos ou equipamentos postos à disposição do serviço. Por que não ocorreria tal suposição?

Simplesmente porque a reversão dos bens não é uma consequência da caducidade; não é uma sanção pela inadimplência do concessionário. Se o fosse, deveria operar - e sem ônus para o concedente - também nos casos em que não estava prevista (explícita ou implicitamente). Em rigor, nada tem a ver com ela. Onde, não haveria porque presumir que a gratuidade da reversão seja uma consequência natural da caducidade, nos casos em que dita reversão (quando pressuposta) vem a ser antecipada por força de prematura extinção do veículo suscitada por inadimplência do concessionário.

A reversão - cumpre repetir - não é sanção, mas um efeito que se processa com supedâneo em outros fundamentos e na conformidade de outros pressupostos, tudo conforme dantes exposto. Onde, ocorrerá apenas nos termos que a legitimam, isto é, com pleno acobertamento do capital invertido pelo prestador do serviço e nos casos em que é demandada para continuidade dele. Não haveria, então, porque imaginar que a gratuidade da reversão deva ser havida como uma resultante da caducidade.

13. Além disto, seria incabível apropriar-se deste remanescente de capital sem indenizá-lo, porquanto, com tal procedimento, haveria um confisco (o que é constitucionalmente vedado) e um enriquecimento ilícito do concedente sobre o patrimônio alheio. Acresce, ainda, que sobre tratar-se de sanção violentíssima, sua aplicação, salvo previsão expressa em lei ou no próprio ato concessivo, resultaria absurda, porque extraída do nada.

Deveras, os poderes jurídico- administrativos ou resultam da lei ou dimanam de relações constituídas ex voluntate. Como se sabe, por força do princípio da legalidade (art. 37 da CF), a Administração, para impor algo a outrem, necessita estar embasada em lei (art. 5º, II, e 84, IV). Fora daí, somente se estiver calçada em disposição à qual sua contraparte tenha se submetido voluntariamente, como sucederia em relação a cláusulas de uma concessão ou a normas contratuais livremente acordadas entre os contraentes. Se a Administração não estiver embasada em lei que lhe autorize impor a sanção 'a' ou 'b', ou em cláusula da concessão, evidentemente carecerá de fundamento jurídico para impô-la. Logo, presumir, nos casos de caducidade da concessão, que a reversão prevista independe de indenização da parcela do capital ainda não amortizada é literalmente um absurdo.' ('Reversão dos Bens na Concessão', in Revista Trimestral de Direito Público, v. 7, pp. 10/3)

Outro não é o ensinamento de Otto Mayer, verbis:

'Tous les moyens matériels et personnels qui jusque-là servaient à l'entreprise représentent maintenant entre ses mains une masse sans emploi. S'il ne se produit rien d'autre, il pourra en disposer librement.

La ci-devant propriété publique de la route, de la voie ferrée, du canal, est déclassée avec la cessation de la concession; les immeubles ainsi que les meubles corporels, les contrats de service, les baux en cours, tout ce qui reste de l'entreprise lui appartient.

Mai celui de qui émane la concession peut intervenir pour s'emparer de ces moyens, en tant qu'ils lui semblent nécessaires pour assurer la continuation de l'entreprise que l'intérêt public pourrait exiger. Celui qui se soumet au rapport de concession se soumet par là même à l'obligation de laisser au besoin dans l'entreprise tout ce qu'il y emploie. (...) Mais il est évident que l'ont impose ainsi à l'entrepreneur un sacrifice spécial; celui-ci aura donc, d'après les principes généraux, droit à une indemnité. Cette indemnité se calcule d'après la valeur qui lui est enlevée, non pas la valeur de ces choses en tant qu'elles étaient comprises dans l'entreprise, mais la valeur brute, celle qu'elles présenteraient pour l'entrepreneur s'il en avait disposé après l'extinction de l'entreprise.' (In Le Droit Administratif Allemand, édition française par l'auteur, V. Giard & E. Brière, Paris, 1906, t. IV, pp. 178/9)

Ora, a reversão é cláusula do contrato de concessão, estando vinculada diretamente ao seu objeto, ou seja, à execução do serviço.

Assim, a reversão incide apenas sobre aqueles bens afetados ou destinados à exploração do serviço, pois, como bem destaca Themístocles Brandão Cavalcanti, reverter é fazer retornar ao

poder concedente não o material ou o patrimônio, mas o serviço, que deve estar em condições de continuar a funcionar. (Cavalcanti, Themistocles B. Parecer publicado na Revista de Direito Administrativo, v. 102, pp. 453/462.)

Como regra geral, segundo Laubadère, o contrato de concessão determina os bens que devem ficar com o poder concedente, deixando, às vezes, a este o direito de retomada desses bens.

Eis o seu magistério, verbis:

'C'est en fait par une définition négative que l'on peut déterminer quels biens demeurent, en fin de concession, la propriété du concessionnaire: comme on va le voir ci-dessous, le contrat détermine les biens qui reviennent au concédant, soit à titre de retour, soit à titre de reprise; par ailleurs il laisse parfois au concédant la simple faculté de reprendre ces biens. On peut donc dire que les biens qui demeurent la propriété du concessionnaire sont d'une part ceux que le contrat ne fait pas figurer parmi les biens de retour ou de reprise, d'autre part ceux qui figurent parmi ces biens mais que le concédant s'abstient finalement de reprendre lorsque le contrat lui en laissait la faculté. (...) Les cahiers des charges considèrent en règle générale comme biens de retour ou de reprise les biens qui font partie intégrant de l'exploitation du service.' (Laubadère, André de. *Traité Des Contrats Administratifs*, 2ª edição, L.G.D.J., Paris, 1984, t. 2, p. 745, nº 1.507)

O caso concreto.

Fixadas essas premissas, relativas aos aspectos controvertidos do contrato de concessão, impõe-se o exame do presente recurso.

Com efeito, os precedentes do Eg. STJ não amparam a decisão impugnada, que, por via oblíqua, deferiu a prorrogação do contrato de concessão enquanto a agravada não receber o alegado crédito que lhe seria devido.

Ora, as cláusulas do contrato não autorizam a conclusão de inviabilidade do término da concessão na pendência de investimentos não amortizados, nos termos do art. 37, § 4º, da Lei nº 8.987/95.

Por outro lado, o Eg. STJ firmou entendimento no sentido da impossibilidade do direito de retenção, eis que fica ressalvado à concessionária, nas vias ordinárias, o meio processual adequado para garantir eventual indenização.

A propósito, confirmam-se os seguintes precedentes, verbis:

'AGRAVO REGIMENTAL EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO ADMINISTRATIVO. CONTRATO DE CONCESSÃO. EXTINÇÃO. INDENIZAÇÃO PRÉVIA. PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE DO SERVIÇO PÚBLICO. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO Nº 83 DA SÚMULA DESTA CORTE SUPERIOR DE JUSTIÇA.

1. Extinto o contrato de concessão por decurso do prazo de vigência, cabe ao Poder Público a retomada imediata da prestação do serviço até a realização de nova licitação. O termo final do contrato não está condicionado ao pagamento prévio de eventual indenização, que deve ser pleiteada nas vias ordinárias. Precedentes (AgRgSS nº 1.307/PR, Relator Ministro Edson Vidigal, Corte Especial, in DJ 6/12/2004; REsp nº 1.059.137/SC, Relator Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, in DJe 29/10/2008).

***2. 'Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida.'* (Súmula do STJ, Enunciado nº 83).**

3. Agravo regimental improvido.'

(AgRg nos EDcl no REsp 1197430/SC, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/10/2010, DJe 02/12/2010)

'AGRAVO REGIMENTAL EM SUSPENSÃO DE SEGURANÇA. REQUISITOS. LEI Nº 4.348/64, ART. 4º. LESÃO À ORDEM E SAÚDE PÚBLICAS CONFIGURADA. EXTINÇÃO DO CONTRATO DE CONCESSÃO. DECURSO DO PRAZO CONTRATUAL. ABASTECIMENTO DE ÁGUA E ESGOTO. RETOMADA DO SERVIÇO PELO PODER PÚBLICO CONCEDENTE. 1. Nos casos de Mandado de Segurança, quando indeferido o pedido originário de suspensão em segundo grau, o novo pedido de suspensão, em se tratando de matéria infraconstitucional, pode ser requerido ao STJ, como na exata hipótese dos autos (Lei nº 4.348/64, art. 4º, § 1º). 2. A suspensão de liminar, como medida de natureza excepcionalíssima que é, somente deve ser deferida quando demonstrada a possibilidade real de que a decisão questionada cause conseqüências graves e desastrosas a pelo menos um dos valores tutelados pela norma de regência: ordem, saúde, segurança e economia públicas (Lei nº 4.348/64, art. 4º). 3. Extinto o contrato de concessão - destinado ao abastecimento de água e esgoto do Município -, por decurso do prazo de vigência, cabe ao Poder Público a retomada imediata da prestação do serviço, até a realização de nova licitação, a fim de assegurar a plena observância do princípio da continuidade do serviço público (Lei nº 8.987/95). A efetividade do direito à indenização da concessionária, caso devida, deve ser garantida nas vias ordinárias. 4. Com a demonstração do risco de dano alegado, impõe-se a manutenção da suspensão concedida. 5. Agravo Regimental não provido. (AgRg na SS 1307/PR, Rel. Ministro EDSON VIDIGAL, CORTE ESPECIAL, julgado em 25/10/2004, DJ 06/12/2004, p. 175)'

'PEDIDO DE SUSPENSÃO DE MEDIDA LIMINAR. SERVIÇO PÚBLICO DE ABASTECIMENTO DE ÁGUA E ESGOTAMENTO SANITÁRIO. SUSPENSÃO DE EDITAL DE CONCORRÊNCIA PÚBLICA PARA OUTORGA DE NOVA CONCESSÃO. LESÃO À ORDEM PÚBLICA. O serviço público de fornecimento de água e de tratamento de esgotos constitui responsabilidade dos municípios. Expirado o prazo do contrato de concessão, cabe ao município providenciar nova licitação para a exploração do serviço. A eventual indenização devida à antiga concessionária constitui matéria a ser decidida, a seu tempo, na instância ordinária, sem prejuízo de que, antes disso, o serviço público seja objeto de nova licitação. Agravo regimental não provido. (AgRg na SLS 1.526/RS, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, CORTE ESPECIAL, julgado em 29/08/2012, DJe 06/09/2012)'

'PEDIDO DE SUSPENSÃO. SERVIÇO DE FORNECIMENTO DE ÁGUA E TRATAMENTO DE ESGOTOS. RETOMADA DO SERVIÇO PÚBLICO PELO PODER PÚBLICO. A retomada do serviço público de fornecimento de água e de tratamento de esgotos por parte de um município não causa qualquer lesão ao interesse público. A indenização devida à concessionária é matéria a ser decidida, a seu tempo, na instância ordinária. Agravo regimental não provido. (AgRg na SLS 1.406/RS, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, CORTE ESPECIAL, julgado em 31/08/2011, DJe 21/09/2011)'

'Suspensão de segurança (deferimento). Agravo regimental (cabimento). Homologação de desistência (indeferimento). Suspensão (vigência). Lesão à ordem e à saúde públicas (art. 4º da Lei nº 4.348/64). Indenização (existência de meios eficazes). I - Cabe agravo regimental contra decisão deferitória em suspensão de segurança. II - O pedido de desistência restou indeferido, pois, a teor do § 3º do art. 25 da Lei nº 8.038/90, o deferimento do pedido de suspensão mantém seus efeitos até o trânsito em julgado da decisão concessiva ou até sua ratificação pelo Superior Tribunal; dessa forma, a concessão da segurança pelo Juízo da Comarca de Timbó não produz efeitos imediatos. III - Houve ocorrência de lesão à ordem e à saúde públicas (art. 4º da Lei nº 4.348/64), visto que a municipalidade, por força de liminar, ficou impossibilitada de exercer plenamente sua condição de poder concedente. IV - A concessionária possui, nas vias ordinárias, meios eficazes de garantir eventual indenização. V - Agravo improvido. (AgRg

na SS 1021/SC, Rel. Ministro NILSON NAVES, CORTE ESPECIAL, julgado em 29/08/2002, DJ 26/05/2003, p. 241)'

'ADMINISTRATIVO. EXTINÇÃO DO CONTRATO DE CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. REVERSÃO DOS BENS UTILIZADOS PELA CONCESSIONÁRIA. INDENIZAÇÃO PRÉVIA. ART. 35, § 4º, DA LEI 8.987/95. I - O termo final do contrato de concessão de serviço público não está condicionado ao pagamento prévio de eventual indenização referente a bens reversíveis não amortizados ou depreciados. II - Com o advento do termo contratual tem-se de rigor a reversão da concessão e a imediata assunção do serviço pelo poder concedente, incluindo a ocupação e a utilização das instalações e dos bens reversíveis. A Lei nº 8.987/95 não faz qualquer ressalva acerca da necessidade de indenização prévia de tais bens. III - Recurso especial improvido. (REsp 1059137/SC, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 14/10/2008, DJe 29/10/2008)'

Ademais, o Poder Público somente pode transigir ou renunciar a direitos e prerrogativas em casos especiais, devidamente autorizado por lei, o que não é o caso dos autos.

Esse é o entendimento da doutrina: Guido Zanobini, in Corso di Diritto Amministrativo, 8ª, ed., Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1958, t. I, p. 207; Luigi Raggi, in Contributo alla Dottrina delle Rinuncie nel Diritto Pubblico, Athenaeum, Roma, 1914, p. 86.

A respeito, preciso o magistério do saudoso administrativista e Ministro do Supremo Tribunal Federal, Carlos Medeiros Silva, quando exercia o cargo de Consultor-Geral da República, verbis: 'É regra pacífica que as autoridades administrativas não podem transigir, na execução dos contratos administrativos, nem rescindi-los mediante indenização sem lei autorizativa.' (in Pareceres do Consultor-Geral da República - Fevereiro a Agosto de 1954, Rio de Janeiro, 1954, v. 5º, p. 248, nº 26).

De igual teor é o ensinamento de Fritz Fleiner, para quem as autoridades administrativas, sem prévia autorização legislativa, não podem conceder privilégios aos particulares que ampliem as suas faculdades jurídicas, verbis: 'L'autorité ne peut par suite, sans autorisation législative expresse, accorder valablement à un particulier des privilèges étendant ses facultés juridiques au delà de la mesure comune, ni lui imposer des obligations particulières' (In Les Principes Généraux du Droit Administratif Allemand, tradução de Ch. Eisenmann, Libr. Delagrave, Paris, 1933, p.91).

Outra não é a jurisprudência do Pretório Excelso, consoante se constata do exame do aresto proferido quando do julgamento do RE nº 79.102-BA, onde se destaca o voto do saudoso Ministro Bilac Pinto, concluindo que a transação efetuada pelo Estado, sua validade, existência e eficácia, somente podem ser apreciadas à luz das regras fixadas pelo direito público (In RTJ 78/200-3).

Ora, a Lei nº 8.987/95 estipula que se extingue a concessão com o advento do termo contratual, oportunidade em que são transferidos ao poder concedente todos os bens reversíveis e, via de consequência, o próprio serviço concedido retorna ao Poder Público.

Nesse sentido, dispõe o texto legal, verbis:

Art. 35. Extingue-se a concessão por:

I - advento do termo contratual;

[...]

§ 1º. Extinta a concessão, retornam ao poder concedente todos os bens reversíveis, direitos e privilégios transferidos ao concessionário conforme previsto no edital e estabelecido no contrato.

§ 2º. Extinta a concessão, haverá a imediata assunção do serviço pelo poder concedente, procedendo-se aos levantamentos, avaliações e liquidações necessários.

§ 3º. A assunção do serviço autoriza a ocupação das instalações e a utilização, pelo poder concedente, de todos os bens reversíveis.

§ 4º. Nos casos previstos nos incisos I e II deste artigo, o poder concedente, antecipando-se à extinção da concessão, procederá aos levantamentos e avaliações necessários à determinação dos montantes da indenização que será devida à concessionária, na forma dos arts. 36 e 37 desta Lei.

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.

Por outro lado, as cláusulas contratuais e legais não autorizam a conclusão de inviabilidade do término da concessão na pendência de investimentos não-amortizados, pois a eventual necessidade de indenização encontra-se prevista no § 4º do art. 35 da citada Lei nº 8.987/95, que determina ao poder concedente a devida programação das atividades imprescindíveis ao encerramento do contrato, a fim de que o acerto de contas com a concessionária seja realizado até o advento do termo final da concessão.

Dessa forma, a eventual necessidade de indenização por bens reversíveis não completamente amortizados não pode ser confundida, como pretende a agravada, com o reequilíbrio econômico-financeiro, pelo simples fato de que a amortização de tais bens pode ser verificada mesmo em um cenário de desequilíbrio.

Por fim, a data final do contrato de concessão em exame é o dia 06/03/2013, consoante já mencionado na Resolução Decisória-RED nº 40/2012, da AGERGS, de 11/12/2012, que através do seu Conselho Superior definiu a data de término das concessões de rodovias no Estado, ratificando os dados já anunciados em julho/2012 pelo Poder Executivo estadual.

Ante o exposto, voto por dar provimento ao agravo de instrumento.

Desembargadora Federal VIVIAN JOSETE PANTALEÃO CAMINHA
Relatora

Documento eletrônico assinado por **Desembargadora Federal VIVIAN JOSETE PANTALEÃO CAMINHA, Relatora**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Resolução TRF 4ª Região nº 17, de 26 de março de 2010. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **5767164v16** e, se solicitado, do código CRC **ACD9B266**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): Vivian Josete Pantaleão Caminha

Data e Hora: 22/05/2013 16:17