

pois é uma atitude que envolve diversos interesses, principalmente o de não inviabilizar a sua utilização pela população.

- Na permissão, as condições de funcionamento podem e devem ser alteradas pelo Estado sempre que o interesse público exigir, já que os serviços públicos visam à consecução de pretensões da coletividade, não a satisfação de interesses pecuniários dos indivíduos ou de permissionárias.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0024.04.425490-2/002 - Comarca de Belo Horizonte - Apelante: Expresso Luziense Ltda. - Apelado: DER MG Departamento de Estradas de Rodagem de Minas Gerais - Relator: DES. DORIVAL GUIMARÃES PEREIRA**

#### **Acórdão**

Vistos etc., acorda, em Turma, a 5ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de f., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO.

Belo Horizonte, 5 de junho de 2008. - *Dorival Guimarães Pereira* - Relator.

#### **Notas taquigráficas**

DES. DORIVAL GUIMARÃES PEREIRA (Presidente) - Inscreveram-se para sustentações orais, pela apelante, o Dr. José Rubens Costa e, pelo apelado, a Dr.ª Karina Brandão Rezende Oliveira.

Com a palavra o Dr. José Rubens Costa.

DR. JOSÉ RUBENS COSTA - Cumprimentando a todos dizendo que vou brincar da tribuna, fazer um pouco de maiêutica com os Desembargadores, que devem se recordar de lições filosóficas bem antigas. O Des. Mauro, agora há pouco, falou muito de ciência do processo, etc., etc.

Vamos brincar de maiêutica. Acho que os senhores têm errado completamente em julgamentos idênticos, e têm toda a liberdade de falhar. Acho que os senhores não têm tido a menor coerência com esses julgamentos. Vamos pela maiêutica. Há pouco, julgou o Des. Dorival, parece-me como Relator, uma situação chamada de ato precário, função pública. Eu perguntaria aos Desembargadores Dorival, Maria Elza e Mauro se esse mesmo demitido, porque era precário, pode ser demitido a qualquer tempo, tivesse ficado sem receber por esse ato precário um ano de vencimentos. Os senhores diriam, agora, que o Estado não é obrigado a cumprir com aquilo que foi contratado nesse precário, os senhores

#### **Ação ordinária de cobrança - Permissão do serviço público de transporte coletivo - Condições - Interesse público - Prevalência - Indenização - Pretensão - Desequilíbrio financeiro do contrato - Alegação - Improcedência do pedido - Manutenção**

Ementa: Constitucional e administrativo. Ação ordinária. Transporte coletivo. Câmara de compensação tarifária. Pretensão de obter indenização decorrente de prejuízos na prestação de serviço público de transporte. Desequilíbrio econômico financeiro do contrato. Improcedência dos pedidos. Manutenção. Improvimento da irrisignação. Inteligência do art. 175 da Constituição Federal.

- O reajuste de tarifas não pode atender apenas à vontade das prestadoras de serviços públicos de transporte,

diriam? Maiêutica. Respondam, por favor. Claro que não responderão de imediato, responderão em voto. Poderia? Está havendo uma confusão nesse precário, com que fico assustado. Confusão de todo este Tribunal, com exceção de uma Câmara, hoje. Confusão do STJ e no STJ em congruência. A confusão começa, e é dito na tribuna do STJ, com a Ministra Eliana Calmon - e os senhores sabem que vou citar o caso Varig, em que a Ministra do Tribunal Regional Federal falou tudo ao contrário, e ainda disse que não pagar num ato precário, que era a permissão da Varig, e falar que não teve licitação era ato - falou em latim, mas falamos em português - de terrorista. Traduzo os elogios da Ministra Calmon a ela própria, e a quem falar também que não tem que pagar também alguma coisa, ou pague a menos do contratado, porque não houve licitação.

Fiquemos na maiêutica. O que é ato precário? Ato precário é apenas aquele que cessa no momento da vontade da Administração. Mas ninguém fala que, enquanto persista um ato precário, não se respeite direito assegurado pelo ato precário. Digamos uma banca de jornais nas ruas. O ato é precário. Quando for conveniente ao interesse público, será retirada. Mas até lá, será que o banqueiro que tem sua banca não vende jornais, não vende as revistas e não recebe, e não paga seus impostos? Ou vai o Poder Público lá e fala: dê uma revistinha aqui de graça. Aliás, é o que tenho visto ultimamente: o Poder Público enfiando a mão de todos os lados, o MP fartamente elogiado, enfiando a mão de todos os lados, e virando panacéia desse País o Estado chamado de policialesco, que infelizmente não se define, para que o cidadão reaja da mesma forma contra os abusos de poder que têm acontecido. Não me refiro agora ao Tribunal de Justiça. Mas há elogios que se fazem ao Estado policial.

O Des. Dorival votou ontem na Corte e viu os vários precedentes do Supremo que falam de equilíbrio econômico-financeiro de permissão ou concessão de serviço público. Viu as várias decisões, recebeu memorial como Revisor e votou nesse sentido, não de dizer concretamente, mas que não se pode intrometer, numa contratação com o Poder Público, nada que interfira com o equilíbrio econômico-financeiro.

Mais ainda, Desembargadores, fiquemos na maiêutica. Será que o Des. Dorival, a Des.<sup>a</sup> Maria Elza e o Des. Mauro acreditam que o art. 37 da Constituição, o princípio da moralidade, só se aplica em certos lugares, não se aplica em outros? Qual seria a coerência do julgador? O princípio da moralidade agora é fracionado? É o que quero dizer com isso? Se o Estado não licita porque não quer, se o permissionário ou concessionário, então, tem que manter os serviços, ou comete crime, ou comete o caos social parando com o serviço. Se o Estado não licita porque não quer, se o Estado edita uma lei que Vossas Excelências já usaram em várias

ações citadas em memorial, dizendo que, mesmo se não houver permissão e licitação, e blá-blá-blá, e blá-blá-blá, e blá-blá-blá, tem que manter o pagamento. E a lei não foi julgada inconstitucional por ninguém até hoje, e gostaria que julgassem, então, inconstitucional.

Por que agora que o Estado que não licita fala: não, não quero pagar o combinado? Isso não se chama, salvo engano, o tal do locupletamento ilícito? Vou ficar com um latinório bem erradinho assim: o *rebús sic stantibus*. O Estado não tem que manter as condições pactuadas? Qual é o raciocínio? Faltou licitação? Não discuto: reformem as decisões desta Câmara, então, em outros contratos onde aplicaram exatamente o art. 59. Os precedentes do Supremo pelos Relatores Ministro Eros Grau, Ministro Celso de Mello, em duas ADINs, Ministro Moreira Alves. STJ: Ministro Francisco Falcão, corroborando o argumento da então Ministra do TRF, Eliana Calmon, de que é *ad terrorem*, é ato de terrorista, é argumento terrorista falar que, se não se licitou, não paga, ou paga a menos. Estranhamente, a Ministra Calmon continua se omitindo em adotar o mesmo fundamento do caso Varig. Mas, já há embargos de divergência no STJ. Esperaremos que, nos embargos de divergência, alguém diga por que avião paga, e ônibus não paga. Não sabemos. Não sabemos. Deve ser preconceito, Excelências. Certamente é preconceito.

Citamos já decisão deste TJ, do Des. Célio César Paduani, mudando orientação. Ainda um REsp do STJ, Ministro Luiz Fux, mandando pagar empresário de ônibus contratado sem licitação. E, sem licitação, o ato será sempre precário, denominado permissão ou não. Agora, o art. 175 da atual Constituição distingue permissão e concessão de serviços públicos, ou seja, são a mesmíssima coisa. Não confundam com permissão de passagem, passe enquanto tem a catástrofe, passe pela fazenda de alguém porque a ponte caiu, nada disso. Essa é outra permissão. Uma permissão que se estende, por força de textos legais federais, não questionados, não julgados incidentalmente inconstitucionais, muito menos por esta Câmara. E que o julguem hoje. Essa permissão tem que ser paga conforme pactuada. Ou os senhores trocam: contrato é aquilo que tem nome de contrato. É muito cômodo. Eu passo a chamar agora cavalo de vaca, e o cavalo, me desculpem, terá que dar leite. Então o nome não muda a natureza negocial. Permissão ou concessão, natureza negocial de direito administrativo. São contratos. Leiam, por favor, a Lei nº 8.666, ou a Lei de Concessões.

Lembremos o famoso art. 59, que diz: "os contratos, licitados ou não, têm que continuar, têm que ser pagos", mencionado pelos três Desembargadores, em várias decisões, cujos números não vou citar, mas estão no memorial. Começando pelo Des. Dorival: "se a autora realizou serviço, deve receber, sob pena de enriquecimento ilícito", Desembargador. "Ainda que haja falha no

procedimento licitatório, por serem atos de responsabilidade exclusiva", Desembargador, "da administração". Cita vários precedentes, desta Câmara inclusive, cita Hely Lopes Meirelles, que é o primeiro autor a falar sobre isso, e cita o famoso art. 59 da lei atual, que é o 49 da anterior. Tem que pagar, mesmo se o contrato for nulo. E tem que pagar até que ele seja extinto pelo Poder Público. É o único que pode. Igualzinho à extinção dessa função pública. E já sabem que a função pública não é só ato precário, por favor. O Supremo já decidiu que essa criação de função pública nesse Estado foi inconstitucional. Deixaremos de pagar os serviços? O Estado de Minas Gerais vai agradecer a todos. Ficará felicíssimo. São milhões e milhões, e pode pedir a repetição do que já pagou. Em todo caso, todos foram pagos, pelo menos nessa inconstitucional função pública, já declarada pelo Supremo em duas ADINs sobre a criação da função pública no Estado; eficácia *erga omnes*, lembrem.

Mesma coisa, Des.<sup>a</sup> Maria Elza, a senhora também cita o art. 59, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93. Vejamos o que a senhora falou, Desembargadora. "A inexistência do procedimento de licitação, ou sua ilicitude, não exime", Desembargadora, "o ente público de honrar suas dívidas". A palavra é essa: "honrar suas dívidas, sob pena de enriquecimento sem causa". E disse a Desembargadora, com toda razão: "proveito da própria torpeza". E o que é isso, em termos constitucionais? Violação do princípio da moralidade, e que não pode ser aplicado a conta-gotas, neste ou naquele caso. Ou é verdadeiro o que afirmaram, ou é falso.

Des. Mauro, a mesma coisa, citando o mesmo entendimento de Hely Lopes Meirelles. Foi mandado em memorial. Não tenho nem os números aqui. Posso remandar os memoriais com as decisões.

Caso Varig, diz o Ministro Francisco Falcão, corroborando a decisão da Ministra Eliana Calmon no TRF: argumento *ad terrorem* fazer tábula rasa de uma avença - não usa nem contrato, esses nomes são variados, o que interessa o nome? - que se firmou e foi cumprida, com amparo na Constituição anterior, inclusive, que não era tão rigorosa quanto a licitações. Entendo que era, sim. Mas diz até que a Constituição anterior não exigia. Então não exigia também para ônibus. Os contratos são desde a Constituição anterior. E os dispositivos infraconstitucionais? É o famoso art. 59, hoje, da Lei nº 8.666, ou 49 do Decreto-Lei nº 2.300. A empresa prestou um serviço padrão, no padrão exigido pelo Estado, e este não foi capaz de manter o que garantiu, ou seja, o preço de tarifa suficiente para dar continuidade ao empreendimento e manter o equilíbrio econômico-financeiro. Por que se aplica no caso Varig, Excelências? É claro que é muito mais confortável viajar de avião. Quem não gosta?

Art. 178 da Constituição. Leiam, por favor, porque não têm lido. Cuida, sem distinção alguma, da ordenação dos transportes aéreo, aquático e terrestre. O

equilíbrio econômico-financeiro, então, não se distingue pelo ar, pelo mar, ou pela terra. São os elementos da Idade Média, da Antigüidade. Faltou o fogo, que está sendo queimado nas decisões que desrespeitam a Constituição e o princípio da moralidade, embora o apliquem em outros casos. É muito curioso, e não é só neste Tribunal, infelizmente. No STJ também. Ministro Fux, citamos em memorial, REsp 802378: "serviço de transporte coletivo sem licitação - não há razão para negar a contraprestação ou locupletar-se o poder público", confirmando decisão paulista.

Corte Especial deste Tribunal: a mesma coisa. E vota o Des. Bernardino Godinho, excelente desembargador: pacto ajustado é direito fundamental do concessionário, ou entrega o particular a pasto. "A pasto". E completa: "É o Estado Leviatã". E é o que tem acontecido.

Locupletamento ilícito pelo STJ, uma decisão do Ministro Franciulli, que diz: "ainda que a anulação do contrato tenha ocorrido por utilização de documento fraudado pela empresa", como na hipótese em exame, tem que pagar os serviços ajustados, é claro, se prestados. E ninguém aqui questiona se foram prestados.

A mesma coisa, locupletamento, com o Ministro Fux: o ordenamento jurídico pátrio veda o enriquecimento sem causa. Ministra Calmon, etc., etc.

Chega ao ônibus, tem algum problema. Também não gosto de ônibus. Andar de ônibus, no Brasil, realmente é uma catástrofe. Agora, quem faz a catástrofe? É o Poder Público, que não remunera adequadamente, explica o Ministro Eros Grau. E, se não remunera adequadamente, a prestação cai. É impossível manter-se o investimento. Então, a qualidade vai caindo. Portanto, essas decisões que querem beneficiar o Estado estão simplesmente ignorando suas próprias decisões e suas próprias razões.

A mesma coisa com o Ministro Noronha e o Ministro Medina. E, quando vem ônibus, ninguém quer andar de ônibus. Todos temos chofer e carros.

Na permissão ou na concessão, a garantia da justa remuneração. Citamos uma decisão do Des. Paduani, citando o Des. Diniz. Imoralidade no locupletamento do Poder Público, e diz sobre o caso Varig: "não se pode admitir que, para o transportador aéreo, a lei, ou a interpretação da mesma lei, seja diferente". Quem tem que verificar se deve ou não licitar é a Administração Pública. Permitir a prestação do serviço, e não pagá-lo nos termos combinados é, Des.<sup>a</sup> Maria Elza, a mesma expressão: abusar, ou beneficiar-se da própria torpeza, Desembargadora. Isso se aplica em qualquer caso, indistintamente de já terem julgado aqui diferente. Des. Relator, em outros processos, Dorival Guimarães, citando decisões de Relatores Antônio Hélio, Aluizio Quintão e Lopes de Albuquerque. Equivoca-se o Judiciário, sim; agora, persistir no equívoco, isso não é virtude daquele que quer dizer que o Direito é uma ciência, e nem daqueles que, como eu, dizem que é técnica.

Em dado momento histórico, o que interessa é a coerência. Se nós estamos diante de uma Constituição, ela será cumprida às inteiras, e não em tripas, como fala a doutrina italiana: não a cumpram às metades, tira um pedacinho daqui e outro dali. Permissão e concessão, art. 175, são a mesmíssima coisa, dizem os autores citados, por exemplo: Carvalho Filho, Celso Bastos, e cita o art. 40 da Lei de Concessões, Lei nº 8.987/95, que manda aplicar em permissões o que se aplica em concessões, adotando então o que a doutrina já falava: não confundam permissão e concessão de serviços públicos, que não tem como prestar um serviço sem uma continuidade, sem uma certa estabilidade, que é o requisito da prestação do serviço público. Os senhores vão dar permissão para atuar um dia, e no dia seguinte dizem ao empresário: tchau, tchau, não tem mais contrato. Não virá empresário algum, o Estado que se encarregue, e teremos as empresas falidas estatais, a paulista, a mineira. Cadê o bonde da Afonso Pena? Gostaríamos que voltasse também, em toda essa incoerência; o bonde é simpático, pelo menos. Ministro Eros Grau, a mesma coisa: tem que preservar o equilíbrio, porque o descompasso entre a tarifa e a obrigação de manter o serviço adequado desfavorece os usuários, impede essa prestação. A mesma coisa estão dizendo Celso Antônio, Caio Tácito, Miguel Reale e Hely Lopes Meirelles, e, repito agora, no caso Varig a Ministra Calmon, e o resto do STJ, que permissão e concessão são a mesma coisa. Ela apenas diz: mas sem licitação, não paga. Infelizmente, está faltando, e muito, coerência, à ilustre e, sem dúvida alguma, e está longe daqui, competente Ministra Calmon, uma das melhores julgadoras do STJ.

Agora, parece que, quando o julgador erra um caminho, entesta, e acha que mudar a posição seria não sei o quê. Acho que é o contrário: quem segue o mesmo caminho, colocando aquele trem aqui que eu não sei bem como se chama, permanece no erro. Esse é o equívoco. Peço a todos apenas uma coisa: coerência. A julgar necessária a licitação, julguem, a permitir o recurso extraordinário, incidentalmente inconstitucional o art. 59 da Lei 8.666, que Vossas Excelências já usaram em mais de dez ou quinze julgados.

Muito obrigado.

DR.<sup>a</sup> KARINA BRANDÃO REZENDE OLIVEIRA - Eminentíssimos Julgadores. Gostaria de cumprimentá-los e de cumprimentar também o Prof. José Rubens Costa. Obviamente, eu não conseguiria alcançar a maestria da sustentação oral por ele proferida, mas estou aqui, digo, mais por um dever de ofício do que por uma preocupação em convencê-los de julgar favoravelmente ao DER, ora apelado, certo?

Isso porque, vou ser breve, na minha opinião existem dois motivos determinantes neste caso para que seja mantida a sentença de primeiro grau.

O primeiro deles é a questão da relação de permissão de serviço público no caso. A permissionária, Expresso Luziense, ora apelante, sabia as regras a que estava sujeita, anuiu a essas regras, fez parte do jogo, e, assim, sucessivamente, teve um período de prestação desse serviço de transporte público.

E, dentre as regras desse serviço, vigorava então a Câmara de Compensação Tarifária, e esta Câmara nada mais foi do que uma tentativa, justamente, de viabilizar esse serviço público da melhor maneira possível pensada à época. Isso por quê? Nós sabemos que nem todas as linhas de transporte intermunicipal podem auferir os mesmos lucros. Há linhas que são mais extensas, há linhas que são menos utilizadas, e vez por outra há linhas de transporte que são muito utilizadas e pouco extensas. Então, para evitar *superavit* e *deficit* entre as empresas permissionárias do serviço de transportes, é que foi criada a Câmara de Compensação, e essas empresas, ao se dizerem permissionárias desse serviço público, anuíram a essas regras, regras essas postas unilateralmente pela Administração de modo legal, moral, lícito.

Bem, ainda nesse contexto da Câmara de Compensação Tarifária, existe um segundo impedimento para que seja reformada a sentença de primeiro grau, e esse impedimento é justamente que o DER - Departamento de Estradas de Rodagem - era um simples gestor dessa Câmara. Ele simplesmente monitorava. Não havia aporte de recursos do DER para a Câmara de Compensação Tarifária. Eram simplesmente emitidas notas de crédito para as empresas deficitárias, e notas de débito para as empresas superavitárias, e era com essas notas de débito que as empresas superavitárias aportavam recursos à Câmara, e a Câmara, então, os redistribuía, para que se fizesse uma forma de pagamento mais justa do serviço.

Me admira muito, porque foi bem colocado pelo nobre advogado da parte contrária, que justamente o Estado não pode se locupletar de modo ilícito. Correto. Mas este não é o caso em tela. Não é, porque, em primeiro lugar, enfim, destaca-se, o DER nunca deveu nenhum pagamento para a empresa Expresso Luziense, nunca. Não está se discutindo ausência de licitação, não está se discutindo a questão de o DER dever ou não. Este pagamento nunca foi devido pela autarquia. Este pagamento era, sim, devido pelas demais empresas componentes da Câmara.

Bem, é com essas razões que agradeço a atenção de todos e peço pelo improvimento do recurso de apelação.

DES. DORIVAL GUIMARÃES PEREIRA - Peço vista dos autos.

*Súmula* - ADIADO PELO RELATOR, APÓS SUSTENTAÇÕES ORAIS.

## Notas taquigráficas

DES. ANTÔNIO HÉLIO SILVA (Presidente) - O julgamento deste feito foi adiado na sessão do dia 24.04.2008, a pedido do Relator, após sustentação oral. Com a palavra o Des. Dorival Guimarães Pereira.

DES. DORIVAL GUIMARÃES PEREIRA - Senhor Presidente. Acuso, inicialmente, o recebimento de alentado memorial do Dr. José Rubens Costa e esclareço que o li com a devida atenção, e a questão posta nos autos já foi objeto de duas ou três decisões minhas a respeito.

Trata-se de apelação à sentença de f. 1.075/1.086-TJ, declarada às f. 1.091/1.092-TJ, proferida nos autos de ação ordinária de cobrança c/c pedido sucessivo de indenização, movida por Expresso Luziense Ltda. em desfavor do Departamento de Estradas de Rodagem do Estado de Minas Gerais - DER/MG, com o objetivo de condenar o réu ao pagamento dos valores constantes das notas de crédito emitidas em favor da autora, relativas ao período de janeiro de 2000 a dezembro de 2001, além da remuneração correspondente às diferenças entre o custo total do sistema de transporte e a arrecadação tarifária, ou, sucessivamente, que seja paga indenização pela prestação de serviço, a ser apurada a partir do custo efetivo do serviço, abatidos os valores eventualmente já recebidos, evitando-se, assim, o locupletamento ilícito do réu.

O referido *decisum* julgou improcedente o pedido exordial, sob o fundamento de que "inexiste o direito à reparação civil postulada, visto que não há qualquer evidência de abusividade e ilegalidade nas regras e atos impostos pela Administração" (*litteris*) e que

o critério de retribuição tarifária, ao estabelecer valores diferenciados para as empresas, tendo em vista as peculiaridades do trajeto e da região onde é prestado o serviço, mostra-se atento à situação particular de cada uma das permissionárias, bem como aos superiores interesses públicos (idem, f. 1.083-TJ),

o que ensejou a irrisignação da requerente, objetivando sua reforma.

Para tanto, afirma que a prova pericial atestou o desequilíbrio econômico-financeiro da prestação do serviço público, reconhecendo uma diferença na ordem de R\$ 13.346.479,01 (treze milhões e trezentos e quarenta e seis mil e quatrocentos e setenta e nove reais e um centavos), em virtude do custo do serviço ser superior à receita auferida, defendendo, ainda, a assimilação das permissões às concessões e o direito constitucional ao equilíbrio financeiro na prestação do serviço, tudo consoante as argumentações desenvolvidas nas razões de f. 1.095/1.109-TJ.

Conheço do recurso, por atendidos os pressupostos que regem sua admissibilidade.

A controvérsia constante do presente feito gira em torno de eventual pagamento a menor, por parte do

requerido, a título de serviços públicos de transporte prestados pela autora, consubstanciado em notas de crédito emitidas por aquele, as quais denotam, a seu ver, a ocorrência de desequilíbrio econômico financeiro do contrato.

Ab *initio*, para o correto deslinde da questão, impende trazer à tona a noção de serviço público, nos termos da doutrina preconizada por Celso Antônio Bandeira de Mello, nos termos adiante aduzidos:

Serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados, prestado pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público - portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais -, instituído pelo Estado em favor dos interesses que houver definido como próprios no sistema normativo (in *Curso de direito administrativo*. 11. ed., São Paulo: Malheiros Editores, 1999, p. 477).

Este regime jurídico específico de Direito Público caracteriza-se pela presença do Poder Público, que é o titular do serviço e tem o dever constitucional de prestá-lo.

A entidade pública não pode desvencilhar-se deste dever, que envolve um interesse público indisponível, assim eleito pelo constituinte como serviço essencial para a sobrevivência ou bem-estar da comunidade, havendo, então, uma obrigação na prestação desses serviços, conforme se extrai do art. 175 da Constituição da República, que assim dispõe:

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.

A dicção do dispositivo demonstra o dever que cabe à Administração pela utilização do vocábulo *incumbe*, com o que a opção que cabe ao Poder Público refere-se, tão-somente, à forma de prestação, que pode ser direta ou por delegação, constituindo esta última na transferência da execução do serviço a particulares que atuam como colaboradores da Administração e se faz, sempre e obrigatoriamente, precedida de licitação, por concessão ou permissão.

Nessa esteira, quando se trata de serviço público, somente há duas possibilidades: ou é prestado diretamente pela entidade de Direito Público competente ou é prestado por particulares em regime de delegação, ou seja, por concessão ou permissão, precedida de licitação.

Aliás, sustentou o eminente Des. Lúcio Urbano, quando ainda compunha este colendo Sodalício, no julgamento da Apelação Cível nº 1.0000.00.208061-2/000, de sua relatoria, ocorrido em 12.06.2001, à unanimidade, que:

Precisa leitura do art. 175 da CF mostra que se não liberalizou a atividade de transporte coletivo sem prévia concessão ou permissão. Ao reverso, dispõe a norma constitucional que

a atividade incumbe ao Poder Público, que, no entanto, poderá delegá-la sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. Bastaria a invocação do art. 175 da CF para denegar-se a ordem.

Essas considerações levam à conclusão de que, se uma atividade configura serviço público, está ela retirada do âmbito da livre iniciativa dos particulares, não se regulando pelos arts. 170 a 174 do texto constitucional, mas sim pelo art. 175, o que quer dizer que os particulares não podem prestá-la sem que haja concessão ou permissão da entidade pública a que o serviço constitucionalmente compete, com prévia licitação.

Na espécie, a questão posta em juízo diz respeito ao fato de que a autora pretende impor à Administração Pública o dever de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro decorrente da prestação de serviços de transporte público, equilíbrio este que teria sido desrespeitado, na sistemática da Câmara de Compensação Tarifária, ensejando, inclusive a emissão de notas de crédito a seu favor.

A referida Câmara de Compensação Tarifária - CCT foi criada em 1982 com o objetivo de gerenciar financeiramente o Sistema de Transporte Público por Ônibus e racionalizar o seu uso, na medida em que são utilizadas tarifas unificadas por área ou tipo de serviço.

Em virtude da existência de linhas de ônibus muito utilizadas e lucrativas, bem como aquelas deficitárias, cuja quantia arrecadada com as tarifas não ultrapassa o custo dos serviços prestados, adotou-se a sistemática de que a CCT recolhe toda a receita obtida na exploração dos serviços de transporte e a reúne num caixa único, para distribuição a todas as operadoras.

Sendo assim, a Câmara de Compensação Tarifária recebe o excedente de dinheiro que as linhas lucrativas arrecadam e utiliza este montante para cobrir o *déficit* operacional das linhas que operam em condições adversas, emitindo notas de débito às empresas superavitárias e notas de crédito às deficitárias.

No caso em tela, não restou demonstrado o descumprimento de qualquer cláusula pelo Departamento de Estradas de Rodagem do Estado de Minas Gerais ou procedimento arbitrário da Administração, sem observância do interesse público, não se podendo afirmar que deveria ter se procedido a aumento do valor da tarifa, já que tal opção depende de diversos fatores políticos e sociais, sendo defeso às concessionárias/permissionárias objetivar indenização apenas em virtude do descontentamento com a política tarifária instituída.

Portanto, o reajuste de tarifas não pode atender apenas à vontade das prestadoras, pois, conforme alhures mencionado, é uma atitude que envolve diversos interesses, principalmente, o de não inviabilizar a utilização do transporte pela população.

Ademais, volvendo-se às abalizadas lições de Celso Antônio Bandeira de Mello, o quadro jurídico que

envolve os institutos da concessão e da permissão é sobremaneira confuso, na medida em que, embora detenham eles denominações distintas, o uso da permissão vem sendo desvirtuado, segundo o qual:

Concessão de serviço público é o instituto através do qual o Estado atribui o exercício de um serviço público a alguém que aceita prestá-lo em nome próprio, por sua conta e risco, nas condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Poder Público, mas sob garantia contratual de um equilíbrio econômico-financeiro, remunerando-se pela própria exploração do serviço, em geral e basicamente mediante tarifas cobradas diretamente dos usuários do serviço (op. cit., p. 500).

Por outro lado, a permissão é tida tradicionalmente como

o ato unilateral e precário, *intuitu personae*, através do qual o Poder Público transfere a alguém o desempenho de um serviço de sua alçada, proporcionando, à moda do que faz na concessão, a possibilidade de cobrança de tarifa dos usuários (idem, p. 543/544).

Ocorre que a Administração Pública, de maneira generalizada, passou a utilizar-se da permissão em hipóteses e casos que demandariam a adoção da concessão de serviços públicos, em virtude, sobretudo, da considerável monta dos valores econômicos postos em jogo, além da permanência e estabilidade do vínculo com o prestador.

Assim, muitos doutrinadores passaram a considerar que nenhuma diferenciação, portanto, deveria existir entre ambos os institutos, confundindo-se um com outro, de tal sorte que ao permissionário seriam conferidas as mesmas garantias do concessionário, inclusive quanto ao equilíbrio econômico-financeiro da avença, o que naturalmente inexistente na permissão.

No entanto, a exploração da atividade prestada pela irrisignante se rege por um conjunto de regras que giram em torno da utilidade pública, e um dos objetivos do Estado é que esta empresa proporcione ao público um serviço satisfativo e que possa obter, por meio dele, a maior soma de capital possível.

A meu entender, na permissão as condições de funcionamento podem e devem ser alteradas pelo Estado sempre que o interesse público exigir, já que os serviços públicos visam à consecução de pretensões da coletividade, não à satisfação de interesses pecuniários dos indivíduos ou de permissionárias.

Uma vez, pois, que a recorrente exerce serviço estatal por sua conta e perigo, é natural que, como qualquer empreendimento comercial ou industrial, se sujeite a uma parcela de risco, que deverá ser por ela coberto.

A propósito, este eg. Tribunal de Justiça já se manifestou sobre o tema ora discutido, valendo transcrever precedentes jurisprudenciais adiante colacionados, inclusive, com trechos dos votos prolatados, segundo os quais:

Permissão de serviço público. Ato unilateral e discricionário da Administração. Não-aplicabilidade do princípio da equivalência e do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos. Em se tratando de permissão de serviço público, não se há de aplicar o princípio da equivalência e do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, visto não se tratar de um contrato propriamente dito, mas de ato unilateral e discricionário da Administração.

[...]

Conforme já decidiu este Tribunal, ao apreciar matéria análoga à destes autos, não se aplica ao presente caso o princípio da equivalência e do equilíbrio econômico e financeiro dos contratos, invocado na inicial, já que não se está examinando um contrato propriamente dito, mas um ato unilateral e discricionário da Administração. Com efeito, não tendo a permissão características de contrato bilateral, diferentemente do que ocorre com a concessão, é certo que nela não se instala uma relação de equivalência patrimonial, sendo o serviço permitido executado em nome do permissionário, por sua conta e risco, dentro das condições impostas pela Administração, bem como com os requisitos preestabelecidos também pela permitente, que controla o serviço e fixa as tarifas, sujeitando-se o mesmo às normas do direito público e não se identificando com a finalidade do instituto em questão o atendimento de interesse do permissionário.

Assim, tratando a espécie dos autos de permissão em cujo termo constaram as condições impostas e em que preponderava o interesse público de prestação de transporte aos usuários, o reajuste de tarifas só poderia ser feito neste sentido, nos estritos limites dos índices inflacionários, e nunca no interesse das permissionárias recorrentes (1º CC, Apelação Cível nº 1.0000.00.137651-6/000, Rel. Des. Antônio Hélio Silva, j. em 06.04.1999).

Permissão de serviço público. Ato unilateral, discricionário e precário. Inexistência da manutenção da equação econômico-financeira. - Sendo a permissão de serviço ato unilateral e discricionário da Administração, não se aplica o princípio da equivalência e do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos (1º CC, Embargos Infringentes nº 1.0000.00.155856-8/000, Rel. Des. Garcia Leão, j. em 15.05.2001, DJ de 25.05.2001).

Transporte coletivo. Permissão de serviço público. Indenização por alegada ocorrência de prejuízo com as tarifas fixadas. Pretendida manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial. Licitação. Inexistência. Ilegalidade. Interesse público. Sua prevalência. Conseqüente inviabilidade da buscada indenização. - São inaplicáveis à permissão de serviço público os princípios do equilíbrio econômico-financeiro e da equivalência. E são inaplicáveis, por se tratar de mero ato unilateral e discricionário da Administração, e não propriamente de contrato. Ademais, se a permissão se deu sem prévia e indispensável licitação, não tem supedâneo legal a pretensão indenizatória fundada em manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, tida em conta a inegável prevalência do interesse público sobre o particular, razão pela qual se impõe ao permissionário, favorecido pela evidente ilegalidade, suportar os ônus dela resultantes. Por outro lado, aos reflexos do risco empresarial sujeitam-se as permissionárias (4º CC, Apelação Cível nº 1.0000.00.228691-2/000, Rel. Des. Hyarco Immesi, j. em 03.04.2003, DJ de 29.08.2003).

O instituto da permissão, apesar de sua similitude com a concessão, até por forma contratual, tem características próprias que o fazem precário e marcado pela discricionariedade administrativa, sempre com a supremacia do interesse público em relação à conveniência da empresa permissionária (7º CC, Apelação Cível nº 1.0000.00.267826-6/000, Rel. Des. Edivaldo George dos Santos, j. em 09.12.2002, DJ de 27.02.2003).

Sob todos os ângulos que se examine a *vexata quaestio*, não há fundamento jurídico para amparar as pretensões da autora, pois é inegável a supremacia do interesse público sobre a pretensão ou conveniência das empresas permissionárias.

Ressalto, ainda, que esta mesma eg. 5ª Câmara Cível também já decidiu sobre o assunto em tela, como se vê dos arestos adiante colacionados:

Permissão do serviço público de transporte coletivo. Indenização pretendida. Alegação de prejuízo por tarifas deficitárias. Invocação do princípio da equivalência e do equilíbrio econômico-financeiro. Limites da causa. Características do instituto administrativo. Supremacia do interesse público. Confirmação da improcedência sentenciada. - O instituto da permissão, apesar de sua similitude com a concessão, até por forma contratual, tem características próprias que o fazem precário e marcado pela discricionariedade administrativa, sempre com a supremacia do interesse público em relação à conveniência da empresa permissionária (Apelação Cível nº 1.0000.00.154051-7/000, Rel. Des. Aluízio Quintão, j. em 15.06.2000).

Permissão do serviço de transporte público de passageiros. Pretensão a indenização, ao argumento de ofensa ao equilíbrio financeiro do contrato. Tarifas deficitárias. Características do instituto de direito administrativo. Ato unilateral, discricionário e precário. Ausência, ademais dos requisitos para a configuração de avença contratual administrativa. Pedido julgado improcedente. Honorários advocatícios. Repetição de causas. Atendimento aos parâmetros do § 4º do art. 20 do CPC. Apelações improvidas (Apelação Cível nº 1.0000.00.287681-1/000, Rel. Des. José Francisco Bueno, j. em 18.12.2002).

Por derradeiro, também já tive a oportunidade de me manifestar sobre a matéria, notadamente quando do julgamento das Apelações Cíveis nº 1.0000.00.333479-4/000 e nº 1.0024.01.005468-2/001, realizados, respectivamente, em 05.02.2004 e 13.11.2003, que resultaram na lavratura da ementa lançada no frontispício deste voto, na parte em que interessa.

Apenas para que não se venha alegar omissão, menciono a desnecessidade da apreciação do agravo retido interposto pelo apelado, conforme por ele salientado em suas contra-razões recursais, diante da confirmação da improcedência dos pleitos vestibulares.

Diante de todo o exposto, nego provimento à apelação interposta, confirmando, integralmente, a sentença hostilizada, por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Custas recursais, pela apelante.

DES.ª MARIA ELZA - De acordo.

DES. MAURO SOARES DE FREITAS - Senhor Presidente. Peço vista dos autos.

*Súmula* - PEDIU VISTA O VOGAL, APÓS RELATOR E REVISORA NEGAREM PROVIMENTO.

#### Notas taquigráficas

DES. ANTÔNIO HÉLIO SILVA (Presidente) - O julgamento deste feito foi adiado na sessão do dia 24.04.08, a pedido do Relator, após sustentação oral.

Foi novamente adiado na sessão do dia 29.05.08, a pedido do Vogal, após votarem Relator e Revisora negando provimento.

Com a palavra o Des. Mauro Soares de Freitas.

DES. MAURO SOARES DE FREITAS - Senhor Presidente. Cuida-se de "voto-vista" motivado pela constatação de que, em memorial escrito entregue em meu gabinete, a apelante consignou precedente em que fui Relator e que supostamente estaria em dissonância do entendimento sufragado pelo judicioso voto condutor.

Com efeito, após detida análise, constatei que o acórdão a que se referiu a apelante, e que supostamente lhe seria favorável, teve gênese em caso completamente distinto ao versado nestes autos, em que a sociedade empresária pretende indenização por supostos prejuízos na prestação de serviço de transporte coletivo intermunicipal de passageiros, ao argumento de que o preço das tarifas restou fixado pelo Poder Público em valor inferior ao próprio custo do serviço prestado, e que a prova técnica comprovou o alegado desequilíbrio econômico-financeiro do contrato, reconhecendo-lhe uma diferença da ordem de R\$13.346.479,01 (treze milhões, trezentos e quarenta e seis mil quatrocentos e setenta e nove reais e um centavo), pelo que requereu a assimilação das permissões às concessões, com a condenação do réu ao pagamento das supostas diferenças.

Atentando-se para o necessário discrimine entre os institutos da permissão e da concessão, didaticamente consignado no corpo do substancioso voto da lavra do eminente Desembargador Dorival Guimarães Pereira, acrescento, apenas, que o colendo Superior Tribunal de Justiça já firmou entendimento de que não é devida indenização a permissionários de serviço público de transporte coletivo por prejuízos sofridos em virtude da ocorrência de tarifas deficitárias, tendo em vista a inexistência de licitação prévia e o atendimento ao princípio da supremacia do interesse público.

Nesse sentido:

Processual civil e administrativo. Recurso especial. Violação do art. 535, II, do CPC. Inexistência. Transporte público coletivo. Permissionária de serviço público. Reajuste de tarifas.

Equilíbrio econômico-financeiro. Impossibilidade. Falta de licitação. Supremacia do interesse público. Precedentes. - 1. Inexiste ofensa ao art. 535, II, do CPC na hipótese em que todas as questões suscitadas foram examinadas no acórdão embargado. - 2. O STJ já firmou entendimento de que não é devida indenização a permissionários de serviço público de transporte coletivo por prejuízos sofridos em virtude da ocorrência de tarifas deficitárias, tendo em vista a inexistência de licitação prévia e o atendimento ao princípio da supremacia do interesse público. - 3. Recurso especial não provido.

Dessarte, com a certeza de que o precedente a que se referiu a apelante em memorial não se adequa ao caso concreto e, forte no entendimento consolidado no âmbito do STJ, adiro às razões consignadas no judicioso voto condutor, inclusive no que tange às custas recursais.

*Súmula* - NEGARAM PROVIMENTO.

...