

# PAINEL: IMPACTO DAS DECISÕES JUDICIAIS NA CONCESSÃO DE TRANSPORTES

**Luiz Fux**

Ministro do Superior Tribunal de Justiça

Professor Titular de Processo Civil da Faculdade de Direito da UERJ

Texto da Palestra proferida na AMAERJ (Associação dos Magistrados do Rio de Janeiro) sobre o impacto das decisões judiciais na concessão de transportes

Excelentíssimo senhor doutor Cláudio dell’Orto, juiz e presidente dos trabalhos, excelentíssimo senhores desembargadores, autoridades administrativas, magistrados aqui presentes, queridíssimo amigo e professor Sérgio Bermudes e minha querida filha também aqui presente, minha irmã, enfim, uma palestra que mais se parece como uma ação entre amigos.

Eu trabalhei no Tribunal em todas as instâncias e com o desembargador Ellis Figueira, que me dizia sempre o seguinte: “Um homem quando caminha, o que vai à frente é o seu passado.” Então, para mim, sempre que venho ao Rio de Janeiro é um mergulho doce no meu passado, porque eu forjei os meus amigos, a minha juventude, a minha cultura jurídica e a minha percepção como magistrado. Em face do tema, eu lamento que não haja um número maior de magistrados presentes, porquanto o próprio tema sugere que nós estamos diante de uma situação delicada: o impacto das decisões judiciais nessas relações de transporte. Recordo-me, e muitos que estão aqui presentes também recordar-se-ão, que fizemos um encontro há muitos anos atrás em

Mangaratiba porquanto havia uma preocupação severa em relação às liminares proferidas concedendo tratamentos de saúde completamente fora dos planos pactuados, gerando evidentemente uma situação na qual a decisão era caridosa, mas a caridade não era justa, na medida em que sacrificava os inúmeros outros componentes desses planos. Destarte, tanto quanto eu pude depreender das perplexidades que me foram repassadas pelos Membros da Mesa, antes de começarmos o debate, nos parece exatamente que o aspecto sensível da questão é essa proliferação de decisões responsabilizando concessionária por atos de outrem com repercussão no âmbito da viabilização da prestação do serviço público. A prestação dos serviços públicos, impõe-se assentar, nada mais representa do que a realização prática dos direitos fundamentais. O professor Eric Hobsbawm, em sua obra singular sobre história contemporânea, “O breve século 20, a Era dos Extremos”, narra que, no mesmo século, tivemos duas guerras mundiais, a inserção da informática, uma guerra civil velada, inseminações artificiais e, ao mesmo tempo, métodos para impedir a proliferação humana, empreendemos uma luta pelo soerguimento dos direitos humanos prestigiados na Carta de 1215, na declaração fundamental americana e na declaração francesa, sendo certo que a primeira foi a americana, mas foi a Revolução Francesa que colocou fogo no mundo, e nesse quadro, exatamente nesse quadro, é que assomaram os modernos direitos fundamentais da pessoa humana.

É cediço que perpassamos vários períodos, dentre os quais o do Estado mínimo – pouco intervencionista –, mas a política do *Laissez Faire/Laissez Passer* não deu certo na medida em que as pessoas não são iguais. Então, é evidente que uma liberdade entre pessoas desiguais acaba escravizando e é a autoridade estatal que liberta. É o Estado intervencionista que, nesse momento, cria condições iguais para as pessoas desiguais. E a realização dos serviços públicos não é senão o implemento dos direitos fundamentais.

Outrossim, o Estado revelou-se, ao longo da História, absolutamente incompetente de realizar à altura todos esses direitos fundamentais, todos esses serviços públicos, razão pela qual, inspirado na doutrina francesa, essas atividades passaram a ser delegadas pelo poder público, ora em regime precário de permissão, ora em regime de concessão dos serviços públicos, que caracteriza bem essa atividade delegada pelo poder público na medida em que o que timbra realmente a concessão é a realização pela concessionária de um serviço público, que é um serviço do Estado, em nome próprio sob a sua

conta e risco e com a vantagem de obter o resultado econômico através da exploração direta desse serviço. É isso que caracteriza, em regra, a concessão. É claro que nós temos algumas exceções, que são até criticáveis, como os serviços de radiodifusão – que são politicamente e graciosamente concedidos. O que as satisfazem economicamente é exatamente não a exploração do serviço em si, mas a colocação de anúncios, a publicidade, etc. Tanto que administrativistas de expressão, como o professor Celso Antônio Bandeira de Mello, Marçal Justen, já insinuavam acoirar essas concessões de inconstitucionais.

O regime das concessões do serviço público, o que não é diferente em relação aos demais ramos da ciência jurídica, submeteu-se a uma constitucionalização, porque, se tudo começa nos direitos fundamentais, a especificação dos direitos fundamentais encontra-se na Constituição dos países. É a forma de tornar realidade esses direitos fundamentais consagrados. Assim, por exemplo, o pacto de São José da Costa Rica estabelece que o país cuja justiça não se desenvolve num prazo razoável, não propicia o acesso à Justiça. E a Constituição Federal, esmiuçando esse direito fundamental, dispõe hoje que uma das garantias fundamentais é a duração razoável dos processos. Se a declaração fundamental dos direitos do homem afirma que todos devem nascer iguais em direitos e dignidade, a Constituição Federal dispõe que todos são iguais perante a Lei e perante a Justiça, evidentemente na medida em que se desigualem.

Seguindo essa ordem lógica da constitucionalização de todos os ramos da ciência, hodiernamente, o Direito Civil, o Direito Penal, o Direito Processual Penal, o Direito Administrativo, o Direito Processual Civil, são prioritariamente consagrados na Constituição Federal, o que significa dizer que nem o aplicador da lei nem o legislador poderá escapar daqueles cânones fundamentais, muito embora possa esmiuçar aquilo que escapa ao campo da Constituição Federal. Nesse segmento, a nossa Carta Maior, no artigo 175, dispõe que os serviços públicos devem ser prestados diretamente pelo Estado ou mediante uma delegação consubstanciada em concessão ou permissão, tudo conforme previsto na forma da Lei. Essa é a regra-máter em termos de prestação de serviço público e *a fortiori* de realização dos direitos fundamentais.

O Estado garante o mínimo existencial, mas aceita ser coadjuvado nessa atividade por outrem. Então, a saúde é um direito de todos, é um dever do Estado, mas o mesmo também assimila um sistema particular para coadjuvar a saúde. *Mutatis mutandis* isso também ocorre em relação ao serviço fundamental que é o serviço de transportes. O conceito que a Constituição

enuncia no artigo 175 permite-nos extrair algumas conseqüências sobre a concessão, e a nossa proposta evidentemente não é uma digressão alongada nem tanto aprofundada na medida em que estamos participando de um painel. O professor Barbosa Moreira dizia: “Há pessoas que participam de painéis fazendo uma grande conferência, fugindo completamente do escopo do trabalho que é poder debater esses problemas pontuais. Mas o que se depreende desse conceito constitucional é que, em primeiro lugar, a concessionária presta um serviço estatal, mas em nome próprio e por sua conta e risco. Não é o Estado prestando serviço público. É uma entidade prestando um serviço público. Em segundo lugar, nas condições unilateralmente estabelecidas pelo poder público, que exerce supremacia. Sob esse ângulo é forçoso convir que ninguém exerceria uma função em nome do Estado com a supremacia do poder estatal se não houvesse uma contraprestação. E a conta por prestação nesses serviços concedidos está exatamente na manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Aliás, essa foi uma lição que me ficou da faculdade, na época em que o Direito Administrativo sobrevivia apenas pelo Decreto-Lei nº 200/67, e proferida pelo saudoso professor Helly Lopes Meireles. Desta sorte, o contrato administrativo se caracteriza de um lado pela supremacia do poder público e de outro pela garantia da equação econômica do contrato pela manutenção das suas condições, do equilíbrio financeiro que se contrapõe a essa possibilidade de alteração unilateral de cláusulas exorbitantes pelo poder público.

Esse aspecto hodierno tem gerado algumas perplexidades no traçar dessa linha divisória entre o serviço público que implementa políticas públicas e o serviço público que, na realidade, é um serviço econômico de interesse geral.

Assim como no Processo Civil, nós já fomos um dia de uma família romano-germânica, e hoje eu não sei mais a que família nós pertencemos, tanto é a influência dos direitos anglo-saxônicos. Entendo que pertencemos à família do *civil law* e *common law* ao mesmo tempo; o Direito Administrativo sempre saciou as suas perplexidades no Direito francês e ainda assim continua. E, no Direito francês, há essa distinção nítida entre serviços de interesse público e serviços econômicos de interesse geral. Com relação a esses serviços econômicos de interesse geral, como sói ser os serviços de concessão de transportes, a doutrina francesa de Marcel Walline e André de Laubadere e Laborde, timbra com muita clareza essa questão da equação econômico-financeira do contrato, assentando essa doutrina francesa que todo contrato

tem a sua álea. Há uma álea geral ordinária a qual denominam “álea geral ordinária”, digamos assim, não na tradução ao pé da letra, mas dentro daquilo que nós percebemos como a álea que se contrapõe os contratos sinalagmáticos. É álea ordinária o concessionário saber se está fazendo um bom ou um mau negócio. Isso é problema dele. E é álea extraordinária, que é aquela álea que escapa completamente ao ambiente objetivo do contrato e que surpreende o concessionário, aquela que rompe a equação econômica do contrato.

A Corte Especial do meu Tribunal, que é um Tribunal infraconstitucional, por isso denominado Tribunal da Cidadania, aplica *sub judice* com 12 mil leis que compõe o cenário infraconstitucional. O Direito Administrativo hoje está prenhe de legislações atinentes aos serviços públicos, e a Corte Especial, que é órgão pleno jurisdicional do Superior Tribunal de Justiça, na medida em que o Plenário só tem função administrativa, é claríssima em manter fidelidade na obediência das leis que regulam essas atividades delegadas e em relação ao próprio contrato em si, porque, na percepção desse Órgão Maior, essas entidades que encerram mega-atividades, normalmente, suscitam interesses de grandes corporações. E as grandes corporações gostam de saber o início, o meio e o fim da vida dos contratos que firmaram. Anseiam conhecer os limites da sua responsabilidade. Então, se nós oferecemos uma justiça caridosa, se nós oferecemos uma justiça paternalista, se nós oferecemos uma justiça surpreendente que se contrapõe à segurança jurídica prometida pela Constituição Federal, evidentemente que isso afasta o capital estrangeiro, como afasta o capital das grandes corporações. É o que sucede com o não-cumprimento de tratados, o não-cumprimento de laudos arbitrais convenionados previamente... Isso, segundo a Corte Especial, aumenta o que se denomina de “Risco Brasil”.

Então, voltando um pouco à nossa época embrionária de estudante, o que a Corte Especial estabelece em relação a essas questões é o respeito ao princípio *pacta sunt servanda*, porque essas grandes corporações não conseguem compreender que, no meio do caminho, são surpreendidas com alteração abrupta e unilateral não do contrato, pois ela sabe que já tem essa supremacia, mas das condições econômicas que, se ela soubesse que existiriam, jamais investiriam nesse setor. O fato para nós é preocupante porque inviabiliza o serviço público de interesse geral.

É cediço que o interesse público é a soma do interesse de todos nós. O interesse público não é o interesse da Fazenda. O interesse público é o nosso

interesse somado e que gera essa categoria final do interesse público, e é com esse interesse múltiplo que a Corte Especial manifesta severa preocupação.

Destarte, temos a ciência de todos os poderes e os deveres do concedente e do concessionário, sendo certo que, basicamente, o poder concedente pode intervir no contrato, pode alterar, pode fiscalizar, pode impor sanções, mas, por outro lado, não pode alterar o objeto da concessão, porque, se a empresa está preparada para transporte, ela não pode fazer outra coisa, a menos que haja uma outra licitação e, nesse particular, o Superior Tribunal de Justiça é inflexível, não admitindo essas simulações de superposição de linhas sem licitação, como se houvesse apenas uma extensão de linha, quando, na verdade, é uma nova concessão em desobediência ao princípio da moralidade e da licitação estabelecidos nos artigos 37 e 175 da Constituição Federal. E, por outro lado, o Superior Tribunal de Justiça é muito inflexível em relação à manutenção da equação econômico-financeira do contrato.

Inspirado pela doutrina francesa, a Corte empreende muito bem essa distinção entre álea normal do negócio, que o empresário tem que saber se é bom ou se é ruim, porque v.g.: o tráfego é intenso no Rio de Janeiro, isso é uma álea dele. Entretanto, só se opera o fato do príncipe, a teoria da imprevisão e questões outras, das quais exsurge surpresa econômica para o concessionário. Cremos que uma empresa, se soubesse, por exemplo, que ela, sem que isso estivesse declarado textualmente, fosse obrigada a assumir um grande passivo, ela de certo poderia escolher se assumiria ou não o serviço público delegado, na medida em que há casos que vale a pena. *Mutatis mutandi* é o que ocorre, por exemplo, numa execução judicial ou extrajudicial, na qual no bem a ser expropriado pesa uma hipoteca, mas vale a pena comprá-lo. Paga-se a hipoteca e fica-se com um bem livre e desembaraçado. Então, é possível que uma concessão valha a pena mesmo com um passivo se ela for profícua, se ela for uma concessão que gere um bom resultado. Mas, tudo precisa ser explicitado para o concessionário, porque nessa apreciação à luz dos direitos do concessionário – porque não há relação jurídica só de direitos e deveres ou só de poderes sem que haja direitos também –, toda a concessão é precedida de um ato complexo, isto é: a concessão é antecedida de um edital, de uma licitação e de um contrato. Então, tudo isso tem que ficar muito claro em relação ao edital, à licitação e ao contrato para que o concorrente saiba daquilo que ele está participando e daquilo que ele está pactuando.

Há vários acórdãos principiológicos no Superior Tribunal de Justiça no

sentido de que o edital é a lei da licitação, é a lei do contrato. E o que está no contrato tem que estar *a fortiori* no edital da licitação.

E a lei de licitações, essa a que se refere a Constituição Federal no artigo 175, dispõe que, se estiver sendo cumprido o contrato, presume-se *jure et jure* que há equilíbrio econômico financeiro naquela concessão – o que a contrário senso, faz-nos chegar à conclusão de que, se aquele contrato não está sendo cumprido, não está havendo o equilíbrio econômico-financeiro prometido na licitação. Essa é, digamos assim, em linhas gerais, a teoria geral da licitação e da concessão, das licitações e das concessões em geral e ao pensamento o Superior Tribunal de Justiça, como não poderia ser diferente. Mas, ainda que assim não fosse, é o pensamento da melhor doutrina do tema considerada.

Hely Lopes Meireles, o atualíssimo Marçal Justen, o ainda atualíssimo professor Celso Antônio Bandeira de Melo, e mais atual que ele, o seu pai, o Osvaldo Antônio Bandeira de Melo, que em 1951 já escrevera que os contratos de concessões e a equação econômico-financeira do contrato, essa equivalência, transfigurava os mesmos vínculos administrativos com lineamentos do Direito Privado, porque, em princípio, o rei podia fazer absolutamente tudo. Essa garantia da equação econômica financeira do contrato mitiga um pouco esse poder ilimitado do poder concedente, no caso o poder público que não presta diretamente o serviço.

O Superior Tribunal de Justiça preconiza esses princípios nas diversas decisões em mandados de segurança, ações em geral que versem a respeito das concessões. O Tribunal julga termos uma gama muito grande de ações relacionadas às concessões nas quais se visa, digamos assim, cancelar judicialmente uma extensão das concessões. Sob esse enfoque, adiante aos senhores que a Primeira e a Segunda Turma do Superior Tribunal da Justiça, componentes da Seção de Direito Público são absolutamente inflexíveis e não admitem que haja superposição de linhas ou extensão de linhas sem a realização das licitações. É que normalmente as ações chegam ao nosso conhecimento no afã de legitimarmos uma concessão, uma extensão da linha, e nós não legitimamos o que a contrário senso implica em que aquela deslegitimação daquela superposição de linhas impõe ao poder público a realização da licitação, mercê de nesse interregno o povo não ficar sem atendimento de serviço público. Essa é uma questão recorrente referente às concessões e o transporte.

Uma segunda questão recorrente sobre o impacto das decisões judiciais

é a que concerne à responsabilidade civil. Isso é uma questão já pacificada. Ninguém tem a menor dúvida de que o concessionário ou qualquer que seja a sua natureza está exercendo um serviço que é estatal e *pour cause* a sua responsabilidade é objetiva tal como prevista no artigo 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal. Estou omitindo leitura porque estamos aqui no painel e outros ainda intervirão. Então, a responsabilidade é objetiva. Nesse tópico, o Superior Tribunal de Justiça também tem os seus parâmetros muito bem definidos. Em primeiro lugar: a responsabilidade é da concessionária, porquanto integra a álea comum e ordinária do negócio, uma vez que ela tem os bônus e tem os ônus. Isso é uma regra geral. Outrossim, diante da insuficiência ou impotência patrimonial das concessionárias, funciona o Estado com responsabilidade subsidiária. Em alguns países, essa responsabilidade subsidiária beira à responsabilidade solidária, porque quem não pode ficar sacrificado é o usuário. Conseqüentemente, a concessionária tem a sua responsabilidade primária, e o Estado tem a responsabilidade subsidiária.

Uma terceira questão que vem surgindo agora diz respeito à responsabilidade da concessão em confronto com uma pseudo-sucessão de empresas. E aqui eu chamo a atenção dos colegas, que me ouvem com tanta atenção, que no campo de Direito Administrativo vigora o princípio da legalidade. O princípio da legalidade no Direito brasileiro é muito simples: no Direito Privado significa que nós podemos fazer tudo que a lei não proíbe; no Direito Público, o princípio da legalidade significa dizer que o administrador só pode fazer aquilo que ele está autorizado por lei. Às vezes, isso parece simples para nós. Mas, recentemente, o Presidente da Corte de Cassação Italiana fez uma palestra no Superior Tribunal de Justiça onde ele empreendeu um confronto até irônico em relação a esse princípio da legalidade. Dizia: “Na França, tudo é permitido, salvo aquilo que for proibido por lei. Na Alemanha, tudo é proibido, salvo o permitido por lei. Na Itália, tudo é permitido, inclusive o que é proibido por lei; na Rússia, tudo é proibido, inclusive o que é permitido em lei.” O Brasil só é mais eclético nesse aspecto. No Brasil, consoante o princípio da legalidade, o administrador pode fazer o que a lei o autoriza. Exatamente por isso, é diferente a percepção diante de um contrato administrativo e diante de um contrato privado da administração. Muito diferente. Inclusive, há uma previsão expressa de improbidade administrativa para o servidor que ultrapassa os seus limites de atuação.

É cediça também a impossibilidade de aplicação das normas do Direito



Privado no contrato que é regido por normas impositivas, imperativas e indisponíveis, como soem de ser as normas que versam sobre os contratos de Direito Administrativo. Esse aspecto tem chamado atenção e não é um problema isolado, mas, antes, um problema recorrente seriíssimo.

E é nesse particular que eu concito-vos à rememoração daquele nosso velho encontro em Mangaratiba, quando nós discutimos a concessão de medida liminar em plano de saúde quando vigorava uma jurisprudência caridosa, sintetizada no seguinte aforismo: “Vamos atender a todos ainda que fora do plano e ainda que quebre o plano”. Na oportunidade chegamos à conclusão de que, se a saúde é um dever do Estado e é um direito de todos, a primeira preocupação do juiz é ver se o Estado pode prestar aquela assistência à saúde fora do plano. E, se o Estado pode prestar aquela assistência à saúde fora do plano, nós não vamos sacrificar os outros que vão concorrer para que se satisfaça um só.

E tanto assim o é que hoje eu verifico quando acode ao Tribunal através de recurso especial em agravo referente a acórdãos, nos quais os juízes ponderam bem esses valores. Eles têm conseguido ponderar bem esses valores a ponto de dar uma decisão justa sem inviabilizar o serviço de saúde, o que, no meu modo de ver, essa também deve ser a solução no serviço de transportes. É certo que tanto quanto eu pude colher, encontrei uma jurisprudência do Direito Privado que decretou uma posição paternalista, protecionista, sem o mínimo fundamento legal. Não há um artigo de lei citado nessa jurisprudência. Esse voto tem uma lauda e meia e dispõe o seguinte: se a concessionária exerce o mesmo trabalho da outra, a mesma atividade da anterior, ela automaticamente é responsável por tudo quanto possa ter acontecido, na forma do artigo 42 do Código de Processo Civil. Bastaria chamar o professor Bermudes, aqui presente, que ele rapidamente explicaria o alcance do dispositivo aos senhores. Mas vou poupá-lo para dizer que o artigo 42 do CPC dispõe que a alienação da coisa litigiosa não altera a legitimidade das partes. E diz o parágrafo 3º: o terceiro adquirente, quer entre no processo, quer não, fica sujeito à coisa julgada.

A alienação da coisa litigiosa significa dizer que há um causa pendente, *sub judice*, e lá pelas tantas o bem controvertido é vendido. Desta sorte evidentemente que esse bem fica sujeito a chuvas e trovoadas. Se eu ganhar, quem comprou, comprou o bem. Se eu perder, quem comprou, comprou mal. Sucede que o que vem ocorrendo são ações propostas não depois da

alienação da coisa litigiosa, mas propostas originariamente contra uma ‘outra pessoa jurídica’. Isso é uma filigrana, mas é preciso atentar. São ações propostas contra uma outra pessoa jurídica que é uma nova concessionária, que passou por um outro processo de licitação, sob a alegação de que pela aplicação do artigo 42 do CPC ela deve ser responsabilizada. E aí a solução da questão se dá sob o ângulo da legitimidade da parte.

A realidade é que essa não é uma questão de legitimidade. Nós não temos que discutir se a parte é legítima ou ilegítima, na medida em que a legitimidade se afere pelo que a parte está narrando na petição inicial. Afirma: “Eu sofri um acidente e quero promover uma ação em face desta empresa de transporte.” Observa-se, pelo que está narrando, pela *causa petendi* e pelo pedido, que a parte é legítima. A parte pode até não ter o dever de indenizar, mas isso não é um problema de condições da ação. Essa é uma questão de mérito. Ou seja: se ela não tem o dever de indenizar, o pedido é improcedente; se ela tem o dever de indenizar, o pedido é procedente. A parte seria ilegítima se afirmasse: “Eu estou propondo a ação contra essa pessoa, porque eu sei que ela tem patrimônio maior que a concessionária anterior.” Nesse caso, a ilegitimidade seria flagrante. Verifica-se, assim, que a aplicação desse dispositivo referente à legitimidade é evidentemente anômala, porque o problema não é de legitimidade. O problema é de dever de indenizar, de quem tem o dever de indenizar. A Turma do Direito Público assenta que não é lícito impor a afirmação de que o dever de indenizar a uma nova concessionária que passou por uma licitação, que leu o edital, colocou no contrato os limites da sua responsabilidade e não pode ser surpreendida com a afirmação de sua legitimidade passiva. *Data maxima venia*, o enfoque é equivocado na medida em que o problema é de mérito e o *error in iudicando* é tanto maior quando se afirma, *verbis*: concessionária de transporte ferroviária, responsabilidade de transferência do patrimônio; a empresa que recebe patrimônio da anterior concessionária e continua na exploração da mesma atividade responde pela dívida judicial já constituída. Lembramos aos senhores que isso não está escrito em lugar nenhum. Nem no Direito Público nem no Direito Privado. O que ocorre é o seguinte: se eventualmente a parte alegar que essa outra empresa concessionária está querendo escapar de uma dívida através de uma simulação, ela tem que propor uma ação pauliana, porque não há ação em curso e sucessão de concessão. Isto encerraria uma fraude contra credor. Mister fazia-se uma ação para anular esse negócio. Em segundo lugar, quando o professor Celso Antônio Bandeira de Melo trata

exatamente das concessões e das áleas da concessão, ele afirma que, às vezes, o passivo que a novel empresa enfrentaria. Por outro lado faz parte do negócio que o preço leve em consideração o fato de a nova concessionária utilizar-se de um acervo ainda útil. É claro que, se o acervo que estiver ali não servir para nada, a concessionária terá que investir e, se assim o for, talvez outras sejam as condições da concessão. Entretanto, o fato de ela aproveitar-se não significa que haja sucessão de empresas. Em primeiro lugar, a sucessão no Direito brasileiro não se presume. A sucessão está prevista na lei, decorrente de uma incorporação, uma cisão, etc. Mas se pode presumir uma sucessão de concessão de serviço público em nome de nenhum princípio. O administrador público que for caridoso a esse ponto certamente será incluído na lei de improbidade administrativa. E a lei de improbidade serve para quem tem vínculo público e para quem faz às vezes do serviço público. O Superior Tribunal de Justiça já decidiu que, nos hospitais particulares conveniados ao SUS, os seus dirigentes respondem por improbidade administrativa dentro daqueles limites. É claro que algumas sanções são *intuitu personae* e só para funcionários públicos, mas há outras sanções de reparação de dano, inabilitação para concorrer, que se estendem aos concessionários. Isto significa dizer que o administrador público não pode fazer caridade à luz da legislação consumerista, que *in casu* não se aplica, porque estamos diante de uma relação de direito público entre o poder concedente e o concessionário. A própria Constituição Federal estabelece que a lei determinará a modicidade das tarifas e os direitos dos usuários. Então, se a lei disser quem adquiriu o acervo da concessionária anterior... Se a lei complementar que regulamenta a Constituição Federal ou a lei ordinária disser que, toda vez que uma pessoa vender tem responsabilidade, aí evidentemente *tollitur quaestio*. É uma questão também de legalidade. Não respeita a legalidade, uma imputação graciosa de responsabilidade.

A discussão é tanto mais grave porque não é uma discussão *ab origine*. Não é aquela discussão em que a parte promove a ação contra quem não se considera responsável. Acaso isso ocorra, exsurgiria uma questão de mérito referente à negativa de responsabilidade. A parte ré ao contestar vai afirmar: “Eu não tenho o dever de indenizar.” Consoante a didática do professor Barbosa Moreira, o réu ainda pode dizer o seguinte: “Como eu não tenho o dever de indenizar à luz do contrato, eu venho promover uma ação declaratória incidental para que nunca mais seja molestado com ações como essa e peço que se declare incidentalmente que não tenho o dever de indenizar, porque

o meu contrato dispõe que eu não tenho o dever de indenizar.” Resolve-se a questão sob esse ângulo. O que não se permite é presumir a sucessão; muito menos a responsabilidade patrimonial secundária, que significa o sacrifício dos bens de alguém por dívida alheia. E com o que nos deparamos na prática? Exatamente com o que deu ensejo ao fundamento desse acórdão da Turma de Direito Público. Nós nos deparamos na prática não com uma ação originária de conhecimento, em que se pode discutir por via de declaratória incidental se a concessionária tinha ou não dever de reparar o dano. Nós já nos deparamos com um processo satisfativo de execução, no qual se fez uma penhora de bens da concessionária como se fosse responsável patrimonial por aquela dívida da antecessora. Ela, a nova concessionária, sequer tomou parte no processo de conhecimento. Ademais, nesses casos, há um negócio jurídico integrativo da licitação que dispõe que ela não responde pelas dívidas anteriores, sem prejuízo de o artigo 10 da lei das concessões ser claro em estabelecer que se houver o cumprimento do contrato, não há álea e o contrato está sendo bem cumprido. E mesmo assim, nós nos defrontamos com casos de penhora de bens dessas empresas que prestam serviço público geral. A penhora a que nos referimos não é a de um vagão de trem, o que inviabiliza a atividade. Mas é ainda pior. É penhora de faturamento on-line que não está bem regulada, de sorte que, se, por exemplo, alguém tiver a infelicidade de se tornar devedor de mil reais de alguém, uma penhora on-line pode atingir mil reais em todas as contas que a pessoa possui. Nesse caso, ao invés de mil reais, serão dez mil reais, e suscitará a interposição embargos de terceiro.

A Turma de Direito Público, à luz do Direito Público, decidiu: as regras do Direito Administrativo Constitucional dispõem que as empresas criadas pelo governo respondem por danos segundo as regras de responsabilidade objetiva. E, na hipótese de exaurimento dos recursos da prestadora de serviços, o Estado responde subsidiariamente. Artigo 37, parágrafo 6º da Constituição Federal. É a responsabilidade objetiva do concessionário e o Estado responde subsidiariamente.

Conseqüentemente, é defeso atribuir o cumprimento da obrigação por ato ilícito contraída por empresa prestadora de serviços públicos a outra que não concorreu para o evento, apenas porque também é prestadora dos mesmos serviços públicos executados pela verdadeira devedora. Tal atribuição não encontra amparo no instituto da responsabilidade administrativa assentado na responsabilidade objetiva da causadora do dano e na subsidiária do Estado,

diante da impotência econômica e financeira daquela.

Essa é a jurisprudência da Turma de Direito Público, que ainda destaca a inexistência de nexo de causalidade. A novel concessionária não praticou qualquer ato ilícito. O fato danoso não foi praticado por ela, por isso que a mesma não tem como ter imputada essa responsabilidade objetiva.

Há ainda um detalhe, qual o de o Superior Tribunal de Justiça não analisa contrato pela Súmula 5 nem fatos pela Súmula 7, razão pela qual, se essa questão da responsabilidade não for bem resolvida na instância local, haverá uma certa interdição de análises pelo Superior Tribunal de Justiça.

Mas há, outrossim, umas cláusulas do contrato que dispõe sobre a empresa demandada. Quando essa empresa for equivocadamente acionada, dispõe de um prazo para dizer: “Estou sendo equivocadamente acionada por um ato que não me diz respeito.” Essa comunicação, na verdade, é uma das modalidades de denúncia da lide, porque a denúncia da lide tem duas modalidades. Pode ensejar uma mera denúncia da lide, como o próprio nome insinua; quer dizer: avisa-se que há uma lide pendente ou então, uma denúncia da lide sob a modalidade de ação de regresso, que não é o caso *in foco*, porque a nova concessionária não tem o dever de pagar para depois regredir. A concessionária não tem simplesmente o dever de pagar dívida da antecessora. A concessionária sustenta que não deve ser responsabilizada e em prol do usuário comunica o poder concedente para que ele assuma o pólo passivo juntamente com a devedora anterior.

Essa cláusula contratual, e à luz da justiça da solução, entendemos que essa denúncia da lide faz às vezes da nomeação à autoria. O que o réu faz da nomeação à autoria? O caseiro, v.g., é acionado sob a acusação de que está invadindo a propriedade do vizinho, defende-se afirmando: “Eu sou caseiro. Não tenho nada a ver com isso. Vou convocar o verdadeiro suposto esbulhador.” Vou nomear à autoria o dono da propriedade que me colocou aqui como caseiro. A denúncia da lide serve para isso. “Essa briga não é comigo. Vamos convocar o verdadeiro responsável segundo essa jurisprudência.” E, no meu modo de ver, o verdadeiro responsável, no sentido material da palavra, é aquele que tem a obrigação de reparar o dano, vale dizer, a antiga concessionária e o Estado subsidiariamente.

Essa é a jurisprudência da Seção de Direito Público do Superior Tribunal de Justiça. O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro tem uma jurisprudência dividida. O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul tem jurisprudência

com uma percepção exata de que, se não houver nenhuma cláusula contratual obrigando a concessionária a pagar prejuízos de terceiros, ela não tem que pagar nada.

No meu modo de ver, como juiz de carreira que sou, sabemos que os juízes têm sentimentos. Aliás, “sentença” vem de “sentimento”, vem de “sentido”. É inesquecível uma passagem do livro do professor Calamandrei sobre processo e democracia, quando ele foi convidado para ir ao México pela mais velha universidade de língua latina, quando afirma que a grande diferença entre os juízes e os advogados é que o advogado trabalha com a paixão e o juiz com a razão. Mas nós juízes também temos sentimentos. O professor Calamandrei narra que, na Sicília, uma mulher matou o marido com sete facadas pelas costas. Matou com sete facadas pelas costas por amor. Segundo ela, por amor. Ela estava enciumada e deu sete facadas pelas costas. No dia da sessão do júri, a mulher não parava de chorar copiosamente. E o juiz, apesar do caso grave de sete facadas pelas costas, estava incomodado e apiedado de ver aquela mulher que chorava copiosamente. Voltando da sala dos passos perdidos, o juiz, com a informação de que ela fora absolvida por sete a zero por força da legítima defesa depois de ter matado o marido com sete facadas pelas costas, e como ela continuava chorando, ele apiedado sussurrou no ouvido do oficial de justiça para que ele fosse falar para ela que havia sido absolvida, porque ele não agüentava mais vê-la chorar sabendo que fora exculpada pelo tribunal do júri.

Então, nós somos juízes, temos coração, temos sensibilidade, e às vezes o usuário peregrina à cata de quem possa assumir a responsabilidade pelo dano causado. A questão é semelhante àquelas das jornadas de Mangaratiba, onde concluiu-se que a Justiça tem que ser caridosa e a caridade tem que ser justa, sob pena de [...]. Senão, nós vamos nos transformar naquele juiz sentimental a que se referia Carlos Maximiliano, o juiz que resolvia tudo no esoterismo, resolvia no jogo de dados, com o coração. Ele era adepto da escola do Direito Livre de Kantorowicz, passou pela Europa igual a um meteoro, sem deixar nenhum vestígio, e detinha o prestígio dos teóricos da anarquia. As questões jurídicas também devem ser solucionadas dentro de uma técnica própria.

Evidentemente, com uma certa dose de adoração pelo órgão ao qual pertencço, eu diria aos senhores que a jurisprudência da Seção de Direito Público do Superior Tribunal de Justiça, no meu modo de ver, está mais próxima do porto do que do naufrágio. Obrigado pela atenção.