

# HISTÓRICO, EVOLUÇÃO E DESFECHO DA SUCESSÃO

Bernardo Anastasia Cardoso de Oliveira  
Advogado

A ideia de "modernização da gestão do Estado" está relacionada de forma intrínseca à necessidade de maior eficiência, atendendo-se com isso às expectativas da sociedade. Não há a menor dúvida de que um Estado hipertrofiado gera custos de alta monta, mantidos por tributos sacrificadores da poupança popular, e investimento empresarial sem o correspondente retorno em qualidade dos bens e serviços prestados.

Na medida em que se tem a livre iniciativa como fundamento da República assegurado pela Constituição, como direito do indivíduo e como princípio da ordem econômica, o Estado, por seu turno, deve concentrar-se na gestão de serviços públicos e não na produção de riqueza, papel da iniciativa privada. Somente por meio desse direcionamento objetivo de esforços e recursos públicos, obter-se-á satisfação da sociedade em áreas essenciais – hoje carentes – como Segurança, Saúde e Educação.

Tal como aludido acima, caberia ao Estado garantir o mínimo essencial e à iniciativa privada, a produção de riqueza, mediante a desestatização, privatização e concessões de serviços públicos, os quais contemplam modelos de coadjuvação do Estado, previstos na Carta Magna.

Nesse contexto, depreende-se dessa visão constitucional, em primeiro lugar, o fato de a concessionária de serviços públicos prestar serviço estatal, mas em nome próprio e por sua conta e risco. O Estado deixa de prestar o referido serviço, cabendo a uma determinada entidade prestar um serviço público. As condições são estabelecidas unilateralmente pelo poder público, que exerce a supremacia. Sem qualquer dúvida, ninguém prestaria o citado serviço se não houvesse contrapartida, o que se traduz no equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Feito o necessário intróito, cabe-nos apreciar a origem, as consequências, acompanhar a evolução da jurisprudência e desenhar um início de desfecho para o antigo problema da alegada sucessão vivenciado pelas concessionárias de serviço público.

Em 1998, uma concessionária venceu a concorrência pública para gerir o transporte ferroviário de passageiros do Rio de



Janeiro, recebendo na ocasião um sistema caótico, inoperante e desacreditado. Constou-se, ainda no Edital de Licitação e, após, no contrato de concessão, cláusula 24ª, parágrafo 1º, recentemente ratificado no 8º aditamento, que culminou na renovação antecipada da concessão, previsão segundo a qual o passivo anterior à tomada de posse não seria de responsabilidade da concessionária.

Em estrito rigor às suas obrigações, investimentos vultosos foram realizados, nos últimos 12 anos, da ordem de R\$ 700 milhões, na modernização do sistema, aumentando 300% o número de trens em funcionamento, atingindo uma regularidade na prestação de serviços de 99,55%.

Não obstante o nível de excelência na prestação de serviço, o quadro evolutivo sofre todos os dias com os impactos decorrentes de centenas de penhoras autorizadas pela Justiça



fluminense, com o argumento de ocorrência de sucessão entre esta concessionária e a Flumitrens.

A situação é inusitada, pois ações indenizatórias ajuizadas apenas contra a Flumitrens, quando alcançada a fase de cumprimento de sentença, simplesmente são direcionadas para a referida concessionária, que se vê obrigada a pagar a conta, ou a arcar com as consequências das penhoras, arrestos e medidas assecuratórias do débito, que jamais foi de sua responsabilidade, segundo os termos da concessão.

O passivo é gigantesco e alcança a inacreditável cifra aproximada de R\$ 300 milhões, com volume de 600 execuções, originalmente ajuizadas contra a Flumitrens, por fim direcionadas contra a concessionária sucessora.

Sem embargo, transporte é infraestrutura, e é disso que os passageiros do Estado do Rio de Janeiro precisam. Sessenta por cento da população da Região Metropolitana, por onde a concessionária passa, são pessoas com mais de 10 anos de idade e que ganham até um salário-mínimo. Essas pessoas não podem mais suportar aquele transporte deteriorado de 1998. Essa é a pior consequência, se não fomos capazes de permitir que a concessionária faça os investimentos. O Estado, por mais vontade que tenha, não é capaz de suportar os expressivos investimentos realizados sem prejuízo dos futuros, previstos também no contrato de concessão.

Segundo o modelo constitucional, em que caberia a iniciativa privada e a exploração de riqueza, por meio da prestação de serviços essenciais, também seria de sua responsabilidade seguir com os investimentos, que trarão benefícios imensos à população do Estado do Rio de Janeiro, já que o número de passageiros transportados faz enorme diferença!

Nessa toada, estaríamos trabalhando um dos maiores gargalos ao desenvolvimento do país, conhecido como infraestrutura. Para tanto, os investidores precisam apenas seguir o contrato, nada mais, nada menos. Pretendem, portanto, seguir fielmente os termos da concessão, não respondendo, por conseguinte, ao passivo da Flumitrens anterior à tomada de posse.

Compreendida a origem e o cenário fático, passemos à análise da resposta dada pelo Judiciário, dividida em dois momentos: o primeiro, de 1998 até meados de 2008, denominado "período caótico"; o segundo, de meados de 2008 até o presente momento, denominado de "volta aos trilhos constitucionais".

Pode-se dizer que o regime constitucional de privatização, desestatização e concessão de serviço público é novo, pois as nossas primeiras experiências remontam à década de 1990, motivo pelo qual despertou confusão, típica de um regime carente de amadurecimento, quanto às consequências, mormente quanto aos efeitos práticos, especificamente naquilo que se relaciona com o passivo.

Na Justiça fluminense, a primeira experiência a causar verdadeira enxurrada de demandas, em razão da grave inadimplência, foi exatamente o caso Banerj. O que se via na prática eram milhares de ações em fase de execução, sem qualquer eficácia, pois não se conseguia satisfazer a execução. Nesse contexto, surgiu, portanto, a tese da sucessão, atribuindo-se ao Banco Itaú a responsabilidade pelo passivo do Banerj.

Todavia, o instituto aplicado ao caso Banerj é diverso daquele aplicado à concessionária, pois o primeiro se deu por privatização e o segundo, por concessão de serviço público.

A grande diferença entre os instrumentos é que na privatização sucede verdadeiro processo de venda de uma empresa ou instituição do setor público, que integra o patrimônio do Estado, para o setor privado. Já a concessão de serviço público se caracteriza por ser outorga à entidade privada para explorar serviço público, por tempo determinado, mediante remuneração e cláusulas unilateralmente estabelecidas pelo Estado. Registre-se, ainda, que na privatização a entidade privada ostenta condição de proprietária daquele negócio, enquanto na concessão a entidade privada detém apenas o direito de explorar o serviço, por determinado período, mediante a utilização de bens reversíveis, os quais retornarão ao Estado ao final da concessão.

As primeiras decisões sobre sucessão surgiram a partir do caso Banerj, pois a privatização se deu anteriormente à outorga da concessão. Um dos primeiros precedentes de que se tem notícia é exatamente o Recurso Especial distribuído sob o nº 310.804/RJ, 4ª Turma, ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior, DJ 27.05.2002, Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

"...disse bem o eminente desembargador Sérgio Cavalieri Filho: 'Ora, ninguém desconhece que o antigo Banerj transferiu para o novo Banerj todos os seus ativos bancários e estabelecimentos comerciais produtivos e que, em razão disso, tornou-se insolvente, tanto assim que teve sua liquidação extrajudicial decretada pelo Banco Central.

Chamem-no como quiserem, mas à luz do art. 229, da Lei das AS (Lei 6.404/76), tal negócio importou na realidade em cisão do antigo Banerj, porquanto, como já assinalado, transferiu 'parcelas do seu patrimônio' para o novo Banerj, sociedade constituída especificamente para o fim de prosseguir explorando as suas atividades comerciais. Em havendo cisão, não há como negar a sucessão da sociedade que absorveu o patrimônio da empresa cindida'."

Esse entendimento foi referendado nesta 4ª turma, no Ag. 214.411/RJ, rel. ministro César Asfor Rocha."

A jurisprudência traduzida no julgado em comento estabeleceu como principal premissa a transferência de patrimônio, e continuidade de exploração na mesma atividade.

Todavia, partindo dessa proporção infundada, o Superior Tribunal de Justiça, novamente, pelo ministro Ruy Rosado de Aguiar Júnior, estabeleceu, num julgamento realizado pouco tempo depois do supracitado, que a concessionária seria sucessora da Flumitrens, Recurso Especial nº 399.569/RJ, 4ª Turma, DJ 10.2.2003, *in verbis*:

"A empresa que recebe o patrimônio da anterior concessionária e continua na exploração da mesma atividade responde pela dívida judicial já constituída antes da alienação."

Tanto num caso quanto noutro, o ministro Ruy Rosado partiu dessa enunciação, segundo a qual teria ocorrido a transferência de patrimônio com *animus domini* e que teria seguido na exploração da mesma atividade.



Nas palavras do desembargador Marcus Faver, no evento "Os impactos das decisões judiciais sobre a sucessão obrigacional dos transportes de passageiros", realizado pela Amaerj no dia 5 de novembro de 2007, podem-se compreender os motivos metajurídicos para decisões reconhecedoras da sucessão, *in verbis*:

"Por terem os juizes acendrado os sentimentos cívicos e de cidadania, e verificando que, em muitos casos, o poder público não vem funcionando adequadamente, o juiz tem a vontade de cidadão de se substituir às decisões administrativas e impor ao Estado aquilo que ele, como cidadão, acha que tem que funcionar. E assim ocorre na questão da saúde, na questão de urbanismo, na questão de transporte, na questão ambiental. Em sucessivas questões, os juizes se colocam ali como cidadãos. E verificando que o Estado não está funcionando adequadamente, impõem, às vezes, decisões e condenações que não correspondem à estrutura jurídica prestada pelo país, levando muitas vezes a este estado de insegurança jurídica, que é um obstáculo grandioso ao desenvolvimento do Brasil e dos estados brasileiros como nação e como estados federados."

Imbuído de tal sentimento, e na tentativa de igualar as partes no processo que são visivelmente desiguais, atropelando-se o Direito, o referido precedente da 4ª Turma, Superior Tribunal de Justiça, extraído do caso da concessionária, consolidou entendimento segundo o qual haveria sucessão.

Tal entendimento ecoou pelos tribunais com centenas de decisões no aludido sentido, contando ainda com penhoras vultosas que consolidaram a tese no sentido de que o contrato firmado entre as partes, concessionária, Agência Reguladora e Estado vinculariam apenas as partes, de modo que o credor não poderia "ficar a ver navios". Afastou-se, com isso, a aplicação do contrato de concessão. Por outro lado, a responsabilidade haveria de ser atribuída por lei, ocasião em que se sustentou a engendrada tese no artigo 42 do Código de Processo Civil, que estabelece que a alienação de coisa ou direito litigiosa, a título particular, por ato entre vivos, não altera a legitimidade das partes.

Numa segunda análise da sucessão, o Superior Tribunal de Justiça – julgando o Recurso Especial nº 738.026/RJ, DJ 22.8.2007, ainda que por maioria, pois vencida a ministra Eliana Calmon, e designado como relator para acórdão o ministro João Otávio Noronha –, pela primeira vez afastou a responsabilidade pelos débitos anteriores à tomada de posse, merecendo destaque o trecho do voto vencedor:

"... a ora recorrente se investiu na categoria de concessionária de serviços públicos por meio de licitação, sendo que sua investidura foi originária, e não por efeito de cessão, de forma que, exceto se previsto contratualmente, não cabe a ela responder por danos ocasionados pela antiga exploradora.

Deve-se considerar, por outro lado, que as regras de Direito Administrativo e Constitucional dispõem

que as empresas criadas pelo Governo respondem objetivamente e, na hipótese da sua impossibilidade patrimonial ou financeira, o Estado responde subsidiariamente (art. 37, parágrafo 6º, da Constituição Federal)."

A partir do *leading case* em questão, os tribunais locais, ainda que timidamente, passaram a rever as suas orientações.

Caberia, ainda, realização de evento acadêmico para cobrir todos os ângulos relativos à sucessão. Portanto, com o objetivo de consolidar e pôr fim ao denominado período caótico mencionado alhures, surgiu o projeto editorial "Os impactos das decisões judiciais sobre a sucessão obrigacional dos transportes de passageiros", que teve como marco a palestra do ministro Luiz Fux, seguida dos debates desenvolvidos pelo ministro Luis Felipe Salomão e pelos desembargadores Marcus Faver e Benedicto Abicair, no seminário promovido pela Amaerj em 5 de novembro de 2007.

Merecem destaque alguns trechos do referido seminário, a começar pela intervenção do ministro Luiz Fux:

"(...) 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 valem a pena. (...)

A concessionária não fez nada. O fato danoso não foi praticado por ela. Então, ela não tem como ter imputada essa responsabilidade. (...)"

Na sequência, o ministro Luis Felipe Salomão consignou:

"(...) A primeira impressão que tive foi de que o contrato não vincula. Portanto, vamos seguir na sucessão. Depois, analisando melhor os fatos e os documentos, começo a enxergar que não se trata de sucessão. Não estamos tratando esse impacto das decisões. Um instituto da sucessão seria até equivocados, tanto no plano obrigacional como no não-obrigacional. (...)"

Tamanha foi a repercussão do evento que se fez necessária a elaboração do livro denominado *Ausência de sucessão no transporte licitado*, no qual se apresentaram ao leitor a recente orientação do Superior Tribunal de Justiça e sobretudo as palestras realizadas pelos ministros Luiz Fux e Luis Felipe Salomão.

O livro foi distribuído a todos os ministros do Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça, desembargadores do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e magistrados estaduais.

Pode-se afirmar que a partir de tais eventos e com a sua ampla divulgação, os resultados não demoraram a aparecer, e o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro começou a se dividir; algumas Câmaras Cíveis, então desfavoráveis, reformularam os seus entendimentos, v.g. 3ª CC, 6ª CC, 12ª CC e 16ª CC.

Entretanto, a maioria ainda resistia, e não eventualmente a Agência se deparava com execuções de alta monta, como por



exemplo uma demanda em andamento na Comarca de Magé, de valores aproximados de R\$ 25 milhões, em que se chegou a determinar penhora de 5% sobre a renda bruta!

Em prosseguimento aos trabalhos, uma vez consolidada a tese academicamente e diminuída a resistência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, era tempo de se voltar a abordar a questão à luz do Direito Privado, perante a 3ª e a 4ª Turmas do Superior Tribunal de Justiça.

Afinal, eram essas as turmas que julgavam, diariamente, os recursos da Agência e, geralmente, se esbarravam em questões formais, para afastar a análise da questão, destacando-se, ainda, que nas referidas decisões que o Superior Tribunal de Justiça tinha orientação, e a referência era aquele julgado da 4ª Turma, relatoria do ministro Ruy Rosado.

Até que a 4ª Turma do STJ, na relatoria do ministro João Otávio Noronha, julgando *leading case* na turma de Direito Privado, Recurso Especial 1.095.447/RJ, DJ 10.02.11, afastou a sucessão, fazendo uso dos argumentos já conhecidos, *in verbis*:

"A concessionária não é sucessora da Flumitrens e não responde por ilícitos por esta praticados. É defeso atribuir a responsabilidade por ato ilícito à empresa prestadora de serviços públicos se o evento danoso foi praticado por empresa diversa e não existe relação de sucessão entre uma e outra."

Em todos os precedentes até aqui, referindo-nos aos favoráveis, partia-se sempre do princípio segundo o qual a Agência não era parte na ação de conhecimento, e o direcionamento contra ela se dava apenas na fase de cumprimento de sentença, mediante penhora *on line*, sem qualquer direito de defesa.

De forma paralela ao julgado suso mencionado, a própria 4ª Turma, do Superior Tribunal de Justiça, julgou outro Recurso Especial 1.187.108/RJ, relatoria também do ministro João Otávio de Noronha, DJ 21.2.11, em que se afastava a sucessão, apesar de a Agência ter figurado no processo de conhecimento desde o início, *in verbis*:

"(...) O que penso ser defeso é atribuir-se cumprimento de obrigação à empresa que efetivamente não concorreu para o evento danoso, apenas porque também é prestadora de serviços públicos, mesmo que sejam os mesmos serviços antes executados pela pretensa responsável. (...) "

O ministro Luis Felipe Salomão referendou tal entendimento logo depois, na ocasião do julgamento do Recurso Especial 1.172.283/RJ, v.u., DJ 15.2.11, *in verbis*:

"Não há relação sucessória entre a concessionária e a Flumitrens, tendo aquela assumido a concessão do serviço público mediante contrato administrativo precedido de licitação, originariamente, razão pela qual descabe imputar à agência o cumprimento de obrigação da Flumitrens..."

Considera-se, destarte, consolidada a tese no âmbito da 4ª Turma, pois na sequência, julgamentos monocráticos

passaram a ser proferidos pelos ministros, v.g., Agravo Regimental em Agravo de Instrumento nº 1.328.352/RJ, ministro Luis Felipe Salomão.

A grande novidade que se traz a lume é que a 3ª Turma recentemente proferiu julgamento, também sobre sucessão, afastando-a monocraticamente para fins de reconhecer a ilegitimidade da concessionária, Agravo de Instrumento 1.174.415/RJ, ministro Vasco Della Giustina, ainda não submetido ao colegiado.

Percebe-se, de plano, a existência de multiplicidade de recursos idênticos, com a mesma tese, envolvendo não apenas a Agência, mas também as demais concessionárias de serviço público espalhadas pelo Brasil afora, motivo pelo qual o ministro Raul Araújo, no Recurso Especial 1.120.620/RJ, 4ª Turma, afetou a questão à 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, submetendo-a à Lei de Recurso Repetitivo, previsto no artigo 543-C do CPC, e à Resolução 8/2008, sobrestando os demais casos, *in verbis*:

"...dissídio pretoriano e apontada ofensa aos artigos 233 da Lei 6.404/76, 472 e 568, I, do CPC. Cumprimento de sentença proferida em ação indenizatória ajuizada em face da Flumitrens. Alegada ilegitimidade passiva *ad causam* da concessionária sucessora. Recurso submetido ao rito previsto no artigo 543-C do CPC e à Resolução 8/2008."

Tais precedentes evidenciam, e os resultados demonstram, que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, ainda mais agora a do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro e, sobretudo, os juizes de 1º grau, tem encaminhado a tese no sentido de afastar a sucessão, respeitando-se com isso o Contrato de Concessão.

A par de histórico, com a demonstração do seu quadro evolutivo, o elemento de maior destaque é a compreensão do instituto da privatização, com a diferenciação do caso Banerj em relação ao caso da concessionária.

A distinção apresentada permitiu a evolução da jurisprudência, reforçando o instituto das concessões e, sobretudo, a segurança jurídica, pois o investidor, assim como o Estado, deve seguir regras. Refiro-me aos direitos e deveres estabelecidos previamente, os quais não podem deixar de ser observados, sob nenhum pretexto!

Dessa forma, pode-se afirmar que o período acima denominado de "volta aos trilhos constitucionais" está em franco desenvolvimento, e muito próximo de uma definição, a que parece favorável, pois a 2ª Seção do STJ, competente para julgar o Recurso Repetitivo, é formada pela reunião dos ministros das 3ª e 4ª Turmas, e na medida em que existem manifestações favoráveis à Agência, ainda de modo isolado.

Todavia, é bom que se diga: o trabalho deve continuar, pois a consolidação em definitivo se dará com o julgamento do Recurso Especial, submetido à Lei de Recurso Repetitivo.

Assim, parafraseando o ministro Luiz Fux, neste momento, no Supremo Tribunal Federal, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça está mais próxima do porto do que do naufrágio. 