

O ressarcimento de valores arrecadados a maior em decorrência de tarifas majoradas indevidamente em concessões públicas: execução de direitos individuais homogêneos reconhecidos pelos tribunais de contas

Celso de Lima Freire

Analista de Controle Externo do TCEMG. Especialista em Direito Público (PUC Minas/Escola de Contas), Direito Processual (Unisul) e Direito Processual Civil (Uniderp). Bacharel em Direito (UFMG). Integrante do Programa Universitário de Apoio às Relações de Trabalho e à Administração da Justiça (UFMG).

Resumo: Nas detalhadas operações de reajuste e de revisão contratuais que ocorrem na vigência das concessões públicas, é possível que haja algum equívoco que permaneça despercebido por algum tempo. Se os tribunais de contas, em suas atividades regulares, perceberem que algum desses contratos gerou cobrança de contraprestações que excedem os patamares devidos, além de determinar sua redução, devem imputar débito correspondente aos valores arrecadados a maior. Por disposição constitucional, essa imputação tem força de título executivo. Considerando que o direito envolvido na condenação é um direito individual homogêneo, a sua execução deve ocorrer pela via coletiva, pois a doutrina mais moderna reconhece, diante de outras hipóteses legais já existentes, a possibilidade de execução coletiva de títulos executivos extrajudiciais.

Palavras-chave: Ressarcimento. Direitos individuais homogêneos. Tarifas. Imputação de débito. Liquidação. Execução. Reparação fluida.

1 INTRODUÇÃO

Percebe-se nas concessões públicas uma lógica antitética: de um lado existe o interesse público buscando uma prestação de serviços cada vez mais completa, de outro, existe uma empresa capitalista, que objetiva extrair o máximo lucro. A contraprestação pública deve alcançar o ponto de equilíbrio entre a suficiente remuneração e a adequada prestação dos serviços. A busca por esse ponto de equilíbrio tem ganhado cada vez mais importância, pois abundam os contratos de concessão no Brasil, como possível solução de uma série de deficiências de serviços públicos e de infraestrutura. No primeiro semestre de 2013, grandes massas

populacionais foram às ruas protestar, entre outras reivindicações, por redução nas tarifas públicas, que lhes pareciam exorbitantes, em face da má qualidade do serviço prestado. Este trabalho cuida da recuperação de valores cobrados a maior indevidamente em tarifas.

No capítulo 2, serão feitas algumas considerações acerca de uma das mais importantes proteções que o Poder Público confere a seus delegatários: a intangibilidade do equilíbrio econômico-financeiro. Sua manutenção demanda sucessivos reajustes e revisões contratuais, que, muitas vezes, envolvem cálculos complexos. Se em algumas dessas operações houve alguma inadequação, pode ser que resulte em uma arrecadação a maior dos usuários. No capítulo 3, será estudada a natureza jurídica da remuneração paga pelos usuários. Em seguida, no capítulo 4, será feita uma análise da possibilidade de atuação dos tribunais de contas no controle dos reajustes e das revisões contratuais, inclusive nos setores que sofrem a disciplina das agências reguladoras. Os tribunais de contas possuem capacidade técnica e métodos próprios para aferir se uma tarifa está fixada em patamares adequados ou não. Já o capítulo 5 tratará da definição de quem deve ser o credor do ressarcimento do valor cobrado a maior pelo concessionário. No capítulo 6, serão expostas algumas distinções fundamentais do direito coletivo brasileiro para demonstrar que a lesão aos usuários por cobrança de uma tarifa indevidamente majorada implica uma ofensa a direitos individuais homogêneos desse grupo de usuários. No capítulo 7, serão feitas considerações acerca da executividade constitucionalmente prevista das imputações de débito e multa pelos tribunais de contas. Também se discutirá, por fim, o modo de liquidação e execução coletiva das condenações dos tribunais de contas que envolvem o direito ao ressarcimento de tarifas cobradas a maior dos usuários.

2 OS REAJUSTES E REVISÕES DA REMUNERAÇÃO DO DELEGATÁRIO

É cediço que, no Brasil contemporâneo, uma série de serviços públicos é prestada mediante concessão. Como esses contratos geralmente são bastante longos, durante o seu curso existe necessidade de se realizarem reajustes e revisões da remuneração devida ao concessionário (ambas visando à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro).

Se o serviço for executado diretamente pelo Poder Público, sem delegação, não se fala em manutenção da equação econômico-financeira. No entanto, é certo que o direito exige que a atuação estatal se desenvolva de forma compatibilizada com as leis orçamentárias, daí se extraíndo que na execução direta dos serviços se fala em manutenção do equilíbrio orçamentário (SCHWIND, 2010, p. 73).

Com relação ao serviço público que foi delegado, deve-se distinguir: no reajuste, a remuneração do concessionário não se modifica substancialmente, pois persistem os mesmos fatores levados em conta inicialmente, o que ocorre é apenas uma atualização. Por outro lado, a revisão representa uma reavaliação do próprio valor original (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 752).

Quando comparado com os contratos privados, verifica-se que o contratado possui uma maior salvaguarda nos contratos administrativos (Lei n. 8.666/93). Por sua vez, nos contratos de concessão (Lei n. 8.987/95 e Lei n. 11.079/04), em decorrência de sua longa duração e do fato de cuidarem do exercício de uma atividade-fim do Estado, existe uma preocupação ainda mais extensa na manutenção do seu equilíbrio econômico-financeiro. Na concessão, o dever de manutenção do equilíbrio tem bases mais complexas, deve levar em conta muitas variáveis, entre elas o “montante estimado do investimento, fluxo de caixa projetado, cronograma de desembolsos, variações de receita, custo de remuneração do capital (para fixação do qual concorrem outros tantos fatores, inclusive o risco político enredado no negócio)” (MARQUES NETO¹ *apud* ARAGÃO, 2008, p. 63-66).

¹ MARQUES NETO, Floriano Azevedo. Breves considerações sobre o equilíbrio econômico-financeiro nas concessões. *Revista de Informação Legislativa*, v. 40, n. 159, p. 194-195. jul./set. 2003.

Nas concessões, existe uma relação equilibrada entre os encargos atribuídos ao concessionário e a sua remuneração. Esse equilíbrio não pode ser rompido unilateralmente pela Administração Pública. Pelo contrário, ela tem o dever de preservá-lo. Essa igualdade estará comprometida necessariamente toda vez que forem aumentados os encargos dos concessionários. O Estado, então, deve recompor a equação compensando proporcionalmente o outro lado da relação. Mas ao concessionário não é atribuída uma proteção total, afastando-lhe de qualquer insucesso econômico. O concessionário exerce uma atividade por sua conta e risco. Daí é essencial distinguir os casos que serão cobertos pelo próprio concessionário daqueles outros que correrão por conta do poder concedente. Nesse ponto, é comum os doutrinadores recorrerem à doutrina francesa para destacar que a álea ordinária (ou seja, os riscos normais, naturais do negócio) é suportada pelo concessionário. A álea extraordinária do direito francês, por sua vez, divide-se em álea administrativa e álea econômica. A álea administrativa corresponde às modificações unilaterais impostas pelo concedente (teoria do fato do príncipe) e corre inteiramente por conta do Estado. Por outro lado, a álea econômica diz respeito aos riscos derivados de situações anômalas, imprevisíveis e excepcionais (por exemplo, crises econômicas, acidentes naturais) e, nesse caso, os prejuízos deles decorrentes são partilhados entre concedente e concessionário. Mas essas soluções do direito francês não se ajustam completamente ao direito brasileiro. No Brasil, o concessionário goza de uma proteção mais arrojada: os casos de álea econômica são de completa responsabilidade do Poder Público concedente (a responsabilidade não é compartilhada, como é, por via de regra, no direito francês). Nesse quadro de maior proteção ao concessionário, o Estado deve se responsabilizar pela variação de preços dos insumos que compõem a remuneração do concessionário. É o que se extrai do art. 9º e seu § 2º, do art. 18, VIII, e art. 23, IV, da Lei n. 8.987/95. Ademais, a Constituição em seu art. 37, XXI, aduz que as obras e serviços serão contratados com pagamento a ser realizado, “mantidas as condições efetivas da proposta”. Mas então quais riscos devem ser suportados exclusivamente pelo concessionário no Brasil? Ele deve suportar sozinho os prejuízos decorrentes de sua ineficiência e imperícia, assim como aqueles que derivarem de estimativa inexata do número de usuários². Também é de responsabilidade exclusiva do concessionário a expectativa frustrada de arrecadação das fontes alternativas de receita. O concessionário não pode se furtrar aos riscos do empreendedorismo. A proteção à equação econômico-financeira não significa uma imunização do concessionário a eventuais prejuízos “ou mesmo ao malogro de seu empreendimento pessoal quando [...] venha a sofrer vicissitudes próprias da vida negocial” (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 759). O concessionário não pode se eximir da álea própria ao mundo dos negócios sob alegação genérica e abstrata de invocação de proteção ao equilíbrio econômico-financeiro (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 754-759).

Assim sendo, a intangibilidade do equilíbrio econômico-financeiro é garantida ao se respeitar a relação entre encargos e vantagens originalmente estabelecida no instrumento contratual de delegação. Como a cobrança de valores diretamente dos usuários é uma das vantagens mais significativas do concessionário, a fixação do seu valor é um dos elementos que interferem diretamente no equilíbrio econômico-financeiro. No momento de apresentar sua proposta na licitação, avaliado o edital, são considerados os riscos que terá que assumir caso seja o vencedor. “Em tese, quanto maior o risco a ser assumido, maior a remuneração demandada para que ‘valha a pena’ correr aquele risco” (SCHWIND, 2010, p. 74). Assim, a manutenção da equação econômico-financeira ao longo de toda a concessão determina que o aumento dos encargos do concessionário deve ser contrabalanceado com o incremento das vantagens, em igual proporção. O valor nominal da tarifa não é inalterável. “Imutável é a relação entre encargos e vantagens que surge com a contratação do concessionário com base nos dados derivados de sua proposta” (SCHWIND, 2010, p. 61). Nesse sentido, se ocorre uma alteração dos valores a serem cobrados do usuário (por exemplo, na redução

² Essa é uma regra que Celso Antônio Bandeira de Mello discorre para as concessões comuns. Sabe-se que nas PPPs os riscos são objetivamente compartilhados entre os parceiros públicos e privados.

para certas categorias de pessoas) deve ser feita uma compensação com a redução de encargos ou com a ampliação de outras fontes de receitas. Se, por outro lado, são aumentados os encargos, as vantagens devem ser também majoradas³ (SCHWIND, 2010, p. 73-75).

Frequentemente, essas operações de revisão/reajuste envolvem cálculos complexos. Se em uma concessão ocorreu algum equívoco que acabou gerando uma arrecadação a maior, deve haver o ressarcimento. Como se verá adiante, dependendo da origem da receita arrecadada a maior, pode ser que os lesados sejam os usuários do serviço público oferecido. Nessa hipótese, é importante definir a natureza jurídica da remuneração que foi cobrada dos usuários.

3 DA NATUREZA JURÍDICA DA REMUNERAÇÃO DO DELEGATÁRIO

Antes de passar propriamente à análise da problemática decorrente da cobrança a maior da remuneração em uma concessão, é importante trazer maiores elementos para sua identificação no universo jurídico. Isso tem importantes consequências para o desenvolvimento do presente estudo.

A doutrina tem entendido que existem duas formas de se cobrar diretamente dos usuários pela prestação de serviços públicos: as taxas e as tarifas.

A figura da taxa⁴ tem amparo constitucional no art. 145, II, da Constituição⁵ e se sujeita aos princípios constitucionais da estrita legalidade (art. 150, I, da Constituição) e da anterioridade (art. 150, III, *b*, da Constituição). Isso implica que a taxa a ser instituída para remuneração dos serviços públicos prestados somente pode ser cobrada se o seu valor estiver estipulado em lei. Ademais, esse valor não pode ser exigido no mesmo exercício financeiro em que a referida lei foi publicada. “O mesmo acontece com qualquer majoração do valor da taxa: só pode se dar por lei formal e a cobrança majorada não pode ocorrer no mesmo exercício financeiro em que houve publicação da lei” (SCHWIND, 2010, p. 47). A tarifa, por sua vez, é prevista no art. 175, parágrafo único, III, da Constituição⁶ e se submete a um regime bastante distinto das taxas. Pode-se destacar o fato de as tarifas serem fixadas e modificadas administrativamente, dispensando-se, portanto, a edição de lei formal para sua fixação e alteração. Também pode existir a previsão de reajustes periódicos, segundo índices ou fórmulas predefinidos, sem necessidade de lei para sua aplicação (SCHWIND, 2010, p. 47).

Pode-se destacar também que a tarifa⁷ é parte integrante do regime geral dos serviços públicos na Constituição. O art. 175, parágrafo único, III, ao disciplinar a prestação dos serviços públicos, diretamente,

³ Embora seja um instrumento que se verifica com frequência na prática, não é somente com o aumento da remuneração paga pelos usuários que se pode restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro de uma concessão. Outras medidas, tais como a alteração do prazo contratual, o acréscimo de outras fontes de receitas, podem ser também utilizadas (em conjunto com o aumento da remuneração, ou isoladamente) (SCHWIND, 2010, p. 73-75).

⁴ Jacintho Arruda Câmara (2009, p. 26-27) destaca que vários doutrinadores tributaristas brasileiros (notadamente aqueles ligados à PUC/SP, a exemplo de Geraldo Ataliba) entenderam que a taxa seria a única forma possível de remuneração pelos usuários de algum serviço público. A cobrança pela utilização do serviço público, seja prestado diretamente pelo Estado, seja por concessionários e permissionários, sempre deveria ser feita por meio de taxas. Se não se optasse pela utilização das taxas, não se poderia cobrar dos usuários, e o serviço deveria ser gratuito. Esses doutrinadores entendiam que outra leitura não seria admissível, diante do texto do art. 145, inciso II, da Constituição.

⁵ Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:
(*omissis*)

II — taxas, em razão do exercício do poder de polícia ou pela utilização, efetiva ou potencial, de serviços públicos específicos e divisíveis, prestados ao contribuinte ou postos a sua disposição; (BRASIL, 1988).

⁶ Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

(*omissis*)

III — política tarifária; (BRASIL, 1988)

⁷ O conceito de tarifas é fungível com o de preço público (ARAGÃO, 2008, p. 609).

ou por meio de regime de concessão ou de permissão, menciona que lei ulterior deverá dispor sobre política tarifária. Diante do argumento de que a opção pelo regime tarifário tornaria sem sentido o “dispositivo constitucional que prevê a prestação de serviços públicos como uma das hipóteses para a criação de taxas” (CÂMARA, 2009, p. 30), pode-se entender que a Constituição ofertou “opções de regime jurídico a ser adotado pelo legislador” (CÂMARA, 2009, p. 30-31). Foi conferida uma discricionariedade para o legislador ordinário. São variados os exemplos em que o constituinte ofertou essa faculdade de escolha da melhor opção. Para permanecer no campo do serviço público, pode-se destacar que o legislador ordinário pode optar pela cobrança de prestação do serviço ou oferecê-lo gratuitamente. A Constituição também não especifica a forma de sua prestação, que pode ser feita pela própria Administração (direta ou indireta) ou por delegação a particulares. Se decidir pela delegação, existe liberdade para realizá-la por concessão ou por permissão. Como se vê, inclusive na esfera dos serviços públicos, há margem de discricionariedade para o legislador ordinário em diversos pontos, o que demonstra que não há razões para refutar existência de opções constitucionais igualmente viáveis no campo do regime remuneratório. A coexistência do art. 145, II, e do art. 175, parágrafo único, III, da Constituição demonstra que o interesse público pode ser alcançado de duas formas, dependendo do caso concreto, quais sejam, instituição de taxas ou tarifas. Assim, a posição dominante é a da admissibilidade do regime tarifário como forma de contraprestação de serviços públicos (CÂMARA, 2009, p. 29-33). “A temática da especificidade e divisibilidade do serviço autoriza a cobrança de taxa, mas também pode conduzir à remuneração por meio de tarifas” (JUSTEN FILHO, 2003, p. 342).

O STF tem entendido que existe um critério para distinguir uma ou outra espécie de obrigação: deve-se aferir se o particular detém a liberdade de usufruir ou não do serviço público em questão. Assim, se o usuário tem a opção de, caso seja de sua vontade, utilizar-se de outros meios adequados à satisfação de suas necessidades (trata-se do denominado serviço público voluntário), a contraprestação pela sua utilização será uma tarifa. Cite-se como exemplo de serviço público voluntário a utilização de energia elétrica, pois em seu lugar pode ser utilizada a energia solar, geradores particulares, ou até mesmo viver sem luz elétrica. Por outro lado, quando o usuário não puder deixar de utilizar o serviço (cuida-se do denominado serviço público compulsório), sua remuneração é dada por taxa. Nesse caso, como exemplo, o serviço público urbano de coleta de lixo, que na maioria de municípios brasileiros, os particulares não podem se recusar a recebê-lo, constituindo infração administrativa a utilização de outro modo de descarte do lixo. Mas esse raciocínio gera um problema: como podem as concessionárias, que são pessoas jurídicas de direito privado, figurar no polo ativo de uma obrigação tributária? Ademais, sendo a taxa uma espécie de tributo, cada demanda de reequilíbrio econômico-financeiro só geraria efeitos para os usuários após aprovação por lei. Como resposta a essa perplexidade, uma parte da doutrina entendeu que os serviços públicos compulsórios não poderiam ser objeto de delegação. Outra parte da doutrina (com a qual Alexandre Santos de Aragão concorda) entendeu que o art. 175 da Constituição representa uma exceção e qualquer serviço público delegado (compulsório ou não) que busque remuneração diretamente dos usuários, adotará regime de tarifa (ARAGÃO, 2008, p. 609).⁸

Verifica-se que na prática, talvez em razão de sua maior operabilidade, os poderes concedentes têm, em sua grande maioria, optado por remunerar os seus concessionários por meio de tarifas, e não por taxas. Por essa razão, doravante, passa-se a analisar a política remuneratória dos concessionários apenas do ponto de vista das tarifas.

Uma das consequências da opção de se remunerar o serviço público por tarifas (e não por taxas) é a possibilidade de discussão judicial da remuneração do concessionário em ações civis públicas. O art. 1º,

⁸ Como o autor está cuidando dos contornos da remuneração por taxa ou por tarifas, percebe-se que a discussão envolve os casos em que se exige alguma prestação pecuniária diretamente dos usuários. Mas para além dessa discussão, sabe-se que com a Lei das Parcerias Público-Privadas (Lei n. 11.079/04), surgiram as concessões administrativas, que não cobram remuneração dos usuários. Assim destaca a doutrina: “O que não existe, na concessão administrativa, é a tarifa cobrada do usuário [...]” (DI PIETRO, 2010, p. 313).

parágrafo único, da Lei n. 7.347/85, estatui que não poderão ser objeto de ação civil pública as pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço ou outros fundos de natureza institucional, cujos beneficiários podem ser individualmente determinados. Como as taxas são uma das espécies de tributos, qualquer discussão judicial de seu valor não poderia ser feita em ações civis públicas.

Formulado algum pedido vedado pelo art. 1º, parágrafo único, da Lei n. 7.347/85, o juiz deve declarar que carece uma condição da ação, qual seja, a possibilidade jurídica do pedido. Mas é de se destacar que esse dispositivo não pode ser interpretado de maneira mais ampla do que aquela fixada em seu conteúdo. Não há vedação a que se veiculem, em ações civis públicas, pedidos relacionados a tarifas (CARVALHO FILHO, 2011, p. 37-38):

Vale a pena consignar, por outro lado, que a vedação contemplada no art. 1º, parágrafo único, da Lei n. 7.347/85, não pode ser interpretada em sentido mais amplo do que o fixado em seu conteúdo. A restrição abrange tributos, contribuições previdenciárias, FGTS e outros fundos de natureza institucional. Sendo assim, não havendo vedação no que diz respeito à tutela de direitos (sobretudo difusos) relacionados à cobrança de **tarifas**, como ocorre nos serviços públicos prestados por concessão ou permissão. Como não se enquadram como tributos, e sim como preços públicos, poderá ser perfeitamente ajuizada ação civil pública para a tutela dos interesses transindividuais ou individuais homogêneos. Em tal sentido foi proferido o voto do Ministro-Relator GILMAR MENDES, do STF, no RE 228.177-MG, 2ª T., em 01.04.2008, em caso relativo à majoração supostamente abusiva de tarifas no serviço de transporte coletivo, com vistas à proteção de interesses difusos. (grifo e caixa alta no original)

Não há óbices, portanto, para a discussão judicial do valor das tarifas em ações civis públicas, que são um dos principais instrumentos para defesa coletiva de direitos. Além disso, por evidência, também não há impedimentos para a execução na esfera coletiva das decisões sobre as tarifas cobradas dos usuários⁹.

Outra consequência da opção por se realizar a arrecadação de recursos dos usuários por meio de tarifas é que elas são fixadas e modificadas por ato da Administração Pública, que por via de regra, sofre a incidência do controle externo, que é exercido pelo Legislativo com auxílio do Tribunal de Contas correspondente (art. 71, *caput*, da Constituição da República).

4 A ATUAÇÃO DOS TRIBUNAIS DE CONTAS NO CONTROLE DA LEGALIDADE DAS REVISÕES E REAJUSTES

É muito comum que as concessões perdurem por um longo período para que os concessionários consigam amortizar seus investimentos (que são normalmente muito altos). Com o transcorrer desse longo tempo de contrato, existe necessidade de uma série de reajustamentos e revisões para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, o que atrai a atuação dos órgãos de controle e de fiscalização (por exemplo, os tribunais de contas).

Em alguns casos, esses órgãos de controle e fiscalização têm constatado que nessas operações de reajuste/revisão, as tarifas acabam sendo majoradas além do devido. Essa quantia a maior cobrada dos usuários constitui um benefício indevido para as empresas concessionárias ou permissionárias. Verificada uma situação fática como essa, as tarifas devem ser reduzidas a partir de então. Além disso, o concessionário deve restituir os valores a maior já recolhidos indevidamente.

A doutrina destaca que os tribunais de contas em sua missão de fiscalizar o gasto público contábil, financeira e orçamentariamente, pode perfeitamente inserir a fiscalização de atos que “visem a aumentar a remuneração

⁹ Este é um ponto importante para o desenvolvimento de argumentações que adiante serão expostas neste trabalho.

de prestadores de serviços públicos, em detrimento dos direitos dos usuários e, indiretamente, do próprio patrimônio público” (CÂMARA, 2009, p. 158). Ao delegar a execução do serviço público, o Poder Público está abrindo mão da receita que auferiria ao realizar a execução direta desse mesmo serviço. Mas, por outro lado, o Estado também se desonera de arcar com as despesas relacionadas a esse mesmo serviço público. Se a tarifa está majorada excessivamente em favor do concessionário/permissionário, isso reflete em um desequilíbrio que significa um prejuízo ao Poder Público¹⁰. Para compreender a legitimidade da atuação das cortes de contas nessa seara, é indispensável a transcrição literal da exposição do doutrinador Jacintho Arruda Câmara (2009, p. 158) ao explicar a relação do aumento indevido de tarifas com a receita pública:

É fácil explicar a relação entre a aprovação de valor indevido para tarifas e a atuação fiscalizatória dos Tribunais de Contas. Ao delegar a prestação de serviços públicos a terceiros, ao mesmo tempo em que o Poder Público se desfaz das despesas necessárias à manutenção dos respectivos serviços públicos, também abre mão das receitas que sua prestação proporcionaria. O equilíbrio entre as despesas e as perspectivas de receitas transferidas por meio da delegação do serviço público é fundamental para que desta relação jurídica não derive prejuízo econômico para o Poder Público. Assim, a própria fixação dessa relação de equilíbrio econômico-financeiro, que tem na fixação das tarifas um dos seus principais aspectos, bem como as alterações que venham a ser nela processadas constituem medidas de índole administrativa de inegável impacto no patrimônio público; e, como tais, sujeitam-se à fiscalização dos Tribunais de Contas.

Desta maneira, qualquer usuário que se sinta lesado pela fixação de tarifas abusivas em favor de prestadoras de serviços públicos pode invocar a atuação do Tribunal de Contas competente, uma vez que, além de atentar contra os direitos dos usuários, a medida impugnada também afetaria o próprio patrimônio público.

Existe ainda outra controvérsia relativa à atuação do Tribunal de Contas nas concessões. Essa polêmica diz respeito às delegações de serviços públicos que sofrem a incidência da atuação das agências reguladoras¹¹. Com a Reforma do Estado, o papel da Administração Pública nos serviços públicos foi redimensionado, verificando-se um recrudescimento da sua função regulatória, por meio de órgãos da administração direta, ou de forma descentralizada, por meio das agências reguladoras. Cabe destacar que as próprias agências reguladoras (que são responsáveis pela fiscalização dos setores atinentes aos serviços públicos) são fiscalizadas pelos órgãos de controle quanto à eficiência e economicidade. Assim, além do controle contábil, financeiro e orçamentário dessas agências, existe o controle da eficiência e da economicidade, que autorizam, inclusive, a realização de auditorias operacionais. Com a inserção da eficiência no rol dos princípios fundamentais da Administração Pública, a atuação dos tribunais de contas¹² e dos administradores públicos passou a focalizar os resultados (enfoque gerencial), independentemente da natureza jurídica que ostente. Cabe às cortes de contas verificar se a atuação da agência está alinhada às determinações legais e regulamentares a que estão submetidas. O exercício eficaz do controle, inclusive, diminui a possibilidade de ocorrer a captura da agência, o que é um risco real, uma vez que as agências lidam com interesses de forças econômicas poderosas. A isso se acrescenta que a atuação dos tribunais de contas, ao analisar pormenorizadamente os atos realizados pelas agências e ao divulgar os seus resultados, abre caminho para um controle social mais eficaz. Atualmente, existe um grande *deficit* de informação por parte dos usuários de serviço público¹³, o que

¹⁰ Pois a receita que arrecadaria na execução direta com esse novo patamar de tarifa é superior às despesas que se desonerou ao delegar a execução dos serviços.

¹¹ No curso da Reforma Administrativa, surgiram autarquias qualificadas como autarquia em regime especial, que são as denominadas agências reguladoras. A ideia é que essas autarquias gozam de uma maior liberdade quando comparadas com as demais. Uma peculiaridade marcante é a nomeação do dirigente pelo Presidente da República, sob aprovação do Senado, com garantia de mandato certo. Sua função é a de disciplinar e controlar certas atividades relevantes (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 173-174).

¹² O autor faz sua exposição tendo em foco o Tribunal de Contas da União, mas pode-se estender o raciocínio para as demais cortes de contas, em razão do art. 75 da Constituição da República.

¹³ A Lei n. 12.587/2011 (diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana) institui em seu art. 15 algumas medidas que tendem a fomentar a participação da sociedade civil no planejamento, fiscalização e avaliação da Política Nacional de Mobilidade Urbana. Serão criados órgãos

os coloca em desvantagem no debate de relevantes questões, como as revisões tarifárias. Por todas essas razões, entende-se que os tribunais de contas podem fiscalizar as atividades finalísticas das agências reguladoras. No entanto, essa fiscalização deve ocorrer de forma complementar à ação das agências reguladoras no acompanhamento da execução dos serviços públicos concedidos. “O fato de o poder concedente deter competência originária para fiscalizar a atuação das concessionárias não impede a atuação cooperativa e suplementar” dos tribunais de contas (ZYMLER; ALMEIDA, 2008, p. 227-237).

Assim sendo, não se verificam óbices para que os tribunais de contas apurem a legalidade dos cálculos dos reajustes/revisões realizados pela Administração Pública.

E de fato os tribunais de contas vêm acompanhando a evolução das tarifas em concessões. Existem técnicas apropriadas para aferição da correção dos cálculos. Citem-se os julgados do Tribunal de Contas da União sobre esse assunto: Acórdão n. 2104/2008 (Plenário), min. relator: Ubiratan Aguiar; Acórdão n. 3233/2011 (Plenário), min. relator: Aroldo Cedraz; Acórdão n. 346/2012 (Plenário), min. relator: José Múcio Monteiro; Acórdão n. 2927/2011 (Plenário), min. relator: Walton Alencar Rodrigues; Acórdão n. 649/2005 (Plenário), min. relator: Walton Alencar Rodrigues; Acórdão n. 1904/2009 (Plenário), min. relator: Walton Alencar Rodrigues; Acórdão n. 453/2007 (Plenário), min. relator: Augusto Nardes.

Existe um importante ponto que deve ficar claro nas decisões que imputam débito ao concessionário pelo recolhimento de tarifas a maior de forma indevida: deve ser definido a quem se deve pagar. É sobre a identificação do credor que se passa a discorrer em seguida.

5 DA DEFINIÇÃO DO CREDOR DO RESSARCIMENTO DOS VALORES COBRADOS A MAIOR

Se na atuação dos tribunais de contas perceber-se que os concessionários receberam remuneração a maior (a partir, por exemplo, de um reajuste ou de uma revisão inadequada), deve ser feito o decote do excesso a partir de então. No entanto, é de se supor que tenha havido uma arrecadação indevida pelo tempo anterior à referida redução, o que constitui um locupletamento indevido. Esse valor cobrado a mais não deveria ter ingressado na receita da concessionária e, por isso, a concessionária deve ressarcir esse valor.

É de extrema importância definir qual a origem do recurso arrecadado a maior, pois essa definição gera consequências diretas para o destino e para o procedimento de ressarcimento.

A opção por remunerar o concessionário com recursos provenientes dos usuários não é a única forma possível de remuneração em concessões. A prestação de serviços de interesse coletivo envolve custos importantes. A retribuição desse custeio pode passar por basicamente três soluções (que podem ser combinadas). A primeira delas é definir que a prestação de determinados serviços seja custeada pelo Estado. Para tanto, este se utiliza de recursos obtidos da sociedade em geral, principalmente por meio dos tributos¹⁴. Não é correto pensar que a delegação de um serviço à iniciativa particular necessariamente implica remeter os seus custos integralmente aos usuários. Existem certos serviços que, apesar de delegados, não são objeto

colegiados com a participação de representantes do Poder Executivo, da sociedade civil e dos operadores dos serviços. O usuário poderá se manifestar em ouvidorias e em audiências e consultas públicas. Além disso devem ser criados procedimentos sistemáticos de comunicação, de avaliação da satisfação dos cidadãos e dos usuários e de prestação de contas públicas.

¹⁴ Uma importante diferenciação: a desoneração do usuário pode ser resultante tanto de um subsídio tarifário (na concessão comum), quanto da obrigação de pagamento pelo poder concedente (na concessão patrocinada e administrativa). Esses dois mecanismos possuem causas distintas. No primeiro deles, como resultado de uma política tarifária em uma concessão (Lei n. 9.074/95, art. 35), surge o dever do Estado de indenizar o concessionário pela implementação dessa política pública (por exemplo, as gratuidades concedidas a certa categoria de usuários). Por outro lado, na concessão patrocinada e administrativa os recursos repassados representam uma verdadeira contraprestação paga ao concessionário pelos serviços prestados. Disso se pode concluir que não se pode transformar um contrato de concessão comum em contrato de concessão patrocinada ou administrativa (MONTEIRO, 2010, p. 163-164).

de cobrança de tarifas, sendo tais serviços vulgarmente conhecidos como “gratuitos” (SCHWIND, 2010, p. 57). Uma segunda possibilidade de remuneração do delegatário é a obtenção de receitas marginais (ou alternativas, complementares, acessórias, ancilares, abrangidas pelo art. 11 da Lei n. 8.987/95). Essas receitas marginais são obtidas não propriamente do serviço delegado, mas daqueles que com ele guardam conexão econômica e/ou material. Essa opção consiste na oneração dos consumidores das utilidades marginais em benefício da eficiência na prestação do serviço e da modicidade das tarifas. Um exemplo de receita marginal bastante utilizado é a exploração de espaços publicitários em serviço público de transporte de passageiros, principalmente urbanos, nos quais os espaços internos e externos podem ser utilizados para veiculação de publicidade (SCHWIND, 2010, p. 264-267). Existe uma terceira possibilidade de alocação de custos pela prestação de serviços. Trata-se da atribuição de custos aos próprios usuários, e como regra geral, na medida da intensidade de sua utilização¹⁵. Desse modo, verifica-se uma redução dos ônus dos não usuários, de quem não são arrecadados recursos para custear a prestação do serviço de interesse coletivo (SCHWIND, 2010, p. 57-58)¹⁶.

Destacadas essas três formas de remuneração do concessionário, a opção por uma ou outra implica uma diferenciação importante. Optando-se pela cobrança de tarifas, de um lado passa a existir o conjunto dos usuários (e, portanto, pagantes de tarifa) e, de outro, o conjunto da sociedade em geral. A remuneração por tarifas reduz os ônus que poderiam incidir sobre os não usuários, que teriam que suportar maiores tributos, caso o Estado tivesse que cobrir os custos daquele serviço público em questão. Nesse contexto, verifica-se um potencial conflito de interesses entre usuários do serviço público e a comunidade geral, pois seus interesses não coincidem. Na hipótese de um serviço de interesse coletivo ser prestado sem a cobrança de tarifas daqueles que o usufruírem, os custos são suportados pelo Estado, que obtém recursos principalmente por meios dos tributos (segundo a capacidade contributiva de cada um dos contribuintes). Verifica-se, desse modo uma transferência de riqueza dos contribuintes para os usuários. De modo contrário, quando existe a cobrança de tarifas, a sociedade como um todo se desonera do custeio do serviço público de interesse coletivo em questão (SCHWIND, 2010, p. 58-59).

Assim, percebe-se que a remuneração do concessionário pode advir de várias fontes. A tarifa, apesar de ser a fonte que na maioria dos casos tem maior repercussão financeira, não é a única maneira de se remunerar os concessionários. Ademais, as tarifas podem ser associadas a outras fontes, conforme explicitado.

Sabe-se que, nos reajustes e revisões realizados no curso de uma concessão pública, pode-se majorar excessivamente a remuneração do concessionário. Mas esse excesso pode ter sido cobrado de apenas uma das fontes, ou de mais de uma. A identificação da origem do recurso cobrado a maior é importante para definir quem é o credor, bem como o procedimento dessa cobrança. Por exemplo, em uma concessão cuja remuneração é custeada em parte pelos usuários e em parte por subsídio do Estado, se for feito um reajuste/revisão inadequado majorando a remuneração além do devido, é necessário saber qual das fontes de receita foi onerada indevidamente. Pode ser que uma das fontes de remuneração não tenha sofrido majorações indevidas.

Se o recurso arrecadado indevidamente pela concessionária foi de origem estatal, o ressarcimento deve ser feito normalmente segundo as regras de cobrança da Fazenda Pública. Este trabalho não tem o objetivo de cuidar dessa hipótese.

¹⁵ A ideia do pagamento conforme a intensidade da utilização é uma regra geral, pois pode haver casos que fogem a essa lógica, a depender da política tarifária, a exemplo de instituídos que procuram beneficiar determinados grupos, ou certos períodos (SCHWIND, 2010, p. 58).

¹⁶ O doutrinador Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, p. 751) tem a opinião de que o custeio do serviço público pelo Estado e a obtenção de receitas marginais são fontes menos relevantes que a utilização da cobrança de tarifas. Segundo ele, o art. 11 da Lei de Concessões estabelece explicitamente que a remuneração proveniente de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados deve ter uma finalidade específica: favorecer a modicidade das tarifas. O custeio pelo poder concedente também deve seguir a mesma finalidade. Disso decorre que a principal fonte de remuneração do concessionário é mesmo a cobrança de tarifas dos usuários.

Por outro lado, se a origem dos recursos arrecadados indevidamente foi o conjunto dos usuários desse serviço, o ressarcimento deve ser dirigido a esse conjunto. Se a ilegalidade da cobrança a maior foi verificada por algum dos tribunais de contas do Brasil, que condenou o concessionário a devolver os valores arrecadados a maior, imputando-lhe um débito, existe um interessante procedimento de cobrança, que esse trabalho visa identificar e precisar os seus contornos.

Para tanto, é preciso iniciar um breve estudo da defesa dos direitos coletivos no Brasil. Isso ocorre porque os lesados não são facilmente identificáveis e o prejuízo foi bastante diluído e espalhado.

6 OS VALORES COBRADOS A MAIOR DOS USUÁRIOS COMO UM DIREITO INDIVIDUAL HOMOGÊNEO

Na concepção tradicional de processo civil, não havia um espaço para as questões de interesses coletivos. O processo era destinado apenas à resolução de controvérsias entre duas partes, que defendiam seus interesses individuais. Para tanto, havia normas de legitimidade, de atuação dos magistrados, de procedimentos alinhados ao processo individual. Nesse contexto, as questões que pertencessem a um grupo, à sociedade em geral (ou a um segmento dela) não se enquadravam nesse modelo tradicional de processo (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 49-50).

Por outro lado, no mundo contemporâneo, existe necessidade de solução de problemas que escapam à antiga fórmula individual credor/devedor (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 75). Surgiu a necessidade de conceber processos coletivos para cuidar de interesses públicos em litigância, isto é, para buscar soluções referentes aos interesses de uma “parcela da comunidade constitucionalmente reconhecida, a exemplo dos consumidores, do meio ambiente, do patrimônio artístico, histórico e cultural” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 38), dos interesses dos necessitados. As demandas coletivas devem se caracterizar como processo de interesse público¹⁷ (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 42). É de se destacar que “o elevado número de pessoas e as características da lesão sempre indicam a constância do interesse público primário¹⁸ nos processos coletivos” (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 44). É por isso que a Constituição impõe a necessidade de intervenção obrigatória do Ministério Público nas demandas coletivas (DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR, 2008, p. 44). Para a proteção desses interesses, houve necessidade de se redefinir o papel dos magistrados e alguns direitos básicos tais como o de citação e o de ser ouvido no processo. Não é possível que todos os titulares de um direito difuso compareçam a juízo. Exemplificando: não é viável dar oportunidade de manifestação a todos os interessados na melhoria da qualidade do ar de certa região. É necessário que um “representante adequado” atue em benefício do interesse da coletividade, mesmo que não tenha ocorrido a citação individual de cada um dos interessados. Mesmo nessas condições, a decisão a ser proferida deve ter o condão de vincular todos os membros do grupo. Por isso, também existe a necessidade de reconfigurar outro conceito tradicional, o da coisa julgada¹⁹. Esses são alguns traços das importantes

¹⁷ Verificou-se um grande movimento mundial para a defesa dos “litígios de direito público”, assim denominados por terem forte vinculação com assuntos importantes da política pública e envolverem um grande contingente de pessoas (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 50).

¹⁸ O Estado, assim como os particulares em geral, tem personalidade jurídica, e possui interesses “em concorrência com os demais sujeitos de direito” (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 66). Assim, mesmo encarregado de buscar a consecução dos interesses públicos, o Estado pode ter interesses que lhe são particulares, individuais. Esses últimos não são interesses públicos propriamente ditos, mas interesses individuais do Estado enquanto pessoa jurídica. É importante destacar que o Estado somente poderá defender os seus interesses particulares quando não houver conflito com a realização do interesse público. Os interesses públicos propriamente ditos são denominados interesses públicos primários. Os secundários, por sua vez, refletem os interesses meramente individuais do Estado. Se pudesse se guiar apenas de acordo com os interesses públicos secundários, o Estado poderia ter interesse em tributar desmesuradamente os administrados, bem como poderia querer pagar valores irrisórios aos seus servidores, proporcionando-lhes a simples sobrevivência. Mas a defesa do interesse secundário não pode conflitar com a prevalência do interesse público primário (BANDEIRA DE MELLO, 2012, p. 66-67).

¹⁹ No Brasil, o regimento próprio da coisa julgada coletiva se iniciou com a Lei de Ação Popular (Lei n. 4.717/65), que em seu art. 18 prescreve que “a sentença terá eficácia de coisa julgada oponível *erga omnes*, exceto no caso de haver sido a ação julgada improcedente por deficiência de prova”.

mudanças que ocorreram no processo civil para albergar os direitos coletivos (CAPPELLETTI; GARTH, 1988, p. 50-51).

Os direitos coletivos *lato sensu* são entendidos como gênero com as seguintes espécies: (i) direitos difusos, (ii) direitos coletivos *stricto sensu*, e os (iii) direitos individuais homogêneos. Essa é a subdivisão feita pelo art. 81, parágrafo único, da Lei n. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor). De acordo com o inciso I desse parágrafo único, (i) considera-se difuso o direito transindividual (pertencente a uma coletividade), de natureza indivisível (somente podem ser considerados em sua totalidade) e que tenha titulares indeterminados (indeterminabilidade dos sujeitos) ligados por circunstâncias de fato, e que não tenham um vínculo comum de natureza jurídica. Mencione-se como exemplo de ofensa a um direito difuso a publicidade enganosa ou abusiva transmitida pela imprensa audiovisual que atinge um número incalculável de telespectadores, bem como as ofensas ao meio ambiente e à moralidade administrativa. No que diz respeito aos direitos coletivos *stricto sensu* (ii), conforme inciso II do parágrafo único do art. 81 da Lei n. 8.078/90, pode-se afirmar que são os transindividuais de natureza indivisível que tenham como titulares um grupo, categoria, ou classe de pessoas (inicialmente indeterminadas, mas determináveis na condição de grupo, categoria) ligados entre si, ou com a parte contrária, por uma relação jurídica base. Essa relação pode se dar entre os membros por *affectio societatis* (como em qualquer associação de profissionais, por exemplo) ou por uma ligação com a parte contrária (como os contribuintes de determinado tributo, que estão ligados ao ente estatal responsável pela exação). Deve-se destacar que essa relação base deve ser anterior à lesão. O que diferencia, portanto, o direito difuso do coletivo *stricto sensu* é a determinabilidade do grupo, categoria ou classe anterior à lesão. Existe também uma terceira espécie, a dos direitos individuais homogêneos (iii), que cuidam da defesa de direitos individuais com natural dimensão coletiva (em decorrência de sua homogeneidade). Esse caráter homogêneo ocorre em razão da massificação e padronização das relações jurídicas, o que resulta em lesões também padronizadas. Para conceituar os direitos individuais homogêneos a lei define que são aqueles decorrentes de origem comum, isto é, surgiram em consequência da própria lesão (ou ameaça de sua ocorrência). O vínculo jurídico é *pos factum* (pós fato lesivo). A origem comum não precisa ter ocorrido em um mesmo lugar ou momento histórico, mas dela devem decorrer a homogeneidade dos direitos dos titulares das pretensões individuais (que passam a ter possibilidade de um tratamento coletivo). O que existe de comum entre “esses direitos é a procedência, a gênese na conduta comissiva ou omissiva da parte contrária” (DIDIER; ZANETI, 2008, p. 78). O pedido nas ações coletivas sempre se refere a uma “tese jurídica geral” que não faça distinções entre os direitos dos numerosos substituídos. Eventuais peculiaridades dos direitos individuais serão apuradas em liquidação de sentença. A ideia de unicidade dos direitos individuais homogêneos fica clara no caso de passado um ano sem habilitação de um número de interessados compatíveis com a gravidade do dano, os entes legitimados podem proceder à liquidação de sentença e sua execução, cujos recursos serão revertidos a um fundo governamental (criado pela Lei de Ação Civil Pública — Lei n. 7.347/85, no seu art. 13). Os direitos individuais homogêneos nem sempre se apresentam suficientemente atrativos para uma demanda individual. Por exemplo, quando ocorre uma lesão no mercado de ações, muitos acionistas podem ter sido prejudicados em pequena quantia. Não existiria motivação econômica para ações individuais visando à recuperação desses valores ínfimos. Mas coletivamente o problema assume outra dimensão, mais substancial²⁰ (DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR, 2008, p. 75-82).

A suficiência de provas também foi considerada como condição para a coisa julgada na Lei de Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/85 alterada pela Lei n. 9.494/97). Por fim, o Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90) em capítulo próprio, regulamenta o instituto da coisa julgada, de modo mais específico no art. 103, determinando que a coisa julgada será *erga omnes* no caso de interesse ou direito difuso. Será *ultra partes*, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, na hipótese de interesse ou direito coletivo. Em ambos os casos não haverá coisa julgada material na hipótese de improcedência por insuficiência de provas (ocorrerá apenas coisa julgada formal) (MATTOS, 2007, p. 200-201).

²⁰ Para casos como este, o sistema processual coletivo prevê o *fluid recovery* para liquidação e execução desses valores. Mas muito mais do que uma contribuição para o Fundo dos Direitos Difusos, o *fluid recovery* possui uma função marcadamente pedagógica, que busca evitar ocorrência de condutas futuras no mesmo sentido (DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR, 2008, p. 82).

Sem a criação da figura dos direitos individuais homogêneos no direito brasileiro não seria possível a proteção coletiva de direitos individuais com natural dimensão coletiva em razão de sua homogeneidade, causada pela padronização/massificação dos vínculos jurídicos contemporâneos. Cria-se, assim, uma “coletivização” para que seja possível a tutela de direitos individuais com dimensão coletiva (em massa). O fato de ser possível determinar individualmente os lesados não prejudica a possibilidade da defesa coletiva. O tratamento “molecular das ações coletivas” apresenta diversas vantagens em relação à fragmentação da tutela individual (tratamento “atomizado”): existe uma economia processual, facilita-se o acesso à justiça, entre outras vantagens (DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR, 2008, p. 78-80).

Uma vez enumeradas as distinções essenciais dessas três categorias de direitos coletivos *lato sensu*, pode-se afirmar que a arrecadação a maior dos usuários em razão de cálculo inadequado de um reajuste/revisão em um contrato de concessão pode ser recuperada pela via da defesa coletiva dos direitos individuais homogêneos.

Isso ocorre porque cada um dos usuários sofreu um prejuízo individual, mas a busca pela recuperação desses valores tem naturalmente uma dimensão coletiva, um traço de homogeneidade, de massificação e de padronização da lesão. A origem comum do direito dos usuários é o reajuste/revisão inadequadamente calculado que resultou na cobrança indevida. Não havia, entre os usuários, um vínculo de interesse comum anterior, mas ele surge em consequência da própria lesão (*pos factum*). Assim, vislumbra-se a clara possibilidade de um tratamento coletivo para essa questão.

Feitas essas considerações, resta esclarecer qual o meio adequado de execução de decisões dos tribunais de contas que reconheçam que houve lesão aos direitos dos usuários em decorrência de majorações indevidas nos valores das tarifas, imputando débito aos concessionários. Essa não é uma questão simples.

7 O ENCAMINHAMENTO DAS IMPUTAÇÕES DE DÉBITO DOS TRIBUNAIS DE CONTAS PARA LIQUIDAÇÃO E EXECUÇÃO COLETIVA

O art. 71, § 3º, da Constituição da República, deixa claro que a decisão definitiva das cortes de contas constitui um título executivo capaz de instaurar a cobrança judicial da dívida decorrente da imputação de débito ou de multa, caso não seja recolhida pelo responsável no prazo legal. Mas os tribunais de contas não têm competência para executar judicialmente suas próprias decisões. Quem tem o poder-dever de executá-las são os próprios entes públicos interessados.

No caso do Tribunal de Contas da União, quem executará judicialmente suas decisões é a Advocacia da União e os procuradores da Administração Indireta (havendo um dano ao erário federal). Assim, expirado o prazo para o recolhimento espontâneo, o Ministério Público junto ao Tribunal de Contas da União autorizará a cobrança judicial da dívida, remetendo as peças necessárias à Procuradoria responsável (ZYMLER, 2005, p. 471). Essa mesma dinâmica deve ser observada pelos tribunais de contas dos estados e também pelos tribunais de contas dos municípios, onde houver, em virtude do que estabelece o art. 75 da Constituição.

Desse modo, percebe-se que para executar judicialmente a condenação imposta pelos tribunais de contas, o legitimado ordinário é o próprio ente político que tem interesse material nessa execução, ou seja, será o próprio beneficiado com a decisão. O legitimado para promover a execução é aquele ente que terá o seu erário recomposto. Somente com a inércia da Fazenda Pública competente é que o Ministério Público passa a ser legitimado. O Ministério Público passa a ter competência para executar o crédito reconhecido pelos tribunais de contas em decorrência da inação, da incúria ou do pouco interesse político do ente credor (COSTA, 2006, p. 141).

No entanto, é necessário distinguir que quando os tribunais de contas reconhecem, em decisão da qual não se possa mais recorrer, que existiu uma tarifa indevidamente majorada que resultou em arrecadação indevida, essa decisão deve ser encaminhada diretamente para os legitimados para a defesa coletiva de direitos.

Não foram os cofres dos entes públicos que foram lesionados, mas o conjunto dos usuários que pagaram além do que deveria ter sido pago. O Estado não pode cobrar esse valor arrecadado a maior, uma vez que não foi ele quem sofreu o prejuízo direto. A arrecadação indevida de tarifas constitui uma ofensa ao direito individual homogêneo dos usuários.

É preciso, neste momento, definir os contornos da força de um julgado dos tribunais de contas perante o Poder Judiciário.

Se o acórdão definitivo do Tribunal de Contas entender que houve irregularidades, ocorrerá imputação de um débito ao responsável e/ou aplicação de multa. O art. 71, § 3º, da Constituição da República, dispõe que essa decisão que imputa débito ou multa terá eficácia de título executivo, sem definir se se trata de um título executivo judicial ou extrajudicial.

Desse modo, remanesce uma controvérsia acerca da natureza jurídica dessas decisões condenatórias emanadas pelas cortes de contas. Existem autores que acreditam que tais decisões condenatórias são expressão de uma autêntica função jurisdicional. Outros entendem que a jurisdição é reservada exclusivamente para o Poder Judiciário (que, portanto, poderia rever as decisões condenatórias emanadas dos tribunais de contas). Não se trata de uma reflexão inútil, pois isso gera implicações diretas sobre a possibilidade de o Poder Judiciário reanalisar as decisões condenatórias dos tribunais de contas.

Um dos principais argumentos da corrente que entende que os tribunais de contas não exercem função jurisdicional é a unicidade da jurisdição, expressa no art. 5º, XXXV, da Constituição da República. Esse dispositivo declara que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (BRASIL, 1988). Para essa corrente, esse dispositivo indica que nenhuma condenação dos tribunais de contas ou de qualquer outro órgão, seja ele integrante do Poder Legislativo ou do Poder Executivo, que lesione ou ameace lesionar direitos de outrem, pode ser afastada da possibilidade de apreciação pelo Poder Judiciário. Assim, não há espaço em nosso direito pátrio para traços de dualidade de jurisdição (como ocorre no direito francês, em que existe o contencioso administrativo para cuidar dos litígios nos quais esteja envolvida a Administração Pública). A isso se acrescenta o argumento de os tribunais de contas não integrarem a estrutura do Poder Judiciário. Nesses termos, seus julgados seriam resultado de uma atividade simplesmente técnico-contábil, e não aplicariam o direito de uma forma mais abrangente (NASCIMENTO, 2011, p. 29-30).

A segunda corrente doutrinária entende que os tribunais de contas exercem, sim, função jurisdicional, o que implica inibição de reapreciações ulteriores do mesmo fato. Os doutrinadores que a integram ressaltam que não existe sistema de unicidade de jurisdição pura em nenhum Estado. O que o inciso XXXV do art. 5º da Constituição da República procurou evitar foi a concepção de diplomas normativos infraconstitucionais que buscassem excluir a apreciação de algumas demandas pelo Poder Judiciário. O destinatário deste dispositivo é o legislador infraconstitucional. Esse dispositivo constitucional não impede que a própria Constituição atribua função jurisdicional a outros órgãos não integrantes do Poder Judiciário. Podem-se verificar os seguintes exemplos de exceções à unicidade da jurisdição nas disposições constitucionais: o julgamento das contas apresentadas pelo presidente da República pelo Congresso Nacional (art. 49, inciso IX); o julgamento do presidente e do vice-presidente da República, pelo Senado Federal, nos crimes de responsabilidade, assim como dos ministros de Estado e dos comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica nos

crimes da mesma natureza conexo com aqueles (art. 52, inciso I); o julgamento dos ministros do Supremo Tribunal Federal, dos membros do Conselho Nacional de Justiça e do Conselho Nacional do Ministério Público, do procurador-geral da República e do advogado-geral da União nos crimes de responsabilidade (art. 52, II); e o julgamento de contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta (art. 71, II). Esses exemplos demonstram o exercício da função jurisdicional por órgãos estranhos ao Poder Judiciário. Em tais casos foi o constituinte que, expressamente, atribuiu essa competência (NASCIMENTO, 2011, p. 29-30). Ao argumento da falta de capacidade de os tribunais de contas executarem suas próprias decisões, esta corrente lembra que os tribunais de um modo geral não são executores diretos de suas decisões, pois são feitas delegações para o primeiro grau de jurisdição. Por fim, argumenta-se que são atribuídas aos ministros e conselheiros dos tribunais de contas as garantias e prerrogativas próprias dos magistrados, em razão do § 3º do art. 73 da Constituição (NASCIMENTO, 2011, p. 29-34).

A prevalência de uma ou de outra corrente acima elencada, tem efeitos para a executividade da decisão dos tribunais de contas que imputa débito ou multa. Se entender que o tribunal de contas exerce jurisdição, as decisões condenatórias emanadas desse órgão têm a eficácia de um título executivo judicial, sendo aplicável a execução pelo rito próprio do cumprimento de sentenças. Caso se entenda o contrário, a condenação dos tribunais de contas que imputa débito ou multa não representa uma forma de exercício da jurisdição e terá eficácia de título executivo extrajudicial²¹.

A despeito da forte argumentação da segunda corrente, o que tem prevalecido na doutrina e na jurisprudência é que as decisões condenatórias dos tribunais de contas não representam exercício de jurisdição, mas mera atividade administrativa. Desse modo, pode ser feita a reanálise pelo Poder Judiciário. Outra consequência desse posicionamento é que as condenações emanadas das cortes de contas são recebidas pelo Poder Judiciário com força de título executivo extrajudicial.

Com relação aos títulos executivos extrajudiciais, sabe-se que se encontram elencados no art. 585 do Código de Processo Civil. Particularmente importante é o inciso VII, que reconhece a executividade de “todos os demais títulos a que, por disposição expressa, a lei atribuir força executiva” (COSTA, 2006, p. 139). No caso da condenação imposta pelos tribunais de contas, o diploma normativo que atribui força executiva é a própria Constituição.

Sendo então um título executivo extrajudicial, permite-se a imediata busca pela execução, e, além disso, “torna eventual e não necessário o processo de cognição e impõe inversão do ônus da prova ao devedor” (COSTA, 2006, p. 139).

No entanto, é de se destacar que as decisões dos tribunais de contas que imputam débito em decorrência de tarifas indevidamente cobradas a maior não são títulos executivos extrajudiciais comuns, pois determinam o ressarcimento da lesão a direitos individuais homogêneos dos usuários. Trata-se de uma imputação de débito de natureza especial, pois quem deve executar a decisão é um dos legitimados para a defesa coletiva de direitos, e não a procuradoria da administração direta ou indireta. Afinal quem sofreu o prejuízo foi o conjunto dos usuários (que tem os legitimados extraordinários legalmente competentes para defender seus interesses).

Em resumo: como se trata de um direito individual homogêneo, a decisão do Tribunal de Contas vai ser executada por um dos legitimados que a lei autoriza para promover o processo coletivo.

Mas é possível que se execute na esfera coletiva uma condenação com força de título executivo extrajudicial?

²¹ Essa definição é bastante importante para demarcação dos limites materiais da argumentação que poderá ser invocada pelo executado.

A doutrina destaca que sim. É possível a execução coletiva fundada em título executivo extrajudicial. Um exemplo bastante notório é a execução do compromisso de ajustamento de conduta, que tem natureza de título executivo extrajudicial. Outro exemplo que se pode citar são as decisões do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, disciplinadas pela Lei n. 12.529/2011, sobretudo dos arts. 93-101²². Como se trata de direito difuso, qualquer um dos legitimados à defesa coletiva de direitos poderia executar o título executivo extrajudicial²³ (TALAMINI²⁴ *apud* DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR, 2008, p. 395).

Esses dois exemplos deixam claro que não há óbices a que um título executivo extrajudicial seja executado de forma coletiva. Mas antes da execução propriamente dita, deve ser feita a liquidação dos títulos executivos extrajudiciais.

Como não existiu um processo judicial anterior, haverá necessidade de um processo autônomo de liquidação, a exemplo da sistemática que ocorre com o Termo de Ajustamento de Conduta ilíquido, assim como a sentença estrangeira homologada pelo Superior Tribunal de Justiça (FAVRE, 2009, p. 13). Mas existe uma série de particularidades do processo de liquidação que antecede a execução coletiva de direitos individuais homogêneos.

Sabe-se que o art. 95 da Lei n. 8.078/90 prevê que as sentenças procedentes de ações coletivas que cuidam de direitos individuais homogêneos devem ser genéricas (FAVRE, 2009, p. 14). Isso ocorre para que se possa ulteriormente, no processo de liquidação, definir quanto se deve ressarcir a cada um dos lesados.

A decisão do Tribunal de Contas que reconhecer uma arrecadação de tarifas a maior dos usuários, inevitavelmente, conterà esse mesmo traço de generalidade, pois não existem condições fáticas para que esse órgão defina especificadamente quanto é devido a cada usuário. Portanto, a decisão condenatória do Tribunal de Contas também deve ser objeto de um processo de liquidação, da mesma forma que acontece com as ações coletivas que envolvem direitos individuais homogêneos, pois ambas inevitavelmente possuem o mesmo traço de generalidade.

É dizer: o traço de generalidade faz com que esses títulos executivos devam ser liquidados²⁵. No processo de liquidação, vai ser apurada a titularidade do crédito e o respectivo valor. Para tanto, é feita uma apuração do dano individualmente suportado por parte de cada liquidante. É aferido o nexo de causalidade entre o dano amargado pelo liquidante e o fato reconhecido como danoso no título executivo. Também deve ser feito, nessa fase de liquidação, o dimensionamento do dano sofrido individualmente. A vítima ou seus sucessores vão **habilitar** seu crédito individual num procedimento que se assemelha ao da falência (DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR, 2008, p. 406-407).

Mas pode ocorrer que os direitos individuais homogêneos reflitam valores tão modestos que não compensará a propositura da liquidação individual objetivando a recuperação de seu crédito. A lei estabeleceu o prazo de um ano para que os lesados manifestem interesse na execução individual do julgado. Se os indivíduos não propuseram as suas liquidações individuais nesse período, a lei prevê a reparação fluida (também

²² A doutrina consultada menciona a Lei n. 8.884/94, sobretudo dos arts. 60-68. No entanto, posteriormente à edição daquela obra acima citada, foi editada a Lei n. 12.529/2011, que a substituiu. Nessa nova lei, os arts. 93-101 cuidam da parte da execução judicial das decisões do Cade.

²³ Reconhece-se a qualquer um dos legitimados a possibilidade de executar na esfera coletiva o título executivo extrajudicial. No entanto, nesse trabalho, optou-se por encaminhar a decisão ao Ministério Público, pois é dever institucional deste órgão zelar pelos direitos individuais homogêneos.

²⁴ TALAMINI, Eduardo. *Efetivação judicial das decisões e compromissos do Conselho Administrativo de Defesa Econômica* — Cade (Lei Federal n. 8.884/94). Procedimentos especiais cíveis — legislação extravagante. Fredie Didier Júnior e Cristiano Chaves de Farias (coord.). São Paulo: Saraiva, 2003, p. 1.191.

²⁵ Essa regra de a sentença ser genérica não é absoluta. Quando na ação coletiva o pedido consistir em obrigação de fazer (ou não fazer), pode já estar definido previamente a conduta que é devida pelo condenado. Ademais, quando houver necessidade de simples cálculo nos moldes do art. 475-B, do CPC, ter-se-á, verdadeiramente, uma decisão líquida, uma vez que fazer contas não é liquidar (FAVRE, 2009, p. 14).

conhecida no termo em língua inglesa, *fluid recovery*) como forma de garantir a reparação do direito individual homogêneo lesado (art. 100 da Lei n. 8.078/90). Esse art. 100 declara que se não houver no prazo de um ano a habilitação de interessados em número compatível²⁶ com a gravidade do dano, pode ser proposta pelo legitimado extraordinário a liquidação e execução do restante da indenização devida. O valor arrecadado vai ser revertido para o fundo a que se refere o art. 13 da Lei n. 7.347/85. A esse fundo se destinam as indenizações originadas da lesão a direitos coletivos o qual é gerido por um conselho federal ou por conselhos estaduais. Nesses conselhos participam necessariamente o Ministério Público, assim como representantes da comunidade. Os recursos desse fundo são destinados à reconstituição dos bens jurídicos lesados.

A doutrina informa que se trata de uma legitimação extraordinária residual, uma vez que o legitimado coletivo somente pode ajuizar a liquidação e execução se os indivíduos lesados não ingressarem em juízo em número compatível com a gravidade do dano no prazo de um ano (FAVRE, 2009, p. 18). O motivo de exigência dessa condição é impedir que aquele que lesionou o direito individual homogêneo permaneça em uma situação vantajosa quando se compara o proveito econômico obtido com a reparação que efetivamente teve que desembolsar (DIDIER JÚNIOR; ZANETI JÚNIOR, 2008, p. 410). O objetivo da reparação fluida é cobrar a vantagem residual do condenado, em casos nos quais a habilitação dos credores individuais não foi compatível com a gravidade do dano.

Com base nas premissas acima relacionadas, em uma execução das decisões dos tribunais de contas que reconheçam que houve um valor a maior arrecadado indevidamente nas tarifas de concessões e permissões públicas, tem prioridade a reparação individual dos usuários lesionados. Eles podem liquidar os seus créditos e executá-los. Subsidiariamente, se houver um número inexpressivo de liquidações individuais em relação à gravidade do dano, pode ser feita a reparação fluida (*fluid recovery*) com a destinação dos valores arrecadados, conforme o caso, para um conselho federal ou para um conselho estadual destinados à reconstituição dos bens jurídicos lesados.

8 CONCLUSÃO

Nos contratos de concessão, as operações de revisão e de reajuste operacionalizam a garantia do equilíbrio econômico-financeiro. Muitos cálculos complexos estão envolvidos nessas operações e alguns equívocos que majorem desmedidamente as tarifas podem ocorrer. Os tribunais de contas, quando verificarem valores de tarifa acima dos patamares devidos, devem tanto determinar a sua redução ao nível adequado a partir de então, quanto determinar a restituição da quantia arrecadada a maior dos usuários. Nas cortes de contas existem órgãos capazes de aferir tecnicamente se uma tarifa foi fixada adequadamente.

Como os tribunais de contas não têm legitimidade para executar suas próprias decisões, o art. 71, § 3º, da Constituição, reconhece que as suas imputações de débito têm força de título executivo. Considerando que a lesão aos usuários por cobrança de uma tarifa majorada além dos limites adequados implica uma ofensa a direitos individuais homogêneos desse grupo, a sua execução deve ser feita na esfera coletiva.

A exemplo do que ocorre com o compromisso de ajustamento de conduta e com as decisões do Conselho Administrativo de Defesa Econômica, admite-se no direito brasileiro a execução coletiva fundada em título executivo extrajudicial.

Para as imputações de débito emanadas pelos tribunais de contas não se admitiria um tratamento inferiorizado, pois foi a Constituição da República que lhe atribuiu executividade. Não se trata de um título

²⁶ A aferição da compatibilidade do número de liquidantes habilitados com a gravidade do dano deve se dar de acordo com o prudente arbítrio do julgador, em decisão interlocutória (FAVRE, 2009, p. 18).

executivo comum, criado por lei. É a própria Constituição, fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico nacional que assim determina.

Para tanto, algum dos legitimados para a defesa coletiva de direitos irá promover a referida execução. Inicialmente, deve ser apurada a titularidade do crédito e o dimensionamento do dano sofrido individualmente. Mas se dentro do prazo de um ano o número de lesados não for compatível com a gravidade do dano, o legitimado extraordinário pode propor a reparação fluida (também conhecida como *fluid recovery*) como forma de reparar o direito individual homogêneo ofendido. A reparação fluida, desse modo, é subsidiária.

Essa solução que o direito coletivo pátrio apresenta para a execução de direitos individuais homogêneos é bastante apropriada, pois privilegia em primeiro lugar a reparação individual daqueles que realmente amargaram o prejuízo.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Aline Paola Correa Braga Câmara de. *As tarifas e as demais formas de remuneração dos serviços públicos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. 297 p.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. 852 p.
- ARAGÃO, Alexandre Santos de. A evolução da proteção do equilíbrio econômico-financeiro nas concessões de serviços públicos e nas PPPs. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 263, p. 35-66, maio/ago. 2013. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/10644/9637>>. Acesso em: 29 jan. 2014.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 29. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 24 ago. 2013.
- CÂMARA, Jacintho Arruda. *Tarifa nas concessões*. São Paulo: Malheiros, 2009. 239 p.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988. 165 p.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ação civil pública: comentários por artigo (Lei n. 7.347, de 24/7/85)*. 8. ed. rev. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. 542 p.
- COSTA, Luiz Bernardo Dias. *Tribunal de Contas: evolução e principais atribuições no estado democrático de direito*. Belo Horizonte: Fórum, 2006. 165 p.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010. 875 p.
- DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2008. v. 4, 501 p.
- FAVRE, Amanda Marcos. *Liquidação de sentenças que tutelam direitos individuais homogêneos*. 2009. 27 f. Monografia (pós-graduação) — Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2009. Disponível em: <http://www.emerj.tjrj.jus.br/paginas/trabalhos_conclusao/1semestre2009/trabalhos_12009/amandafavre.pdf>. Acesso em: 3 set. 2013.
- GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003. 406 p.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003. 654 p.

MATTOS, Luiz Norton Baptista. A litispendência e a coisa julgada nas ações coletivas segundo o Código de defesa do consumidor e os anteprojetos do código brasileiro de processos coletivos. In: GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; Kazuo WATANABE (coords.). *Direito processual coletivo e o anteprojeto de código brasileiro de processos coletivos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 194-215.

MONTEIRO, Vera. *Concessão*. São Paulo: Malheiros, 2010. 215 p.

NASCIMENTO, Rodrigo Melo do. *Os tribunais de contas e a execução judicial de suas decisões*. 2011. 94 f. Monografia (graduação) — Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2011. Disponível em: <<http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2413444.PDF>>. Acesso em: 2 set. 2013.

PEREIRA, César A. Guimarães. *Usuários de serviços públicos: usuários, consumidores e os aspectos econômicos dos serviços públicos*. São Paulo: Saraiva, 2006. 487 p.

SCHWIND, Rafael Wallbach. *Remuneração do concessionário: concessões comuns e parcerias público-privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. 327 p.

ZYMLER, Benjamin. *Direito administrativo e controle*. Belo Horizonte: Fórum, 2005. 495 p.

ZYMLER, Benjamin; ALMEIDA, Guilherme Henrique de La Rocque. *O controle externo das concessões de serviços públicos e das parcerias público-privadas*. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2008. 412 p.

Abstract: Detailed contractual revisions and adjustments in public concessions may pose inaccuracy risks which may go unnoticed for some time. If the Audit Courts, in their regular activities, identify that some of those contracts charged users fees in excess of what was reasonable in light of the time, they must require the reduction of those fees and the reimbursement of the fees charged in excess. As we know, such reimbursement has force of an executive title due to express constitutional disposition. Considering that judgment relates to a homogeneous individual right, its execution shall take place through collective actions based on the fact that the most recent legal literature recognizes the collection action for extrajudicial executive title, in addition to the other existing legal options.

Keywords: Reimbursement. Homogeneous individual rights. Public tariff. Condemnation. Enforcement. Execution. Fluid recovery.