

## Empresa aérea é concessionária de serviço público?

Victor Carvalho Pinto\*

O Plenário do Supremo Tribunal Federal iniciou o julgamento do Recurso Extraordinário (RE) 571969, em que se discute indenização à Viação Aérea Rio-Grandense (Varig), pela União, por danos sofridos pela empresa em consequência da política de congelamento de tarifas vigente de outubro de 1985 a janeiro de 1992, instituída pelo Plano Cruzado.

A Varig alega que, tendo sido uma concessionária de serviço público, o congelamento violou seu direito ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato, pois a obrigou a operar com prejuízos. A União, por sua vez, sustenta que o princípio do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, previsto no art. 37, XXI, não é absoluto, devendo ser interpretado em harmonia com a “política tarifária” prevista no art. 175, parágrafo único, III, da Constituição.

A relatora, Ministra Carmen Lúcia, deu razão à Varig, por considerar que “toda a sociedade brasileira se viu submetida àquelas disposições decorrentes da adoção das medidas e normas referentes ao plano econômico, e não somente a autora, ora recorrida, mas na condição de concessionária de serviço público, não poderia ela adotar qualquer providência para se esquivar dos danos, não tem liberdade para atuar segundo a sua conveniência, não tem como evitá-los ou conduzir-se de outra que não a forma pré-determinada pelo próprio ente concedente, que, no caso, é exatamente o autor daquelas medidas que compõem a política questionada.” Após o voto da relatora, o julgamento foi suspenso pelo pedido de vista do Ministro Joaquim Barbosa.

Em julgamento anterior sobre a mesma matéria (RE 183180-4), de 1997, em que foram partes a Transbrasil e a União, o STF julgou favoravelmente à empresa: “Prejuízo julgado comprovado pelas instâncias ordinárias e decorrente de atos omissivos e comissivos do Poder concedente, causadores da ruptura do equilíbrio financeiro da concessão, não abstratamente atribuível a política econômica, normativamente editada para toda a população (“Plano Cruzado”)”.

Independentemente da divergência entre as partes do julgamento em curso, nenhuma delas contesta o “fato” de que a Varig foi uma concessionária de serviço público. A partir desse consenso, o que se discute é a extensão do princípio do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

A realidade, no entanto, é que, apesar das aparências, nem a Varig, nem as demais empresas aéreas foram ou são concessionárias de serviço público, embora esta seja a terminologia adotada. Os institutos jurídicos são identificados a partir do regime jurídico praticado e não da terminologia adotada pelas partes. Para saber se a Varig era

---

\* Consultor Legislativo do Senado Federal nas áreas de Desenvolvimento Urbano e Transportes. Doutor em Direito Econômico e Financeiro pela Universidade de São Paulo. Autor do livro “O Marco Regulatório da Aviação Civil: Elementos para a Reforma do Código Brasileiro de Aeronáutica” (Senado Federal, 2008).

uma prestadora de serviço público, é preciso, portanto, identificar a natureza jurídica de sua relação com o Estado.

A chamada “concessão de serviços aéreos” não apresenta nenhum dos elementos definidores de uma concessão de serviço público. Na época do Plano Cruzado (1986), a Varig operava com fundamento no Decreto nº 72.898, de 1973, que lhe concedera o direito de executar o serviço aéreo de transporte regular de passageiro, carga e mala postal. Nesse sistema, que vigora até hoje, não há contrato propriamente dito, pois não há relação de contraprestação entre as partes, mas a regulação de um serviço prestado por uma das partes ao público em geral. A outorga do serviço independe de licitação, o que seria inconstitucional caso se tratasse de uma concessão de serviço público, uma vez que o art. 175 exige licitação para todas as concessões e permissões de serviço público. As aeronaves, embora essenciais à prestação do serviço, não são bens reversíveis e em geral sequer pertencem às próprias empresas aéreas, que as utilizam em regime de *leasing*.

Mais importante, no que diz respeito ao tema do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, é que a chamada concessão de serviços aéreos não confere à empresa o direito ou a obrigação de voar entre quaisquer localidades. O direito de voar somente existe após a outorga de uma autorização específica para cada linha a ser explorada. Essa autorização, denominada Horário de Transporte (HOTRAN), estabelece horários, frequências, tipos de aeronaves e oferta de assentos para cada linha. As empresas aéreas não têm, nem nunca tiveram, portanto, qualquer obrigação de operar em condições deficitárias. Podem, a qualquer tempo, comunicar ao poder público que não mais operarão determinada linha e solicitar o cancelamento do respectivo HOTRAN.

Muita coisa mudou entre 1986 e 2013. A Lei nº 11.182, de 2005, instituiu o regime de liberdade tarifária. A Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) não pode, portanto, tabelar os preços das passagens aéreas, como fez o antigo Departamento de Aviação Civil (DAC) ao longo de quase toda sua existência. A mesma lei também assegura às empresas a exploração de quaisquer linhas aéreas, observada exclusivamente a capacidade operacional de cada aeroporto e as normas regulamentares de prestação de serviço adequado, o que desautoriza a política de contenção do “excesso de oferta” praticada pelo DAC, que vedava a entrada de uma empresa em mercados já atendidos por outra.

Ao contrário dos dias de hoje, em que prevalece a livre iniciativa na exploração dos serviços aéreos, em 1986 as empresas estabelecidas eram protegidas contra novas entrantes e os preços das passagens aéreas eram controlados. Isso não autoriza a conclusão, no entanto, de que no regime anterior se tenha praticado uma concessão de serviço público propriamente dita.

A situação das empresas aéreas aproximava-se do regime pelo qual o serviço de táxi é prestado na maior parte das cidades. O poder público tabela o preço cobrado do passageiro, mas não obriga ninguém a ser taxista. Caso o preço tabelado se mostre insuficiente, o taxista pode descontinuar a prestação do serviço, sem qualquer penalidade. Também pode contestar a legalidade do valor tabelado e buscar sua alteração junto ao Poder Judiciário. O que não se pode admitir é que, tendo continuado a operar, solicite depois uma indenização, a título de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro de um contrato que, em realidade, nunca existiu.