

**“CONTROLE JUDICIAL DO EQUILÍBRIO
ECONÔMICO-FINANCEIRO NOS CONTRATOS DE
CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS”.**

(Palestra proferida em Foz do Iguaçu para a Escola Nacional da Magistratura e Academia Internacional de Direito e Economia, 08/06/2001).

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS,

Professor Emérito das Universidades Mackenzie e Paulista e da Escola de Comando e Estado Maior do Exército, Presidente do Conselho de Estudos Jurídicos da Federação do Comércio do Estado de São Paulo e do Centro de Extensão Universitária - CEU.

Pretendo, nesta breve exposição sobre aspectos do controle judicial das concessões, analisar, fundamentalmente, dois aspectos, a saber: o regime jurídico das concessões e o controle do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos.

O primeiro ponto a ser refletido diz respeito, portanto, à dualidade de iniciativa econômica.

Discuti a questão, com a participação de inúmeros professores da área, no 1º Simpósio Nacional de Direito Econômico do Centro de Extensão Universitária, à luz da Constituição anterior.

As conclusões do referido conclave, ainda quando a lei suprema não se referia à existência de um ramo do direito, com o batismo de “econômico”, foram no sentido de que a ordem econômica comporta duas claras atuações de seus agentes, ou seja, na exploração de atividades de conteúdo mercantil, abrangendo inclusive os serviços, e na prestação de serviços públicos, com densidade econômica. Na primeira, prevalecem as normas de direito privado, com a presença indireta dos ramos de direito público relacionados e, na segunda, as regras do direito público são mais relevantes, principalmente de direito administrativo, embora também com influência indireta do direito privado.

A meu ver, a Constituição de 1988 veio consagrar essa linha de interpretação, conforme já procurei demonstrar em inúmeros artigos e trabalhos jurídicos.

Toda a ordem econômica está voltada a um liberalismo-social ou a um socialismo liberal, que, no dizer de Miguel Reale e Oscar Corrêa compõem a terceira via da economia moderna. Ambos mostram que a economia de mercado perfilada, pelo constituinte de 1988, está temperada por valores sociais, ao ponto de os dois fundamentos maiores do artigo 170 referirem-se, de um lado, à valorização do trabalho humano e, de outro, à livre iniciativa. Esta última, só é possível em face da livre concorrência (art. 170, inciso IV) e balizada por dois mecanismos de cerceamento de desvios, quais sejam, na ponta de produção e circulação de mercadorias e serviços, a do controle do abuso do poder econômico (art. 173, § 4º da C.F.), e, na ponta do consumo, à proteção ao direito do consumidor (5º, inciso 32 e 170, inciso V).

A opção pela economia de mercado, todavia, torna-se clara no artigo 174, cuja dicção é a seguinte:

“Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado”,

enunciando o planejamento apenas indicativo para o segmento privado, embora obrigatório para o setor público, apesar da disciplina legal de incentivos e fiscalização ser comum aos dois ramos.

O artigo 173, em seu “caput” não alterado pela E.C. n. 19/98, declara que:

“Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei”,

apenas permitindo, na exploração da atividade econômica, a presença do Estado para atender:

1) a interesse coletivo relevante

ou

2) imperativos da segurança nacional.

Nas duas hipóteses, os comandos normativos a serem seguidos são próprios do direito privado, mais amplos no texto original (170 §§ 1º e 2º), e mais restritos no texto da E.C. n. 19/98 (173 § 1º), visto que certas normas pertinentes ao direito administrativo passaram a ser exigidas expressamente, a partir de 1998, para as atividades enunciadas pelo artigo 173.

Os parágrafos dos dois textos supremos estão assim redigidos:

Constituição de 1988: “Art. 173 ...

§ 1º A empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias.

§ 2º As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado”;

E.C. n. 19/98: “Art. 173 ...

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou **de prestação de serviços**, dispondo sobre:

I. sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade;

II. a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;

III. licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública;

IV. a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários;

V. os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores” (grifos meus).

Ora, em nenhum momento o artigo 173 comporta a exploração de **serviços públicos**, mas apenas a exploração de atividades econômicas –daí a prevalência do direito privado--, lembrando-se que o § 1º, na redação da E.C. n. 19/98, refere-se à:

a) exploração de atividade econômica de

b) produção e comercialização

c) de bens

ou

d) prestação de **serviços** sem qualquer adjetivação.

Ocorre que, repetidas vezes, o Estado pode intervir em área de prestação de serviços ou comercialização de bens por

interesse coletivo relevante

ou

imperativos de segurança nacional,

sem que tais serviços ou circulação de bens possam ser considerados **serviços públicos**, como, por exemplo, já aconteceu

durante a segunda guerra mundial, em que houve período de racionamento de alimentos (leite, pão, etc.). Poderia, se quisesse, criar empresas para explorar tais atividades. Mais recentemente, na importação da borracha, instituiu a contestada TORMB (taxa de organização e regulamentação do mercado da borracha), objetivando regularizar segmento descompassado da economia. Durante o conflito de 1939/45, a distribuição de combustíveis passou a ser de segurança nacional, assim como a produção da borracha. E a “Petrobrás” surgiu, no fim da década de 40, como imperativo de segurança nacional, sem que se possa dizer que a extração, produção e comercialização de combustíveis sejam **serviços públicos**.

Desta forma, a dicção constitucional sinaliza no sentido de que **imperativos de segurança nacional e interesse público relevante** podem conformar exploração de atividades econômicas que impliquem **serviço**, no texto constitucional, sem que sejam necessariamente públicos.

O segundo regime jurídico para atuação do Estado na prestação de **serviços públicos** com densidade econômica, desenhado está no artigo 175 da C.F., sendo seu discurso o seguinte:

*“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**” (grifos meus).*

Aqui, ao contrário do § 1º do artigo 173, nitidamente o constituinte fala em **serviços públicos** e não apenas em **serviços**, sendo este regime claramente de direito administrativo, devendo, por

conseqüência, as empresas privadas que nele atuem seguir as estritas regras daquele ramo da árvore jurídica.

Não há como confundir os dois regimes. São distintos. No primeiro, o Estado atua como agente vicário na exploração própria da atuação particular, regida por normas que pertinem ao direito privado e, no segundo, o segmento privado pode atuar como agente acólito do Estado na prestação de serviços públicos, que não se confundem com os aspectos pertinentes ao artigo 173.

Não consigo vislumbrar outra interpretação, tendo procurado expor esta minha inteligência em inúmeros estudos.

Passo agora, a um exame perfunctório do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos.

À evidência, certas regras que pertinem ao direito econômico e que prevalecem sobre o direito público e privado, são regras intocáveis, pois, na regulação das relações dos demais ramos de direito, servem de parâmetro e alicerce para atuação econômica, em qualquer dos dois regimes.

Uma delas é a da revisão dos elementos contratuais, sempre que fatores externos terminem por afetar a relação contratual. O princípio da revisibilidade vem de priscas eras.

Já Hamurabi, no distante século XIX antes de Cristo, isto é, há quase 4.000 anos, admitia a revisão contratual por interferência de fatores externos, como se lê no cânone 48 de seu Código, assim redigido: "Se um senhor tem uma dívida e o deus Adad inundou seu

campo e destruiu sua colheita e os bens, e se por causa do flagelo, o campo não produzir grãos, nesse ano não entregará grãos a seu credor; cancelará seu contrato e não pagará os juros desse ano".

À evidência, a disposição hamurabiana exteriorizava uma revisão contratual, por motivo de caso fortuito ou força maior, princípio, de resto, albergado, no Código Civil Brasileiro, no artigo 1058: "O devedor não responde pelos prejuízos resultantes de caso fortuito, ou força maior, se, expressamente, não se houver por eles responsabilizado, exceto nos casos dos artigos 955, 956 e 957.

§ único. O caso fortuito, ou de força maior, verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir".

O caso fortuito e a força maior, todavia, seriam insuficientes para restabelecer desequilíbrios contratuais provocados por fatores externos, imprevisíveis e inevitáveis, visto que mais vinculados aos denominados "acts of God", razão pela qual, principalmente a partir da Idade Média, evoluiu-se para a teoria da cláusula "rebus sic stantibus", que ganhou seu contorno geral na denominada "teoria da imprevisão", hoje de aceitação pacífica na doutrina, na jurisprudência e na legislação de todo o mundo.

Por ela, fatores externos que impactem contratos que não os previram, não podem gerar prejuízos para uma parte e lucros para a outra, devendo ser reequilibrados para sua adimplência.

Ao contrário do caso fortuito e da força maior, em que sua ocorrência torna parcial ou absolutamente impossível a adimplência contratual, na "imprevisão" a obrigação poderia, inclusive, ser adimplida, mas implicaria desequilíbrio contratual que beneficiaria

injustificadamente uma parte à custa de um prejuízo também injustificável de outra.

Por esta razão, a doutrina considerou insuficiente que apenas a força maior ou caso fortuito fossem geradores da necessidade de reequilíbrio contratual, impondo reequilíbrio por outros fatores de imprevisibilidade, independentemente da condição de solvência do obrigado atingido pelo desequilíbrio.

Em outras palavras, mais do que a impossibilidade material do cumprimento da obrigação, a justiça pactual é que impõe o reequilíbrio, para evitar enriquecimento imerecido de uma parte contra o prejuízo injustificado de outra.

À evidência, tal linha de raciocínio nada tem a ver com a denominada teoria do "wind's fall gains", aplicável ao direito tributário americano, em que a lucratividade excessiva, decorrente de fatores externos à economia americana, pode gerar tributação extraordinária. Foi o que ocorreu com a elevação dos preços do petróleo no mercado mundial, durante o primeiro choque do petróleo, permitindo lucratividade maior para as empresas de petróleo estadunidenses e a conseqüente tributação adicional por parte dos Governos Federal e Estaduais onde sua exploração era possível.

A teoria, todavia, está vinculada ao princípio do reequilíbrio contratual amplo, que pode inclusive ser adotada mesmo nos casos de previsibilidade, se previamente, admitidas alterações. Vale dizer, mesmo que previsíveis as ocorrências não pactuadas, se algumas das cláusulas permitirem reserva contratual para a repactuação,

diante de sua ocorrência, nitidamente, a revisão se fará para reequilibrar as condições acordadas, na busca da justiça negocial.

É de se acrescentar, também, que a Constituição Federal, ao cuidar da dualidade da iniciativa econômica, houve por bem, no que diz respeito àquela regida pelas normas de direito público, impor o equilíbrio econômico-financeiro da relação entre o segmento privado e o público, em face de os contratos deverem ser regidos por ramo mais rígido e inflexível do Direito. Tanto o artigo 167 do direito pretérito supremo, quanto o 175 do direito atual, fizeram menção à política tarifária e à obrigação do serviço adequado ser mantido, o que só é possível, com o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Desta forma, a fim de evitar dúvidas, em uma economia de mercado e de escala alargada pela Constituição, houve por bem o constituinte impor, nas relações pactuais com o governo, desde que com densidade econômica visível, o equilíbrio econômico-financeiro.

Por esta razão, não só as leis de licitação como as de concessão, desde o D.L. 2300/86, impõem o reequilíbrio contratual, sempre que fatores externos ao contrato desequilibrem-no.

Em outras palavras, no direito privado, por força da doutrina e da jurisprudência, em face dos princípios da ordem econômica esculpidos na Carta Magna, e no direito público, por força da expressa menção no texto supremo e reiteração nas legislações ordinária e regulatória, os desequilíbrios contratuais gerados por fatores externos devem ser repostos para que o equilíbrio econômico-financeiro das pactuações públicas seja mantido.

Estão, os artigos 9º e 10º da Lei 8987, de 13 de fevereiro de 1995, e 65 incisos I e II, letras "b", "d" e § 6º da Lei 8666, de 21 de junho de 1993, assim redigidos:

"Art. 9º A tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta Lei, no edital e no contrato.

§ 1º A tarifa não será subordinada à legislação específica anterior.

§ 2º Os contratos poderão prever mecanismos de revisão das tarifas, a fim de manter-se o equilíbrio econômico-financeiro

§ 3º Ressalvados os impostos sobre a renda, a criação, alteração ou extinção de qualquer tributo ou encargos legais, após a apresentação, quando comprovado seu impacto, implicará a revisão da tarifa, para mais ou para menos, conforme o caso.

§ 4º Em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração";

Art. 10 Sempre que forem atendidas as condições do contrato, considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro";

"Art. 65 Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos: I. unilateralmente pela Administração: a) quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos; b) quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por

esta Lei; II. por acordo das partes: ... b) quando necessária a modificação do regime de execução da obra ou serviço, bem como do modo de fornecimento, em face de verificação técnica da inaplicabilidade dos termos contratuais originários; ... d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando área econômica extraordinária e extracontratual. ...

§ 6º Em havendo alteração unilateral do contrato que aumente os encargos do contratado, a Administração deverá restabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro inicial".

Tais aspectos merecem reflexão por parte do Poder Judiciário, não podendo o Poder Judiciário deixar de examiná-los, à luz do argumento de que são matérias que dizem respeito à conveniência e oportunidade de gestão administrativa, pertencendo ao Executivo e não ao Judiciário definir tais critérios, de rigor, de natureza econômica. Entendo que são, rigorosamente, legais tais questões, por exteriorizarem princípios jurídicos a serem aplicados a elementos econômico-financeiros.

Lembro lição de Caio Tácito (O equilíbrio financeiro na concessão de serviço público, publicado na RDA) retirada do direito americano em que diz:

“Finalmente, em 1944, com o Hope case, a Corte define o grau de sua interferência sobre os atos das Comissões, em matéria de tarifas, em função do resultado objetivamente consumado, tendo-se em visto o conceito legal de tarifas justas e razoáveis.

Em princípio, a competência administrativa é livre e não se subordina a standards judiciais.

Douglas, como relator do feito, proclama que não é a teoria, mas o impacto da norma tarifária que importa. Não sendo injusta, ou desarrazoada, cessa a jurisdição da Corte:

“Under the statutory standard of “just and reasonable”, it is the result reached not the method employed which is controlling ... It is not theory but the impact of the rate order which counts. If the total effect of the rate order cannot be said to be unjust and unreasonable, judicial inquiry under the Acts is at an end” (p. 26/27),

e continua:

“A regra do equilíbrio financeiro nos serviços de utilidade pública também inspira, nos Estados Unidos, a noção de que não deve subsistir a obrigação de explorar o serviço, quando se tornar cronicamente deficitário.

Não pode o tratado exigir a permanência de serviço que, de modo contínuo, seja operado com prejuízo (operation at a loss).

A jurisprudência da Suprema Corte, em mais de um caso, confirmou esse princípio, como, por exemplo, em Railroad Commission v. Eastern Texas Railroad (264 U.S. 79), ou, mais expressivamente, em Telephone Company v. Tax Commission (297 U.S. 403), no qual Brandeis anotou que a empresa não pode

ser obrigada a prosseguir no empreendimento com prejuízo, indefinidamente:

“A public utility cannot be compelled to carry on a business indefinitely at a loss. If because of such loss a corporation, seeing no prospect of betterment, wishes to discontinue its business and were prevented from doing so by law might be held to be void as imposing an unconstitutional condition upon the privilege of engaging in it” (p. 30/31).

E lembra que:

“Nove anos após o voto no caso Munn v. Illinois, o próprio Waite, completaria o seu pensamento, exprimindo a opinião da Corte renovada:

“This power to regulate is not a power to destroy, and limitation is not the equivalent of confiscation. Under pretense of regulating fares and freights, the state cannot require a railroad corporation to carry persons or property without reward; neither can it do that which in law amounts to a taking of private property for public use without just compensation or without due process of law” (p. 19).

A lição da jurisprudência americana parece-me ser a mais adequada para exame das questões que impliquem desequilíbrio econômico-financeiro dos contratos.

E nesta linha da jurisprudência americana é de se lembrar a ementa:

“SERVIÇO DE JURISPRUDÊNCIA - D.J. 1/8/97 – EMENTÁRIO N. 1876-04

17/6/97 – 1ª Turma

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 183180-4-DISTRITO FEDERAL

Relator: Min. Octávio Gallotti - Recorrente: União Federal – Adv.: Adv.-Geral da União – Recorrida: Transbrasil S.A Linhas Aéreas – Advs.: Luiz Carlos Bettiol e Outros

EMENTA: 1. Questão de ordem processual diretamente apresentada pela recorrente ao Supremo Tribunal e rejeitada pela Turma, em face da preclusão que sobre ela se operara.

2. Recurso extraordinário tempestivamente interposto.

3. Violação do art. 167, II, da Constituição de 1967 (Emenda n. 1/69) argüida pela recorrente no pressuposto da condição de simples permissionária da empresa de navegação aérea recorrida, ao passo que se qualifica esta como concessionária do serviço público, a teor do contrato celebrado pelo Governo Federal em conformidade ao disposto no Decreto n. 95.910-88, no art. 18 da Lei n. 7565-86 e no art. 8º, XV, c, da referida Carta de 1967.

4. **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”)**.

5. Recurso extraordinário de que, em conseqüência, não se conhece, por não se reputar contrariado o citado art. II, da Constituição de 1967 (Emenda n. 1/69), sem se a prequestionado tema pertinente ao disposto no art. 107 daquela magna Carta.

ACÓRDÃO: Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em primeira Turma,

na conformidade da Ata de julgamento e das Notas taquigráficas, por unanimidade de votos, não conhecer do recurso extraordinário. Brasília, 17/6/97 – Moreira Alves – Presidente – Octávio Gallotti – Relator”,

em que a Suprema Corte reconhece que a questão do reequilíbrio econômico-financeiro do contrato deve ser examinado pelo Poder Judiciário, sempre que não houver acordo entre poder concedente e concessionário.

E paro por aqui, à falta de tempo para discorrer sobre outros aspectos do controle jurídico das concessões, não sem antes lembrar a Súmula 473 do S.T.F.:

“A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada em todos os casos a apreciação judicial”,

que, de certa forma, hospeda a melhor inteligência do artigo 150, §§ 2º e 3º da C.F. de 1967 reiterada no artigo 5º, inciso XXXV, da atual, assim redigido:

“XXXV. a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

Foz do Iguaçu, 08/06/2001.

e.mail: ivesgandra@gandramartins.adv.br

IGSM/mos

A2001-50 PALESTRA FOZ