JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS

CONTRATO DE CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO — IMPOSSIBILIDADE DE O PODER PÚBLICO ALTERAR UNILATERALMENTE CLÁUSULA ECONÔMICA — NECESSIDADE DE COMPENSAÇÃO DE CONCESSIONÁRIO

AGRAVO REGIMENTAL NO
AI nº 2004.04.01.017706-6/PR

Relator: Des. Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz

Agravante: Estado do Paraná

Advogado: Eroulths Cortiano Junior e outro

Agravado: Departamento de Estradas de Rodagem do Estado do Paraná — DER/PR

Agravado: Rodovia das Cataratas S/A

Advogado: Romeu Felipe Bacellar Filho e outros Juarez Freitas

Interessado: União Federal Agencia Nacional de Transportes Terrestres — ANTT

Advogado: Luis Henrique Martins dos Anjos

EMENTA

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CONTRATO ADMINISTRATIVO. CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. RODOVIAS. ALTERAÇÃO UNILATERAL PELO PODER PÚBLICO. CLÁUSULAS ECONÔMICAS DO CONTRATO DE CONCESSÃO DO SERVIÇO PÚBLICO. PEDÁGIO. REMUNERAÇÃO. EQUAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA DO CONTRATO ADMINISTRATIVO. PRESERVAÇÃO. CONSEQUÊNCIA. PROTEÇÃO DO CONCESSIONÁRIO PELA CONSTITUIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE O PODER PÚBLICO, UNILATERALMENTE, ALTERAR AS CLÁUSULAS ECONÔMICAS DO CONTRATO DE CONCESSÃO DO SERVIÇO PÚBLICO SEM COMPENSAR O CONCESSIONÁRIO. DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA.

1. A doutrina é uniforme no admitir que o poder de alteração e rescisão unilateral do contrato administrativo é inerente à Administração Pública, podendo ser exercido ainda que nenhuma cláusula expressa o con-

signe, porém, a alteração somente pode atingir as denominadas cláusulas regulamentares, isto é, aquelas que dispõem sobre o objeto do contrato e o modo de sua execução.

No que concerne às cláusulas econômicas, ou seja, aquelas que estabelecem a remuneração e os direitos do contratado perante a Administração e dispõem acerca da equação econômico-financeira do contrato administrativo, estas são inalteráveis, unilateralmente, pelo Poder Público sem que se proceda à devida compensação econômica do contratado, visando restabelecer o equilíbrio financeiro inicialmente ajustado entre as partes.

Esse o magistério do saudoso jurista Hely Lopes Meirelles, in *Licitação e Contrato Administrativo*, 9ª edição, Revista dos Tribunais, 1990, pp. 181/2.

É o que se encontra previsto nos arts. 37, XXI, e 175, III, da CF/88, bem como no art. 9º, § 4º, da Lei nº 8.987/95.

A concessionária, a teor do disposto no art. 6º, § 1º, da Lei nº 8.987/95, tem o dever de satisfazer as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

Ora, o não atendimento desses encargos importa a aplicação de penalidades que podem originar, inclusive, a extinção da concessão.

Ademais, a revogação da liminar poderá comprometer a remuneração do serviço por meio da tarifa e, via de consequência, a garantia do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão.

A respeito, leciona Celso Antônio Bandeira de Mello, em sua obra *Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta*, 2ª edição — 3ª tiragem, RT, 1987, pp. 47/8, *verbis*:

“No Brasil, a álea ordinária, ou seja, o único risco que o concessionário deve suportar sozinho cinge-se aos casos em que o concessionário haja atuado canhestamente, procedendo com ineficiência ou imperícia. Isto porque o art. 167 da Carta Constitucional do país estatui que a lei disporá sobre o regime das concessionárias de serviços públicos federais, estaduais e municipais, assegurando, entre outros, ‘tarifas que permitam a justa remuneração do capital, o melhoramento e a expansão dos serviços e assegurem o equilíbrio econômico e financeiro do contrato e fiscalização permanente e revisão periódica das tarifas, ainda que estipuladas em contrato anterior’.

Ora, desde que o texto constitucional exige a adoção de tarifas que assegurem a justa remuneração do capital, impõe a garantia do equilíbrio econômico e financeiro e requer a revisão periódica das tarifas, está visto que sempre que ocorrer desequilíbrio na equação patrimonial — mesmo que derivado de oscilações de preços no mercado, insuficiência do número de usuários, ou de providências governamentais desempenhadas em nome de sua supremacia geral e sem relação com a posição jurídica de contratante que haja assumido — o Poder concedente deverá restabelecer o equilíbrio através da revisão de tarifas, de modo não só a restaurar-lhe os termos de igualdade mas ainda com fito de assegurar a justa retribuição do capital. Em outras palavras a Lei Magna impõe indiretamente a adoção, nas concessões, do regime de serviço pelo custo, dando a garantia de uma margem fixa de lucro.”

Tais princípios restaram definitivamente incorporados no Direito Administrativo, sobretudo após a publicação do famoso aresto do Conselho de Estado da França, no caso da Companhia de Gás de Bordeaux, proferido em 1916, onde destacou-se a notável contribuição de Chardenet, *verbis*:

“Mais tout service public doit être organisé dans des conditions qui permettent de compter sur son fonctionnement d’une manière régulière, sans interruption, même momentanée, sans à-coups, passez-nous l’expression, et qui, en même temps, seront de nature à donner pleine satisfaction à ceux ayant à faire appel au service public, qui a été créé pour eux, fonctionne régulièrement à leur égard. Voyez Syndicat des Propriétaires et Contribuables du quartier de la Croix-de-Seguey-Tivoli, à Bordeaux, 21 décembre 1906. Il faut également, et cela dans l’intérêt général, que le service public soit à l’abri d’incessantes ou de trop fréquentes modifications qui, le plus souvent, apporteraient des troubles dans le fonctionnement ou la marche du service. Par suite, le service public doit être organisé pour un certain nombre d’années, réserve faite, bien entendu, des perfectionnements qui pourraient y être apportés. Mais, au cours d’-

une période de temps un peu longue, bien des événements peuvent se produire, notamment la situation économique peut changer ou tout au moins se modifier. D'autre part, pour la bonne organisation et l'heureux fonctionnement d'un service public important, des dépenses élevées doivent être engagées, de gros capitaux doivent être immobilisés pour longtemps. Si nous prenons l'exemple du service d'éclairage, au début on aura à construire des usines, à établir des canalisations, etc. Plus tard, on aura à faire face à des frais d'entretien, de reconstruction, etc., à procéder à des renouvellements de matériel, souvent rendus nécessaires par quelque découverte scientifique ou par des perfectionnements des moyens de fabrication, dont les bénéficiaires du service public doivent profiter. Au cours de l'exécution du service, il faudra passer, presque toujours longtemps à l'avance, des marchés importants pour s'assurer les matières premières nécessaires à la fabrication du gaz. Les dépenses que l'on aura ainsi engagées seront amorties peu à peu et elles ne le seront que sur une période de temps assez longue. Pour éviter d'exposer la personne publique à tous les risques auxquels nous venons de faire allusion, — pour lui éviter d'engager ses ressources propres dans des opérations commerciales ou industrielles qu'impose le fonctionnement du service public, — pour lui éviter d'être obligée de recourir parfois à des emprunts plus ou moins onéreux, — on a songé à s'adresser à des tiers, particuliers ou sociétés, pour assurer le service public; on a songé à se décharger sur eux du soin d'assurer ce service. On est ainsi arrivé au contrat de concession." (In *Revue Du Droit Public Et De La Science Politique*, M. Giard & E. Brière Editeurs, Paris, 1916, t. 33, pp. 220/1)

É o magistério autorizado de Georges Péquignot, verbis:

"Le cocontractant a droit à la rémunération inscrite dans son contrat. C'est le principe de la fixité du prix du contrat. Il n'a consenti son concours que dans l'espoir d'un certain bénéfice. Il a accepté de prendre à sa charge des travaux et des aléas qui, s'il n'avait pas voulu contracter, auraient été supportés par l'Administration: il est normal qu'il en soit rémunéré.

Il serait, par ailleurs, contraire à la règle de bonne foi, contraire aussi à toute sécurité des affaires et, de ce fait, dangereux pour l'état social et économique, que l'Administration puisse modifier, spécialement réduire, cette rémunération."

E, mais adiante, conclui o mesmo autor, verbis:

"...l'Administration, lorsqu'elle modifie le contrat sur un point qui intéresse le service public, doit cependant maintenir son équation financière, c'est-à-dire, le bénéfice que le cocontractant espérait tirer de l'opération. A fortiori, toute autre modification étant mise à part, cette équation financière doit-elle être maintenue par l'impossibilité de réduire ou de supprimer directement la rémunération en vue de laquelle le cocontractant s'est engagé.

Ce principe est fondamental. Il doit être entendu très rigoureusement, car, application particulière de l'idée d'équation financière, il est la source de la sécurité juridique du cocontractant de l'Administration." (In *Théorie Générale du Contrat Administratif*, Éditions A. Pédone, Paris, 1945, pp. 434/5)

Confirma-se, a respeito, recentes decisões do Eg. STJ, verbis:

"Agravado Regimental na Suspensão De Liminar N. 74 — Pr (2004/0031293-3)

Relator: Ministro Edson Vidigal

Agravante: Empresa Concessionária de Rodovias do Norte S/A — Econorte

Advogados: Romeu Felipe Bacellar Filho e outros

Agravado: Estado do Paraná

Procuradores: Sérgio Botto de Lacerda e outros

Requerido: Tribunal Regional Federal da 4ª Região

EMENTA

Suspensão de liminar. Tutela antecipada deferida para assegurar o reajuste de tarifas de pedágio pela empresa concessionária.

1. Não há como se concluir por ofensa à ordem ou à economia públicas em decisão concessiva de tutela antecipada que apenas

assegurou o cumprimento de cláusula contratual livremente firmada entre as partes e não questionada administrativamente ou em juízo.

2. Perigo de dano inverso. O simples descumprimento de cláusulas contratuais por parte do governo local viola o princípio da segurança jurídica e inspira riscos nos contratos com a Administração.

3. Agravo regimental provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Corte Especial, do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do agravo regimental e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Barros Monteiro, Francisco Peçanha Martins, Humberto Gomes de Barros, Cesar Asfor Rocha, Ari Pargendler, José Arnaldo da Fonseca, Fernando Gonçalves, Carlos Alberto Menezes Direito, Felix Fischer, Hamilton Carvalhido, Eliana Calmon, Paulo Gallotti, Franciulli Netto e Luiz Fux votaram com o Sr. Ministro-Relator. Não participou do julgamento o Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Sálvio de Figueiredo Teixeira, José Delgado, Gilson Dipp e Francisco Falcão, sendo os três últimos substituídos, respectivamente, pelos Srs. Ministros Teori Albino Zavascki, Hélio Quaglia Barbosa e Castro Meira.

Brasília (DF), 1º de julho de 2004 (data do julgamento).

Ministro Nilson Naves, Presidente
Ministro Edson Vidigal, Relator”

(Publicado no DJ de 23.08.2004 — In RSTJ, 180/21)

Nessa mesma orientação, os julgados publicados na RSTJ, 181/31 e 182/49.

Preciso o magistério de Hely Lopes Meirelles, in Estudos e Pareceres de Direito Público, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1991, v. 11, pp. 120/1, verbis:

“O equilíbrio econômico-financeiro é a relação que as partes estabelecem inicialmente no contrato administrativo, entre os encargos do particular e a retribuição devida pela entidade ou órgão contratante, para a justa remuneração do seu objeto (cf. nosso Licitación e Contrato Administrativo, ob. cito, p. 184)

Essa correlação encargo-remuneração deve ser conservada durante toda a execução do contrato, mesmo que alteradas as cláusulas de serviço, modificados projetos e programas, liberados trabalhos em quantidades inferiores às previstas, ou superados os prazos contratuais por mora da Administração, a fim de que se mantenha o equilíbrio econômico-financeiro, o qual, como bem observa Waline, é ‘direito fundamental de quem contrata com a Administração’ (Marcel Waline. *Droit Administratif*, Paris, 1959, p. 574). Para De Soto, citado por Laubadère, ‘a manutenção desse equilíbrio constitui norma fundamental da teoria dos contratos administrativos. As obrigações das partes são tidas como calculadas de tal maneira que se equilibram do ponto de vista financeiro e o responsável pelo contrato deverá esforçar-se para manter, a qualquer custo, esse equilíbrio’ (André De Laubadère, *Contrats Administratifs*, Paris, 1956, II/35, nota 6).

5. O reconhecimento do direito ao equilíbrio financeiro — o primeiro direito original do co-contratante com o Poder Público, segundo Péquignot (*Théorie Générale du Contrat Administratif*, Paris, 1945, p. 430) — surgiu como contra partida ao poder-dever de alteração unilateral do contrato administrativo, mas vale também para os casos em que, impedido de invocar a exceção de contrato não cumprido, o particular contratado se vê obrigado a suportar o cumprimento irregular do ajuste ou a mora da Administração contratante.

Com efeito, o contrato administrativo, por parte da Administração, destina-se ao atendimento das necessidades públicas, mas, por parte do contratado, objetiva um lucro, através da remuneração consubstanciada nas cláusulas econômicas e financeiras. Esse lucro há que ser assegurado nos termos iniciais

do ajuste porque, se de um lado a Administração tem o poder de modificar as condições de execução do contrato e de exigir a prestação da outra parte, ainda que ela mesma não tenha cumprido a sua, de outro lado, o particular contratado tem o direito de ver mantida a correlação encargo-remuneração estabelecida originariamente, uma vez que o seu objetivo ao participar da relação negocial foi — e continua sendo — o ganho pecuniário. Objetivo altamente lícito e respeitável, diga-se de passagem, que a Administração contratante não pode, validamente, restringir, exigindo que, a partir de um dado momento, a execução do contrato prossiga em condições menos lucrativas e até mesmo prejudiciais ao contratado, sem qualquer culpa deste.

6. Para a cabal satisfação desse direito, é forçoso se operem os necessários ajustes econômicos sempre que, por ato ou fato da Administração, for rompido o equilíbrio econômico-financeiro, em detrimento do particular contratado, independentemente de previsão contratual, como nos ensina Laubadère, nestes precisos termos: 'Cette règle d'équilibre est quelque fois considérée comme résultant de la commune intention des parties; elle s'applique, en tous cas, même lorsqu'elle ne figure pas expressément dans le contrat' (André de Laubadère, *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, Paris, 1957, p. 431. No mesmo sentido: Caio Tácito, *Direito Administrativo*, São Paulo, 1975, p. 293).

7. Por outro lado, se o respeito ao equilíbrio econômico-financeiro inicial, na hipótese de alteração unilateral do ajuste, constitui dever da Administração contratante; com muito mais razão é direito daquele e dever desta, nos casos em que o órgão ou entidade contratante abusa de sua posição privilegiada para descumprir ou cumprir irregularmente suas prestações, ou ainda suspender os prazos contratuais, obrigando o particular a suportar encargos excessivos, os quais, por não terem sido cogitados quando da elaboração da proposta ou da celebração do contrato, representam insuportáveis prejuízos, mormente numa conjuntura em que o custo do dinheiro é altíssimo e a inflação avilta a moeda a cada dia."

Da mesma forma, a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, in *Revista Trimestral de Direito Público*, v. 38/143-4, verbis:

"6. A legislação brasileira, a começar da Constituição, proclama a intangibilidade do equilíbrio econômico-financeiro original do contrato. Deveras o art. 37, XXI, da Lei Magna dispõe que '(...) obras, serviços, compras e alienações serão contratados, mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento mantidas as condições efetivas da proposta (...)".

O versículo em apreço, como consta de sua dicção, estabeleceu uma correspondência entre as obrigações de pagamento e as condições efetivas da proposta. Dado que as partes se obrigaram em face daquelas condições efetivas, os pagamentos devidos ao contratado haverá de correlacionar-se às bases do negócio, uma vez que presidiram a oferta e se substanciaram em sua real composição. Assim, tais pagamentos, para atenderem à previsão constitucional, necessitam resguardar a correlação estratificada sobre as condições efetivas em vista das quais se assentaram as partes, o que equivale a dizer que terão que ser reequilibrados se houver supervenientes desconcertos.

É, dessarte, no próprio texto constitucional que se assenta o resguardo daquilo que, em direito administrativo, é denominado 'equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo', com os decorrentes reajustes e revisões.

7. A nível infraconstitucional, o equilíbrio econômico-financeiro também se encontra enfatizado pelo direito positivo. Desde logo, a Lei 8.666, de 21.6.1993, que veicula regras gerais sobre licitação e contratos, consagra sua incolumidade em numerosas passagens. Basta referir as disposições que se estampam no art. 5º, § 1º; no art. 7º, § 7º; no art. 40. XI e XIV, c; no art. 57, § 1º; no art. 58, §§ 1º e 2º; e 65, II, d, assim como em seu § 5º.

É certo, além disto, que a Lei de Concessões, Lei 8.987, de 13.2.1995, também encarece a proteção a equação econômico-financeira e exige-lhe a persistência ao longo da relação

instaurada. Com efeito, seu art. 9º estatui que a tarifa do serviço concedido 'será preservada pelas regras de revisão'.

O mesmo intuito de preservação do equilíbrio estipulado de início reaparece estapidamente nos §§ 2º, 3º e 4º do mesmo artigo, ao estabelecerem, respectivamente, que: 'Os contratos poderão estabelecer mecanismos de revisão das tarifas, a fim de manter-se o equilíbrio econômico e financeiro'; que: 'Ressalvados os impostos sobre a renda, a criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, após a apresentação da proposta, quando comprovado seu impacto, implicará a revisão da tarifa para mais ou para menos, conforme o caso' e que: 'Em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração'.

O art. 18 da mesma lei dispõe que: 'O edital de licitação será elaborado pelo poder concedente, observados, no que couber, os critérios e as normas gerais da legislação própria sobre licitações e contratos e conterà, especialmente: (...) VIII — os critérios de reajuste e revisão das tarifas'.

O art. 23, entre as cláusulas categorizadas como essenciais ao contrato de concessão, em seu inciso IV, inclui as relativas, 'ao preço do serviço e aos critérios e procedimentos para o reajuste e a revisão das tarifas'.

É inquestionável, pois, que a legislação de concessão de serviços públicos, tanto como a de contratos administrativos em geral e os princípios gerais destes se aplicam às licitações para concessão de serviços públicos, como o declara seu art. 18 — consagram insistentemente a garantia do equilíbrio econômico-financeiro, tanto pelo instituto da revisão, quanto dos reajustes.

Tudo isto está a revelar, inobjavelmente, a decidida orientação legislativa de assegurar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo."

No que concerne às limitações que sofre a Administração Pública para promover alterações unilaterais no contrato administrativo, notadamente o contrato de concessão do serviço público, averba André de Laubadère, em

seu já clássico *Traité des Contrats Administratifs*, 2ª edição, L.G.D.J., Paris, 1984, t. 2º, p. 406, n. 1177, verbis:

"D'une part, l'administration et son cocontractant ont conclu un certain contrat, ayant un certain objet: l'administration ne peut prétendre imposer une modification qui aboutirait à dénaturer le contrat, à lui donner en fait un objet nouveau, différent de celui qui a été envisagé dans la commune intention des parties; D'autre part, le cocontractant a conclu le contrat en considération de certaines conditions, notamment de ses possibilités techniques et financières. L'administration ne peut prétendre imposer des modifications qui aboutiraient par leur importance à un bouleversement du contrat et de son économie générale."

Nesse sentido, ainda, os seguintes autores: Jean de Soto, in *Droit Administratif — Théorie Generale du Service Public*, Éditions Montchrestien, Paris, 1981, p. 339; Marcel Waline, in *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, 6ª ed., Libr. du Recueil Sirey, Paris, 1952, 392/3, § 3º; Jean Rivero, in *Droit Administratif*, 8ª ed., Dalloz, Paris, 1977, pp. 454/5, nº 481; Jacqueline Morand-Deviller, in *Cours de Droit Administratif*, 3ª ed., Montchrestien, Paris, p. 362, 'C'; Georges Dupuis, Marie J. Guédon, Patrice Chrétien, in *Droit Administratif*, 7ª ed., Armand Colin, Paris, p. 403, 'B'; Laurent Richer, in *Droit des Contrats Administratifs*, L.G.D.J., Paris, 1995, p. 198; Gaston Jèze, in *Les Principes Généraux Du Droit Administratif — Théorie Générale Des Contrats De L'Administration*, Troisième Partie, L.G.D.J., Paris, 1936, 1.142.

Em palavras lapidares, a propósito do alcance da garantia do equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo, anotam Nicola Assini e Lucio Marotta, in *La Concessione di Opere Pubbliche*, CEDAM-PADOVA, 1981, pp. 73/4, verbis:

"È un principio pacifico che la gestione sia svolta dal concessionario a suo rischio e pericolo. Ma è altrettanto evidente che rischi e pericoli sono a carico del concessionario solo in condizioni di normale svolgimento del rapporto economico regolato fra le parti dalla

convenzione accessiva all'atto di concessione.

Fra le obbligazioni del concedente e quelle del concessionario si stabilisce all'inizio un certo rapporto ed è questo rapporto che deve essere mantenuto nel tempo, anche se ciò dovesse richiedere un mutamento delle obbligazioni assunte originariamente dalle parti.

Interessato particolarmente al mantenimento di questo rapporto è naturalmente il concessionario, che eviterà così di doversi accollare i rischi di gestione dipendenti da avvenimenti eccezionali ed imprevedibili. Ma anche il concedente ha interesse che il concessionario non venga mai a trovarsi in crisi in dipendenza di fatti che non gli siano addebitabili, poiché altrimenti verrebbe pregiudicato il perseguimento del fine pubblico che l'atto di concessione si riprometteva.

È nella logica della concessione che gli interessi delle parti non debbano risentire di quella contrapposizione o antiteticità che normalmente si verifica in qualsiasi altro rapporto obbligatorio scaturente da contratto. Concedente e concessionario sono in effetti legati da un rapporto del tutto peculiare, per cui essi vengono a trovarsi, secondo una plastica espressione, nella stessa barca."

Essa interpretazione risulta dal testo da Lei Maior, nos arts. 37, XXI, e 175, III, da CF/88, que garante ao concessionário do serviço público a justa remuneração pela prestação do serviço, o que se verifica por meio da tarifa.

Ora, permitir que o Poder Público, por ato unilateral, alterasse o valor da tarifa, reduzindo-o, seria infringir o intento constitucional, comprometendo o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, com repercussões negativas na prestação do serviço público e no próprio desdobramento do contrato, pondo em risco a continuidade e a regularidade da prestação do serviço.

Impõe-se, aqui, recordar as palavras de Sutherland, a propósito da interpretação das cláusulas constitucionais, *verbis*:

"No Court is authorized to so construe a clause of the constitution as to defeat its obvious ends, when another construction, equal-

ly accordant with the words and sense, will enforce and protect those ends. (...) a Court has no right to insert anything in the constitution which is not expressed and cannot fairly be implied, and when the text of a constitutional provision is not ambiguous, the courts are not at liberty to search for its meaning beyond the instrument itself." (William A. Sutherland, in *Notes on the Constitution of the United States*, Bancroft-Whitney Company, San Francisco, 1904, pp. 28/9)

Benignius leges interpretandae sunt, quo voluntas eorum conservetur. (Celsus, Dig. 1, 3, 18).

Ademais, como sabido, os atos e contratos praticados pelo Poder Público, sua validade, extensão e eficácia, somente poderão ser apreciados à luz das regras de direito público, notadamente o princípio da legalidade, hoje insculpido no art. 37 da CF/88.

A respeito, bem lembrou Hartmut Maurer, *verbis*:

"Le problème principal du contrat administratif, du point de vue juridique, est le principe de la soumission de l'administration à la loi et au droit (*Gesetzmässigkeit der Verwaltung*). Alors que le droit civil est marqué par le principe d'autonomie des relations entre personnes privées (*Privatautonomie*) et que, par suite, il est axé précisément sur le contrat, considéré comme moyen d'aménagement des rapports entre individus (*Gestaltungsmittel*), le droit administratif est dominé par le principe de légalité. Les règles juridiques s'imposant à l'administration régissent de plus en plus étroitement les rapports qu'elle a avec le citoyen, comme le montre l'extension du domaine réservé à la loi, la soumission croissante du pouvoir discrétionnaire à des règles de droit, la reconnaissance de droits subjectifs et le développement de la protection juridictionnelle."

(In *Droit Administratif Allemand*, traduit par M. Fromont, L.G.D.J., Paris, 1994, pp. 378/9, n. 25, 'c').

2. Agravo regimental a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por maioria, negar provimento ao agravo regimental, vencido o Desembargador Luiz Carlos de Castro Lugon, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 30 de junho de 2005.

Des. Federal Carlos Eduardo Thompson
Flores Lenz — Relator

RELATÓRIO

O despacho de fls. 69/81 assim sintetiza a controvérsia, *verbis*:

“Vistos, etc.

1. Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Estado do Paraná e pelo DER, onde, a fls. 05/15 alegam, *verbis*:

‘Rodovia das Cataratas S/A, concessionária para obras e serviços rodoviários de um dos lotes do ‘Anel de Integração’ do sistema rodoviário paranaense, alega que, tendo completado a duplicação da Rodovia BR-277 (km 676+89 ao km 705+900), não obteve o contratado reajuste das tarifas praticadas no trecho (Praça P-3.1). Por conta de não ter obtido da autarquia responsável (Departamento de Estradas de Rodagem do Estado do Paraná, doravante apenas DER-PR) a autorização para o aumento tarifário, ajuizou a demanda na qual pede a declaração da legitimidade da cobrança da tarifa postulada (tarifa de pista dupla) e pagamento de danos provocados.

A concessionária também pediu antecipação de tutela para que seja liberada do compromisso com investimentos contratualmente previstos, até o montante de R\$ 4.788.260,44 (quatro milhões, setecentos e oitenta e oito mil, duzentos e sessenta reais e quarenta e quatro centavos), o que foi deferido pelo Juízo a quo.

Inconformado com a decisão, o Estado do Paraná requereu perante o Presidente deste E. Tribunal Regional Federal da 4ª Região a

suspensão da execução da liminar (autos nº 2003.04.01.040639-7), que decidiu pela manutenção da tutela antecipada.

Não obstante o deferimento da liminar, a Agravada formulou novo pedido incidental de concessão de tutela antecipada para liberá-la de compromissos contratuais com investimentos e encargos na concessão até valor equivalente a R\$ 6.958.907,40 (aproximados sete milhões de reais) referentes ao ano de 2004.

Intimados para se manifestarem sobre este pedido de nova antecipação de tutela, o Estado do Paraná e o DER/PR requereram o indeferimento do pedido.

Na decisão de fls. 1142-1148, o Juízo deferiu a antecipação dos efeitos da tutela, autorizando o abatimento das obrigações de investimento da Agravada no valor acima indicado, nos seguintes termos:

‘Com esses fundamentos DEFIRO A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA, nos seguintes termos:

1. Até a decisão final deste processo e enquanto perdurar a redução das tarifas, as Agravadas ficam obrigadas a executar as obras e os serviços que forem indispensáveis para a manutenção e a conservação das rodovias sob sua responsabilidade, nas mesmas condições em que hoje se encontram, e a manter, no mínimo, os serviços de atendimento pré-hospitalar. Autorizo, contudo, o abatimento das obrigações de investimento da Agravada no estreito limite da perda da receita que a Agravada faria jus uma vez cumprido o contrato inicial, na ordem de R\$ 6.958.907,40 (seis milhões, novecentos e cinquenta e oito mil e novecentos e sete reais e quarenta centavos). Diante da documentação anexada aos autos, presumo, por ora, verossímil os valores apontados pela Agravada, os quais deverão ser fiscalizados documentalmente pelas rés.

(...)’ (grifo no original)

Em função da existência de omissão e contradição na referida decisão, os Agravantes apresentaram embargos de declaração com efeitos infringentes. No despacho de fls. 1157/1158 o juiz a quo manteve a decisão.

2. O objeto da ação proposta é o cabimento ou não da cobrança de tarifa de pista dupla, haja vista que a Agravada sustenta que concluiu as obras de duplicação previstas no triênio.

Contudo, a fundamentação da decisão que concedeu a antecipação de tutela pleiteada está equivocada, pois não diz respeito diretamente ao objeto da ação. Baseia-se no desequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão verificado em decorrência da alteração do Programa de Exploração das Rodovias, que excluiu algumas obras com o objetivo de compatibilizá-lo com a redução da tarifa.

O acordo celebrado entre o Estado do Paraná e as concessionárias objetivando a redução das tarifas mediante a redução do número de serviços a serem prestados não tem relação com o pedido da presente ação. Desta forma, não pode ser usado como fundamento para conceder a antecipação de tutela pretendida pela Agravada.

A alteração do Programa de Exploração das Rodovias é muito anterior à alegada conclusão da duplicação do trecho da rodovia e que ensejou a lide.

O rompimento do equilíbrio econômico-financeiro a que faz referência a Agravada decorre da negativa pelo DER/PR da cobrança da tarifa de pista dupla.

Todavia, ainda assim não é possível o deferimento da antecipação de tutela, porque somente existirá desequilíbrio econômico-financeiro se ficar comprovado que a Agravada concluiu a duplicação do trecho. O DER/PR não aceitou totalmente a obra, tendo cientificado a concessionária da não aceitação.

3. Além disso, deve ser indeferido o pedido porque ele envolve restrição ao direito de defesa dos Agravantes. A empresa Agravada fundamenta seu pedido em complexo cálculo, que envolve comprovação de valor de variação tarifária, valores de investimentos realizados e a realizar, valores de custeio da concessão, desequilíbrio econômico-financeiro do contrato e outros dados de relevância para a apreciação do pedido (para se verificar a complexidade do fundamento do pedido, bas-

ta notar que foram juntadas 265 páginas de documentos).

Por evidente, não há como os Agravados manifestarem-se sobre o pedido em tão exíguo prazo. De notar-se que a concessão da tutela antecipada deve levar em conta (a) os fundamentos do pedido; (b) a possibilidade de danos de difícil reparação; e, no caso, (c) as consequências da antecipação da tutela para a ordem pública e administrativa, por conta de eventuais danos que ela possa gerar (interpretação, a contrariu sensu, do art. 4 da Lei n 8.437/92).

Não há como se apreciar estes elementos, já que a equação apresentada pela Agravada — e que funda seu pedido — é das mais complexas.

Ou, dizendo com outras palavras, é inviável que seja autorizada a concessionária de serviços públicos a reduzir consideravelmente suas obrigações contratuais sem mais acurada investigação dos fundamentos de seu pleito.

4. A Agravada pede, nesta ação, seja declarada legítima a cobrança de tarifa de pista dupla na rodovia concessionada. Pediu, então, ciente da não concordância dos Agravados com a cobrança de pista dupla, tutela antecipada para eximi-la de obrigações no valor de R\$ 4.788.260,44.

Esta tutela foi deferida pelo Juízo a quo, de tal sorte que a Agravada já deixou de realizar obrigações naquele porte. Parece aceitável que a Agravada sabia que o DER/PR continuaria não concordando com a entrega da pista dupla, pelo menos até que a concessionária faça as correções indicadas pela autarquia (o DER/PR entende que não houve, ainda, a entrega da obra de duplicação conforme pactuado em contrato e exigido pela licitação), o que significa que a concessionária podia deduzir que a situação que se apresentava em agosto/2003 continuaria perdurando.

Assim, deve-se entender que, para a Agravada, a desobrigação dos investimentos nos termos da anterior decisão já é suficiente para afastar eventual perda pela não cobrança de tarifa de pista dupla.

5. Em função da decisão impugnada, a Agravada está deixando de investir aproximados R\$ 11.800.000,00 (onze milhões e oitocentos mil reais) na sua concessão.

Não se pode olvidar que a concessionária continua percebendo receitas e ingressos financeiros, já que o pedágio continua sendo cobrado, ainda que pela tarifa de pista simples

Por isso, o deferimento da tutela significa maior desequilíbrio contratual, agora em favor da concessionária.

6. Neste passo importa notar que o pedido formulado pela empresa Agravada está a desvirtuar a lide.

O contrato de concessão tem cláusula de legalidade duvidosa que permite o reajuste anual das tarifas a partir de levantamentos efetuados pelas próprias empresas concessionárias. Esta cláusula — que retira praticamente todas as prerrogativas do poder concedente — vem sendo discutida em vários litígios judiciais (Existe discussão sobre o reajuste referente a dezembro/2002 e — o que importa mais a esta lide — sobre o reajuste referente a dezembro/2003). Como o DER/PR recusou-se em homologar os valores de reajustamento apresentados pelas concessionárias rodoviárias, foram ajuizadas várias ações no sentido de fazer valer tal reajuste.

Nada obstante o Juízo da 9ª Vara Federal de Curitiba ter autorizado o aumento pedagial para outras concessionárias, a decisão foi suspensa por determinação do E. Superior Tribunal de Justiça (Todas as demais concessionárias rodoviárias do Estado ajuizaram as ações 2003.70.00.078395-2; 2003.70.00.081581-3, 2003.70.00.081582-5; 2003.70.00.081583-7 pleiteando o reajuste contratual. Houve antecipação de tutela que foi suspensa por decisão da Presidência do E. STJ (autos n SL 73, 74, 75 e 76). A ora Agravada ajuizou a Ação Ordinária n 2004.70.00.004389-4, ainda aguardando decisão sobre a antecipação de tutela. Todas estas ações correm perante a 9ª Vara Federal de Curitiba-PR).

A busca pelo reajuste (que se baseia em cláusula de legalidade duvidosa) fez com que

a Agravada utilize esta demanda para minorar o impacto da negativa do reajuste anual.

O pedido de tutela concedido pelo Juízo a quo parece mascarar financeiramente a eventual diminuição de ingressos na empresa causada pela decisão do Superior Tribunal de Justiça. Por evidente, o mérito desta ação (cobrança de tarifa de pista dupla) não guarda conexão jurídica com aquela (legalidade do reajuste anual), mas há envolvimento financeiro entre as duas situações.

A Agravada está (ou pode estar) embutindo em seus cálculos o valor que deixou de perceber pela negatória à aplicação do reajuste em dezembro/2003. E, se não o está, há que ficar claro que as alegadas perdas econômicas não decorrem da falta do reajuste tarifário.

Esta comprovação está a exigir cuidadoso exame, sendo imperioso, então, reformar a decisão que deferiu o pedido de antecipação de tutela.

7. Por outro lado, os investimentos de que a concessionária se quer ver isentada e que foi deferido pelo Juízo a quo abrangem intervenções físicas nas obras (que envolvem obras de restauração e de melhoria e ampliação da capacidade) e disponibilização de infra-estrutura para serviços de operação, conservação e manutenção (sistemas, equipamentos e veículos).

As obras de restauração abrangem: tratamento ambiental, restauração de pavimentos e acostamentos, recomposição de cercas, alargamento de pontes e viadutos, barreiras de segurança, sinalização horizontal e vertical, realização de terraplenos e estruturas de contenção, implantação de sistemas de drenagem (valetas, sarjetas, etc.), obras de iluminação e instalações elétricas.

As obras de melhoria abrangem: tratamento ambiental, pavimentação, terraplanagem, drenagens, obras de infra-estrutura, meso-estrutura e superestrutura, obras complementares (meio-fio, abrigo em parada de ônibus, etc.), sinalização.

As obras de infra-estrutura para serviços de operação, conservação e manutenção abrangem: edificações de apoio, disponibili-

zação de veículos, guarda e vigilância patrimonial e serviços de assistência ao usuário.

A suspensão dos investimentos acarreta uma verdadeira quebra na prestação do serviço rodoviário, com evidentes reflexos na saúde, segurança e economia públicas.

A suspensão dos investimentos em obras de restauração, melhorias e ampliação da capacidade, e de infra-estrutura comprometem totalmente a utilização das várias rodovias integrantes do lote concessionado à Agravada. Faz ainda com que pistas sem maior proteção à circulação de veículos e trânsito de pedestres coloquem em risco a saúde e a segurança da coletividade. O transporte de bens também fica sujeito a toda sorte de acidentes, com reflexos no tempo de entrega e no preço dos produtos.

Suspensas as obras de restauração e melhoria, há o natural desgaste e, mesmo, a perda das obras que já foram realizadas. Este desgaste provoca insegurança e grande risco para o usuário.

A segurança nas rodovias é matéria de cunho social e de interesse público. É fato notório que a falta de manutenção (e, no caso, restauro) das rodovias provoca um considerável aumento do número de acidentes de trânsito, com a conseqüente produção de danos por vezes irreparáveis, como a perda de vidas. O acidente de trânsito tem, pois, além dos reflexos de caráter privado, reflexos de ordem social e econômica de caráter público.

A concessão da tutela também coloca em risco a economia pública. Quando deixam de ser realizadas obras de restauração, o desgaste das rodovias aumenta, e o restauro posterior será cada vez mais oneroso. Pode-se dizer, mesmo, que há a possibilidade de se inviabilizar todo o sistema de concessões. Ademais, como a concessionária vai, depois, ter que proceder aos restauros, o encarecimento por conta da suspensão dos investimentos vai refletir direta (pelos custos) ou indiretamente (pela demora de obras mais difíceis) na esfera jurídica dos usuários.

No caso do Paraná, onde está se procedimentalizando a extinção das concessões, os prejuízos vão refletir no Erário, pois a Administração acabará por receber rodovias não

restauradas e obras de melhoria não realizadas, que terão um custo maior na época de sua futura realização.

Ademais, a suspensão dos investimentos penaliza toda a coletividade, e este dano é indenizável, já que se dilui por todas as pessoas que utilizam as rodovias.

Não se pode olvidar que a Agravada continuará percebendo normalmente as tarifas, e assim o indeferimento da tutela não lhe acarretará nenhum prejuízo imediato, já que não há diminuição de ingressos.

Por fim, este segundo pedido de antecipação de tutela também desvirtua a lide por outro caminho: as desobrigações pretendidas pela Agravada e deferidas pelo Juízo de primeiro grau tornam-se mais relevantes que a discussão sobre a correta entrega da pista dupla (que autorizaria a cobrança de tarifa diferenciada).

Veja-se que, na verdade, com o deferimento da tutela, a lide perde seu objeto.

Enquanto desobrigada a Agravada, ela não tem direito a cobrar a tarifa de pista dupla. Logo, esta lide está se transformando em ação para recompor o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, eventualmente rompido, e não mais para obter permissão para cobrança de tarifa diferenciada. Vê-se, pois, irregularidade processual consistente na modificação (no caso, modificação material) no pedido.'

2. O decisum impugnado, a fls. 51/7, é do seguinte teor, verbis:

'Vistos, etc.

Trata-se de pedido de tutela antecipada, para o fim de determinar a liberação do desequilíbrio contratual no ano de 2004, por parte da autora, do compromisso com os futuros investimentos estipulados até o valor equivalente à perda da receita — R\$ 6.958.907,40 (seis milhões, novecentos e cinquenta e oito mil, novecentos e sete reais e quarenta centavos) de um total de R\$ 10.235.193,85 (dez milhões, duzentos e trinta e cinco mil, cento e noventa e três reais e oitenta e cinco centavos), diante do rompimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão em tela, pois o Poder Público reconsiderou o disposto no Anexo

VII, item III, que determinava a cobrança de tarifa diferenciada quando a concessionária concluir a duplicação da rodovia, sendo que esse valor foi acordado para investimentos em obras nas rodovias.

Primeiramente, ressalte-se que no ano de 2003, em pedido semelhante fora concedido a antecipação da tutela para a liberação da autora de efetivar investimentos no setor, porquanto restou comprovado, em tese, o desequilíbrio contratual ocasionado pelo não cumprimento das cláusulas contratuais do contrato em questão.

Averigua-se ainda que o pedido de Suspensão de Execução de Liminar interposto pelo Estado do Paraná perante a Presidência do TFR 4ª Região, qual seja a suspensão da tutela que liberou a parte autora de investimentos na rodovia onde detém a concessão, restou indeferido pelo Presidente da Casa.

A autora, fundamenta sua pretensão, aduzindo que através de licitação devidamente realizada a autora logrou êxito como proposta vencedora, assinando contrato na data de 27/11/97, onde coube a autora o lote nº 03, assim a autora iniciou a execução das obras e serviços que lhes incumbia. Concluiu a autora os trabalhos para a liberação do tráfego aos 12.11.2002, conforme apontam os documentos anexados aos autos.

Sustenta que, recebeu estradas em situação calamitosa e devido a essa situação fora realizado investimentos altíssimos para colocar as estradas com o mínimo de condição de rodagem, no conjunto para tal medida desembolsou a quantia de R\$ 51.723.828,39 (cinquenta e um milhões, setecentos e vinte e três mil, duzentos e oitenta e dois reais e trinta e nove centavos), sendo que de maio de 1997 até o maio de 2003 foram gastos o total de 135.689.000,00 (cento e trinta e cinco milhões, seiscentos e oitenta e nove mil reais).

Aduz a autora, que desde o início o contrato estipulava um cronograma de obras a ser cumprido, e em alguns trechos impunha-se a obrigação de duplicação da rodovia, o que impenderia, tão logo a execução da obra e entregue a rodovia para operação, revisão da tarifa naquele trecho, conforme acertado na base contratual inicial. Contudo, tal preten-

são foi indeferida administrativa pela Autarquia Cedente.

Salienta a autora, que encaminhou ao DER, a solicitação necessária e justa autorização para cobrança de pista dupla na Praça P-3.1, devido à conclusão das obras de duplicação previstas no triênio, sem lograr êxito até a presente data, contudo, após a conclusão nos termos do recebimento provisório, com condição de tráfego sem qualquer perigo, que se deu em Dezembro de 2002 onde abrangeu os KM 676 + 89 ao Km 705 + 900. O DER, por sua vez, não obedeceu aos prazos de revisão tarifária, prazos estes constantes na cláusula XX, item V e VI, do Contrato de Concessão (n 73/97).

Por fim, afirma que devido a não autorização para a cobrança da tarifa na Praça P 3-1, faz com que a concessionária da rodovia em questão suporte elevado prejuízo em face da inércia do órgão responsável pela liberação da pista dupla P-1. Assim, vem em busca da prestação jurisdicional para que seja concedida na forma de tutela antecipada a compensação desse valor relativos ao investimento anual que deverá ser realizado pela autora, de forma a reequilibrar a equação econômico-financeira do contrato.

Diante do pedido da autora, foi determinada intimação das rés para se manifestarem sobre interesse na designação de audiência de conciliação. Os réus manifestaram-se às fls. 1127/1129 e 1131/1140, não apontando interesse na conciliação. Afirmam que a autora carece de direito ao pleito, por se tratar de cláusula de duvidosa legalidade.

É o Relatório. Decido.

A proposta de conciliação restou superada pela ausência de interesse de conciliação por parte do Estado do Paraná e do DER, assim a carta precatória de fls. 1130 perdeu objeto. Passo, pois, apreciar o mérito da tutela.

A questão não necessita de maiores digressões, pois a situação fática e jurídica mantém-se a mesma para o ano de 2004, então analisada judicialmente no ano de 2003. Vê-se que as obrigações de investimento da autora são aquelas inicialmente previstas no contrato, o qual apontava correção nas tarifas de pistas duplicadas, que restou indeferi-

da a posteriori pelo DER, que dá ensejo ao desequilíbrio da equação econômica financeiro na exata medida do que a autora deixará de arrecadar por tal diferença que teria direito.

O raciocínio dessa perda mitigada pela autora fora muito bem explicitado pelo MM. Juiz Titular da 4ª Vara Federal Dr. Marcos Roberto Araújo dos Santos, e, em momento posterior também estendeu seu raciocínio na mesma direção o Presidente do Egrégio Tribunal Federal da 4ª Região, Desembargador Federal Vladimir Passo de Freitas.

Desse modo, transcrevo a decisão proferida pelo eminente magistrado:

Finalmente, existe um fato que vicia a alteração unilateral dos contratos de concessão, que é o desequilíbrio econômico-financeiro dos mencionados contratos.

Como ensina CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, em Curso de Direito Administrativo, 9ª ed., São Paulo, Malheiros, 1997, p. 455, o aspecto contratual da concessão é a equação econômico-financeira concertada. Daí ser imutável unilateralmente. Dita equação é a expressão econômica de valor fruível pelo concessionário como resultado da exploração do serviço ao longo da concessão, segundo os termos constituídos à época do ato concessivo.

Não pode haver nenhuma dúvida de que a redução da tarifa, em proporção que gira em tomo de 50%, afeta sensivelmente o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão. É verdade que o DER apressou-se em alterar o Programa de Exploração, excluindo algumas obras, com o objetivo de compatibilizá-lo com a redução da tarifa. Todavia, é intuitivo, até mesmo a leigos nada versados em cálculos, que a exclusão de alguns investimentos, embora possa manter o equilíbrio econômico, não haverá de manter, necessariamente, o equilíbrio financeiro — igualmente indispensável — uma vez que aqueles investimentos excluídos devem estar em perfeita sincronia com o fluxo financeiro dos recursos. Em outras palavras, não basta resolver um problema futuro de caixa, quando a pressão é presente, em razão da antecipação de gastos a que todas as concessionárias

foram obrigadas. O equilíbrio econômico-financeiro não estará preservado se não se mantiver o retomo do investimento, originalmente previsto, sem se levar em conta, evidentemente, os riscos do empreendimento, assumidos pelas concessionárias.

A alteração no Programa de Exploração feita pelo DER, para compatibilizá-lo à redução da tarifa, não parece ter levado em consideração a necessidade de manter o equilíbrio financeiro. Tome-se, como exemplo, o que ocorreu em relação ao Lote n 4. Vê-se, à fl. 1097, que a tarifa inicialmente fixada foi reduzida em 50% para os 3 primeiros anos; em 20% para os 3 anos seguintes e em 10% para os 3 anos subsequentes, de modo que, após o nono ano, voltará ao patamar inicial. Para compensar essa redução tarifária, e, assim, manter o equilíbrio econômico-financeiro, foram cortadas algumas obras, alterando-se o Programa de Exploração. Em tese, a equação parece perfeita. No entanto, quando se verificam quais obras foram excluídas, percebe-se a existência de um descompasso cronológico que toma plausível a alegação das autoras, de que teria havido um desequilíbrio econômico-financeiro (se não econômico, pelo menos financeiro).

Veja-se, por exemplo, que, à fl. 1097, a concessionária do Lote n 4 foi liberada de desembolsar a verba destinada a indenizar, no curso da concessão, as desapropriações e as servidões ou limitações administrativas ao direito de propriedade. Verifica-se, porém, que essa verba só seria desembolsada, parte nos anos 11 e 12 da concessão, e outra parte nos anos 17 a 19, conforme fora previsto no Programa de Exploração, quadro 4.4, item 1.2.2, constante à fl. 624. Em outras palavras, a compensação pela redução tarifária imposta à concessionária, que já está em vigor, só se dará a partir do décimo primeiro ano da concessão, terminando no décimo nono ano!

Foram excluídas algumas obras de duplicação, todas as marginais, todas as interseções, todas as correções geométricas e todas as passarelas (fl. 1098). No entanto, quando se compara o Quadro 4.4 — Cronograma dos trabalhos ao longo da concessão (fls. 1100 a 1103), modificado em razão da redução tari-

fária, com aquele constante do Programa de Exploração inicialmente aprovado (fls. 624 a 627), verifica-se que a execução da quase totalidade das obras excluídas estava prevista para um tempo muitos anos após o período da redução da tarifa. As obras de duplicação estavam previstas para serem realizadas do ano 11 ao 14 (item 1.2.4.1, fl. 624). As marginais estavam previstas para os anos 17 a 20 (itens 1.2.5.1 e 1.2.5.2, fl. 624). As interseções, à exceção de uma que estava prevista para o ano 4, todas as demais estavam previstas para terem início no ano 17, estendendo-se até o ano 20 (itens 1.2.7.1.2 e 1.2.7.2, fl. 625). Da mesma forma, as correções geométricas estavam todas previstas para execução a partir do ano 17, até o ano 20 (itens 1.2.8.1 e 1.2.8.2, fls. 625 e 626). Só as passarelas é que estavam previstas para serem construídas nos anos 2 e 3.

Ora, mais uma vez, é intuitivo que os efeitos financeiros de uma redução tarifária regressiva, da ordem de 50%, com previsão de atingir o zero ao final do nono ano, dificilmente poderão ser compensados com a liberação de desembolsos que só terão início a partir do 110 e 170 anos da concessão, estendendo-se até o 200 ano. Não se afasta, evidentemente, a possibilidade de que a perícia a ser realizada durante a instrução do processo venha a demonstrar o contrário, isto é, que o equilíbrio econômico-financeiro não resultou afetado. No entanto, tal circunstância não impede a antecipação da tutela, cujo, decisão não se funda num juízo de certeza, mas de simples verossimilhança, deduzido, da inequivocidade das provas de imediato carreadas aos autos.

Os fatos acham-se inequivocamente provados nos autos e conduzem à convicção quanto à verossimilhança das alegações das autoras, seja no que diz respeito à incompetência para promover a alteração unilateral dos contratos de concessão, seja no que pertine à possibilidade da configuração de desvio de poder, seja, principalmente, no que toca ao mau trato dado ao equilíbrio econômico-financeiro, que não pode ser alterado unilateralmente.

Resta examinar, então, se a alteração unilateral dos contratos de concessão traz, para as autoras, dano irreparável, ou de difícil reparação.

A conclusão é afirmativa.

O vulto do empreendimento exigiu das autoras a execução de uma complexa engenharia financeira, com a finalidade de garantir o aporte de recursos necessários para a administração e exploração das obras públicas que se propunham realizar. A viabilidade do projeto repousa, assim, numa sofisticada rede de fornecedores, principalmente financeiros, de alta especialização e capacitação, como exigia o próprio edital de licitação, todos eles entrelaçados na confiança de que o Poder Público não poderá atuar de maneira caprichosa, voluntarística ou irresponsavelmente gravosa aos interesses da contraparte, seja no que concerne ao equilíbrio econômico-financeiro, seja no que respeita ao exercício dos poderes de controle ou de retirada da concessão (BANDEIRA DE MELLO, Curso de Direito Administrativo, 9a ed., São Paulo, Malheiros, 1997, p. 449). Quebrado esse laço de confiança, pela abrupta e precoce intervenção do Estado, reduzindo as tarifas, sem a concomitante compensação (pois que a compensação tardia é ineficaz), todo o projeto fica comprometido, não só pela falta imediata de recursos, como, principalmente, pela impossibilidade de vir a obtê-los, pois o crédito, ainda hoje, repousa na confiança mútua. A consequência poderá ser o perecimento das concessionárias que representará, por si, dano irreparável, a elas e, principalmente, ao interesse público, que se verá privado de obras e serviços indispensáveis.

Presentes, assim, os pressupostos que autorizam a antecipação da tutela, não se deve hesitar em concedê-la. Cumpre, apenas, decidir de que forma haverá de ser concedida.

As autoras pedem, em primeiro lugar, que seja restabelecida a situação anterior, o que importaria voltar ao valor do pedágio inicialmente cobrado. Isso não é possível, seja por uma razão jurídica, seja por uma razão social. A antecipação da tutela é de natureza provisória e não deve, por isso, criar uma situação irreversível, como a que decorreria

da cobrança do pedágio pelo valor inicialmente estabelecido, pois seria impossível devolver a diferença cobrada, caso haja, posteriormente, o reconhecimento da legalidade da redução unilateralmente decretada. Do ponto de vista social, é preciso considerar que a rejeição da população ao valor do pedágio inicialmente fixado foi, corretamente, ou não, reconhecida pelo Governo do Paraná, que impôs a redução unilateral da tarifa. Reverter, neste momento, tal situação, frustraria a expectativa popular, permitindo antever reações incontroláveis.

O segundo pedido, alternativamente feito, consiste na suspensão parcial dos deveres assumidos pelas autoras. É o que defiro, pois, além de não trazer prejuízo à população, permitirá às autoras manter o necessário equilíbrio econômico-financeiro.

A situação se repete no ano vigente, com a ressalva de que contratualmente as obrigações de investimento da autora concessionária são àquelas presentes no início do contrato, o qual determinava a ampliação da tarifa para as pistas duplas, a qual foi indeferida. Assim, resta evidente pelas mesmas razões supra o desequilíbrio da equação econômico financeira do contrato. Em outros termos, houve um decréscimo nos ônus do contratante, mantendo in totum os ônus desse. Logo, tenho que esses ônus, baseado na obrigação de investimentos da autora, deverão ser reduzidos no estreito limite da perda da receita que a autora faria jus, uma vez cumprido o contrato inicial.

Nada mais sensato, tal reajuste por medida de equidade e boa-fé contratual, pois se cuida de contrato público sinalagmático, onde se deve preservar a essência do pacto contratual para ambas as partes — qual seja, a reciprocidade de direitos e obrigações. Ora, se houve uma modificação unilateral para uma das partes, a mesma modificação deverá ser estendida para a outra parte.

Contudo, dentro da gama de obrigação de investimento que a autora está jungida, essa não poderá pôr em risco a essencialidade da prestação do serviço público, qual seja, a segurança e a qualidade das estradas, a qual não restará prejudicada se autora deixar de

repassar verbas destinadas a custeio da fiscalização, aparelhamento da Polícia Rodoviária Federal e na alteração da sistemática de contratação do seguro ('*performace bond*'), conforme consignado no pedido de fls. 846/857.

Justificável, pois, o pedido da autora, uma vez que não afronta suas obrigações essenciais.

Com esses fundamentos DEFIRO A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA, nos seguintes termos:

1. Até a decisão final deste processo e enquanto perdurar a redução das tarifas, as autoras ficam obrigadas a executar as obras e os serviços que forem indispensáveis para a manutenção e a conservação das rodovias sob sua responsabilidade, nas mesmas condições em que hoje se encontram, e a manter, no mínimo, os serviços de atendimento pré-hospitalar. Autorizo, contudo, o abatimento das obrigações de investimento da autora no estreito limite da perda da receita que a autora faria jus, uma vez cumprido o contrato inicial, na ordem de R\$ 6.958.907,40 (seis milhões, novecentos e cinquenta e oito mil e novecentos e sete reais e quarenta centavos). Diante da documentação anexada aos autos, presumo, por ora, verossímil os valores apontados pela autora, os quais deverão ser fiscalizados documentalmente pelas rés.

2. Todas os demais serviços e obras somente serão executados na medida em que o fluxo de caixa do empreendimento permitir, e segundo prioridades que deverão ser estabelecidos de comum acordo entre cada uma das autoras e o DER, e anuência da União, entre essas o abatimento de investimentos destinados ao custeio da fiscalização, aparelhamento da Polícia Rodoviária Federal e na alteração da sistemática de contratação do seguro ('*performace bond*'), conforme consignado no pedido de fls. 846/857.

3. A averiguação da perda da receita consignado no item 1 supra só será liquidada após demonstrativo matemático da autora, que comprove a suposta perda da receita, o qual será submetido ao crivo do contraditório. Pendente, portanto, o quantum, mas definido o direito da autora.

Intimem-se as partes.

Oficie-se ao Juízo Deprecado para comunicar a perda do objeto para o cumprimento da Carta Precatória nº 02/2004 (fls. 1130).'

É o relatório."

Interposto o agravo regimental, proferi a seguinte decisão, a fls. 185/6, *verbis*:

"Vistos, etc.

1. É este o parecer do douto MPF, a fls. 177/8, verbis:

'Trata-se de agravo regimental interposto por RODOVIA DAS CATARATAS S/A, inconformada com a decisão de fls. 69-85, conferindo efeito suspensivo ao agravo interposto pelo ESTADO DO PARANÁ e outro (fls. 02-15).

Com efeito, penso que merece ser provido o agravo regimental, indeferindo-se o efeito suspensivo postulado no agravo de instrumento.

Nesse sentido, cumpre registrar as razões invocadas pelo Magistrado a quo às fls. 51-57, que vivenciando os fatos relativos ao efeito concluiu, verbis:

'A situação se repete no ano vigente, com a ressalva de que contratualmente as obrigações de investimento da autora concessionária são aquelas presentes no início do contrato, o qual determinava a ampliação da tarifa para as pistas duplas, a qual foi indeferida. Assim, resta evidente pelas mesmas razões supra o desequilíbrio da equação econômico financeira do contrato. Em outros termos, houve um decréscimo no bônus do contratante, mantendo in totum os ônus desse. Logo, tenho que esses ônus, baseado na obrigação de investimentos da autora, deverão ser reduzidos no estreito limite da perda da receita que a autora faria jus, uma vez cumprido o contrato inicial.

Nada mais sensato, tal reajuste por medida de equidade e boa-fé contratual, pois se cuida de contrato público sinalagmático, onde se deve preservar a essência do pacto contratual para ambas as partes — qual seja, a reciprocidade de direitos e obrigações. Ora, se houve uma modificação unilateral para uma das partes, a mesma modificação deverá ser estendida para a outra parte.

Contudo, dentro da gama de obrigação de investimento que a autora está jungida, essa

não poderá pôr em risco a essencialidade da prestação do serviço público, qual seja, a segurança e a qualidade das estradas, a qual não restará prejudicada se a autora deixar de repassar verbas destinadas a custeio da fiscalização, aparelhamento da Polícia Rodoviária Federal e na alteração da sistemática de contratação do seguro ('performance bond'), conforme consignado no pedido de fls. 846/857.

Justificável, pois, o pedido da autora, uma vez que não afronta suas obrigações essenciais.' (fls. 55-56).

Não é preciso dizer que os investimentos em obras de reparação/construção de rodovias demandam quantias vultuosas, cujos recursos pertinentes são objeto de complexas operações financeiras que, logicamente, não podem ser implementadas diante de um quadro de incertezas jurídicas.

Não há, outrossim, qualquer comprovação nos presentes autos (especialmente nas razões do agravo de instrumento) de que a desobrigação de investimentos conferida pela r. decisão agravada de fls. 51-57, possa acarretar prejuízos imediatos e efetivos aos usuários (segurança, trafegabilidade das rodovias, etc.), não se justificando, por isso, a concessão de efeito suspensivo ao agravo.

Pelo exposto, o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL opina pelo conhecimento e provimento do agravo regimental, modificando-se a r. decisão recorrida de fls. 69-85 para indeferir-se o efeito suspensivo postulado (fl.15), com retorno dos autos para oferecimento de parecer conclusivo.'

Com efeito, consoante assinalado no parecer do Parquet, in casu, em juízo liminar, não se encontrou configurado o 'periculum in mora', que possa acarretar prejuízos imediatos e efetivos aos usuários, o que afasta a concessão do efeito suspensivo ao agravo.

2. Por esses motivos, reconsidero o despacho de fls. 69/85 e indefiro o efeito suspensivo.

3. Oficie-se ao juízo a quo comunicando-o desta decisão e solicitando-se as informações.

4. Decorrido o prazo da resposta, dê-se vista ao douto MPF, conforme solicitado à fl. 178.

Intimem-se. Dil. Legais."

Desta decisão, o Estado do Paraná interpôs Agravo Regimental, reproduzindo os argumentos do agravo de instrumento.

O MPF opinou pelo improvimento ao agravo regimental (fls. 205/7).

É o relatório.

Em mesa.

A doutrina é uniforme no admitir que o poder de alteração e rescisão unilateral do contrato administrativo é inerente à Administração Pública, podendo ser exercido ainda que nenhuma cláusula expressa o consigne, porém, a alteração somente pode atingir as denominadas cláusulas regulamentares, isto é, aquelas que dispõem sobre o objeto do contrato e o modo de sua execução.

Contudo, no que concerne às cláusulas econômicas, ou seja, aquelas que estabelecem a remuneração e os direitos do contratado perante a Administração e dispõem acerca da equação econômico-financeira do contrato administrativo, estas são inalteráveis, unilateralmente, pelo Poder Público sem que se proceda à devida compensação econômica do contratado, visando restabelecer o equilíbrio financeiro inicialmente ajustado entre as partes.

Esse o magistério do saudoso jurista Hely Lopes Meirelles, in Licitação e Contrato Administrativo, 9ª edição, Revista dos Tribunais, 1990, pp. 181/2.

É o que se encontra previsto nos arts. 37, XXI, e 175, III, da CF/88, bem como no art. 9º, § 4º, da Lei nº 8.987/95.

Por outro lado, a concessionária, a teor do disposto no art. 6º, § 1º, da Lei nº 8.987/95, tem o dever de satisfazer as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

Ora, o não atendimento desses encargos importa a aplicação de penalidades que podem originar, inclusive, a extinção da concessão.

Ademais, a revogação da liminar poderá comprometer a remuneração do serviço por meio da tarifa e, via de consequência, a garantia do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão.

A respeito, leciona Celso Antônio Bandeira de Mello, em sua obra *Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta*, 2ª edição — 3ª tiragem, RT, 1987, pp. 47/8, *verbis*:

'No Brasil, a álea ordinária, ou seja, o único risco que o concessionário deve suportar sozinho cinge-se aos casos em que o concessionário haja atuado canhestamente, procedendo com ineficiência ou imperícia. Isto porque o art. 167 da Carta Constitucional do país estatui que a lei disporá sobre o regime das concessionárias de serviços públicos federais, estaduais e municipais, assegurando, entre outros, 'tarifas que permitam a justa remuneração do capital, o melhoramento e a expansão dos serviços e assegurem o equilíbrio econômico e financeiro do contrato e fiscalização permanente e revisão periódica das tarifas, ainda que estipuladas em contrato anterior'.

Ora, desde que o texto constitucional exige a adoção de tarifas que assegurem a justa remuneração do capital, impõe a garantia do equilíbrio econômico e financeiro e requer a revisão periódica das tarifas, está visto que sempre que ocorrer desequilíbrio na equação patrimonial — mesmo que derivado de oscilações de preços no mercado, insuficiência do número de usuários, ou de providências governamentais desempenhadas em nome de sua supremacia geral e sem relação com a posição jurídica de contratante que haja assumido — o Poder concedente deverá restabelecer o equilíbrio através da revisão de tarifas, de modo não só a restaurar-lhe os termos de igualdade mas ainda com fito de assegurar a justa retribuição do capital. Em outras palavras a Lei Magna impõe indiretamente a adoção, nas concessões, do regime de serviço pelo custo, dando a garantia de u'a margem fixa de lucro.'

Tais princípios restaram definitivamente incorporados no Direito Administrativo, sobretudo após a publicação do famoso aresto do Conselho de Estado da França, no caso da Companhia de Gás de Bordeaux, proferido em 1916, onde destacou-se a notável contribuição de Chardenet, *verbis*:

'Mais tout service public doit être organisé dans des conditions qui permettent de comp-

ter sur son fonctionnement d'une manière régulière, sans interruption, même momentanée, sans à-coups, passez-nous l'expression, et qui, en même temps, seront de nature à donner pleine satisfaction à ceux ayant à faire appel au service public, qui a été créé pour eux, fonctionne régulièrement à leur égard. Voyez Syndicat des Propriétaires et Contribuables du quartier de la Croix-de-Seguey-Tivoli, à Bordeaux, 21 décembre 1906. Il faut également, et cela dans l'intérêt général, que le service public soit à l'abri d'incessantes ou de trop fréquentes modifications qui, le plus souvent, apporteraient des troubles dans le fonctionnement ou la marche du service. Par suite, le service public doit être organisé pour un certain nombre d'années, réserve faite, bien entendu, des perfectionnements qui pourraient y être apportés. Mais, au cours d'une période de temps un peu longue, bien des événements peuvent se produire, notamment la situation économique peut changer ou tout au moins se modifier. D'autre part, pour la bonne organisation et l'heureux fonctionnement d'un service public important, des dépenses élevées doivent être engagées, de gros capitaux doivent être immobilisés pour longtemps. Si nous prenons l'exemple du service d'éclairage, au début on aura à construire des usines, à établir des canalisations, etc. Plus tard, on aura à faire face à des frais d'entretien, de reconstruction, etc., à procéder à des renouvellements de matériel, souvent rendus nécessaires par quelque découverte scientifique ou par des perfectionnements des moyens de fabrication, dont les bénéficiaires du service public doivent profiter. Au cours de l'exécution du service, il faudra passer, presque toujours longtemps à l'avance, des marchés importants pour s'assurer les matières premières nécessaires à la fabrication du gaz. Les dépenses que l'on aura ainsi engagées seront amorties peu à peu et elles ne le seront que sur une période de temps assez longue. Pour éviter d'exposer la personne publique à tous les risques auxquels nous venons de faire allusion, — pour lui éviter d'engager ses ressources propres dans des opérations commerciales ou industrielles qu'impose le fonctionnement du ser-

vice public, — pour lui éviter d'être obligée de recourir parfois à des emprunts plus ou moins onéreux, — on a songé à s'adresser à des tiers, particuliers ou sociétés, pour assurer le service public; on a songé à se décharger sur eux du soin d'assurer ce service. On est ainsi arrivé au contrat de concession.' (In *Revue Du Droit Public Et De La Science Politique*, M. Giard & E. Brière Editeurs, Paris, 1916, t. 33, pp. 220/1)

É o magistério autorizado de Georges Péquignot, verbis:

"Le cocontractant a droit à la rémunération inscrite dans son contrat. C'est le principe de la fixité du prix du contrat. Il n'a consenti son concours que dans l'espoir d'un certain bénéfice. Il a accepté de prendre à sa charge des travaux et des aléas qui, s'il n'avait pas voulu contracter, auraient été supportés par l'Administration: il est normal qu'il en soit rémunéré.

Il serait, par ailleurs, contraire à la règle de bonne foi, contraire aussi à toute sécurité des affaires et, de ce fait, dangereux pour l'état social et économique, que l'Administration puisse modifier, spécialement réduire, cette rémunération."

E, mais adiante, conclui o mesmo autor, verbis:

"...l'Administration, lorsqu'elle modifie le contrat sur un point qui intéresse le service public, doit cependant maintenir son équation financière, c'est-à-dire, le bénéfice que le cocontractant espérait tirer de l'opération. A *fortiori*, toute autre modification étant mise à part, cette équation financière doit-elle être maintenue par l'impossibilité de réduire ou de supprimer directement la rémunération en vue de laquelle le cocontractant s'est engagé.

Ce principe est fondamental. Il doit être entendu très rigoureusement, car, application particulière de l'idée d'équation financière, il est la source de la sécurité juridique du cocontractant de l'Administration." (In *Théorie Générale du Contrat Administratif*, Éditions A. Pédone, Paris, 1945, pp. 434/5)

Confira-se, a respeito, recentes decisões do Eg. STJ, verbis:

"Agravamento Regimental Na Suspensão De Liminar N. 74 — Pr (2004/0031293-3)

Relator: Ministro Edson Vidigal

Agravante: Empresa Concessionária de Rodovias do Norte S/A — Econorte

Advogados: Romeu Felipe Bacellar Filho e outros

Agravado: Estado do Paraná

Procuradores: Sérgio Botto de Lacerda e outros

Requerido: Tribunal Regional Federal da 4ª Região

EMENTA

Suspensão de liminar. Tutela antecipada deferida para assegurar o reajuste de tarifas de pedágio pela empresa concessionária.

1. Não há como se concluir por ofensa à ordem ou à economia públicas em decisão concessiva de tutela antecipada que apenas assegurou o cumprimento de cláusula contratual livremente firmada entre as partes e não questionada administrativamente ou em juízo.

2. Perigo de dano inverso. O simples descumprimento de cláusulas contratuais por parte do governo local viola o princípio da segurança jurídica e inspira riscos nos contratos com a Administração.

3. Agravamento regimental provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Corte Especial, do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do agravamento regimental e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Barros Monteiro, Francisco Peçanha Martins, Humberto Gomes de Barros, Cesar Asfor Rocha, Ari Pargendler, José Arnaldo da Fonseca, Fernando Gonçalves, Carlos Alberto Menezes Direito, Felix Fischer, Hamilton Carvalhido, Eliana Calmon, Paulo Gallotti, Franciulli Netto e Luiz Fux votaram com

o Sr. Ministro-Relator. Não participou do julgamento o Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Sálvio de Figueiredo Teixeira, José Delgado, Gilson Dipp e Francisco Falcão, sendo os três últimos substituídos, respectivamente, pelos Srs. Ministros Teori Albino Zavascki, Hélio Quaglia Barbosa e Castro Meira.

Brasília (DF), 1º de julho de 2004 (data do julgamento).

Ministro Nilson Naves, Presidente

Ministro Edson Vidigal, Relator"

(Publicado no DJ de 23.08.2004 — In RSTJ, 180/21)

Nessa mesma orientação, os julgados publicados na RSTJ, 181/31 e 182/49.

Preciso o magistério de Hely Lopes Meirelles, in Estudos e Pareceres de Direito Público, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1991, v. 11, pp. 120/1, verbis:

"O equilíbrio econômico-financeiro é a relação que as partes estabelecem inicialmente no contrato administrativo, entre os encargos do particular e a retribuição devida pela entidade ou órgão contratante, para a justa remuneração do seu objeto (cf. nosso Licitacão e Contrato Administrativo, ob. cito, p. 184)

Essa correlação encargo-remuneração deve ser conservada durante toda a execução do contrato, mesmo que alteradas as cláusulas de serviço, modificados projetos e programas, liberados trabalhos em quantidades inferiores às previstas, ou superados os prazos contratuais por mora da Administração, a fim de que se mantenha o equilíbrio econômico-financeiro, o qual, como bem observa Waline, é 'direito fundamental de quem contrata com a Administração' (Marcel Waline. *Droit Administratif*, Paris, 1959, p. 574). Para De Soto, citado por Laubadère, 'a manutenção desse equilíbrio constitui norma fundamental da teoria dos contratos administrativos. As obrigações das partes são tidas como calculadas de tal maneira que se equilibram do ponto de vista financeiro e o responsável pelo contrato deverá esforçar-se para manter, a qualquer custo, esse equilíbrio' (André De Laubadère, *Contrats Administratifs*, Paris, 1956, II/35, nota 6) .

5. O reconhecimento do direito ao equilíbrio financeiro — o primeiro direito original do co-contratante com o Poder Público, segundo Péquignot (*Théorie Générale du Contrat Administratif*, Paris, 1945, p. 430) — surgiu como contra partida ao poder-dever de alteração unilateral do contrato administrativo, mas vale também para os casos em que, impedido de invocar a exceção de contrato não cumprido, o particular contratado se vê obrigado a suportar o cumprimento irregular do ajuste ou a mora da Administração contratante.

Com efeito, o contrato administrativo, por parte da Administração, destina-se ao atendimento das necessidades públicas, mas, por parte do contratado, objetiva um lucro, através da remuneração consubstanciada nas cláusulas econômicas e financeiras. Esse lucro há que ser assegurado nos termos iniciais do ajuste porque, se de um lado a Administração tem o poder de modificar as condições de execução do contrato e de exigir a prestação da outra parte, ainda que ela mesma não tenha cumprido a sua, de outro lado, o particular contratado tem o direito de ver mantida a correlação encargo-remuneração estabelecida originariamente, uma vez que o seu objetivo ao participar da relação negocial foi — e continua sendo — o ganho pecuniário. Objetivo altamente lícito e respeitável, diga-se de passagem, que a Administração contratante não pode, validamente, restringir, exigindo que, a partir de um dado momento, a execução do contrato prossiga em condições menos lucrativas e até mesmo prejudiciais ao contratado, sem qualquer culpa deste.

6. Para a cabal satisfação desse direito, é forçoso se operem os necessários ajustes econômicos sempre que, por ato ou fato da Administração, for rompido o equilíbrio econômico-financeiro, em detrimento do particular contratado, independentemente de previsão contratual, como nos ensina Laubadère, nestes precisos termos: '*Cette règle d'équilibre est quelque fois considérée comme résultant de la commune intention des parties; elle s'applique, en tous cas, même lorsqu'elle ne figure pas expressément dans le contrat*' (André de Laubadère, *Traité Élémentaire de*

Droit Administratif, Paris, 1957, p. 431. No mesmo sentido: Caio Tácito, *Direito Administrativo*, São Paulo, 1975, p. 293).

7. Por outro lado, se o respeito ao equilíbrio econômico-financeiro inicial, na hipótese de alteração unilateral do ajuste, constitui dever da Administração contratante; com muito mais razão é direito daquele e dever desta, nos casos em que o órgão ou entidade contratante abusa de sua posição privilegiada para descumprir ou cumprir irregularmente suas prestações, ou ainda suspender os prazos contratuais, obrigando o particular a suportar encargos excessivos, os quais, por não terem sido cogitados quando da elaboração da proposta ou da celebração do contrato, representam insuportáveis prejuízos, mormente numa conjuntura em que o custo do dinheiro é altíssimo e a inflação avilta a moeda a cada dia."

Da mesma forma, a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, in *Revista Trimestral de Direito Público*, v. 38/143-4, verbis:

"6. A legislação brasileira, a começar da Constituição, proclama a intangibilidade do equilíbrio econômico-financeiro original do contrato. Deveras o art. 37, XXI, da Lei Magna dispõe que '(...) obras, serviços., compras e alienações serão contratados, mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento mantidas as condições efetivas da proposta (...)".

O versículo em apreço, como consta de sua dicção, estabeleceu uma correspondência entre as obrigações de pagamento e as condições efetivas da proposta. Dado que as partes se obrigaram em face daquelas condições efetivas, os pagamentos devidos ao contratado haverão de correlacionar-se às bases do negócio, uma vez que presidiram a oferta e se substanciaram em sua real compostura. Assim, tais pagamentos, para atenderem à previsão constitucional, necessitam resguardar a correlação estratificada sobre as condições efetivas em vista das quais se assentaram as partes, o que equivale a dizer que terão que ser reequilibrados se houver supervenientes desconcertos.

É, dessarte, no próprio texto constitucional que se assenta o resguardo daquilo que, em direito administrativo, é denominado 'equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo', com os decorrentes reajustes e revisões.

7. A nível infraconstitucional, o equilíbrio econômico-financeiro também se encontra enfatizado pelo direito positivo. Desde logo, a Lei 8.666, de 21.6.1993, que veicula regras gerais sobre licitação e contratos, consagra sua incolumidade em numerosas passagens. Basta referir as disposições que se estampam no art. 5º, § 1º; no art. 7º, § 7º; no art. 40. XI e XIV, c; no art. 57, § 1º; no art. 58, §§ 1º e 2º; e 65, II, d, assim como em seu § 5º.

É certo, além disto, que a Lei de Concessões, Lei 8.987, de 13.2.1995, também encarece a proteção a equação econômico-financeira e exige-lhe a persistência ao longo da relação instaurada. Com efeito, seu art. 9º estatui que a tarifa do serviço concedido 'será preservada pelas regras de revisão'.

O mesmo intuito de preservação do equilíbrio estipulado de início reaparece estampedamente nos §§ 2º, 3º e 4º do mesmo artigo, ao estabelecerem, respectivamente, que: 'Os contratos poderão estabelecer mecanismos de revisão das tarifas, a fim de manter-se o equilíbrio econômico e financeiro'; que: 'Ressalvados os impostos sobre a renda, a criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, após a apresentação da proposta, quando comprovado seu impacto, implicará a revisão da tarifa para mais ou para menos, conforme o caso' e que: 'Em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração'.

O art. 18 da mesma lei dispõe que: 'O edital de licitação será elaborado pelo poder concedente, observados, no que couber, os critérios e as normas gerais da legislação própria sobre licitações e contratos e conterà, especialmente: (...) VIII — os critérios de reajuste e revisão das tarifas'.

O art. 23, entre as cláusulas categorizadas como essenciais ao contrato de concessão, em seu inciso IV, inclui as relativas, 'ao preço

do serviço e aos critérios e procedimentos para o reajuste e a revisão das tarifas'.

É inquestionável, pois, que a legislação de concessão de serviços públicos, tanto como a de contratos administrativos em geral- e os princípios gerais destes se aplicam às licitações para concessão de serviços públicos, como o declara seu art. 18 — consagram insistentemente a garantia do equilíbrio econômico-financeiro, tanto pelo instituto da revisão, quanto dos reajustes.

Tudo isto está a revelar, inobjetavelmente, a decidida orientação legislativa de assegurar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo."

No que concerne às limitações que sofre a Administração Pública para promover alterações unilaterais no contrato administrativo, notadamente o contrato de concessão do serviço público, averba André de Laubadère, em seu já clássico Traité des Contrats Administratifs, 2ª edição, L.G.D.J., Paris, 1984, t. 2º, p. 406, n. 1177, *verbis*:

'D'une part, l'administration et son cocontractant ont conclu un certain contrat, ayant un certain objet: l'administration ne peut prétendre imposer une modification qui aboutirait à dénaturer le contrat, à lui donner en fait un objet nouveau, différent de celui qui a été envisagé dans la commune intention des parties; D'autre part, le cocontractant a conclu le contrat en considération de certaines conditions, notamment de ses possibilités techniques et financières. L'administration ne peut prétendre imposer des modifications qui aboutiraient par leur importance à un bouleversement du contrat et de son économie générale'.

Nesse sentido, ainda, os seguintes autores: Jean de Soto, in Droit Administratif — Théorie Generale du Service Public, Éditions Montchrestien, Paris, 1981, p. 339; Marcel Waline, in Traité Élémentaire de Droit Administratif, 6ª ed., Libr. du Recueil Sirey, Paris, 1952, 392/3, § 3º; Jean Rivero, in Droit Administratif, 8ª ed., Dalloz, Paris, 1977, pp. 454/5, nº 481; Jacqueline Morand-Deviller, in Cours de Droit Administratif, 3ª ed., Montchrestien, Paris, p. 362, 'C'; Georges Dupuis, Marie J. Guédon, Patrice Chrétien, in Droit

Administratif, 7ª ed., Armand Colin, Paris, p. 403, 'B'; Laurent Richer, in Droit des Contrats Administratifs, L.G.D.J., Paris, 1995, p. 198; Gaston Jèze, in Les Principes Généraux Du Droit Administratif — Théorie Générale Des Contrats De L'Administration, Troisième Partie, L.G.D.J., Paris, 1936, 1.142.

Em palavras lapidares, a propósito do alcance da garantia do equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo, anotam Nicola Assini e Lucio Marotta, in La Concessione di Opere Pubbliche, CEDAM-PADOVA, 1981, pp. 73/4, *verbis*:

'È un principio pacifico che la gestione sia svolta dal concessionario a suo rischio e pericolo. Ma è altrettanto evidente che rischi e pericoli sono a carico del concessionario solo in condizioni di normale svolgimento del rapporto economico regolato fra le parti dalla convenzione accessiva all'atto di concessione.

Fra le obbligazioni de concedente e quelle des concessionario si stabilisce all'inizio un certo rapporto ed è questo rapporto che deve essere mantenuto nel tempo, anche se ciò dovesse richiedere un mutamento delle obbligazioni assunte originariamente dalle parti.

Interessato particolarmente al mantenimento di questo rapporto è naturalmente il concessionario, che eviterà così di doversi accollare i rischi di gestione dipendenti da avvenimenti eccezionali ed imprevedibili. Ma anche il concedente ha interesse che il concessionario non venga mai a trovarsi in crisi in dipendenza di fatti che non gli siano addebitabili, poiché altrimenti verrebbe pregiudicato il perseguimento del fine pubblico che l'atto di concessione si riprometteva.

È nella logica della concessione che gli interessi delle parti non debbano risentire di quella contrapposizione o antiteticità che normalmente si verifica in qualsiasi altro rapporto obbligatorio scaturente da contratto. Concedente e concessionario sono in effetti legati da un rapporto del tutto peculiare, per cui essi vengono a trovarsi, secondo una plastica espressione, nella stessa barca.'

Essa interpretação resulta do texto da Lei Maior, nos arts. 37, XXI, e 175, III, da CF/88, que garante ao concessionário do serviço pú-

blico a justa remuneração pela prestação do serviço, o que se verifica por meio da tarifa.

Ora, permitir que o Poder Público, por ato unilateral, alterasse o valor da tarifa, reduzindo-o, seria infringir o intento constitucional, comprometendo o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, com repercussões negativas na prestação do serviço público e no próprio desdobramento do contrato, pondo em risco a continuidade e a regularidade da prestação do serviço.

Impõe-se, aqui, recordar as palavras de Sutherland, a propósito da interpretação das cláusulas constitucionais, *verbis*:

'No Court is authorized to so construe a clause of the constitution as to defeat its obvious ends, when another construction, equally accordant with the words and sense, will enforce and protect those ends. (...) a Court has no right to insert anything in the constitution which is not expressed and cannot fairly be implied, and when the text of a constitutional provision is not ambiguous, the courts are not at liberty to search for its meaning beyond the instrument itself.' (William A. Sutherland, in Notes on the Constitution of the United States, Bancroft-Whitney Company, San Francisco, 1904, pp. 28/9)

Benignius leges interpretandae sunt, quo voluntas eorum conservetur.

(Celso, Dig. 1, 3, 18).

Ademais, como sabido, os atos e contratos praticados pelo Poder Público, sua validade, extensão e eficácia, somente poderão ser apreciados à luz das regras de direito público, notadamente o princípio da legalidade, hoje insculpido no art. 37 da CF/88.

A respeito, bem lembrou Hartmut Maurer, *verbis*:

'Le problème principal du contrat administratif, du point de vue juridique, est le principe de la soumission de l'administration à la loi et au droit (Gesetzmässigkeit der Verwaltung). Alors que le droit civil est marqué par le principe d'autonomie des relations entre personnes privées (Privatautonomie) et que, par suite, il est axé précisément sur le contrat, considéré comme moyen d'aménagement des rapports entre individus (Gestaltungsmittel), le droit administratif est dominé par le prin-

cipe de légalité. Les règles juridiques s'imposant à l'administration régissent de plus en plus étroitement les rapports qu'elle a avec le citoyen, comme le montre l'extension du domaine réservé à la loi, la soumission croissante du pouvoir discrétionnaire à des règles de droit, la reconnaissance de droits subjectifs et le développement de la protection juridictionnelle.'

(In Droit Administratif Allemand, traduit par M. Fromont, L.G.D.J., Paris, 1994, pp. 378/9, n. 25, 'c').

Por esses motivos, conheço do agravo regimental, negando-lhe provimento.

É o meu voto.

Des. Federal Carlos Eduardo Thompson
Flores Lenz — Relator