

JUSTIÇA & CIDADANIA

edição
200

ISSN 1807-779X
#771802974000 00200>
Edição 200 - Abril de 2017
R\$ 16,90

ENTREVISTA:

DESEMBARGADOR ANDRÉ FONTES, PRESIDENTE DO TRF 2ª REGIÃO

**CONCILIAÇÃO, DIÁLOGO E OTIMISMO
NA NOVA GESTÃO DO TRF2**

A segurança jurídica e o limite de alteração unilateral dos contratos administrativos

Rodrigo Tavares Maciel | Diretor Jurídico da RioPar

Fernanda Nobre Muniz Maciel | Advogada da RioPar

Toda a Nação que preza pela democracia e pela livre iniciativa econômica tem por princípio fundamental o respeito à segurança jurídica, que deve ser preservada pelos Três Poderes.

A segurança jurídica é um princípio que determina que o Estado deve garantir às pessoas físicas e jurídicas que não exercerá sua extraordinária prerrogativa político-jurídica impositiva de forma a sequestrar seus direitos fundamentais, como liberdade e propriedade privada, devendo sempre dosar seus atos.

Um país como o Brasil, que historicamente possui dependência de investimentos privados, em praticamente todos os setores da atividade econômica, a insegurança jurídica afasta a iniciativa privada impactando no crescimento econômico e na geração de bem-estar social. Um Estado que não é garantidor de direitos e que não mantém a estabilidade de seu ordenamento, não possui credibilidade para atrair investimentos duradouros.

Nesse sentido, Diogo de Figueiredo Moreira Neto:

Como se observa, a segurança jurídica é um megaprincípio do Direito, o cimento das civilizações, que, entre outras importantes derivações relevantes para o Direito Administrativo, informa particularmente

o princípio da confiança legítima, o princípio da boa-fé objetiva, o princípio da coerência administrativa, o instituto da presunção de validade dos atos do Poder Público e a teoria da evidência...¹

Continua Humberto Theodoro Júnior:

Trata-se da segurança jurídica, que nosso legislador constituinte originário colocou com uma das metas a ser atingida pelo Estado Democrático de Direito, ao lado de outros valores igualmente relevantes, como a liberdade, o bem-estar, a igualdade e a justiça, todos eles guindados à categoria de “valores supremos da uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social”²

Na esfera contratual, especialmente nos contratos administrativos em que os setores público e privado estabelecem, de comum acordo e de boa-fé, regras contratuais, a segurança jurídica tem papel primordial.

O contrato, em sua essência, é um acordo de vontades entre partes interessadas em determinado negócio, no qual se comprometem a honrar as obrigações ajustadas. O mesmo ocorre no contrato administrativo, porém com peculiaridades que existem exclusivamente nesta categoria como a prerrogativa da Administração



Rodrigo Tavares Maciel e Fernanda Nobre Muniz Maciel

Pública de alterar unilateralmente o contrato, adequando-o ao interesse público.

Desta maneira, verifica-se que o princípio da supremacia do interesse público deve ser observado nas relações contratuais, todavia, a sua aplicação deve ser limitada, uma vez que os direitos individuais também devem ser considerados.

Neste passo, para que o Estado atue a favor do interesse público, se torna indispensável que o mesmo demonstre, inequivocamente, a existência de fatos justificadores.

Sobre o tema, assevera José dos Santos Carvalho Filho:

O poder da Administração de alterar unilateralmente o contrato não pode servir de fonte de abusos por parte do concedente (...). Tal solução, como é fácil perceber, espelha o necessário respeito que o Estado deve dispensar aos contratos que ele mesmo celebra, ao mesmo tempo em que assegura ao concessionário um mínimo de estabilidade na relação concessional.³

Ilustrando este posicionamento, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro declarou inconstitucional lei municipal que, sem fixar a devida fonte de custeio e ausente cláusula no

contrato de concessão, criou casos de gratuidade no serviço público de transporte coletivo municipal, demonstrando clara vulneração do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.⁴

Na mesma linha, o Supremo Tribunal Federal decidiu:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI N. 7.304/02 DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO. EXCLUSÃO DAS MOTOCICLETAS DA RELAÇÃO DE VEÍCULOS SUJEITOS AO PAGAMENTO DE PEDÁGIO. CONCESSÃO DE DESCONTO, AOS ESTUDANTES, DE CINQUENTA POR CENTO SOBRE O VALOR DO PEDÁGIO. LEI DE INICIATIVA PARLAMENTAR. EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DOS CONTRATOS CELEBRADOS PELA ADMINISTRAÇÃO. VIOLAÇÃO. PRINCÍPIO DA HARMONIA ENTRE OS PODERES. AFRONTA.

1. A lei estadual afeta o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão de obra pública, celebrado pela Administração capixaba, ao conceder descontos e isenções sem qualquer forma de compensação. (...)⁵

Note-se assim que, havendo a imposição pelo Poder Concedente às concessionárias de nova

obrigação contratual sem a devida contraprestação, tal fato representa alteração unilateral de cláusula econômica – o que é vedado pelo art. 58, §1º, da Lei nº 8666/93 – vez que, se aplicada, inviabiliza o auferimento da justa remuneração pelos encargos suportados pelas concessionárias e previamente estabelecidos nos contratos de concessão.

Neste contexto, é a lição de Hely Lopes Meirelles:

A alterabilidade unilateral do contrato não é arbitrária nem extensiva a todas as suas cláusulas. Encontra limites no interesse público e só permite a modificação das chamadas cláusulas de serviço, ou seja, daquelas que regem a execução do contrato nos seus aspectos técnicos e administrativos, sem atingir as denominadas cláusulas econômicas que prefixam a remuneração do particular contratante e asseguram o equilíbrio financeiro durante toda a execução do contrato (...). 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 financeira.⁶

E de José dos Santos Carvalho Filho:

Por isso, o Estatuto consigna que as cláusulas econômico-financeiras e monetárias, sem as alterações primárias, não podem ser alteradas sem a prévia concordância do contratado (art. 58, § 1º). Processada a alteração, contudo, caberá a revisão dessas cláusulas para que se preserve o equilíbrio do contrato (art. 58, § 2º). Se a alteração imposta aumentar os encargos do particular contratado, tem este direito a receber as diferenças respectivas (art. 65, § 6º); o mesmo ocorrendo se forem criados tributos ou encargos legais após a celebração do ajuste, que tenham repercussão no preço. São formas de propiciar o restabelecimento do equilíbrio contratual, rompido por força da alteração.⁷

O Superior Tribunal de Justiça também já abordou o tema:

TRANSPORTE RODOVIÁRIO INTERMUNICIPAL DE PASSAGEIROS. FIXAÇÃO DE TARIFAS. COMPETÊNCIA DO DETRO/RJ. AVOCAÇÃO PELO GOVERNADOR. INADMISSIBILIDADE. CLÁUSULAS FINANCEIRAS DO CONTRATO ADMINISTRATIVO. ALTERAÇÃO UNILATERAL. IMPOSSIBILIDADE

A modificação unilateral do contrato administrativo só atinge as chamadas cláusulas regulamentares ou de serviço, sem comprometer o equilíbrio econômico-financeiro. As disposições relativas à remuneração, de acordo com a melhor doutrina,

“ No momento da aplicação e interpretação da supremacia do interesse público, o administrador deve observar aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, sendo necessária, no caso concreto, a ponderação do interesse público e individual, ou seja, não se trata de um interesse prevalecer sobre o outro de modo absoluto, mas sim de um juízo de ponderação.”

escapam ao poder de modificação unilateral da Administração, tanto assim que, se não forem por ela respeitadas, pode o prejudicado recorrer ao Judiciário em defesa da intangibilidade da equação econômico-financeira da avença. Destarte, ainda que o Sr. Governador tivesse competência para fixar tarifa de transporte rodoviário, não poderia reduzi-la sem o devido processo legal.⁸

Diante dessas considerações, se é lícito à Administração alterar unilateralmente as cláusulas regulamentares sem depender da concordância da outra parte, não têm, no entanto, nenhum direito, ainda que fundamentado no interesse público, de reduzir a tarifa de determinado serviço público ou mesmo deixar de aplicar o reajuste pactuado, porque simplesmente convém barateá-lo para a população ou por receio de impacto social.

Assim, no momento da aplicação e interpretação da supremacia do interesse público, o administrador deve observar aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, sendo necessária, no caso concreto, a ponderação do interesse público e individual, ou seja, não se trata de um interesse prevalecer sobre o outro de modo absoluto, mas sim de um juízo de ponderação. Não se pode aceitar que o interesse público prevaleça sempre sobre o interesse privado, colocando em risco os direitos e garantias individuais.

Vale elucidar ainda que a tarifa de remuneração da prestação de serviço deve ser constituída pelo preço público cobrado do usuário de forma a cobrir os reais custos do serviço prestado por operador público ou privado, além da remuneração do prestador. Este é o

sentido da Lei da Mobilidade Urbana – Lei Federal 12.587/12 –, em seu art. 9º, §1º:

Art. 9º (...)

§ 1º A tarifa de remuneração da prestação do serviço de transporte público coletivo deverá ser constituída pelo preço público cobrado do usuário pelos serviços somado à receita oriunda de outras fontes de custeio, de forma a cobrir os reais custos do serviço prestado ao usuário por operador público ou privado, além da remuneração do prestador.

Repita-se, ainda que se entenda possível alterar unilateralmente o contrato administrativo, esta decisão deverá estar vinculada à constatação, de forma objetiva, da ocorrência de fatos supervenientes imprevisíveis ou de fatos que eram desconhecidos no momento da contratação.

Neste ponto, vale mencionar que a simples decretação de estado de calamidade financeira pelos estados, como recentemente ocorrido no Rio de Janeiro e Rio Grande do Sul, não suspende o pagamento, pelo Poder Concedente, dos valores acordados em contrato, tampouco afasta a incidência de encargos sobre as dívidas existentes. A lei não trouxe exceção e, como se sabe, o contrato faz lei entre as partes.

Sobre a intangibilidade da remuneração do concessionário, citamos Diógenes Gasparini:

Essa relação encargo-remuneração é inatingível por ato do Poder Público, e como tal deve ser mantida durante toda a vigência do contrato. Desse modo, qualquer alteração unilateral que onere (obrigação de construir abrigo para passageiros em pontos de parada de ônibus) ou desagrave (redução do percurso de uma linha de ônibus) a execução da prestação a cargo do particular, feita pela Administração Pública, deve ser levada em conta para o restabelecimento desse equilíbrio. Tal alteração impõe ao Poder Público contratante a imediata obrigação de promover o reajustamento correspondente de forma que, de pronto, ocorra o reequilíbrio da avença. No caso de contrato de concessão de serviço público, essas operações (onerar e reajustar) devem ser concomitantes.⁹

Portanto, não é possível levar ao extremo a supremacia do interesse público, revendo contratos cujo equilíbrio econômico-financeiro se mostre inadequado ao Poder Público apenas com base em critérios por conveniência e oportunidade.

O §5º do art. 9º da Lei da Mobilidade Urbana, Lei Federal 12.587/12, em complemento, determina que caso o Poder Público opte pela adoção de subsídio tarifário, o déficit originado deve ser coberto pelo poder público delegante:

§ 5º Caso o poder público opte pela adoção de sub-

sidio tarifário, o déficit originado deverá ser coberto por receitas extratarifárias, receitas alternativas, subsídios orçamentários, subsídios cruzados intrasetoriais e intersetoriais provenientes de outras categorias de beneficiários dos serviços de transporte, dentre outras fontes, instituídos pelo poder público delegante.

Tal entendimento também é previsto pela Lei de Concessões – Lei Federal nº 8.987/95 – em seu art. 9º, §4º:

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.

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

Assim, se por um lado o Poder Público possui o direito de alterar unilateralmente o contrato, por outro lado o particular tem o direito de ver mantido o equilíbrio econômico-financeiro, considerando-se o objeto contratual e a contraprestação pecuniária garantida pela Administração. Vale lembrar que o reequilíbrio econômico-financeiro pode ser concedido a qualquer tempo, independentemente de previsão contratual.

Partindo dessa premissa, conclui-se pela necessária preservação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, cabendo destacar, para tanto, os ensinamentos de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Em síntese: a ideia de que o contrato implica total respeito ao interesse das partes (e, de conseguinte, garante perfeito resguardo aos objetivos econômicos do particular) vige também, plenamente, nos contratos administrativos e se estratifica na chamada equação econômico-financeira. **Como o nome está a indicar, é uma relação de igualdade pela qual os encargos de um corresponde a uma retribuição cujo valor não pode ser corroído e cujo equilíbrio não deve nem pode ser comprometido pela contraparte.**¹⁰

A própria jurisprudência segue nesse sentido, tal como pode ser visto no julgamento pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 216.018 – DF (1999/0045522-3):

(...) Às prerrogativas da Administração, advindas das cláusulas exorbitantes do Direito Privado, contrapõe-se a proteção econômica do contratado, que garante a manutenção do equilíbrio contratual (...). É escusado dizer que ninguém se submeteria ao



Assim, ao Estado

Democrático cabe a luta pela preservação e respeito aos contratos administrativos, em especial, às suas cláusulas econômicas, sob pena de acabar por ferir o próprio interesse da sociedade de usufruir de serviços de qualidade, seja transporte como em qualquer outra atividade.”

regime do contrato administrativo se lhe fosse tolhida a possibilidade de auferir justa remuneração pelos encargos que assume ou pagar justo preço pelo serviço que utiliza.

E no julgamento do Recurso Especial nº 120.113 MG (1997/0011256-0):

ADMINISTRATIVO – EXPLORAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO – PERMISSÃO – OUTORGA A PRAZO FIXO – CONCESSÃO – REAJUSTE DE TARIFAS – MANUTENÇÃO DO EQUILÍBRIO FINANCEIRO.

Na execução de serviço de transporte mediante permissão, impõe-se o reajuste de tarifas, sempre que necessário para restabelecer o equilíbrio financeiro do empreendimento (DL 2.300/86, Art. 55).

Atento a essas razões, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, ao julgar o pedido de uma companhia brasileira aérea em ver recomposto o preço das passagens aéreas congeladas durante longo período de tempo, determinou a fixação de tarifas reais, mantendo o equilíbrio econômico e financeiro da parte, nos seguintes termos:

ADMINISTRATIVO E CIVIL. CONTRATO DE CONCESSÃO DE TRANSPORTE AÉREO. DEFASAGEM NO VALOR DAS TARIFAS. PREJUÍZO. INDENIZAÇÃO.

A Constituição Federal de 1967, sob a redação da Emenda nº 01/69, assegurava, nos contratos de concessão de serviços públicos, a manutenção do equilíbrio econômico e financeiro do pacto, por meio da fixação de tarifas reais, suficientes, inclusive, para a justa remuneração do capital e a expansão dos serviços (art. 167, II).

O mesmo princípio, com maior abrangência, encontra-se esculpido no art. 37, XXI, da nova Carta Política.

Demonstrada, de forma sobeja, por via de prova pericial e documental, a ocorrência de efetiva defasagem no valor das tarifas do transporte aéreo, com graves e vultosos prejuízos à empresa concessionária, em consequência de omissão do Poder Concedente, impõe-se a reparação dos danos por meio do pagamento de indenização. (...).¹¹

Se faz importante esclarecer que tanto o reequilíbrio econômico-financeiro como o reajuste visam atender o equilíbrio do contrato administrativo. Entretanto, enquanto o reajuste é automático, para a realização de revisão deve o contratado comprovar o desequilíbrio da equação econômico-financeira inicialmente estabelecida.

É com propriedade que Marçal Justen Filho distingue as duas figuras:

A recomposição é o procedimento destinado a avaliar a ocorrência de evento que afeta a equação econômico-financeira do contrato e promove adequação das cláusulas contratuais aos parâmetros necessários para recompor o equilíbrio original. Já o reajuste é procedimento automático, em que a recomposição se produz sempre que ocorra a variação de certos índices, independentemente de averiguação efetiva do desequilíbrio. Aprofundando os conceitos, o reajuste é consequência de uma espécie de presunção absoluta de desequilíbrio. Já a recomposição pressupõe a apuração real dos fatos e exige a comprovação acerca de todos os detalhes relacionados com a contratação e os supervenientes a ela.¹²

Diante dessas considerações, temos que o reajuste decorre do próprio contrato, da própria aplicação de cláusula contratual, já o reequilíbrio econômico-financeiro (ou recomposição de preços) não é automática, mas depende da demonstração de um fato imprevisto e imprevisível, podendo ser provocado tanto pela Administração como pelo contratado.

Diogo de Figueiredo Moreira Neto vai além:

O reajustamento, fundado no contrato e com natureza consensual, e a revisão, fundada na equidade, extracontratual e pretoriana, cabível sempre que ocorrerem os pressupostos aludidos. O reajustamento contratual, que incidirá sobre cláusulas que exprimam prestações financeiras, sob a forma de preços ou de tarifas, é a solução para a correção de desequilíbrios que se situem dentro de uma razoável previsibilidade, como os que decorrem da desvalorização da moeda ou do encarecimento de

insumos. O reajustamento atinge, assim, apenas o preço, para reequilibrá-lo. A revisão contratual incidirá sobre quaisquer cláusulas contratuais, como as que ajustem objeto, prazo e condições várias, sempre que uma insuportável carga acrescida para uma das partes e um enriquecimento sem causa para a outra decorram de eventos imprevisíveis que alterem pressupostos de fato de relevância existentes quando da formação do contrato. A revisão pode comprometer todo o contrato para reequilibrá-lo. De resto, o reajustamento atinge apenas o preço, como elemento do contrato, ao passo que a revisão pode comprometer todo o contrato.¹³

Reforçando o conceito de reajuste, decidiu o Tribunal de Minas Gerais no Agravo de Instrumento AI 10481140030265001 MG:

AGRAVO DE INSTRUMENTO – MEDIDA CAUTELAR INOMINADA – REAJUSTE DA TARIFA DE TRANSPORTE PÚBLICO – MUNICÍPIO DE PATROCÍNIO – INÉRCIA DO ENTE PÚBLICO – COMPROVAÇÃO DE AUMENTO DE CUSTOS – DECISÃO MANTIDA.

Prevedo o contrato de concessão do serviço público de transporte coletivo de passageiros a possibilidade de majoração do valor tarifário em caso de modificação dos custos, não pode o Poder Executivo manter-se inerte diante da comprovação do aumento de custos e o desequilíbrio econômico decorrente da defasagem da tarifa. Neste contexto, pode o Poder Judiciário reajustar as tarifas com vistas a restabelecer o equilíbrio financeiro.

Não podemos deixar de transcrever trecho do parecer do Ministério Público do Estado do Rio de

Janeiro proferido nos autos da Ação nº 0420274-58.2013.8.19.0001 em trâmite na 8ª Vara de Fazenda Pública:

A jurisprudência é robusta no sentido de que, inexistindo ilegalidade na previsão do reajuste contemplado no contrato de concessão, é direito do contratado sua implementação, não havendo que se falar em ilegalidade na sua efetivação, de onde se conclui, pelo raciocínio contrário, que a não homologação do reajuste contemplado no contrato, com base em lei, esta sim representa ilegalidade passível de solução jurisdicional.

Assim, ao Estado Democrático cabe a luta pela preservação e respeito aos contratos administrativos, em especial, às suas cláusulas econômicas, sob pena de acabar por ferir o próprio interesse da sociedade de usufruir de serviços de qualidade, seja transporte como em qualquer outra atividade.

Ao privado, que assume a obrigação da prestação de serviços públicos originalmente imposta ao Estado, bem como seus riscos inerentes, uma vez violado o seu interesse de ver ressarcido os custos incorridos na prestação, somados a um razoável retorno financeiro, restará suspender ou mesmo cancelar a prestação do serviço, deixando carente uma parcela significativa da sociedade que deste depende.

Dessa forma, a sociedade deve exigir do Estado a manutenção e preservação da segurança jurídica, cabendo ao Judiciário o importante dever de fiscalizar a juridicidade da atuação do Executivo e coerência de seus atos, garantindo a moderação dos atos impositivos extraordinariamente conferidos ao Estado.



Notas

¹ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral, parte especial* – 16. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro : Forense, 2014. p. 82.

² THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Onda Reformista do Direito Positivo e suas Implicações com o Princípio da Segurança Jurídica*. In.: Revista da Escola Nacional de Magistratura, n. 1, abr. 2006, p. 97.

³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo* – 30. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2016. p. 513.

⁴ TJ-RJ, Repres. Inconst. 41, Des. ROBERTO WIDER.

⁵ STF, ADI 2.733/ES, Rel. Min. Eros Grau.

⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e Contrato Administrativo*. 12. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2000. p. 166.

⁷ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Ob.cit.*, p. 277

⁸ REsp: 621163 RJ 2003/0231972-4, Relator: Ministra DENISE ARRUDA, Data de Julgamento: 14/2/2006, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 13/3/2006

⁹ GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p.541.

¹⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. “*Contrato Administrativo – Equilíbrio Financeiro – Indenização*. in RDA 177:123

¹¹ Apelação Cível nº 91.01.110063 DF

¹² JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. São Paulo: Dialética, 10. ed., 2004.

¹³ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo: parte introdutória, parte geral, parte especial*. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.