

O Direito da Regulação, os Contratos de Longo Prazo e o Equilíbrio Econômico-Financeiro*

Arnoldo Wald

Advogado, Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

DOI: 10.11117/22361766.08.01.06

SUMÁRIO: I – O direito da regulação; II – Os contratos de concessão como contratos de longa duração; III – O equilíbrio econômico-financeiro; IV – A jurisprudência brasileira; Conclusões.

I – O DIREITO DA REGULAÇÃO

1. Em sua mais recente evolução, o Estado deixou de ser o operador de todos os serviços públicos e passou a exercer a regulação e fiscalização de muitos deles, por intermédio de agências reguladoras. Trata-se de entidades que inexistiam em nosso Direito e que foram criadas inspiradas na prática norte-americana, que lhes atribui competência ampla, abrangendo poderes normativos quase legislativos e funções quase judiciais. O conjunto das normas emanadas das agências constitui um ramo novo, que se destaca do direito administrativo, e cuja função consiste em regular uma parte da área econômica em relação à qual existe um relevante interesse público.

2. Reconheceu-se, pois, a existência do direito da regulação, cuja autonomia não pode mais ser contestada, pois deflui do sistema constitucional vigente, que atribuiu a determinados órgãos estatais a competência para regular certas atividades e serviços. Alguns desses órgãos já existiam antes da Constituição de 1988, como é o caso do Conselho Monetário Nacional, mas a maioria das agências surgiu com a atribuição da exploração de serviços públicos a empresas privadas, em decorrência da privatização. Na medida em que a execução do serviço passou a caber a empresas privadas, a normatização e a fiscalização, por parte do Estado, adquiriram maior importância e intensidade.

* Palestra proferida no VII Congresso Brasileiro de Direito Constitucional: *Soberania da Constituição no contexto das Entidades Supranacionais*, em 22.10.2004, no Auditório Pedro Calmon – Quartel General do Exército, localizado no Setor Militar Urbano – Brasília/DF.

3. O direito da regulação não se confunde com a regulamentação, pois a agência não regulamenta a lei, mas estabelece normas próprias para o funcionamento dos serviços que estão sob a sua jurisdição. Não há, assim, por que pretender equiparar as normas de regulação aos regulamentos independentes baixados pelo Executivo. O novo direito contém, ao lado de elementos de direito público, regras de caráter privado, por se tratar de um conjunto de normas que garantem o equilíbrio entre interesses divergentes (abrangendo os da sociedade civil, dos prestadores e dos consumidores de serviços), bem como a defesa da concorrência. Há uma diversidade de áreas submetidas ao direito de regulação, cada uma apresentando aspectos técnicos bastante peculiares. A regulação, de fato, inclui setores tão diversos como transporte, energia, telecomunicações, fabricação e distribuição de produtos farmacêuticos e a atividade dos bancos e das seguradoras.

4. O direito da regulação de cada área tem peculiaridades decorrentes da respectiva estrutura e condições específicas. No entanto, existem normas comuns de direito constitucional e administrativo, que incidem sobre todas as suas formas, como é o caso da igualdade entre as partes, da transparência das decisões, da participação dos interessados na discussão das soluções apresentadas por meio de audiências públicas, da divulgação ampla das informações e projetos, e do respeito aos princípios da livre concorrência e da proteção dos usuários dos serviços. Esses vários imperativos aos quais obedece o direito da regulação devem ser objeto de conciliação pela agência reguladora, considerando o interesse social e os direitos das partes. Cabe, pois, ao órgão regulador, um papel ativo no desempenho das suas funções normativas, preventivas e corretivas, devendo intervir nos processos judiciais sempre que necessário, prevendo os problemas do setor, em vez de esperar que surjam para, em seguida, tentar resolvê-los.

5. Ao lado das suas atribuições explícitas, a agência também tem os poderes implícitos, que são os úteis ou os necessários ao cumprimento da sua função. Na sua área de competência, a agência pode criar obrigações para as entidades sobre as quais incide o seu poder de regulação. Na realidade, quando o constituinte determinou que somente em virtude de lei as pessoas podem ser obrigadas a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, entendeu que a obrigação poderia emanar do legislador direta ou indiretamente, ou seja, abrangendo também as determinações das autoridades competentes em virtude dos poderes que lhes foram conferidos em razão de delegação. Por outro lado, quando a Emenda Constitucional nº 19 deu nova redação ao art. 37 da Constituição, criando para o Estado o dever de ser eficiente, também fez incidir essa determinação sobre as agências reguladoras, que devem tomar todas as providências normativas ou executivas que forem úteis ou necessárias.

6. A competência das agências pode decorrer diretamente da Constituição, de lei complementar ou de lei ordinária. As normas por elas baixadas passam, pois, a integrar um sistema independente, que, em certos casos, só

pode ser modificado ou por ato da própria agência ou em virtude do desaparecimento ou da redução de sua competência. Assim, por exemplo, as resoluções do Conselho Monetário Nacional (CMN), baseadas em lei complementar, não podem ser alteradas por lei ordinária, bem como não podem produzir efeitos fora da competência específica que lhe foi dada. É questão que pouco tem sido discutida na doutrina, mas já foi objeto de decisões do Supremo Tribunal Federal. Efetivamente, a Corte Suprema decidiu, na ADIn 4, (Relator o Ministro SYDNEY SANCHES),¹ que as resoluções do Conselho Monetário Nacional (CMN) e as circulares do Banco Central, referentes aos juros, eram constitucionais, embora aparentemente conflitantes com a Lei de Usura, pois, somente por lei complementar, poderia o legislador retirar a competência específica dada ao Banco Central. Do mesmo modo, na ADIn 2.317,² foi indeferida, por unanimidade, pelo Supremo Tribunal Federal, medida cautelar para sustar os efeitos da Resolução nº 2.267 do CMN, que havia determinado a obrigatoriedade de rodízio de auditores nas instituições financeiras. O Relator, Ministro ILMAR GALVÃO, entendeu que era constitucional, e, assim sendo, devia prevalecer, norma contida em simples resolução que disciplinava uma das formas de controle exercidas pelo CMN, não devendo tal norma ser considerada reguladora do exercício de profissão ou do desenvolvimento de atividade econômica.

7. No momento em que se rediscute a política das agências reguladoras e o seu poder, cabe dar a devida atenção ao direito de regulação e às conseqüências da criação de um novo sistema normativo independente, constituído pelo sistema aplicável às entidades privadas cujas atividades são de interesse público, a maioria das quais foi objeto de privatização no fim do século passado.

8. Dois aspectos da agência reguladora e do direito da regulação merecem ser destacados. Em primeiro lugar, a sua independência, ou melhor dizendo, a sua autonomia, que se justifica para evitar a influência dos fatores políticos, especialmente dos interesses eleitorais e partidários, que se manifestam nos países nos quais a mudança de partido do governo importa em substituição dos ocupantes dos cargos mais importantes da administração. Evitam-se, assim, os efeitos do chamado *spoil system*, que assegura o domínio da administração ao vencedor das eleições. Justificam-se, pois, os mandatos de prazo fixo dos presidentes e diretores das agências e a sua substituição gradativa, mediante uma escala que evita que o colegiado mude, na sua totalidade, na mesma data. Nesse sentido, parece-nos que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não aplica às agências reguladoras as suas Súmulas nºs 8 e 25, que consagram a possibilidade de demissão dos

1 In: RTJ 147/719.

2 In: RTJ 182/494.

diretores de sociedades anônimas e das autarquias, mesmo quando nomeados por prazo fixo.³ É o que esclarece o Ministro NELSON JOBIM.⁴

9. Já se disse que, em razão de sua autonomia em relação ao Poder Executivo, a agência reguladora é, na realidade, menos um órgão do Governo ou até do Estado, e mais uma entidade representativa da sociedade civil,⁵ devendo até a sua composição refletir essa condição, contando, na sua administração ou em conselhos consultivos, com representantes dos vários interessados.

10. Por outro lado, as agências são órgãos técnicos, cada uma delas devendo ser estruturada para atender adequadamente a sua função, com as peculiaridades decorrentes da área regulada, nos seus vários aspectos tecnológicos, econômicos e sociais.

11. O direito de regulação é um ramo que se destaca do direito público, pelo seu espírito e pelas suas finalidades; é um direito dialogado, consensual, baseado no entendimento e na negociação entre os vários interessados, funcionando a agência como catalisadora de equilíbrios dinâmicos, que devem levar em consideração não só o curto, mas o médio e o longo prazos. Mais do que em qualquer outro setor do conhecimento jurídico, temos, no caso, uma verdadeira engenharia do direito, uma construção de soluções, com base nos dados jurídicos e metajurídicos, entre os quais devemos salientar tanto os econômicos e os sociais, como os técnicos.

12. A importância crescente do direito da regulação se fez sentir no fim do século XX, em virtude da chamada terceira revolução industrial,⁶ ligada à nova economia, à evolução tecnológica, à globalização e à maior velocidade e até à volatilidade das condições nas quais o direito é aplicado.

13. Na era da incerteza (JOHN KENNETH GALBRAITH),⁷ da descontinuidade (PETER DRÜCKER),⁸ do probabilismo generalizado (ROBERT E. RUBIN)⁹ e até do relativismo jurídico, a rapidez das transforma-

3 ADIn MC 1949/RS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence.

4 Afirma o eminente magistrado que: "Recentemente, o Supremo Tribunal afastou, para essas agências, a possibilidade da demissão imotivada. Discutia-se, no Supremo Tribunal, o caso da Agência Reguladora dos Serviços Públicos do Rio Grande do Sul (Agergs), onde havia a possibilidade da demissão imotivada dos membros. O Tribunal, depois de uma longa discussão, acabou entendendo que, para essas agências, com autonomia administrativa e funções delineadas a partir de um novo modelo de status, a destituição dos diretores dependeria de motivação. Como não havia nessa lei aquela motivação, a motivação seria a destituição geral dos servidores públicos. Ou seja, reconhecia-se uma estabilidade a tempo certo para esses diretores" (Nelson Jobim, Palestra incluída na obra publicada pelo Instituto Hélio Beltrão, *Agências Reguladoras*, Brasília, 2001, p. 43/44).

5 É a tese de COHEN-TANUGI, Laurent. *Le droit sans l'Etat*. Paris: PUF, 1985.

6 LUSSATO, Bruno. *La troisième révolution*. Paris: Plon, 1999.

7 GALBRAITH, John Kenneth. *The age of uncertainty*. London: British Broadcasting, 1977.

8 DRÜCKER, Peter. *The age of discontinuity*. New York: Harper & Row, 1969.

9 RUBIN, Robert E. *In an uncertain world*. New York: Rondon House, 2003.

ções do mundo não mais se coaduna com a demora do trabalho legislativo. Tendo desaparecido o “mundo de segurança” e de estabilidade, ao qual se referia STEFAN ZWEIG,¹⁰ e que se pensava existir no início do século XX, o legislador tradicional precisou enfrentar grandes problemas. Não mais conseguiu, por exemplo, como pretendia o Código Napoleão e até o nosso Código Civil de 1916, estabelecer normas para todas as situações, prevendo soluções para todos os conflitos de interesses que poderiam surgir.

14. Sendo assim, teve o legislador que preencher as crescentes lacunas do direito com princípios e cláusulas gerais, que encontramos no nosso Código Civil de 2002 e na maioria das legislações mais recentes. Por outro lado, não conseguiu acompanhar o ritmo das mudanças e seus aspectos técnicos, devendo criar, para tanto, novos mecanismos. Quanto às normas que deviam ser elaboradas rapidamente, foi possível recorrer, em épocas diversas, aos decretos-leis e às medidas provisórias. Para as áreas técnicas, houve a necessidade de delegação de poderes a órgãos ou entidades que pudessem conciliar os eventuais interesses conflitantes, merecendo a confiança tanto do Estado como do público.

15. A importância do direito da regulação foi maior no Brasil do que em outros países, pois, sendo de criação recente, também evoluiu em pouco tempo, acompanhando o desenvolvimento das privatizações, que lhe deram um grande impulso. Efetivamente, podemos considerar que, até a última década do século passado, o direito da regulação inexistia em nosso país ou tinha pouca relevância, já que o Estado acumulava, como vimos, a condição de regulador e de operador dos serviços públicos, quer diretamente, quer através de sociedades de economia mista integradas na administração indireta.

II – OS CONTRATOS DE CONCESSÃO COMO CONTRATOS DE LONGA DURAÇÃO

Poucos países no mundo fizeram uma privatização tão ampla como a nossa, e em tão pouco tempo, abrangendo as áreas mais distintas, sem que tivéssemos uma tradição no uso moderno da concessão. Na realidade, a que conhecemos no final do século XIX até os anos 1950/1960 tinha outras bases, era estática e estruturada para uma outra época. Essas concessões do passado terminaram em meados do século XX, por terem sido fixadas as suas tarifas em bases “irrisórias ou confiscatórias”, ensejando conflitos que acabaram sendo resolvidos pela encampação ou por várias formas de negociação.

17. Ao contrário dos Estados Unidos e da Europa, não desenvolvemos, no momento oportuno, a nossa infra-estrutura. Ficamos, assim, sem os

10 ZWEIG, Stefan. *O mundo que eu vi*. Rio de Janeiro: Guanabara, 1942, p. 15.

recursos para fazer rapidamente os investimentos necessários. Os sucessivos governos tiveram que fazer a difícil opção entre, de um lado, resolver o *déficit* de infra-estrutura, mantendo o *déficit* público, ou, então, de outro, reduzir este, não equacionando o problema da aplicação de recursos para viabilizar o progresso econômico do País. Tratava-se, portanto, de ou cortar os investimentos, ou admitir o recrudescimento da inflação.

18. A concessão surgiu como meio de solucionar o problema, utilizando-se recursos privados, sem endividamento estatal, nem emissão de papel-moeda, ficando por conta dos usuários a remuneração e o reembolso do capital do investidor. Resolviam-se, assim, os problemas decorrentes dos gargalos de estrangulamento da nossa economia.

19. Mas, de um lado, o concessionário que passou a substituir o Estado, na qualidade de operador, não podia atuar com total liberdade em relação ao serviço público, que tinha suas próprias normas. Por outro lado, também o Estado devia dar ao empresário que estava investindo na concessão determinadas garantias. Era preciso encontrar um equilíbrio entre ambos os interesses, incumbência essa dada à agência reguladora, cabendo-lhe encontrar as fórmulas adequadas, mediante a elaboração do direito regulatório.

20. O problema regulatório mais importante da concessão sempre foi e continua sendo o da fixação de tarifas justas, que atendam às necessidades do empresário e possam ser suportadas pelos usuários. É preciso conciliar a modicidade, que deve prevalecer no momento da contratação, com a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro durante toda a vigência do contrato. Em virtude de se tratar de contrato geralmente de longo prazo, e no qual o Estado é parte, a aplicação das cláusulas contratuais exige um especial cuidado, considerando-se os princípios da confiança (do investidor no Estado), da razoabilidade e da proporcionalidade. Essas cautelas são tanto mais necessárias em face de imprevisibilidade da economia nacional e mundial, de volatilidade das moedas, que, no passado, eram presumidas estáveis e serviam como padrão internacional (como o dólar, o marco e o euro), e de alteração rápida das tecnologias.

III – O EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO

21. Firmou-se assim, em todas as legislações, a idéia de ser necessário respeitar o equilíbrio contratual, mas não qualquer espécie de equilíbrio baseado em fórmulas matemáticas, as quais poderiam não ser equitativas. A jurisprudência e a doutrina qualificaram o equilíbrio exigindo que seja leal e honesto, ou seja, equitativo. Assim, a jurisprudência do Conselho de Estado, na França, adotando fórmula de LÉON BLUM,¹¹ referiu-se à

11 Conclusões de Léon Blum, de 11.03.1910, no caso *Ministério das Obras Públicas contra Compagnie Générale Française de Tramways*, julgado na França pelo Conselho de Estado.

“*equivalence honnête*”, e o direito norte-americano consagrou o direito do concessionário a “*fair rates*” (tarifas leais ou justas). Essa adjetivação tem a sua razão de ser: pretendeu evitar que o Estado pudesse abusar do seu poder e fixar tarifas que não se coadunassem com o espírito do contrato. Nesse mesmo sentido, é tradicional no direito brasileiro a exigência, no caso de desapropriação, do pagamento da “justa indenização”. O adjetivo tem o sentido de evitar os abusos e desvios de poder das autoridades.

22. No Brasil, a equação que se deve respeitar, na tradição do nosso direito, não é somente a econômica, mas também a financeira.

23. Coube a MARIO HENRIQUE SIMONSEN – *doublé* de economista e (eventualmente) de jurista – fazer a distinção entre os dois aspectos da garantia constitucional, ou seja, entre o equilíbrio econômico e o financeiro. Cabe, aliás, salientar que, enquanto as Constituições de 1934 e de 1946 se limitavam a garantir, ao concessionário, lucros que deviam constituir uma retribuição justa e adequada do capital, os textos constitucionais de 1967 e 1969 e a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, fazem a distinção entre a justa remuneração do capital e a garantia do “equilíbrio econômico e financeiro do contrato”. No caso, esclareceu o douto e saudoso economista que, enquanto a equação econômica se referia à rentabilidade global do contrato, a equação financeira significava a manutenção das entradas (receitas) e saídas (desembolsos) de recursos financeiros (*input* e *output*), no patrimônio do concessionário, na forma e no ritmo inicialmente previstos pelo contrato. Caso tal equilíbrio financeiro (e não econômico) não se mantivesse, impunha-se o ressarcimento, pelo concedente, dos prejuízos sofridos pelo concessionário, que não tinha a obrigação de financiar terceiros e arcar com o respectivo ônus.

24. Parece-nos que essa distinção é tanto mais válida se consideramos que o Brasil apresentou, infelizmente, entre 1970 e 1995, de modo contínuo, o maior – senão um dos maiores – índice inflacionário do mundo, além de ter tido juros bancários que também se situaram entre os mais altos dos países desenvolvidos e em desenvolvimento.

25. A distinção defendida por MARIO HENRIQUE SIMONSEN, adotada pela jurisprudência, tem efeitos práticos da maior importância. Enseja, como consequência necessária, a abrangência na indenização devida, no caso de mora do Poder Público, não só dos juros legais, mas dos juros de mercado, que, em geral, são muito superiores.

26. Efetivamente, o credor que contratou com o Estado e dele não recebeu oportunamente os pagamentos devidos, ou o concessionário, cujas tarifas foram indevidamente congeladas, teria, em virtude da garantia do equilíbrio financeiro, direito aos juros de mercado, seja porque teve que pedir dinheiro emprestado para manter a continuidade da obra ou do serviço, seja porque utilizou recursos próprios em quantia superior àquela que esta-

va obrigado a investir. Neste último caso, deixou de obter uma remuneração do capital, da qual disporia se o Poder Público tivesse cumprido atempadamente as suas obrigações.

27. A matéria não é simplesmente acadêmica, mas, ao contrário, ensejou – e continua ensejando – discussões no plano administrativo e judicial.

28. A Consultoria-Geral da República chegou a reconhecer que, embora não caiba à Administração, em transação com os seus credores, pagar juros de mercado no caso de mora, os mesmos poderiam ser exigidos judicialmente com base no equilíbrio econômico-financeiro.¹²

29. No direito brasileiro da regulação, o equilíbrio econômico-financeiro é de natureza constitucional, tendo as suas origens tanto na jurisprudência americana, como nas decisões do Conselho de Estado da França.

30. Na Constituição de 1988, a garantia do equilíbrio econômico e financeiro encontra-se no art. 37, XXI, até com uma extensão maior do que a anteriormente existente, pois se tornou explicitamente aplicável a todos os contratos administrativos, e não somente à concessão, como ocorria no passado.

31. Efetivamente, estabelece o texto constitucional que:

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, *as 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, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.*”

IV – A JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA

32. Tanto o Supremo Tribunal Federal como o Superior Tribunal de Justiça reconheceram que a garantia do equilíbrio econômico-financeiro continua prevalecendo em virtude da norma constitucional.

12 Trata-se de parecer dado pelo Dr. Raimundo Nonato Botelho de Noronha, aprovado pelo Dr. Saulo Ramos, no qual apreciou pleito da Construtora Mendes Jr. contra a CHESF, que acabou ensejando o processo judicial ao qual nos referimos em seguida.

33. Efetivamente, embora alguns juízes de primeira instância tenham, algumas vezes, acatado teses contrárias aos direitos das concessionárias, o Supremo Tribunal Federal¹³ e o Superior Tribunal de Justiça¹⁴ têm rechaçado as tentativas de desrespeito aos contratos de concessão de serviços públicos já assinados e dos compromissos assumidos pelo Estado nos editais de licitação, garantindo a preservação do Estado de Direito, da segurança jurídica e do respeito aos contratos.

34. A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça proferiu, em julho de 2004, decisão de extrema relevância sobre o assunto. Conquanto ainda não publicado o respectivo acórdão, o STJ, em decisão amplamente divulgada pela imprensa, manteve o índice de reajuste das tarifas de telefonia contratualmente previsto, por entender que os contratos de concessão devem ser respeitados para o bem do País. Fundamentando-se basicamente no princípio da segurança jurídica e no interesse social geral em atrair investimentos, o STJ entendeu por bem suspender a liminar que determinava às operadoras de telefonia a adoção do IPCA como índice de reajuste da tarifa, restabelecendo o indexador previsto no instrumento de concessão: o IGP-DI. A imprensa oficial do Tribunal divulgou a seguinte nota a esse respeito:

“Por 12 votos a três, os ministros que integram a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiram que o reajuste das tarifas de telefonia fixa de junho de 2003 terá como indexador o IGP-DI apurado pela Fundação Getúlio Vargas. Deste modo, fica cassada a decisão do juiz da 2ª Vara Federal de Brasília, Rodrigo Navarro, que determinou a aplicação do IPCA quando do aumento das tarifas no ano passado.

(...)

No julgamento desta quinta-feira (1º), os ministros do STJ firmaram entendimento quanto ao *cumprimento dos contratos de concessão*. Se mantido o IPCA para corrigir as tarifas, a Corte Especial estaria modificando os termos dos contratos assinados quando da privatização do Sistema Telebrás em 1998.”¹⁵

35. Além disso, o mesmo Tribunal tem reconhecido que a quebra do equilíbrio dos contratos de concessão de rodovias, decorrente da suspensão judicial do direito à cobrança ou ao reajuste de pedágio, despreza os vulto-

13 Recurso Extraordinário nº 183.180-4, Rel. Min. Octavio Galotti, DJ 01.08.1997, in: RDA 224/392; e Recurso Extraordinário nº 91.142/ES, 2ª T, Rel. Min. Djaci Falcão, DJ 19.12.1985.

14 Recurso em Mandado de Segurança nº 1.681-0/TO, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, in: RSTJ 52/305; Recurso em Mandado de Segurança nº 3.161-6/RJ, Rel. Min. Demócrito Reinaldo, in: RSTJ 55/378; Recurso em Mandado de Segurança nº 582/SP, Rel. Min. Américo Luz, in: RDA 186/133; e REsp 120.113/MG, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ 14.08.2000, com os nossos comentários in: RDA 222/297.

15 SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. STJ decide que tarifas telefônicas de 2003 serão reajustadas pelo IGP-DI, notícia veiculada na página eletrônica oficial do Tribunal, em 1º de julho de 2004.

tos investimentos feitos pela concessionária, causando perplexidade nos investidores, aumentando o risco Brasil, prejudicando o usuário que se buscou proteger e lesando a ordem pública administrativa. A propósito, manifestou-se recentemente a Corte Especial do STJ, em aresto relatado pelo eminente Min. EDSON VIDIGAL:

“A equação econômico-financeira é um direito constitucionalmente garantido ao contratante particular (CF, art. 37, XXI). Se as características do contrato não fossem asseguradas, permitindo ao Poder Público poderes ilimitados para alterar cláusula contratual, o particular não teria interesse em negociar com a Administração.

A alteração unilateral do contrato por parte do poder concedente, pois, só é possível mediante a inequívoca demonstração de que a cláusula anteriormente firmada, com o decorrer do tempo, teria passado a afrontar o equilíbrio entre o lucro devido ao contratante e o atendimento ao interesse público, e desde que assegurados o contraditório e o devido processo legal, o que não se verifica neste caso. (...)

O descumprimento de cláusulas contratuais por parte do governo local viola o princípio da segurança jurídica, inspira insegurança e riscos na contratação com a Administração, resultando em graves consequências para o interesse público, inclusive com repercussões negativas sobre o influente ‘Risco Brasil’.”¹⁶

36. Nessa linha, o Superior Tribunal de Justiça tem suspenso o efeito de liminares que sustam a cobrança de pedágio nas rodovias concedidas, com fulcro no art. 4º da Lei nº 8.437/92, para evitar risco à economia pública, como fizeram os Ministros EDSON VIDIGAL e NILSON NAVES, nas decisões abaixo colacionadas:

“Assim, há iminente risco à economia pública, na medida em que não sendo arrecadado pedágio na BR 116, entre o município de Nova Petrópolis/RS e a divisa estadual com o Estado de Santa Catarina, ficarão as estradas em completo abandono, o que imporá ao Estado do Rio Grande do Sul o ônus de conservar aquelas vias, às expensas do orçamento público já deficitário e no qual não houve prévia alocação de rubrica para honrar essas despesas.”¹⁷

“Com efeito, a impossibilidade de a requerente cobrar pedágio dos usuários da rodovia em que é concessionária tem o condão de causar desequilíbrio econômico-financeiro, máxime tendo ela que despende recursos para a melhoria da rodovia alternativa.

16 STJ, AgRg na Suspensão de Segurança nº 76, Rel. Min. Edson Vidigal, DJ 20.09.2004.

17 STJ, Suspensão de Liminar nº 108/RS, decisão ainda não publicada.

(...)

Assim, resta configurada a afronta ao interesse público, porquanto, sem a receita advinda do preço público, poderá ser comprometida a manutenção das rodovias pelas quais a concessionária é responsável, resultando na falta de segurança daqueles que trafegam no local.”¹⁸

37. A respeito da exigência de rotas alternativas às rodovias concedidas, também o Superior Tribunal já se manifestou:

“A princípio, a ‘rota de fuga’, se asfaltada pela Municipalidade, ocasionará evasão de pagamento do pedágio pelos usuários da SP-75, que, por lei e pelo contrato, estão sujeitos à contraprestação pecuniária dos serviços colocados à disposição pela concessionária dos usuários. Esta é obrigada a desembolsar quantias elevadas para executar as obras de Engenharia contratada. E a imposição contratual é irretroatável, principalmente no que se refere ao alargamento de vias, construção de pontes, alças de acesso e extensão das rodovias.

A concessionária, com base na equação econômico-financeira, tem como fonte primordial e essencial de recursos a tarifa a ser paga pelos usuários. Desequilibrada a equação por causa da fuga dos usuários, que preferem o ‘uso gratuito’ da ‘rota de fuga’, o Poder Público acabaria suportando os prejuízos contratuais em confronto com o negócio administrativo vigente e eficaz e com violência aos princípios constitucionais orçamentários, com reflexos civis e eventualmente penais para as autoridades envolvidas, frente aos limites objeto da Lei de Responsabilidade Fiscal.”¹⁹

38. O Superior Tribunal de Justiça entendeu, também, que os acordos de acionistas já firmados pelo Poder Público não podem, por mudança na orientação política de Governo, simplesmente ser suspensos por decreto, ou seja, por decisão unilateral. Confira-se, nesse sentido, voto da lavra da ilustre Min. ELIANA CALMON, que apreciou um pedido de atribuição de efeito suspensivo a recurso ordinário em mandado de segurança, interposto contra ato do Governo do Paraná, que anulou, por decreto, acordo de acionistas firmado a propósito da privatização de companhia de saneamento do Estado:

18 STJ, Suspensão de Liminar nº 34/PR, Rel. Min. Nilson Naves, DJ 20.09.2004. Em hipótese semelhante, o mesmo ministro reconheceu: “*Sem a cobrança de pedágio – única forma de remuneração pelos serviços realizados na rodovia concedida –, as agravantes tendem a uma situação de insolvência, causando prejuízo ao interesse público, pois sua principal credora é empresa pública federal – BNDES*”. “Os usuários da rodovia, ao invés das agravantes, terão como recuperar o valor do pedágio caso pago indevidamente”. (AgRg da Petição nº 1623/SC, Rel. Min. Nilson Naves, J. 19.12.2002) (grifos nossos)

19 STJ, Suspensão de Segurança nº 1.244/SP, Rel. Min. Nilson Naves, J. 11.09.2003.

“Entendo que os pactos e contratos firmados entre os órgãos públicos e os particulares, principalmente aqueles que envolvem altos investimentos e se dirigem à execução de serviços básicos, não podem ficar ao sabor de injunções políticas e ideológicas. Os contratos e acordos são firmados para a garantia de ambas as partes, não podendo o poder público, senão por razões emergenciais, romper unilateralmente as avenças.

Na hipótese dos autos, o Estado, sem alegar emergência alguma, alterou unilateralmente, por decreto, um acordo celebrado no governo antecedente, alegando ser ele ilegal e contrário aos interesses do Estado. (...)

A incerteza quanto à finalização da lide pendente aconselha que não se coloque em perigo o destino da empresa, com alterações irreversíveis no capital social da SENAPAR.

Assim sendo, por cautela e em nome da segurança jurídica, concedo a liminar nesta cautelar inominada, prestigiando o contrato (...).”²⁰

39. Deve-se destacar, para concluir, a decisão do Presidente do Superior Tribunal de Justiça Ministro EDSON VIDIGAL, ao apreciar, recentemente, o pedido de Suspensão de Segurança nº 1404. No caso, debatia-se a aplicabilidade da Lei nº 10.741/03 (Estatuto do Idoso) e de um decreto administrativo que, instituindo vagas destinadas a idosos em transporte interestadual, sem indicação da fonte de custeio e de seus critérios, fazia com que as empresas de transporte ficassem sujeitas a arcar com os custos do benefício concedido pela lei. Pontuou a respeito da matéria tratada nesse trabalho o ilustre Ministro, não sem alguma dose de humor:

“Dinheiro não dá em árvores. Por mais verdes que sejam, as folhas não se transmudam em dólares. Nem nos reais da nossa atual unidade monetária, que exhibe uma mulher cega, ar desolado de quem ganhou e logo perdeu a última olimpíada.

(...)

Ora, as leis terão que obedecer sempre à ordem constitucional, à lógica do Estado de Direito Democrático, o qual se funda em valores e em princípios, segundo a idéia de que a democracia há de buscar sempre o melhor para todos.

Assim, não pode haver, por exemplo, uma lei suprimindo o direito de propriedade. Nem uma lei em confronto, por exemplo, com o ato jurídico perfeito. Ou seja, com o que foi legalmente contratado.

20 MC 8.527/PR, J. 02.07.2004.

Nossas relações econômicas se regem pelas regras do sistema capitalista, da economia de mercado, não sendo lícito ao Estado, em nome de uma obrigação que é sua, confiscar vagas em ônibus ou qualquer outro meio de transporte, sem a correspondente contrapartida indenizatória.”²¹

40. Registrou com muita pertinência o Ministro VIDIGAL que as aludidas normas violavam, além dos princípios da democracia, do respeito aos contratos e do direito de propriedade privada, o ato jurídico perfeito em que se consubstanciava o contrato de concessão:

“Ato jurídico perfeito aí é o contrato celebrado e em vigor entre as empresas de transportes e o Poder Público. Significa dizer que nem a lei pode alterar o que foi, antes, previamente contratado. O que se há de fazer, sim, será um aditivo ao contrato, uma maneira legal de se estabelecer, mediante nova negociação, a forma de ressarcimento às empresas das despesas decorrentes do transporte gratuito assegurado pela lei.

Imaginar o contrário, afirmar a possibilidade de que toda lei pode vir em cima da iniciativa privada impondo uma ordem desse tipo, sem a correspondente contraprestação pecuniária, é desafiar o contrato, é ofender diretamente o mandamento maior da Constituição.”²²

41. Como já indicamos, é idêntica a posição do Supremo Tribunal Federal, que foi resumida com a sua habitual clareza e brilho pelo Ministro GILMAR MENDES, nos seguintes termos:

“A análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ajuda a compreender a natureza constitucional do princípio do direito adquirido no nosso sistema. Resta evidente que, diferentemente do que ocorre em outros modelos, não há cogitar entre nós da invocação das leis de ordem pública para justificar a incidência imediata de leis novas. É certo, outrossim, que se aplica, entre nós, por força de definição constitucional, a doutrina subjetiva ou do direito adquirido. Em relação aos contratos, resta evidente que não se tolera sequer a chamada retroatividade mínima, restando regulados pela lei velha os efeitos futuros dos negócios jurídicos anteriormente celebrados.”²³

42. Por outro lado, ao Poder Judiciário não cabe modificar as decisões das agências em relação às tarifas contratualmente previstas ou fixadas, a

21 STJ, Suspensão de Segurança nº 1.404, Rel. Min. Edson Vidigal, DJ 21.09.2004.

22 STJ, Suspensão de Segurança nº 1404, Rel. Min. Edson Vidigal, DJ 21.09.2004.

23 MENDES, Gilmar Ferreira. Anotações sobre o princípio do direito adquirido tendo em vista a aplicação do novo código civil. In: *Aspectos controvertidos do novo código civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 250.

não ser nos casos de inconstitucionalidade ou de ilegalidade, não podendo intervir nos critérios de conveniência e oportunidade.

43. Podemos, pois, concluir que a tendência, tanto no Supremo Tribunal Federal como no Superior Tribunal de Justiça, é a de prestigiar a segurança jurídica, preservando a boa-fé e a confiança depositada pelo investidor privado no fiel cumprimento, pelo Estado brasileiro, da sua Constituição, da lei e, conseqüentemente, dos contratos celebrados com o particular.

44. Também na doutrina a matéria é mansa e pacífica, conforme entendimento de HELY LOPES MEIRELLES,²⁴ CAIO TÁCITO,²⁵ CELSO BANDEIRA DE MELLO²⁶ e outros.

45. Há já quase trinta anos, equiparamos o contrato administrativo à dívida de valor e escrevemos que:

“Em virtude da presença no contrato administrativo do interesse público, a fim de ser continuada e terminada a obra, com as modificações unilaterais que podem ser impostas ao empreiteiro pelo Poder Público, é que se compensa o contratante particular, assegurando-lhe a equação financeira do contrato. Assim, em todo contrato administrativo existe, explícito ou implícito, um direito do contratante particular a um certo equilíbrio financeiro. A doutrina explica que o mencionado equilíbrio consiste em entender o contrato administrativo como um todo, no qual os interesses das partes se condicionam; quando, em certas condições, ocorre uma ruptura do equilíbrio inicial em detrimento do contratante particular, este tem direito ao restabelecimento desse equilíbrio mediante o pagamento, pela administração, de uma compensação pecuniária, ou seja, de um complemento ou reajuste de preço.”²⁷

46. E, mais recentemente, tivemos a oportunidade de afirmar que a equação econômico-financeira

“... deve ser mantida na sua integralidade, mas tão-somente nos contratos administrativos – e nos privados dirigidos ou evolutivos que lhe são equiparados – e nas dívidas de valor. Cabe ao jurista, que deve submeter a economia à ética, encontrar as soluções adequadas, a fim de evitar injustiças e iniquidades, que se multiplicaram em vir-

24 MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contrato administrativo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 165-166.

25 TÁCITO, Caio. Parecer publicado in: *RDA 203/406*; e *Evolução das concessões de energia elétrica no Brasil*. In: *Temas de direito público (estudos e pareceres)*. Rio de Janeiro: Renovar, v. 1, 1997, p. 761-776.

26 MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Elementos de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 218-219.

27 WALD, Arnoldo. *Estudos e pareceres de direito comercial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1ª série, 1972, p. 91.

tude da inflação, pois a mesma ‘mantém as aparências e destrói as realidades’”.²⁸

CONCLUSÕES

47. Houve, no passado, alguma divergência quanto à competência para fixar tarifas,²⁹ mas hoje entende-se que ela cabe à agência reguladora, desde que observados, porém, os critérios legais e as cláusulas contratuais.

48. A importância das cláusulas a esse respeito decorre de se tratar de investimento voluntário, feito por empresas comerciais. Embora vise ao atendimento de uma finalidade pública, a base do negócio é um contrato, firmado sob a premissa de que ele vai ser executado e respeitado por parte do poder concedente. É preciso tutelar a confiança depositada pelos particulares em relação aos atos do Poder Público.

49. É importante, para tanto, garantir-se a autonomia da agência, impedindo-se a interferência ministerial. O Ministro só tem uma supervisão funcional e administrativa, mas não se pode imiscuir na gestão dos contratos pela agência reguladora. O legislador fixa os objetivos e as metas a serem alcançados, bem como o procedimento a ser seguido, mas a execução cabe à agência, que deve atuar com autonomia.

50. É o que salienta com muita clareza e precisão o Ministro NELSON JOBIM, quando define a função da agência como órgão de colaboração, criada “menos para mandar e mais para consertar”, substituindo os órgãos autoritários e burocráticos do passado.

51. E acrescenta:

“O que precisamos estabelecer – e aí é que está a participação do Congresso – é a definição, na lei, dos objetivos setoriais. *Definidos na lei os objetivos setoriais e definido, também na lei, o procedimento de tomada de decisões, acaba-se legitimando a definição dos instrumentos feita pela agência, porque, na lei, há dois paradigmas que lhe autorizam a fixação desses instrumentos.*”³⁰

52. Como vimos, na sua atuação, cabe à agência construir um conjunto de normas dinâmicas, com base nos seus conhecimentos técnicos e econômicos, e com finalidade social, garantindo o justo equilíbrio entre todos

28 WALD, Arnaldo. Equilíbrio econômico e financeiro no direito brasileiro. In: *Estudos em homenagem ao Professor Cáo Tácito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 96-97.

29 Em relação às tarifas telefônicas, houve divergência entre o Ministro das Telecomunicações e a ANATEL, prevalecendo finalmente a posição da agência.

30 Pronunciamento do Ministro Nelson Jobim no Seminário realizado no Instituto Hélio Beltrão, em Brasília, em 06.12.2000, e publicidade na obra *Agências reguladoras*. Brasília, 2001, p. 48.

os interessados. Há, em certo sentido, no campo da regulação, uma verdadeira engenharia do direito,³¹ que deve ser reciclado e atualizado de acordo com a evolução das circunstâncias, garantindo tanto a eficiência como a moralidade das soluções.

53. Não basta a eficiência do mercado, como também é insuficiente a perfeição do direito aplicável. No direito regulatório, é preciso conciliar ambos – o mercado e o direito. Pois, como afirma ALAIN MINC, “o mercado sem o direito é a selva e o direito sem o mercado enseja a paralisação da economia”.³² Por outro lado, a principal função do direito é submeter a economia à ética.

54. Mais do que outros ramos tradicionais da ciência jurídica, a regulação faz parte do direito do desenvolvimento,³³ que funciona como instrumento para garantir o progresso, tanto quantitativo como qualitativo, da sociedade civil, abrangendo não só o aumento do PIB, mas também a manutenção, a consolidação e o respeito generalizado de uma escala de valores.

56. No passado, discutia-se a questão da prevalência da Justiça, mesmo em detrimento da sociedade. *Fiat justitia, pereat mundus*. Para os adeptos do consequencialismo, o importante seria a repercussão prática da norma ou da decisão judicial, independentemente da sua consistência ética. É preciso, hoje, utilizar o direito regulatório nos contratos de curto, médio e longo prazos, como fator de eficiência e como imperativo ético. *Fiat Justitia ut mundus vivat*. Ou seja, deve prevalecer tanto a justiça comutativa e a justiça distributiva quanto a ética, para que o mundo civilizado sobreviva, conciliando a eficiência e a equidade, os valores materiais e os valores morais.

57. A tradição costuma apresentar a Justiça de olhos fechados ou vendados. Há, todavia, no Museu do Vaticano, uma *stanza* de Rafael na qual a Justiça é retratada de olhos abertos, ao lado da Filosofia. É a Justiça imparcial e ética, que, todavia, não despreza os fatos econômicos e sociais e que é temperada pela equidade. É essa a Justiça que almeja o regulador e que constitui a meta do direito regulatório.

31 REALE, Miguel. *Estudos preliminares do código civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, capítulo 9 – *A engenharia jurídica*, p. 53.

32 Alain Minc escreve:

“Le droit est devenu le garant de la compétition et de la concurrence. Avec le marché, il constitue l'avant et le revers d'une même réalité: la société se civilise d'autant plus que l'un et l'autre apparaissent indissociables. Le marché, sans le droit, c'est la jungle: il suffit d'aller en Russie pour découvrir cet état primitif. La règle sans le marché, c'est l'immobilité: le souvenir de feu l'Union soviétique suffit à en porter témoignage. Désormais, l'un et l'autre avancent, dans les pays sophistiqués, presque du même pas: le marché prend naturellement une longueur d'avance mais le droit parvient à le rattraper, moins par la loi, toujours lente, pompeuse et difficile à mettre en place, que par la jurisprudence.” (*Capitalisme*. Paris: Grasset, 2002, p. 54)

33 WALD, Arnoldo. O direito do desenvolvimento. In: *Jurídica*. Rio de Janeiro, v. 33, n. 103, out./dez. 1968; e Direito econômico e direito do desenvolvimento. In: *Revista dos Tribunais*, 693, p. 19-27.