

## PARECER

---

*Diogenes Gasparini\**

**INSTALAÇÕES PORTUÁRIAS:** O instrumento jurídico existente entre a CODESP e a Libra Terminal 35 S.A., denominado Contrato de Arrendamento, identificado para fins administrativos pelo n. PRES/048.98, consubstancia, na verdade, um contrato de concessão de serviço público precedida de obra pública, espécie do gênero contrato administrativo, regido pelas suas cláusulas e por preceitos de Direito Público, conferindo, por conseguinte, a essa estatal poderes exorbitantes para adequá-lo às cambiantes finalidades de interesse público, respeitados, sempre, os direitos do arrendatário.

O Vice-Presidente da Libra Terminal 35 S.A., Dr. Álvaro Sávio, para obter nossa opinião, o que muito nos honra, informa que essa empresa participou e venceu a Concorrência n. 12/97, regulada pelas Leis federais n. 8.630, de 25 de fevereiro de 1993, que dispõe sobre o regime jurídico da exploração dos portos organizados e das instalações portuárias, conhecida como Lei dos Portos, n. 8.666, de 21 de junho de 1993, que regulamenta o art. 37, XI, da Constituição Federal e institui normas gerais para licitações e contratos da Administração Pública, e n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão de serviço público, instaurada pela Companhia Docas do Estado de São Paulo – CODESP, conforme edital de 12 de março de 1997. O objeto desse certame, consoante o item 6, da Seção IV, do Capítulo I, desse instrumento convocatório, era “a celebração de Contrato de Arrendamento para a exploração de instalação portuária, com a utilização de área sob a administração da CODESP, de aproximadamente 100.000 m<sup>2</sup> (cem mil metros quadrados), sendo posteriormente definida através de levantamento topográfico, localizada na Ponta da Praia, na Margem Direita do Porto de Santos, abrangendo os armazéns 34 e 35 (internos), XXXVI (externo), os pátios entre os armazéns 34 e 35, e os pátios do lado sul dos armazéns 35 e XXXVI, conforme indicações e delimitações apresentadas no Anexo II – Planta de Localização da Área a Ser Arrendada, envolvendo investimentos da Arrendatária necessários à construção, implantação e operação na referida área de Instalações Portuárias para a movimentação de contêineres”.

O Contrato PRES/032.98, resultante da mencionada concorrência, assinado em junho de 1998 para vigorar pelo prazo de 20 (vinte) anos prorrogável por outro tanto, segundo o Vice-Presidente consulente, foi substituído pelo Contrato PRES/048.98 assinado em dezembro desse ano e ainda em vigor, enquanto a proposta fora apresentada

\* Advogado. Mestre e doutor pela PUC-SP. Prof. da Escola Superior de Direito Constitucional - SP. Ex-Prof. Titular e Prof. *Honoris Causa* da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo.

em abril de 1997. Por força desse ajuste, continua esse empresário, a CODESP responsabilizou-se pela remodelação do traçado rodoferroviário que corta os terminais arrendados à Libra Terminal 35 S.A., dividindo cada um em dois. A locação original, que ainda perdura, lhe causa dificuldades e enormes custos no que concerne ao fechamento das instalações portuárias correspondentes aos armazéns arrendados, ao sistema segurança e ao próprio uso desse espaço que restou muito menor que o previsto no projeto apresentado com sua proposta licitatória e aceito por essa Autoridade Portuária. Tal remodelação assumida e não contestada pela CODESP até a época atual não aconteceu, assevera esse dirigente empresarial, apesar da insistente cobrança, inclusive judicial, que a Libra Terminal 35 S.A. vem fazendo junto a essa estatal.

Ainda, continua o Vice-Presidente consultante, no Edital de Concorrência n. 12/97 restou indicado na descrição do seu objeto que a área arrendável era de 100.000 m<sup>2</sup> (cem mil metros quadrados) aproximadamente e assim também constou no Contrato PRES/032.98 e no seu substituto, o Contrato PRES/048.98, o que levou a Libra Terminal 35 S.A. a elaborar seu projeto e dimensionar o retorno de seus investimentos tendo em vista as possibilidades econômicas dessa área e assim foi considerada na proposta que apresentou a essa Autoridade Portuária, no Processo Licitatório n. 12/97. A CODESP, esclarece o Dr. Álvaro Sávio, não só reconheceu o descumprimento dessa obrigação contratual, como passou a cobrar da Arrendatária os valores devidos pelo uso da área, descontado o valor correspondente a área ocupada pelo pátio rodoferroviário. Assim, a Libra Terminal 35 S.A. passou a pagar pelo uso de 86.808,90 m<sup>2</sup> (oitenta e seis mil, oitocentos e oito metros e noventa centímetros quadrados), não mais pelos 100.000 m<sup>2</sup> (cem mil metros quadrados) como constara do referido edital licitatório e se estabelecera no contrato original e no seu substituto, informa seu Vice-Presidente.

Também era obrigação da CODESP, pois a documentação oferecida ao exame dos interessados na concorrência revelava que o calado dos berços dos armazéns n<sup>os</sup> 34 e 35 era de 11,70 m (onze metros e setenta centímetros), promover a correspondente dragagem, assevera o Vice-Presidente consultante. Isto, continua ele, até agora não aconteceu por vários motivos, especialmente a falta de recursos como restou anotado em correspondência recebida dessa Autoridade Portuária. Segundo esse empresário, o baixo calado dos berços dos armazéns n<sup>os</sup> 34 e 35 motivou a diminuição do movimento de carga e descarga de contêineres e a impossibilidade do atracamento de navios maiores, emperrando, assim, o desenvolvimento do Porto de Santos como porto concentrador. Esses fatos, não contraditados pela CODESP, assevera o Vice-Presidente consultante, refletiram direta e extraordinariamente nas atividades da Libra Terminal 35 S.A., especialmente no que se refere à movimentação mínima anual de contêineres a que essa empresa se comprometera atingir.

A CODESP, esclarece o Vice-Presidente consultante, estabeleceu valores e condições mais favoráveis aos posteriores arrendatários, quando comparados com os assumidos pela Libra Terminal 35 S.A., o que lhes permite oferecer melhores preços por

iguais serviços que prestam e, ao mesmo tempo, inviabilizando qualquer medida da Libra Terminal 35 S.A. para ofertar preços competitivos. Essa circunstância, acentua esse empresário, vem propiciando o escape de usuários para outros terminais e obsta o cumprimento de compromisso mínimo de movimentação de contêineres.

A boa execução do Contrato de Arrendamento, tanto na primeira como na segunda versão, ainda restou afetada por influência do comportamento recessivo da economia nacional, reflexo das crises da Ásia de 1997 e da Rússia de 1998, diz o Vice-Presidente consultante. O atentado aos Estados Unidos da América do Norte, em setembro de 2001, além das alterações absolutamente imprevisíveis que ocorreram no setor de transporte aquaviário, informa o Dr. Álvaro Sávio, são razões aliadas às outras mencionadas, que desequilibram extraordinariamente a economia do chamado Contrato de Arrendamento existente entre a CODESP e a Libra Terminal 35 S.A.

Diante do exposto, do Edital de Concorrência n. 12/97, do Contrato PRES/048.98, de algumas iniciais das ações propostas contra a CODESP, tramitando na Justiça Federal de Santos, pendentes de julgamento, o Vice-Presidente da Libra Terminal 35 S.A., Dr. Álvaro Sávio, formula a seguinte

CONSULTA
----------

“1. Os eventos narrados podem ser considerados impeditivos do cumprimento do compromisso de movimentação mínima?

2. Em sendo afirmativa a resposta dada ao quesito anterior, esses impeditivos configuram causa de exclusão da incidência do pagamento à CODESP pela movimentação estimada no contrato mas não realizada?

3. É possível à CODESP promover alteração das condições iniciais do Contrato PRES/032.98, substituído pelo Contrato PRES/048.98, de modo a restaurar o equilíbrio econômico-financeiro rompido pela ocorrência dos mencionados eventos?

4. É possível adotar, como mecanismo de recomposição do equilíbrio contratual, a eliminação ou a redução das metas de movimentação mínima de contêineres e a redução dos valores pagos à CODESP?

5. É possível a CODESP celebrar transação com a Libra Terminal 35 S.A., destinada a extinguir os litígios existentes e estipular forma de recomposição contratual, principalmente em se tratando de fazer adaptações em contrato com prazo de vigência de vinte anos, para adequar as condições contratuais às novas realidades, visando a

satisfazer o interesse público maior de modernizar e maximizar as operações do Porto de Santos?”

As questões formuladas pelo Vice-Presidente da Libra Terminal 35 S.A., Dr. Álvaro Sávio, à vista de suas informações pessoais, além das escritas, admitidas a veracidade das ocorrências e a exatidão das conseqüências, presentes, ainda, o Contrato PRES/048.98 e o Edital da Concorrência n. 12/97, respondemos nos termos do seguinte

**PARECER**

1.- As respostas desejadas pela Libra Terminal 35 S.A. só fluirão com a indispensável clareza e desejada legalidade, após a determinação da qualificação jurídica do documento que em razão da Concorrência n. 12/97 assinou com a Companhia Docas do Estado de São Paulo – CODESP, denominado Contrato de Arrendamento e identificado para fins administrativos pelo código PRES/032.98, substituído por outro documento, também chamado de Contrato de Arrendamento e ainda em vigor, marcado para tais fins pelo código PRES/048.98, tendo presente que essa estatal é delegada da União na prestação dos serviços portuários. Esse documento, celebrado por essas empresas, contém regras explicitadas em suas inúmeras cláusulas que indicam um ajuste de natureza contratual, pois cada uma das signatárias deseja prestações opostas. Ademais, é o que induz a denominação Contrato de Arrendamento que lhe atribuíram. A CODESP deseja os adequados serviços públicos de atracamento e de armazenagem e movimentação de contêineres, enquanto a Libra Terminal 35 S.A. quer o lucro a ser alcançado com o uso da área portuária e com a prestação desses serviços, cuja titularidade é da União.

2.- Esse documento, assim denominado e codificado, não retrata verdadeiramente um tipo especial de ajuste de uso de bem público mas, como acentua HELY LOPES MEIRELLES (*Estudos e Pareceres de Direito Público*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1981, vol. IV, p.37), uma espécie de contrato de locação, o que também não é relevante para o deslinde do caso proposto pela Libra Terminal 35 S.A. Com efeito, qualquer denominação que tenha não espelha o real regime que lhe está sotoposto, pois impregnado de cláusulas exorbitantes, destinadas a prestigiar a prestação dos serviços públicos de atracamento de navios e de armazenamento e movimentação de contêineres. Basta para confirmar essa assertiva a simples leitura dos direitos atribuídos à CODESP pela Cláusula Vigésima Quarta e do rol de obrigações a cargo da Libra Terminal 35 S.A., consignado na Cláusula Vigésima Quinta, ambas desse documento. O regime jurídico desse contrato não é o que se poderia supor pela simples alcunha que lhe atribuíram, nem é um mero contrato de locação, mas outro ajuste que recebe seu fundamento, especialmente, do art. 4º da Lei federal n. 8.630, de 25 de fevereiro de 1992, que dispõe sobre o regime jurídico da exploração dos portos organizados e das instalações portuárias, chamada Lei dos Portos, sem mencionar que também lhe são aplicáveis os preceitos de

Direito Público. Em resumo: não é contrato de arrendamento, nem puro contrato de locação.

3.- O regime atribuído ao Contrato de Arrendamento nº PRES/032.98, re-codificado para PRES/048.98, por determinação da Lei dos Portos, mais se aproxima do contrato administrativo de concessão de serviços públicos dadas as cláusulas exorbitantes que encerra por expressa imposição do § 4º do mencionado art. 4º dessa lei e do seu objeto, seguramente serviço público federal. Aliás, a Cláusula Quadragésima Terceira desse ajuste deixa clara essa aproximação ao prescrever que o arrendamento rege-se-á pela Lei Federal nº 8.987, de 1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão de serviço público. Por outro lado, exige da Libra Terminal 35 S.A. a construção de certa obra portuária, portando, ligada aos serviços de atracamento de navios e de armazenagem e movimentação de contêineres. Em sendo assim, resta evidente, que o denominado Contrato de Arrendamento nº PRES/032.98, re-codificado para PRES/048.98, não é, efetivamente, um simples contrato de concessão de serviço público, pois é exigido da Libra Terminal 35 S.A. a prévia construção de obras e instalações portuárias, para então explorar os serviços públicos de atracamento de navios e de armazenagem e movimentação de contêineres. É então um contrato de concessão de serviço público precedido de obra pública, tal como definido pela Lei federal das Concessões e Permissões de Serviço Público. Por ele obriga-se essa empresa a realizar vultosas obras e instalações portuárias, para após permitir a exploração de tais serviços públicos de atracamento de navios e de armazenagem e movimentação de contêineres.

A confusão foi gerada pelo nome atribuído ao ajuste, pois deveria ser Contrato de Concessão, como alias está indicado no art. 1º e no seu § 2º, da Lei dos Portos. Ademais não pode ser, salvo permissão e autorização, outra a modalidade de outorga a particulares da prestação de serviço público, como expressamente indicado nos arts. 21, XII, e 175, ambos da Lei Maior. Não obstante não se pode impedir que a doutrina e o legislador dêem a esse ajuste o nome de Contrato de Arrendamento. “As palavras”, ensina CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (*Curso de Direito Administrativo*, 16ª ed., São Paulo, Malheiros, 2003, p. 569), “são meros rótulos que sobrepomos às coisas. Seria desejável que às realidades distintas fossem dadas titulações diferentes, para evitar confusões e extrapolações indevidas, como ocorre no caso”. Para o jurista não interessa o nome, mas o regime jurídico da coisa que está por debaixo. Se não se entender o chamado Contrato de Arrendamento como concessão de serviço público precedida de obra pública, há que se declarar a Lei de Portos inconstitucional, pois transfere a execução de um dado serviço público mediante instrumento contratual diverso dos indicados nos mencionados preceitos constitucionais.

4.- A concessão de serviço público precedida de obra pública, antes simplesmente concessão de obra pública, está definida no inc. III do art. 2º da Lei federal das Concessões e Permissões de Serviço Público, como “a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse

público, delegada pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para a sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado”. MARIA SYLVIA ZANELA DI PIETRO (*Direito Administrativo*, 16<sup>a</sup> ed., São Paulo, Atlas, 2003, p. 283) assevera que a concessão de obra pública é o “contrato administrativo pelo qual o Poder Público transfere a outrem a execução de uma obra pública, para que a execute por sua conta e risco, mediante remuneração paga pelos beneficiários da obra ou obtida em decorrência da exploração dos serviços ou utilidades que a obra proporciona”.

5.- Outras tantas definições poderiam ser mencionadas, mas para os fins deste parecer essas são mais que suficientes e até porque nada agregariam que justificasse longa enumeração. O que se conta como essencial à caracterização da concessão de serviço público precedida da execução de obras públicas, cujas definições deixam isso claro é a presença dos seguintes requisitos: outorga mediante contrato administrativo antecedido, como regra, da competente licitação; execução de certa obra pública; exploração, após essa construção, de um serviço público que lhe seja compatível; remuneração do concessionário mediante a cobrança de tarifas dos usuários do serviço público prestado; exploração em nome e por conta e risco do concessionário. Essas características do contrato de concessão de serviço público precedido da execução de obra pública estão, indubitavelmente, presentes no Contrato de Arrendamento, codificado como PRES/032.98, re-codificado para PRES/048.98, o que o transveste em contrato de concessão de serviço público precedida de obra pública, decorrendo desse fato várias e importantes conseqüências.

5.1.- O ajuste existente entre a CODESP e a Libra Terminal 35 S.A., chamado de Contrato de Arrendamento, é verdadeiramente um contrato administrativo, na medida em que dele constam preceitos de Direito Público por determinação do § 4º, do art. 4º, da Lei de Portos. Ademais, por força da Cláusula Quadragésima Terceira desse ajuste que diz ser ele regulado pela Lei Federal nº 8.987, de 1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão de serviço público, e da Cláusula Quadragésima Quinta que estatui, para fins de aplicação das regras contratuais, que as divergências serão, caso não possam ser resolvidas com recurso às normas gerais de interpretação, solucionadas com auxílio dessa lei federal, ou seja, valendo-se o intérprete desse contrato do regime jurídico instituído pela Lei das Concessões e Permissões de Serviço Público. Por tais razões não se pode imaginar esse ajuste senão como um contrato administrativo. É relevante, nesta oportunidade, para selar de vez qualquer discussão quanto a natureza do mencionado Contrato de Arrendamento, alertar que o Decreto federal nº 4.391, de 26 de setembro de 2002, que dispõe sobre o arrendamento de áreas e instalações portuárias de que trata a Lei federal n. 8.630, de 1993, considera esse ajuste como espécie de contrato administrativo. É, portanto, contrato administrativo, pois em sendo espécie



guarda, necessariamente, as características do gênero. Com efeito, estabelece o art. 9º desse decreto que:

“O contrato de arrendamento de que trata este decreto constitui espécie do gênero contrato administrativo e se regula pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhe, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições do direito privado”.

Não cabe contestar a tese, afirmando que esse decreto é posterior à Lei federal nº 8.630, de 1993, porque seria perda tempo. Como decreto regulamentar, teria que ser, mesmo, posterior a essa lei. Ademais, nesse particular, a disposição regulamentar nada criou, apenas deixou às claras a natureza jurídica do denominado Contrato de Arrendamento, pois quanto a isso essa lei é omissa, embora seja perfeitamente possível caracterizá-lo como contrato administrativo, face às cláusulas exorbitantes que seu texto deve abrigar e havidas como essenciais pelo § 4º, do art. 4º, da Lei dos Portos. Por fim, diga-se que, no caso, também foi atendida a precedência da licitação na modalidade de concorrência, da qual participou a Libra Terminal 35 S.A., denominada no contrato que aí teve origem de Arrendatária. O primeiro requisito caracterizador da concessão de serviço público precedida de obra pública está confirmado no Contrato de Arrendamento que vimos analisando, de sorte que começa a aluir sua natureza privada.

5.2.- Para ser contrato de concessão de serviço público precedida de obra pública, o Arrendatário deve comprometer-se a executar uma obra dessa natureza para, só então, passar a prestar o serviço público correspondente. O chamado Contrato de Arrendamento exige a execução de obra pública indispensável a prestação dos serviços de atracamento de navios e de armazenamento e movimentação de contêineres? A resposta é afirmativa, pois assim consta da sua Cláusula Segunda. Com efeito, no que interessa a este parecer está registrado nessa cláusula que constitui objeto desse ajuste, o arrendamento de área sob administração da CODESP, “envolvendo investimentos da Arrendatária necessários à construção, implantação e operação na referida área de instalações portuárias para movimentação e armazenagem de contêineres”. Essa obrigação é reiterada pela Cláusula Sexta, que cuida especificamente dos investimentos da Arrendatária no valor mínimo de R\$ 38.200.000,00 (trinta e oito milhões e duzentos mil reais). Investimento é a inversão de recursos financeiros na construção de obras e instalações, embora também possa significar inversões na aquisição de outros ativos, o que, seguramente, não é o caso. Logo, o Contrato de Arrendamento prevê a execução de obras públicas para, só depois, permitir à Arrendatária, no caso a Libra Terminal 35 S.A., o início da exploração dos serviços de atracamento de navios e de armazenagem e movimentação de contêineres. Resta, desse modo, configurado mais um requisito caracterizador da concessão de serviço público precedida de obra pública, ainda que o instrumento jurídico em que isso se verificou seja chamado de Contrato de Arrendamento.

5.3.- Para que se tenha concessão, seja de serviço público ou de serviço público precedida de obra pública, o serviço há de ser público, tal como vimos afirmando em relação aos de atracamento e de armazenagem e movimentação de contêineres. Não há concessão se o serviço já cabe ao particular, como são os serviços de bares e restaurantes, ou se pode ser prestado concorrentemente com a Administração Pública, a exemplo dos serviços de saúde e educação. “Serviço público”, ensina MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO (ob. cit., p. 60), “é toda atividade que a Administração Pública executa, direta ou indiretamente, para satisfazer à necessidade coletiva, sob regime jurídico predominantemente público”. Não destoia dessa inteligência a definição ofertada por LUCIA VALLE FIGUEIREDO (*Curso de Direito Administrativo*, 5ª ed., São Paulo, Malheiros, 2001, p. 77) e assim redigida: “Serviço público é toda atividade material fornecida pelo Estado, ou por quem esteja a agir no exercício da função administrativa se houver permissão constitucional e legal para isso, com o fim de implementação de deveres consagrados constitucionalmente relacionados à utilidade pública, que deve ser concretizada, sob regime prevalente de Direito Público”.

O serviço objeto do chamado Contrato de Arrendamento atende a esse conceito, de modo que se tem presente nesse ajuste mais um requisito caracterizador da concessão de serviço público precedida de obra pública. Para os céticos intérpretes desse instrumento diga-se que a dúvida encontra equacionamento na análise da Constituição Federal, no que respeita às competências de cada ente da Federação na prestação dos serviços públicos, mesmo que superficialmente. Assim, pode-se afirmar que são serviços públicos municipais os que dizem respeito ao interesse local (art. 30, I). São da União, entre outros, os indicados no art. 21. São dos Estados os não atribuídos à União e ao Município (art. 25, § 1º), enquanto são do Distrito Federal, dada sua peculiar natureza jurídica (art. 32, § 1º), os serviços que caberiam ao Estado e ao Município. Deixando de lado os serviços públicos dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, de pouca valia para o presente parecer, cuidemos dos serviços públicos a cargo da União ou, dos serviços públicos federais. Alguns serviços, como visto, são marcados pela Constituição Federal como serviços pertencentes à União. Assim são os serviços do art. 21, incisos X, XI, XII e XV, entre outros, dos quais só nos interessa o indicado na alínea f do inc. XII. Nos termos do art. 21, XII, f, da Lei Maior, compete à União explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão os portos marítimos, fluviais e lacustres. Se cabe à União a exploração, ainda que se possa questionar a precisão da expressão *explorar*, dos portos nas suas várias espécies, a conclusão, até óbvia demais, é uma só: a exploração dos portos marítimos é serviço público e como tal deve ser tratado.

Os autores, à quase unanimidade, não titubeiam ao considerar como serviço público os listados nas alíneas do inc. XII, do art. 21, da Constituição Federal. Nesse sentido é a lição de MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO (ob. cit., p. 99), CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (*Curso cit.*, 626), DINORÁ ADELAIDE MUSETTI GROTTI (*Serviço Público e a Constituição de 1988*, São Paulo, Malheiros, 2003, p. 90), LUCIA VALLE FIGUEIREDO (ob. cit., p. 78), ROBERTO RIBEIRO BAZILLI (*Serviços*



*Públicos e Atividades Econômicas na Constituição de 1988*, in RDA 197:10), EDIMUR FERREIRA DE FARIA (*Curso de Direito Administrativo Positivo*, 4ª ed., Belo Horizonte, 2001, p. 357), DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO (*Curso de Direito Administrativo*, 11ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1996, p. 326) e CELSO RIBEIRO BASTOS (*Curso de Direito Administrativo*, São Paulo, Saraiva, 1994, p. 162). Portanto, para esses e outros tantos autores não citados para não alongarmos demasiadamente a lista, a exploração, direta ou mediante autorização, concessão ou permissão, dos portos marítimos, fluviais e lacustres, é, nos termos do art. 21, XII, f, da Constituição Federal, da competência da União, pois serviço público federal, delegado, em relação ao Porto de Santos, à CODESP. Esses serviços públicos são compatíveis com a obra e a instalação portuária realizadas pela Libra Terminal 35 S.A. Pode-se, assim afirmar que o chamado Contrato de Arrendamento apresenta mais uma característica da concessão de serviço público precedida de obra pública, o que o aproxima, ainda mais, dessa espécie de contrato administrativo.

5.4.- A cobrança de tarifa dos usuários do serviço público prestado por quem faz as vezes da Administração Pública é circunstância indispensável para caracterização do contrato de concessão, seja de serviço público ou de serviço público precedido de obra pública. Quanto a esse particular aspecto ensina CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (*Curso cit.*, p. 644) que “é indispensável – sem o quê não se caracterizaria a concessão de serviço público – que o concessionário se remunere pela ‘exploração’ do próprio serviço concedido”. No caso da prestação dos serviços de atracamento de navios e de armazenamento e movimentação de contêineres não existe, legal ou contratualmente falando, uma política tarifária como normalmente acontece nos contratos de concessão de serviço público ou de serviço público precedido de obra pública. Isto não significa que não haja remuneração advinda da exploração do próprio serviço público ou que a remuneração do concessionário seja da responsabilidade do Poder Público concedente. A política tarifária, no caso, foi estruturada pela própria Arrendatária, por ocasião da apresentação do Plano de Negócio, previsto na letra g do item 4 do Edital de Concorrência nº 12/97. A partir daí, a Arrendatária promoveu e vem promovendo, de acordo com o mercado, os ajustamentos necessários à economia da exploração dos serviços de atracamento de navios e de armazenamento e movimentação de contêineres que lhe cabe prestar.

Não se diga que tal procedimento não condiz com a regra normal de instituição da política tarifária e o que a Arrendatária cobra não é tarifa e, em assim sendo, essa característica não está presente no Contrato de Arrendamento. O que tradicionalmente se tem adotado (política tarifária, instituída e controlada pelo Poder Público concedente) não é procedimento exclusivo, pois permite, em alguns casos, outro sistema remuneratório, desde que a remuneração não caiba diretamente ao Poder Público concedente. O que não se admite, sob pena de não ser possível a distinção desse contrato com o de, por exemplo, varrição, coleta e destino final do lixo urbano, é a remuneração do concessionário ser feita diretamente pelo Poder Público. Em suma: o

concessionário não pode receber a remuneração a que faz jus do Poder Público concedente, ressalve-se, é claro, a outorga de algum subsídio no caso de tarifa social. Aliás, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (*Curso cit.*, p. 644) já fizera idêntica observação ao ensinar que:

“Isto, de regra, se faz como indicado, ‘em geral’ e ‘basicamente’ pela percepção de tarifas cobradas dos usuários. Entretanto, dita exploração poderia ser feita, em alguns casos, por outro meio. É o que sucede nas concessões de rádio e televisão (radiodifusão sonora ou de sons e imagens), em que o concessionário se remunera pela divulgação de mensagens publicitárias cobradas dos anunciantes. Não se trata de tarifa e quem paga por isso não será necessariamente um ‘usuário’. Mas há, aí, igualmente, a exploração do próprio serviço público concedido”.

Desse modo, resta seguro que no Contrato de Arrendamento, que vimos analisando, está presente mais esse requisito, próprio dos contratos de concessão de serviço público. De fato, por esse contrato a exploração dos serviços de atracamento de navios e de armazenagem e movimentação de contêineres é feita mediante a cobrança de valores por unidade de serviço prestado aos usuários. Mais e mais os regimes desses contratos se confundem, pendendo o do Contrato de Arrendamento para o regime da concessão de serviço público, pois esse é o regime jurídico da concessão de serviço público precedida de obra pública.

5.5.- A exploração do serviço público, tanto na concessão de serviço público como na de serviço público precedida de obra pública, há de ser por conta e risco do concessionário. Eis aí o último elemento caracterizador dessa espécie de contrato administrativo, também presente no chamado Contrato de Arrendamento n° PRES/032.98, re-codificado para PRES/048.98. Com efeito, além das inúmeras cláusulas que confirmam esse entendimento uma, em particular, a Vigésima Terceira, é reveladora de que a Arrendatária explorará os serviços públicos de atracamento de navios e de armazenagem e movimentação de contêineres em seu nome, conta e risco, na medida em que estabelece: “A Arrendatária assumirá, em decorrência do Contrato PRES/032.98, que ora é substituído por este instrumento sem, contudo, modificar o prazo, integral responsabilidade por todos os riscos inerentes ao arrendamento”. Destarte, se pelo parágrafo segundo da Cláusula Vigésima a Arrendatária é obrigada a prestar serviços que satisfaçam as condições de regularidade, continuidade, eficiência e atualidade e se por essa cláusula assume inteira responsabilidade, não há como essa prestação não ser havida e realizada em seu nome e por sua conta e risco. Para que fosse diferente seria indispensável expressa prescrição legal ou contratual nesse sentido, o que, de fato, não é o caso.

Depois dessa longa análise que confirmou a presença dos requisitos da concessão de serviço precedida de obra pública no Contrato de Arrendamento, não se

pode ver esse ajuste, existente entre a CODESP e a Libra Terminal 35 S.A., cujo objeto é a prestação dos serviços públicos de atracamento de navios e de armazenagem e movimentação de contêineres, senão como um contrato de concessão de serviço público precedido de obra pública e aproveitar o regime do contrato de concessão de serviço público precedida de obra pública para fundamentar as respostas desejadas pelo ilustre Vice-Presidente dessa empresa. Nada, portanto, de estranho vez que não há entre esses contratos qualquer diferença substancial ou de fundo.

6.- O regime jurídico da concessão de serviço público precedida de obra pública, que outra coisa não é senão o conjunto de regras e princípios a que se subsume essa espécie de contrato administrativo, é o mesmo da concessão de serviço público, conforme está expressamente determinado no art. 1º da Lei federal das Concessões e Permissões de Serviços Públicos. Ademais, pensam desse modo, entre outros, HELY LOPES MEIRELLES (*Direito Administrativo Brasileiro*, 28ª ed., São Paulo, Malheiros, atualizada por Eurico de Andrade Azevedo e outros, 2003, p. 256). MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO (ob. cit., p. 284), depois de alertar que a modalidade licitatória é a concorrência e que o retorno do investimento se dará mediante a exploração da obra ou do serviço durante o prazo determinado, acentua que “quanto ao mais, tem-se que entender que se aplicam as normas pertinentes à concessão de serviço público, no que couberem, e as normas da Lei nº 8.666/93”.

Em suma, pode-se afirmar, que o chamado Contrato de Arrendamento nº PRES/032.98, re-codificado para PRES/048.98, rege-se pelas suas cláusulas e pelas regras e princípios que dizem respeito à concessão de serviço público, como, aliás, está expressamente estabelecido na sua Quadragésima Terceira Cláusula. A Cláusula Quadragésima Quarta reforça essa determinação ao prescrever que esse contrato regular-se-á pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público. Ora, preceitos de Direito Público são regras postas, vigentes no Ordenamento Jurídico, e nesse particular não existem outros senão os da Lei federal n. 8.987, de 1995, e da Lei, também federal, 8.666, de 1993, que dispõem, respectivamente, sobre Concessões e Permissões de Serviços Públicos e sobre Licitações e Contratações no âmbito da Administração Pública, ambas admitidas expressamente pela referida Cláusula Quadragésima Terceira, como regedoras do Contrato de Arrendamento, ou, como demonstramos, contrato de concessão de serviço público precedida de obra pública. Por dita cláusula também se lhe aplica a Teoria Geral dos Contratos.

7.- Esses preceitos de Direito Público, consubstanciados especialmente na Lei federal das Concessões e Permissões de Serviço Público, dão o perfil jurídico da Concessão de serviço público precedida da execução de obra pública, que para os efeitos deste parecer podem ser resumidos, de um lado, como deveres-poderes da CODESP, mencionados no art. 29 dessa lei. Desses deveres-poderes são mais relevantes os de: regulamentar os serviços concedidos e fiscalizar permanentemente a sua prestação; aplicar as penalidades regulamentares e contratuais; intervir na prestação do serviço;

extinguir a concessão; zelar pela boa qualidade dos serviços prestados aos usuários e a reversão dos bens aplicados no serviço. Esses deveres-poderes são praticamente os indicados na Cláusula Vigésima Quarta do chamado Contrato de Arrendamento nº PRES/032.98, re-codificado para PRES/048.98.

De outro lado, em contrapartida aos amplos poderes que o Poder Público concedente desfruta, está a obrigação incontestável de respeitar o objeto do contrato e a sua equação econômico-financeira. Todos sabem, inclusive a CODESP, que é a equação econômico-financeira quem propicia o ganho, o lucro ao concessionário e que este foi o motivo do envolvimento da Libra Terminal 35 S.A. na transação que se discute em alguns de seus aspectos. Assim é, ainda que tais garantias não estejam mencionadas no ajuste, a uma por ser inerente a todo e qualquer contrato administrativo, a duas por constar de expressa previsão regulamentar (parágrafo único do art. 9º, do Decreto federal n. 4.391/02), a três por ser, até por prescrição regulamentar (art. 9º, *caput*, do Decreto federal n. 4.391/02), contrato administrativo. É o magistério preciso e oportuno de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (*Curso cit.*, p. 572) quando, ao versar sobre as características do contrato administrativo, acentua:

“Daí outra peculiaridade do assim chamado contrato administrativo, conforme notação dos especialistas. A contrapartida dos poderes da Administração é uma proteção excepcionalmente grande em proveito do particular, de modo que a desigualdade dantes encarecida equilibra-se com o resguardo do objetivo de lucro buscado pelo contratante privado”.

8.- Os contratos, sejam eles públicos ou privados, assevera MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO (ob. cit., p. 263), “supõem a existência de um equilíbrio econômico-financeiro”, sob pena de não acorrerem interessados às contratações propostas pela Administração Pública. Portanto, é incontroverso que o contrato administrativo, como é o existente entre a CODESP e a Libra Terminal 35 S.A., destinado à exploração dos serviços públicos de atracamento de navios e de armazenagem e movimentação de contêineres, precedida da execução de obra pública, ainda que fosse de Direito Privado, tem equação econômico-financeira. Esta é entendida como a relação de fato, fixada pelas partes na celebração do contrato, entre os encargos do contratado e a remuneração a que faz jus pela execução da obra, prestação do serviço, fornecimento de bens ou prestação de serviço público. Com efeito, a Administração Pública ou quem lhe faça as vezes, como é o caso da CODESP, sua delegatária, espelhada nos seus desejos e na proposta do licitante vencedor, quando houver licitação, acordam com esses custos e a respectiva remuneração. É, portanto, correto afirmar que o ajuste existente entre essa estatal e a Libra Terminal 35 S.A, para a execução do mencionado serviço público de atracamento de navios e de armazenagem e movimentação de contêineres tem equação econômico-financeira. Aliás, não é outra coisa o que esclarece o art. 9º, parágrafo único, do Decreto federal n. 4.391, de 2002, que regulamenta alguns aspectos da Lei de Portos.

9.- A equação econômico-financeira do contrato administrativo, conforme ensinam os doutos, resta aperfeiçoada no momento em que a Administração Pública, via de regra no final do processo licitatório, aceita a melhor proposta dentre as várias que lhe foram apresentadas. Com efeito, ensina MARÇAL JUSTEN FILHO (*Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, 9ª ed., São Paulo, Dialética, 2002, p. 499) que:

“A equação econômico-financeira se delinea a partir da elaboração do ato convocatório. Porém, a equação se firma no instante em que a proposta é apresentada. Aceita a proposta pela Administração, está consagrada a equação econômico-financeira dela constante”.

O consagrado HELY LOPES MEIRELLES em sua clássica monografia *Licitação e Contrato Administrativo* (13ª ed., São Paulo, Malheiros, 2002, p. 193), após acentuar que a defesa da equação econômico-financeira do contrato administrativo tem raiz constitucional, assevera: “Portanto, é a partir da proposta apresentada pelo contratado que se inicia a proteção da equação econômico-financeira do contrato”. Vale afirmar: é a partir da data desse documento, quase sempre para fins de licitação, que se tem por fixada a equação econômico-financeira. No caso *sub examine* a equação econômico-financeira foi estabelecida com a aceitação da Proposta de Metodologia de Execução, entregue em abril de 1997, exigida e disciplinada pelos itens 98 *usque* 113 do Edital de Concorrência n. 12/97, como condição para participar da concorrência então aberta.

Observe-se até para homenagear esse notável jurista que sua lição, comentando nesse particular a Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública, não perde a oportunidade, valia e importância para o caso *sub examine*, pois expressa princípios aplicáveis aos contratos administrativos. É importante observar que da Proposta de Metodologia de Execução fazia parte o Plano de Negócio, que consubstanciava: a) projeção da movimentação e armazenagem de mercadorias ao longo do contrato; b) projeção das receitas e despesas operacionais e não operacionais; c) descrição dos recursos próprios dos financiamentos a serem contratados pela Licitante; d) tributos incidentes sobre as operações. Dito Plano de Negócio ao exigir a projeção das receitas, certamente indicava o valor a ser cobrado por unidade de serviço prestado pela Libra Terminal 35 S.A. de seus usuários. Como a proposta dessa concorrente, considerada vencedora, fato ainda mais relevante ocorreu, ou seja, restaram aprovados os valores de cada unidade de serviço. Assim, aceita a proposta, por ser a melhor, aperfeiçoou-se a equação econômico-financeira do futuro ajuste.

O reajuste dos valores cobrados dos usuários dos serviços públicos prestados pela Libra Terminal 35 S.A., a partir da aceitação da proposta passou a acontecer consoante a tendência do mercado, pois nenhuma regra de reajustamento tarifário foi contratualmente fixada. Assim há de ser, não só pela grandeza do prazo contratual, mas, especialmente, por não se conceber que a falta de previsão de reajustamento ponha em

risco a economia do contrato e, portanto, a boa execução do ajuste. Nesse sentido é a pertinente ensinança de MARÇAL JUSTEN FILHO (ob. cit., p. 505) posta nestes termos: “O direito à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro não deriva de cláusula contratual nem de previsão no ato convocatório. Tem raiz constitucional. Portanto, a ausência de previsão ou autorização é irrelevante”. Logo, há que se concluir, que no chamado Contrato de Arrendamento que vigora entre a CODESP e a Libra Terminal 35 S.A. para a execução dos serviços públicos de atracamento de navios e de armazenagem e movimentação de contêineres precedido de obra pública, existe equação econômico-financeira, estabelecida em abril de 1997, ocasião em que essa empresa sagrou-se vencedora da Concorrência nº 12/97, Seu reajustamento, no entanto, vem sendo promovido por essa empresa segundo as regras do mercado. Mas, ainda que essa tese fosse de todo juridicamente intragável, prevalecendo, embora não se admitida, o regime jurídico de Direito Privado a reger essa avença, a Libra Terminal 35 S.A. estaria plenamente coberta pelo princípio da *pacta sunt servanda* e pela cláusula *rebus sic stantibus*, pois a indenização e a recomposição da estrutura econômica do contrato sempre seriam possíveis. Abril de 1997 é, assim, a data base para todas as medidas destinadas a recompor a economia desse contrato, salvo em relação às indenizações, pois essas são devidas com juros e correção monetária a partir da data em que se verificaram.

10.- A equação econômico-financeira assim instituída deve ser mantida até a plena execução do contrato administrativo, qualquer que seja sua espécie, o que inclui, no caso, o chamado Contrato de Arrendamento. Essa circunstância levou a doutrina, por primeiro, e a jurisprudência, por segundo, a sustentarem a manutenção do equilíbrio entre os encargos da execução e a remuneração a que faz jus o contratado, como um dos seus mais legítimos direitos. Com efeito, o preciso CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, nesse particular, ensina que a “Doutrina e jurisprudência são concordes em que, no contrato administrativo, a equação econômico-financeira, ali firmada, constitui-se em inadversável direito do contratado” (RDP 90:98).

Na realidade, o que se quer acentuar, quando se afirma que a equação econômico-financeira é “inadversável direito do contratado”, é o direito ao restabelecimento dos termos dessa igualdade, pois é notório que a relação encargo-remuneração do contrato administrativo, qualquer que seja a espécie, pode, durante sua vigência, ser rompida por atos e comportamentos lícitos ou ilícitos das partes, com conseqüências diversas conforme seja o contratante ou o contratado o causador do *desbalanço*. É o que se pode afirmar, desde logo, em relação ao insuportável desequilíbrio da relação econômica que se instalou no contrato que vigora entre a CODESP e a Libra Terminal 35 S.A., para a exploração dos serviços públicos de atracamento de navio e de armazenagem e movimentação de contêineres. A Libra Terminal 35 S.A., pelas razões já debatidas, tem o direito impostergável de ver, por ato da CODESP, que pode desaguar em medida conjunta das partes, a restauração da equação econômico-financeira do chamado Contrato de Arrendamento nº PRES/032.98, re-codificado para PRES/048.98, que travou, em 1998, com essa estatal.



O que se assegura, portanto, é o dever de serem restabelecidos, por ato da própria Administração Pública, ou em conjunto com o contratado, os termos originais da igualdade entre os encargos da contratada e a remuneração a que tem direito, conforme antes pactuado, após ter sido a correspondente equação econômico-financeira rompida pela contratante estatal, por tal ou qual motivo, lícito ou ilícito, não importa. Assim é por definição. De fato, em seu magistério, leciona CÁIO TÁCITO (*Temas de Direito Público – Estudos e Pareceres*, Rio de Janeiro, Renovar, 2º vol., 1997, p. 1.348), que “Por definição, o reequilíbrio econômico do contrato é um ato sucessivo à quebra da equação financeira originalmente pactuada”. Somente com esse procedimento, algumas vezes repetido, se assegurará durante toda a vida do contrato a equação econômico-financeira, nos termos originalmente estabelecidos.

11.- O rompimento da equação econômico-financeira do contrato administrativo, qualquer que seja a espécie, poderá decorrer de comportamento do contratado, que alguns autores, chamam de *álea ordinária*. A *álea ordinária* corresponde ao próprio risco do negócio. É o risco a que todo empresário está sujeito, como resultado da oscilação de mercado ou em razão de sua má gestão empresarial. Por ela não responde a Administração Pública contratante. A quebra também pode derivar de comportamento da Administração Pública, que certos autores denominam de *álea administrativa*. Esta, segundo HELY LOPES MEIRELLES (*Licitação cit.*, p. 239), “é toda ação ou omissão do Poder Público que, incidindo direta e especificamente sobre o contrato, retarda, agrava ou impede sua execução”. Por ela a Administração Pública contratante responde. Quando esses atos e comportamento são praticados pela própria Administração Pública contratante, como parte, são chamados de *fatos da administração*, a exemplo do prolongamento do itinerário de certa linha de ônibus ou o descumprimento de obrigação contratual. Quando são praticados pelo Poder Público a outros intentos, mas cuja repercussão se faz sentir sobre certo contrato administrativo existente, denomina-se *fato do príncipe*, como se passa com a criação de um tributo federal que acaba por incidir fortemente sobre algum aspecto de determinado contrato que o particular mantém com o Município. Por fim, o desequilíbrio pode decorrer de comportamento estranho à vontade das partes, chamado por alguns autores de *álea econômica* e por outros de *álea extraordinária*. São acontecimentos imprevisíveis, inevitáveis e insuportáveis pelo contratado particular. Algumas vezes é previsível, mas de conseqüências inavaliáveis, tal como a desvalorização da moeda, o aumento do preço internacional do barril de petróleo, a doença da *vaca-louca* ou o atentado aos EUA de 11 de setembro de 2001. Pela *álea econômica*, que não se confunde, de modo algum, com a *álea ordinária*, responde a Administração Pública contratante, no caso a CODESP.

12.- Essas noções doutrinárias também estão presentes nas lições de MARÇAL JUSTEN FILHO (ob. cit., p. 499). Com efeito, ao discorrer sobre as causas do rompimento do equilíbrio econômico-financeiro, esse tratadista da Lei federal das Licitações e Contratos Administrativos ensina que: “O rompimento do equilíbrio econômico-financeiro da contratação poderá derivar de fatos imputáveis à Administração como de eventos a

ela estranhos. A Administração poderá ampliar os encargos do contratado, unilateralmente, para melhor atender suas necessidades, por exemplo. Ou poderá fazer necessária redução de prazos de fornecimento; ou a Administração poderá alterar a composição química de produtos alimentares, para aumentar suas qualidades nutritivas. Mas o rompimento do equilíbrio econômico-financeiro poderá decorrer de outros fatos, totalmente alheios à Administração. Assim, a crise econômica poderá produzir uma extraordinária elevação de preço de determinados insumos; uma greve poderá acarretar a impossibilidade de fabricação dos produtos; uma crise internacional poderá provocar a elevação dos preços dos combustíveis; etc”. Em tais situações, por óbvio, o reajustamento da equação econômico-financeira do contrato administrativo atingido, qualquer que seja a espécie, inexoravelmente, se impõe. Destarte, não pode ser diferente com o Contrato de Arrendamento que vigora entre a CODESP e a Libra Terminal 35 S.A, verdadeiro contrato de concessão de serviço público precedido de obra pública, desequilibrado em sua economia por comportamentos dessa estatal.

13.- O contrato administrativo, como qualquer outro, é firmado à vista das condições econômico-administrativas existentes no momento da celebração e segundo os objetivos que cada uma das partes busca retirar da avença. São essas condições e objetivos que motivam as partes à realização do negócio. A entidade governamental deseja a obra, o bem, o serviço ou ainda o serviço público sob a égide de certas estipulações que imprime unilateralmente, quase sempre via edital licitatório. Essa sua razão para integrar o ajuste. O particular que, observando essas estipulações se dispõe a satisfazer-lhe o pretendido, mediante o recebimento de um preço fixado segundo suas condições econômico-empresariais e as regras do mercado naquele momento, almeja o lucro. Este é seu interesse na contratação. Nesse sentido é a bem lançada lição de HELY LOPES MEIRELLES (*Licitação cit.*, p. 182), proferida nestes termos:

“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”.

14.- Portanto, qualquer ajuste, inclusive o público, como é o existente entre a CODESP e a Libra Terminal 35 S.A., é notoriamente concertado segundo esses objetivos e condições e a firme suposição que não variarão substancialmente no futuro. Se alteração houver, deverão ser tais acordos entendidos segundo as circunstâncias vigentes na oportunidade da celebração. Dito princípio, de inteira justiça, assegura ao longo da vigência do contrato o que fora desejado pelas partes e descarta outros resultados, diversos e distantes do que esperavam obter com a execução do ajuste. O contrato, portanto, é *rebus sic stantibus*, isto é, as obrigações contratuais devem ser interpretadas à luz das circunstâncias e fatos sob os quais foi celebrado. Daí as precisas lições de CARLOS ARI SUNDFELD (*Licitação e Contrato Administrativo*, São Paulo, Malheiros,

1994, p. 238) e de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (*Curso cit.*, p. 597), asseverando este que de acordo com a cláusula *rebus sic stantibus*,

“... as obrigações contratuais não de ser entendidas em correlação com o estado de coisas ao tempo em que se contratou. Em consequência, a mudança acentuada dos pressupostos de fato em que se embasaram implica alterações que o Direito não pode desconhecer. É que as vontades se ligaram em vista de certa situação, e na expectativa de determinados efeitos, e não em vista de situação e efeitos totalmente diversos, surtidos à margem do comportamento dos contratantes”.

15.- Esse princípio, como é notório, vai muito além da incontroversa obrigação da Administração Pública contratante restaurar, em razão de alterações contratuais, a equação econômico-financeira do contrato. Com efeito, deve abrigar, também, o ressarcimento de agravos, prejuízos, causados pela Administração Pública contratante ao contratado com o descumprimento de cláusulas contratuais, de sorte a manter equilibrada a relação encargo-remuneração por elas inicialmente pactuada. Por dita razão, à unanimidade, os autores não reconhecem, de forma alguma, em prol da Administração Pública contratante qualquer poder para violar, descumprir, por diferentes modos o ajuste. Não lhe é pertinente desequilibrar, com esse reprovável proceder, a relação econômico-financeira originalmente estabelecida, diminuindo ou mesmo obstando que o lucro almejado seja alcançado. Daí a correta e objetiva lição do emitente CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO ao acentuar:

“O cabal resguardo dos interesses econômicos do contratado, delineados em função do que se ajustou por ocasião da avença, substancia-se no dever indeclinável da Administração manter-se plenamente respeitosa ao chamado equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Por força disto, desassiste-lhe afrontar, seja de que forma for, o direito do contratado a perceber o lucro correspondente à contrapartida das obrigações que assume. Quanto a isto inexistente qualquer questionamento doutrinário. Todos são acordes em firmar que à Administração falece o direito de evadir-se ao cumprimento rigoroso das obrigações concernentes ao ângulo patrimonial da avença” (RDP 74:103).

Além da recomposição da economia contratual, rompida por evento externo ou por fato do príncipe, qualquer comportamento lícito, tal qual a alteração das cláusulas de serviço, tomado unilateralmente pela Administração Pública contratante, que levar ao desequilíbrio a equação econômico-financeira do contrato deve ser imediatamente compensado. O mesmo princípio, com mais razão, há de prevalecer em relação aos ilícitos contratuais. É desnecessário, portanto, um acontecimento próprio, especial, para causar

o *desbalanço* da relação encargo-remuneração do contrato administrativo. Basta uma ocorrência, qualquer que seja, capaz, por si só ou em harmonia com outras, dessa proeza para caracterizar o rompimento da equação econômico-financeira. Esse desequilíbrio, determinado por qualquer evento previsível ou imprevisível, não atribuível ao contratado, ou a simples inadimplência da Administração Pública contratante, que torne desvantajoso o cumprimento do ajuste, tal é o caso, impõe a imediata recomposição da economia contratual assim ofendida, com o fito de restaurar a plenitude da relação encargo-remuneração.

16.- Observe-se que a recomposição não se faz sempre do mesmo modo ou por idêntico mecanismo. Deveras, algumas vezes promove-se o reajustamento do valor do contrato pela aplicação do índice econômico-financeiro previsto contratualmente, como ocorre com o desequilíbrio decorrente da desvalorização da moeda. Outras tantas vezes, promove-se a revisão do valor contratual quando o desequilíbrio econômico-financeiro tem outra origem, como acontece com os dissídios coletivos e a instituição de tributos. Nessas hipóteses o valor contratual assim obtido vigorará até que seja determinado, em função de outro desequilíbrio, o novo valor do contrato. Outras vezes, apenas se paga ao contratado uma indenização sem reajustar ou revisar o valor do contrato, em razão, por exemplo, do descumprimento de cláusula contratual. Nestas hipóteses a importância paga a título de indenização não se incorpora ao valor do contrato e é paga uma única vez. Em outras vezes são realizadas simultaneamente algumas dessas operações de recomposição da economia contratual. Por fim, o reequilíbrio é conseguido com a ampliação do prazo contratual ou com a diminuição de cotas, índices ou metas etc.

17.- Qualquer fato que possa causar essa anomalia ao contrato administrativo, desequilibrando a igualdade encargo-remuneração, deve ser levado em conta para dita recomposição. São dessa natureza a *álea econômica*, o *fato do príncipe*, as *sujeições imprevistas* e o *fato da administração*, onde indubitavelmente enquadram-se os acontecimentos narrados pelo ilustre Vice-Presidente da Libra Terminal 35 S.A., Dr. Álvaro Sávio, pois causadores do desequilíbrio econômico-financeiro do denominado Contrato de Arrendamento PRES/032.98, re-codificado para PRES/048.98, que existe desde 1998 entre essa empresa e a CODESP. Por conseguinte, já se pode garantir que as razões, no dizer desse ilustre empresário, desequilibradoras do ajuste que essa empresa mantém com a CODESP, são acontecimentos de natureza diversa, caracterizados uns como fatos da administração (descumprimento contratual), outros como *álea econômica* (crises econômicas nacionais e internacionais) e outros, ainda, como *fato do príncipe* (criação de tributos federais, ajustes subsidiados para concorrentes). Todos, apesar dessa divisão, são mais que suficientes, mesmo que isoladamente, para justificar a medida que essa empresa vem pugnando no sentido de haver dessa estatal o restabelecimento da equação econômico-financeira desse ajuste, via revisão dos termos do contrato e indenização, pois não se lhe aplica o tradicional sistema de reajustamento. Com efeito, não tem essa contratada da CODESP como se autocompensar, salvo, por evidente, mediante a devida revisão dos termos do contrato, antecedida da indenização pelos prejuízos sofridos até

o momento que poriam fim a tal situação, contrária da pretendida e assumida por ela no momento da celebração do ajuste. Daí por diante a execução do chamado Contrato de Arrendamento obedeceria a nova feição contratual. Cuidemos de conhecer essas ocorrências, tirante as sujeições imprevistas que nenhuma relevância têm para o deslinde das questões propostas pelo Vice-Presidente consulente.

17.1.- O *fato da administração*, figura que não se confunde com o fato do príncipe, incide diretamente sobre o contrato, retardando, impedindo ou onerando sua execução e por conseguinte causando ao contratado certo ônus. Fato do príncipe é uma determinação estatal que só reflexamente atinge o contrato, pois é editado sem a mínima preocupação de intervir diretamente em qualquer avença existente. Fato da administração, de revés, é precipuamente destinado a intervir no contrato. HELY LOPES MEIRELLES (*Direito* cit., p. 233) afirma que o fato da administração se caracteriza, por exemplo, quando, em relação a um dado contrato, a Administração Pública contratante deixa de entregar o local da obra ou serviço, não providencia as desapropriações necessárias, atrasa os pagamentos, ou pratica qualquer ato impeditivo dos trabalhos a cargo da outra parte, como a suspensão da execução e a diminuição de seu ritmo. Como se vê desse rol, o fato da administração tanto pode ser uma intervenção lícita como ilícita de natureza contratual. Atendem a tal conceito o descumprimento de obrigações assumidas pela CODESP, consistentes em promover a nova alocação do pátio rodoferroviário, em providenciar a complementação da área dada em arrendamento e em executar os serviços de dragagem dos berços dos Armazéns 34 e 35 com o fito de terem, conforme assumido, 11,70 m.

17.1.1.- Eram tais acontecimentos imprevisíveis por ocasião da celebração desse ajuste. Caso contrário a contratação não ocorreria ou os seus termos e condições seriam, indubitavelmente, diversos. Nesse contrato, ou qualquer outro que seja, a presunção é o seu cumprimento pelas partes, não o descumprimento. Tais fatos, como restou evidenciado nas informações do Dr. Álvaro Sávio, ilustre Vice-Presidente da Libra Terminal 35 S.A. constituíram-se, no seu conjunto, em fatores relevantes, capazes de tumultuar a ordem econômico-financeira do ajuste e de levar essa empresa à ruína, beneficiando, algumas vezes até ilicitamente, a CODESP, se não corrigidos a tempo. Ademais, não tiveram origem em qualquer comportamento da Contratada, quanto mais doloso ou culposos, que se tornou agente passiva e impotente contra a ação governamental. Por isso tudo estão a fundamentar, como de direito, o indispensável reequilíbrio da equação econômico-financeira, mediante a satisfação da devida indenização. Apura-se o prejuízo pelo não cumprimento da obrigação de realocar o pátio rodoferroviário, pela desobediência ao dever de propiciar a área de 100.000 m<sup>2</sup> e pelo desatendimento da obrigação de aumentar o calado dos berços dos armazéns n.ºs. 34 e 35, pois fora prometido um calado de 11.70 m.

Nem poderia ser de outro modo, pois o contrato, qualquer que seja sua natureza ou espécie, deve ser executado segundo a vontade das partes, consubstanciada no

edital, via de regra, e na proposta vencedora, geralmente traduzida nas cláusulas contratuais e nos eventuais anexos do ajuste. A inobservância das disposições ajustadas, por qualquer das partes, torna a infratora do contrato responsável pelas conseqüências advindas. Esse princípio, antes acolhido pela doutrina e pelos tribunais, hoje está materializado no art. 66, da Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública, aplicável ao chamado de Contrato de Arrendamento por força da sua Cláusula Quadragésima Terceira. Com efeito, nesse particular, essa lei prescreve:

“Art. 66. O contrato deverá ser executado fielmente pelas partes, de acordo com as cláusulas avençadas e as normas desta Lei, respondendo cada uma pelas conseqüências de sua inexecução total ou parcial” (grifamos).

Regra semelhante quanto à responsabilidade pela desatenção de obrigações contratuais está inserida no Código Civil e consubstanciada no art. 389, aplicável à generalidade dos contratos e situações como as retratadas nesta Consulta. Deveras, estatui esse dispositivo que:

“Art. 389. Não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária segundo índices oficiais regularmente estabelecidos, e honorários de advogado”.

17.1.2.- Portanto, por uma ou outra, ou por ambas, dessas prescrições legais a indenização é devida. Não se alegue que essa regra privada é inaplicável aos contratos administrativos, pois é a própria Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública que a torna útil nesse particular. Com efeito, o art. 54 desse estatuto estabelece que esses acordos regulam-se por suas cláusulas e pelos preceitos de Direito Público, aplicando-se-lhe, supletivamente, disposições de Direito Privado. Mas se isto não atender aos intérpretes mais exigentes, diga-se que é o próprio ajuste existente entre a CODESP e a Libra Terminal 35 S.A., chamado de Contrato de Arrendamento, quem determina seu acolhimento, conforme prescreve a Cláusula Quadragésima Terceira. Essa é disposição de Direito Privado que, ademais, não atrita com qualquer outra ou com a Teoria Geral dos Contratos. De sorte que, é aplicável à solução de problemas decorrentes da inexecução de contratos de qualquer natureza. Esse, também, é o magistério de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO conforme se lê à p. 595 de seu sempre citado *Curso de Direito Administrativo*.

Não pensa de modo diferente renomado professor das Arcadas do Largo São Francisco, ao comentar o art. 66 que abre Seção IV do Capítulo III, encimada pela locução “Da Execução dos Contratos”, da Lei federal das Licitações e Contratos Administrativos. De fato, JOSÉ CRETELLA JÚNIOR (*Das Licitações Públicas*, 10ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1996, p. 363) ensina que:



“... executar o contrato é cumprir-lhe, na prática, as cláusulas pactuadas”. “O contrato público (administrativo) ou privado (civil)”, continua esse clássico juspublicista, “gera obrigações para as partes contratantes, a Administração e o contratado. Ambas devem executá-lo ponto por ponto, fielmente, conforme o que determinam as cláusulas avençadas e as normas que regem o procedimento licitatório”. Logo adiante, ao tratar da inexecução do contrato administrativo, acentua: “A inexecução pode ser total ou parcial. Nas duas hipóteses, a parte infiel na execução, responderá pelas conseqüências de sua inexecução”.

17.1.3.- É incontroverso que o descumprimento do chamado Contrato de Arrendamento pela CODESP, seja pelo modo ou motivo que for, leva-a responder pelas conseqüências de seu ato e de outra maneira não se admite e não o aceita a lei, pois se cuida de vínculo onde imperam os princípios da lealdade e da boa-fé. As partes, ao ajustarem seus interesses, estão dispostas a cumprir fielmente as obrigações que chamaram para si, assumindo, por dito compromisso, o dever de respeitar os recíprocos interesses envolvidos no ajuste que as enlaça, sob pena de responsabilidade. Nesse sentido é a inteligência, brilhante, de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO e assim manifestada: “A doutrina universal é unânime em frisar este ponto. O contrato é um vínculo de boa-fé. Pressupõe que as partes, ao pactuarem, estão dispostas a cumprir os compromissos assumidos e assumem o dever de respeito aos recíprocos interesses concertados. Comprometem-se a proceder segundo determinados termos e vai nisto implícito que ambas crêem que assim será, pelo que outorgam-se, reciprocamente, a garantia de suas prestações tal como estipularam. É evidente, pois que se uma delas desatende os termos compostos assujeita-se a reparar, isto é, recompor a igualdade que rompeu em detrimento do agravado. Assim é, no contrato privado e no contrato administrativo” (RDP 74:103).

Diversamente ninguém contrataria com a Administração Pública, pois a irresponsabilidade pelos agravos, decorrentes do descumprimento de cláusulas contratuais, lesaria a outra parte. Destarte, salvo algum insano, ninguém ajustaria qualquer negócio com o Poder Público se de antemão soubesse que não teria essa garantia. Enfim, para encerrar essa digressão, cabe mencionar decisão do Supremo Tribunal Federal, transcrita por HELY LOPES MEIRELLES, em precioso trabalho sobre o tema, publicado no BLC – Boletim de Licitações e Contrato – de novembro de 1988, da Editora NDJ, utilizável em todas as situações em que a Administração Pública descumpra suas obrigações contratuais. Nesse julgado, essa Corte decretou:

“As influências do direito público nos contratos em que é parte o Estado não o exoneram do dever de indenizar quando descumpre o convencionado” (grifamos).

17.1.4.- A preocupação com a preservação da equação econômico-financeira não deve ser apenas formal, mas efetiva. Importa, por parte da Administração Pública, na

prática obrigatória de atos e medidas que restaurem a isonomia da relação encargo-remuneração e, desde logo, façam desaparecer a desigualdade que a Constituição Federal forcejou por impedir. Trata-se, portanto, de dever-poder da Administração Pública contratante. Por ser assim, a prática desses atos é medida administrativa que independe de qualquer pedido do co-contratante onerado com o desequilíbrio econômico-financeiro do contrato. Ainda que de passagem, diga-se que não cabe à Administração Pública contratante, para furtar-se a obrigação de promover essa recomposição, alegar que a busca da restauração da economia contratual há de ser em Juízo. Também entende desse modo JOSÉ CRETELLA JÚNIOR (ob. cit., p. 360) ao ensinar que:

“A Administração tem o poder-dever de tomar providências imediatas para, por aditamento, restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, sempre que ocorrer alteração, que aumente os encargos do interessado licitante” (grifamos) ou, com todo o respeito, acrescentamos, em razão de agravos decorrentes de seu inadimplemento.

É dever da Administração Pública contratante na medida em que se reconhece ao contratado particular o direito de ver, durante a vigência do ajuste ao qual empresta sua colaboração, preservada a equação econômico-financeira. É poder nos exatos termos em que se sabe ser a Administração Pública contratante a única detentora da competência para restaurar o equilíbrio da mencionada relação encargo-remuneração, *desbalanceada* por certo evento lícito como é a alteração do projeto, ou ilícito, tal qual o descumprimento de cláusula contratual. Sendo assim, cabe-lhe recompor o agravo independentemente de qualquer instigação do contratado ou, no dizer de JOSÉ CRETELLA JÚNIOR (ob. cit., p. 360), tomar as providências imediatas para restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, sempre que ocorrer alteração do ajuste que aumente os encargos do contratado. Nessa direção, acentua CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, que:

“Esta obviedade muitas vezes necessita ser afirmada e por isso - só por isso - é que cabe mencioná-la, sintetizando-a, nos seguintes termos: É dever das pessoas governamentais respeitarem os direitos alheios e recompor, inclusive espontaneamente, os agravos que lhes hajam causado, posto que não é interesse público, mas violação a ele, esquivarem-se de reconhecê-los” (RDP 74:103).

17.1.5.- Essas considerações não se esgotam aí, pois o direito à recomposição dos prejuízos, causados por dito estado de *desbalanço* econômico-financeiro, ocorre no momento em que se instaura essa *desequiperaração*. Assim é por força da Constituição Federal. Com efeito, se para a Lei Maior da República durante toda a vida do contrato devem ser *mantidas as condições efetivas da proposta*, resulta, a toda luz, evidente, que não pode haver qualquer interregno, espaço temporal, entre os momentos do desequilíbrio e do reequilíbrio da relação encargo-remuneração do contrato, pois há de se promover a

recomposição retroativamente, pagando-se o prejuízo acrescido, como é o caso, da correção monetária e dos juros de mora devidos. De outro modo essa determinação constitucional seria um nada jurídico e o direito ao reequilíbrio, com recebimento do prejuízo, seria letra morta. Aliás é o que determina o já transcrito art. 389 do Código Civil.

Ademais, se assim não se admitisse estaria a Administração Pública locupletando-se sem causa, o que caracterizaria comportamento conflitante com os princípios de justiça. Aliás, não se reconhece à Administração Pública contratante senão um comportamento afeiçoável ao princípio, regrador de todas as relações humanas, que veda o ganho, a vantagem, o enriquecimento sem causa, conforme assentado pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, em decisão publicada no vol. 507, p. 118, da Revista dos Tribunais. De outra feita (RDA 82:217), esse mesmo Pretório assentou:

“...tanto quanto não deve o Poder Público pagar mais, também não deve pagar menos do que realmente vale o trabalho na ocasião, valendo-se para isso de circunstâncias inelutavelmente intercorrentes, uma vez que não lhe assenta, naquelas condições, a posição de especulador a favorecer-se com o prejuízo do outro contratante” (grifamos).

Nos termos da consulta e de alguns documentos que a acompanharam, tudo faz crer que a CODESP ao violar cláusulas do contrato que mantém com a Libra Terminal 35 S.A. e, o que é pior, por diversas vezes, lhe causou expressivo prejuízo na implantação da Proposta de Metodologia de Execução. Por tal razão há de responder por ele, nos termos do inc. XXI do art. 37 da Constituição Federal e do art. 389 do Código Civil.

Os fatos que estão a promover o desequilíbrio econômico-financeiro do chamado Contrato de Arrendamento precisam ser comprovados, salvo se notórios e aceitos pela Administração Pública, como é o caso da CODESP. Desse modo, quando se afirma que a Administração Pública contratante pagou as faturas com atraso, é evidente que esse fato precisa ser comprovado. Da mesma forma, precisa ser comprovado o atraso da realocação do sistema rodoferroviário e que a área prevista no edital e no chamado Contrato de Arrendamento não é a efetivamente existente. Assim, todo o descumprimento contratual precisa ser comprovado por quem demanda o prejuízo dele decorrente. Essa prova pode ser feita pelo contratado por todos meios permitidos pelo Direito ou pela praxe administrativa. Mas isso não é tudo, pois é absolutamente indispensável a prova que o descumprimento contratual causou prejuízo à parte inocente. No caso *sub examine*, a prova desses fatos e dos prejuízos pode ser feita por quaisquer documentos, inclusive por perícias técnicas.

17.1.6.- Ainda vigora o vetusto princípio de Direito, segundo o qual a parte que não cumpre a obrigação que lhe cabe não pode exigir que a outra cumpra a sua. É o que estabelece o art. 476 do Código Civil, também aplicável aos contratos administrativos e,

portanto, ao chamado Contrato de Arrendamento ora *sub examine*, porque regra da Teoria Geral dos Contratos. Sendo assim, é notório que a parte prejudicada, como é o caso da Libra Terminal 35 S.A., podia suspender o cumprimento de suas obrigações fazendo-o legitimamente, pois decorrência lógica dessa regra civil. Não se alegue que no caso desse contrato está em jogo a prestação de um serviço público e que esse é prestigiado pelo princípio da continuidade, pois nenhum prejuízo sofreu a prestação dos serviços de atracamento de navios e de armazenagem e movimentação de contêineres a cargo dessa empresa. Com efeito, a suspensão de suas obrigações incidiu na cláusula de pagamento à CODESP. Atente-se que se não foi alcançado o limite mínimo de movimentação isso deveu-se à essa estatal. Esse limite mínimo de movimentação só era obrigatório se todas as condições do ajuste fossem cumpridas e, deveras, tal não ocorreu. Mas, nem mesmo essa alegação teria cabida, pois hoje a Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública faculta ao contratado suspender a execução do contrato nas situações descritas nos incs. XIV e XV de seu art. 78.

17.1.7.- Alerte-se que não mais se exige que o desequilíbrio do contrato administrativo seja ruinoso, bastando apenas a constatação do prejuízo, conforme decidiu a mais alta Corte da Justiça Paulista na Apelação Civil nº 123.3777, de Santos, onde restou prescrito o atendimento do “pedido de reajustamento, com a aplicação da cláusulas *rebus sic stantibus* mediante a simples verificação do real prejuízo, sem necessidade de que este atinja o aspecto calamitoso que a doutrina exige para os casos de contratos comuns” (RDA 82:217). Tal entendimento encampa, incontrovertidamente, a pretensão da Libra Terminal 35 S.A. junto à CODESP para ver restaurada a equação econômico-financeira desse ajuste, desde a ocorrência dos diversos eventos que a desequilibraram e que, abusivamente, assim ainda perdura. Mesmo que vigorasse a tese de que o prejuízo causado devesse ser ruinoso, não haveria dúvida que o montante dos danos apurados por essa empresa enquadrar-se-ia nesse conceito e se não pago, certamente, a levaria a enfrentar outras e maiores dificuldades financeiras. Ademais, o inc. XXI do art. 37 da Constituição Federal não faz qualquer distinção, ao determinar irrestrita observância à manutenção das condições efetivas da proposta.

17.1.8.- Diga-se, por necessário, que não há nesse ressarcimento qualquer faculdade da Administração Pública contratante. Para a doutrina especializada trata-se, na verdade, de um dos muitos deveres que a Administração Pública contratante está obrigada a cumprir, conforme ensinam, sempre proficientemente, entre outros, CARLOS ARI SUNDFELD (RDP 86:81), JOSÉ CRETELLA JÚNIOR (ob. cit., p. 347) e HELY LOPES MEIRELLES (*Licitação cit.*, p. 182). Sendo um dever, uma obrigação da Administração Pública contratante, não pode ser para o contratado senão um direito, consoante prelecionam, entre outros, JESSÉ TORRES PEREIRA JUNIOR (*Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública*, 5ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2002, p. 661) e TOSHIO MUKAI (*O Novo Estatuto Jurídico das Licitações e Contratos Públicos*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1993, p. 61), sendo deste renomado publicista a seguinte afirmação:

“... embora a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato vá efetuar-se mediante acordo das partes, não poderá a administração negar sua concessão, sob pena de ilegalidade, pois aquele equilíbrio é um direito subjetivo do particular contratado, ...” (grifamos).

Sendo assim, é notório que o ordenamento jurídico assegura à Libra Terminal 35 S.A., os meios processuais judiciais e administrativos para tornar eficaz esse ressarcimento.

18.- *Fato do príncipe*, já o dissemos (*Direito Administrativo*, 9ª ed., São Paulo, Saraiva, 2004, p. 573), é toda determinação estatal, positiva ou negativa, geral e imprevisível ou previsível mas de conseqüências incalculáveis, que onera ou impede a execução do contrato e obriga a Administração Pública a compensar integralmente os prejuízos suportados pelo contratante particular. Assim será, por exemplo, com a majoração de alíquotas tributárias, como ocorreu com os acréscimos da COFINS e da CPMF e como acontece anualmente com o salário mínimo ou, ainda, no caso presente o estabelecimento de valores e condições mais favoráveis pela CODESP aos posteriores arrendatários de instalações portuárias no Porto de Santos. Esses incrementos tributários e o estabelecimento de benesses aos novos arrendatários, fato do príncipe na dicção da lei e da doutrina, desajustaram o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos existentes, como é o Contrato de Arrendamento que vimos examinando. Uns por força do acréscimo direto sobre o custo do serviço, outros porque os atingidos perderam clientes na medida em que não podem concorrer com os operadores beneficiados, dado que o comportamento dessa estatal os colocou em desigualdade face aos custos dos serviços que prestam. Para aqueles cabe, a toda força, o devido reequilíbrio, aumentando-se a tarifa cobrada dos usuários ou simplesmente transferindo o ônus ao Poder Público contratante.

Para estes, os que perderam clientes, o tradicional modo de reequilíbrio da equação econômico-financeira do contrato revela-se de impossível aplicação, pois o que menos precisa o contratado é de aumento no valor das unidades de serviço público que oferecem aos usuários, até porque nem se exige para isso qualquer prévia concordância do Poder Público concedente. De sorte que, outros mecanismos, como a diminuição de metas ou de quantidades mínimas, devem ser utilizados para restabelecer a equação econômico-financeira rompida por referidos atos estatais. De qualquer modo esses contratos, violados no que têm de mais rigoroso em termos econômico-financeiros, exigem pronto reequilíbrio, seja pela força da cláusula *pacta sunt servanda*, seja pelo princípio de que a ninguém é dado locupletar-se à custa alheia, seja com fundamento nas alíneas *b* e *d*, conforme o caso, do inc. II do art. 65 da Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública, regulamentadora, nesse particular, do art. 37, XXI, da Constituição Federal, aplicável ao ajuste *sub examine* por força das Cláusulas Quadragésima Terceira e Quadragésima Quarta.

19.- Por fim, dentro do que nos propusemos analisar, o desequilíbrio pode decorrer de comportamento estranho à vontade das partes, chamada por alguns autores de *álea econômica*. É acontecimento, imprevisível, inevitável e insuportável pelo contratado particular, que dá azo à aplicação da teoria da imprevisão, vestimenta moderna da cláusula *rebus sic stantibus*. Algumas vezes é previsível, mas de conseqüências inavaliáveis, tal como a desvalorização da moeda e de eventual guerra mundial. A *álea econômica* é definida por MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO (ob. cit., 268) “como todo acontecimento externo ao contrato, estranho à vontade das partes, imprevisível e inevitável, que causa desequilíbrio muito grande, tornando a execução do contrato excessivamente onerosa para o contratado”. Pela *álea econômica* responde a Administração Pública contratante. Com efeito, se o contratado não pode em razão desses acontecimentos furtar-se à execução do contrato é de rigor que em contrapartida a Administração Pública assuma a recomposição da equação econômico-financeira dos ajustes por ela atingidos. CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (*Curso cit.*, p. 600) ao versar sobre a teoria da imprevisão assevera, em absoluta harmonia com essas assertivas, que:

“Daí o haver-se afigurado com intuito idôneo para ajustar a normalidade dos contratos aos ‘novos padrões de normalidade dos acontecimentos’, se assim nos podemos expressar. Destarte, converteu-se em fórmula eficiente para garantir integralmente o equilíbrio econômico-financeiro avençado ao tempo da constituição do vínculo, vale dizer: instrumento de recomposição do equilíbrio estabelecido, o que, no fundo, nada mais representa senão prestigiar o significado real do *consensus* expressado no contrato, pela restauração dos termos da equivalência inicial, ou seja, de sua normalidade substancial”.

Ante os fatos conhecidos internacionalmente como Crise da Ásia, Crise da Rússia e Atentado aos EUA de 11 de setembro de 2001, entre outros, de severa e incontestável repercussão, deste ou daquele modo, na economia do Contrato de Arrendamento, a conclusão é uma só: deve a CODESP ao reconhecê-los em importância e extensão, promover as adequadas medidas para o reequilíbrio da equação econômico-financeira desse ajuste administrativo. Não sendo assim, restará caracterizado o abuso de poder ou a má-fé, comportamentos rejeitados, em termos absolutos, por incompatíveis com o Estado Democrático de Direito em que vivemos.

20.- Como afirmou o Dr. Álvaro Sávio, ilustre Vice-Presidente da Libra Terminal 35 S.A., o reequilíbrio pleiteado por essa empresa não decorre de modificações do objeto para dar melhor utilidade técnica aos seus objetivos, chamadas pelos autores de *alterações qualitativas*. Tampouco se originou de acréscimos do objeto, denominados pelos doutrinadores de *alterações quantitativas*. Ambas previstas no inc. I do art. 65 da Lei federal das Licitações e Contratos Administrativos. Ao contrário, são comportamentos



ilícitos da CODESP que não objetivavam qualquer alteração contratual, mas causaram e vêm causando a essa empresa expressivo prejuízo, auxiliados, nesse mister, por acontecimentos estranhos ao contrato. Ademais, tais comportamentos, consoante as informações do ilustre Vice-Presidente consultante, indicam que o pleiteado junto à CODESP tem outra natureza e origem, o que os retira da incidência do regime de aumentos limitados, prescrito pela Lei federal das Licitações e Contratos da Administração Pública (art. 65, §§ 1º e 2º). Somente as alterações do valor do contrato em decorrências de acréscimos ou supressões de seu objeto subsumem-se ao limite de 25% do valor inicial atualizado do contrato. Isso, indubitavelmente, não ocorreu no caso. Ainda que haja um aumento do valor inicial do contrato, sua causa não é decorrência de acréscimos quantitativos de seu objeto, impostos pela CODESP. Decorre, isto sim, de violações de regras expressas do contrato existente entre essa estatal e a empresa consultante.

21.- A restauração do equilíbrio da equação econômico-financeira do ajuste *desbalanceado* por qualquer que seja o motivo (fato da administração, fato do príncipe, álea econômica, ingerências) faz-se administrativamente, conforme assevera HELY LOPES MEIRELLES ao escrever que a recomposição de preços, rompidos por fatos supervenientes, que antes só se fazia por via judicial, é, modernamente, admitida por aditamento, desde que a Administração reconheça e indique a justa causa ensejadora da revisão do ajuste inicial (*Estudos e Pareceres*, cit., vol. VI, p. 9). Do mesmo modo, faz-se a recomposição do desequilíbrio causado por comportamentos ilícitos da Administração Pública contratante. Basta, portanto, um processo administrativo, instaurado pela própria Administração Pública contratante onde os fatos ensejadores dos danos sejam confirmados e analisados e avaliados os prejuízos. Dito procedimento se afeiçoa ao já enfatizado, segundo o qual a recomposição é, por parte da Administração Pública contratante, automática e espontânea. No caso, assim não ocorreu, pois o ressarcimento está a se viabilizar mediante solicitação da Libra Terminal 35 S.A., circunstância que não invalida o procedimento, nem o pedido. Não obstante a automaticidade e a espontaneidade a regerem a recomposição na tem ocorrido e a praxe tem sido o contratado solicitar a recomposição economia contratual, como fez essa empresa, oferecendo a devida e necessária justificativa. De sorte que, mesmo sendo impertinente esse costume, agiu bem essa empresa. Negado o pedido, deve essa empresa buscar o devido amparo judicial para compelir a CODESP a promover tal ressarcimento, com fundamento nos mencionados dispositivos do Ordenamento Jurídico.

A recomposição, no caso, não se fará pela simples majoração da tarifa cobrada pela prestação dos serviços públicos postos à disposição dos usuários, nem pelo reajustamento do valor contratual com a simples aplicação de um índice inflacionário oficial. Com efeito, não tem a CODESP poder para fixar tarifas, pois isso é atribuição da Libra Terminal 35 S.A. que já as têm no valor compatível com os custos operacionais e a vista das cotas mínimas de movimentação de contêineres. Por outro lado, não há um valor contratual como se passa com os contratos de execução de obra, por exemplo. A recomposição das condições iniciais da contratação, no entanto, faz-se necessária.

Creemos que as partes podem rever as condições iniciais consubstanciadas no denominado Contrato de Arrendamento no que concerne, por exemplo, às cotas mínimas de movimentação de contêineres para fins de cobrança do arrendamento, a redução dos próprios valores cobrados pela CODESP, o aumento dos prazos para cumprimento de determinadas obrigações, a concessão de mais áreas para fins de exploração portuária e a desobrigação ou diminuição de certas tarefas. Essas alterações não desvirtuam a natureza nem o objeto do contrato. Ademais, são inerentes e obrigatórias à recomposição das condições iniciais da contratação em ajustes suscetíveis de interferências as mais diversas, inclusive de ordem internacional. Ademais, e encontram lastro na alínea b, do inc. II, do art. 65, da Lei federal das licitações e Contratos da Administração Pública, acolhida pelo Edital da Concorrência n. 12/97 e pelo Contrato de Arrendamento que aí se originou. Oportuníssimo, nesse particular, é o magistério de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO (*Curso cit.*, p. 586) ao asseverar:

“... ou quando, por acordo das partes, conforme previsto no art. 65, II, “b”, promove-se a ‘modificação do regime de execução da obra ou serviço, bem como do modo de fornecimento, em face de verificação técnica da inaplicabilidade dos termos contratuais originários’, mas também em quaisquer outras nas quais não haveria como corrigir as distorções recorrendo simplesmente aos reajustes contratuais, o que muitas vezes ocorrerá antes os fenômenos compreendidos no âmbito da chamada teoria da imprevisão, da denominada teoria do fato do príncipe e das sujeições imprevistas”.

Outra solução para a situação seria a extinção do ajuste com a plena indenização dos direitos da Libra Terminal 35 S.A., que certamente não é a mais indicada ao interesse público, nem a mais econômica, pois haveria paralisação de parte dos serviços portuários e a CODESP teria que indenizar os investimentos realizados por essa empresa, acrescidos de juros e correção monetária.

23.- Examinada a Consulta em face das informações prestadas pessoalmente e por correspondência pelo ilustre Vice-Presidente da Libra Terminal 35 S.A. e dos documentos a ela acostados, à vista da legislação, da doutrina e da jurisprudência aplicáveis passamos a responder, objetivamente, aos quesitos formulados do seguinte modo:

23.1.- **PERGUNTA:** Os eventos narrados podem ser considerados impeditivos do cumprimento do compromisso de movimentação mínima?

**RESPOSTA:** Sim. A área das instalações portuárias objeto do chamado Contrato de Arrendamento menor que a indicada no Edital da Concorrência n. 12/97, a divisão da área das instalações portuárias pelo pátio rodoferroviário em duas partes, a baixa profundidade dos berços dos armazéns 34 e 35 quando o prometido era 11,70 m, o

estabelecimento de condições e valores mais favoráveis aos posteriores arrendatários e o comportamento da economia nacional, reflexo das Crises da Ásia, de 1997, e da Rússia, de 1998, bem como o atentado aos EUA de 11 de setembro de 2001 e as modificações que aconteceram no setor de transporte aquaviário, são sem dúvida ou entredúvida fatores impeditivos da boa execução desse contrato que a Libra Terminal 35 S.A. mantém com a CODESP e, por conseguinte, obstáculos relevantes ao cumprimento do compromisso de movimentação mínima. Cada um desses fatores, a seu modo, contribuiu para o rompimento da equação econômico-financeira do chamado Contrato de Arrendamento, bastando, agora, que no conjunto seu peso seja determinado e promovidas as medidas administrativas de reequilíbrio para que a economia desse contrato volte, em equivalência, aos termos contratuais iniciais. Paga-se a indenização em razão de eventual acordo e redimensionam-se algumas exigências do ajuste.

23.2.- **PERGUNTA:** Em sendo afirmativa a resposta dada ao quesito anterior, esses impeditivos configuram causa de exclusão da incidência do pagamento à CODESP pela movimentação estimada no contrato mas não realizada?

**RESPOSTA:** Sim. Com efeito, a parte que não cumpre com suas obrigações não pode exigir que a outra cumpra com as suas. É princípio de Direito e especificamente da Teoria Geral dos Contratos. Sendo assim, é notório que parte prejudicada, como é o caso da Libra Terminal 35 S.A., não estava obrigada a cumprir com as suas obrigações desde o momento em que se verificaram as desatenções da CODESP para suas próprias obrigações. Resta agora compor os prejuízos havidos mediante ajuste administrativo ou, se este se revelar irrealizável, mediante medida judicial a ser proposta pela parte que entender impossível a continuidade dessa situação.

23.3.- **PERGUNTA:** É possível à CODESP promover alteração das condições iniciais do Contrato PRES/032.98, substituído pelo Contrato PRES/048.98, de modo a restaurar o equilíbrio econômico-financeiro rompido pela ocorrência dos mencionados eventos?

**RESPOSTA:** Sim, pois esse é o procedimento próprio e legal que, num contrato administrativo, tal qual o existente entre a CODESP e a Libra Terminal 35 S.A., ainda que chamado de Contrato de Arrendamento, a Administração Pública contratante, no caso essa estatal, tem para recompor seu equilíbrio econômico-financeiro. Com efeito, nem sempre é possível uma recomposição pela via tradicional, aumentando-se as tarifas cobradas dos usuários ou aplicando-se ao valor do contrato o índice inflacionário consensualmente escolhido. Nessas hipóteses em que o desequilíbrio pode levar a contratada à ruína e esses modos tradicionais de reequilíbrio são impraticáveis, deve a Administração Pública lançar mão de outros critérios a exemplo da diminuição das cotas mínimas de movimentação de contêineres para fins de cobrança do arrendamento; da redução dos próprios valores cobrados pela CODESP; o aumento dos prazos para cumprimento de determinadas obrigações, a concessão de mais áreas para fins de

exploração portuária, a supressão ou diminuição de certas tarefas a cargo da Libra Terminal 35 S.A., tendo como fundamento as razões aduzidas ao longo deste parece e em especial o art. 65, II, b, da Lei federal das Licitações.

23.4.- **PERGUNTA:** É possível adotar, como mecanismo de recomposição do equilíbrio contratual, a eliminação ou a redução das metas de movimentação mínima de contêineres e a redução dos valores pagos à CODESP?

**RESPOSTA:** Sim, conforme resposta dada ao quesito anterior.

23.5.- **PERGUNTA:** É possível a CODESP celebrar transação com a Libra Terminal 35 S.A., destinada a extinguir os litígios existentes e estipular forma de recomposição contratual, principalmente em se tratando de fazer adaptações em contrato com prazo de vigência de vinte anos, para adequar as condições contratuais às novas realidades, visando a satisfazer o interesse público maior de modernizar e maximizar as operações do Porto de Santos?"

**RESPOSTA:** Sim. A transação, como solução de problemas decorrentes da execução de certo contrato administrativo, não está vedada, bastando, tão-somente, que haja o devido processo formal e regular, haja interesse público devidamente demonstrado e acordo onde resultem extintas as demandas e recomposta a economia contratual. É indispensável, ainda, que a autoridade a celebrar a transação tenha os devidos poderes. No caso a competência é do Diretor Presidente da CODESP. Nessa transação as partes põem fim aos litígios existentes e por petição conjunta juntada a cada processo judicial requerem a extinção do feito. O fato de ser contrato com prazo longo de vigência, 20 (vinte) anos prorrogável por igual período, não é óbice à celebração dessa transação, ao contrário é justificativa, pois dar-se-á a esse ajuste maior estabilidade à sua execução, que deixará de ser tumultuada por uma enxurrada de medidas judiciais e administrativas que obrigam tanto a CODESP quanto a Libra Terminal 35 S.A. Ademais, a transação, pelas obrigações que imporá às partes, poderá levar a maximização às operações do Porto de Santos.

É o parecer, **s. m. j.**

São Bernardo do Campo, 2 de março de 2004