

Em 06 de agosto de 2004.

Processo nº E-14/007845/2004

Petição Formulada por Concessionária de Serviço Público – Supervia – Exame da Legitimidade para Exercer o Direito de Petição Perante a PGE – Distinção entre Denúncia de Ilegalidade e Consulta – Inteligência de Legislação Estadual sobre Prazos para Decisões Administrativas e Consequências de sua Inobservância – Distinção entre Revisão Programada dos Contratos de Concessão e Revisão Extraordinária dos Contratos.

Senhor Procurador-Geral,

I

Trata-se de exercício do direito de petição formulada pela SUPERVIA CONCESSIONÁRIA DE TRANSPORTE FERROVIÁRIO, com o objetivo de obter desta Procuradoria-Geral entendimento interpretativo uniforme sobre as seguintes questões:

- a) as concessionárias de serviço público no Estado do Rio de Janeiro encontram-se legalmente autorizadas a aplicar automaticamente os reajustes e revisões de tarifa propostos nas hipóteses em que a ASEP/RJ não cumpra o prazo legal e contratualmente previsto para a respectiva homologação, nos exatos termos do art. 20 da Lei nº 2.869/97;
- b) na sistemática prevista nos arts. 10 e 20, e seus respectivos §§ da Lei nº 2.869/97, combinados com a Cláusula Sétima, § 15º do Contrato de Concessão celebrado entre a SuperVia e o Poder Concedente, que permite a suspensão do prazo referido no item anterior, uma única vez, para apresentação de informações adicionais pela concessionária, por solicitação da ASEP/RJ; desde que apresentadas tais informações, o prazo volta a fluir sem solução de continuidade, não se admitindo que a ASEP/RJ possa provocar nova suspensão ou mesmo alegar que o prazo não voltou a fluir, postergando indefinitivamente a prolação da decisão final; e
- c) o art. 12 do Regimento Interno da ASEP/RJ não tem o condão

de suspender o prazo legal previsto na Lei nº 2.869/97 e no contrato de concessão, especialmente no que tange à aplicação automática do reajuste ou revisão tarifária, quando não cumprido tal prazo pela Agência Reguladora.

Alega que a presente provocação funda-se no direito de petição, consagrado no art. 5º, inciso XXXIV, alínea “a”, da Constituição Federal de 1988. Ressalta, ainda, ser função da Procuradoria-Geral do Estado responder de forma tempestiva, clara e completa a presente petição.

É o relatório, passo a opinar.

II

A maior polêmica parece ser o exame da legitimidade de entidade estranha à Administração provocar a manifestação da PGE, ante a existência de normas estaduais que limitam o direito de promover consultas ao órgão central do Sistema Jurídico. A questão de mérito já foi objeto de diversas manifestações, inclusive já publicadas e citadas na petição.

1. O papel constitucional federal dos Procuradores de Estado

A Constituição Federal, em seu art. 132, assim estabelece:

Art. 132. Os Procuradores dos Estados e do Distrito Federal, organizados em carreira, na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases, exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas.

Parágrafo único. Aos Procuradores referidos neste artigo é assegurada estabilidade após três anos de efetivo exercício, mediante avaliação de desempenho perante os órgãos próprios, após relatório circunstanciado das corregedorias.

Note-se que o Texto constitucional não se refere à Procuradoria Geral, mas sim aos seus órgãos personalizados, os Procuradores.

Ali se menciona apenas duas funções, de representação e de consultoria, mas parece claro que, como se verá adiante, num Estado Democrático de Direito, que se submete ao princípio da legalidade, por óbvio, deve haver uma estrutura voltada para o controle da sua observância e que tal órgão só pode ser aquele composto pelos advogados públicos, posto que exercem função essencial à Justiça – CF, art. 133.

Como não cabe interpretação isolada da norma constitucional, mormente para pretender excluir o controle que deve ser exercido pela Administração, há que se considerar a existência do direito de petição, cuja razão de ser só pode ser provocar o controle da Administração. Afinal, o controle é típico instrumento de aperfeiçoamento da Democracia, como bem observou DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO.¹

2. O papel da Procuradoria Geral do Estado na Constituição do Estado do Rio de Janeiro

Daí porque a organização dos poderes e deveres conferidos pela Constituição Federal aos Estados contempla na Constituição estadual o papel de instituição essencial à Justiça e de controle da legalidade dos atos do Poder Executivo. Confira-se a redação, que sistematiza a interpretação da Lei Maior supra proposta:

Art. 176 – A representação judicial e a consultoria jurídica do Estado, ressalvados o disposto nos artigos 121 e 133, parágrafo único, são exercidas pelos Procuradores do Estado, membros da Procuradoria-Geral, *instituição essencial à Justiça*, diretamente vinculada ao Governador, com funções, como órgão central do sistema de supervisão dos serviços jurídicos da administração direta e indireta no âmbito do Poder Executivo.

§ 3º A Procuradoria-Geral officiará obrigatoriamente no *controle interno da legalidade dos atos do Poder Executivo* e exercerá a defesa dos interesses legítimos do Estado, incluídos os de natureza financeiro-orçamentária, sem prejuízo das atribuições do Ministério Público.

3. A legitimidade para formular consultas à Procuradoria Geral do Estado

O problema passaria a ser como conciliar a provocação desse controle com a dicção da Lei Complementar nº 15, de 25 de novembro de 1980, que, em seu art. 2º, parágrafo 1º, restringe a legitimidade para realizar *consultas* à Procuradoria-Geral, *in verbis*:

Art. 2º - A Procuradoria-Geral do Estado tem autonomia administrativa e financeira, dispondo de dotação orçamentária própria. Suas atribuições são as previstas no art. 86 e §§ 1º e 2º, da Constituição do Estado, competindo-lhe:

IV – o exercício de funções consultoria jurídica da administração direta, no plano superior, inclusive no que respeita às decisões das questões a que se refere o art. 205 da Constituição Federal,

bem como emitir pareceres, normativos ou não, para fixar a interpretação governamental de leis ou atos administrativos;
§ 1º *Todas as consultas à Procuradoria-Geral do Estado só poderão ser formuladas através do Governador. (...)*

Tais *consultas* devem se submeter à disciplina do Decreto nº 10.443, de 09 de outubro de 1987, que, em seu art. 7º, delega a competência privativa do Governador aos Secretários de Estado, com prévia manifestação do órgão jurídico local ou setorial. O citado dispositivo estabelece que o parecer exarado é vinculante para toda a Administração:

Art. 7º - A competência prevista no art. 2º, § 1º, da Lei Complementar nº 15, de 25.11.80, para formulação de consultas à Procuradoria-Geral do Estado, fica delegada aos Secretários de Estado, ao Subsecretário de Estado de Governo, aos titulares das Secretarias Extraordinárias, ao Procurador-Geral de Justiça e ao Procurador-Geral da Defensoria Pública.

§ 1º - O encaminhamento de consultas à Procuradoria-Geral do Estado deverá ser precedida de manifestação de órgão jurídico respectivo, com explicação das dúvidas a serem dirimidas pelo Órgão Central do Sistema Jurídico.

§ 2º - Atendida a *consulta*, o expediente será encaminhado à Secretaria de Estado de Governo, sendo vedado a qualquer órgão de outro nível emitir, no caso, parecer divergente do proferido pela Procuradoria-Geral do Estado.

§3º - As autoridades referidas neste artigo poderão solicitar à Procuradoria-Geral do Estado o reexame dos seus pareceres, com indicação dos motivos do pedido.

4. O direito de petição

4.1. A inteligência da expressão “órgãos públicos” contida no art. 5º, XXXIV, CF

O problema se agravaria se fosse interpretado que o direito de petição só poderia ser exercido perante o órgão ou entidade que praticou a ilegalidade, hipótese em que, dificilmente, teria alguma eficácia. Na verdade, se o direito de petição busca provocar um controle sobre uma ilegalidade praticada pela Administração, ele deve ser exercido perante qualquer autoridade que tenha o poder de atender tal pretensão, conforme leciona JOSÉ AFONSO DA SILVA:

“O direito de petição cabe a qualquer pessoa. Pode ser, pois, utilizado por pessoa física ou por pessoa jurídica; por indivíduo ou

1 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Tribunais de Contas e democracia*. Palestra no I Fórum Brasileiro de Controle da Administração Pública, organizado pela Editora Fórum (Belo Horizonte) na cidade do Rio de Janeiro em 2 de agosto de 2004.

por grupos de indivíduos; por nacionais ou por estrangeiros. Mas não pode ser formulado pelas forças militares, como tais, o que não impede reconhecer aos membros das Forças Armadas ou das polícias militares o direito individual de petição, desde que sejam observadas as regras de hierarquia e disciplina. *Pode ser dirigido a qualquer autoridade do Legislativo, do Executivo ou do Judiciário.* É importante frisar que o direito de petição não pode ser destituído de eficácia. Não pode a autoridade a quem é dirigido escusar pronunciar-se sobre a petição, quer para acolhe-la quer para desacolhe-la com a devida motivação².”

4.2. A relação entre o direito de petição e o Estado Democrático de Direito

O princípio democrático, consagrado no artigo inaugural da Lei Maior consagra um direito de participação no planejamento, na execução e no controle da Administração. Daí afirmar ALEXANDRE DE MORAES³:

O direito em análise constitui uma prerrogativa democrática, de caráter essencialmente informal, apesar de sua forma escrita, e independe de pagamento de taxas. Dessa forma, como instrumento de participação político-fiscalizatório dos negócios do Estado que tem por finalidade a defesa da legalidade constitucional e do interesse público geral, seu exercício está desvinculado da comprovação da existência de qualquer lesão a interesses próprios do peticionário.

E prossegue, fixando a relação entre o direito de petição e o controle da Administração:

A finalidade do direito de petição é dar-se notícia do fato ilegal ou abusivo ao Poder Público, para que providencia as medidas adequadas. O exercício do direito de petição não exige seu endereçamento ao órgão competente para tomada de providências, devendo, pois, quem a receber, encaminha-la à autoridade competente.

Ora, se o direito de petição for exercido contra órgão que não toma providências, de nada adianta existir. Daí, mais uma vez, se invocar os sábios ensinamentos de *Diogo de Figueiredo Moreira Neto*⁴:

A democracia não é mais a escolha dos governantes, mas, sim, a orientação sobre como se quer governado. Não há função sem controle.

2 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, p.443.

3 MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo : Atlas, p. 180.

4 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Palestra supra citada.

O vetor democrático é pelo pluralismo, o que justifica a existência de vários órgãos de controle. Quanto mais democrático maior o número de órgãos de controle.

A ligação entre a Democracia e Legitimidade está no fato de que esta é uma qualidade do poder. A legitimação está ligada ao acesso ao poder, ao exercício do poder, e finalmente a legitimação teleológica, pelo alcance dos resultados esperados. Não basta a legitimação formal, mas, sim, a legitimação substantiva, que se faz pela participação, pela processualidade aberta e pelo resultado.

5. A distinção entre Advocacia Pública da Sociedade e Advocacia Pública da Fazenda

Poder-se-ia afirmar que, dada a limitação contida na legislação estadual, a petição sob exame só poderia ser apresentada perante o Ministério Público, que também exerce uma advocacia pública e, portanto, igualmente essencial à Justiça, como leciona DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO⁵:

A Constituição cria três tipos institucionais de procuraturas, estas encarregadas das funções essenciais à justiça, exercendo, cada uma delas, atribuições consultivas e postulatórias, todas bem definidas a nível constitucional (artigos 127, 129, 131, 132, 133 e 134, CF) e infraconstitucional (Constituições estaduais e respectivas legislações), voltadas a três conjuntos de interesse caracterizados.

O primeiro conjunto de interesses abrange, basicamente, dois importantes subconjuntos: os interesses difusos da defesa da ordem jurídica e do regime democrático; os interesses sociais e individuais indisponíveis (artigo 127, caput, da Constituição) detalhados em rol de funções (artigo 129, CF), em relação aberta, pois pode ser acrescida de outras funções, desde que compatíveis com a finalidade institucional (artigo 129, IX). Para esse conjunto, a função essencial à justiça que lhe corresponde é advocacia da sociedade e a procuratura que tem a seu cargo é o Ministério Público, em seus ramos federal, distrito federal e estaduais.

O segundo conjunto de interesse são os interesses públicos, assim entendidos os estabelecidos em lei e cometidos ao Estado, em seus desdobramentos políticos (União, Estados e Distrito Federal). Para esse conjunto, a função essencial à justiça que lhe

5 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *As Funções Essenciais à Justiça e as Procuraturas Constitucionais*, in Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro : Procuradoria Geral do Estado, p. 48, ano 1992.

corresponde é a advocacia do Estado (artigo 131, para a União, e 132, para os Estados e Distrito Federal) e as procuraturas que tem a seu cargo são a Advocacia Geral da União (órgão coletivo) e as Procuradorias dos Estados e do Distrito Federal (órgãos similares).

O terceiro conjunto de interesse são os individuais, coletivos e até difusos, mas todos qualificados pela insuficiência de recursos daqueles que devam ou queiram defende-los: são os interesses dos necessitados (artigo 5º, LXXIV, da Constituição). Para esse conjunto, função essencial à justiça que lhe corresponde é a advocacia dos necessitados e procuratura que a tem a seu cargo é a defensoria Pública, federal, distrital federal e estadual (artigo 134, CF).

É, no entanto, do mesmo autor o entendimento apresentado, recentemente, perante o I Fórum Brasileiro de Controle da Administração Pública, no sentido de que melhor a abundância de controles que a ausência deles. Afirma ele que o vetor democrático é pelo pluralismo, o que justifica a existência de vários órgãos de controle. Quanto mais democrático maior o número de órgãos de controle.

O objetivo, num Estado Democrático de Direito, deve ser integrar o administrado – expressão mais ampla que cidadão – no seu direito público subjetivo a uma boa administração, que pressupõe a observância das leis. O princípio da cortesia – além dos já citados – já recomenda a facilitação do exercício dos direitos dos usuários de serviços públicos.

Daí porque há que se distinguir, para afastar de vez o limitador, *consulta de denúncia de ilegalidade*; enquanto aquela só pode ser formulada pelo Governador ou pelos Secretários de Estado, esta pode ser oferecida por qualquer administrado e deve ser respondida por quem de Direito.

No âmbito da Administração Estadual, é a Procuradoria Geral do Estado quem tem o dever de fixar a interpretação jurídica final, no âmbito da Administração, do ordenamento jurídico. Trata-se de controle técnico, neutro, apolítico e, portanto, imparcial e acima das lides partidárias.

6. A interpretação da norma estadual

Definida a competência da PGE para examinar o direito de petição, cumpre fixar a interpretação jurídica da norma em exame, que, aliás, já se vislumbra de posicionamentos anteriores, todos reconhecendo que o ordenamento prevê consequências, para o concedente ou para o concessionário, diante da omissão do regulador.

Vale citar, exemplificativamente, o Parecer nº 03/2003 – PFB, da lavra da Procuradora do Estado PATRÍCIA FERREIRA BAPTISTA, exarado no Processo nº E-14/11789/2002:

Se, entretanto, persistir até aqui a omissão da ASEP, tendo deixado de exercer, *em prazo razoável*, as suas competências legais e contratuais (cláusula 12ª, III) – *e sem que tal omissão decorra de qualquer fato atribuível diretamente ao Estado* –, insisto que, ainda assim, o poder concedente poderá perseguir o seu direito, independentemente do pronunciamento do ente regulador. Assim porque o direito contratual do Estado apresenta-se de forma incondicionada a qualquer reconhecimento ulterior. Apenas nesse caso, não poderá o Estado do Rio de Janeiro aplicar, de per se, as penalidades contratuais por violação a dever contratual, visto que tal medida é prerrogativa exclusiva da ASEP (cláusula décima Segunda, IX, e cláusula vigésima, §§ 5º e 6º, do contrato de concessão).

Repito que me parece, salvo melhor juízo, que a obrigação contratual existe independentemente de chancela da ASEP e a regra contratual estabelece um procedimento de apuração com objetividade suficiente para que possa ser exigível ao alvedrio da intervenção do ente regulador. De todo modo, lógico é que se a apuração efetuada pelo Estado do Rio de Janeiro vier também a contar com a chancela da ASEP, sua pretensão estará ainda mais legitimada.

Note-se que a omissão injustificada da ASEP terá de ficar suficientemente demonstrada e documentada para que ao Estado do Rio de Janeiro não seja imputada violação ao procedimento legal ou contratual.”

Também o Parecer nº 01/2002 – HSTC, da lavra do Procurador HUGO TRAVASSOS SETTE CÂMARA, já mencionado na inicial:

No entanto, uma análise do art. 20 da Lei estadual nº 2869, de 18/12/1997, que dispõe sobre a prestação de serviço público metroviário, ferroviário e de saneamento básico, nos traz outro enfoque para a questão:

Art. 20—Caso haja descumprimento dos prazos conferidos na presente Lei ou no contrato de concessão pela Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos do Estado do Rio de Janeiro – ASEP/RJ, as concessionárias ou permissionárias poderão colocar em prática as condições constantes da respectiva proposta de reajuste ou revisão das tarifas.”

Portanto, de acordo com o regulamento estadual, seria permitido à OPPORTANS, uma vez esgotado o prazo de trinta dias a contar da juntada de informações sobre as receitas alternativas, fixar a tarifa no percentual desejado, até que fosse prolatada a decisão definitiva da ASEP.

Ora, essa linha de entendimentos já tem sido sustentada em outras oportunidades⁶. O argumento de que os prazos não poderiam ser respeitados porque a ASEP não tinha condições de deliberar – já que só dispunha de dois conselheiros de um total de cinco previstos na sua lei criadora – só serve para excluir a responsabilidade civil da agência e dos seus dirigentes pelos prejuízos eventualmente decorrente dessa omissão, que ela não deu causa⁷. A norma, no entanto, tem por objetivo resguardar o equilíbrio contratual, sendo, pois, de direito material e não de direito processual.

7. A inexistência de conflitos entre a agência reguladora independente e a interpretação vinculante para toda a Administração Pública, direta e indireta, fixada pelo órgão central do Sistema Jurídico

7.1. A função de direção superior da Administração

Nem se diga que o direito de petição poderia representar interferência da Administração direta em entidade da Administração Indireta dotada de autonomia e independência.

Sobre o tema, vale citar o precedente da atuação da Advocacia Geral da União, solucionando, pela via da fixação da interpretação correta do ordenamento jurídico, conflito de competência entre o CADE e o BACEN⁸.

Na oportunidade, o Exmo Sr. Presidente da República proferiu despacho aprovando o Parecer nº GM -20, adotando-o, para os fins do art. 41 da Lei Complementar nº 73, de 10/02/1993⁹. Ao fazê-lo, atuou com base no art. 84, II, CF, que lhe confere, com privatividade, o dever de exercer a direção superior da Administração, impedindo, pois, que as entidades que a integram desbordem dos

6 SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo das concessões*. 5 ed. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2004, p. 214

7 Conforme sustentado no Parecer RESERVADO GAB nº 10/2003-MJVS, que apresentava subsídios para a resposta da ASEP no processo judicial nº 2003.001.116870-0 - Ação civil pública proposta contra a ASEP – sustentando não só a ilegitimidade ativa da Comissão de Defesa do Consumidor da ALERJ como também a ilegitimidade passiva da ASEP, além da ausência de dano ao consumidor.

8 SOUTO, Marcos Juruena Villela. *Direito administrativo regulatório*. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2002, p. 123.

9 Parecer nº AGU/LA-01/2001, de 7/02/2001, da lavra do Consultor da União, Dr. Luiz Alberto da Silva, aprovado pelo então Advogado Geral da União, Dr. Gilmar Ferreira Mendes – Processo nº 00001.006908/2000-25 – Origem: Ministério da Justiça – Assunto: Conflito positivo de competência entre o Banco Central do Brasil e o Conselho Administrativo de Defesa Econômico.

limites da lei; afinal, nenhuma autonomia ou independência autoriza a prática de atos contrários ao ordenamento jurídico, sendo o órgão central do Sistema Jurídico o encarregado de tal missão de controle.

Vale ressaltar que, ao contrário do que ocorre nas agências reguladoras federais, a ASEP não dispõe de uma Ouvidoria para que o administrado possa provocar ou questionar a sua atuação, devendo, pois, se viabilizar algum tipo de controle.

7.2. A função institucional da Coordenadoria Geral do Sistema Jurídico

Daí porque o Decreto nº 16.297, de 07 de fevereiro de 1997, previu a criação de uma Coordenadoria do Sistema Jurídico, definindo, em seu art. 7º, suas competências, que incluem a supervisão dos serviços jurídicos setoriais da administração direta, bem como da indireta e fundacional. Tal decreto foi modificado pelo Decreto nº 154 de 22 de outubro de 2003, que manteve tal competência em seu art. 26:

Art. 26 – Compete à Coordenadoria Geral do Sistema Jurídico supervisionar e coordenar as atividades técnicas dos órgãos locais e setoriais do sistema jurídico estadual, incumbindo-lhe:

- I – exercer o controle a posteriori da atuação dos órgãos integrantes do sistema jurídico estadual, propondo ao Procurador-Geral as medidas que visem resguardar o interesse público;
- II – examinar os relatórios dos serviços jurídicos da administração indireta;
- III – fornecer orientação para a atuação em juízo dos entes da administração indireta, sempre que julgar conveniente;
- IV – propor ao Procurador-Geral a edição de enunciados para a orientação dos órgãos integrantes do sistema jurídico estadual;
- V – emitir pronunciamento nas consultas que não envolvam matéria de alta complexidade, mediante avaliação do Procurador-Geral;
- VI – exercer controle e a coordenação das atividades relativas à representação judicial das autarquias e fundações públicas, sem prejuízo da competência específica das Procuradorias Especializadas;
- VII – fiscalizar e orientar a representação judicial das empresas estatais a cargo de advogados internos ou de escritórios de advocacia por elas contratados;

- VIII – adotar as medidas cabíveis para o cumprimento de providências materiais relacionadas com o objeto de parecer emitido e aprovado pelo Procurador-Geral;
IX – propor ao Procurador-Geral medidas que visem ao aperfeiçoamento das práticas jurídicas dos órgãos locais e setoriais do sistema jurídico estadual e a avocação do patrocínio de processos judiciais;
X – estabelecer a padronização de atos e procedimentos no âmbito do sistema jurídico estadual;
XI – gerir e controlar os convênios de assistência jurídica firmados com os Municípios;
XII – exercer especificamente as atribuições que lhe forem cometidas pelo Procurador-Geral do Estado.

Ora, ainda que o direito de petição não legitimasse o administrado a exercer o controle sobre a legalidade dos atos da Administração, é o próprio Regimento Interno da ASEP que legitima a atuação da PGE, ao prever a obrigatoriedade de manifestação de sua assessoria jurídica em todos os atos e deliberações (art. 20, I, II e VIII, em especial), inserindo-se, pois, tais pronunciamentos sob a supervisão do órgão central e no dever de apontar as eventuais violações. É, também, da assessoria jurídica a competência para dar conhecimento à ASEP das orientações da PGE (art. 20, X).

Portanto, não há intromissão, mas, frise-se, atividade técnica, neutra e despolitizada de controle da legalidade, que só a Procuradoria Geral do Estado pode exercer com autoridade definitiva no tema, no âmbito da Administração.

8. A aplicação da norma mediante compreensão da distinção entre revisão programada dos contratos de concessão de serviços públicos e o conceito de revisão extraordinária dos contratos em geral

Superado o problema, mister se faz esclarecer que da aplicação da norma não resultará, necessariamente, um aumento de tarifa. Isto porque a revisão, qualquer que seja o fundamento, tem por objetivo restaurar o equilíbrio contratual, que pode ter sido rompido em favor do contratante ou do contratado.

Ademais, a ideia de revisão *programada* difere da de revisão *extraordinária*.

Como leciona ARNOLDO WALD, a revisão representa a aplicação da teoria da imprevisão¹⁰:

A teoria da imprevisão surgiu com finalidade de reajustar as prestações das partes sempre que houvesse um fato imprevisto

¹⁰ *Direito das Obrigações (Teoria Geral das Obrigações e Contratos Cíveis e Comerciais)*. São Paulo: Malheiros, 2001, p.259.

pelos contratantes que tornasse excessivamente onerosas tais prestações. O requisito básico para aplicação da teoria da imprevisão é, pois, a ocorrência de fato novo, não previsto pelas partes que ocasione um desequilíbrio das prestações. Discutem os autores se o fato em questão deve ser imprevisível ou se basta que as partes, podendo prevê-lo, não tivessem podido evitá-lo. A doutrina brasileira exige a inevitabilidade de um fato *que transforme cabalmente a situação dos contratantes*.

Essa linha de raciocínio também é acolhida na Procuradoria Geral do Estado, como se vê do Parecer nº 09/2002 – PHSC, exarado pelo Procurador do Estado PAULO HENRIQUE SPILOTROS COSTA no Processo Administrativo nº E – 04/064810/2002:

Não há dúvidas de que o instituto da revisão deve ser invocado toda vez que, por fato superveniente à celebração contratual, de natureza imprevista e imprevisível, haja um abalo no equilíbrio econômico financeiro do contrato. Todavia, como já dito, não se trata de simples superveniência de fato que onere em excesso a obrigação da parte. É preciso que tenha ocorrido uma situação de absoluta imprevisão e que esta realmente impossibilite a execução do contrato, uma vez que a regra é o cumprimento do ajustado na forma originalmente pactuada.

Não é qualquer desequilíbrio econômico financeiro no contrato que terá o poder de provocar a revisão, pois os riscos econômicos inerentes a qualquer atividade empresarial não deverão ser considerados, pois tais expectativas já foram introduzidas na formulação do preço. Só os imprevistos, devidamente comprovados, e que possam motivar um encarecimento do contrato, de modo a prejudicar sua própria execução.

Na revisão dos preços, também chamada pela doutrina de “recomposição”, não se visa ajustar os valores da época da contratação para os da atualidade, e sim modificar o valor expresso no contrato a partir de fatores ora imprevisíveis ora previsíveis, mas de consequências incalculáveis. São exemplos os casos de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, que encarecem o custo contratado.

Esta inclusive, a interpretação consolidada no Tribunal de Contas da União¹¹:

“Segundo a definição legal, fatos previsíveis, de consequências que se possam razoavelmente estimar, não

¹¹ Decisão nº 457/95 – TCU, in BLC nº 06/96, p. 297.

podem servir de supedâneo à pretensão de recomposição de preços. A lei não visa suprir a imprevidência do particular ou sua imperícia em calcular o comportamento da curva inflacionária. Apenas o resguardo de situações extraordinárias, fora do risco normal da economia de seus negócios. Não se pode olvidar que também que os contratos, em regra, são celebrados em empresa vencedora de processo de licitação, em que a Administração, entre várias propostas que se lhe formularam, escolheu a que lhe era mais vantajosa. Mais vantajoso deve ser entendido como a que atende ao fim público colimado com o menor custo possível. De fato, admitir a aplicação da teoria da imprevisão nos contratos administrativos fora da via estreita definida pelo Estatuto das Licitações e Contratos Administrativos, vale dizer, aceitar a recomposição de preços nos contratos a todo tempo e modo, na hipótese de o contratante apenas demonstrar alterações na relação econômico-financeira, seria negar qualquer sentido prático ao instituto da licitação e premiar o licitante.”

Na revisão programada é diferente.

Enquanto a revisão extraordinária busca apenas a retomada do equilíbrio em função de circunstâncias imprevistas e imprevisíveis, das quais decorra uma onerosidade excessiva, a revisão programada tem por objetivo rediscutir os valores de tarifa a partir dos parâmetros de eficiência esperados do concessionário.

É mister lembrar que o que justifica os processos de desestatização é a maior eficiência do particular em relação ao Estado. Assim, a tarifa inicialmente fixada nos contratos de concessão tem por base os parâmetros de eficiência fixados pela Administração Pública. Como se espera que o concessionário seja mais eficiente – daí a concessão, que deve ser justificada, na forma do art. 5º da Lei nº 8.987/95 – é razoável exigir que, em nome dos princípios da eficiência e da modicidade tarifária, que os ganhos de produtividade sejam incorporados pelo concessionário, num primeiro momento, como estímulo ao investimento, mas partilhados com a sociedade, definida tal partilha na revisão programada.

III

Por todo o exposto, opina-se que a PGE tem legitimidade para responder o direito de petição exercido pelo Administrado para declarar que, diante da clara redação do art. 20 da Lei nº 2.869/97, as concessionárias de serviço público no Estado do Rio de Janeiro poderão aplicar os reajustes e revisões de tarifa propostos se houver descumprimento do prazo legal para que a ASEP/RJ se manifeste sobre o referido

pedido, por se tratar de norma que estabelece direito decorrente do contrato ao equilíbrio entre encargos e receitas. A tarifa deve ser razoável e justificada, vigorando até que a ASEP se pronuncie. Claro que o concessionário deverá adotar medidas que viabilizem a devolução dos valores eventualmente cobrados a maior, eis que, como visto, da revisão não resulta, necessariamente, uma elevação de tarifa.

É o parecer, s.m.j.
Atenciosamente,

MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO
Procurador do Estado do Rio de Janeiro

VISTO

Aprovo o bem lançado Parecer nº 14/2004-MJVS, destacando a legitimidade da Procuradoria-Geral do Estado em responder a presente petição, uma vez que consiste numa denúncia de ilegalidade que pode ser oferecida por qualquer administrado e deve ser respondida por quem de Direito. Sendo certo que, no âmbito da Administração Estadual, é a Procuradoria Geral do Estado que tem o dever de fixar a interpretação jurídica final do ordenamento jurídico.

Declara, assim, que, diante da elucidativa redação do art. 20 da Lei nº 2.869/97, as concessionárias de serviço público no Estado do Rio de Janeiro poderão aplicar os reajustes e revisões de tarifa que tiverem propostos caso haja descumprimento pela ASEP/RJ do prazo legal para se manifestar sobre o referido pedido, haja vista a intenção da norma de preservar o equilíbrio entre encargos e receitas contido no contrato de concessão.

Em 06 de agosto de 2004

DENISE A. M. FERES AUA
Procuradora Assistente da
Coordenadoria Geral do Sistema Jurídico

VISTO

Aprovo o bem lançado Parecer nº 14/2004-MJVS, da lavra do i. Procurador do Estado **MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO**.

1.À Procuradoria Geral do Estado, na qualidade de órgão central do sistema jurídico estadual, compete, nos termos do art. 176, caput e § 3º, da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, nos termos do art. 176, caput e § 3º, da Constituição do

Estado do Rio de Janeiro, a *supervisão dos serviços jurídicos da Administração Pública direta e indireta*, assim como *desempenhar o controle interno da legalidade dos atos do Poder Executivo*.

2. Ademais, nos termos do art. 2º, incisos I, II, XII e XV, da Lei Complementar Estadual nº 15/80, o referido controle interno da legalidade dos atos do Poder Executivo deve ser *obrigatoriamente* realizado pela Procuradoria Geral do Estado (inciso I), competindo-lhe, ainda, *fixar a interpretação governamental de leis e atos administrativos* (inciso IV), *opinar sobre providências de ordem jurídica aconselhadas pelo interesse público e pela apreciação das leis vigentes* (inciso XII) e propor ao Governador medidas que julgar necessárias à *uniformização da jurisprudência administrativa* (inciso XV).

3. Assim, provocada pelo exercício do direito de petição, assegurado no art. 5º, inciso XXXIV, “a”, da Constituição da República, através do qual uma concessionária de serviço público estadual dá conta de supostas interpretações jurídicas afastadas da melhor inteligência da lei, praticadas por entidade da Administração Pública indireta (ASEP/RJ), compete à Procuradoria Geral do Estado se desincumbir de sua missão constitucional e legal, exarando pronunciamento que venha a uniformizar a interpretação e aplicação governamental da matéria suscitada. Com efeito, se à Procuradoria Geral do Estado caberia fazê-lo de ofício, por igual ou maior razão deve fazê-lo *quando provocada por concessionária do serviço público estadual através do legítimo exercício do direito constitucional de petição*.

4. De acordo com o art. 20 da Lei Estadual nº 2.869/97, caso haja descumprimento do prazo legal, pela Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos do Estado do Rio de Janeiro – ASEP/RJ, para prolação de decisão acerca de proposta de reajuste ou de revisão de tarifas, *as concessionárias poderão desde logo colocar em prática o valor da tarifa constante da respectiva proposta de reajuste ou revisão*. Tal norma é reproduzida na Cláusula Sétima, §§ 8º e 18, do Contrato de Concessão celebrado entre a SuperVia e o Estado do Rio de Janeiro. Nos termos do § 1º do art. 20, vindo a ASEP/RJ a se pronunciar, as concessionárias estarão obrigadas, a partir de então, a respeitar o valor da tarifa constante de tal pronunciamento, operando-se as *compensações necessárias*, no prazo que for determinado.

5. Deste modo, buscou o legislador ordinário prestigiar o *equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão*, assegurando, de um lado, a higidez financeira das empresas – e, de conseguinte, a continuidade e qualidade dos serviços públicos por elas prestados – em face de eventual inércia do ente regulador, e garantindo, de outro lado, a compensação de eventual diferença entre o valor constante da proposta e aquele derradeiramente fixado pela ASEP/RJ, em prazo razoável a ser estipulado.

6. Tal norma legal *não é perfurada por qualquer exceção*. Portanto, o art. 12 do Regimento Interno da ASEP/RJ – que trata da suspensão dos prazos por falta de quorum – não tem o condão de afastar a aplicação da regra contida no art. 20 da Lei Estadual nº 2.869/97. A uma, porque, vomo é trivialmente sabido, a lei prevalece sobre os atos administrativos normativos. A duas, porque a finalidade da Lei estaria sendo violada pela possibilidade de uma concessionária ter de aguardar, indefinidamente,

pela ultimação do procedimento de nomeação de novos Conselheiros, em situação de desequilíbrio econômico-financeiro. Assim, a solução aqui deve ser a mesma preconizada pelo art. 20, *caput* e seu § 1º, acima citados.

7. Por outro lado, o disposto na Cláusula Sétima, § 15 do Contrato de Concessão celebrado entre a SuperVia e o Estado do Rio de Janeiro permite a suspensão do prazo estabelecido em lei para pronunciamento da ASEP/RJ, por uma única vez, para apresentação de informações adicionais pela concessionária. Assim, uma vez cumprida a exigência do ente regulador pela concessionária, não se admite que a ASEP/RJ possa tentar promover nova suspensão a este ou a qualquer outro título. A Cláusula Sétima, § 15º, do Contrato de Concessão só permite a suspensão do prazo por uma única vez, sem exceções. Daí em diante, só caberá à ASEP/RJ proferir sua decisão final, observado o restante do prazo legal, ainda que a falta de algum documento relevante possa militar em desfavor do pedido de reajuste ou revisão. Tal é o único entendimento consentâneo com a letra e o espírito do art. 20 da Lei Estadual nº 2.869/97.

Ao Gabinete Civil, para ciência do presente pronunciamento, com vistas, sucessivamente, à Secretaria de Estado de Transportes e à Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos do Estado do Rio de Janeiro – ASEP/RJ, para ciência e adoção das medidas cabíveis.

Rio de Janeiro, 09 de agosto de 2004.

FRANCESCO CONTE
Procurador-Geral Do Estado