MANDADO DE SEGURANÇA. CONCESSÃO OBRA PÚBLICA. JULGAMENTO PELA MELHOR OFERTA. PREÇO FIXADO NO EDITAL. POSSIBILIDADE, OU NÃO, DE MODIFICAÇÃO UNILATERAL DA TARIFA. AUSÊNCIA DE FATO SUPERVENIENTE. DEFICIÊNCIA DE PROCEDIMENTO REGULAR.

Se a alteração definida pela Administração afeta a própria base do contrato de concessão, pois modifica o resultado do que se teve, à época, por expressão do equilíbrio econômico-financeiro, inviável que se a efetive de modo unilateral.

Assim não fora, porém, juridicamente insustentável que o faça à revelia de procedimento direcionado à decisão, com possibilidade efetiva de participação do concessionário, não bastando que aquela seja fundamentada.

No Estado Democrático de Direito, a motivação da decisão administrativa não basta, impondo-se o recolhimento consentâneo, se não da vontade, inafastavelmente da colaboração do interessado, pois a ação é legitimada pelo procedimento.

SEGURANÇA CONCEDIDA

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
Mandado de Segurança nº 599222957
Tribunal Pleno Porto Alegre

CONVIAS S/A — CONCESSIONÁRIA DE RODOVIAS.
Impetrantes: Sulvias S/A — Concessionária de Rodovias e Metrovias S/A — Concessionária de Rodovias.
Coatores: Exmo. Sr. Governador do Estado, Exmo. Sr. Secretário de Estado dos Transportes, Diretor-Geral do Departamento Autônomo de Estradas de Rodagem — DAER e Diretor de Concessões do Dep. Autônomo de Estradas de Rodagem — DAER

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam, em Órgão Especial do Tribunal de Justiça, conceder a segurança, por maioria. vencidos os Desembargadores Tupinambá e

Stefanello, de conformidade com os fundamentos constantes das inclusas notas taquigráficas, que integram o presente acórdão.

Custas, na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário, os Excelentíssimos Senhores Desembargadores Alfredo Guilherme Englert — Presidente. Sérgio Pilla da Silva, Tupinambá M. C. do Nascimento, Celeste Vicente Rovani, Clarindo Favretto, Antônio Carlos N. de Mangabeira, José Eugênio Tedesco, Osvaldo Stefanello, Luiz Felipe Vasques de Magalhães, Antônio Carlos Stangler Pereira, Paulo A. Monte Lopes, Ranolfo Vieira, Vladimir Giacomuzzi, Araken de Assis, Tael João Selistre, Délio Spalding de A. Wedy, Paulo Moacir Aguiar Vieira, Vasco Della Giustina, João Pedro Freire, Danúbio Edon Franco e José Domingues Guimarães Ribeiro.

Porto Alegre, 09 de agosto de 1999.

Des. Antônio J. Dall'Agnol Júnior — Relator

RELATÓRIO

DES. ANTONIO J. DALL'AGNOL JÚNIOR (RELATOR) — CONVIAS S/A SULVIAS S.A. e METROVIAS S.A. — CONCESSIONÁRIA DE RODOVIA, inconformadas com ato do Senhor GOVERNADOR DO ESTADO e dos Senhores SECRETÁRIO DE TRANSPORTES. DIRETOR-GERAL e DIRETOR DE CONCESSÕES DO DAER, consubstanciado em "termo de alteração unilateral de contrato de outorga de concessão de obras públicas" (fl. 692), impetraram este *mandado de segurança*, alegando, em apertada síntese, que, vencedores em licitação levada a efeito, para o fim de recuperação, conservação e exploração de estradas, com prévia fixação do valor das tarifas. encontravam-se no exercício regular de seus direitos, aplicados os valores que haviam sido fixados em meados de 1996, quando, unilateralmente, veio a realizar o poder concedente alteração no contrato firmado, com modificacão em oito de suas cláusulas, com especial repercussão no preço que vinha sendo cobrado, diminuindo-lhe o valor.

Reputaram, por várias razões, ilegal e abusivo o ato de unilateral modificação: ciência prévia jamais tiveram do relatório da CAGE, que deu sustento ao ato, atingido o disposto pelo art. 5, LV, da CF: ofensa há a previsão contratual, que admite a unilateral alteração em específicas hipóteses (cláusula 15.1.1); ferimento à delegação feita pela União, no item 16 da parte dispositiva do ato: desconsideração para com a Lei Estadual de nº 10.931, de 9.1.97, que, em seu art. 9. V, confere poderes a AGERGS para fixação, reajuste, revisão ou homologação de tarifas, seus valores e estruturas. Enfim, do processo que conduziu à decisão encontravam-se alijados.

Em vista disso, sobre postularem concessão de liminar, para o fim de suspender a eficácia do ato agredido, pediram a concessão da segurança, "para que cesse a violência que estão a sofrer, causando-lhes grave lesão aos seus direitos profissionais, contratuais e legais, com danos concretos ao seu patrimônio" (fl. 15).

Deneguei a liminar por concluir que, não obstante a relevância da fundamentação, não visualizava possibilidade de frustração da medida pleiteada, acaso bem sucedida a pretensão (fls. 688/689), dando por prejudicado requerimento do Estado de "informações preliminares" (fl. 690).

Realizadas as comunicações pertinentes, ofertou informações o ilustre GOVERNADOR DO ESTADO (fls. 723-756), com adesão das demais autoridades (fls. 720-722), através da qual defende o ato, forte na tese de que se está a cuidar de contrato administrativo — e, portanto, passível de unilateral alteração, como o reconhece a doutrina — circunstância que afasta as ilegalidades inicialmente apontadas. Ademais, conforme notório, contraditório se estabeleceu, com ciência e participação das impetrantes, segundo noticiado pela imprensa escrita. Agiu nos limites de sua competência, não havendo por que submeter-se a AGERGS, sequer prevista no contrato, na versão substituída da cláusula 7.2.4, órgão este a quem compete tão-somente fiscalizar o cumprimento das disposições, em atividade suplementar à do DAER.

Documentos foram juntados, às dezenas, por todos os intervenientes.

O Ministério Público, após meticulosa narrativa dos fatos, realizou substancioso estudo sobre cada uma das alegações lançadas nos autos, concluindo pela procedência da pretensão mandamental, seja por ineficaz a cláusula que prevê a exclusividade do DAER para a homologação do reajuste tarifário, por contrariar legislação estadual, seja por afronta ao princípio constitucional do contraditório, na medida em que "concretizada revisão contratual sem, formalmente, oportunizar-se às impetrantes produzir provas acerca renda (sic) das empresas na exploração das praças de pedágio, das despesas do serviço e da remuneração do capital investido", invocando o Estado Democrático de Direito, a limitar o poder-dever da Administração (fls. 919-979).

Neguei pedido de reconsideração da decisão que proferira liminarmente, incidentalmente deduzido (fl. 982).

É o relatório.

VOTO

DES. ANTONIO J. DALL'AGNOL JÚNIOR (RELATOR) — *Eminentes Colegas.* A questão fundamental, neste mandado de segurança, como visto, respeita ao comportamento do Estado que, na qualidade de poder concedente, de modo unilateral, realizou modificações no contrato de concessão para exploração, mediante pedágio, de estradas, precipuamente no que respeita à diminuição do valor da tarifa.

Não me vou demorar demasiado na discussão da natureza do contrato administrativo, sequer na circunstância de que é de sua peculiaridade a possibilidade do poder concedente de "instabilizar" o vínculo, "*alterando unilateralmente o que fora pactuado a respeito das obrigações do contatante*" ou mesmo "*extinguindo unilateralmente o vínculo*" (CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO. (*Curso de Direito Administrativo*, 10 ed. p. 396), pois é este daqueles temas relativamente tranqüilos no Direito Administrativo.

Também não me parece indispensável tecer considerações a respeito da intangibilidade da equação econômico-financeira ("*relação de igualdade formada, de um lado, pelas obrigações assumidas pelo contratante no momento do ajuste e, de outro, pela compensação econômica que lhe corresponderá*" — segundo conceito do administrativista que vim de mencionar). Este é, segundo o mesmo jurista, "*traço imprescindível do contrato administrativo, consistente no resguardo dos interesses do contratante, designado, 'a cotio', direito ao equilíbrio econômico financeiro*" (Ob. cit., pp. 402/403), sendo ponto sobre o qual "*acordam todos na mais aprazível das harmonias*" (Id. ibid., p. 418).

É do Professor CAIO TÁCITO a lição: "*Essa garantia do equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo (...) preserva a sua natureza comutativa (equivalência intrínseca entre as prestações) e sinalagmática (reciprocidade das obrigações)*" (*Direito Administrativo*, 1975, p. 292).

O que é preciso examinar é exatamente em que medida se viabiliza este poder do Estado, sem que se aniquile ou mesmo apenas minimize o interesse do contratante.

Seguramente, em Estado Democrático de Direito, ilimitado não se ostenta o poder de unilateralmente modificar contratos, motivo pelo qual se há de verificar, concretamente, o exercício regular, ou não, de um tal poder.

Ora, não se está aqui a tratar, como bem o observa o digno signatário do parecer de fls. 919-979, de *reajuste* ("*fórmula adrede concebida para preservar o conteúdo econômico-financeiro do ajuste de modo fluído, simples e pacífico*" — segundo BANDEIRA DE MELLO, ob. cit., p. 412), senão que de *revisão*, na medida em que não se cuida de simples alteração (do valor) da tarifa em função da variação de valor que determinava a sua composição — conforme, aliás, explicitamente ajustado na cláusula, 7.2. adotando-se "fórmula" (fls. 51.80.109). mas de verdadeira *recomposição do preço.*

A singularidade está, e ponho realce nisto, em que a revisão de que ordinariamente se cuida — e de que trata a doutrina — diz respeito ao expediente para a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, quando isso

não é possível ser efetuado, ao menos eficazmente, por simples reajustes, "*pois trata-se de considerar situações novas insuscetíveis de serem por estes corretamente solucionáveis*" (BANDEIRA DE MELLO, ob. cit., p. 414).

No caso, não há "*situações novas*": a causa apontada para a revisão das tarifas não é superveniente, senão contemporânea ao ajuste.

O Estado assenta a sua conduta em circunstância situada no passado: o valor da tarifa à época do ajuste (e que era o mesmo constante do edital) é que teria sido mal apurado (cf., *v.g.*, itens 17 e 18 dos *consideranda*, a fl. 22, 24 e 28), conforme demonstrado por relatório da CAGE (cf. itens, 1, 2 e 3 dos respectivos atos. fls. 21, 24 e 27). O relatório da auditoria especial de que reiteradamente se fala nestes autos, e no qual se funda o ato aqui atacado consigna: "*Conforme evidenciamos, as Proposta Comerciais vencedoras apresentam valores que excedem, em muito, os preços referenciados (sic) no Projeto de Engenharia Econômica, os quais deveriam refletir os preços aceitáveis pelo Poder Concedente. Desta forma, não deveriam ter sido aceitas as propostas, sendo desclassificados os Licitantes com base no item 9.2.7., X, do Edital de Convocação (incompatibilidade do Preço e inciso II do art. 48 da Lei Federal nº 8.666/93*" (fl. 773).

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, em trabalho específico sobre o tema do reajuste e da revisão dos preços, ensina: "*O reajustamento contratual de preços não se confunde nem impede a revisão do contrato e a recomposição extraordinária de preços, quando a Administração altera o projeto ou as condições de sua execução, ou ocorrem fatos novos e excepcionais que agravam os encargos do particular contratante*" ("Reajustamento e recomposição de preços em contrato administrativo", RDA-139/16).

O que fez o Estado, portanto, foi, de modo unilateral, modificar o valor da tarifa estabelecida pelo próprio edital de licitação (fl. 131 e segs.), conforme se verifica, por exemplo, à fl. 166 (minuta do contrato de concessão, anexo II).

A circunstância é importante também porque se cuida de licitação por melhor oferta, e não de menor preço (*v.g.*, fl. 144, item 9.2.2: "*O critério de julgamento da licitação será o da maior oferta de quilômetros no Trecho de Competição de Oferta...*").

Possível lhe era realizar, modo unilateral, a modificação?

A doutrina e a jurisprudência francesas, onde ordiriamente se abebera a nacional, respondem negativamente, conforme se vê:

"*É certo, com efeito, que se, por um lado, a tarifa constitui, por sua aplicação aos consumidores e beneficiários, um elemento da regulamentação do serviço, nem tampouco deixa de ser o modo de remuneração do concessionário e, nestas condições, se relaciona às vantagens financeiras consentidas ao concessionário pelo instrumento de concessão. Tem, assim, um duplo caráter.*

É difícil traduzir por uma qualificação jurídica esse duplo caráter, embora certos autores hajam tentado fazê-lo, ao proporem que se vislumbre aí um elemento que somente seria regulamentar e sujeito a modificação unilateral, no tocante as relações com os consumidores ou beneficiários, e não no que se refere às relações entre concedente e concessionário (ver, a esse respeito, Blaevoet, Des modifications apportées au régime des distributtions d'enérgie életrique, R.D.P., 1926, página 53).

Em todo caso, para resolver a questão da modificação das tarifas a jurisprudência fez prevalecer o caráter de regulamento de relações financeiras sobre o da regulamentação do serviço. Daí se conclui que, por serem, cláusulas imutáveis em todo contrato as vantagens financeiras do co-contratante, a tarifa do serviço concedido só pode ser revista de comum acordo. Talvez essa jurisprudência seja criticável. De qualquer forma, não nos parece que deva ser interpretada como implicando a negação de qualquer poder do concedente para modificar as normas de organização do serviço, tais como o caderno de encargos as estabelecerá" (*Do poder da administração para impor unilateralmente alterações na cláusulas dos contratos administrativos, esp. p. 57*).

Não é solitária a lição do Professor da Universidade de Paris.

RIVERO, lembrado pelo Professor BANDEIRA DE MELLO entre os que se situam "*na mais aprazível das harmonias*", relativamente à intangibilidade da equação inicialmente estabelecia, registra:

"*As disposições relativas à remuneração escapam ao poder de modificação unilateral da Administração. Mas, além disto, o elemento de associação já assinalado se manifesta neste ponto com uma força particular: é o princípio do equilíbrio financeiro do contrato, que é uma das características essenciais do contrato administrativo e a contrapartida das prerrogativa da Administração*" (*Droit Administratit*, 3ª ed., 1965. p. 111).

E, afinal, WALINE: "*Assim, o equilíbrio financeiro ou equação financeira do contrato é uma relação que foi estabelecida pelas próprias partes contratantes no momento da conclusão do contrato, entre um conjunto de direitos do contratante e um conjunto de encargos deste, que pareceram equivalentes, donde o nome de equação: desde então esta equivalência não mais pode ser alterada*" (*Droit Administratif*, 1963, p. 618).

Segundo estes ensinamentos, portanto, a inferência só pode ser uma: ausente acordo, a solução deverá ser via judicial, conforme próprio, de resto, em se cuidando de Estado Democrático de Direito (e à semelhança do que ocorre no direito privado, invocável pois se estaria a cuidar do que nitidamente *intangível* no contrato administrativo).

Argüi, porém, o Estado, que a legislação brasileira, através do disposto nos arts. 65, I, da Lei nº 8.666, de 1993: 9, § 4º, da Lei nº 8.987, de 1995: e art. 10, da Lei Estadual nº 10.086, de 1994 (v.g., fl. 757) admite a modificação unilateral do valor das tarifas, invocando, nas informações, agora com apoio mais específico na lei federal de 1995, lição de BANDEIRA DE MELLO (que, com a devida vênia, parece mais pertinente com a que vim de recordar, embora a divergência inicial quanto à natureza da modificação).

"*(...) as tarifas especialmente, não têm, nem poderiam ter, de modo algum, natureza contratual, imutável. O contratual — e que por isso não pode ser unilateralmente modificado pelo Poder Público — e o valor resultante do equilíbrio econômico-financeiro de que a tarifa é uma expressão, entre outras. Donde, ao concedente é lícito alterar, como convenha. A grandeza dela, contanto que ao fazê-lo mantenha incólume a igualdade matemática substancial, 'estabelecida' e da qual o valor da tarifa se constitui em um dos termos, conquanto não necessariamente no único deles*" (Ob. cit. p. 483).

Diferente não é o pensamento de HELY LOPES MEIRELLES, quando ensina: "*a remuneração do serviço nas bases inicialmente ajustadas constitui direito fundamental e adquirido do concessionário, imutável ao muito da outra parte: direito adquirido, reconhecido tanto pela doutrina como pela nossa, jurisprudência*" (*Direito Administrativo Brasileiro*, 6 ed. p. 355).

Mais recente, e especialmente voltado para espécies em que há prévio estabelecimento do valor da tarifa pelo poder concedente. MARÇAL JUSTEN FILHO, para quem, "*para os fins do art. 9º, reputar-se-á que a tarifa será aquela constante do Edital, nas condições ali estabelecidas, assegurando-se ao licitante vencedor a preservação do valor dela. Afinal a proposta que formulou (e que foi aceita pela Administração)* — completa o jurista — *teve em vista o valor da tarifa e as condições fixadas no Edital*" (*Concessões de Serviços Públicos*, 1997, p. 156).

Defeitos antecedentes ou contemporâneos à licitação, ou ao ajuste, podem superar-se, mas não por unilateral decisão do concedente, porque, aí, a hipótese escapa ao que legalmente se admite como de composição nova e unilateral de preço.

No respeitante às normas jurídicas invocada, tenho para mim que dão elas sustento apenas à indiscutida peculiaridade dos contratos administrativos de serem unilateralmente modificáveis pelo poder concedente, *desde que* ocorrentes situações supervenientes. BANDEIRA DE MELLO é categórico, em oportunidade que conceitua revisão nas concessões: "*Isso ocorre, apenas, quando o serviço concedido vier a sofrer o impacto de fatores supervenientes a serem considerados. Tem lugar, pois, quando sobrevierem eventos, contratualmente previstos ou não, por força*

dos quais venha a operar-se a ruptura do equilíbrio inicial" (Ob. cit., p. 482).

Assim, o art. 65, I, da Lei nº 8.666, de 1993, reza:

"*Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados com as devidas justificativas, nos* seguintes casos;

I — unilateralmente pela Administração:

(a) quando houver modificação do projeto ou das especificações para melhor adequação técnica aos seus objetivos;

(b) quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei;

II — (...)".

Já o art. 9, da Lei nº 8.987, de 1995, no *caput*, dispõe:

"*A tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta Lei, no edital e no contrato*".

O invocado parágrafo quarto, por sua vez, assenta:

"*Em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitante à alteração.*"

E o art. 10 da Lei Estadual lembrada nada mais faz do que estabelecer sobre a remuneração do concessionário, conceituando o que seja serviço adequado (§ 1) e, no § 2, que "*entende-se por equilíbrio econômico financeiro do contrato a situação em que as receitas, resultantes da cobrança da tarifa, cubram os custos do serviço acrescidas da justa remuneração da empresa concessionária, conforme previsto no edital de licitação e no contrato*".

O que se observa, portanto, do conjunto de regras, é o *reflexo* que possa ter um *fato futuro* no preço estabelecido no passado, no mais prevalecendo o ajuste, até que diferentemente disponham as partes, ou haja intervenção judicial.

Assim não fora, alargar-se-ia a prerrogativa do poder concedente para além da razoabilidade, porquanto, sem mais, poderia modificar amanhã o que publicamente estabelecera (ou se comprometera) ontem.

Não fora isso, e dando de barato que há, no afirmado, algum ranço contratualista (privatístico), ainda assim mal se houve o poder concedente, na exata medida em que, incontroverso que se estava a realizar *revisão*, e não reajuste, inafastável regular atendimento a um proceder *prévio* (e não ciência posterior) de que *participe* (e não mero espectador) o concessionário, como, em bela peça processual, desenvolve o digno Procurador-Geral da Justiça, então em exercício, o Dr. Antônio Carlos de Avelar Bastos.

De efeito, assim como se há de exigir do concessionário que, formalmente, conteste o valor da tarifa, para o fim de revisão, comprovando os elementos sustentadores da pretensão, quando sua a iniciativa, como mais comum, também ao concedente se impõe observar procedimento prévio, minimamente formal, assegurando-se a audiência do concessionário.

Esta é imposição do Estado Democrático de Direito.

"*De todo modo, o contrato deverá prever critérios e procedimentos para reajuste e revisão. Os critérios já devem constar do próprio edital, tal como acima apontado. Deverá prever-se o procedimento para efetivação das modificações de tarifa. Então, o edital e o contrato estabelecerão as condutas e etapas necessárias à promoção do reajuste e revisão.*

No tocante ao reajuste, o procedimento deverá ser automático e simples. A razão de ser do próprio reajuste reside na necessidade de simplificação procedimental em face da revisão. Esta pressupõe, de regra, uma série complexa de etapas. A revisão exige comprovação não apenas da ocorrência de eventos excepcionais, que provocaram modificações imprevisíveis nos custos, encargos e vantagens do concessionário. Cabem determinar, ademais, a extensão dos efeitos dessa oneração. Portanto, isso importa avaliação das condições originais da proposta, apuração da ocorrência de eventos e determinação de seus efeitos.

Em termos práticos, isso significa que o procedimento do reajuste consistirá, basicamente, em atividade do próprio concedente. Nas épocas previstas contratualmente, o poder concedente aplicará os índices acertados

e determinará a elevação das tarifas. Já a revisão pressupõe pleito do concessionário, ao que se seguira oportunidade para avaliação dos fatos, antes de o poder concedente decidir. Logo, o procedimento da revisão envolve uma fase instrutória — que poderá revelar-se como complexa e demorada. Nem edital nem contrato poderão frustrar indiretamente o direito de o concessionário obter a revisão das tarifas. Não é juridicamente admissível que se preveja um procedimento incompatível com o princípio da ampla defesa e do contraditório. Deverá dar-se oportunidade para o concessionário produzir provas e a decisão administrativa deverá ser motivada. Não se admite, enfim, que a decisão desvincule-se avaliação da alteração da equação econômico-financeira e se funde em razões de conveniência, assim entendidas aquelas relativas aos interesses secundários". MARÇAL JUSTEN FILHO, Concessões de Serviços Públicos. 1997, p. 253).

Em nada se modifica a imposição, quando, como no caso, a iniciativa tenha sido não do concessionário, mas do concedente. (Tenho para mim, até, que a ausência de previsão, ordinariamente, na doutrina, está a demonstrar que, nesta última hipótese, o risco do rompimento da base do ajuste inicial conduz, necessariamente, ao "privilegiamento" da solução que por primeiro alvitrei: a revisão de preço estabelecido pelo edital, porque correspondente à equação econômico-financeira alcançada na oportunidade, deve realizar-se por mútuo acordo: ausente este, apenas o Judiciário poderia ofertar a solução adequada.) Haverá o poder concedente de impor-se procedimento, procedimento este que há de assegurar participação *eficaz* (vale dizer, com oportunidade de, antes da decisão discutir as bases da causa revisional) do concessionário.

Definitivamente, na espécie — e o registram as informações prestadas (especialmente, fls. 740-744), com o que se incorporam os signatários à tese de que indispensável o "contraditório" — este procedimento não se efetivou (ou, o que em processo no mesmo dá, prova inequívoca de que se tenha realizado foi feita).

À alegação da notoriedade da pretensão governamental de revisar o valor das tarifas, superiormente respondeu o Ministério Público, à fl. 974: "*E não se venha argumentar, data máxima venia às bem lançadas informações prestadas nestes autos, que suprida tal exigência pela notoriedade da intenção do Governo em reduzir os preços, pois que isso não implica, de per si, em oportunizar-se defesa.*

Ora, que o Estado tem o poder de alterar unilateralmente os pactos por ele firmados, disso não há dúvida. Que tal faculdade atinge a matéria pertinente à fixação tarifária, isso não (sic) também não se questiona. O que não se concebe, porém. É que possa o ente estatal fazer uso desse direito de forma irregular, deixando a legalidade à margem de seus atos".

E assim efetivamente o é, pois "*ao poder de alteração unilateral, conferido à Administração, corresponde o direito do contratado, de ver mantido o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, assim considerada a relação que se estabelece, no momento da celebração do ajuste, entre o encargo assumido pelo contratado e a prestação pecuniária assegurada pela administração*" (MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, *Direito Administrativo*, 10ª ed., p. 225).

A razão é singela e amiudadamente recordada por administrativistas: é que, assim não fora, "*jamais o Poder Público encontrariam quem com ele travasse tais avenças*" (BANDEIRA DE MELLO, ob. cit., p. 402).

Diferentemente não é em França, conforme se observa em FRANCIS-PAUL BÉNOIT: "*Não é por isso que se deva menosprezar o interesse do particular contratante. Aliás, se se procedesse desta maneira, é perfeitamente evidente que a administração não encontraria contratantes*" (*Le Droit Administratif Français*, 1968, p. 588 — apud Bandeira de Mello, ob. e loc. cits.).

Em resumo: (a) ou a revisão levada a efeito não se poderia efetivar unilateralmente, porquanto se cuidaria de modificar "*a igualdade matemática substancial já estabelecida*" (BANDEIRA DE MELLO, ob. cit., p. 483), atingida, portanto, a base do ajuste: (b) ou, admitida a unilateral revisão, que seria "ape-

nas" de tarifa, sem ferimento da equação econômico-financeira então acertada, e o proceder do poder concedente se evidencia *irregular*, na exata medida em que não assegurada prévia participação dos concessionários no procedimento revisional, com ciência inequívoca dos mecanismos utilizados para a conclusão de que *não* ferida a equação inicial com a modificação.

É o círculo de ferro, do qual não logra escapar o poder concedente, por melhores que tenham sido os seus propósitos, inclusive no interesse da coletividade, o que nos cabe também preservar, posto que nem sempre com resultado imediato.

É que "*sempre que as decisões estatais produzirem, potencialmente, o sacrifício de interesses individuais, sua validade dependerá da observância do devido processo legal (CF 88, art. 5, inc. IV). Isso pressupõe a observância do princípio do contraditório, com audiência prévia do interessado ampla oportunidade para produção de provas. Excetuadas hipóteses de urgência, o contraditório deverá ser assegurado previamente à decisão. Não se respeite princípio do devido processo legal quando a oportunidade para a manifestação é transferida para o momento posterior à edição do ato de sacrifício do interesse individual. A garantia constitucional destina-se a permitir que a vontade estatal seja produzida segundo um procedimento que conjuga atuação dos agentes públicos e do particular interessado*" (MARÇAL JUSTEN FILHO, ob. cit., p. 48).

Deste modo, e independentemente da conclusão do ilustrado Procurador-Geral de Justiça em exercício, com a qual concordo, de que *ineficaz* a alteração levada a efeito na cláusula VII do "termo de alteração unilateral", atribuindo *com exclusividade* ao DAER "a homologação do reajuste" (fl. 692), porquanto não é dado ao concedente ignorar a legislação estadual pertinente (ainda que subseqüente) — e esta é no sentido da competência da AGERGS (art. 4º, V, da Lei Estadual nº 10.931, de 1997), *procede* a pretensão mandamental deduzida, por reconhecida a ilegalidade do ato da Administração, de um lado, e, de outro direito, líquido e certo, dos impetrantes, se não de participar da formulação da decisão revisória, em casos como o dos autos, seguramente a de participar do procedimento para o seu alcance.

Bem a propósito, se me exibe, alerta feito pelo jurista por último citado, e parcialmente transcrito no lúcido parecer do Ministério Público:

"*A iliminação do dever-poder de alteração unilateral dos contratos seria incompatível com os postulados de um Estado Democrático de Direito. Importaria, de resto, tamanho risco para o contratado que a Administração Pública nunca lograria encontrar parceiros para tanto — ou, no mínimo, produziria elevação de custos de ordem a lesionar o interesse público. Por fim, tornaria inútil a prévia realização de licitação (...)*

A superioridade do interesse público sobre o privado não autoriza o espezinhamento do particular. O interesse particular, ainda que deva ceder passo ao coletivo, não pode ser ignorado. Reside neste ponto uma diferença fundamental entre Estados democráticos e totalitários, afirmada no curso deste século. Em um Estado democrático, a Administração Pública não pode ignorar o interesse privado, ainda que se reconheça a superioridade do interesse público. Logo, mesmo a efetiva existência de interesse público não legitima o sacrifício incondicionado do interesse privado. A maior comprovação reside no instituto da desapropriação por interesse público — autorizada constitucionalmente, mas condicionada a prévia e justa indenização. Por isso, não se admite que o Estado imponha alterações contratuais como bem entender, mediante pura e simples invocação da existência de um interesse público.

Esse princípio se retrata na distinção entre cláusulas contratuais mutáveis e regras imutáveis no contrato administrativo. O tema se relaciona com o princípio da intangibilidade do equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo. Portanto, há garantias intocáveis, assegurando contratado o direito a uma compensação econômico-financeira para fazer face a modificações contratuais.

Depois, se a Administração fosse legitimada a modificações unilaterais ilimitadas, os

particulares dificilmente se disporiam a participar de contratações administrativas. Haveria elevado risco, que se retrataria também nos custos retratados nas propostas. Enfim, a contrapartida do poder alterar unilateralmente os contratos seria o desembolso de elevadas importâncias. Obviamente, isso conduziria ao sacrifícios do interesse público.

Por fim, torna-se inútil o procedimento licitatório prévio. Se a Administração Pública pudesse modificar radicalmente os termos da contratação, o objeto contratual acabaria distinto daquele licitado. Logo, a licitação não teria cumprido sua função constitucional de selecionar a proposta mais vantajosa com observância do princípio da isonomia. Aliás, não é por outro motivo que não se admite diversidade entre o conteúdo do contrato e as condições do ato convocatório da licitação" (MARÇAL JUSTEN FILHO, ob. cit., pp. 46/47).

Vai meu voto, assim, eminentes Colegas, *pela concessão da segurança.*

DES. JOÃO PEDRO FREIRE — Sr. Presidente, li com atenção os memoriais que nos foram encaminhados, tanto pela Procuradoria do Estado como pelos ilustres procuradores da impetrante, ouvi as sustentações orais e recebi cópia do projeto voto do eminente Relator. Tenho como brilhante, erudito e bem fundamentado, ainda que objetivo, o voto do eminente Relator.

Recuso-me a discutir ou rediscutir matéria de fato, como parece ser o intuito do Estado, porque tal é vedado no âmbito estreito mandado de segurança. Aliás, tenho que o eminente Relator foi além do que minimamente necessário era para o deslinde da controvérsia, posta em mandado de segurança. Mas o avanço não deslustra, nem compromete a conclusão do voto, pelo contrário, enriquece-o e já adianta a posição, o que, no caso, é sadio e louvável.

Qualquer acréscimo, Sr. Presidente, à análise fático-jurídica, e ao enquadramento legal, levado à efeito pelo voto do eminente Relator, importaria em exercício de tautologia, do qual me dispenso em consideração à cultura e à inteligência dos eminentes Pares que integram esta Corte.

Objetiva e sucintamente, nada tenho a acrescentar.

Estou acompanhando o eminente Relator, concedendo a segurança.

DES. DANÚBIO EDON FRANCO — Sr. Presidente, penso que, depois das brilhantes exposições feitas pelas partes e pelo eminente Relator, com os acréscimos do Des. João Pedro, a matéria parece de fácil compreensão.

Estamos discutindo a revisão de um ato administrativo, cujas condições foram estabelecidas pela própria autoridade que o quer revisar, ou seja, o Estado estabeleceu as condições do contrato, o preço da tarifa e, algum tempo depois, não se sabe por que, descobre que aqueles valores não seriam os corretos, que haveria um superfaturamento. E, neste caso, unilateralmente, altera este contrato.

Pode o Estado fazer isso? Penso que não, embora seja reconhecida ao Estado, por legislação, nos contratos administrativos, uma certa preponderância e atividade unilateral na modificação desses contratos.

Essas regras legais, que dão ao Estado essa atribuição, este poder, que desequilibra o contrato administrativo — exatamente por serem normas que desequilibram o contrato —, devem ser interpretadas restritivamente, pois só se pode admitir a atividade unilateral do Estado naquelas circunstâncias previstas.

Será que o fato que estamos julgando inclui-se entre esses permissivos da legislação? Penso que não, porque aqui o Estado está revendo o seu próprio ato, as condições que ele estabeleceu, e às quais o licitante acorreu, certo de que aquelas eram as condições preestabelecidas. Então, as regras e a permanência do contrato devem ser mantidas.

O Estado só teria duas possibilidades de fazer essa revisão: por concordância da parte contratada ou por via judicial. Penso que, não havendo concordância nem pela via administrativa, nessas circunstâncias, poderia o Estado proceder à revisão, porque haveria uma quebra de contrato, e não o uso daquela faculdade legal que lhe é garantida.

Com essas considerações, acompanho o eminente Relator.

DES. JOSÉ DOMINGUES GUIMARÃES RIBEIRO — Sr. Presidente, o voto do emi-

nente Relator, com o brilho de sempre, esgotou a matéria, razão pela qual o acompanho integralmente.

DES. SERGIO PILLA DA SILVA — Sr. Presidente, depois do minucioso, fundamentado e brilhante voto do eminente Relator e das considerações dos votos que o seguiram, nada teria a aduzir.

Estou de inteiro acordo, mas causa-me muita preocupação que a Administração, da forma como agiu, esteja a infringir a lei e, depois, ainda sustente a legalidade de sua atuação à invocação de uma pretensa cobertura de interesse público.

DES. ALFREDO GUILHERME ENGLERT — Impressionam-me os argumentos das partes. A alegação central do Estado é que não deveriam ter sido aceitas as propostas quando da licitação, visto que equivocados os cálculos e errados os critérios. Poder-se-ia dizer, em tese, que poderia haver invalidade parcial do contrato.

Como se trata, entretanto, de mandado de segurança, e, aparentemente, o impetrante teria sido surpreendido com a modificação dos critérios de remuneração, não vejo, neste momento, como se possa discutir a base do contrato.

Acompanho o voto do Des. Dall'Agnol. Em princípio, não poderia a concessionária ser surpreendida com a modificação unilateral dos valores.

DES. TUPINAMBÁ M. C. DO NASCIMENTO — Sr. Presidente, antes de argumentar, posso garantir a todos os Colegas, conforme já disse ao eminente Relator, que meu voto é no sentido de denegar a segurança, até porque conheço os fatos do processo.

No dia 15 de junho deste ano, ingressaram algumas empresas, não tenho certeza de que sejam estas mesmas, no 1º Grupo Cível, com mandado de segurança que foi distribuído para mim. Examinei o pedido na época de minha viagem a Gramado para uma conferência, passei toda a noite acordado, estudando três volumes, e cheguei a uma conclusão que transferi para o meu despacho, ainda não concedendo a liminar e pedindo informações. Mas deixei claro que a minha opinião era completamente contrária àquilo que se sustentava no mandado de segurança.

Este mandado de segurança eu não julgarei, porque os ilustres advogados, sexta-feira passada, sustentando que, posteriormente, ingressariam com mandado de segurança, colocando como autoridade coatora o Sr. Governador do Estado, pediram a desistência, e eu a homologuei.

A revisão contratual é possível no Direito brasileiro. Não há dúvida nenhuma. Um exemplo está na lei. Basta ler o Código de Defesa do Consumidor, em que se prevê a revisão contratual diante de alguns pressupostos que estão na própria Lei nº 8.078.

Pela Constituição Federal, art. 175, parágrafo único, concluo que os contratos das concessionárias — é isso que diz a norma constitucional — devem-se manter obedientes à política tarifária, ao direito dos usuários, ou seja, igual aos direitos dos consumidores, e, mais forte, com prestação adequada de serviços.

Tenho que a prestação adequada não é só o serviço prestado, também é o serviço prestado mais o adequado, correto e justo preço da tarifa para todos os consumidores.

Não tenho dúvida alguma de que a revisão contratual deve cumprir aquilo que é o contraditório constitucional, mesmo porque contraditório constitucional é garantia constitucional.

Questiono-me por que, na área do Direito Penal, o Ministério Público apresenta uma denúncia, e, já ao apresentá-la, antes de abrir oportunidade de legítima ampla defesa, antes de abrir oportunidade do contraditório, o Juiz, conhecendo vários indícios, já coloca o denunciado na cadeia a título de prisão preventiva. Às vezes, o contraditório não é exigido, porque, se vamos esquecer que se pode prender um homem que ofende a segurança pública, antes do contraditório, nós estaremos, na verdade, escondendo, evitando a segurança de todo um povo.

Aqui, se formos oportunizar o contraditório para verificar se há efetivamente elevação na composição do preço, o que vai acontecer é que, enquanto demorar este contraditório,

todo um povo terá que pagar aquilo que são as "tarifas supervaloradas".

Há mais um aspecto, Sr. Presidente, revisão contratual é uma coisa, adequação do contrato à licitude é outra bem diferente. Para a revisão contratual, vamos ver a autorização da CERS, sem dúvida. Agora, em relação a tudo aquilo que foge ao norrnal, que pode significar ilicitude, tem obrigação qualquer administrador público de tomar as providências em defesa daquilo que é a soberania popular.

No brilhante voto do eminente Des. Dall'-Agnol, há uma parte que confirma tudo aquilo que li no dia 15 de junho e que está no relatório da Contadoria: "Conforme evidenciamos, as propostas comerciais vencedoras apresentam valores que excedem em muito os preços referenciados no projeto de engenharia econômica, os quais devem refletir os preços aceitáveis pelo poder concedente".

Não me foge o conhecimento de que aquela tarifa já estava no edital. Não quero colocar a culpa daquela tarifa elevada nas empresas, vou colocar no erro do administrador da época. Cito Hely Lopes Meirelles, em seu "Direito Administrativo Brasileiro", p. 163-167. Editora Revista dos Tribunais. 13ª ed., 1982, quando refere o seguinte: "Desde que a Administração reconheça que praticou um ato contrário ao Direito vigente, cumpre-lhe anulá-lo o quanto antes, para restabelecer a legalidade administrativa.

"Pacífica é hoje a tese de que, se a Administração praticou ato ilegal, pode anulá-lo por seus próprios meios.

"O essencial é que a autoridade, que o invalidou, demonstre a nulidade com que foi praticado. Evidenciada a infração à lei, fica justificada a anulação administrativa."

Por fim, eminente Presidente, gostaria de ler um artigo que tenho aplicado seguidamente na 1ª Câmara Cível, muitas vezes acompanhado pelos Desembargadores Celeste Rovani e Leo Lima, já que trabalhamos com contratos e licitações.

O art. 59 da Lei nº 8.666, de 21-06-93, não é novo e resolve com muita propriedade essa questão. O anterior decreto, que tratava de licitação, também tinha o mesmo artigo. Diz o artigo: "A declaração de nulidade do contrato administrativo opera retroativamente, impedindo os efeitos jurídicos que ordinariamente deverá produzir, além de desconstituir os já produzidos.

"Parágrafo único: A nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regulamente comprovados, contanto que não lhes sejam imputáveis, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa".

Se a Administração tem o poder de anular um contrato inteiro quando está em desacordo com a lei, por que não adequar uma cláusula à licitude, àquilo que a lei determina, para evitar a composição de preço através do superfaturamento?

Então, como tenho a plena certeza de que houve superfaturamento, tentei adequar o meu voto a tudo o que disse, pois jamais apoiaria alguma coisa que é ilicitamente contra o povo, contra o consumidor, contra mim, contra todos.

Este é o motivo, Sr. Presidente, com a vênia de quem votou em contrário, pelo qual estou denegando a ordem.

DES. CELESTE VICENTE ROVANI — Sr. Presidente, admiro e venho admirando há muito tempo a sabedoria do eminente Presidente da minha Câmara, mas ouso discordar de sua conclusão.

O superfaturamento deve ser provado. Não há provas suficientes nos autos para afastar este contrato. A prova deverá ser feita por via judicial, por meio de uma ação ordinária, e não por um simples ato do administrador, enfrentado todo o sistema jurídico-administrativo.

Conseqüentemente, tenho absoluta certeza de que o Estado tem direito de anular os seus atos, mas deve seguir, também, a via jurídica, que seria, no caso, simples e unicamente, uma ação ordinária de anulação de contrato administrativo.

DES. CLARINDO FAVRETTO — Sr. Presidente, examinei o presente caso sob todos os ângulos e convenci-me da certeza do voto proferido pelo eminente Relator.

O contrato de Direito Público não prescinde

do caráter comutativo, e a relação da comutatividade não autoriza sua alteração unilateral se o cumprimento dela decorrer dos termos com que o contrato foi composto.

No caso presente, tendo sido previamente fixada a tarifa do pedágio, ela deverá ficar se não for verificada a sua injustiça, a ponto de fazer claudicar o interesse social. É neste ensejo que se autoriza a rescisão do contrato administrativo pelo poder concedente.

Tenho que, para o caso, o concessionário dimensiona as suas obrigações com base na receita prevista no contrato, não podendo ser frustrado de forma abrupta e unilateral.

Pelo exame constitucional do princípio da prestação adequada dos serviços, há a adequação para o contrato da concessão. Sobre isso ouvimos uma lição preciosíssima dada pelo eminente Des. Tupinambá Castro do Nascimento. Corretíssima essa lição e adequadamente colocados todos os argumentos: todavia, para alcançarmos a conclusão desses princípios, dependemos de uma verificação, qual seja: se os cálculos estabelecidos pela concessão estiverem pesando sobre o princípio da equivalência das prestações a ponto de demonstrar o desequilíbrio, o tema depende de cálculos técnicos necessariamente formados e contrapostos entre o poder concedente e o concessionário que contratou a concessão. Fora disso, parece-me arbitrariedade jogada em cima dos próprios contratos.

Admite-se que o Poder Público não só tem o direito, mas o dever de rever os seus próprios atos, só que, nos contratos realizados com particulares, não pode fazê-lo abruptamente, sem antes estabelecer o contencioso administrativo e, após a verificação concreta contraprestada ao concessionário, poderá administrativamente — não exijo que o seja judicialmente — alterar inclusive a tarifa, mas, para isso, ressaltou muito bem o eminente Dr. Procurador de Justiça, temos uma agência reguladora, que deve ser previamente ouvida. Ela tem os elementos técnicos para a regulação desses preços, em confronto com as obrigações assumidas pelos concessionários, porque, repito, o contrato tem o elemento da comutatividadé. Não se pode retirar a receita prevista, porque vai causar o desequilíbrio nas próprias relações do contrato e dos concessionários em face das obrigações assumidas com terceiros.

Pedindo vênia, com essas considerações, acompanho integralmente o voto do eminente Relator para conceder a segurança.

DES. ANTONIO CARLOS NETTO DE MANGABEIRA — Sr. Presidente, entendo que, no caso concreto, houve de parte do poder concedente uma alteração do contrato firmado de forma arbitrária, não obedecidos os limites legais.

Voto, pois, no sentido da concessão da segurança, aderindo, assim, aos fundamentos constantes do douto voto do eminente Relator.

DES. JOSÉ EUGÊNIO TEDESCO — Eminente Presidente, tenho, com a máxima vênia, que a questão, no fundo, é singela. Poderia, ou não, o Estado alterar unilateralmente o contrato?

O Des. Tupinambá levanta uma questão que me preocupou, a princípio, sobre o fato de que um interesse menor, no meio de tudo isso, gerou a fixação da tarifa-pedágio.

Tenho que, mesmo que pudéssemos aceitar que, atrás disso tudo, houvera algo de ilícito, ainda assim o Estado teria de trazer e demonstrar a existência desse ilícito. Vejo que, por meio da imprensa, foi discutida a alteração de tarifa. Por que foi discutida a alteração de tarifa? Porque as concessionárias, logo no início do mandato do atual Governo, estavam falando em reajustes. E o Estado, mediante um levantamento, também unilateral feito por um órgão estatal, chegou à conclusão de que o preço estabelecido pelo próprio Estado não condizia com o equilíbrio financeiro exigido entre as partes contratantes.

Mas, mesmo admitido como correta aquela informação, não posso admitir, frente à Constituição Federal, art. 5º, LV, que diz que tanto no processo administrativo como no judicial, deverá haver o contraditório, que o Estado não desse início a um procedimento formal para que ali se estabelecessem as diferenças, e, caso fosse constatado, o Estado denunciasse o contrato. A respeito, todavia, nada foi feito, como está cabalmente demonstrado.

O Des. Danúbio tocou num ponto impor-

tantíssimo segundo o qual aqui já não se afigura nem mesmo a revisão contratual. Até poder-se-ia discutir uma alteração contratual, visando a nulidade de uma cláusula licitatória, porque atinge o valor que constava no edital de licitação.

Nessas circunstâncias e diante do erudito e brilhante voto do eminente Relator, não tenho absolutamente nada a acrescentar e estou concedendo a segurança.

DES. OSVALDO STEFANELLO — Sr. Presidente, quisera eu ter a segurança demonstrada pelo Des. Danúbio ao dizer que a matéria discutida é de fácil compreensão, ou ater-me, pura e simplesmente, ao conceito de Direito Administrativo, segundo o qual a Administração tem poder-dever de revogar, derrogar ou simplesmente tornar sem efeito ato administrativo quando verificar ser pernicioso ao patrimônio público ou ao patrimônio difuso da sociedade, como no caso que se está a discutir.

Não tenho essa segurança, apesar do voto do eminente Relator, assim como o voto do eminente Des. Tupinambá e das razões sobre as quais as partes sustentam suas posições processuais manifestadas de forma resumida, da tribuna.

Tenho dúvidas a respeito das questões discutidas, porque elas não se limitam apenas ao fato principal, qual seja, exatamente até que ponto o Estado pode voltar atrás sobre os próprios passos e tornar sem efeito um ato administrativo, que é o caso típico. Há, ou não, lesividade: há, ou não, condições de o Estado assim proceder — e falo do Estado: não confundo o interesse do Estado com o de um ou outro Governador de uma ou de outra agremiação política. Acima do Governador, está o interesse do Estado, o interesse público e o interesse do patrimônio difuso de toda uma sociedade.

Foi dito, aqui, por exemplo, que essas empresas constituem-se em empresas de capitalismo sem capital, o que, diga-se de passagem, é muito comum. Há que se examinar a dinâmica do Direito Processual moderno a respeito do direito de defesa assegurado na Constituição, art. 5º, LV — direito de defesa formal e direito de defesa material, matéria que está sendo discutida e, o que é fundamental, assenta-se parte da discussão em divergência sobre matéria em foco.

É possível discutir tão aprofundadamente matéria de fato envolvendo esses negócios em sede de mandado de segurança? Há direito líquido e certo presente a ser assegurado pela via estreitíssima do remédio constitucional, que é o mandado. Não seria outro o caminho processual a ser seguido, que não o mandado de segurança?

Com todas essas dúvidas, com a vênia dos eminentes Colegas, não vou julgar agora. Reservo-me o direito de aclarar bem o que efetivamente está acontecendo, examinando, com todo cuidado e pelo tempo que for necessário, os autos.

Com toda a vênia do eminente Des. Dall' Agnol, brilhante como sempre, e dos que o seguiram, vou-me reservar esse direito, de examinar os autos para, então, sim, proferir um julgamento quando tenha toda a segurança para tanto. Para minha segurança e para a segurança não só das partes que estão litigando, mas da sociedade, que é obrigada a sustentar a reparação de rodovias quando, para tanto, existem os impostos, que o Estado cobra e dos quais não renuncia.

Com essas ponderações, apenas para justificar, pois as partes têm interesse e direito a saber, estou pedindo vista.

DES. LUIZ FELIPE VASQUES DE MAGALHÃES — Sr. Presidente, absolutamente nada tenho a acrescer ao técnico e judicioso voto do eminente Relator, por isso estou subscrevendo-o para conceder a segurança.

DES. ANTONIO CARLOS STANGLER PEREIRA — Sr. Presidente, houve ofensa ao art. 5º, LIV e LV, da Constituição, por ausência do contraditório. A revisão tarifária baseou-se em relatório da CAGE. Contadoria-Geral do Estado, organismo fiscal da Secretaria da Fazenda para apurar a regularidade contábil dos órgãos públicos. Além de exorbitar de sua competência, o relatório da CAGE não foi submetido ao necessário contraditório que ensejasse a oportunidade para a contestação pelas concessionárias, sem falar em suas avaliações, que se prendem não ao momento atual de operação dos pedágios, mas

remontam à época da licitação, o que refoge à sua competência.

Também ocorreu violação da Lei nº 10.931/97 por ignorar a competência da AGERGS. Paralelamente aos processos de privatizações, o Estado criou a Agência Estadual dos Serviços Públicos Delegados — AGERGS por meio da Lei nº 10.931/97, e entre suas atribuições está a de regular o serviço de concessões rodoviárias. O art. 4º, V, da referida lei dá competência exclusiva para fixar, reajustar, revisar, homologar ou encaminhar ao ente delegante tarifas, valores e estruturas.

O ato unilateral do Executivo ora atacado pelo *mandamus*, pura e simplesmente, ignorou a existência da agência reguladora e sua competência, em flagrante violação a expresso dispositivo de lei. Está clara a alteração unilateral de tarifas sem diminuição dos encargos. É impróprio dizer que o valor da tarifa é elevado ou que foi superfaturado pelas concessionárias, uma vez que elas não participaram de sua fixação, pois a licitação não se deu pela oferta de menor tarifa, mas, sim, pela oferta de maior trecho de estradas sob conservação e manutenção, dentro dos limites da tarifa fixada e oferecida na licitação pelo Executivo.

Ora, para alterar a tarifa licitada, seria imprescindível diminuir proporcionalmente aos encargos assumidos pelos vencedores do certame.

Concedo a segurança.

DES. PAULO A. MONTE LOPES — Sr. Presidente, estou pedindo vênia ao eminente Des. Tupinambá para aderir integralmente ao voto do douto Relator. Estou concedendo.

DES. RANOLFO VIEIRA — Eminente Presidente, tudo ou quase tudo, já foi dito pelos Colegas que me antecederam ao expressarem seus votos: bastaria que eu me filiasse aos argumentos expendidos por uma ou outra das correntes que se formaram, embora uma delas apenas com o voto solitário do eminente Des. Tupinambá.

Aproveito, entretanto, este ensejo para dizer que a opção política do Governo Federal, assim como a opção política do Governo anterior do Estado do Rio Grande do Sul, não é exatamente a minha opção política, no tocante às privatizações generalizadas, quer na hipótese de alienação do patrimônio público, quer na hipótese das chamadas "privatizações de serviços públicos."

Privatizações estas que advêm também da denominada "globalização" — em que os Estados, no sentido de pessoa de direito público externo, não podem sobreviver sem a interferência do poder econômico internacional ou de governos ou organismos governamentais estrangeiros —, nas quais, por intermédio de concessão, entrega-se ao particular a exploração de serviço público, sobrepondo novas contribuições aos usuários: uma vez que, na concessão de serviço público antecedido de obra pública, como diz a lei, a tarifa ou o serviço que vem a ser pago pelo usuário deveria estar coberto pelos impostos gerais ou por algum eventual tributo particularizado, como é o caso do IPVA, sucessor da antiga TRU, que hoje é desviado ou tem mudada a sua finalidade, mas que tinha exatamente o fim de conservar as estradas.

Entretanto, no caso dos autos, devo fazer um exame jurídico do tema posto em análise. E, no exame jurídico, estamos examinando o contrato administrativo. Foi dito, e todos os doutrinadores têm repetido, que, no contrato administrativo, espécie de contrato de Direito Público, há uma grande diferença dos contratos em geral, no que diz com a posição jurídica de superioridade de um dos contratantes, o que inocorre no Direito Privado, em que, ao contrário, as chamadas "cláusulas leoninas" são nulas de pleno direito.

No campo do Direito Administrativo, temos a posição de superioridade da Administração Pública, que representa o interesse público, em contraste com o outro que com ela contrata. Tanto que a própria lei chama a Administração Pública de contratante e o particular que com ela contrata de contratado, demonstrando, desde logo, esta posição de superioridade jurídica em defesa do interesse público, que se dá à Administração.

Esta superioridade é materializada pelo que os doutrinadores chamam de "cláusulas exorbitantes" ou "derrogatórias do direito comum", em que se insere a possibilidade da

alteração unilateral do contrato, que é dada à Administração Pública, como também a faculdade ou o poder para revisar preços e tarifas.

De qualquer modo, como já foi frisado inúmeras vezes, especialmente na hipótese da revisão de preços e tarifas, há necessidade de manter o equilíbrio econômico e financeiro do contrato. O que ocorre em todas as hipóteses em que permitida à Administração Pública a alteração unilateral do contrato. Há um limite, que é exatamente a equação econômico-financeira do contrato, quando o interesse público, mesmo assim, aconselha ou justifica a Administração Pública a introduzir modificações no contrato que venham em desfavor do outro contratante, no caso do concessionário do serviço público. Há de se estabelecer, concomitantemente, diz a lei, o equilíbrio econômico e financeiro.

Entre as causas da alteração unilateral do contrato, sempre a lei, a doutrina e a jurisprudência colocam causas supervenientes à formação do contrato. Causas anteriores, ou seja, vícios que possam ter ocorrido na licitação, em relação à própria celebração do contrato ou até eventual desvio de finalidade, que é também vício tido como de ilegalidade, ou qualquer outro que se possa invocar e que possa ter viciado a vontade de uma das partes, no caso a Administração Pública, podem ser objeto de anulação. Como dito na Síunula nº 473 do STF, é permitido à Administração anular seus próprios atos. Seria melhor dizer declarar a nulidade, porquanto filio-me à corrente que entende que os atos administrativos ou são válidos ou são nulos, inexistindo aquela categoria intermediária dos atos anuláveis. Por isso, prefiro, ao invés de usar o termo anulação, falar em declaração de nulidade, que decorre de vício, de ilegalidade.

A mesma súmula diz que devem ser respeitados os direitos adquiridos. Isto nos faz meditar sobre como se fazer esta anulação, e nao se pode deixar de concluir que esta declaração de nulidade só pode resultar de uma constatação de vício, de uma constatação da ilegalidade, mediante os meios colocados pelo Direito, hoje estabelecidos pela Constituição, para qualquer processo administrativo ou judicial: o contraditório e a ampla defesa. E parece-me que isso não ocorreu no caso que estamos examinando.

Se, realmente, existe vício anterior que fez com que o edital e o contrato não refletissem a verdade, ou tenha ocorrido uma lesão ao interesse público, esta situação deve ser examinada pela própria Administração — e disso estou discordando, pelo menos em parte, do eminente Relator —, com o devido processo legal, ou por meio de processo judicial.

Afora isso, parece-me que a modificação unilateral, no caso presente, está eivada de ilegalidade, é contrária ao Direito: além disso, feriu o direito líquido e certo do contratante na manutenção da proposta que lhe foi feita e à qual aderiu.

Por isso, estou acompanhando o Relator e os que com ele votaram, concedendo a segurança.

DES. VLADIMIR GIACOMUZZI — Peço vênia para acompanhar o Relator, Sr Presidente.

DES. ARAKEN DE ASSIS — Eminentes Colegas.

1. O art. 37, XXI, da CF/88 assegura aos vitoriosos na licitação, em geral, a manutenção das condições da proposta. É direito do contratante, pois, a preservação da equação financeira, principalmente quando o critério não foi do menor preço.

Esta é a lição da doutrina brasileira (J. CRETELLA JR., *Das licitações públicas*, nº 372, pp. 347/349, 8ª Ed., Rio de Janeiro, 1995), que se reporta à doutrina francesa. Explícito é GEORGES VEDEL (*Droit administratif, p. 255, 6ª Ed., Paris, Puf. 1976*):

Dans toute la zone oú l'Administration exerce des prérogatives exorbitantes du droit commun, le caractére convencionel des contrats administratif se manifeste par le droit du cocontractant à ce que, nonobstant les modifications apportées légitimement par l'-Administration à l'exécution du contrat, l'équilibre financier soit respecté. L'Administration peut, dans certaines limites, modifier les poids des obligations Qui, dans um platean de la balance, sont au passif de son concotractant, mais elle doit aussitôt mettre dans l'autre plateau les compensations pécu-

niaires correspondants (Em toda zona na qual a Administração exerce suas prerrogativas exorbitantes do direito comum, o caráter obrigacional dos contratos administrativos se manifesta no direito do contratante a que, nada obstante as modificações introduzidas, legitimamente, pela Administração na execução do contrato, o equilíbrio financeiro seja respeitado. A Administração pode, dentro de certos limites, modificar o peso das obrigações que, num dos pratos da balança, estão no passivo do seu contratante, mas ela deve também colocar, no outro prato, as compensações financeiras correspondentes.)

Também é a lição de CARLOS ARI SUNFELD (*Licitação e contrato administrativo*, p. 228, São Paulo, Malheiros. 1994):

Em suma, a possibilidade de o Poder Público modificar unilateralmente o vínculo constituído é corolário da prioridade do interesse público em relação ao privado, bem assim de sua indisponibilidade. Porém, ninguém contrataria com o Estado se não houvesse limites a esse poder de alteração unilateral. Decorrem eles de três diferentes direitos assegurados aos particulares que se vinculem contratualmente ao Estado.

O primeiro e o mais importante é o direito à intangibilidade da equação econômico-financeira, ou, em outros termos, à preservação do equilíbrio estabelecido pelo contrato entre as prestações a cargo do particular e a remuneração por ele percebida. Esse direito tem sede constitucional, no art. 37-XXI, exigindo que o contrato contenha cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta." Quando o Poder Público altera a avença, para agravar as obrigações do particular, deve rever sua remuneração; caso contrário, estariam sendo modificadas as condições efetivas da proposta.

De igual modo, assinala JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, (*Manual de direito administrativo, pp. 253-254, 4ª Ed., Rio de Janeiro, 1999*):

A doutrina, em grande parte, reconhece nos contratos de concessão a existência de cláusulas regulamentares e de cláusulas financeiras. Estas, como traduzem preço do serviço, não podem ser alteradas ao exclusivo arbítrio da Administração.

Ora, o Estado pretende revisar a tarifa em virtude de fato concomitante à formação do negócio, que, no âmbito do direito privado, caracteriza o célebre instituto da lesão. É preciso observar, o devido processo, integrado pelo contraditório, permitindo a audiência do concessionário (CARLOS PINTO COELHO MOTTA. *Eficácia nas licitações e contratos, pp. 215-216, Belo Horizonte, 1995). Em tal sentido já se manifestou o STJ (DJU, 29.3.93). Não bastam reuniões informais, a formação de "coletivos", "o anúncio de planos políticos": o requisito somente será cumprido com o cabível processo administrativo.*

O contrato administrativo em nada se distingue do privado quanto ao comportamento dos seus figurantes no curso da respectiva execução. Ele deve ser cumprido rigorosamente, com recíproca boa fé, ressalvados os direitos legalmente previstos. Não há previsão legal que permita à Administração, em virtude de equívoco na equação financeira originária, alterá-la unilateralmente e sem audiência e a concordância do concessionário.

Quanto ao voto do eminente Des. Tupinambá, recordando a possibilidade de invalidação parcial, ele se vale de argumento já aflorado pelo eminente Des. Englert, que mencionou a invalidação parcial. Mas, a flagrante desproporção das vantagens da concessionária, por erro ou dolo imputável ao próprio Estado, além de questão de fato não é causa de nulidade absoluta, nem de nulidade de pleno direito, mas de nulidade relativa, passível de rescisão. Portanto, continua certo o eminente Relator quando afronta a necessidade de intervenção judicial. Ainda que se tratasse de nulidade, o nulo não se declara, ele se desconstitui, como ensina Pontes de Miranda.

2. Ante o exposto, acompanho o Relator.

DES. TAEL JOÃO SELISTRE — Eminente Presidente. No estado democrático do direito, imperiosa é a observância ao princípio da legalidade, onde se insere, obviamente, o do devido processo legal.

Esse cuidado, como já salientado pelos Colegas que me antecederam, não foi observado no caso.

Ainda que podendo a Administração — e todos nós sabemos disso — modificar unilateralmente o contrato administrativo, esse princípio não é absoluto. Assim, não pode fazer com base em fatos ou situações preexistentes ou contemporâneas ao ajuste, sendo admissível a alteração contratual apenas quando ocorrerem causas supervenientes, situações novas, fatos novos. E, assim mesmo, dentro desse aspecto quando essa alteração não se constituir em revisão.

No caso, foi feita a verdadeira revisão com base em elementos existentes quando da formalização do contrato.

Com efeito, o Estado modificou unilateralmente o valor da tarifa estabelecido pelo próprio edital de licitação, mormente se considerando que se tratava de licitação, como salientou o eminente Relator, por maior oferta de quilômetro, e não de menor preço.

De qualquer sorte, ainda que fosse possível essa revisão, não poderia ser feita à revelia das concessionárias.

É certo que a Administração, constatando uma ilegalidade, pode anular os seus próprios atos, amparada, inclusive, na súmula citada do Pretório Excelso, mas o próprio verbete, como também já salientado, assegura os direitos adquiridos. E, em se tratando de contrato administrativo, em face das suas características próprias, não se pode modificá-lo de maneira unilateral, como foi feito.

Reuniões, notícias veiculadas na imprensa e notoriedade da intenção do Poder Executivo em modificar as tarifas não são suficientes para permitir essa modificação, mesmo porque o contraditório, premissa maior do devido processo legal, não foi observado. E não tendo sido observado, a ilegalidade é flagrante, ferindo o direito líquido e certo dos impetrantes.

Por isso, pedindo a máxima vênia ao eminente Relator, estou aderindo integralmente ao seu excelente voto para conceder a segurança.

DES. DÉLIO SPALDING DE A. WEDY — Há direito líquido e certo dos impetrantes. Sr. Presidente. O Estado agiu de forma unilateral quando isso lhe era indevido. Acompanho o ilustrado voto do eminente Relator.

DES. PAULO MOACIR AGUIAR VIEIRA — Sr. Presidente, vivemos em um estado democrático de feição liberal. Subscrevo integralmente o voto do eminente Relator, permitindo-me dar ênfase a um ponto: muito me preocupo com a necessidade de manter a segurança jurídica nas avenças realizadas entre o ente estatal e os particulares. Ferido está o direito líquido e certo dos impetrantes. Não foi observado o contraditório.

Acompanho o eminente Relator no seu voto e peço vênia ao Des. Tupinambá.

DES. VASCO DELLA GIUSTINA — Eminente Presidente, todos os ensinamentos já foram lançados. Apenas trago à consideração dos Colegas que o ilustre administrativista Diógenes Gasparini também adota a linha esposada pelo eminente Relator, em que é reconhecida, como direito do contratado. "a inalterabilidade do objeto e da adequação econômico-financeira". (*In* Direito Administrativo, Saraiva, 4ª Ed., pg. 400).

Ainda, para complementar, valho-me da frase utilizada pelo eminente Relator, que foi muito feliz ao sintetizar toda a questão: "A revisão deve realizar-se por mútuo acordo. Ausente este, apenas o Judiciário poderia ofertar a solução adequada."

Assim, estou de acordo com o eminente Relator, destacando, finalmente, o brilhante e erudito parecer do Ministério Público, de 60 laudas, que abrangeu toda matéria aqui colocada.

SR. PRESIDENTE (DES. CACILDO DE ANDRADE XAVIER) — Mandado de Segurança nº 599222957, de Porto Alegre — Após haverem votado os Desembargadores Relator, Freire, Danúbio, Guimarães Ribeiro, Pilla da Silva, Englert, Rovani, Favretto, Mangabeira, Tedesco, Vasques de Magalhães, Stangler Pereira, Monte Lopes, Ranolfo, Giacomuzzi, Araken, Tael João, Wedy, Paulo Moacir e Vasco concedendo a segurança, e o Des. Tupinambá denegando a segurança, ficou o julgamento suspenso em virtude de pedido de vista formulado pelo Des. Stefanello."

CONTINUAÇÃO DO JULGAMENTO — PEDIDO DE VISTA

DES. OSVALDO STEFANELLO — Eminentes Juízes deste egrégio Órgão Especial:

Pedi vista dos autos para inteirar-me mais a fundo a respeito dos fatos e fundamentos jurídicos da tese sobre a qual assentam, as impetrantes, sua pretensão mandamental, e a antítese com o que se opõem as autoridades apontadas como coatoras. E após acurado exame dos autos cheguei à conclusão de que não têm razão as impetrantes, sendo juridicamente correta a senda traçada pelo eminente Desembargador Tupinambá Miguel Castro do Nascimento em seu judicioso voto, devida vênia do eminente Relator e a maioria desta Casa, que o seguiu.

Com efeito, não vejo caracterizado direito líquido e certo a amparar a pretensão na inicial posta. Tanto que, de certa forma, de tal se deram conta as impetrantes, já na inicial, na qual argumentam como se de medida cautelar se estivesse a tratar. A ponto de pretenderem liminar com base nos requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, típicos de medida cautelar, não suficientes para a concessão de liminar em mandado de seguran;ca. Aqui, os da relevância dos fundamentos que à pretensão sustentam e a possibilidade de ineficácia da medida, vindo a ser a final, deferida. Requisitos os da cautelar e do mandado de segurança, que não se fundem e não se confundem, embora a miúde ocorra. Como no caso, onde, na inicial, onde apenas uma vez, e timidamente, falam, as impetrantes, que *o termo de alteração unilateral de contrato de outorga de obras públicas, viola direitos líquidos e certos das concessionárias a ensejar a impetração* (fl. 06). Relevância de fundamentos não presente, levando o Relator a indeferir a liminar.

Creio que desnecessário seria, mas não me custa lembrar, ou relembrar, que por *direito líquido e certo* se há de entender "o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração", segundo ensinar de Hely Lopes Meirelles (MANDADO DE SEGURANÇA E AÇÃO POPULAR, Editora Revista dos Tribunais, 8ª Ed., pág. 10), acentuando: "Quando a lei alude a *direito líquido e certo*, está exigindo que esse direito se apresente com todos os requisitos para o seu reconhecimento e exercício no momento da impetração. Em última análise, direito líquido e certo é direito comprovado de plano". (págs. 10/11).

Ou, como ensina Alfredo Buzaid:

"A nota marcante do instituto não está propriamente na inexistência de discussão em torno do direito afirmado pelo impetrante, mas na existência de um direito líquido e certo insuscetível de discussão judicial."

Daí que, "por isso mesmo deve exigir-se dobrado vigor na concessão da segurança. Que ela pressupõe direito líquido e certo por parte do sujeito ativo, ilegalidade ou abuso de poder por parte do sujeito passivo, claro é que a medida só deve ser concedida mediante a verificação da concorrência desses elementos. Se houver ausência de um deles, o juiz deve indeferir a ação, ficando ressalvado ao impetrante o exercício da via ordinária".

Segue: "O que, a nosso ver, esclarece o conceito direito líquido e certo é a idéia de sua *incontestabilidade*, isto é, uma afirmação jurídica que não pode ser séria e validamente impugnada pela autoridade pública que pratica um ato ilegal ou de abuso de direito. Ele tem, na realidade, dois pólos um positivo, porque se funda na Constituição ou na lei: outro negativo, porque nasce da violação da Constituição ou da lei. Ora, a norma constitucional ou legal há de ser certa em atribuir à pessoa o direito subjetivo, tomando-o insuscetível dúvida. Se surgir a seu respeito qualquer controvérsia, quer de interpretação, quer de aplicação, já não pode constituir fundamento para a impetração de mandado de segurança". (DO MANDADO DE SEGURANÇA, 3ª Ed. RT, pág. 234).

Poder-se-á argumentar que o direito, quando existente é sempre líquido e certo. No que se estaria correto. Porém, há que se esteiar em fato preciso, certo, incontroverso, comprovado de plano, sem que seja necessária dilação probatória para tanto. Em assim sendo, quando se exigir comprovação do fato, ou esclarecimentos sobre ele para propiciar a aplica-

ção de direito invocado, ou quando baseado em fato não revestido de estrita licitude, insuscetível é se pretender a defesa do direito via remédio constitucional.

Que é o que ocorre, a meu entender, no caso sob exame, no qual se discute a fundo a questão envolvendo o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos pelas impetrantes firmados com o Estado, além da sua missão das impetrantes às tarifas adrede fixadas pelo próprio Estado, no edital de licitação. Equilíbrio inexistente, não em favor das concessionárias, mas em desfavor do Estado, e, numa extensão mais ampliada, em desfavor do público usuário dos serviços concedidos. Extraio essa conclusão do Relatório elaborado pela Contadoria e Auditoria-Geral do Estado — CAGE — órgão público cuja respeitabilidade e lisura em momento algum é posta em dúvidas pelas impetrantes. Relatório no qual consta a seguinte passagem: Conforme evidenciamos as Propostas Comerciais vencedoras apresentam valores que excedem, em muito, os preços referenciados no Projeto de Engenharia Econômica, os quais deveriam refletir os preços aceitáveis pelo Poder Concedente. Desta forma, não deveriam ter sido aceitas propostas, sendo desclassificados os licitantes com base no item 9.2.7. X, do Edital de Convocação (incompatibilidade do preço) a inciso II do art. 48 da Lei Federal nº 8.666/93", (fl. 703).

Superestimadas tenham sido as tarifas, ou superdimensionadas, ou supervalorizadas, mesmo o tenham sido já no edital de licitação, portanto, antecedente aos contratos, e por obra da Administração Pública, viciado por ilicitude, se torna o ato administrativo. Portanto, viciados, por ilicitude, e *ab initio*, os contratos, eis que vieram a favorecer as concessionárias, em detrimento ao interesse público de fixação de tarifas justas, que dessem suficiente remuneração às empresas, sem, no entanto, sobrecarregar os usuários dos serviços contratados.

E sobre uma ilicitude administrativa não se pode pretender assentar direitos. Muito menos, sob o argumento de se estar a tratar de direitos líquidos e certos, amparáveis por mandado de segurança.

A meu entender esse é, dentre tantos fatos controvertidos e nos autos discutidos, um fato incontroverso, embora as críticas que são dirigidas pelas impetrantes ao CAGE, órgão auxiliar da Administração Pública Críticas que não encontram nos autos, a meu entender, embasamento fático e jurídico.

Em assim vendo a questão, estou em reconhecer o acerto da medida administrativa tomada pelas autoridades apontadas como coatoras em determinando a redução das tarifas originalmente fixadas. Medida que, nem por ter sido tomada unilateralmente viciada se encontra por ilegalidade ou abuso de poder. E assim o entendo porque é da essência, é da natureza do ato administativo, sua mutabilidade, sua alteração, mesmo revogação, e de forma unilateral, pela Administração Pública. E, em sendo ato administrativo que possa ser unilateralmente alterado, ou mesmo revogado pela administração Pública, dispensável qualquer procedimento administrativo para se ouvir, a respeito, a parte interessada. A se exigir tal procedimento, o ato deixaria de ser unilateral. Mesmo haja, com a quebra do contrato, prejuízo à parte. Prejuízo que deverá ser buscado pelas vias judiciais ordinárias, nunca pelo estreito caminho do mandado de segurança.

A respeito especificamente da concessão, lembro a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, para o qual "sendo a concessão um instituto oriundo da necessidade de satisfazer, pelo melhor modo possível, o interesse público, dispõe o concedente de todos os meios necessários para adequá-la ao alcance deste propósito."

E dentro desse alcance está o "poder de alteração unilateral das cláusulas regulamentares, isto é, concernentes às condições do funcionamento do serviço. Por isso pode impor modificações relativas à organização dele, o seu funcionamento e desfrute pelos usuários, o que inclui, evidentemente, as tarifas ou taxas a serem cobradas. O concessionário não se pode opor às alterações exigidas nem esquivar-se de cumpri-las ou reclamar a rescisão da concessão, desde que o objeto dela não haja sido desnaturado ou desvirtuado pelas modificações impostas. Cabe-lhe, apenas, como adiante se verá, o ressarcimento pelo

desequilíbrio econômico dos termos da concessão se este resultar da ação de novas medidas estabelecidas pelo concedente."

Realça o administrativista: "As tarifas, especialmente, não têm, nem poderiam ter, de modo algum, natureza contratual, imutável. O contratual — e que por isso não pode ser unilateralmente modificado pelo Poder Público — é o valor resultante do equilíbrio econômico-financeiro de que a tarifa é uma expressão, entre outras. Ao concedente é lícito alterar, como queira, a grandeza dela, contanto que ao fazê-lo mantenha incólume a igualdade matemática, já estabelecida e da qual o valor da tarifa se constitui um dos termos, conquanto não necessariamente no único deles" (TRATADO DE DIREITO ADMINISTRATIVO, vol. I. 3ª Ed., Freitas Bastos, pp. 307/309).

Assim o é porque a concessão é instituto jurídico que advém da necessidade de satisfazer o interesse público. Em assim sendo, curial detenha o órgão da Administração Pública concedente os meios necessários e para adequá-la a esse propósito. Mesmo tenha que alterar as condições inicialmente propostas, inclusive no atinente ao equilíbrio econômico-financeiro que as tarifas devem proporcionar ao concessionário. Poderes dos quais não se pode despojar o concedente, já que lhe incumbe zelar, da forma mais conveniente, pela preservação do interesse coletivo. Interesse coletivo que há de prevalecer ante o interesse individual do concessionário.

Aliás, conveniente recordar, a esta altura, o que dispõe o próprio texto legal. Refiro-me ao parágrafo 4º do art. 9º da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 — Lei que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no artigo 175 da Constituição Federal — "Em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração".

Vê-se, o próprio texto legal prevê a possibilidade de alteração unilateral do contrato de concessão, incubindo ao concedente restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro que venha a ser, eventualmente, afetado.

No que é, o repito, um dos pontos básicos da controvérsia que acabou por se instalar entre impetrantes e autoridades apontadas como coatoras. Estas, afirmando que a alteração a menor da tarifa conservou esse equilíbrio, ante a superestimação que fora observada já no edital. Aquelas, afirmando exatamente o contrário, e inclusive pretendendo, o deixam claro em suas razões, oportuno reajuste. Questão que, por evidente, não pode ser enfrentada em sede de mandado de segurança. O que poderá sê-lo, no entanto, pelas vias ordinárias.

Essa minha forma de pensar a respeito da polêmica matéria nos autos posta e discutida.

Desejo apenas, a título ilustrativo e com a vênia do eminente Dr. Procurador-Geral de Justiça, mencionar parte do Parecer, no que importa, por evidente. Refiro-me à ementa, que, no que interessa a meu ponto de vista, assim lançada: "MANDADO DE SEGURANÇA. Alterações unilaterais aos contratos de outorga de concessão de obras públicas firmados entre o Estado do Rio Grande do Sul e as impetrantes, relativo à exploração dos pólos rodoviários Caxias do Sul, Lajeado e Região Metropolitana. Redução das tarifas básicas de pedágio, com modificação da forma de reajuste. Alegação de que violado direito líquido e certo das concessionárias, motivando, pois, a impetração.

Possuindo natureza administrativa, e, portanto, regido pelo direito público, é o contrato de concessão passível de alteração unilateral pelo administrador em relação às cláusulas regulamentares ou de serviço, como tais consideradas aquelas que disponham sobre o objeto do contrato e sua execução. Nesta senda, diante do caráter nitidamente regulamentar da tarifa, evidente que, também quanto a esta, é facultado ao Poder Público a revisão contratual, mormente quando alicerçado no interesse público, e, ainda, justificado na necessidade de restabelecimento do equilíbrio econômico financeiro do ajuste.

De outra parte, avistada a inconsistência, do argumentar inserto à inicial de *mandamus*, no que concerne ao alegado afrontamento da cláusula 15.1.1 dos contratos de concessão, que estabelecem, expressamente, as hipóteses

em que autorizada, *in casu*, a modificação unilateral. Isso porque, o *poder de modificação unilateral do contrato administrativo decorre de preceito de ordem pública, não podendo, pois, a Administração, renunciar ou limitar a faculdade de exercê-lo.*

Tangente à inobservância, pelos impetrados, quando das modificações introduzidas aos contratos de outorga de concessão, da regra estatuída no primeiro termo aditivo ao convênio de delegação celebrado entre União e Estado, no sentido de que qualquer alteração na política tarifária estaria sujeita ao *referendum* do Ministério dos Transportes, é, igualmente, tese que não prospera. E não prospera porque, primeiro, tal implicaria em restrição ao Estado, enquanto poder concedente que, por força da delegação que lhe foi conferida pela União, passou ao domínio pleno (para fins de exploração) dos trechos de rodovias federais objeto do convênio firmado: e, segundo, pela circunstância de que estruturadas as concessões sob a forma de *pólos rodoviários*, compostos estes de praças situadas em estradas federais e estradas estaduais, não sendo possível operar-se a desvinculação para que a tarifa pertinente ao trecho estadual seja fixada pelo estado e a tarifa correspondente ao trecho federal, pela União."

Reitero, a final, não haver necessidade, para alteração unilateral de ato ou contrato administrativo, quando a tanto permitido, a instauração de procedimento adequado para a observância do devido processo legal. Se a Administração Pública detém essa faculdade, ou esse direito, sentido não teria fosse exigido *o prévio e devido processo legal*, eis que ao prejudicado restará sempre o caminho da reparação dos prejuízos possa vir a sofrer. E quanto à necessidade de se ouvir a AGERGS, órgão criado especialmente para a fiscalização, homologação, encaminhamento de tarifas, seus valores e estruturas, ao poder concedente, devida vênia, força não tem para se opor ao que a Administração Central vier a decidir. Pode servir como órgão opinativo, estudo e sugestões. Com poder decisório, como se órgão supragovernamental e não sujeito à Administração Pública, em hipótese alguma.

Encerrando, e para que em branco não fique. É da essência do Estado Democrático de Direito, já que tanto se falou do Estado Democrático de Direito nestes autos, a defesa dos direitos e interesses coletivos, ou difusos, ou do interesse público, mesmo o seja, eventualmente, em detrimento a interesses ou direitos individuais. Nesse rumo é que devem ser exercidas as atividades do Estado, sem especial proteção a entidades grupos ou facções.

Isto posto, denego a ordem impetrada.

SR. PRESIDENTE (DES. ALFREDO GUILHERME ENGLERT) — Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 599222957, de Porto Alegre — "Concederam a segurança, por maioria, vencidos os Desembargadores Tupinambá e Stefanello."