

12/03/2014

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 571.969 DISTRITO FEDERAL

RELATORA : MIN. CÁRMEN LÚCIA
RECTE.(S) : UNIÃO
PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO
RECTE.(S) : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA
RECDO.(A/S) : VARIG S/A - VIAÇÃO AÉREA RIO-GRANDENSE
ADV.(A/S) : ARNOLDO WALD FILHO E OUTRO(A/S)
INTDO.(A/S) : INSTITUTO AERUS DE SEGURIDADE SOCIAL
ADV.(A/S) : EDUARDO BRAGA TAVARES PAES E OUTRO(A/S)

EMENTA: RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS. RESPONSABILIDADE DA UNIÃO POR DANOS CAUSADOS À CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO DE TRANSPORTE AÉREO (VARIG S/A). RUPTURA DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DO CONTRATO DECORRENTE DOS EFEITOS DOS PLANOS “FUNARO” E “CRUZADO”. DEVER DE INDENIZAR. RESPONSABILIDADE POR ATOS LÍCITOS QUANDO DELES DECORREREM PREJUÍZOS PARA OS PARTICULARES EM CONDIÇÕES DE DESIGUALDADE COM OS DEMAIS. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE, DO DIREITO ADQUIRIDO E DO ATO JURÍDICO PERFEITO.

1. Recurso extraordinário da União contra acórdão em embargos infringentes. Intervenção do Ministério Público na ação. Legitimidade do Ministério Público para interpor recurso extraordinário, como *custos legis* (§ 2º do art. 499 do Código de Processo Civil), harmoniza-se com as funções institucionais previstas nos arts. 127 e 129 da Constituição da República.

2. Recurso do Ministério Público não conhecido na parte relativa aos arts. 21, inc. XII, alínea e, 170, parágrafo único, 173 e 174 da Constituição da República. Ausência de prequestionamento.

3. Recurso da União não conhecido quanto à alegada carência de elementos para a comprovação da quebra do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Impossibilidade de reexame do conjunto fático-

RE 571969 / DF

probatório em recurso extraordinário (Súmula n. 279 do Supremo Tribunal Federal).

4. Responsabilidade da União em indenizar prejuízos sofridos pela concessionária de serviço público, decorrentes de política econômica implementada pelo Governo, comprovados nos termos do acórdão recorrido. Precedentes: RE 183.180, Relator o Ministro Octavio Gallotti, Primeira Turma, DJ 1.8.1997.

5. A estabilidade econômico-financeira do contrato administrativo é expressão jurídica do princípio da segurança jurídica, pelo qual se busca conferir estabilidade àquele ajuste, inerente ao contrato de concessão, no qual se garante à concessionária viabilidade para a execução dos serviços, nos moldes licitados.

6. A manutenção da qualidade na prestação dos serviços concedidos (exploração de transporte aéreo) impõe a adoção de medidas garantidoras do reequilíbrio da equação econômico-financeira do contrato administrativo, seja pela repactuação, reajuste, revisão ou indenização dos prejuízos.

7. Instituição de nova moeda (Cruzado) e implementação, pelo Poder Público, dos planos de combate à inflação denominados 'Plano Funaro' ou 'Plano Cruzado', que congelaram os preços e as tarifas aéreas nos valores prevalecentes em 27.2.1986 (art. 5º do Decreto n. 91.149, de 15.3.1985).

8. Comprovação nos autos de que os reajustes efetivados, no período do controle de preços, foram insuficientes para cobrir a variação dos custos suportados pela concessionária.

9. Indenização que se impõe: teoria da responsabilidade objetiva do Estado com base no risco administrativo. Dano e nexo de causalidade comprovados, nos termos do acórdão recorrido.

10. O Estado responde juridicamente também pela prática de atos lícitos, quando deles decorrerem prejuízos para os particulares em condições de desigualdade com os demais. Impossibilidade de a concessionária cumprir as exigências contratuais com o público, sem prejuízos extensivos aos seus funcionários, aposentados e pensionistas,

RE 571969 / DF

cujos direitos não puderam ser honrados.

11. Apesar de toda a sociedade ter sido submetida aos planos econômicos, impuseram-se à concessionária prejuízos especiais, pela sua condição de concessionária de serviço, vinculada às inovações contratuais ditadas pelo poder concedente, sem poder atuar para evitar o colapso econômico-financeiro. Não é juridicamente aceitável sujeitar-se determinado grupo de pessoas – funcionários, aposentados, pensionistas e a própria concessionária – às específicas condições com ônus insuportáveis e desiguais dos demais, decorrentes das políticas adotadas, sem contrapartida indenizatória objetiva, para minimizar os prejuízos sofridos, segundo determina a Constituição. Precedente: RE 422.941, Relator o Ministro Carlos Velloso, Segunda Turma, DJ 24.3.2006.

12. Não conhecimento do recurso extraordinário da União interposto contra o acórdão proferido no julgamento dos embargos infringentes.

13. Conhecimento parcial do recurso extraordinário da União, e na parte conhecida, provimento negado.

14. Conhecimento parcial do recurso extraordinário do Ministério Público Federal e, na parte conhecida, desprovido, mantendo-se a decisão do Superior Tribunal de Justiça, conclusivo quanto à responsabilidade da União pelos prejuízos suportados pela Recorrida, decorrentes dos planos econômicos.

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência do Ministro Ricardo Lewandowski, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, e nos termos do voto da Relatora, **não conheceu do recurso extraordinário da União interposto contra o acórdão proferido no julgamento dos embargos infringentes; conheceu parcialmente do recurso extraordinário da União e a ele negou provimento; e conheceu parcialmente do recurso extraordinário interposto pelo Ministério Público Federal, a ele negando provimento na parte conhecida, para manter a decisão do Superior Tribunal de**

RE 571969 / DF

Justiça, afirmando-se a responsabilidade da União quanto aos prejuízos suportados pela recorrida em razão dos planos econômicos existentes no período objeto da ação, vencidos os Ministros Joaquim Barbosa (Presidente) e Gilmar Mendes, que negavam provimento ao segundo recurso da União e davam provimento à parte conhecida do recurso da União e ao do Ministério Público Federal, para julgar improcedente o pedido de indenização formulado pela Varig S/A – Viação Aérea Rio-Grandense. Impedidos os Ministros Teori Zavascki e Luiz Fux. Ausentes, justificadamente, os Ministros Marco Aurélio e Dias Toffoli.

Brasília, 12 de março de 2014.

Ministra CÁRMEN LÚCIA - Relatora

08/05/2013

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 571.969 DISTRITO FEDERAL

ESCLARECIMENTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) - Senhor Presidente, antes de dar início à leitura do relatório, gostaria de fazer um esclarecimento, e um esclarecimento não a título de defesa do Supremo, absolutamente, até porque não é o caso, mas de informação para todos.

Este processo me foi distribuído em novembro de 2007, e, em dezembro de 2007, um mês depois, foi à Procuradoria-Geral da República, retornando no final de 2008, seis meses depois, ou seja, o processo ficou comigo menos de oito meses. Eu liberei e foi pautado em 2009. Uma hora antes do início da sessão na qual ele seria apregoadado, em 2009, houve um pedido conjunto da Advocacia-Geral da União e dos advogados das partes, até mesmo da assistente simples, que é a AERUS, para que houvesse a suspensão e o não pregão, para a tentativa de um acordo. Isto se passou até 2010, quando me veio a notícia de que não tinham chegado a consenso. Em 2011, foi pautado outra vez, e, mais uma vez, houve o pedido de que não se apregoaasse, ainda na tentativa de o Governo com as partes buscarem um acordo. Voltou, no ano passado sem conciliação, e por isso é que volta nessa ocasião. Afirmo isso porque há uma demora óbvia, e, neste caso, nós temos, principalmente, os funcionários, os pensionistas, os aposentados da AERUS, que sofreram barbaramente...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Uma questão social de envergadura.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) - De enorme envergadura.

E, por isso, estou fazendo esse esclarecimento, porque priorizei o

RE 571969 / DF

processo, não tendo permanecido, como disse, de quando recebi em distribuição até a liberação para a pauta, nem ao menos sete meses, exatamente pelo conhecimento disso. E não gostaria que o jurisdicionado brasileiro imaginasse que um juiz do Supremo, tendo em suas mãos, ainda que com a carga de trabalho que temos, processo de tamanhas consequências, desconheça algo desta natureza.

Este voto está pronto desde o final de 2008, e, quando dizia que me preocupava, não era retórica, recebi mais de trinta pedidos de audiências e mais de três mil *e-mails* a respeito deste caso. Reconheço que as reclamações, e até, às vezes, de uma forma, um conformismo exagerado, é por falta de conhecimento, e, por isso, antes de fazer a leitura, faço esse esclarecimento de que o processo foi pautado e só não foi apregoadado - está documentado, o documento vem assinado pelo então Ministro da Advocacia-Geral da União, o agora Ministro Dias Toffoli - a pedido, à uma da tarde do dia em que seria apregoadado, em 2009. Faço esse esclarecimento porque o Supremo não vive fora do mundo e tem muita preocupação, e acho que nossa preocupação, de todos nós, exatamente fazer esse julgamento. Não gostaria que um cidadão brasileiro achasse que um juiz do Supremo não leva em consideração questões que tenham relevo social maior, e que, de alguma forma, também não estivesse penalizada pela situação, mas o não julgamento decorreu de algo que não estava nas minhas mãos.

Quero apenas fazer esse esclarecimento em homenagem a todos aqueles que ficaram esperando e que acreditaram. Se não acreditaram no Supremo, ou em mim, como Relatora, podem ter certeza de que, em nenhum momento, este processo deixou de ser, nos últimos anos, uma das minhas principais preocupações. Vossa Excelência é testemunha, porque, assim que tomou posse, eu disse que o único pedido que faria era para que esse julgamento acontecesse.

Agradeço as ponderações, peço desculpas aos Colegas por fazer este esclarecimento, mas eu achava necessário.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – A justificativa é bem-

RE 571969 / DF

vinda.

08/05/2013

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 571.969 DISTRITO FEDERAL

RELATORA : **MIN. CÁRMEN LÚCIA**
RECTE.(S) : **UNIÃO**
PROC.(A/S)(ES) : **ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO**
RECTE.(S) : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA**
RECDO.(A/S) : **VARIG S/A - VIAÇÃO AÉREA RIO-GRANDENSE**
ADV.(A/S) : **ARNOLDO WALD FILHO E OUTRO(A/S)**
INTDO.(A/S) : **INSTITUTO AERUS DE SEGURIDADE SOCIAL**
ADV.(A/S) : **EDUARDO BRAGA TAVARES PAES E OUTRO(A/S)**

RELATÓRIO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - (Relatora):

1. Em 26 de fevereiro de 1993 (fls. 3), a Viação Aérea Rio-Grandense – Varig S/A, concessionária de serviços públicos de transporte aéreo regular, ajuizou ação ordinária de indenização contra a União (n. 93.0002252-0), na 17ª Vara Federal da Seção Judiciária do Distrito Federal, alegando que a diminuição do seu patrimônio líquido seria decorrente da política de congelamento tarifário vigente, no País, de outubro de 1985 até janeiro de 1992, instituída, inicialmente, com o que se apelidou ‘Plano Cruzado’, pelo que ela teria tido de adotar providências, de tudo advindo danos incontornáveis, pelos quais era responsável direta a União.

Alegou a Autora, que a insuficiência tarifária decorrente daquele plano adotado pela União teria provocado enorme endividamento de seu capital de giro, agravado pela política de juros elevados, também praticada pelo Governo, e que incidiam sobre o financiamento dos valores tomados exatamente em razão daquelas perdas.

Pediu, na ação, o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, com o ressarcimento dos prejuízos

RE 571969 / DF

suportados, acrescidos de danos emergentes, lucros cessantes, correção monetária e juros, em face do que constava da Cláusula XI do contrato de concessão de que era parte (de 8.7.1988):

“CLÁUSULA XI – A CONCESSIONÁRIA obriga-se a cumprir e fazer cumprir, por seus prepostos, os horários aprovados e tarifas fixadas, bem como todas as disposições de leis, regulamentos, instruções e portarias vigentes ou que vierem a vigorar, relativos ou aplicáveis aos serviços.

PARÁGRAFO ÚNICO – As tarifas a serem aplicadas deverão ser fixadas pelo DAC tendo em vista os fatores de custo, para ser economicamente viável a operação, e tanto quanto possível, as condições econômicas da região servida pelas linhas, de forma que o intercâmbio comercial dos produtos dessa região e dos artigos de seu consumo básico seja progressivamente aumentado em benefício da região” (fls. 26).

Naquela ação, a Autora requereu ainda a inclusão, no cálculo da indenização pretendida, do valor das perdas referentes à empresa Cruzeiro do Sul S/A Serviços Aéreos, a ela incorporada na forma da Lei das Sociedades Anônimas, conforme Assembléia Geral Extraordinária realizada em 16.12.1992 (petição inicial, fls. 3-22).

2. Em sua contestação (fls. 302-309), a União adotou as informações prestadas pelo Ministério da Aeronáutica, argumentando que a “... situação deficitária jamais deixou de acompanhar as empresas [aéreas], que, arrimadas no paternalismo que presidiu o transporte aéreo brasileiro, sempre recorreram aos cofres públicos para cobrir os resultados desastrosos de uma administração desastrosa” (fl. 303).

Afirmando que “nada tiveram a ver com a situação os Planos Econômicos, que atingiram **INDISCRIMINADAMENTE TODOS OS SETORES, NÃO TENDO SIDO PECULIARES À AUTORA**” (fl. 305), aduziu a União que:

RE 571969 / DF

“Sob o regime de auxílios e subvenções e ainda reflexos deles nos anos posteriores, a Autora teve em treze anos – de 1980 a 1992 – oito exercícios lucrativos e cinco deficiários. Destes cinco, três devem ser atribuídos à política suicida de comercializar o transporte por preços inferiores aos custos operacionais e mediante comissões superiores às legais. Se a tarifa tida como insuficiente pela Autora, em razão de defasagem causada pelos Planos, era rebaixada em favor do usuário, constituía e constitui contrasenso colocá-la junto ao público POR MENOS DAQUILO QUE É JUSTO. Nessa prática é que se acham os prejuízos da Autora, e não nos Planos. A conjuntura nacional deve ter ajudado, mas ajuda maior foi proporcionada pela própria Autora em aviltar os preços das tarifas” (fls. 308-309).

3. Reconhecendo a quebra da equação econômica-financeira do contrato, o Juízo da 17ª Vara da Seção Judiciária do Distrito Federal julgou procedente a ação (27.9.1995, fls. 1.105/1.130), pondo-se a parte dispositiva da decisão nos seguintes termos:

“Assim, JULGO PROCEDENTE A PRESENTE AÇÃO, reconhecendo, com base no consubstanciado nos autos, a realidade do desajuste das tarifas aéreas, levado a efeito pela ré e seus órgãos de gerenciamento da matéria.

Condeno, por conseguinte, a ré no pagamento da verba indenizatória que ora fixo no montante de R\$ 2.236.654.126,92 (dois bilhões duzentos e trinta e seis milhões seiscentos e cinqüenta e quatro mil cento e vinte e seis reais e noventa e dois centavos), para o mês de MARÇO/95, tomando por base o laudo pericial do Experto do Juízo, neste valor já incluídos os denominados expurgos inflacionários, à luz da já tão conhecida jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, por serem os mesmos devidos.

Tal importância deverá ser acrescida de correção monetária, computada a partir da data do referido laudo, ou seja, MARÇO/95, e juros de mora, à razão de 1% (hum por cento) ao mês, calculados a partir da data do já citado laudo (03.95).

Condeno, ainda, a ré a reembolsar a autora as custas processuais dispendidas e os honorários periciais satisfeitos pela mesma ao vistor

RE 571969 / DF

oficial, que deverão ser monetariamente atualizados a partir da data em que foram devidamente satisfeitas e depositados e em honorários advocatícios ora arbitrados em 10% (dez por cento) do valor final da condenação” (fls. 1.129-1.130).

4. Houve apelação da Varig (fls. 1.132-1.147) e da União (fls. 1.149-1.160) para o Tribunal Regional Federal da 1ª Região, autuadas sob o n. 96.01.11458-0.

A empresa aérea, agora Recorrida, pleiteou alteração da sentença para se reconhecer, na forma do laudo elaborado pelo seu assistente técnico, valor superior ao fixado naquela decisão.

A União, por sua vez, alegou, preliminarmente, a ocorrência da prescrição quinquenal e, no mérito, requereu o reconhecimento de carência da ação ou a improcedência do pedido, sustentando a distinção entre o Estado-contratante e o Estado-legislador, donde a inexistência de nexo de causalidade justificador da reparação pretendida (*“negligência ou imprudência + violação de direito com prejuízo = reparação” – fls. 1.156*) e da ruptura do equilíbrio econômico-financeiro do contrato com os ônus suportados pela empresa. Segundo a União, a situação da então Apelante/Apelada, ora Recorrida, haveria de se ter na conta de fatores *“dependentes uns dos outros”* (fl. 1.157) e não aqueles relevados pela sentença.

5. Ambas as partes apresentaram contra-razões.

6. Em face do *“interesse público relevante, pela grandeza dos valores envolvidos”*, a Relatora das apelações, então Desembargadora Eliana Calmon, do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, solicitou, nos termos do art. 6º, inciso XV, da LC n. 75/93, a manifestação do Ministério Público Federal, que opinou pelo desprovimento do apelo da Varig e pelo provimento do apelo da União, ou, ao menos, pelo seu provimento parcial, para se excluir da indenização as parcelas anteriores ao contrato de concessão juntado aos autos.

RE 571969 / DF

Esta a ementa do parecer:

“AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR ALEGADA ALTERAÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DO CONTRATO DE CONCESSÃO FIRMADO ENTRE A VARIG E A UNIÃO FEDERAL. IMPOSSIBILIDADE. IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO.

1. As companhias aéreas são meras permissionárias de serviço público e não concessionárias, o que não induz à indenização por alegado desequilíbrio econômico-financeiro do contrato.

2. Se se entender que as empresas aéreas são concessionárias de serviço público, a ausência de licitação para a feitura do contrato de concessão gera a nulidade do mesmo e, conseqüentemente, o não direito a qualquer indenização.

3. O Estado, em casos excepcionais, consoante a moderna doutrina, pode ser responsabilizado pela ocorrência de eventual dano provocado por ato lícito. Todavia, os atos legislativos dos moldes dos sucessivos planos econômicos, não têm as características de gerarem reparação alguma, em face, entre outros requisitos, da sua generalidade, pois a todos os membros da sociedade atinge, uns em maior e outros em menor proporção.

4. Sentença que não se sustenta em face dos seus próprios fundamentos.

5. Inclusão equivocada de índices anteriores ao contrato juntado como originário da reparação.

6. Parecer pelo improvimento do apelo da Varig e pelo provimento do apelo da União Federal” (fls. 1.187-1.188).

Além daquele parecer, o Ministério Público Federal apresentou a petição de fls. 1.473-1.496, com base nos arts. 127 e 129, inc. II, da Constituição da República; arts. 82, inc. III, 245, parágrafo único, e 246, do Código de Processo Civil; art. 6º, inc. XV, da Lei Complementar n. 75/93, e *“outras normas que especificam os direitos indisponíveis do serviço de transportes aéreos e a respectiva política reguladora que contempla o mercado e o*

RE 571969 / DF

consumidor” – funções institucionais do Ministério Público na proteção de direitos indisponíveis do consumidor e no combate a infrações da ordem econômica -, petição na qual requereu “*a nulidade do feito, a partir da contestação, exclusiva, devendo o processo prosseguir no juízo de origem em seus ulteriores termos com a intervenção do Parquet Federal, prejudicadas ambas as apelações*”. Alternativamente, ratificou os termos do parecer antes apresentado.

7. No julgamento das apelações, a Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região rejeitou, por maioria, a preliminar de nulidade do processo no ponto referente à obrigatoriedade de intervenção do Ministério Público Federal.

No mérito, negou-se provimento, à unanimidade, ao recurso interposto pela Varig, dando-se parcial provimento à apelação da União para: *a) reconhecer a prescrição quinquenal em relação a período anterior a fevereiro de 1988, em razão de ter a propositura da ação ocorrido em 26.2.1993; b) determinar a exclusão dos lucros cessantes, c) estabelecer que os juros de mora são devidos no percentual de 0,5% ao mês; d) fixar o percentual de 42,72% relativo ao expurgo de janeiro de 1989; e) reduzir o reembolso das custas a 80% e os honorários advocatícios a 8%.*

Esta a ementa do julgado:

“ADMINISTRATIVO E PROCESSO CIVIL – CONTRATO DE CONCESSÃO DE SERVIÇOS. TRANSPORTE AÉREO – VALOR DAS TARIFAS: CONGELAMENTO DE PREÇOS – DESEQUILÍBRIO DO CONTRATO: PREJUÍZOS – INDENIZAÇÃO – PRESCRIÇÃO – INTERVENÇÃO DO MPF.

1. Contrato de concessão de serviço público firmado entre a UNIÃO e empresas de transporte aéreo, que não se identifica como mera permissionária, conforme avença firmada entre as partes.

2. Intervenção do MPF como fiscal da lei, que não se confunde com a sua atuação como parte (art. 82 do CPC).

RE 571969 / DF

3. Tarifas aéreas fixadas pela UNIÃO, via DAC, com defasagem do preço de custo e sofrendo, ainda, os efeitos da inflação.

4. Prejuízos suportados pelas empresas e que autorizam indenização pela UNIÃO, causadora do desequilíbrio (precedentes jurisprudenciais).

5. Prescrição quinquenal que atinge as parcelas da indenização do período anterior aos cinco anos que antecedeu o ajuizamento da ação de indenização.

6. Valor dos prejuízos apurados em prova pericial.

7. Recurso da VARIG improvido e provido em parte o recurso da UNIÃO” (fl. 1.591, grifos no original).

8. Foram opostos embargos de declaração pela Varig e pelo Ministério Público Federal.

A Varig alegou omissão quanto às razões declinadas para a exclusão dos lucros cessantes da indenização (fls. 1.564-1.591).

O Ministério Público Federal alegou não ter sido enfrentada a questão da natureza jurídica do contrato e do seu equilíbrio econômico-financeiro como matéria de direito público decorrente da Constituição (art. 175, parágrafo único, alíneas III e IV) e das normas infraconstitucionais (art. 9º da Lei n. 8.797/95 – Lei das Concessões).

Ponderou, ainda, que a fundamentação do acórdão embargado contrastaria com a contestação e a prova pericial, além de apontar obscuridade no afastamento da nulidade do processo por falta de intervenção do Ministério Público sem o enfrentamento de seus argumentos (fls. 1.598-1.603).

Os embargos foram rejeitados em acórdão com a seguinte ementa:

“ADMINISTRATIVO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. CONTRATO ADMINISTRATIVO. CONCESSÃO. SERVIÇO DE TRANSPORTE AÉREO DE PASSAGEIROS. MANUTENÇÃO

RE 571969 / DF

DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO. DEFASAGEM TARIFÁRIA. ACÓRDÃO QUE MANTÉM A SENTENÇA. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS.

- O acórdão embargado expressamente afastou o pagamento de lucros cessantes ante a ausência de elementos objetivos para a sua quantificação, não havendo, dessa forma, nenhuma omissão nesse aspecto.

- Tendo o aresto atacado decidido todas as questões suscitadas no feito, notadamente ao acolher o laudo pericial e afastar as teses de imprestabilidade deste, inexistente contradição com a peça contestatória ou qualquer outro elemento do processo.

- A intervenção do MPF não era necessária. Ainda assim todas as teses sufragadas pelo Parquet foram analisadas. Basta uma simples leitura do acórdão.

- Embargos declaratórios improvidos” (fl. 1.638).

9. Daí a interposição concomitante de recursos pela Varig (recurso especial – fls. 1.643-1.687), pela União (embargos infringentes – fls. 1.700-1.717 - e recursos especial – fls. 1.718-1.745 - e extraordinário) e pelo Ministério Público Federal (recursos especial – fls. 1.777-1.889 - e extraordinário).

9.1. No recurso extraordinário interposto pela União (art. 102, III, a), alega-se que o Tribunal a quo teria contrariado os arts. 5º, inc. XXXV, e 93, inc. IX, da Constituição da República, por negativa de prestação jurisdicional quanto aos questionamentos suscitados em relação ao conceito de equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão/permissão utilizado para a fixação do valor indenizatório, motivo pelo qual também teriam sido violados os arts. 37, inc. XXI, e 175, parágrafo único, inc. III e IV, da Constituição brasileira (fls. 1.746/1.773).

O cerne do recurso extraordinário interposto pela União está no seguinte argumento:

“...a prova pericial produzida não levou em consideração a

RE 571969 / DF

equação econômica constante da avença, à luz da obrigação de o concessionário manter o serviço adequado e atentando-se para uma política tarifária módica, tendo trilhado caminho diverso, qual seja, simplesmente procurou justificar o prejuízo da Companhia Aérea, decorrente de uma política de má administração, pautando-se pela diferença existente entre o binômio receitas virtuais (receita possivelmente auferida com a venda de passagens de acordo com as tarifas solicitadas pela autora) e pelas receitas efetivas (receita efetivamente obtida com a venda de bilhetes de acordo com as tarifas autorizadas pelo governo)” (fl. 1.767).

Ressalta a entidade federal também que “... a questão (...) é conceitual, porquanto a expressão ‘equilíbrio econômico’ comporta sentido diverso daquele que foi empregado pela perícia, sentença e pelo acórdão recorrido” (fl. 1.757).

Em seu recurso extraordinário, também fundado na alínea a do inc. III do art. 102 da Constituição (fls. 1.890/1.921), o Ministério Público Federal sustenta que o acórdão recorrido teria afrontado os arts. 21, inc. XII, al. e, 37, inc. XXI e § 6º, 170, parágrafo único, 173, 174 e 175, parágrafo único, inc. III, da Constituição de 1988, e art. 167, inc. II, da Carta de 1967, tendo em vista que “a mera redução ou perda de receita, decorrente de defasagem verificada nas tarifas de transporte aéreo por ato da autoridade pública (decretos de congelamento de preços), não é suficiente para caracterizar, por si, desequilíbrio econômico e financeiro do contrato de concessão, de ‘caráter especial’, nem impõe ao poder concedente a obrigação de indenizar à concessionária por alegado dano econômico”.

Pede-se, nesses recursos extraordinários, a anulação do julgamento dos embargos de declaração e, alternativamente, a declaração de improcedência dos pedidos da Autora-recorrida.

10. Embargos infringentes foram interpostos pela União, neles se pretendendo a discussão da necessidade de intervenção do Ministério Público Federal no caso.

RE 571969 / DF

Eles foram rejeitados pela maioria dos componentes da Terceira Seção do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, em acórdão com a ementa seguinte:

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. ART. 82, III, DO CPC. NATUREZA DA LIDE. QUALIDADE DA PARTE. QUEBRA DO EQUILÍBRIO FINANCEIRO DE CONTRATO DE CONCESSÃO DE SERVIÇO DE TRANSPORTE AÉREO. PEDIDO DE INDENIZAÇÃO EM DECORRÊNCIA DE PREJUÍZO.

1. A intervenção do Ministério Público em todas as hipóteses previstas no artigo 82, do CPC, é obrigatória, cabendo ao Juízo decidir acerca do interesse que o justifica quanto ao inciso III da norma.

2. Existindo interesse público na solução da demanda, faz-se necessária a intervenção do Ministério Público em todas as fases do processo, sob pena de nulidade, não a suprimindo a sua manifestação em segundo grau de jurisdição.

3. A presença no pólo passivo de pessoa jurídica de direito público, entretanto, não determina por si só a intervenção do MP. O interesse público também não se confunde com interesse patrimonial do Estado. O interesse público não se identifica com o da Fazenda Pública.

4. A lide relativa a indenização decorrente de quebra do equilíbrio financeiro de contrato de concessão de serviço de transporte aéreo devido a congelamento de tarifa é de natureza patrimonial disponível.

5. Entendimento adotado pela relatora de que é obrigatória a intervenção do Parquet (art. 82, III, do CPC) na qualidade de custos legis em processo que o patrimônio público reste indefeso. Na hipótese, o interesse público está in re ipsa.

6. Estando, no caso, a Fazenda Pública regularmente defendida por seus advogados, a exigência de intervenção obrigatória do Parquet, em qualquer hipótese, é inserir uma injusta e generalizada suspeição sobre a competência técnica e probidade administrativa dos procuradores do Estado (J.J. Clamon de Passos, in ‘Intervenção do

RE 571969 / DF

Ministério Público nas causas a que se refere o art. 82, III, do C.Pr.Civ. RE, vol. 268).

7. Embargos Infringentes improvidos” (fls. 2.080/2.168).

Realçando que, no momento da intimação do julgamento das apelações não vigorava a alteração do art. 498, do Código de Processo Civil, procedida pela Lei n. 10.352, de 27.12.2001, a União interpôs novos recursos especial e extraordinário (fls. 2.172-2.267 e 2.268-2.2.285, respectivamente), neste sustentando inobservância aos arts. 5º, LIV; 127 e 129, IX, da Constituição da República, ao argumento de que a causa envolve “...interesse coletivo (controle de ato administrativo ‘lato sensu’ por meio do Poder Judiciário e discussão de princípios aplicáveis à atividade econômica e a defesa de interesses indisponíveis do consumidor, concorrência e regulação econômica) conjunto com o interesse da Administração, (...) de modo a ensejar a intervenção ministerial”, que “...somente se verificou quando o feito já tramitava na Segunda Instância, o que ocasionou prejuízo processual (porquanto a prova imprescindível para o deslinde da controvérsia era a pericial, e, não havendo a participação do Ministério Público na 1ª Instância, que além de zelar pela correta aplicação da lei, indicaria quesitos) e a não obediência ao rito ditado pela lei processual” (fls. 2.279/2.282, grifos no original).

Requer, então, a decretação de “... *nulidade de todos os atos processuais praticados a partir da contestação, com a remessa do feito para a Primeira Instância*” (fl. 2.285).

11. Em contra-razões aos recursos extraordinários interpostos pela União, a Varig alegou: *a)* falta de legitimidade e interesse recursais do Ministério Público Federal; *b)* impossibilidade de reexame de provas (Súmula 279 do STF); *c)* ausência de prequestionamento dos dispositivos constitucionais tidos como contrariados (Súmulas 282 e 356 do STF); *d)* existência de precedente do Supremo Tribunal Federal onde assentada a natureza jurídica de concessão do contrato celebrado entre a União e outra empresa de transporte aéreo, bem como a legitimidade no ressarcimento por prejuízo decorrente de política econômica

RE 571969 / DF

governamental (RE n. 183.140, Rel. Min. Octavio Gallotti, 1ª Turma, DJ 1º.8.1997); e e) ofensa constitucional indireta à Constituição.

À exceção deste último, os mesmos argumentos foram desenvolvidos nas contrarrazões da Varig ao recurso extraordinário interposto pelo Ministério Público Federal, acrescentando-se, entretanto, a alegação de fundamentação deficiente (Súmula 284 do STF) e de impossibilidade de reexame de cláusulas contratuais (Súmula 454 do STF).

12. Todos os recursos extraordinários foram admitidos pelo Presidente do Tribunal a quo (fls. 3.039-3.042), assim como os recursos especiais do Ministério Público Federal e da União, tendo sido inadmitidos apenas os recursos especiais da União, nos embargos infringentes, e da Varig (fls. 3.043-3.050), os quais, entretanto, subiram ao Superior Tribunal de Justiça pelo provimento dos agravos de instrumento interpostos.

13. O que se pode ter como verdadeira “maratona processual” no Superior Tribunal de Justiça teve início com o julgamento dos recursos especiais. Apenas o recurso especial interposto pela União contra o acórdão proferido no julgamento das apelações cíveis foi parcialmente provido pela Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, para reduzir os honorários advocatícios a 5% do valor da condenação (REsp n. 628.806, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ 21.2.2005).

Os embargos de declaração opostos pela União e pelo Ministério Público Federal foram rejeitados (fls. 3.302-3.312). Sobrevieram embargos de divergência dirigidos à Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, cuja negativa de seguimento pelo Presidente foi confirmada na apreciação do agravo regimental interposto pela União, em julgamento do qual participou o nosso saudoso Colega, o Ministro Menezes Direito (em 20.3.2006, fls. 3.664-3.677).

RE 571969 / DF

Encaminhados os autos à Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça foi ratificada a decisão de não-conhecimento dos embargos de divergência pelo Relator, Ministro Castro Meira (fls. 3.719-3.732) no julgamento de agravos regimentais interpostos pela União e pelo Ministério Público Federal.

Contra esse acórdão foram opostos novos embargos de declaração pelo Ministério Público Federal, os quais foram rejeitados em 26.9.2007 (fls. 3.970-3.980), transitando-se em julgado a decisão em 19.11.2007 (fl. 4.016).

Assim, o acórdão proferido no Tribunal Regional Federal da 1ª Região teve modificado, pelo Superior Tribunal de Justiça, apenas o percentual dos honorários advocatícios.

14. Realço que, na tramitação do processo no Superior Tribunal de Justiça, o Instituto Aerus de Seguridade Social requereu a sua intervenção no feito como assistente da Varig (fls. 3.681-3.689).

Com a concordância da empresa Varig, autora da ação, (fl. 3.089) e discordância da União e do Ministério Público Federal (fls. 3.812-3.826 e 3.528-3.828), o pedido de intervenção foi deferido na modalidade de assistência simples, acentuando o Relator, Ministro Castro Meira:

“Há dois instrumentos contratuais celebrados entre a Varig e o Instituto Aerus por meio dos quais a primeira deu em garantia de suas dívidas ao segundo os créditos oriundos desta ação. O julgamento desfavorável à autora, ora embargada, torna sem efeito a garantia obtida pelo Instituto, o que revela indiscutível interesse jurídico no resultado do feito. Em outras palavras, o eventual insucesso da autora desta ação representará para o Instituto requerente o desaparecimento de sua garantia, interferindo diretamente na órbita de sua relação jurídica com a Varig, já que passará de credor preferencial com garantia real a simples credor

RE 571969 / DF

quiografário.

Ademais, não prejudica a qualquer das partes o ingresso do Instituto na demanda, já que receberá o processo na fase em que se encontra (art. 50, parágrafo único, CPC). E nem se diga que o ingresso nesta fase postergaria o término do processo, já que a Varig, a maior interessada na conclusão do feito, anuiu com a assistência" (fl. 3.831).

Desde então, a atuação do Instituto Aerus limitou-se ao requerimento de expedição de uma certidão narrativa, da qual constassem informações sobre eventual existência de pedidos de cumprimento de mandados de penhora no rosto dos autos (fl. 3.983), apresentação de Memorial neste Supremo Tribunal e mais de dezena e meia de audiências.

15. Remetidos os autos a este Supremo Tribunal, vieram-me por distribuição em 26.11.2007.

Em 13.12.2007, solicitei a manifestação da Procuradoria-Geral da República (art. 103, § 1º, da Constituição brasileira e art. 52, inc. XIV, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal).

16. Em parecer subscrito pelo Subprocurador-Geral Paulo da Rocha Campos (fls. 4.020/4.027), a Procuradoria-Geral da República opina pelo não-conhecimento do recurso da União contra o acórdão proferido no julgamento das apelações, por falta de prequestionamento dos arts. 5º, inc. LIV e 37, inc. XXI, da Constituição da República; afirma descabida, ainda, a alegação de negativa de prestação jurisdicional e de fundamentação (art. 5º, XXXV, e 93, IX), pois o Tribunal a quo teria decidido de forma suficientemente fundamentada. Quanto à alegada ofensa ao art. 175, parágrafo único, incisos III e IV, observa que incidiria o óbice da Súmula 279 do Supremo Tribunal, uma vez que fundada em pretenso erro fático no laudo pericial, que não teria sido impugnado tempestivamente.

RE 571969 / DF

Quanto ao recurso extraordinário da União contra o acórdão dos embargos infringentes, opina a Procuradoria-Geral da República pelo seu desprovemento, em face do “...entendimento desse Pretório Excelso no sentido de que o interesse patrimonial da Fazenda Pública, por si só, não constitui fundamento jurídico que justifique a intervenção do Ministério Público na causa...” (fl. 4.025), citando como exemplo o RE n. 96.899 (Rel. Min. Néri da Silveira, 1ª Turma, DJ 5.9.1986).

Para a Procuradoria-Geral da República, apenas o recurso extraordinário do Ministério Público Federal, fundado na violação aos arts. 37, inc. XXI e § 6º, e 175, parágrafo único, inc. III, da Constituição de 1988, e art. 167, inc. II, da Carta de 1967, mereceria ser conhecido e provido, “... haja vista que o questionado *desequilíbrio econômico-financeiro, acaso existente, ocorreu em razão de política pública extensível a todos, e não somente à recorrida, havendo toda a coletividade suportado seus efeitos, com o objetivo de se equilibrar as contas públicas, não havendo se falar, por isso, na responsabilidade da União em indenizar a recorrida pelos alegados prejuízos financeiros*” (fl. 4.026).

17. Por fim, consigno que há penhoras no rosto dos autos determinadas pelos Juízos de origem, relativos a créditos fiscais da União e do Instituto Nacional do Seguro Social contra o grupo Varig, no valor de: R\$ 33.417.794,60, em junho/2003 (Processo n. 2002.71.00.042941-8, 1ª Vara Federal de Execuções Fiscais de Porto Alegre-RS - fl. 3.053); R\$ 282.591.240,08, em outubro/2000 (Processo n. 2001.71.00.019577-4, 3ª Vara Federal de Execuções Fiscais de Porto Alegre-RS - fl. 3.278); R\$ 24.260.418,94, em fevereiro/2007 (Execução Fiscal n. 98.0003677-6, 1ª Vara de Execuções Fiscais de Porto Alegre-RS, - fl. 3.860); R\$ 41.236.061,66, em agosto/2007 (Execução Fiscal n. 98.00.03676-8, 2ª Vara de Execuções Fiscais de Porto Alegre-RS - fl. 3.911); R\$ 25.451.521,84, em março/2007 (Execução Fiscal n. 2006.51.01.527502-4, 1ª Vara Federal de Execuções Fiscais do Rio de Janeiro - fl. 3.945); R\$ 242.311.570,55, em março/2007 (Processo n. 2006.51.01.527543-7, 4ª Vara Federal de Execuções Fiscais do

RE 571969 / DF

Rio de Janeiro – fl. 4.015) e R\$ 209.129.343,76, em outubro/2006 (Processo n. 2006.51.01.531.061-9, 4ª Vara Federal de Execuções Fiscais do Rio de Janeiro – fls. 4.015).

Observo também haver a penhora relativa ao crédito fiscal da Fazenda Pública do Estado da Bahia, reconhecido em ação contra a Nordeste Linhas Aéreas S/A, no valor de R\$ 238.459,34, em janeiro/2006 (Processo n. 2005.01.1.094601-8, 3ª Vara da Fazenda Pública da Comarca de Salvador-BA – fl. 3.625).

Autorizei, ainda, a averbação no rosto dos autos das penhoras requeridas pela 4ª Vara Federal de Execuções Fiscais do Rio de Janeiro, nos valores de R\$ 242.311.570,55, em março/2007 (Processo n. 2006.51.01.527573-7, fl. 3.997) e de R\$ 51.952.502,23, em junho/2006 (Processo n. 2006.51.01.521850-8, fl. 4.052); e pela Vara de Execuções Fiscais da Fazenda Estadual, na Comarca de São Paulo, no valor de R\$ 450.093,06, em julho/2008 (Processo n. 09.004.177-0, fl. 4.111).

Noticio haver nos autos outro pedido de reserva de crédito feito pelo Juízo da 8ª Vara Federal de Execução Fiscal da Seção Judiciária do Rio de Janeiro, no valor de R\$ 309.619.577,47, em junho/2006, referente à Execução Fiscal movida pelo INSS contra a ora recorrida, sem, contudo, qualquer despacho (fl. 4.109).

Todos os valores das execuções constantes dos autos somam (sem a devida correção monetária e encargos legais) o montante de R\$ 1.220.658.583,53 (um bilhão, duzentos e vinte milhões, seiscentos e cinquenta e oito mil, quinhentos e oitenta e três reais e cinquenta e três centavos).

18. Anoto ainda que pela importância das repercussões sociais, do vulto econômico-financeiro e das teses jurídicas postas em exame, afetei o processo ao Plenário, na forma regimental.

RE 571969 / DF

19. É o relatório, cuja cópia deverá ser encaminhada a cada um dos eminentes Ministros deste Supremo Tribunal Federal (art. 87, inc. IV, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal).

08/05/2013

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 571.969 DISTRITO FEDERAL

TRIBUNAL PLENO
RECURSO EXTRAORDINÁRIO 571.969
ANTECIPAÇÃO AO VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) - Senhor Presidente, Senhores Ministros, começo por agradecer as sustentações orais dos senhores advogados e do Procurador-Geral.

Inicialmente, examinei a tempestividade dos recursos - como eu disse, são três recursos: dois recursos da União, um contra o julgado nos embargos infringentes, que foi levado a efeito e que tem como único objeto a necessidade, ou não, do Ministério Público, e no qual se pedia a anulação de todo o processo; um segundo, da União, que, depois, vou ler com detalhes e explicar; e o do Ministério Público no qual se busca levantar a questão, discutir a questão específica da responsabilidade da União, em face da recorrida, considerando que os planos econômicos seriam genéricos. Os recursos são tempestivos, detalho os prazos de cada qual.

Antes de iniciar a leitura do meu voto, Senhor Presidente, gostaria de fazer duas observações: a primeira diz respeito à circunstância de que responsabilidade do Estado - aqui considerado o Estado como um todo - por atos lícitos não é qualquer novidade no Direito contemporâneo, no Direito moderno, no Direito Administrativo, no Direito brasileiro, e vou dar um exemplo muito rápido: desapropriação. É ato lícito, baseado na lei, mas, já que houve um dano, há que se deixar indene, sem dano, aquele que licitamente teve uma contribuição superior em relação ao interesse de todos, e, por isso, tem-se a indenização. Então, responsabilidade do Estado por atos lícitos, incluídos aqueles decorrentes de políticas públicas, não é novidade no Brasil. Quer dizer, só para deixar claro que, aqui, não se tem uma tese inovadora, inédita, pela circunstância de se tratar de plano econômico. Então, deixar isso claro de início.

RE 571969 / DF

E um segundo item que eu gostaria de chamar a atenção: antes de ser juíza, eu sou uma cidadã brasileira, e, nessa condição, não ponho dúvida, não tenho dúvida, não questiono, não questionaria, acho que ninguém em sã consciência no Brasil questiona que a adoção dos planos econômicos, na tentativa de debelar a inflação, que era crônica e descontrolada, no período - e vou apenas centralizar no período específico cuidado aqui -, era mesmo responsabilidade e competência do poder público. Também sobre isso não se está colocando algo em questão, muito ao contrário, é do Poder Executivo, junto com o Poder Legislativo, exclusivamente, a tomada de decisões. E essas tomadas foram benéficas, tanto que chegamos às décadas de noventa, à primeira década do século XXI, e até agora, com a inflação sob controle, querendo cada vez mais um controle. E todas as medidas tomadas, nos termos da lei, são do maior agrado de todo cidadão brasileiro. Então, nada disso está em questão.

Chamo a atenção, Senhor Presidente, apenas porque poderia haver qualquer má interpretação, numa ou noutra frase que eventualmente viesse a ser descontextualizada, para se dizer que era para o combate à inflação que se adotaram as medidas e que elas não poderiam gerar consequências. Todos nós buscávamos isso, e, evidentemente, nada disso é objeto desta questão.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE) -
Ministra Cármen, Vossa Excelência me permite?

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) - Por favor.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE) -
A introdução feita por Vossa Excelência é de uma clareza palmar, mas me parece que deve ficar muito claro se estamos aqui nos debruçando sobre uma hipótese de responsabilidade civil do Estado por ato administrativo ou se estamos tratando, aqui, de responsabilidade por ato legislativo, que é a hipótese de planos econômicos. São situações muito distintas.

RE 571969 / DF

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) - Aqui nós estamos tratando de atos administrativos baseados na lei por uma circunstância: tudo o que foi cuidado nesta ação refere-se ao que a recorrida alega como dano decorrente da circunstância de que, como concessionária de um serviço público de transporte aéreo, decorria de uma circunstância específica de contratada pelo serviço público e, para isso, há atos administrativos, claro que todos baseados ali, pois estamos no campo específico do Direito. E é disso que estamos cuidando e só disso. Daí a minha observação inicial.

Portanto, peço desculpas antecipadas aos meus Colegas, aos meus Pares, pela extensão, que não é usual em meus votos, mas acho que, para deixar com maior clareza, vou tentar apenas deixar de ler aquilo que seja desnecessário ao minudenciamento das questões, sem prejuízo da compreensão do texto e do contexto no qual se tem o julgamento.

###

08/05/2013

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 571.969 DISTRITO FEDERAL

VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA - (Relatora):

Da Tempestividade dos Recursos

1. Examino, inicialmente, a tempestividade dos recursos extraordinários interpostos pela União e pelo Ministério Público Federal.

2. O *dies a quo* do prazo recursal de 15 dias (art. 26 da Lei n. 8.038/90), contado em dobro na espécie (art. 188 do Código de Processo Civil), é o da juntada nos autos do mandado de intimação do acórdão recorrido devidamente cumprido (v.g., AI 303.044-AgR-ED, Relatora a Ministra Ellen Gracie, Primeira Turma, DJ 2.8.2002).

Julgadas as apelações cíveis, a oposição de embargos de declaração pelo Ministério Público Federal e pela Varig interrompeu, pelo seu conhecimento pelo Tribunal *a quo*, o prazo para a interposição de outros recursos cabíveis, conforme o art. 538 do Código de Processo Civil.

Assim, é tempestivo o recurso extraordinário da União interposto contra o acórdão proferido no julgamento das apelações [complementado pelo acórdão dos embargos de declaração], cuja juntada do mandado de intimação da União aos autos ocorreu em 12.9.2001 (fl. 1.639-verso) e tendo o recurso sido interposto em 10.10.2001.

O recurso extraordinário do Ministério Público Federal foi interposto em 11.10.2001 (fl. 1.890), antes, portanto, da juntada aos autos do mandado de intimação, ocorrido em 15.10.2001, segunda-feira (fl. 1.774).

RE 571969 / DF

Entretanto, esse fator não serve a configurar a denominada intempestividade extemporânea na espécie.

É que, embora não incida a Súmula 710 no caso (*'No processo penal, contam-se os prazos da data da intimação, e não da juntada aos autos do mandado ou da carta precatória ou de ordem'*), com o cumprimento da intimação pessoal em 13.9.2001 (fl. 1.775-verso), tornou-se inequívoca a ciência, pelo Ministério Público Federal, do julgamento dos embargos de declaração nas apelações cíveis, tendo optado aquela instituição por não aguardar a formalidade da juntada aos autos da intimação pelo Tribunal *a quo* [o que levou mais de um mês] para interpor o seu recurso extraordinário, conferindo, com isso, maior celeridade a seu processamento.

Quando da intimação do julgamento das apelações não vigorava a alteração do art. 498, do Código de Processo Civil, pela Lei n. 10.352/01, que determina o sobrestamento do prazo para recurso extraordinário, relativo à parte unânime do julgado, até a intimação da decisão nos embargos infringentes, pelo que tempestivo é o recurso.

3. Quanto ao recurso extraordinário da União, interposto contra o julgado dos embargos infringentes, o mandado de intimação foi juntado aos autos em 13.01.2003 (fl. 2.169), tendo sido interposto o recurso somente em 5.3.2003 (fl. 2.268).

Em seu recurso, explicita a Recorrente que o prazo recursal somente teria passado a fluir após o término das férias forenses, ou seja, em 1.2.2003.

A interposição do recurso deu-se bem antes da publicação da Emenda Constitucional n. 45, de 31.12.2004, que vedou a realização de férias coletivas nos tribunais de segundo grau (inc. XII acrescentado ao art. 96 da Constituição brasileira).

RE 571969 / DF

Daí porque o *dies ad quem* do prazo recursal incidiu em um sábado (1.3.2003), sendo o primeiro dia útil seguinte quarta-feira de cinzas (5.3.2003), pelo feriado de carnaval, razão pela qual também tempestivo esse recurso extraordinário da União.

Dos recursos e seus fundamentos

4. Nos três recursos extraordinários, todos fundados na al. *a* do inc. III do art. 102, da Constituição, alega-se, resumidamente, a violação dos seguintes dispositivos constitucionais: *a*) arts. 5º, inc. XXXV, e 93, inc. IX, por negativa de prestação jurisdicional, ao argumento de não haver sido enfrentada a questão conceitual do equilíbrio econômico do contrato de concessão; *b*) arts. 37, inc. XXI, e 175, parágrafo único, incs. III e IV, da Constituição de 1988, além do art. 167, inc. II, da Emenda n. 1 de 1969, pela alegada desconsideração, no cálculo do valor indenizatório, da equação econômico-financeira do contrato de concessão; *c*) art. 37, § 6º, porque a “...mera redução ou perda de receita, decorrente de defasagem verificada nas tarifas de transporte aéreo por ato da autoridade pública (decretos de congelamento de preços), não impõe ao poder concedente a obrigação de indenizar à concessionária por dano econômico” (fl. 1.909); *d*) arts. 21, XII, al. e, 170, parágrafo único, 173, 174 e 175, pela pretensa inobservância ao “princípio da regulação econômica”; *e*) arts. 5º, inc. LIV, 127 e 129, inc. IX, por ausência de manifestação do Ministério Público na primeira instância, considerado o interesse público indisponível presente na causa e a sua necessária atuação na defesa da ordem jurídica.

De todos esses dispositivos constitucionais, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região fez menção expressa, no julgamento das apelações cíveis e dos embargos infringentes, apenas aos arts. 127, 129, inc. IX, da Constituição da República, e art. 167 da Emenda n. 1 de 1969.

Quanto ao prequestionamento, a jurisprudência deste Supremo Tribunal sedimentou entendimento de que a viabilidade recursal

RE 571969 / DF

extraordinária não exige referência expressa dos dispositivos constitucionais invocados no recurso do acórdão questionado (v.g., RE 414.788, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, Pleno, DJ 18.6.1993).

Isso não elide, porém, a imperiosidade do exame inequívoco, pela instância de origem, da matéria objeto das normas constitucionais suscitadas em momento processualmente oportuno.

Nesse sentido, questionada a interpretação acolhida na instância *a quo* dos arts. 37, inc. XXI e § 6º, 175, parágrafo único, incs. I, II e III, na apelação da União e na manifestação do Ministério Público Federal anterior aos acórdãos impugnados, o expreso pronunciamento do Tribunal *a quo* sobre a responsabilidade da autoridade concedente pelo desequilíbrio econômico-financeiro do contrato decorrente da prática política referente ao congelamento de preços, aí incluído o tarifário, do que teria decorrido danos à concessionária, Recorrida, com a consequente necessidade de sua reparação, impõe-se o reconhecimento da comprovação do prequestionamento desses dispositivos na espécie.

Ademais, a oposição pertinente de embargos de declaração pelo Ministério Público Federal satisfaz a exigência do prequestionamento quanto ao artigo 175, parágrafo único, incs. III e IV, da Constituição brasileira, ainda que a omissão não tenha sido suprida pelo Tribunal *a quo* (v.g. RE 210.638, Relator o Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, DJ 19.6.1998; RE 191.454, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, DJ 8.6.1999; RE 449.137-AgR, Relator o Ministro Eros Grau, Segunda Turma, DJe 3.4.2008).

5.Tenho como prequestionados os arts. 37, inc. XXI e § 6º, 127, 129, inc. IX, 175, parágrafo único, incs. III e IV, além do art. 167, inc. II, da Carta de 1969, o que conduz, quanto a esse requisito, o conhecimento integral dos recursos extraordinários da União e o conhecimento parcial daquele interposto pelo Ministério Público Federal, pela falta de

RE 571969 / DF

prequestionamento dos arts. arts. 21, XII, al. e, 170, parágrafo único, 173 e 174, da Constituição da República.

6. Improcede a alegação da Recorrida, Varig, em suas contra-razões ao recurso extraordinário do Ministério Público Federal, no sentido da ausência de indicação precisa do inciso do parágrafo único do artigo 175 da Constituição tido por afrontado (fl. 2.306), porque expressa a referência ao inc. III do dispositivo constitucional naquele recurso (fl. 1.890, 1.898 e 1.909). Afasta-se, portanto, a invocação da Súmula 284 do Supremo Tribunal (*'É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia'*).

7. Não se tem por demonstrada a ocorrência de prejuízo dos recursos extraordinários pelos julgamentos no Superior Tribunal de Justiça, relativos aos recursos especiais simultaneamente interpostos e aos seus desdobramentos recursais.

Como acentuei no relatório, o acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região e objeto dos recursos extraordinários em exame foi modificado, pelo Superior Tribunal de Justiça, apenas no ponto relativo ao percentual dos honorários advocatícios (de 8% para 5% do valor da condenação). Essa decisão, transitada em julgado em 19.11.2007 (fl. 4.016), não prejudica os recursos extraordinários agora analisados.

8. Também não é de se levar em conta o acórdão recorrido extraordinariamente, quanto ao dever da União de indenizar a empresa concessionária, com fundamento infraconstitucional autônomo a atrair a aplicação do disposto na Súmula 283 do Supremo Tribunal Federal (*'É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles'*).

Para o reconhecimento, pelas instâncias de origem, desse dever,

RE 571969 / DF

considerou-se, tão-somente, a configuração do desequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, pelas “tarifas aéreas fixadas pela União, via DAC, com defasagem do preço de custo e sofrendo, ainda, os efeitos da inflação” (fl. 1.591).

Sobre o tema, esse o limite da matéria posta nas razões do recurso de apelação da União:

“29. Combina a parte autora, ainda, seu fundamento jurídico com o artigo 159 do Código Civil Brasileiro. Ora, não se dispensou a autora de demonstrar haver a União, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violado direito ou causado prejuízo para pedir que lhe obriguem a reparar o dano.

30. Aqui uma real equação dispensada de exame, quer da parte autora, quer da sentença: negligência ou imprudência + violação de direito com prejuízo = reparação (evidente se causou dano).

31. Nestes autos estes elementos são ausentes e apesar da erudição derramada, em matéria de Direito, há indigência.

32. Contudo, há de se bradar que o fundamento angular são os artigos 175 e 37, XXI e parágrafo 6º da Constituição Federal” (fls. 1.155-1.156, grifos nossos).

Daí porque, no julgamento do recurso especial do Ministério Público simultaneamente interposto aos extraordinários, o Superior Tribunal de Justiça recusou-se a apreciar a alegada violação ao art. 159 do Código Civil revogado, tendo em vista a falta de seu prequestionamento:

“O recorrente sustentou a violação ao artigo 159, do Código Civil revogado, bem como do artigo 9º, §§ 1º ao 4º, da Lei 8.987/95, bem assim a divergência jurisprudencial entre o acórdão recorrido e arestos desta Corte.

Entendo que o presente recurso especial não merece ser conhecido pelo artigo 105, III, ‘c’, da Constituição Federal, porquanto os paradigmas apresentados não estabelecem similitude com a hipótese dos autos. (...)

RE 571969 / DF

Não obstante esta constatação, verifico que o recurso especial deve ser conhecido pelo conduto da alínea 'a', do permissivo constitucional, embora apenas pela constatação do prequestionamento implícito, dos elementos materiais constantes do artigo 9º da Lei 8.987/95" (fl. 3.134).

Ainda sobre esse fundamento infraconstitucional (art. 159, do Código Civil de 1916), assentou o Tribunal Superior o desatendimento aos requisitos do art. 541 do Código de Processo Civil e a incidência da Súmula 284 do Supremo Tribunal Federal.

Por estes motivos, não se há cogitar de incidência da Súmula 283 na espécie.

9. Esse óbice – relativo ao fundamento autônomo e suficiente havido no acórdão do Superior Tribunal - incide, entretanto, quanto ao item relativo à intervenção do Ministério Público.

As decisões proferidas sobre a questão da obrigatoriedade de o Ministério Público intervir na causa como parte desde a primeira instância têm fundamento no inciso III do artigo 82 do Código de Processo Civil, que dispõe:

"Art. 82. Compete ao Ministério Público intervir:

(...)

III – nas ações que envolvam litígios coletivos pela posse da terra rural e nas demais causas em que há interesse público evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte."

Cuida-se, pois, de norma que contém conceito jurídico indeterminado, abrindo-se a possibilidade de o Ministério Público intervir em outras causas, além daquelas previstas no rol taxativo do mencionado art. 82, pela existência do interesse público no julgamento da ação, o qual se evidencia pela natureza da lide ou pela qualidade da

RE 571969 / DF

parte.

Tais requisitos, de matriz infraconstitucional, foram devidamente apreciados pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região e pelo Superior Tribunal de Justiça em decisões transitadas em julgado, tendo-se concluído pela ausência de interesse apto a exigir a intervenção do Ministério Público desde o início do processo.

A propósito, a ementa do acórdão proferido no julgamento dos embargos infringentes pelo Tribunal Regional Federal, inalterada, no ponto, pelo Superior Tribunal de Justiça:

“PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. ART. 82, III, DO CPC. NATUREZA DA LIDE. QUALIDADE DA PARTE. QUEBRA DO EQUILÍBRIO FINANCEIRO DE CONTRATO DE CONCESSÃO DE SERVIÇO DE TRANSPORTE AÉREO. PEDIDO DE INDENIZAÇÃO EM DECORRÊNCIA DE PREJUÍZO.

1. A intervenção do Ministério Público em todas as hipóteses previstas no artigo 82, do CPC, é obrigatória, cabendo ao juízo decidir acerca do interesse que o justifica quanto ao inciso III da norma.

2. Existindo interesse público na solução da demanda, faz-se necessária a intervenção do Ministério Público em todas as fases do processo, sob pena de nulidade, não a suprimindo a sua manifestação em segundo grau de jurisdição.

3. A presença no pólo passivo de pessoa jurídica de direito público, entretanto, não determina por si só a intervenção do MP. O interesse público também não se confunde com interesse patrimonial do Estado. O interesse público não se identifica com o da Fazenda Pública.

4. A lide relativa a indenização decorrente de quebra do equilíbrio financeiro de contrato de concessão de serviço de transporte aéreo devido ao congelamento de tarifa é de natureza patrimonial disponível.

RE 571969 / DF

5. Entendimento adotado pela relatora de que é obrigatória a intervenção do Parquet (art. 82, III, do CPC) na qualidade de custos legis em processo que o patrimônio público reste indefeso. Na hipótese, o interesse público está *in re ipsa*.

6. Estando, no caso a Fazenda Pública regularmente defendida por seus advogados, a exigência de intervenção obrigatória do Parquet, em qualquer hipótese, é inserir injusta e generalizada suspeição sobre a competência técnica e probidade administrativa dos procuradores do Estado (J. J. Calmon de Passos, in 'Intervenção do Ministério Público nas causas a que se refere o art. 82, III, do C. Pr. Civil', RF, vol. 268).

7. Embargos Infringentes improvidos" (fl. 2.138).

Esse entendimento harmoniza-se com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, assentada quando ainda lhe competia o julgamento de questões infraconstitucionais, conforme se tem, por exemplo, nos seguintes julgados:

"EMENTA: - Ministério Público. Intervenção. Interesse público (conceito). Código de Processo Civil, art. 82, III (interpretação).

- A circunstância de a pessoa de direito público ser parte na causa não constitui razão suficiente para a obrigatoriedade da intervenção do Ministério Público, se não evidenciada a conotação de interesse público. Na espécie, o princípio do art. 82, III, do CPC, não obriga a intervenção do Ministério Público pelo só aspecto de haver interesse patrimonial da Fazenda Pública. – Recurso Extraordinário conhecido e provido" (RE 91.643, Relator o Ministro Rafael Mayer, Primeira Turma, DJ 2.8.1980).

"EMENTA: Ministério Público. Intervenção. Código de Processo Civil, art. 82, III. O só fato de existir interesse patrimonial da Fazenda Pública na causa não torna obrigatória a intervenção do Ministério Público. Precedentes do STF. Recurso extraordinário conhecido e provido, para determinar que a Corte a quo julgue o mérito do recurso voluntário" (RE 96.899, Relator o Ministro Néri da Silveira, Primeira Turma, DJ 5.9.1986).

RE 571969 / DF

“E M E N T A:- PROCESSUAL CIVIL. Ministério Público. Intervenção nas causas em que há interesse público, evidenciado pela natureza da lide ou qualidade das partes. O princípio do art. 82, III, do Código de Processo Civil não acarreta a presença do Ministério Público pelo só fato de haver interesse patrimonial da Fazenda Pública, que dispõe de defensor próprio e é protegida pelo duplo grau de jurisdição. Se quisesse abranger as causas dessa natureza, o legislador processual o teria mencionado expressamente, tal a amplitude da ocorrência” (RE 86.328, Relator o Ministro Décio Miranda, Segunda Turma, DJ 7.12.1979).

Descabida, portanto, a discussão sobre a alegada nulidade advinda do momento da intimação do Ministério Público para integrar a lide, com o trânsito em julgado dos fundamentos infraconstitucionais autônomos para a manutenção da decisão proferida.

10. Contudo, daí não se conclui pela ilegitimidade do Ministério Público para, na condição de custos legis, interpor recurso extraordinário, o que lhe é assegurado expressamente no § 2º do artigo 499 do Código de Processo Civil, que dispõe:

“Art. 499. O recurso pode ser interposto pela parte vencida, pelo terceiro prejudicado e pelo Ministério Público.

(...)

§ 2º. O Ministério Público tem legitimidade para recorrer assim no processo em que é parte, como naqueles em que oficiou como fiscal da lei.”

Nesse aspecto, a lição de José Carlos Barbosa Moreira, ao comentar esse dispositivo:

“Os recursos utilizáveis pelo Ministério Público na função de custos legis são os mesmos de que dispõem as partes, sem diferença no que tange aos pressupostos de cabimento. Ressalve-se apenas que, à luz dos dizeres do art. 500, não pode o Ministério Público, naquela qualidade, recorrer adesivamente (cf. infra, o comentário nº 174 ao

RE 571969 / DF

citado dispositivo).

Recorrendo contra decisão proferida em processo onde funcionava como fiscal da lei, assume o Ministério Público, no procedimento recursal, a condição de parte, com iguais 'poderes e ônus', à semelhança do que ocorre quando exerça o direito de ação (art. 81), salvo regra especial – v.g., a que dispensa do preparo os recursos por ele interpostos (art. 511, § 1º). (...)

O texto sob exame, em sua literalidade ('oficiou'), apenas se refere à hipótese de já ter o Ministério Público intervindo no feito como custos legis, ao proferir-se a decisão. Mas há outra que merece ser considerada: a de haver-se deixado de proceder à intimação do Ministério Público, apesar de obrigatória a sua intervenção. Resta saber, então, se ele também se legitima ao recurso quando, embora ainda não haja participado do processo até o momento da decisão, devesse ter sido ouvido na qualidade de fiscal de lei. Não obstante o silêncio do art. 499, § 2º, parece-nos fora de dúvida a legitimação do Ministério Público para, em casos tais, interpor o recurso cabível, com a finalidade de pleitear a anulação do processo a partir do instante em que tinha de ser intimado, nos termos do art. 246 e seu parágrafo único. É, ao nosso ver, a solução mais consentânea com os princípios: conquanto se trate de nulidade absoluta, decretável de ofício pelo órgão ad quem, há interesse em permitir que ela seja alegada, para evitar que passe despercebida, e nada mais razoável que abrir a oportunidade, para tanto, ao próprio Ministério Público, já que as partes podem eventualmente omitir-se, por desatenção ou cálculo. Ademais, no tocante à sentença de mérito, a nossa conclusão encontra apoio em raciocínio a fortiori: se aquela transitasse em julgado, legitimar-se-ia o Ministério Público a promover-lhe a rescisão (art. 487, nº III, letra a); ora, supondo-se que antes do trânsito em julgado venha ele a tomar conhecimento do que se passa, por mais forte razão se lhe dá de permitir que a impugne desde logo, pela via recursal adequada.

Não teria sentido, com efeito, forçá-lo a aguardar a formação da res iudicata, para utilizar-se da ação rescisória, com grave detrimento para a economia processual" (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Comentários ao Código de Processo Civil, vol. V [arts. 476 a 565], 13ª edição, revista e atualizada, Rio de Janeiro: Forense,

RE 571969 / DF

2006, p. 297-298).

Assim, tenho como admissível o recurso extraordinário interposto pelo Ministério Público Federal.

11. Alega a União, no recurso extraordinário interposto contra o acórdão proferido no julgamento das apelações, que o Tribunal *a quo* teria negado a prestação jurisdicional pleiteada, em relação ao questionamento, suscitado em sua apelação, referente à definição jurídica de equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão/permissão, utilizado para a fixação do valor indenizatório, pois *“a premissa para o v. acórdão foi a demonstração dos prejuízos sofridos com base numa perícia realizada que não considerou os custos operacionais da empresa, mas os custos globais de todo o setor de transporte aéreo”* (fl. 1.752).

12. Para reforçar a tese de violação aos arts. 5º, inc. XXXV, e 93, inc. IX, da Constituição da República, a União se reporta aos embargos de declaração opostos pelo Ministério Público Federal, nos quais suscitada a omissão do Tribunal Regional Federal quanto ao tema.

Consolidou-se neste Supremo Tribunal Federal que a oposição de embargos de declaração suprem a falta de prequestionamento quando surgida a afronta à Constituição no acórdão embargado (Súmula 356).

13. Entretanto, a própria Recorrente assume que a análise da questão não ocorreu por ter *“sido reputada intempestiva a manifestação da União referente a análise da prova pericial, deixando de enfrentar a questão conceitual do equilíbrio econômico do contrato de concessão/permissão, à luz do contido nos artigos 37, XXI e 175, incisos III e IV da CF, sob a alegação de se tratar de matéria nova, invocando-se o instituto da preclusão”* (fl. 1.752).

Tem-se, efetivamente, no acórdão proferido no julgamento das apelações:

“Em memorial que recebi da ADVOCACIA DA UNIÃO é feita

RE 571969 / DF

profunda análise da prova pericial, com explicações detalhadas a partir do conceito de muitos dos itens abordados, tais como RECEITA DE EQUILÍBRIO, CUSTOS OPERACIONAIS EFICIENTES, ECONOMIA DE ESCALA etc.

Enfatiza a UNIÃO que a única forma de demonstrar a existência de rompimento de uma condição de equilíbrio econômico-financeiro é através da análise das margens de lucro da empresa, o que não foi destacado, em nenhum passo, na perícia, segundo a UNIÃO.

Sem desprezar a importância do trabalho da defesa, criteriosamente lido e considerado pela Relatora, não é possível deixar de fazer algumas colocações: a primeira, pela intempestividade da manifestação, eis que a perícia não foi impugnada na ocasião processual adequada; a segunda, porque a precisão conceitual da técnica contábil e financeira não tem valor probatório na esfera jurídica, quando se objetiva o resultado, ou seja, os custos contabilizados pela empresa e remetidos periodicamente ao DAC, como previsto no contrato, tido como necessário e suficiente para, a partir daí, estabelecer-se o valor das tarifas. Foram os elementos considerados na avaliação do Vistor Oficial? A resposta é positiva e, como tal, não se pode deixar de aceitar a sistemática seguida pelo técnico do juízo” (fl. 1.477-1.478, grifos nossos).

Daí a rejeição dos embargos de declaração do Ministério Público Federal por ausência de omissão, contradição ou obscuridade.

14. Portanto, não há como prosperar a alegação de nulidade do acórdão por negativa de prestação jurisdicional. O Tribunal *a quo* apreciou as questões suscitadas, fundamentando-as de modo suficiente a demonstrar as razões objetivas do convencimento do julgador. A prestação jurisdicional foi concedida nos termos da legislação vigente, apesar de ter sido a conclusão contrária aos interesses da Recorrente.

15. Ademais, o afastamento da preclusão e, conseqüentemente, da intempestividade da peça apresentada pela União, é matéria afeta à legislação infraconstitucional, insuscetível, portanto, de análise em sede

RE 571969 / DF

de recurso extraordinário.

16. Quanto ao item relativo ao desequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão firmado entre as partes como efeito do denominado Plano Cruzado, dois são os questionamentos suscitados pelas recorrentes: *a)* a impossibilidade de imputar-se à União, como contratante, a responsabilidade pela desarmonia contratual observada, e *b)* o pretense equívoco na fórmula utilizada para a fixação do valor indenizatório apto a recompor o equilíbrio do contrato (arts. 37, inc. XXI e § 6º, 175, parágrafo único, incs. III e IV, além do art. 167, inc. II, da Carta de 1969).

17. Sobre esse último tópico, a União e o Ministério Público aduzem, em suma, que a prova pericial na qual se apóiam as decisões teria tão-somente justificado o prejuízo da Recorrida pela diferença observada entre a *“receita efetivamente obtida com a venda de bilhetes de acordo com as tarifas autorizadas pelo governo”* (fl. 1.767) e a receita que seria auferida se utilizadas as tarifas solicitadas pela concessionária, tendo sido considerados, ainda, os custos operacionais médios do setor de transporte aéreo, ao invés dos custos da própria empresa-recorrida.

Sustentam que o desrespeito à imposição constitucional do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão pela União somente poderia ser afirmado após a análise de outros fatores, como a prudência nos investimentos, a modéstia na margem de lucro e a eficiência do serviço prestado pela empresa contratada, com o expurgo de despesas sem pertinência direta com a atividade concedida (transporte aéreo).

Essa abordagem da regra de necessária observância e cumprimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão permitiria, segundo se alega, a revisão da tarifa pelo poder concedente, devendo o *“concessionário adequar os seus custos à nova configuração tarifária”* (fl. 1.771).

RE 571969 / DF

18. Entretanto, o afastamento da responsabilidade da União, com base na análise dos elementos que as recorrentes pretendem sejam considerados, esbarra no óbice da Súmula 279 do Supremo Tribunal Federal, a qual veda o reexame de provas em sede extraordinária.

Na mesma linha, os seguintes precedentes sobre a impossibilidade do exame dos elementos afetos ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo em recurso extraordinário: RE 388.606-AgR, Reatora a Ministra Ellen Gracie, Segunda Turma, DJ 3.2.2006; AI 504.853-AgR, Relator o Ministro Ayres Britto, Primeira Turma, DJ 11.2.2005; e AI 330.461-AgR, Relator o Ministro Maurício Corrêa, Segunda Turma, DJ 16.11.2001.

19. Deve-se realçar, ainda, que a impugnação dos critérios utilizados na perícia foi realizada a destempo, conforme se viu antes, incidindo, no ponto, o instituto da preclusão.

Assim, não conheço dos recursos extraordinários da União, na parte relativa à alegada ausência de sua responsabilidade pela carência de elementos probatórios relativos à quebra do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, por se cuidar de matéria de reexame do acervo dos fatos e das provas, indevido nesta instância recursal extraordinária.

20. Fica, pois, para exame apenas a questão da alegada ausência de responsabilidade da União, como contratante, pelo prejuízo decorrente de política econômica governamental, tema suscitado exclusivamente no recurso extraordinário do Ministério Público Federal.

No caso, duas são as abordagens sobre o tema constitucional da responsabilidade estatal: uma fundada na responsabilidade objetiva do Estado (art. 37, § 6º) e outra no dever de manutenção das condições efetivas da proposta (art. 37, inc. XXI).

RE 571969 / DF

21. Anote-se ter sido a matéria decidida pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do precedente tantas vezes mencionado nos autos (RE 183.180, Primeira Turma), no qual o Relator, Ministro Octavio Gallotti, assim votou no ponto que interessa:

“Não há, porém, como pretender assimilar a índole dos danos porventura causados pela adoção de determinada política econômica às pessoas em geral, diretamente sujeitas como súditos à autoridade do Estado, à natureza de outra relação juridicamente diversa, contraída com quem esteja ele vinculado por liame contratual. Sobretudo quando esse contrato é objeto de especial amparo da Constituição (art. 167, II, da Carta de 1967), durante cuja vigência (a presente ação foi ajuizada em 2-9-88) verificou-se a insuficiência tarifária, causadora da ruptura do equilíbrio financeiro da concessão, imputada a atos omissivos ou comissivos do Poder Público, e arbitrada, em seus efeitos financeiros, pela prova pericial acolhida nas instâncias ordinárias.

Nem haveria de ser a observância de um decreto-lei escusa válida para o descumprimento da garantia constitucional” (DJ 1.8.1997, grifos nossos).

22. A apreciação e o julgamento do Recurso Extraordinário n. 183.180, pela Primeira Turma deste Supremo Tribunal, em 17.6.1997, demonstra – como acima apontado - ter sido a matéria apreciada por este Supremo Tribunal Federal naquele julgado. Aquela decisão foi no sentido de, seguindo-se o Ministro Relator, não se conhecer do extraordinário, não tendo havido recurso da União contra o acórdão prolatado.

Aquele é o único precedente específico - examinado por órgão fracionário deste Supremo Tribunal -, com base no dispositivo constitucional da Carta de 1967, com a Emenda Constitucional n. 1, de 1969, pertinente ao tema da responsabilidade do Estado e apontado como afrontado no recurso extraordinário (art. 107), tido como não prequestionado naquele caso.

23. Necessário relevar a peculiaridade da situação cuidada no

RE 571969 / DF

processo agora examinado. Aqui a pretensão é de ver atribuída a responsabilidade ao Estado por prejuízos financeiros suportados pela Autora, agora Recorrida, pela implantação de plano econômico. Não se discute descumprimento de cláusula contratual em razão de planos econômicos, quer sob a alegação de contrariedade ao direito adquirido, ao princípio da irretroatividade da lei, situações analisadas, em outros casos, por este Supremo Tribunal.

24. Não ignoro haver cláusula contratual estipulando a correspondência entre as tarifas a serem aplicadas e os fatores de custo da atividade objeto do contrato de concessão (cláusula XI).

Trata-se de cláusula essencial ou necessária, que tem como fonte mandamento constitucional de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo, regra prevista expressamente no art. 167, inc. II, da Carta de 1967, mantido idêntico dispositivo na Emenda n. 1 de 1969, vigente na data da outorga por concessão do serviço aéreo à Recorrida (Decreto n. 72.898, de 9.10.1973).

Dispunha o texto normativo mencionado:

“Art. 167 – A lei disporá sobre o regime das empresas concessionárias de serviços públicos federais, estaduais e municipais, estabelecendo:

...

II – tarifas que permitam a justa remuneração do capital, o melhoramento e a expansão dos serviços e assegurem o equilíbrio econômico e financeiro do contrato”; (grifos nossos).

A Constituição de 1988 traz igual exigência (art. 37, inc. XXI), repetida na Lei n. 8.987, de 13.2.1995 (Lei das Concessões e Permissões).

O lapso temporal entre a promulgação da Constituição atual e a Lei n. 8.987/95 não significou ineficácia do inciso mencionado, porque

RE 571969 / DF

recepcionado, por sua harmonia com a nova ordem constitucional, o Decreto-Lei 2.300/86, do qual constava:

“Art 55. Os contratos regidos por este decreto-lei poderão ser alterados nos seguintes casos:

(...)

II - por acordo das partes:

(...)

d) para restabelecer a relação, que as partes pactuaram inicialmente, entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do inicial equilíbrio econômico e financeiro do contrato.

(...)

§ 7º Em havendo alteração unilateral do contrato, que aumente os encargos do contratado, a Administração deverá restabelecer, por aditamento o equilíbrio econômico-financeiro inicial” (grifos nossos).

Percebe-se, assim, que, no período do desequilíbrio apontado pela Autora-recorrida (out.1985-jan.1992), dotavam-se de eficácia plena as normas constitucionais referentes a regra do equilíbrio econômico e financeiro do contrato.

25. Mesmo as normas constitucionais despojadas de eficácia plena e aquelas tidas por programáticas detêm positividade jurídica imediata, o que se manifesta, como assinala Gomes Canotilho, não apenas em sentido afirmativo, como “vinculação do legislador, de forma permanente, à sua realização” e como “diretivas materiais permanentes” a tomar “em consideração em qualquer dos momentos da atividade concretizadora (legislação, execução, jurisdição)”, mas também “como limites negativos, [que] justificam a eventual censura, sob a forma de inconstitucionalidade, em relação aos atos que as contrariam” (Direito Constitucional, 5ª ed., 1991, p. 190).

26. Assim, também as cláusulas contratuais analisadas nas instâncias anteriores – matéria não afeta a este julgamento (súmula 454 deste

RE 571969 / DF

Supremo Tribunal) - embasam-se em normas constitucionais específicas.

27. O princípio constitucional da estabilidade econômico-financeira do contrato administrativo é uma das expressões jurídicas do princípio da segurança jurídica, por ele se buscando conferir estabilidade àquele ajuste, como é a natureza do contrato de concessão, garantindo-se à empresa-contratada, tanto quanto possível, a permanência das circunstâncias e das expectativas que a animaram a assumir a execução, por sua conta e risco [mas no interesse público], de atribuições que competem a pessoa jurídica de direito público.

A preocupação com a qualidade na prestação da atividade concedido (no caso a exploração do serviço de transporte aéreo), impõe, pelo surgimento de fatos e circunstâncias mesmo jurídicas, como se dá na espécie, que possam romper a mantença das condições pactuadas, a adoção de medidas garantidoras do reequilíbrio da equação econômico-financeira do contrato, o que pode se dar por meio da repactuação, do reajuste, da revisão e da indenização.

28. No caso em pauta, apontou a Autora-Recorrida como causa do desequilíbrio contratual que lhe teriam gerado os danos apontados e imputados às políticas econômicas, as medidas adotadas pelo Poder Público no combate à inflação, especialmente com o advento do denominado 'Plano Funaro' ou 'Plano Cruzado', a partir do qual a tarifa aérea, que passou a ser controlada pelo Ministério da Fazenda assim como qualquer outro preço ou tarifa fixados pela Administração Federal, ficou congelada, vale dizer, insuscetível de alterações (art. 5º do Decreto n. 91.149, de 15.3.1985).

Decidiu o Poder Público, na ocasião, que a política de congelamento de preços e tarifas, aliada a outras medidas, seria capaz de derrotar o maior problema econômico brasileiro na segunda metade do século XX, qual seja, a inflação crônica e descontrolada

RE 571969 / DF

29. No período mencionado e submetidos aos cuidados desta ação, o País experimentava clima de tensão política, recrudesciam os problemas do cenário econômico nacional pela ausência de políticas públicas de longo prazo garantidoras do crescimento e da distribuição de renda e o irrefreável aumento da inflação, a qual, em fevereiro de 1986, atingiu o índice de 22,4% ao mês, passando a atuar cada vez mais como elemento desestabilizador da situação institucional interna e de enfraquecimento da posição brasileira na renegociação da dívida externa, com novos gravames a fomentar os riscos da instabilidade social e política.

Daí a adoção de plano econômico menos ortodoxo em comparação a outros antes e depois adotados, cuja meta passou a ser zerar a inflação pela anulação do seu fator inercial, consubstanciado na correção monetária das transações comerciais e financeiras, a qual funcionava como um piso mínimo da taxa do mês subsequente.

Como medida auxiliar ao rompimento da rigidez na retração inflacionária, os preços foram congelados nos valores prevalecentes em 27 de fevereiro de 1986, tendo sido, ainda, instituída nova moeda, o Cruzado.

O comportamento imediato da economia foi irreconhecível, conforme ressaltou ilustre economista e professor da Universidade Federal Fluminense, em artigo publicado em 2005 na Revista do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social. Relata Marcello Averbug naquele trabalho:

“A mudança de expectativa foi fulminante, graças à credibilidade inspirada pelo Plano, criando-se um arcabouço de apoio popular impenetrável a qualquer contestação mais incisiva à nova política de estabilidade monetária. A percepção desfavorável quanto às perspectivas do país foi substituída pela confiança no futuro, materializando, na população, a mais rápida e profunda alteração de humor recentemente verificada. As avaliações críticas efetuadas por

RE 571969 / DF

alguns sindicatos, grupamentos políticos e núcleos acadêmicos não alcançavam ressonância e mostravam-se pálidos ante as manifestações de aprovação. Figuras do antigo regime desculpavam-se por não terem tido ideia semelhante, admitindo que o governo anterior não dispunha de credibilidade necessária para implantar política tão audaciosa.

Esse primeiro impacto positivo foi consolidado em decorrência da queda da inflação: a taxa mensal em fevereiro de 1986 havia chegado a 22,4%, baixando nos três meses seguintes para 5,5%, -0,6% e 0,3%. Sob esse clima, várias transformações surgiram no organismo econômico. A primeira, ocorreu nos hábitos de poupança. Com o fim da correção monetária e dos rendimentos insuflados pela elevada inflação, os frequentadores das múltiplas modalidades de captação de poupança (salvo a bolsa de valores) transferiram seus ativos financeiros a outras destinações, tais como aumento do consumo, compra de imóveis e mercado de ações.

(...)

O governo tentou convencer a população de que, por exemplo, a caderneta de poupança não havia perdido rentabilidade e de que os antigos elevados índices de valorização eram ilusórios, pois apenas refletiam a inflação. Entretanto, os primeiros meses do cruzado presenciaram a migração das disponibilidades das famílias em direção, principalmente, ao consumo, o que redundou em incremento também na demanda por bens intermediários.

Reagindo de maneira inversa à imaginada pela maioria dos observadores, que anteviam um arrefecimento da demanda familiar, a população transformou-se em um consumidor quase compulsivo. A previsão de arrefecimento provinha da suposta eliminação de compras efetuadas precipitadamente pelos assalariados, à época de inflação elevada, em consequência da convicção de que os produtos encareceriam.

(...)

Após os primeiros meses do Plano, o estrangulamento no abastecimento de alguns produtos assumiu tamanha intensidade, que seria duvidoso atribuí-lo apenas à expansão do consumo. Seguramente, decisões empresariais contribuíram para tal desequilíbrio.

RE 571969 / DF

(...)

Nos cinco primeiros meses do Plano Cruzado, o setor público não adquiriu capacidade de poupar suficientemente para posicioná-lo na vanguarda de um processo de retomada dos investimentos. Pelo contrário, sua situação permanecia melancólica a esse respeito. Quanto ao setor privado, a despeito de não lhe faltar capacidade de investir, demonstrava pouco ímpeto expansionista, constatando-se um panorama duvidoso quanto às chances de se superarem, a curto e médio prazo, os desencontros entre produção e consumo” (AVERBUG, Marcello; in Plano Cruzado: Crônica de uma Experiência. Revista do BNDES, Rio de Janeiro, v. 12, n. 24, dez.2005, p. 223-226).

Daí a adoção, em julho de 1986, de novas medidas para desaquecer a demanda e acelerar a ampliação da capacidade instalada, dentre as quais a determinação de pagamento, até 31 de dezembro de 1987, de encargo financeiro no valor de 25% na compra de passagens internacionais e na compra de moeda estrangeira para fins de viagem ao exterior.

Prosegue o autor acima mencionado em seu relato:

“Parcos foram os resultados obtidos. Na área de consumo como um todo, críticos duvidavam do seu desaquecimento, prevendo apenas um redirecionamento das compras dos bens e serviços gravados compulsoriamente, em benefício de outros. Em realidade, aconteceu algo mais surpreendente: a procura pelos bens e serviços onerados, tais como automóveis e viagens ao exterior, continuou inabalada. Na área de poupança e investimento, o FND permaneceu inativo e o Plano de Metas, discretamente engavetado. Assim, a economia prosseguiu titubeante, agora com a novidade de expor mais abertamente pressões inflacionárias e apresentar sintomas de enfraquecimento do saldo comercial, além do agravamento dos problemas de abastecimento” (op. cit., p. 228).

Diante da inocuidade das medidas para debelar a retomada do

RE 571969 / DF

processo inflacionário, outros planos vieram, adotados pelos governos que se seguiram. A experiência com a política de congelamento de preços e tarifas fez com que se previsse, nos planos subseqüentes ao Plano Cruzado, a possibilidade de revisão, total ou parcial, da medida, que continuou sendo adotada (v.g., art. 12, inc. I, da Lei 7.730, de 31.1.1989).

Entretanto, mantiveram-se, sempre, mecanismos de intervenção estatal na fixação de preços, tarifas e salários na busca de controle da inflação.

30. Quanto ao setor de transporte aéreo, o caso dos autos demonstra – e ficou comprovado nas instâncias de produção e análise de prova, não sujeito a novo crivo neste recurso – que os reajustes efetivados não teriam sido suficientes para cobrir a sua variação de custos, conforme afirmado pelo perito oficial em seu laudo técnico:

“Em fevereiro de 1986, o Plano Cruzado congelou por um ano todos os preços da economia, inclusive as tarifas aéreas que já se encontravam defasadas em 29%, em decorrência do agravamento dos custos operacionais do setor verificado no último bimestre de 1985 (inclusive com dissídio dos aeronautas e aeroviários em dez/85) e em janeiro de 1986.

O primeiro reajuste concedido após o congelamento de preços ocorreu em fevereiro de 1987, alcançando apenas 30%, embora já estivesse calculada a defasagem acumulada de 53,8% ao final de 1986.

A partir de então, os reajustes concedidos pelo Governo ora acompanharam os estudos apresentados pelas Planilhas SNEA [Sindicato Nacional das Empresas Aeroviárias] ora eram autorizados de forma aleatória. Além disso, referidos reajustes nem sempre foram concedidos de forma tempestiva.

O interessante é que em diversos momentos do período considerado, os reajustes concedidos pelo Governo foram absolutamente suficientes para cobrir as defasagens apontadas pelas planilhas SNEA, na forma:

a) 1986: a defasagem tarifária média situou-se em 29%, não

RE 571969 / DF

havendo períodos de equilíbrio tarifário;

b) 1987: a defasagem tarifária média foi menor, situando-se em 18%, havendo momentos de equilíbrio tarifário nos meses de maio, junho e julho;

c) 1988: este foi o exercício fiscal com menor defasagem tarifária média, cujo índice ficou em 6,2%, tendo havido momentos de equilíbrio tarifários nos meses de janeiro a julho, novembro e dezembro;

d) 1989: a defasagem tarifária média voltou a subir, atingindo 19,3%, embora tenha sido verificado momentos de equilíbrio tarifário nos meses de janeiro, fevereiro, junho a agosto e dezembro;

e) 1990: a defasagem tarifária média foi novamente reduzida para 7,1%, tendo sido registrados momentos de equilíbrio tarifário nos meses de março a julho, outubro e novembro;

f) 1991: a defasagem tarifária média voltou a subir, atingindo 19,0%, tendo sido verificado equilíbrio tarifário apenas nos meses de janeiro, junho e julho;

g) 1992: a defasagem tarifária média do único mês analisado (janeiro) foi de 16,0%.

Em síntese, foi possível observar que no período sob análise as tarifas autorizadas pelo Poder concedente e efetivamente praticadas pelo setor refletiram, por vários períodos, as estruturas de custos demonstradas pelas planilhas elaboradas e calculadas pelo SNEA e encaminhadas ao DAC. Por outro lado, em diversos momentos do período analisado, a política de fixação das tarifas não adotou os parâmetros contidos na referidas planilhas.

E é exatamente esta diferença percentual existente, dia a dia, entre o nível tarifário calculado e demonstrado pela planilhas SNEA, que refletem a variação de custos do setor e aquele aprovado pelo Poder concedente, neste ponto denominada 'defasagem tarifária', a questão crucial deste Laudo Pericial, ponto de partida de todos os demais cálculos requeridos" (fls. 431-433).

Daí a seguinte conclusão do perito oficial:

"Os resultados de Perda de Receita aqui apresentados

RE 571969 / DF

decorreram da diferença entre a estimativa da Receita Virtual das empresas, há hipótese da prática das tarifas solicitadas de acordo com as planilhas SNEA e não concedidas e as Receitas Efetivas.

Tecnicamente não se pode imputar a esta Perda de Receita a responsabilidade pelo agravamento das dívidas de curto e longo prazo da Autora, mesmo porque, no caso específico da VARIG S/A, as receitas de vôo nas operações domésticas não alcançaram, no período sob análise, um terço de suas operações totais.

No entanto, também sob o prisma exclusivamente técnico, não se pode ignorar os impactos ocorridos sobre o endividamento das empresas a partir das referidas Perdas...” (fl. 452, grifos nossos).

31. Percebe-se, daí, sem qualquer reexame das provas, mas se atendo apenas a dados constantes dos autos e não mais sujeitos a questionamento nesta fase recursal, ter havido danos à empresa-concessionária, Recorrida, pelo advento daquelas medidas, o que se tem por indiscutível, reitere-se, nesta fase processual. Mais ainda, de se anotar que tal dano terá sido decorrente da ação do Poder Público no combate à inflação, o que também não pode ser mais discutido em face do que nos autos se contém e que foi discutido e decidido em fase processual própria.

Questão sujeita ao exame da matéria nesta fase recursal é se a atuação lícita, de efeitos gerais e abstratos, do Poder Público teria o condão de impor o reconhecimento jurídico da responsabilidade da entidade estatal, que atuou, segundo lei fixando os parâmetros e as medidas de atuação, de modo a gerar o seu dever de impor-se a indenização à empresa concessionária de serviço público pelo desequilíbrio contratual comprovado.

32. Não há muito tempo, a Segunda Turma deste Supremo Tribunal Federal defrontou-se com questão similar no julgamento do Recurso Extraordinário n. 422.941 (Relator o Ministro Carlos Velloso, DJ 24.3.2006). Cuidava-se de saber se se figurava o dever da União em

RE 571969 / DF

indenizar empresa sucro-alcooleira pela fixação de preços dos seus produtos em valores inferiores aos custos de produção.

Entendeu-se, então, que os danos patrimoniais gerados pela intervenção estatal no setor imporiam a indenização, tendo-se em vista a adoção, no Brasil, da teoria da responsabilidade objetiva do Estado com base no risco administrativo, bastando, assim, configuração do dano e a verificação do nexo de causalidade entre ele e a ação estatal.

Esta a ementa do julgado:

“EMENTA: CONSTITUCIONAL. ECONÔMICO, INTERVENÇÃO ESTATAL NA ECONOMIA: REGULAMENTAÇÃO E REGULAÇÃO DE SETORES ECONÔMICOS: NORMAS DE INTERVENÇÃO. LIBERDADE DE INICIATIVA. CF, art. 1º, IV; art. 170. CF, art. 37, § 6º.

I. – A intervenção estatal na economia, mediante regulamentação e regulação de setores econômicos, faz-se com respeito aos princípios e fundamentos da Ordem Econômica. CF, art. 170. O princípio da livre iniciativa é fundamento da República e da Ordem econômica: CF, art. 1º, IV; art. 170.

II. – Fixação de preços em valores abaixo da realidade e em desconformidade com a legislação aplicável ao setor: empecilho ao livre exercício da atividade econômica, com desrespeito ao princípio da livre iniciativa.

III. – Contrato celebrado com instituição privada para o estabelecimento de levantamento que serviriam de embasamento para a fixação dos preços, nos termos da lei. Todavia, a fixação dos preços acabou realizada em valores inferiores. Essa conduta gerou danos patrimoniais ao agente econômico, vale dizer, à recorrente: obrigação de indenizar por parte do poder público. CF, art. 37, § 6º.

IV. – Prejuízos apurados na instância ordinária, inclusive mediante perícia técnica.

V. – RE conhecido e provido.”

RE 571969 / DF

33. Não desconheço precedente deste Supremo Tribunal, explicitada pelo Ministro Victor Nunes Leal ao proferir o seu voto no julgamento do Recurso Extraordinário n. 52.010, no qual se discutiu, sob a égide da Constituição de 1946 (que também adotava a teoria da responsabilidade objetiva do Estado em seu art. 194), o cabimento de indenização pelos danos causados à empresa de laticínios com o tabelamento do preço do leite pela União (31.5.1965, RTJ 33/720):

*“(...) O prejuízo indireto, que resulte de uma política legislativa ou administrativa, não é indenizável pelo Estado, porque isso importaria paralisar, praticamente, a iniciativa estatal, qualquer inovação importante do Estado, no plano da economia ou das finanças, como, p. ex., a alteração da política cambial, ou a redução do financiamento público, ou a quebra do padrão monetário, pode acarretar prejuízo para todas ou quais empresas, mas tudo isso se passa dentro da margem natural de risco da atividade empresarial. O Estado não pode ser responsabilizado por esse prejuízo, a menos que se comprove abuso, isto é, uso irregular do seu poder de organização da vida econômica e financeira do país. A discriminação pode gerar uma responsabilidade, mas é necessário que se comprove ter sido inspirada em motivo pessoal ou subalterno, excluídos, portanto, os casos em que seja ditada por considerações de interesse público, ainda que não seja a mais acertada a opção do Estado. Entre as várias soluções admissíveis e ainda que de vantagens públicas controvertidas, o Estado é livre de fazer a sua escolha, sem responder pelos prejuízos resultantes. Embora em outros objetivos, já Marshall afirmara esse princípio fundamental do direito público, ao tratar dos poderes implícitos e imanescentes da União Federal, na famosa decisão *McCulloch vs. Maryland* (1819). Em casos tais, opera apenas o princípio da responsabilidade política, traduzido principalmente na aprovação ou condenação do governo nos julgamentos ulteriores do eleitorado” (grifos nossos).*

34. Entretanto, os atos que compõem o que se apelidou Plano Cruzado, fundamento do questionamento apresentado na presente ação, conquanto não tenham se afastado do princípio da legalidade, tendo sido

RE 571969 / DF

plenamente justificados por imperioso interesse do Estado e, principalmente, da sociedade brasileira, como lembrado, provocou direta e especialmente danos à Recorrida, conduzindo-a e à entidade AEROS, sofrendo lesão contra a qual não poderia lutar, não poderia atuar porque amarrada às regras da concessão do serviço público, nada poderia providenciar contra o que determinado pela entidade pública e somente continuaram a ver a sua derrocada.

É esse o sentido da afirmação do Professor e Ministro Eros Grau, em trabalho doutrinário:

“A Constituição de 1988 põe o Direito Econômico a serviço da conformação da ordem econômica. Normas de Direito Econômico, a complementarem o quadro da ordem econômica (mundo do dever ser) instalada pela Constituição de 1988, são aquelas previstas nos arts. 172, 173 e § 4º, 174, § 2º, do texto constitucional, entre tantas outras. A ordenação normativa através do Direito Econômico viabiliza, assim, a fluente implementação de políticas públicas cuja realização, como vimos, constitui dever do Estado e direito reivindicável pela sociedade.

Por isso, negar a possibilidade constitucional de o Estado realizá-las, atuando largamente em relação à atividade econômica em sentido amplo e intervindo sobre e no domínio econômico – políticas públicas, econômicas, ativas, portanto – nos parâmetros desenhados pelos princípios anteriormente ponderados, equivale a negar a afirmação contida no art. 24, I, da Constituição, ou seja, negar o próprio Direito Econômico, o que resulta insustentável.

Aí o aflorar do princípio, cujo conteúdo há de conformar não apenas a interpretação da ordem econômica na Constituição de 1988, mas também informar o sentido das regras compostas no seio da ordem econômica material. Neste aflorar, de resto, também o desnudamento, pleno, da dupla instrumentalidade do direito” (GRAU, Eros Roberto. A ordem Econômica na Constituição de 1988. Interpretação e crítica. 11ª ed. revista e atualizada. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 256-257, grifos nossos).

RE 571969 / DF

35. Assim, para evitar resultados mais desastrosos ou até mesmo o completo descontrole da ordem econômica pela Administração Pública, o Estado atuou de forma imperativa e definiu políticas econômicas, consubstanciadas em atos de governo, no espaço próprio das competências dos Poderes Executivo e Legislativo.

Daí não poderia decorrer, por óbvio, que, lesando direitos de particulares e das concessionárias de serviços públicos essenciais, a partir daquela tomada de decisões políticas, não devesse o Estado deixar indene o que foi consequência direta daquela ação.

36. Repita-se: não se está a discutir a legalidade da decisão política pela qual se instituiu o Plano Cruzado; resultou ele de ato do Poder Executivo – Decreto-Lei n. 2.283, de 27.2.1986 e Decreto-Lei n. 2.284, de 10.3.1986 – e, obviamente expresso, seu objetivo era combater a inflação e resguardar a ordem econômica e financeira em benefício de toda a sociedade.

Por este motivo, em pouco mais de um mês após a sua edição, o Congresso Nacional o aprovou, por meio do Decreto Legislativo n. 7, de 18.4.1986.

Não seriam, portanto, meros atos administrativos, mas medidas legislativas emergenciais do Estado em busca do atendimento ao interesse social maior, editados e adotados de forma geral e abstrata.

37. Esses atos administrativos e legislativos submetem-se, como é óbvio, num Estado de Direito, aos ditames constitucionais, como aos princípios da legalidade, do respeito ao direito adquirido e do ato jurídico perfeito. E aqueles não foram tidos como inconstitucionais.

Mas parece-me inconteste que o Estado deve ser responsabilizado também pela prática de atos lícitos quando deles decorrerem prejuízos

RE 571969 / DF

para os particulares em condições de desigualdade com os demais.

No caso, a concessionária de serviço público, como a Recorrida, não teria como não cumprir o que lhe fora determinado, e, ao cumprir, viu os danos se sucederem até o comprometimento não apenas de seus deveres, que não mais puderam ser cumpridos, como dos seus funcionários, aposentados e pensionistas, cujos direitos não puderam ser honrados.

38. Ganha relevo, dessa forma, a condição da União como poder concedente do serviço público de transporte aéreo, por meio da celebração de contrato com a Recorrida, com a necessária manutenção do seu equilíbrio econômico-financeiro, conforme mandamento constitucional de ontem e de hoje, donde se poderia extrair o dever de indenizá-la.

De se lembrar a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, quanto à onerosidade de apenas um ou alguns indivíduos pelo resultado da incidência das medidas econômicas emergenciais:

“(...)Em suma: há também responsabilidade do Estado por atos legítimos, se eles rompem a igualdade perante os encargos públicos, produzindo danos especiais e anormais, que incidem apenas sobre um ou uns poucos, os quais ficam particularmente onerados pela medida tomada no interesse geral.

Aliás, na área econômica este fundamento da responsabilização calha com muita oportunidade. Laubadère registra que: ‘as ações intervencionistas do Estado são naturalmente suscetíveis de causar prejuízos e dão lugar, assim a um abundante contencioso de responsabilidade’. Após examinar hipóteses de responsabilidade, por ‘falta do serviço’, em matéria econômica, registra causa de responsabilidade sem culpa, ocorrentes neste domínio. E aqui traz à colação dois arrestos, Societé la Fleurette (C.E, 14.1.38) e Cauchereux (C.E., 21.1.44), dos quais o primeiro é famosíssimo.

Ambos são casos de responsabilidade em decorrência de lei, isto é, em que o dano procede diretamente de leis. E ambas as leis

RE 571969 / DF

justamente dispunham sobre matéria econômica, trazendo proibições à produção de produtos não-nocivos. Foram editadas com o intuito de resguardar e amparar certos setores produtivos, implicando, todavia, agravarem especial e anormalmente as empresas La Fleurette e Caucheteux. O Conselho de Estado reconheceu-lhes o direito à indenização, esforçando-se no cânone da igualdade (Droit Public Économique, Dalloz, 3ª ed., 1979, pp. 456 a 461).

O precitado Waline, de fora parte o registro dos referidos casos de responsabilidade por danos gerados por leis que disporo sobre matéria econômica agravaram particularmente dada empresa, cogita, ainda, de situações peculiares neste domínio, onde, por força de medidas administrativas, haverá dano e também não haverá falar em culpa.

Chama a atenção para o fato de que o dirigismo econômico pode ser fonte de danos, produzidos para atender a um interesse geral e sem culpa do Estado, que incidem de modo particular sobre certo ou certos indivíduos. Observa que ordens e contra-ordens estatais, suscitadas pela conjuntura econômica, como alterações de mercado e outros fatores do gênero, podem causar para um ou alguns poucos industriais um gravame particular, especial. Anota que, não estando em pauta questão de 'falta de serviço', a responsabilização estatal terá cabimento com base no princípio da igualdade" (BANDEIRA DE MELLO, Censo Antônio. Responsabilidade do Estado por Intervenção na Esfera Econômica. *Revista de Direito Público*, ano XV, outubro/dezembro – 1982, n. 64, Editora Revista dos Tribunais, p. 75-83, grifos nossos).

39. É exatamente a aplicação daquela lição ao caso em pauta, porque toda a sociedade se viu submetida àquelas disposições legais, e não somente a Recorrida, mas, na condição de concessionário de serviço público, não poderia ela adotar qualquer providência para se esquivar dos danos, para evitá-los ou conduzir-se de outra que não a forma determinada pelo próprio ente concedente.

Não houve, pois, incidência de ônus especial a ela, mas tanto não seria imprescindível, porque a sua situação não era igual a de outras

RE 571969 / DF

empresas não concessionárias ou cujas condições de concessão não fossem as mesmas.

Não seria, assim, juridicamente razoável impor-se a um grupo de pessoas – funcionários, aposentados, pensionistas e à própria empresa concessionária – ônus superiormente suportado pelas políticas adotadas em relação aos serviços concedidos, deixando-se os danos na conta da possibilidade ou necessidade estatal de adoção de políticas públicas, sem a necessária resposta responsável pelas lesões específicas e comprovadas daí advindas.

40. Tenho, pois, como irretocável a decisão do julgado recorrido, fundado na teoria da responsabilidade do Estado por ato lícito, no caso comprovadamente decorrente da política posta e dos atos impostos à Recorrida.

41. Pelo exposto, voto no sentido de:

a) não conhecer do recurso extraordinário da União interposto contra o acórdão proferido no julgamento dos embargos infringentes;

b) conhecer parcialmente do recuso extraordinário da União, a ele negando provimento;

c) conhecer parcialmente do recurso extraordinário interposto pelo Ministério Público Federal, a ele negando provimento na parte conhecida, para manter a decisão do Superior Tribunal de Justiça, afirmando-se a responsabilidade da União quanto aos prejuízos suportados pela recorrida em razão dos planos econômicos existentes no período objeto da ação.

É como voto.

08/05/2013

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 571.969 DISTRITO FEDERAL

VISTA

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE) -
Felicito a Ministra Cármen pelo belíssimo voto, mas, se os Colegas que me antecedem não se opuserem, eu gostaria de pedir vista, porque há temas bastante relevantes que me parecem valer à pena discutir.

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Os temas versados na presente causa assumem significativo relevo.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE) -
Responsabilidade civil é um dos temas mais candentes de Direito Público, não é?

Saber o exato contorno dessa questão...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, ágil como costuma ser Vossa Excelência, tenho certeza de que devolverá o processo, para continuidade do julgamento, no menor espaço de tempo possível.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE) -
Sem qualquer dúvida.



PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 571.969

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATORA : MIN. CÁRMEN LÚCIA

RECTE.(S) : UNIÃO

ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

RECTE.(S) : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

RECDO.(A/S) : VARIG S/A - VIAÇÃO AÉREA RIO-GRANDENSE

ADV.(A/S) : ARNOLDO WALD FILHO E OUTRO(A/S)

INTDO.(A/S) : INSTITUTO AERUS DE SEGURIDADE SOCIAL

ADV.(A/S) : EDUARDO BRAGA TAVARES PAES E OUTRO(A/S)

Decisão: Após o voto da Ministra Cármen Lúcia (Relatora), não conhecendo do recurso extraordinário da União interposto contra acórdão que julgou os embargos infringentes, negando provimento ao recurso da União e conhecendo parcialmente do recurso do Ministério Público Federal e, na parte conhecida, negando-lhe provimento, pediu vista dos autos o Ministro Joaquim Barbosa (Presidente). Impedidos os Ministros Teori Zavascki e Luiz Fux. Ausente, justificadamente, o Ministro Dias Toffoli. Falaram, pela Advocacia-Geral da União, a Dra. Grace Maria Fernandes Mendonça, Secretária-Geral de Contencioso; pelo Ministério Público Federal, o Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos; pela recorrida, o Dr. Pedro Gordilho, e, pelo interessado, o Dr. Eduardo Braga Tavares Paes. Plenário, 08.05.2013.

Presidência do Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Luiz Fux, Rosa Weber e Teori Zavascki.

Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.

p/Luiz Tomimatsu
Assessor-Chefe do Plenário

12/03/2014

TRIBUNAL PLENO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 571.969 DISTRITO FEDERAL

VOTO-VISTA

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA: Senhores Ministros, de início, gostaria de fixar com precisão as dimensões do caso em exame e do precedente que se está a formar.

Ouvimos da tribuna que a situação da Varig era especialíssima, *sui generis*, na medida em que se tratava de uma empresa altamente dependente da União, quase que uma extensão do governo brasileiro no imaginário pátrio. Justificar uma decisão na singularidade do caso pode trazer algumas consequências importantes para a confiança e a expectativa dos jurisdicionados na atuação de um órgão julgador. Se a invocação da excepcionalidade for mera estratégia discursiva, seu acolhimento causará a ruptura da confiança de todos os jurisdicionados em situação análoga e que não terão a mesma solução aplicada a seus litígios.

Por outro lado, se o quadro de excepcionalidade for confirmado, é imprescindível examinar e explicitar suas origens, para que a reparação do dano não seja partilhada por toda a sociedade, inclusive por pessoas que não têm qualquer interesse ou não receberam nem receberão qualquer benefício da empresa falida. A propósito, lembro que o patrimônio da União pertence indistintamente a todos os brasileiros, tanto às pessoas que foram prejudicadas pela derrocada da Varig como por aquelas que nunca tiveram a oportunidade de viajar em uma de suas aeronaves.

Nesse contexto, chamou-me a atenção essa assertiva de ligação umbilical entre a Varig e o Estado. Parece-me um contrassenso afirmar que o sucesso de uma empresa privada pudesse depender exclusivamente da ação do Estado. A União não está obrigada a assegurar o sucesso de nenhuma empresa, pública ou privada. Aliás, o movimento constitucional é contrário a essa ancilaridade: o Estado somente pode atuar no mercado em caráter secundário e, se o fizer, deve se despir de todas as prerrogativas imanescentes à coisa pública.

RE 571.969 / DF

Sei que a história de todas as épocas registra perseguições injustificáveis que, em algumas oportunidades e colateralmente, implicam verdadeira morte civil ou econômica de pessoas jurídicas. Porém, os autos não tratam de sanção política. Não. A espiral descendente da Varig é em grande parte creditável à gestão empresarial adotada, insustentável em um regime de concorrência, gestão para a qual em nada concorreram um número enorme de brasileiros que nos anos de 1980 a 2000 sequer tinham condições para pisar em uma aeronave na condição de consumidores.

Em suma, Senhores Ministros, gostaria de explicitar as três balizas que dão dimensão ao exame da causa e do precedente que se está a formar: o estabelecimento de orientação que torne o Estado garantidor do sucesso de empreitadas privadas, a despeito de seus erros de gestão e ausente ato que viole expectativa legítima; a partilha do prejuízo de empresa privada com toda a coletividade, mesmo com quem nunca se beneficiou da atividade dessa empresa; por fim, ter-se-á que justificar aos trabalhadores de outras empresas privadas em dificuldades o que fez da Varig uma “primeira entre os pares”, ou “um par mais igual que os demais”, parafraseando George Orwell.

Não posso concluir essa advertência inicial com mais algumas palavras a respeito do contexto que cerca este julgamento.

Entre as funções deste Supremo Tribunal Federal está, também, a de servir como órgão judiciário de cúpula, fixando, por meio dos julgamentos aqui proferidos, um corpo jurisprudencial consistente, que possa ser utilizado como referência por todo o judiciário brasileiro. Neste julgamento, o precedente que pode ser aqui fixado se entenderá para além da intervenção reguladora da própria União no domínio econômico, alcançando também estados, municípios e o Distrito Federal. Do ponto de vista da jurisprudência, a orientação que aqui alcançarmos será aplicada a várias outras controvérsias, as quais ainda estão em tramitação, sem prejuízo das tentativas aventureiras de reavivar processos e negociações concluídas. Trata-se, portanto, de matéria que possui impacto jurisprudencial que ultrapassa os limites financeiros já bastante dilatados da causa.

Meu último comentário antes de passar à leitura do voto em si tem a ver com a dimensão social do presente julgamento. Conhecemos a vinculação que se estabeleceu entre a perspectiva de sucesso na presente causa e as pensões pagas aos aposentados e pensionistas da companhia, por meio do fundo Aerus. Gostaria de tornar bem nítida a

RE 571.969 / DF

minha posição a respeito do tema.

O presente recurso refere-se a uma ação que foi proposta muito antes da revelação do estado de penúria dos fundos de pensão dos aeronautas, em uma época em que, como afirmei no início, tudo ia muito bem para a Varig. Minha impressão pessoal é que a perspectiva de pagamento da indenização pleiteada na ação sobre a qual versa o presente recurso serviu como garantia contra a má-gestão da companhia, como se os problemas financeiros fossem ser resolvidos por meio desse “seguro” judicial. A perspectiva do ganho, como se sabe, é capaz de provocar grandes males. Nesse contexto, a posição dos aposentados é efetivamente dramática, pois se trata de pessoas cujos interesses aparentemente foram manipulados de maneira muito pouco ética por dirigentes empresariais e membros de sucessivos governos. Tal circunstância não me conduz, entretanto, a uma avaliação mais positiva ou ainda mais leniente a respeito do pedido formulado na ação de indenização proposta pela companhia, até porque, como disse antes, trata-se de demanda proposta muito tempo antes da calamidade que se abateu sobre os aposentados e pensionistas da Varig. Por essas razões, entendo que, tanto quanto possível, o julgamento do presente recurso deve se afastar dos dramas pessoais, em atenção ao manifesto interesse público que cerca a causa.

Passo ao voto.

Trata-se de recursos extraordinários interpostos pela União e pelo Ministério Público Federal (MPF) contra acórdão que reconheceu que a União deve indenizar a Varig S.A. pelo congelamento de tarifas.

O MPF sustenta violação do inc. XXI do art. 37, bem como do parágrafo único, incisos III e IV, do art. 175, da Constituição. Em síntese, pode-se dizer que o recurso questiona a possibilidade de indenização por quebra do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão.

Em sua primeira peça recursal, a União, além de reproduzir as alegações do MPF quanto às normas constitucionais aplicáveis à disciplina dos contratos administrativos, sustenta, também, violação do art. 5º, XXXV, e 93, IX, do texto constitucional. Nesse ponto, a União argumenta que houve erro de procedimento na avaliação da responsabilidade do poder público, circunstância que teria resultado em afronta àqueles dispositivos que asseguram o princípio da inafastabilidade da

RE 571.969 / DF

jurisdição, o contraditório e o dever de fundamentação dos atos jurisdicionais

No segundo RE, a União alega que houve afronta aos arts. 5º, LIV, 127 e 129, inc. IX, da Constituição. A impugnação assenta-se no caráter obrigatório da intervenção do Ministério Público. Vale observar que se cuida, no segundo recurso, de capítulo do acórdão recorrido que não fora objeto de deliberação unânime e que, por tal razão, motivara a oposição prévia de embargos infringentes por parte da União, conforme se fazia necessário antes da entrada em vigor da redação atual do art. 498 do CPC.

A Procuradoria Geral da República, em parecer de fls. 4020-4027, elaborado pelo subprocurador-geral Paulo da Rocha Campos, opinou pelo provimento do RE do Ministério Público Federal. Quantos aos recursos da União, manifestou-se pelo não-conhecimento do primeiro RE, ante revolvimento de matéria fática e nítida prestação de jurisdição e, quanto ao segundo, pelo seu não-provimento, considerada a insuficiência do interesse alegado para justificar a intervenção do Ministério Público.

Estou de acordo com a manifestação do ilustre subprocurador-geral quanto à necessidade de intervenção do Ministério Público.

Em primeiro lugar, na linha do que constou do voto da relatora, é de se reconhecer a natureza infraconstitucional do tema impugnado, ante a disciplina do art. 81 do CPC e o debate amplo e profundo já realizado no Superior Tribunal de Justiça, circunstância que permite inclusive afirmar a prejudicialidade do recurso, neste ponto específico.

Por outro lado, do que é possível extrair dos autos, a intervenção do MP ocorreu apenas em segunda instância e a União sustenta que a ausência de intimação do parquet comprometeu a defesa do interesse público. Ocorre que, conforme explicitamente reconhecido pela relatora dos embargos infringentes opostos pela União, “a defesa da Fazenda Pública, no caso em exame, desenvolveu-se de forma regular, não ensejando a co-participação do Ministério Público Federal para suprir deficiências técnicas manifestas, na qualidade de curador do patrimônio público ou custos legis” (fls. 2146). Nesse sentido, não é possível concluir, contra a evidência disponível, que a ausência de participação do Ministério Público em primeira instância tenha acarretado prejuízo irreparável ao interesse público, até porque a irresignação quanto essa não participação vem sendo sustentada exclusivamente pela União, e não pelo MP, o qual seria o titular da defesa desse interesse indisponível. Com apoio nessas considerações, eu também afastar a possibilidade de provimento do

RE 571.969 / DF

segundo RE da União.

No que se refere ao primeiro recurso da União, considero igualmente correta a opinião de que não é possível falar-se em violação do art. 5º, XXXV e 93, IX, da Constituição. A mera leitura atenta das decisões proferidas no processo evidencia a inexistência de afronta aos princípios da inafastabilidade da jurisdição, do contraditório e do dever de fundamentação dos atos jurisdicionais. Não se trata, a meu juízo, de processo conduzido com açodamento ou incúria, mas de pleito judicial em que foram empregadas forças razoáveis para a compreensão e julgamento do pedido, com o devido respeito a todos os princípios aplicáveis ao caso.

Assim, quanto à alegação de que tais violações constitucionais teriam surgido da errônea apreciação da demanda, em especial da incorreta condução da atividade probatória, realizada por meio de perícia, entendo que tal argumento não pode ser avaliado exclusivamente sob o ângulo do princípio da inafastabilidade da jurisdição, do contraditório e do dever de fundamentação dos atos jurisdicionais, até porque a atividade do juiz e do perito está vinculada ao pedido formulado pela parte. No presente caso, a perícia serviu apenas para quantificar o prejuízo alegado pela Varig S.A., uma vez que o pedido constante da inicial foi explícito no sentido de que a autora considerava que a indenização deveria ser fixada com fundamento nas diferenças entre os valores tarifários que considerava corretos (acima da inflação oficial) e aqueles que foram efetivamente reconhecidos pelo governo. Em outras palavras, é possível afastar, a meu ver, a alegação de violação constitucional decorrente de incorreta atividade probatória a partir da convicção de que a realização de outra perícia não poderia conduzir a resultado substancialmente diverso do que foi alcançado nestes autos, dada a vinculação intrínseca entre o pedido e a fórmula de cálculo utilizada.

Some-se a esse argumento o fato de que as violações aos arts. 5º, XXV; e 93, IX, da Constituição não foram alvo de embargos de declaração próprios da União, a qual sustenta que o prequestionamento da matéria teria ocorrido de igual maneira por força da oposição de embargos por parte do MPF. Não me parece possível reconhecer o prequestionamento com apoio em recurso de terceiro, em especial no que se refere à presente alegação, a qual se refere a aspecto diretamente relacionado à atividade probatória e, como tal, muito mais próximo da esfera de interesses da própria União, a quem competia impugnar o suposto erro de procedimento na primeira

RE 571.969 / DF

oportunidade processual subsequente.

Nesse sentido, não conheço do recurso da União no ponto em que sustenta violação ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, do contraditório e do dever de fundamentação dos atos jurisdicionais.

Aprecio em seguida a possibilidade de conhecimento dos recursos da União e do MPF na parte em que questionam a possibilidade de indenização por quebra do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão.

Manifesto-me quanto à impugnação ao cabimento dos recursos contida nas substanciosas contrarrazões oferecidas pela Varig S.A.

Entendo que não é possível falar-se em ausência de prequestionamento. A matéria relativa à possibilidade de indenização constitui o cerne da demanda e o acórdão recorrido a apreciou em profundidade, inclusive sob o ponto de vista constitucional, com referência ao texto da Constituição e a acórdão proferido por este Supremo Tribunal Federal. Some-se a isso a circunstância de que o tema foi objeto de expressa menção nos embargos opostos a fls. 1598 dos autos. Não se aplicam, portanto, as vedações contidas nas súmulas 282 e 356.

Tampouco me parece o caso de não conhecer do recurso com apoio na súmula 284. A fundamentação de ambos os recursos extraordinários é suficiente e permite a exata compreensão da matéria questionada.

Quanto aos impedimentos das súmulas 283 e 454, consistentes, segundo alega a Varig, na existência de fundamento contratual autônomo para a indenização pleiteada, é de se reconhecer que o presente caso não comportaria a existência de apoio normativo divergente daquele que decorre, em primeira avaliação, do próprio texto constitucional. Isso porque, conforme procurarei evidenciar em meu voto, o contrato de concessão não contém em si mesmo a obrigação de indenizar na forma e nas condições pleiteadas pela autora, o que leva à conclusão de que essa forma de recomposição só poderia ser alcançada a partir da interpretação dos dispositivos constitucionais aplicáveis. Não se trata, em definitivo, de mera interpretação de disposições contratuais.

A mais substancial restrição ao conhecimento dos recursos reside, é claro, na súmula 279 desta Corte. Entendo, contudo, que aquele dispositivo sumular não se aplica ao presente caso, o qual trata essencialmente de matéria de direito, não de fato. Não se cuida, portanto, de impugnar o conteúdo do laudo pericial, mas de discutir a

RE 571.969 / DF

própria tese contida na inicial da ação proposta, a qual se apoia fundamentalmente na existência de uma omissão do poder público, consistente em deixar de atender a Varig naquilo que a então autora, ora recorrida, considerava legítimo pleitear a título de reajuste tarifário. Discute-se, portanto, o mérito, isto é, saber se o comportamento do ente estatal teria resultado em desequilíbrio econômico-financeiro do contrato. Neste e em outros casos em que se tem por objeto do julgamento a avaliação da relevância do comportamento estatal para o surgimento do prejuízo alegado, tenho entendido que é crucial avaliar em algum detalhe os contornos da fixação da responsabilidade do poder público, desde que mantido o quadro fático mencionado no acórdão recorrido. Nesta postura creio contar com apoio da jurisprudência deste Tribunal, tal como confirmado nos precedentes RE 61.387, rel. p. acórdão min. Themistocles Cavalcanti, Segunda Turma, RTJ 47/378; RE 130.764, rel. min. Moreira Alves, Primeira Turma, DJ 07.08.1992; e RE 220.999, rel. para o acórdão min. Nelson Jobim, Segunda Turma, RTJ 175/1169.

Tratando-se de questão de direito, o convencimento do juiz deve ser motivado e livre, e assim não é diferente para esta Suprema Corte. Conforme firmado em precedentes, há sensível diferença entre o reexame de fatos e releitura do que está nos autos, para simples requalificação jurídica. Em recente julgamento, o Pleno do Supremo Tribunal Federal afastou a alegada preclusão do exame de pedido relativo à correção monetária dos valores constantes de Requisição de Pequeno Valor (RPV), a despeito do enquadramento jurídico dado às peças e às alegações do recorrente (ARE 638.195, rel. min. Joaquim Barbosa, Pleno, DJe 13.12.2013).

Em outra oportunidade, a Segunda Turma reconheceu que bastava ler corretamente uma das peças encartadas nos autos para concluir que o Tribunal de origem, o Ministério Público e o juízo singular tinham errado no julgamento por terem trocado as partes de um contrato, ao chamar de contratante quem, na verdade, era contratado (RE 503.372-AgR, rel. min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, DJe 23.04.2010).

Por outro lado, as condicionantes econômicas externas da época são notórias, e sua presença na ponderação a que estamos a fazer é imprescindível, por se tratar de questão de ordem pública, tal como se dá com discussões relacionadas à própria correção monetária. Assim, a vinculação ao pedido formulado pela autora não impede que o convencimento do juiz, inclusive do ministro do Supremo Tribunal

RE 571.969 / DF

Federal, seja motivado por variáveis econômico-financeiras que, por sua natureza, têm que ser levadas em consideração. Tais questões de ordem pública, ainda que não tivessem sido mencionadas pela União, deveriam ser consideradas pelo juiz.

E, por fim, vale afirmar: ainda que assim não se entendesse, a realidade fática contida nos autos afasta, em leitura mais apurada, o argumento de que teria havido a preclusão da questão indenizatória. É que ao contrário do que sustenta a recorrida, a quantificação dos danos sofridos pela Varig não é incontroversa e tampouco foi alvo de preclusão decorrente da ausência de recurso. Para tal conclusão, basta ver que, por meio da petição de fls. 1082-1086 (vol.6), a União impugnou a elaboração do laudo favorável à Varig, sendo de se afastar, portanto, a tese adotada pela então desembargadora Eliana Calmon, relatora do acórdão recorrido, no sentido de que não existira impugnação ao laudo pericial.

Pelas razões expostas, entendo que não se aplica a vedação contida na súmula 279 aos recursos da União e do MPF na parte em que alegam afronta aos dispositivos constitucionais que tratam do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Quanto a esse aspecto, conheço, portanto, dos dois recursos extraordinários, o da União e o do MPF, e passo a apreciar o mérito da controvérsia.

Como já relatado, trata-se, na origem, de ação de indenização proposta pela Varig S.A. contra a União. A inicial sustenta que o contrato de concessão, firmado em 08.07.1988, contém cláusula que assegura o equilíbrio econômico e financeiro do contrato, o que tornaria ilícita a fixação da tarifa em nível inferior aos custos informados pela concessionária. Transcrevo, com o objetivo de contribuir para o correto entendimento do pedido formulado pela Varig, o conteúdo dos itens 5 e 20 da petição inicial:

“5. A AUTORA, insistentemente, nestes últimos anos alertou e pleiteou providências no sentido de serem tomadas medidas quanto à imperiosa necessidade de ser revista a política tarifária empregada, pois, como se mencionou, de um lado sempre se exigia que, como concessionária, mantivesse o ‘serviço adequado’, o que, em respeito ao público usuário, sempre foi feito às duras penas, com sangria mesmo de seu patrimônio; doutro lado, entretanto, esse mesmo poder concedente que fazia tais exigências, descumpria o contrato de concessão, negando-lhe a justa tarifa.”

RE 571.969 / DF

(fls. 5, vol. 1)

“20. É de tal maneira pacífica a doutrina a respeito da intangibilidade da equação econômico-financeira, nos contratos administrativos, que se pode estabelecer como verdadeiro princípio a obrigação do poder concedente, nos momentos adequados, de ajustar as tarifas, para que o concessionário possa enfrentar as consequências da inflação bem com as mutações do custo do dinheiro, cujo controle, evidentemente, está nas mãos do Poder Público.” (fls. 14, vol. 1)

Vale a pena deixar bem evidenciados, também, os limites exatos do pedido. Na transcrição abaixo é possível ver como o pedido da Varig foi deduzido na petição inicial (grifei):

“30. Estando exaustivamente visto que a AUTORA, a partir de outubro de 1987, passou a ser vítima de brutal congelamento tarifário, como foi reconhecido pelo próprio Ministro da Aeronáutica (que admitiu, inclusive, estarem as tarifas sendo fixadas por autoridade incompetente!), congelamento esse que quebrou o equilíbrio financeiro do contrato de concessão, é inquestionável o seu direito a justa indenização pelas perdas sofridas.

Essa justa indenização deverá corresponder ao valor que vier a ser apurado na prova pericial, que fica desde já expressamente requerida, no qual deverão ser incluídos os danos sofridos pela AUTORA, que se decompõem em danos emergentes e lucros cessantes, acrescidos de correção monetária e juros.

Com relação a estes, evidentemente, deverão ser juros de mercado, equivalentes aos dos empréstimos obtidos pela AUTORA para satisfação de seus compromissos, visto que foi obrigada a, em todo esse período de insuficiência tarifária, recorrer ao mercado financeiro, para poder honrar suas obrigações, trabalhistas, inclusive.

Na apuração da quebra da equação financeira, deverá ser calculada a diferença entre a tarifa que deveria ter sido, nas oportunidades próprias, estabelecidas pela RÉ, considerando os custos da prestação dos serviços, e as que foram efetivamente fixadas, quebrando o equilíbrio que deveria ter sido

RE 571.969 / DF

mantido." (fls. 20-21, vol. 1)

A leitura atenta da inicial também revela o ecletismo normativo adotado pela demanda proposta, consistente na tentativa de conciliar referência de direito público – equilíbrio econômico-financeiro do contrato – com princípios de direito privado. É possível verificar tal ecletismo na referência inicial ao art. 159 do CC de 1916, dispositivo que consagrava a obrigação geral de reparar o dano no âmbito do direito privado e, também, na verdadeira indispensabilidade, para o argumento da Varig, do conteúdo da cláusula XI do contrato de concessão, mais especialmente do seu parágrafo único, assim redigido (leio):

“CLÁUSULA XI – A CONCESSIONÁRIA obriga-se a cumprir e fazer cumprir, por seus prepostos, os horários aprovados e tarifas fixadas, bem como todas as disposições de leis, regulamentos, instruções e portarias vigentes ou que vierem a vigorar, relativos ou aplicáveis aos serviços.

PARÁGRAFO ÚNICO - As tarifas a serem aplicadas deverão ser fixadas pelo DAC tendo em vista os fatores de custo, para ser economicamente viável a operação, e tanto quanto possível, as condições econômicas da região servida pelas linhas, de forma que o intercâmbio comercial dos produtos dessa região e dos artigos de seu consumo básico seja progressivamente aumentado “.” (fls. 26, vol. 1)

Nesse ponto, uma digressão se impõe. Muito embora fosse possível dizer, à primeira vista, que tal disposição contratual revela apenas a obrigatoriedade de manutenção dos preços em patamar correspondente à realidade econômica dos diferentes mercados atendidos pela companhia, em atuação voltada à universalização do acesso ao serviço de transporte aéreo (“condições econômicas da região”, “condições econômicas da região”), a Varig retira, dessa passagem do acordo, uma verdadeira consagração da sua leitura do equilíbrio-financeiro do contrato, como se o período que resguarda a viabilidade econômica das linhas fosse mais importante do que aquele que se destina a incentivar a disseminação do transporte aéreo no país. Na minha opinião, é essa leitura própria do teor da cláusula XI que embasa e justifica a demanda proposta, conforme procurarei deixar mais claro em momento posterior de minha manifestação.

RE 571.969 / DF

Ao julgar procedente o pedido formulado, a sentença de primeira instância, em fundamento que veio a ser mantido pelo acórdão recorrido, apoiou-se no art. 167 da Emenda Constitucional 1/1969. Aquele dispositivo, o qual veio a ser substituído em grande parte pelo art. 175 da atual carta, possuía a seguinte redação:

“Art. 167 – A lei disporá sobre o regime das empresas concessionárias de serviços públicos federais, estaduais e municipais: (...)

II – tarifas que permitam a justa remuneração do capital, o melhoramento e a expansão dos serviços e assegurem o equilíbrio econômico e financeiro do contrato; e

III – fiscalização permanente e revisão periódica das tarifas, ainda que estipuladas em contrato anterior.”

Quanto à prova do dano, fez-se uso de manifestações do Ministério da Aeronáutica (Exposição de Motivos 19/GMS, 10.07.89) e de relatório da comissão de fiscalização e controle da Câmara dos Deputados. De acordo com o acórdão recorrido, aqueles documentos revelariam uma mudança de postura do governo federal em relação à fixação das tarifas de transporte aéreo. Assim, de acordo com a tese exposta pela Varig S.A. e acolhida pelo acórdão recorrido, no período anterior a 1985, ano em que foi aprovado o decreto 91.149, os reajustes tarifários levavam em conta a integralidade dos custos, bem como o lucro a ser auferido pelas empresas, política que o então ministro da Aeronáutica intitulou de “realismo tarifário”. Contudo, após o decreto mencionado, os estudos para fixação das tarifas passaram a ser previamente avaliados pelo ministério da Fazenda, por meio de comissão própria. Essa submissão à Fazenda teria provocado um descolamento das tarifas da realidade dos custos do setor, e este teria passado a operar com vultosos prejuízos.

Transcrevo, para a clareza do argumento, o teor do decreto 91.149, de 15 de março de 1985. Observo que se trata de uma das primeiras, se não a primeira medida tomada pelo ainda então vice-presidente José Sarney, após a assumir o cargo de maneira interina, na convalescência do presidente eleito, Tancredo Neves. É este o texto do decreto, no aspecto que interessa ao presente caso (grifou-se):

Art. 5º O artigo 1º do Decreto nº 79.706, de 18 de maio de 1977, passa a vigorar com a seguinte redação:

RE 571.969 / DF

"Art. 1º O ato de fixação ou reajustamento de qualquer preço ou tarifa por órgãos ou entidades da Administração Federal, Direta ou Indireta, mesmo nos casos em que o poder para tal fixação seja decorrente de lei, dependera, para sua publicação e efetiva aplicação, de prévia aprovação do Ministro da Fazenda".

Peço licença aos colegas para registrar, nesta passagem de meu voto, que a medida então adotada justificou-se no aprofundamento do controle de preços, então conhecida técnica de combate à inflação. Segundo reportagem da revista Veja ("O melancólico adeus", 20 de março de 1985), a inflação anual acumulada em março de 1984 alcançara 229,9%. Era, portanto, contra esse contexto que o governo de então reagia.

Quanto à dimensão do prejuízo alegado, a sentença e também o acórdão recorrido apoiaram-se nas conclusões do laudo pericial no sentido de que as diferenças relativas ao não acolhimento integral das tarifas solicitadas poderiam ser compreendidas como receitas que deixaram de ser pagas à Varig. Veja-se, nesse sentido, a seguinte passagem do laudo pericial:

"Esta diferença percentual aplicada sobre as receitas diárias objeto de controle tarifário e efetivamente observadas da Autora (inclusive CRUZEIRO DO SUL S/A SERVIÇOS AÉREOS conforme o solicitado), forneceu uma nova série de receita, com valores iguais ou superiores às praticadas cuja estimativa foi chamada de Receita Virtual. Isto quer dizer que as receitas da Autora em diversos momentos do período analisado, poderiam ter sido superiores às realizadas, se as tarifas efetivamente praticadas tivessem acompanhado as estruturas de custos espelhadas nas planilhas SNEA." (fls. 433, vol. 3)

O acórdão recorrido silencia-se quanto às razões expostas pelo governo de então para o não acolhimento integral do pleito tarifário das empresas. No que se refere ao fundamento da responsabilidade da União, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região apoiou-se, de forma quase exclusiva, no acórdão proferido pela Primeira Turma deste Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 183.180.

A pré-existência de um acórdão do STF que pareceu perfeitamente aplicável à

RE 571.969 / DF

demanda pode ter sido uma das razões para que o acórdão recorrido contenha pouca ou nenhuma discussão a respeito das peculiaridades fáticas do caso concreto, no sentido da identificação precisa dos atos comissivos ou omissivos que teriam levado ao prejuízo identificado. Quanto a esse aspecto, destaco a passagem a fls. 1571-1576, vol. 8, do voto da relatora do acórdão recorrido. Naquele longo trecho, que me absterei de transcrever na íntegra, a responsabilidade da União foi fixada com referência expressa ao acórdão proferido por esta Corte, como se se tratasse de mera repetição dos mesmos fatos tratados naquele precedente.

Também está contido nessa passagem o trecho do voto em que o laudo pericial foi utilizado como anteparo para o não aprofundamento da responsabilidade da União pela atuação reguladora da economia. Em minha opinião, delegou-se ao laudo função que a ele não competia, utilizando-se a quantificação do prejuízo alegado como se fosse uma conclusão a respeito da própria existência jurídica do dano. Leio no acórdão recorrido:

“A UNIÃO, para afastar-se da responsabilidade que se pretende declarar, alega que a defasagem entre custo e tarifa decorreu da má administração da empresa.

Entretanto, a prova pericial desmente a afirmação, ao constatar que a defasagem ocorreu de uma inflação reprimida, cujo índice não traduzia a realidade econômica vivida.

Pode-se questionar o montante das perdas, é bem verdade, mas nunca a tese jurídica em debate, eis que cada tentativa frustrada de zerar a inflação, recrudescia a perversidade do problema apenas reprimido e não debelado.”
(fls. 1574, vol. 8)

No julgamento dos embargos de declaração opostos pelo MPF, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região limitou-se a reafirmar que o prejuízo decorria diretamente da responsabilidade da União. Não houve, contudo, apreciação aprofundada da relação de causa-efeito, tal como é possível extrair da seguinte passagem do voto a fls. 1635, vol. 8:

“O voto não discrepou do resultado inserto no laudo pericial, o qual levou em consideração a composição das tarifas partindo de situação ideal, a

RE 571.969 / DF

qual propiciaria a manutenção do equilíbrio contratual, utilizando-se das planilhas de custos apresentadas ao DAC.”

Em resumo, pode-se dizer que a linha mestra da responsabilidade estatal reconhecida pelo acórdão recorrido é essa: o equilíbrio econômico-financeiro garante o reajuste das tarifas de acordo com a fórmula pleiteada pela transportadora. Caso o reajuste obtido seja menor do que o pleiteado, o não atendimento da demanda gera o dever de indenizar.

A parte seguinte de meu voto questiona essas duas premissas a partir das informações disponíveis nos próprios autos. Creio que é necessário estabelecer, em primeiro lugar, qual era a posição da Varig no setor aéreo e o quanto dessa posição era devida a sua inter-relação profunda com o estado brasileiro. Por outro lado, também procurarei situar o presente caso na jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal a respeito da responsabilidade do estado pela intervenção no domínio econômico.

Como já mencionado, o acórdão recorrido acolheu a alegação da Varig no sentido da existência de dano causado pela atuação da União. Na sentença de primeira instância, a afirmação da relação causa-efeito entre a atuação da União e o prejuízo causado à Varig levou em consideração, além de outras provas, relatório produzido entre setembro e outubro de 1989 pela comissão de fiscalização e controle da Câmara dos Deputados, o qual se encontra a fls. 211-223, no vol. 2 dos autos. A leitura integral do documento, bastante proveitosa, revela não apenas argumentos favoráveis à Varig. Serve, também, para comprovar a condição de absoluta especialidade daquela companhia no panorama das empresas aéreas do Brasil.

A partir do mencionado relatório é possível verificar, por exemplo, que, na época do plano Cruzado, a Varig possuía o efetivo monopólio dos serviços aéreos destinados ao exterior e que, com relação a tais serviços, jamais houve a imposição de qualquer forma de restrição tarifária por parte do governo. Transcrevo a seguir trecho do item 4 do relatório da Câmara, intitulado “O mercado internacional e a diversificação das atividades”:

“O Comandante Rolim Adolfo Amaro, Presidente da TAM –

RE 571.969 / DF

Transportes Aéreos Regionais S.A., ao ser indagado como sua empresa conseguia sobreviver à insuficiência das tarifas domésticas, e ainda crescer na atividade de transporte aéreo regular, como o recente ingresso da TAM na Ponte Aérea Rio/São Paulo, respondeu: 'O nosso grupo de empresas tem dois departamentos: um de perder e outro de ganhar dinheiro. O de perder dinheiro é aquele que o Governo controla mal – a atividade do transporte aéreo regional regular. O de ganhar dinheiro é aquele que o Governo não controla, e onde as tarifas são livremente convencionadas – a atividade de Táxi Aéreo. Estamos tirando recursos de setores vivos de nossa economia, interna e transferindo-os para o setor deficitário, na esperança de que um dia ele venha a ser melhor controlado, e no futuro, a não ter nenhum controle do Governo.

O Sr. Hélio Smith, Presidente da Varig, ao ser indagado de como a VARIG internava a receita líquida de suas atividades no exterior, acabou respondendo também que destinação dava à internação dessa receita:

O Sr. Presidente da Comissão de Fiscalização e Controle (Deputado Fernando Gasparian): - 'O Sr. Fontana disse que essa receita em dólar no exterior é uma das vantagens da linha internacional, porque esses dólares a VARIG não traz para o Brasil, o que precisa de confirmação por parte de V.Sa. Isso é muito sério'.

O Sr. Hélio Smidt: 'Eu até que gostaria. Foi exemplificado aqui que estamos numa defasagem tarifária tal e numa degradingolada tal no tráfico doméstico que não sei de onde eu tiraria o dinheiro para pagar as despesas que tenho aqui.'

A Sra. Deputada Dirce Tutu Quadros: - 'O dólar está cobrindo o cruzado, então?'

O Sr. Hélio Smidt: 'Não é necessariamente isso. Quando se ganha no tráfego internacional é evidente que se faça com isso um recurso financeiro para lhe atender.' (fls. 216, vol. 2)

Nesse contexto, é possível perguntar se o monopólio dos voos destinados ao exterior não constituía parte do apoio financeiro do qual a Varig se valia para a adoção de práticas que poderiam ser consideradas de alto risco, tais como, por exemplo, a concessão de descontos e comissões acima da média do mercado. Essa questão foi tratada pela União em sua contestação:

RE 571.969 / DF

“10. Se é válido recorrer à parte da Exposição Ministerial para dela extrair o que é conveniente ao raciocínio por auxílio, é igualmente válido recorrer aos Relatórios da Autora: ‘2.1. – O ano de 1992 viu repetir-se, a nível mundial, o mau desempenho da aviação comercial em 1991, ANO EM QUE O PREJUÍZO AGREGADO DOS SERVIÇOS INTERNACIONAIS DAS EMPRESAS ASSOCIADAS À IATA CHEGOU À CASA DOS QUATRO BILHÕES DE DÓLARES. Tudo indica que, pela infringência das leis mais elementares da racionalidade econômica (adequação da oferta à demanda e prática de preços de venda compatíveis com o custo dos serviços) esse nível de prejuízo tenha ocorrido novamente em 1992. 2.2. Em situação de grandes dificuldades, muitas empresas são levadas, na busca desesperada de receita, a praticar políticas desastrosas de concorrência, à base de preços aviltados, através de descontos diretos ou concessões das mais variadas. AINDA QUE DE INTEIRO AGRADO DOS USUÁRIOS, TAL POSTURA TEM COMO CONSEQUÊNCIA A QUEBRA DAS EMPRESAS E ABREVEIA A CONCENTRAÇÃO DO MERCADO EM MÃOS DAS QUE SOBREVIVEREM E À INEVITÁVEL VOLTA À REALIDADE TARIFÁRIA.’ (66ª Relatório Anual da Administração – 1992, fls. 4)

11. Aí se explica em termos muito claros, meridianos, a razão das dificuldades da Autora e das outras cinco empresas que a precederam na extorsão ao Erário Público. Nada tem a ver o Governo com essas dificuldades, que sempre atalhou quando pôde e à custa dos cofres públicos. Nada tiveram a ver com a situação os Planos Econômicos, que atingiram INDISCRIMINADAMENTE TODOS OS SETORES, NÃO TENDO SIDO PECULIARES À AUTORA.

12. Os custos operacionais no transporte aéreo são preponderantemente atendidos em moeda forte, de modo que a conjuntura internacional, como assinala o relatório, é o principal artífice das dificuldades da Autora, aliado à predatória de aliciar o usuário e superar as congêneres. SE A AUTORA DÁ SUBSTANCIAIS DESCONTOS NAS TARIFAS, SE CONCEDE AOS AGENTES DE VIAGEM ‘OVER COMISSION’ (acima do limite da regulamentação), SÓ EXISTE UMA CONCLUSÃO A TIRAR:

a – suas necessidades obscurecem os dias de amanhã

b – OU CONTINUAM À ESPERA DE AUXÍLIO GOVERNAMENTAL.”

(fls. 305-306)

RE 571.969 / DF

A presença dessa substancial fonte de receitas internacionais é um fato relevantíssimo que foi desconsiderado na argumentação adotada pelo acórdão recorrido. A meu ver, a existência dessas receitas internacionais é suficiente, inclusive, para afastar o cabimento do precedente RE 183.180, na qual foi discutida a situação específica da Transbrasil, companhia que, na época dos fatos, não possuía relevo internacional.

É possível verificar, por exemplo, que, no julgamento do acórdão contra o qual foi interposto o RE 183.180, os juízes do Tribunal Regional Federal da 1ª. Região teceram considerações a respeito da especificidade de cada uma das empresas aéreas, chegando a conclusões diametralmente opostas àquelas que foram alcançadas no acórdão ora recorrido. No acórdão contra o qual foi interposto aquele recurso extraordinário, chegou-se a conclusão que a Varig era um caso à parte, em virtude da existência das receitas decorrentes dos voos internacionais realizados em regime de liberdade tarifária. A cópia do acórdão proferido na ação relativa ao caso Transbrasil está a fls. 244-268, vol. 2 destes autos. Colho dos esclarecimentos prestados pelo então relator:

“O SR. JUIZ ADHEMAR MACIEL (PRESIDENTE): A primeira dúvida que surgiu era se se tratava realmente de uma permissionária ou de uma concessionária. Mas Sua Excelência bem esclareceu que é uma concessionária. Concessionária até por decretos.

Agora, uma questão, digamos, extra-autos, caso Sua Excelência tenha condição de me informar. Se a única companhia que ajuizou esse tipo de ação foi a Transbrasil, ou a Varig e a Vasp também ajuizaram?

Embora Sua Excelência esclarecesse que 95% dos voos da Transbrasil fossem domésticos, a situação é um pouco peculiar.

O SR. JUIZ VICENTE LEAL (RELATOR): Sr. Presidente, a situação da Varig é diferente porque ela não opera somente na área doméstica. Mas não há notícia do processo.

O SR. JUIZ ADHEMAR MACIEL (PRESIDENTE): E a Vasp também era subsidiada?

O SR. JUIZ VICENTE LEAL (RELATOR): Se a Vasp era pública, não há notícia.” (fls. 266, vol. 2)

RE 571.969 / DF

Dito isso, soa problemático que se aceite a alegação de que a impossibilidade de a empresa ter reajustado suas tarifas segundo sua discricionária vontade tenha causado a ruína do negócio.

Segundo amplamente difundido, a Varig foi vítima de seu modelo de negócios, da gestão que lhe foi imprimida e de circunstâncias de mercado.

Em relação à gestão, o seguinte trecho de entrevista concedida em 2002 pelo então conselheiro da Fundação Rubem Berta, Leonardo Viegas, é bem esclarecedor:

“A Varig precisa de uma gestão firme, que não relute em contrariar interesses de grupos e ‘bases eleitorais’. Nossa experiência demonstrou que projetos voltados a melhorar o desempenho operacional enfrentam resistências (...) A VARIG continua a ser encarada como uma estatal, e sua governança não colabora para alterar essa percepção.

[...]

Uma carreira prejudica a outra. A de executivo exige obter resultados, mesmo a custo de popularidade. A carreira política progride por meio de acordo, promessas de campanha e críticas à gestão da companhia, mesmo que injustas. Nesse sentido, a Varig é um retrato do Brasil.” (“Ex-conselheiro da Varig compara companhia a estatal”, Folha de S. Paulo, 15.12.2002, disponível em:

<http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u60684.shtm>(último acesso 18.03.2014).

Internamente, a empresa enfrentou mal a abertura dos mercados interno e externo (lentamente, a partir de 1987), bem como foi afetada pela oscilação cambial iniciada em 1999.

Do quadro internacional, a Varig sofreu com o aumento dos valores dos seguros nas viagens internacionais, mercado que dominava, após os atentados terroristas de 11 de setembro de 2001.

Diante de todas as intempéries vivenciadas pela Varig, é altamente improvável que o “congelamento” das tarifas tenha somado prejuízos da monta de quase quatro bilhões de reais. Não há garantia de que a Varig teria conseguido aplicar o aumento pretendido no volume por ela estimado. De fato, pretender o aumento da tarifa em

RE 571.969 / DF

nada implica encontrar volume de pessoas dispostas a pagar esse preço.

Por outro lado, há registros históricos do apoio da União à Varig, desde a aquisição da Panair, de modo a reforçar ainda mais a ausência de qualquer intuito de prejudicar a empresa.

Por todos, transcrevo seguinte trecho de entrevista de Fabio Ulhoa Coelho:

“O criticável, no caso Varig, foi a demasia da intervenção do Estado na recuperação de uma empresa privada. Tanto no âmbito do Poder Judiciário como no do Executivo, o empenho na “salvação” da viciada companhia de aviação rio-grandense foi além do recomendável. A sobrevivência de qualquer empresa privada deve decorrer unicamente de sua capacidade de sair-se melhor que a concorrência. A intervenção do Estado para resgatar da derrocada qualquer empreendimento particular deve ser sempre excepcional. Nesta hora, nenhum “jogo de faz-de-conta que a lei é um pouco diferente” contribui para o fortalecimento de nossa economia”. (“A Varig de faz-de-conta”, O Estado de S. Paulo, Opinião, p. 2, 26.06.2008, disponível em <http://acervo.estadao.com.br>; último acesso em: 18.03.2013).

Por todas essas razões, e por outras que talvez fossem necessárias para esmiuçar ainda mais o que ora afirmo, entendo que a companhia Varig possuía uma posição econômica absolutamente ímpar no mercado de serviços aéreos no Brasil. Essa sua condição invejável parece afastar a possibilidade de se atribuir à União a culpa exclusiva pelos prejuízos alegados. Considerando-se, inclusive, a presença internacional da empresa, parece lícito especular que o que pode ter ocorrido foi a dificuldade de ajustar o perfil de atuação da companhia às demandas surgidas a partir do crescimento de concorrentes e das flutuações naturais de uma economia de mercado, sem que os gestores tenham conseguido manter os reflexos dessa posição internacional dominante no custeio das operações internas.

Passo agora à análise do ato ou do conjunto de atos que teria causado o prejuízo alegado. Parece-me adequado apreciar, em primeiro lugar, a possibilidade de indenização por ato legislativo.

O decreto de março de 1985, mencionado na inicial da ação, é o primeiro de um conjunto de atos que integraram o chamado Plano Cruzado, um dos planos de

RE 571.969 / DF

estabilização econômica que foram implementados pelo poder executivo federal a partir da segunda metade dos anos 1980. Em comum, tais iniciativas possuíam a intenção de promover choques sistêmicos na economia nacional, de maneira a produzir a estabilização dos preços. Sempre cercados de muito alarde, esses planos econômicos marcaram várias gerações de brasileiros.

Ainda que a questão possa ser abordada a partir de vários pontos de vista, importa, para o presente julgamento, a percepção jurídica de que o Plano Cruzado foi uma medida governamental abrangente, de caráter geral, e que tinha por objetivo, promover, portanto, os interesses superiores de toda a nação, e não interesses meramente categoriais.

Esse alcance geral do Plano Cruzado e dos outros planos que o seguiram fica evidente na forma jurídica adotada para a sua implantação, realizada por meio de decreto-lei. Fica patente, também, nas medidas que foram por ele determinadas, tais como, por exemplo, o “congelamento” de preços, o reajuste mandatório de salários, vencimentos, soldos e pensões e a indexação de obrigações como aluguéis, mensalidades escolares e prestações do sistema financeiro da habitação.

A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal sempre reconheceu a prevalência da circunstância a que me refiro, ou seja, o fato de que os planos econômicos voltavam-se para a busca de um interesse geral, impessoal.

No julgamento da ADI 319, por exemplo, esta Corte, por maioria, considerou legítima a intervenção do Estado na fixação de critérios de reajuste de mensalidades escolares, sob pena de se permitir aumento arbitrário de lucros (ADI 319-QO, rel. min. Moreira Alves, DJ 30.04.1993).

Nos recursos extraordinários 141.190, 191.088, 167.987, 170.484, rel. min. Nelson Jobim, este Supremo Tribunal Federal concluiu que medidas de controle da inflação sucessivamente adotadas pelo governo federal não violaram direitos subjetivos individuais, podendo ser descritas com esforços de toda a sociedade no sentido do combate àquele problema nacional. Assim, este Tribunal reconheceu que não havia fundamento constitucional para a alegação de violação do ato jurídico perfeito em relação à deflagração de plano de controle da inflação, por se se constituir aquela em medida extraordinária de ajuste econômico.

Nos acórdãos mencionados, esta Corte justificou as providências do governo na defesa dos interesses do povo em momentos de crise e instabilidade econômica. Além

RE 571.969 / DF

disso, o fato de a Corte ter qualificado tais medidas como leis de ordem pública fortalece a ideia segundo a qual os planos econômicos promoviam interesses superiores e gerais.

Admitindo-se, portanto, que os atos supostamente causadores dos danos alegados pela Varig inseriam-se em um contexto de medidas implementadas em relação a todos os setores da economia, cabe perguntar: é possível atribuir responsabilidade ao Estado pelos prejuízos que a empresa tenha sofrido em decorrência dessas medidas de caráter geral?

Não me parece demasiado enfatizar, aqui, a absoluta excepcionalidade da responsabilidade estatal por ato de caráter genérico e impessoal, conceito que me parece abarcar a medida de congelamento de preços, tal como descrita nos presentes autos. Conforme fiz questão de ressaltar no julgamento do RE 424.584, Segunda Turma, a ideia de responsabilidade civil do Estado em razão de ato de caráter legislativo é excepcionalíssima. Além disso, a responsabilidade civil do Estado tem por requisito a constatação da especialidade do dano em relação ao postulante da indenização. Assim, se o dano é genérico, não há por que indenizar.

Tratando-se, portanto, de examinar o caso sob o prisma da responsabilidade do Estado por atos legislativos, a contribuição do direito francês parece-me indispensável, tendo em vista que foi na França que esse tipo de responsabilidade foi conceitualmente elaborado.

“*La responsabilité du fait des lois*” configura uma das hipóteses de responsabilidade por rompimento da igualdade perante os encargos públicos. Para sua configuração, conforme a jurisprudência administrativa do Conselho de Estado, é absolutamente necessário, em primeiro lugar, que o prejuízo causado pela lei seja especial (isto é, que ele atinja de forma especialmente contundente, digamos assim, determinados membros da coletividade) e anormal (ou seja, possua certo grau de importância). Esses dois elementos são suficientes para afastar quase todas as hipóteses de suposta responsabilidade por ato legislativo, uma vez que a lei quase sempre possui como características fundamentais a abstração e a generalidade. Vale a pena mencionar a lição do professor René Chapus:

“... les lois et conventions internationales (comme du reste les règlements administratifs) édictent des normes générales, si bien que

RE 571.969 / DF

l'exigence de spécialité du préjudice sera rarement satisfaite" (CHAPUS, Droit administratif général, Montchrestien, Collection "Domat droit public", Tome 1, p. 928).

É o que consta, também, da obra de Hely Lopes Meirelles:

“O ato legislativo típico, que é a lei, dificilmente poderá causar prejuízo indenizável ao particular, porque, como norma abstrata e geral, atua sobre toda a coletividade, em nome da Soberania do Estado, que, internamente, se expressa no domínio eminente sobre todas as pessoas e bens existentes no território nacional (Direito administrativo brasileiro, p. 707).

No que se refere ao caso *La Fleurette*, no qual o Conselho de Estado reconheceu pela primeira vez a responsabilidade do Estado por ato legislativo, cumpre lembrar a importância da situação fática a partir da qual aquele caso foi julgado.

Com efeito, tratava-se, naquele caso, de uma lei de proteção dos produtos lácteos que proibia a venda de produtos de aspecto cremoso não provenientes de leite e cuja interdição recaía sobre a atividade da empresa autora daquela demanda. Para demonstrar a absoluta excepcionalidade daquela situação concreta, vale ressaltar que, desde 1938, data em que foi proferido aquele acórdão, a responsabilidade do estado por atos legislativos veio a ser reconhecida apenas umas pouquíssimas vezes, em talvez menos de quatro oportunidades.

Ademais, há outro fator que a doutrina brasileira a respeito não costuma mencionar. Ao se referir ao caso *La Fleurette* normalmente não se leva em conta que a jurisprudência do *Conseil d'État* evoluiu no sentido da restrição da responsabilidade do Estado, não no da sua ampliação. Assim, a responsabilidade por ato legislativo costuma ser afastada quando se demonstra que a lei que supostamente teria causado o prejuízo alegado foi promulgada para promover “*un intérêt general et proéminent*”. O Prof. Chapus esclarece o ponto a que me refiro:

“Enfin, derniers facteurs du caractère exceptionnel de cette responsabilité, la jurisprudence l'exclut lorsque la loi ou la convention (...) est intervenue pour satisfaire, non des intérêts qualifiables de catégoriels, mais des intérêts tout à fait généraux et supérieurs, tels que ceux de la

RE 571.969 / DF

défense nationale, de la santé publique, de la protection de la nature ou, plus pratiquement, de l'économie nationale dans son ensemble" (CHAPUS, Droit administratif général, Tome 1, p. 928).

São vários os julgamentos em que o Conselho de Estado francês decidiu pela não configuração da responsabilidade do Estado por ato legislativo. Menciono dois.

Veja-se, em primeiro lugar, o acórdão *Société Claude publicité* de 24/10/1984. Lei de 29 de outubro de 1974, adotada para reduzir os gastos energéticos em decorrência da crise do petróleo, proibiu a realização de publicidade que implicasse aumento do consumo de energia. Com fundamento em tal lei, o ministério da indústria e da pesquisa editou decreto proibindo a iluminação de anúncios publicitários e decorações em via pública das dez horas da noite às sete horas da manhã. A empresa demandante, que exercia sua atividade no setor da publicidade luminosa, alegou ter sofrido um prejuízo anormal e especial, uma vez que a restrição administrativa teria criado uma redução radical de seus lucros. O *Conseil d'État* decidiu que:

"Cons. que la loi du 29 octobre 1974 a eu pour objet notamment d'interdire à raison de la pénurie toute publicité de nature à favoriser la consommation d'énergie ; que sur le fondement de cette loi, l'arrêté du 6 décembre 1974 a prohibé sur la voie publique tout éclairage à caractère luxueux, à raison des nécessités imposées par la crise et auxquelles cette loi entendait faire face ; qu'en l'absence de disposition législative en disposant expressément autrement et eu égard à l'objet en vu duquel a été établie la législation sur les économies d'énergie, les règlements légalement pris en application de cette législation ne sauraient engager la responsabilité de l'Etat ;"

Colho ainda outro caso na jurisprudência do Conselho de Estado. Trata-se do acórdão *AS Établissement Charbonneaux-Brabant*, de 08/04/1994. Naquele julgamento, o autor do pedido, uma empresa, provocou a justiça administrativa buscando amparo contra lei de 11 de julho de 1985, que modificara o regime econômico do álcool de beterraba, alegando que a mencionada lei o teria prejudicado. A corte administrativa de apelação rejeitou o pedido com apoio nos objetivos de interesse geral promovidos

RE 571.969 / DF

pela lei e entendeu que a motivação adotada impedia qualquer indenização com base na responsabilidade do Estado por atos legislativos. A conclusão foi mantida pelo *Conseil d'État*, em cassação, tendo sido negado o pedido de indenização pelo fato de a lei ter sido editada para satisfazer um interesse econômico e social de ordem geral: "la loi a été prise dans un intérêt économique et social d'ordre général" (GAJA, p. 329).

No caso destes autos, o congelamento de preços não afetou de maneira exclusiva a empresa autora do pedido de indenização. As consequências do ajuste foram sentidas em vários setores da economia, bem como por todos os cidadãos então economicamente aptos deste país.

Levando-se em consideração o interesse geral buscado pelas medidas de controle da economia implantadas pelo plano econômico e, também, a absoluta excepcionalidade do reconhecimento da responsabilidade do Estado por ato legislativo de caráter geral e abstrato, concludo, atento a todas essas razões, pela impossibilidade conceitual de se falar, no presente caso, em prejuízo decorrente de ato legislativo.

Afastada a possibilidade de indenização por ato legislativo de caráter geral, cabe analisar agora outro fundamento que poderia socorrer à autora. Trata-se da quebra do equilíbrio econômico-financeiro do contrato com fundamento em comportamento específico atribuído à União, por parte do órgão responsável pela regulação dos serviços de transporte aéreo.

A fls. 1497-1516, vol. 8 dos presentes autos encontra-se um substancial memorial produzido pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (SEAE/MF). O documento, encaminhado ao MPF, foi por este apresentado à relatora do acórdão recorrido, antes do início do julgamento.

Entre outras importantes advertências, o que o documento da SEAE/MF faz, na minha opinião, é lembrar que o tratamento do princípio do equilíbrio econômico-financeiro do contrato é o ponto chave para se chegar à conclusão jurídica mais adequada ao caso concreto.

Assim, se o equilíbrio for alçado a uma meta abstrata que deve ser atingida sem o enfoque correto a respeito da realidade empresarial, é muito possível que o judiciário veja-se diante do papel incômodo de servir como agente garantidor das más escolhas dos concessionários de serviços públicos. Isso porque, para além da preservação da

RE 571.969 / DF

margem de lucro, é necessário avaliar se os lucros pleiteados efetivamente decorrem de uma atuação empresarial que é tanto eficiente quanto prudente. Em outras palavras, tratando-se de serviços regulados, o equilíbrio econômico-financeiro depende de uma avaliação da consistência da atuação da empresa.

A passagem a seguir me parece resumir o argumento apresentado pela SEAE/MF quanto a esse ponto:

“Na exploração de serviços públicos os preços não constituem prerrogativa do prestador do serviço mas são objetos de regulação. A regulação deve fiscalizar os custos incorridos na atividade para ter o devido cuidado de atribuir aos consumidores apenas os custos pertinentes ao serviço objeto da exploração; além disso, é de se esperar que a regulação imponha a obtenção de padrões de eficiência ao prestador de serviços, de modo a evitar o ajuste automático via preços, de todo e qualquer aumento de custos incorridos por este. De outra forma, a regulação estaria estimulando a ineficiência e o repasse automático de custos a preços em prejuízo dos consumidores.

Além de refletir custos operacionais eficientes, a ‘receita de equilíbrio’ deve refletir um nível correto de investimentos, isto é, decisões prudentes de aplicações de recursos para prover o serviço aos consumidores. De outra forma, a regulação estaria remunerando inadequadamente os investimentos, seja porque constituem ativos não diretamente relacionados à prestação do serviço, seja porque foram adquiridos pelo prestador de serviços de forma imprudente. Assim, tem-se que: Receita de Equilíbrio = Custos Operacionais Eficientes + Remuneração do Capital Prudentemente Investido.” (fls. 1499-1500, vol. 8)

Para além das variáveis econômicas, é importante que a interpretação do conceito de equilíbrio também leve em consideração a relação jurídica que se estabelece entre poder público e concessionário.

Em sua origem, a preservação do equilíbrio econômico-financeiro destinava a permitir a indenização de novos encargos impostos pela Administração no exercício do seu poder unilateral de alterar as condições de execução do contrato. Ou seja, o concessionário tem o direito ao equilíbrio financeiro como forma de compensar-se

RE 571.969 / DF

caso o poder concedente venha a exercer seu poder de modificação unilateral do contrato. Assim, tendo sido alterada a equação financeira pelo fato de a Administração, ao seu talante e na qualidade de parte contratante, ter agravado as obrigações do concessionário, este pode solicitar o restabelecimento do equilíbrio rompido, entre encargos e lucros (“entre charge et profit”), mediante indenização apropriada.

No caso em julgamento, não é fácil chegar-se ao resultado pretendido pela Varig sem antes alterar de maneira profunda esse entendimento.

Em primeiro lugar, é preciso superar o óbice de que, conforme ressalta a União, a Varig “não reclama de falta por parte da contratante, UNIÃO, e sim da política adotada pelo Governo”.

Com efeito, a empresa concessionária, no seu pedido inicial, requereu indenização por ter supostamente sofrido “da política de congelamento tarifário” (fls. 21), congelamento esse que teria quebrado o equilíbrio financeiro do contrato de concessão (fls. 21). Em seu voto, a relatora do acórdão recorrido enfatiza que “o fato gerador do inconformismo da VARIG, iniciado com o Plano Cruzado, renovou-se uma meia dúzia de vezes depois, à cada plano econômico” (fls. 1570).

Assim sendo, a tese da equação financeira não pode ser sustentada no caso em apreço na medida em que esta só pode ser aplicada na situação em que a Administração contratante alterou unilateralmente as cláusulas do contrato administrativo, ao passo que na hipótese *sub judice* a suposta quebra do equilíbrio financeiro decorre tão somente, como foi apontado acima, de atos legislativos editados pelo governo federal para combater a hiperinflação. Em nenhum momento, portanto, a Varig pleiteou a responsabilidade da Administração contratante por ter alterado as cláusulas do contrato de modo a agravar a execução do serviço público.

Estão ausentes, dessa forma, os requisitos necessários para aplicação da teoria da equação financeira pelo fato de o alegado prejuízo não resultar do uso do poder de modificação unilateral da Administração contratante. Ressalto que esse entendimento foi pacificado pelo Conselho de Estado francês no aresto *Société Le Gardiennage industriel de la Seine* (20/05/1994), cujo trecho da ementa transcrevo :

“Considérant, d'une part, que la société LE GARDIENNAGE INDUSTRIEL DE LA SEINE ne pourrait fonder ses prétentions à être

RE 571.969 / DF

indemnisée de ses pertes d'exploitation sur le fondement de l'équilibre financier des contrats de concession que dans le cas où le SYNDICAT DES TRANSPORTS PARISIENS aurait unilatéralement modifié lesdits contrats ; (...)"

Se o equilíbrio econômico-financeiro do contrato não comporta a pretensão deduzida pela Varig, é o caso de se indagar se o encaixe normativo do pedido não seria possível a partir da teoria da imprevisão.

Como se sabe, essa teoria, consagrada nos acórdãos do Conselho de Estado *Compagnie générale de Bordeaux* de 1916 e *Compagnie des tramways de Cherbourg* de 1932, aplica-se quando o aumento dos encargos do contratante decorre de um acontecimento imprevisível que não é imputável ao contratante. As condições de aplicação da teoria da imprevisão foram aperfeiçoadas pela jurisprudência administrativa, conforme consta do acórdão da Corte de apelação administrativa (*AS Société Française d'Assainissement et de Services* de 27/03/2001) :

"(...) que, par suite, la SA Société française d'assainissement et de services n'établit pas l'existence d'un déficit d'exploitation qui soit la conséquence directe d'un événement imprévisible indépendant de l'action des contractants ayant entraîné un bouleversement de l'économie du contrat ; qu'elle n'est dès lors pas fondée à soutenir que c'est à tort que les premiers juges ont rejeté ses conclusions tendant à l'allocation d'une indemnité au titre de l'imprévision (...)"

Segundo esse entendimento, a imprevisão surge de um acontecimento imprevisível, alheio à vontade das partes e que teve por consequência a modificação profunda da economia do contrato. De acordo com Hely Lopes Meirelles: "somente a *álea econômica extraordinária e extracontratual*, desequilibrando totalmente a equação financeira estabelecida pelas partes, autoriza a aplicação" da teoria da imprevisão (MEIRELLES, *Direito administrativo brasileiro*, 2011, p. 244).

No que diz respeito o primeiro critério, o da imprevisibilidade, importante realçar que o imprevisto há de ser extraordinário, o que corresponde a um acontecimento que não foi cogitado ou que não podia ser cogitado pelas partes no momento da assinatura do ajuste. Sobre a definição da imprevisão, o Prof. Chapus

RE 571.969 / DF

leciona que:

“Comme son nom même l’exprime, l’état d’imprévision ne peut resulter que de la survenance d’un événement qui était imprévisible au moment de la conclusion du contrat, en ce sens qu’il n’y a avait pas de raison de le prévoir. C’est à juste titre qu’il n’a pas été prévu (CHAPUS, Droit administratif général, Tome 1, p. 823).”

O Supremo Tribunal Federal já teve oportunidade de fixar a definição da imprevisão. Confira-se, nesse sentido, o voto do min. Adalício Nogueira no RE 64.152-EDiv, julgado em 22 de abril de 1971:

“a teoria da imprevisão só encontra enquadramento e oportunidade nos contratos a longo prazo, cujas mutações são insuscetíveis de previsibilidade, acarretando para as partes contratantes danos que não podem ser previamente calculados e antevistos”

No caso em julgamento, antes de afirmar a possibilidade de aplicação da teoria da imprevisão, convém indagar se a hiperinflação e os planos econômicos adotados para combatê-la constituíam acontecimentos que seriam considerados imprevisíveis pelas partes na data em que firmaram o contrato; ou, dito de outra maneira, se esses acontecimentos, que teriam prejudicado a empresa, eram imprevisíveis no momento da assinatura do contrato, sendo impossível falar-se em qualquer possibilidade de previsão. Creio que não.

Com efeito, consta nos autos que o contrato de concessão foi assinado o dia 8 de julho de 1988 com respaldo no Decreto 95.910 de 11.04.1988, isto é, foi firmado após o começo do período econômico de hiperinflação no Brasil, assim como depois do Plano Cruzado e das medidas políticas empreendidas pelo governo para sanar a economia do país.

Assim, a Varig, quando contratou, era ciente não somente desta situação econômica como também das tentativas governamentais voltadas ao combate da inflação. A esse respeito, vale lembrar as palavras de Maurice Hauriou, o qual asseverou que apesar da teoria da imprevisão ter surgido durante a primeira guerra mundial (devida ao aumento dos preços de matérias primas que esse conflito gerou),

RE 571.969 / DF

tal teoria não se aplicava aos contratos firmados após o começo daquele conflito, uma vez que naquela época os contratantes já poderiam prever as consequências econômicas: *“le Conseil d’État a tendance à admettre que les parties ont dû prévoir toutes les conséquences de cette guerre”* (HAURIOU, Maurice. Précis de droit administratif et de droit public, Dalloz-Sirey, Collection “Bibliothèque Dalloz”, 2002).

Observa-se, portanto, que a hiperinflação e as políticas econômicas do governo se inserem dentro dos limites ordinários da previsibilidade. Esse entendimento encontra respaldo na jurisprudência da Corte:

“Reajustamento de preço. Venda. Não nega vigência a direito federal decisão que recusa reajuste de preços de venda de imóvel incabível em face de cláusulas contratuais, provas e inaplicabilidade da teoria da imprevisão em negócio entabulado já depois de notório o processo inflacionário” (RE 74.069, rel. min. Aliomar Baleeiro, Primeira Turma, julg. 9 de outubro de 1973)

Veja-se, também, o voto min. Aliomar Baleeiro no RE 71.443, julgado em 15 de outubro de 1973 pela Primeira Turma:

“a cláusula rebus sic stantibus ... pressupõe prestações periódicas sucessivas no curso de tempo dilatado e a absoluta impossibilidade de ter sido prevista a alteração das condições do mercado, porque inexistentes ao tempo da avença as causas que as suscitaram. Se tais causas já eram de reear-se ou se já estavam realizadas, o contratante não se pode dizer surpreendido, mas apenas queixar-se de sua incapacidade profissional de prever riscos ordinários e inerentes aos negócios de qualquer empresa. Por isso mesmo, diz-se ‘teoria da imprevisão’, que não tem sentido num contrato de 1963, quando a inflação brasileira, crônica de século e meio, já havia tomada marcha acelerada há 20 anos ...”

Aliás, ainda que se tratasse de um imprevisto, este teria de ser também extraordinário, sendo que os imprevistos normais devem ser assumidos pelo concessionário. Como asseverou o Professor Gaston JÈZE, no que diz respeito o contrato de concessão de serviço público: *“l’exploitation a lieu aux risques et périls du*

RE 571.969 / DF

concessionnaire" (GASTON Jèze, Les principes généraux du droit administratif, Dalloz-Sirey, Collection "Bibliothèque Dalloz", 2005, p. 341). Da mesma forma, a margem de risco assumido pelo concessionário faz com que o Prof. Hauriou defina esse contrato como aleatório:

"les contrats de concession sont, dans leur partie financière, des contrats aléatoires. Le cahier des charges laisse au concessionnaire une marge de bénéfices, mais aussi une marge de risques" (HAURIOU, Maurice, Précis de droit administratif, 2002).

Por outro lado, é de se observar que a política econômica do governo não importou uma modificação profunda da economia do contrato de concessão, modificação esta que, para configurar-se, deveria, segundo o Prof. Chapus, gerar mais do que uma mera quebra do equilíbrio financeiro do contrato, devendo produzir, para que a indenização seja admitida, um "*véritable déficit qui met en péril l'exécution du contrat*" (Chapus, Droit administratif général, p. 823).

Essa necessidade de que a indenização tenha por foco um abalo substancial da economia do contrato liga-se ao ponto que mencionei anteriormente, ou seja, o fato de que o objetivo buscado pela construção jurisprudencial do direito do concessionário está justamente em equilibrar as condições do ajuste, sem que essa necessidade possa ser entendida como autorização para busca da restituição integral do dano supostamente causado.

É exatamente por essa razão que a indenização da imprevisão não é a bem dizer uma indenização nos exatos termos do direito civil, sendo aqui inaplicáveis, ao meu sentir, a regra de indenização integral do dano que foi mencionada pela Varig em sua petição inicial. É nesse sentido que o Conselho do Estado havia se pronunciado no aresto *Terrier* (06/02/1903):

"Qu'il s'agisse des intérêts nationaux ou des intérêts locaux, du moment qu'on est en présence de besoins collectifs auxquels les personnes publiques sont tenues de pourvoir, la gestion de ces intérêts ne saurait être considérée comme gouvernée nécessairement par les principes du droit civil qui régissent les intérêts privés ..."

RE 571.969 / DF

A indenização pela imprevisão é uma ajuda provisória para permitir que a execução do serviço se realize sem a ruína do contratado. Com efeito, o Prof. Christophe Guettier, especialista do direito dos contratos administrativos, ensina que a teoria da imprevisão conduz a uma divisão do déficit entre a Administração e o seu contratante, o qual só pode receber, portanto, uma indenização parcial:

“conduit à un partage du déficit entre l’administration et son cocontractant qui n’a droit alors qu’à une indemnité partielle” (GUETTIER, Christophe, Droit des contrats administratifs, PUF, Collection "Thémis Droit", 2011, p. 467).

No mesmo sentido, o Prof. Richer explica que:

“l’indemnité d’imprévision n’a pas le caractère de dommages-intérêts, elle ne repose pas sur l’idée de responsabilité ... c’est une indemnité extra-contractuelle pour charges extra-contractuelles” (RICHER, Laurent, Droit des contrats administratifs, LGDJ, Collection "Manuels", 2010, p. 270).

Diante disso, observa-se que no âmbito da teoria da imprevisão, a indenização é extracontratual na medida em que não se trata, nesta hipótese, de respeitar as obrigações contratuais ou o espírito do contrato, mas sim de assegurar a continuidade do serviço público, uma vez que os ônus causados ao concessionário decorrem de circunstâncias extracontratuais. Ou seja, o contrato está fora de alcance, não está em jogo. É o interesse do serviço público que justifica as indenizações de imprevisão. A esse respeito explicita o Prof. Benoit:

“La question se pose alors de savoir pourquoi les juges estiment que l’Administration doit participer avec son cocontractant au financement des prestations. La réponse est évidente : ce n’est pas parce qu’il s’agit de respecter des obligations contractuelles, ni même l’esprit du contrat, c’est purement et simplement parce qu’il s’agit d’assurer le bon fonctionnement du service. C’est bien ce que souligne le Conseil d’État en qualifiant la charge subie par le cocontractant, du fait des circonstances, d’extra contractuelle’. Le contrat est hors de cause; il ne peut donc s’agir ici que des intérêt du

RE 571.969 / DF

service. C'est ainsi l'idée de l'intérêt du service public qui justifie les indemnités d'imprévision ... Seul l'intérêt du service public explique donc les indemnités d'imprévision ... on ne peut trouver un fondement contractuel à ces indemnités ... Cela revient à dire que, par le versement des indemnités d'imprévision, ce sont ses seuls propres intérêts que l'Administration défend" (BENOIT, Francis-Paul, Le droit administratif français, Dalloz, 1968, p. 628).

Não é esse, em absoluto, o caso da Varig. A indenização pleiteada pela ora recorrida em nenhum momento se apoia na alegação de que a própria execução do serviço estaria ameaçada, até porque essa execução cessou muito tempo depois de proposta a presente ação.

Por conseguinte, em decorrência de tudo o que foi dito, há de se rejeitar a responsabilidade da Administração contratante como também inadmitir o pagamento por ela de indenização de imprevisão.

Concluo.

Senhores Ministros, a ausência de um prejuízo especial a ser suportado pela empresa recorrida é a circunstância que afasta, a meu sentir, a adequação a esse caso do precedente mencionado pelo acórdão recorrido, o RE 183.140, rel. min. Octavio Gallotti. Naquele julgamento – que exige, no meu entendimento, uma reavaliação por parte da composição atual desta Suprema Corte – o Tribunal considerou que o fato de haver um contrato de concessão seria uma razão para o tratamento diferenciado da empresa de transporte aéreo em relação aos seus usuários, no que se refere aos custos sociais das medidas de ajuste econômico levadas a cabo por diversos governos.

Com todo respeito ao juízo em sentido contrário, entendo que a distinção então proposta não se justifica. O contrato efetivamente garante um nível de proteção maior, mas não pode desconsiderar a universalidade do impacto da medida de congelamento, até porque, no serviço em que atuavam essas empresas, a remuneração era feita a partir de tarifas pagas pelos principais atingidos pelos planos econômicos, isso é, pelos consumidores. Não é possível um tratamento diverso dos dois lados da equação.

Da análise que realizei, concluo que os autos do presente recurso revelam que a

RE 571.969 / DF

Varig possuía posição invejável no mercado internacional e doméstico de transporte aéreo de passageiros e que, por diversas razões, viu essa posição invejável desaparecer com o passar dos anos. A injunção de que essa triste realidade tenha algo a ver com as consequências do Plano Cruzado não me parece ter sido suficientemente demonstrada na ação, tal como tantas vezes afirmado em meu voto. A afirmação temerária de que, ainda assim, se poderia imputar a responsabilidade à União não conta, como espero ter demonstrado, com qualquer suporte normativo, seja do ponto de vista constitucional, seja quanto à fundamentação jurídica de caráter jurisprudencial.

Ante o exposto, meu voto nega provimento ao segundo recurso da União e dá provimento à parte conhecida do recurso da União e ao RE do MPF para julgar improcedente o pedido de indenização formulado pela Varig.

Obs.: Texto sem revisão do Exmo. Sr. Ministro Joaquim Barbosa. (§ 3º do artigo 96 do RISTF, com a redação dada pela Emenda Regimental nº 26, de 22 de outubro de 2008)

12/03/2014

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 571.969 DISTRITO FEDERAL

CONFIRMAÇÃO DE VOTO

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) - Senhor Presidente, se Vossa Excelência me permite, elogiando o brilhante voto de Vossa Excelência, na parte, portanto, em que dá provimento, na parte conhecida ao recurso do Ministério Público, onde há a divergência, que é radical, porque não conheço do recurso da União, do primeiro recurso, tal como agora votado pelo Ministro Presidente; também nego provimento ao recurso da União e não conheço em parte do recurso do Ministério Público. Na parte conhecida, entretanto, ao contrário do Presidente, que dá provimento, eu nego provimento.

Gostaria apenas, Senhor Presidente - porque alguns aqui não estavam quando da leitura do meu voto, e absolutamente não para fazer qualquer tipo de consideração a respeito dos argumentos desenvolvidos por Vossa Excelência, porque respeito o voto de cada um vota, que se manifesta segundo o seu pensamento, e um brilhante voto como o de Vossa Excelência nada demandaria, e eu não faria comentários sobre ele, ainda que fosse o contrário. Apenas para esclarecer para os que não estavam aqui que, quando fiz a análise longuíssima deste processo e assentei no voto o que afirmei, primeiro: não considere, em nenhum momento, ato ilícito do poder público. Considerei a responsabilidade por ato lícito; aliás, citei até o grande trabalho do Canotilho, que é neste sentido. Ou seja, isso se dá, como sempre se deu no Brasil, no caso de uma indenização: se concede a indenização, se deixa indene, sem dano, porque, a despeito de ser lícito e ser necessário para a comunidade, uma determinada pessoa fica liberada de um determinado bem, daí porque o ato é lícito da Administração, também pode gerar a responsabilidade, como gera, e nunca isso foi discutido. Então, apenas para deixar acentuado o ponto; no meu voto, não considere ilícito, nem poderia, porque ilícito não houve e nem disso se cogitou.

Em segundo lugar, relativamente ao equilíbrio econômico-

RE 571969 / DF

financeiro, que é o ponto central deste caso, foi considerado que houve quebra - e o Presidente disse bem em seu voto desde o início - para todos, porque houve um plano econômico, no caso específico, o Plano Cruzado, que teria atingido, desde um primeiro momento, a recorrida.

Qual o diferencial posto neste processo e que levou as instâncias precedentes a julgarem favoravelmente a recorrida? A circunstância de que, como concessionária de um serviço público, ela não dispõe das condições que, em qualquer contrato administrativo, se pode dispor o concessionário, porque, neste caso, a fixação de tarifa - era antes e é agora - se faz segundo determinada política econômica do concedente. Essa política foi alterada no plano, houve o tabelamento, a impossibilidade de alteração das tarifas, continuaram a correr os outros ônus, atingindo inclusive a Aeros, que é a Previdência, e a empresa, neste caso, a recorrida, nada poderia fazer. Então houve quebra do equilíbrio econômico-financeiro, porque o equilíbrio econômico-financeiro é isso: há os ônus, de um lado, e o serviço a ser prestado, de outro. Isto tem que ser equilibrado, e isto não é norma legal, isto é norma constitucional.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE) -
Ministra Cármen, Vossa Excelência me permite?

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) -
Presidente, só para terminar o meu raciocínio e para dizer o seguinte: só quero chamar a atenção, sem contestação absolutamente a qualquer dado do voto de Vossa Excelência, brilhantíssimo, calcado na melhor doutrina, na nossa jurisprudência, apenas para acentuar, principalmente para os que não estavam presentes, qual foi o embasamento da conclusão a que cheguei e que é diferente daquela adotada por Vossa Excelência. Apenas para isso, sem absolutamente desconsiderar - como eu disse - o brilhante voto de Vossa Excelência.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE) -
É que a doutrina sobre a responsabilidade civil do Estado é muito clara

RE 571969 / DF

no sentido de, em situações como essa em que se alega que um ato, especialmente atos de natureza legislativa, que têm abrangência, que têm aplicabilidade a todos, a doutrina é no sentido de excluir a responsabilidade, e não de afirmá-la. Por quê? Muito simples: porque esses atos, se causaram ou causam danos, eles não causam danos somente àquela pessoa, mas sim a toda a coletividade. E, no caso brasileiro, isso é muito claro: os efeitos da inflação corroeram os recursos, a riqueza da maioria dos brasileiros. A pergunta que se impõe é: Por que se indenizar apenas uma companhia, se todas as demais empresas brasileiras se submeteram aos efeitos dessa medida de natureza econômica? Isso é o cerne da questão.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) -
Concordo com Vossa Excelência, por isso mesmo, a Transbrasil, quando faliu, foi a Juízo, chegou aqui, como lembrado por Vossa Excelência, em outra situação...

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE) -
E eu disse: é um acórdão falho, que merece ser revisto, porque era absolutamente incompatível com ...

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) -
Exatamente. Pois é, mas o que está dizendo é que atingiu todas, tanto que todas foram em juízo. Atingiu a Vasp, que quebrou; atingiu a Transbrasil, que quebrou e que ganhou por um acórdão da Primeira Turma deste Supremo Tribunal, mantida a situação. Todas vieram.

Agora, o que eu estou afirmando - e repito, reitero, é verdadeiro, e tenho certeza que Vossa Excelência sabe disso, é que eu não contesto voto de Colega, nunca contestei nesses 8 anos em aqui estou, não seria agora, menos ainda num voto do quilate do de Vossa Excelência - é que apenas me baseei nisto: a Constituição Brasileira, aliás, desde a Primeira Constituição Republicana, garante - é matéria constitucional - que o equilíbrio econômico-financeiro de contrato de concessão de serviço

RE 571969 / DF

público há de ser, eventualmente, quando for desequilibrado, reequilibrado, o que, neste caso, e não foi por conta de uma política que eu acatei como correta, e chegou-se à conclusão, pelas instâncias inferiores, que havia prova de que ela gerou consequências, que não podem ser desconhecidas. E contraprova, eu não vou entrar, nem discutir perícia, porque, aí, em recurso extraordinário eu não aplico.

Mas de toda sorte, Presidente, era apenas para chamar a atenção sobre os fundamentos centrais do meu voto. E, relato, como Vossa Excelência também fez questão de relatar: todo o povo brasileiro tinha que pagar realmente pelo ônus de uma hiperinflação, que precisava ser estancada em algum momento. No caso específico, é como se tivesse que ser feita uma obra, numa determinada localidade que precisa de uma rua. O Ministro Barroso sabe disso como eu, fomos Procuradores, e, como Procuradores, promovemos em nome do Estado a desapropriação. Todos, ali, sofrem, mas alguém vai ter uma indenização diferente da outra. O outro nem vai ter, porque aquele terreno estava usado, porque se deixa indene, sem dano, a quem tiver provocado dano; não ao outro. A rua vai deixar de ser feita? Não. E a estrada vai deixar de ser feita? Não, nem pode.

Neste caso, inclusive, não foi nem a Varig, tanto que eu já acolhi, como averbação no rosto dos autos, foi exatamente em relação à Aeros, que é a previdência daqueles que, em face dessas circunstâncias, ficaram sem nada.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE) - Agora, aliás, sobre isso, eu acho absolutamente impróprio vincular essa ação com a questão da Aeros.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) - Não, porque o patrimônio que foi tirado foi dela, mas também este não é o caso. Estou apenas chamando a atenção.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE) -

RE 571969 / DF

Esta ação iniciou-se, quando a Companhia..., muitos anos antes do surgimento do problema do Fundo de Pensão. Anos!

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) - Este não é o caso. Aqui, ela é assistente simples até.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE) - Nós estamos falando de efeitos de medidas econômicas produzidos nos anos, da metade da década de 80. E os problemas desses Fundos de Pensão começaram a surgir, já, nos anos 2000. Uma coisa não tem nada a ver com a outra. Lamentavelmente, criou-se essa expectativa, justa até, embora baseada em desconhecimento de que esta vultosa indenização, que pode resultar desta causa, serviria para cobrir o rombo dos Fundos de Pensão, especialmente da Aeros. Mas não tem nada a ver uma coisa com a outra.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) - Não foi por isso, Presidente. Foi aceito como assistente simples pela circunstância de que, na Vara de Falências do Rio, ao se fazer a liquidação, houve esta vinculação. E isto está sendo devidamente considerado...

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE) - Erroneamente.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) - Mas é judicial e, até agora, não contestado.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE) - Nem tudo que é judicial é correto, ora.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) - Sim, mas eu tenho que lidar com dados judiciais. Eu sou uma Juíza. Então, eu

RE 571969 / DF

não posso é ficar fora disso.

O SENHOR MINISTRO JOAQUIM BARBOSA (PRESIDENTE) -
Eu acho, por exemplo, que o acórdão do Supremo, sobre o qual se valeu...

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA (RELATORA) - Mas, de toda sorte, eu apenas queria fazer esses esclarecimentos. Absolutamente, não discuto voto de Colega, não considero essa atitude ética, não a adoto, nem argumento, menos ainda um voto da qualidade do que Vossa Excelência acaba de proferir e que respeito; embora não me tenha convencido. Mas queria esclarecer os Colegas que não estavam presentes sobre esses fundamentos do meu voto.

Agradeço a Vossa Excelência por essa oportunidade.

12/03/2014

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 571.969 DISTRITO FEDERAL

VOTO

Ementa: RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS. PLANOS ECONÔMICOS. EMPRESA CONCESSIONÁRIA DE TRANSPORTE AÉREO. DANOS DECORRENTES DA FIXAÇÃO DE TARIFAS EM DESCOMPASSO COM O CONTRATO DE CONCESSÃO. INDENIZAÇÃO.

1. A questão sobre a exigência, ou não, de intervenção do MP desde a origem se limita ao âmbito infraconstitucional (AI 761.084 AgR/RS, Rel. Min. Gilmar Mendes; AI 708.049 AgR/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski), e já foi equacionada, neste feito, pelo Superior Tribunal de Justiça.

2. Não é possível conhecer das questões relativas à correção da perícia ou à tempestividade da impugnação ao laudo, por debaterem, respectivamente, apenas matéria fático-probatória e ordinária. Não houve negativa de prestação jurisdicional, já que todas as questões pertinentes e não preclusas foram devidamente enfrentadas pelo Tribunal *a quo*.

3. O caráter geral das políticas econômicas não autoriza a União a descumprir cláusulas de contrato de concessão, em especial quando é a Constituição que exige a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro. Por sua própria condição, as concessionárias não têm a liberdade dos agentes econômicos para adaptar a prestação dos seus serviços à perda de receita.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO:

1. Senhor Presidente, inicio pela questão preliminar, trazida

RE 571969 / DF

no segundo recurso da União, acerca da suposta necessidade de intervenção do Ministério Público no feito. A matéria, a meu ver, se limita ao âmbito infraconstitucional: a participação obrigatória do MP como *custos legis* é definida pelo art. 82 do CPC, e não pela Constituição (AI 761.084 AgR/RS, Rel. Min. Gilmar Mendes; AI 708.049 AgR/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski). Ademais, a matéria já foi enfrentada pelo STJ que, em sede de recurso especial, confirmou o acórdão recorrido neste ponto. Como a lei pode conferir atribuições ao MP para além das previstas na Constituição (CF/88, art. 129, IX), o fundamento infraconstitucional examinado pelo STJ é suficiente para manter o acórdão impugnado – tal como observado pela eminente Relatora.

2. Estou de acordo com a Ministra Cármen Lúcia também quanto ao primeiro recurso da União. Não é possível conhecer das questões relativas à correção da perícia ou à tempestividade da impugnação ao laudo, por debaterem, respectivamente, apenas matéria fático-probatória e ordinária. Também não observo negativa de prestação jurisdicional, já que todas as questões pertinentes e não preclusas foram devidamente enfrentadas pelo Tribunal *a quo*.

3. No mérito, debatido principalmente no recurso do MPF, considero que o caso é de desprovimento – tal como a eminente Relatora. De fato, as políticas econômicas da época afetavam toda a população. Nem poderia ser diferente, porque o regime monetário é um só. Nada obstante, a recorrida era uma concessionária de serviço público e exercia a sua atividade nos termos de um contrato. Esse contrato estabelecia normas sobre a fixação das tarifas, em atenção à Constituição que exigia (e ainda exige) a observância do equilíbrio econômico do ajuste. A União tem competência para legislar na matéria, mas não para descumprir um contrato que firmou. Essa conduta, que é imoral e ilícita em si mesma, revela-se particularmente danosa quando voltada a uma empresa que presta um serviço público e, por isso, não tem liberdade para ajustar sua atividade à perda de receita. O caso se amolda, portanto, ao precedente

RE 571969 / DF

firmado no caso Transbrasil (RE 183.180). Na ocasião, destacou o Relator, Ministro Octavio Gallotti:

“Não há [...] como pretender assimilar a índole dos danos porventura causados pela adoção de determinada política econômica às pessoas em geral, diretamente sujeitas como súditos à autoridade do Estado, à natureza de outra relação juridicamente diversa, contraída com quem esteja ele vinculada por liame contratual. Sobretudo quando esse contrato é objeto de especial amparo da Constituição (art. 167, II, da Carta de 1967), durante cuja vigência (a presente ação foi ajuizada em 2-9-88) verificou-se a insuficiência tarifária, causadora da ruptura do equilíbrio financeiro da concessão, imputada a atos omissivos ou comissivos do Poder Público, e arbitrada, em seus efeitos financeiros, pela prova pericial acolhida nas instâncias ordinárias.

Nem haveria de ser a observância de um decreto-lei escusa válida para o descumprimento da garantia constitucional.”

4. Por essas razões, acompanho o voto da Ministra Cármen Lúcia.
5. É como voto.

12/03/2014

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 571.969 DISTRITO FEDERAL

VOTO

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER - Senhor Presidente, as teses foram expostas com maestria pela eminente Relatora, e – ainda que com conclusão diversa-, pelo eminente Ministro Joaquim Barbosa em seu voto vista. Todos os aspectos foram muito bem delimitados. Eu ia me restringir a acompanhar o voto da Relatora, subscrevendo, na íntegra, os brilhantes fundamentos aqui lembrados por Sua Excelência e deduzidos, à exaustão, no voto escrito que teve a gentileza de disponibilizar e que acabo de reler. Reporto-me, contudo, diante da síntese efetuada pelo Ministro Barroso, também à ementa que acaba de ler. Assim, **não conheço** do recurso extraordinário da União em que ataca o acórdão em embargos infringentes, na medida que examinada a matéria – nulidade do feito por participação ou não do Ministério Público no primeiro grau de jurisdição-, à luz da legislação infraconstitucional.

Com relação ao segundo recurso extraordinário, eu o **conheço e lhe nego provimento**, forte na responsabilidade civil do Estado e no desequilíbrio econômico-financeiro provocado no contrato administrativo de concessão dos serviços de transporte aéreo, com os prejuízos evidenciados, na esteira dos fundamentos da eminente Relatora, destacando, em especial, que o julgamento está a se fazer em instância extraordinária, no âmbito de recurso de fundamentação vinculada, em que se inviabilizam, com todo o respeito, valoração e reavaliação de fatos e provas, de modo específico a perícia levada a efeito.

Quanto ao recurso extraordinário do Ministério Público, eu o **conheço em parte** e, na parte conhecida, a ele **nego provimento**, nos exatos termos do voto da Ministra Relatora.

12/03/2014**PLENÁRIO****RECURSO EXTRAORDINÁRIO 571.969 DISTRITO FEDERAL****VOTO**

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - Senhor Presidente, como já foi amplamente destacado, trata-se de recursos extraordinários interpostos pela União e pelo Ministério Público Federal contra acórdãos do Tribunal Regional da Primeira Região, que mantiveram a sentença que condenou a União a indenizar a Viação Aérea Rio-Grandense (VARIG S/A) por danos sofridos pela empresa em consequência de política de congelamento.

Eu passo, em breves considerações, a propósito dessa temática, a anotar o seguinte: a Ministra Cármen Lúcia não conhece do recurso da União interposto contra acórdão que julgou os embargos infringentes – em que questiona a ausência de manifestação do Ministério Público –; nega provimento ao recurso da União e conhece parcialmente do recurso do Ministério Público e, na parte conhecida, nega-lhe provimento.

O seu voto, entre outros fundamentos, ressalta que o dano causado à VARIG, pelo congelamento de tarifas, ficou comprovado nas instâncias iniciais, não sendo possível a contestação do laudo pericial nesta Corte por impossibilidade de reexame de provas em sede de recurso extraordinário, e então invoca a Súmula nº 279 do STF.

A par da questão relativa à possibilidade de rediscussão da prova pericial acostada aos autos, que, em princípio, poderia encontrar óbice na orientação assentada na Súmula nº 279 deste Tribunal, entendo – e isso foi destacado no voto do Ministro Joaquim Barbosa – ser um aspecto sobremaneira relevante, na controvérsia jurídica, o cabimento do direito à indenização pelo congelamento de preços praticado no contexto de planos econômicos voltados ao combate da inflação.

Quero chamar a atenção para este ponto. Devemos reconhecer direito à compensação para a empresa aérea recorrida por conta das políticas de desindexação da economia e contenção das expectativas

RE 571969 / DF

inflacionárias no contexto dos sucessivos planos econômicos adotados nas décadas de 80 e 90?

Qualquer que seja a decisão a adotar, penso que não se pode deixar de lado o escopo e o contexto socioeconômico subjacentes, no caso, à edição do Decreto-Lei nº 2.284, de 10 de março de 1986 (Plano Cruzado), assim como dos demais planos econômicos que adotaram o chamado congelamento de preços no Brasil, em décadas passadas, e que, segundo se alega, seriam causa do dano material em questão.

Veja-se, por exemplo, o Decreto-Lei nº 2.284, de 10 de março de 1986, que trata do denominado Plano Cruzado. O congelamento de preços não representa uma medida isolada no bojo desse ato normativo, nem afeta exclusivamente o segmento econômico ou o contrato de que cuidam estes autos. Veio num contexto socioeconômico bastante peculiar, marcado pela iminência de hiperinflação, inserido no âmbito DO conjunto de iniciativas voltadas para fazer frente a essa ameaça e eliminar o excesso de expectativa inflacionária então vigente.

O conjunto de medidas econômicas adotadas no Plano Cruzado incluiu a própria alteração da unidade monetária, que passou a denominar-se Cruzado. O Plano determinou, ainda, o congelamento de preços em todo o varejo; a antecipação da parte do salário mínimo, com vistas a estimular o consumo; a correção automática do salário para acompanhar a inflação e a substituição da Obrigação Reajustável do Tesouro Nacional (ORTN), título da dívida pública instituído em 1964, pela Obrigação do Tesouro Nacional (OTN), cujo valor foi fixado em Cz\$ 106,40 e congelado por um ano.

A regra do congelamento de preço consta do art. 35 do Decreto-Lei nº 2.284/86:

“Art. 35. Ficam congelados todos os preços nos níveis do dia 27 de fevereiro de 1986.

§ 1º A conversão em cruzados dos preços a que se refere este artigo far-se-á de conformidade com o disposto no § 1º do artigo 1º, observando-se estritamente os preços à vista praticados naquela data, não se permitindo, em hipótese

RE 571969 / DF

alguma, os preços a prazo como base de cálculo.

§ 2º O congelamento previsto neste artigo, que se equipara, para todos os efeitos, a tabelamento oficial de preços, poderá ser suspenso ou revisto, total ou parcialmente, por ato do Poder Executivo, em função da estabilidade da nova moeda ou de fenômeno conjuntural”.

Regra com idêntico propósito também consta do conjunto de ações do Plano Verão, previsto na Medida Provisória nº 32/89, convertida na Lei nº 7.730/1989, que, além de alterar a moeda, que passou de Cruzado a Cruzado Novo, congelou preços de mercadorias, prestação de serviços e tarifas, extinguiu a OTN fiscal e afetou, também, o reajuste da generalidade dos contratos de aluguéis e demais obrigações pecuniárias constituídas entre 1º de janeiro de 1988 e 15 de janeiro de 1989 (art. 13).

Pois bem. Não resta dúvida de que o congelamento de preço em todos os planos econômicos em que adotados consistiu em medida econômica extrema, aplicada em momento bastante peculiar e com escopo jurídico claro: proceder à desindexação da economia a fim de controlar o surto inflacionário.

Tenho lido textos sobre esse assunto. E os próprios economistas que hoje apontam problemas nesses planos, em termos de concepção e de alguns equívocos ou erros cometidos, dizem que esses planos tiveram, pelo menos, um efeito benfazejo, que foi evitar que o país entrasse num quadro de hiperinflação.

Também não resta dúvida de que se trata de medida genérica que afetou indistintamente os diferentes setores da economia brasileira, consumidores e produtores. Isso, tanto no seu aspecto positivo quanto no seu aspecto negativo.

Portanto, trata-se de um ponto que merece reflexão e que, sem dúvida, inspira cuidado, a despeito de, no caso específico, a Ministra Cármen Lúcia – isso me dá, pelo menos, uma parcial tranquilidade – ter afirmado não a licitude da solução adotada no acórdão *a quo*, mas a impossibilidade de se fazer esse reexame no âmbito do Tribunal, tendo em vista a necessidade de revolvimento de fatos e elementos de prova e,

RE 571969 / DF

daí, toda essa discussão sobre a devida ou justa, ou indevida impugnação da perícia.

Mas esse aspecto, realmente, é, a meu ver, bastante importante, porque se trata de medida que se aplica, de maneira retilínea, a todos quantos sofrem os efeitos das políticas públicas, neste caso, da política econômico-financeira. Repercute, de forma bastante clara, sobre oferecedores de serviços, sobre empregados, sobre empregadores, entre outros.

E, então, o Ministro Joaquim Barbosa chamava a atenção para esse aspecto em matéria de responsabilidade civil do Estado. Não se cuida de, eventualmente, simplesmente repudiar a responsabilidade civil do Estado decorrente de ato legislativo, mas de aceitar a responsabilidade de forma singularizada, como se faz neste caso, em face de uma medida que se implantou e se adotou de forma geral.

Eu fico a imaginar – felizmente, os prazos prescricionais já ocorreram –, que cerebrinamente todos quantos pudessem, Procurador-Geral, acorrerem a esta medida – o boteco da esquina, a birosca da Maria do outro lado da rua –, em suma, todos fariam jus a algum tipo de reivindicação em face do Estado.

Isso levaria a um tipo de responsabilidade universal; – “*Ah, mas se trata de um contrato de concessão*”. Esse caso é indiferenciado e, por isso eu não vou acolher a tese da não suscetibilidade de exame da questão probatória, porque, a meu ver, a rigor, aqui, estamos adotando um caso de responsabilidade pelo fato da lei. Isso foi muito bem dito no voto do nosso Colega, e hoje impedido, Ministro Teori Zavascki, quando examinou a questão de causalidade no STJ. Essa é a questão que Sua Excelência pontuou em seu voto-vista no julgamento do recurso especial n. 628.806-DF. Dizia Sua Excelência:

"A imputação de responsabilidade civil, portanto, supõe a presença de dois elementos de fato (a conduta do agente e o resultado danoso) e um elemento lógico-normativo, o nexo causal (que é *lógico*, porque consiste num elo referencial, numa relação de pertencibilidade, entre os elementos de fato; e é

RE 571969 / DF

normativo, porque tem contornos e limites impostos pelo sistema de direito, segundo o qual a responsabilidade civil só se estabelece em relação aos efeitos diretos e imediatos causados pela conduta do agente).

Com base nessas premissas, veja-se o caso concreto. A conduta imputada à ré é a de ter praticado, a partir do Plano Cruzado (fevereiro de 1986) até janeiro de 1992, um “brutal congelamento tarifário” (fls.20), conduta considerada ilícita por violação de cláusula do contrato de concessão e do princípio da salvaguarda do equilíbrio econômico-financeiro. Mais especificamente, a conduta da ré consistiu em ter fixado o valor das tarifas aéreas domésticas em valores inferiores aos solicitados pela autora, com base nas planilhas de cálculo elaboradas pelo Sindicato Nacional das Empresas Aeroviárias – SNEA. Pois bem, dado esse fato como verdadeiro, e admitindo, para efeito de raciocínio, que era obrigação contratual ou dever legal da ré, sob pena de quebrar a equação econômico-financeira, fixar as tarifas exatamente no valor requerido pela concessionária, sem um centavo a menos, pergunta-se:

- Da conduta ilícita imputada, qual o resultado danoso, ‘por efeito dela direto e imediato’ (Código Civil, art. 1.060), que logicamente decorreu para a autora? Ou, dito de outra forma, segundo a linguagem da doutrina: qual ‘resultado surge como consequência natural da voluntária conduta do agente’ ?

A resposta lógica é uma só: *a redução da tarifa* acarretou a *redução das receitas* da ré.

- De todas as receitas?

Não. Apenas das receitas relativas à venda de passagens aéreas.

- De todas as passagens aéreas?

Não, apenas das passagens dos vôos domésticos. As tarifas dos vôos internacionais não compõem a conduta ilícita denunciada, o que significa dizer que o desempenho das respectivas receitas não guarda nexos de causalidade em relação a ela. É importante lembrar - dizia Sua Excelência - que, na época, a Varig detinha praticamente o monopólio dos vôos

RE 571969 / DF

internacionais operados por empresa brasileira e deles retirava, ao que noticiam os autos, cerca de 70% de sua receita global.

- De todas as passagens aéreas domésticas ?

Não, apenas das efetivamente vendidas. Não há como estabelecer nexos lógicos entre a conduta imputada e as passagens aéreas *não vendidas*. Seria absurdo afirmar que o congelamento das tarifas causou uma *redução das vendas* de passagens, ocasionando perda de "*receitas virtuais*". Pelo contrário, o lógico é afirmar que a redução das tarifas resultou em aumento das vendas, fato que, além de ser decorrência natural das leis da economia, está confirmado por dados estatísticos oficiais, alguns juntados com a petição inicial, outros publicados pelo DAC e pelo próprio SNEA (<http://www.snea.com.br/relatorios/estatisticas>). Segundo tais dados, a evolução da demanda em vôos domésticos (relação assento/quilômetro oferecido, em bilhões, considerado o conjunto das empresas aéreas), no período compreendido entre os seis anos anteriores até os seis posteriores ao do chamado "arrocho tarifário" (que também durou cerca de seis anos), foi a seguinte: 1980: 9.128; 1981: 9.456; 1982: 10.216; 1983: 9.956; 1984: 9.375; 1985: 10.402; 1986: 14.006; 1987: 13.557; 1988: 12.800; 1989: 14.842; 1990: 14.281; 1991: 14.322; 1992: 11.138; 1993: 11.056; 1994: 11.501; 1995: 12.167; 1996: 12.532; 1997: 13.432. Ou seja: nos seis anos anteriores ao do 'arrocho tarifário', a demanda média foi de 9.755,5; durante os seis anos de 'arrocho', a demanda média subiu para 13.968; e nos seis anos seguintes, voltou a descer para 11.971. Segundo as mesmas fontes estatísticas, no período de 'arrocho' (1986 a 1991), a ocupação média de assentos nos vôos domésticos foi de 65,38%, caindo para 57,53% nos seis anos seguintes (1992 a 1997). O número de passageiros, que em 1990/1991 foi em média de 16.011.841 por ano, caiu bruscamente em mais de 20% no biênio seguinte (1992/1993), ficando na média de 13.025.887 por ano. Ou seja: durante o período de 'arrocho tarifário' houve um aumento de aproximadamente 3.000.000 de passageiros por ano nos vôos domésticos. Estes dados ilustram perfeitamente a relação entre

RE 571969 / DF

o valor da tarifa doméstica e o aumento da demanda, o que fica ainda mais claro se comparados com os da demanda em vôos internacionais, que, no mesmo período (1990/1993), tiveram uma trajetória ascendente e constante (1990: 2.749.622 passageiros; 1991: 2.990.580; 1992: 3.524.322; 1993: 3.851.664)".

Sua Excelência anota, aqui, para mostrar que a questão do nexo causal está longe de ser pacífica nesse caso.

E eu digo então: causa certa espécie que, agora, passados tantos anos, vencido o fantasma da inflação – *Gott sei Dank* –, esteja em pauta a pretensão de segmento específico, como se este fora afetado e os demais não. Como se apenas essa empresa e aquelas do segmento aéreo tivessem sido afetadas pelo congelamento de preços, como se apenas o preço de bilhetes aéreos – e, aqui, uma sofisticaria: bilhetes aéreos domésticos e, ainda, os bilhetes aéreos domésticos vendidos, porque a taxa de ocupação não era plena – não tivesse sido reajustado, e não, também, os salários, os alugueis e outras obrigações pecuniárias.

A propósito, também no STJ, o Ministro Herman Benjamin, em seu voto-vista ressaltou:

“Em *obter dictum*, cabe ressaltar que o simples fato de estarmos aqui diante da maior indenização já vista na América Latina por alegados danos decorrentes do controle estatal de preços, que a todos afetou – pessoas jurídicas e pessoas físicas, ricos e pobres – já bastaria para inspirar no Tribunal *ad quem* uma genuína e incontrolável inquietação, para não dizer perplexidade, que por certo o levaria, em sede de reexame necessário, a profundamente reapreciar todas as questões técnicas envolvidas”. (grifamos)

A mesma percepção também orientou a manifestação do *Parquet* neste caso. Destaco, a propósito, o seguinte trecho do parecer da Procuradoria-Geral, da lavra do Subprocurador Paulo Rocha Campos:

“13. Quanto ao recurso extraordinário do Ministério

RE 571969 / DF

Público Federal, direito assiste ao *Parquet*, haja vista que o questionado desequilíbrio econômico-financeiro, acaso existente, ocorreu em razão de política pública extensível a todos, e não somente à recorrida, havendo toda a coletividade suportado seus efeitos, com o objetivo de equilibrar as contas públicas, não havendo se falar, por isso, na responsabilidade da União em indenizar a recorrida pelos alegados prejuízos financeiros.

14. Com todas as vênias, as decisões que outorgaram indenização à recorrida são aberrantes, fazendo completa abstração da realidade social que embasou decisões de congelamento de preços.

15. Sem se olvidar que o congelamento teve como consequência direta uma maior procura por passagens aéreas, com aumento das receitas da recorrida, cumpre não esquecer que planos econômicos devem ser suportados por toda a sociedade, pois uma inflação galopante, como se verificava à época, esgarça o tecido social. Por isso, toda a sociedade deve suportar sacrifícios que decorrem dos planos econômicos, como meio de quebrantar a inflação.

16. Já disseram muitos economistas que, em matéria econômico-financeira, a estabilidade não é tudo, mas tudo sem estabilidade é nada”.

E volto, então, ao meu voto para dizer o seguinte: entendo, em suma, que não se podem examinar as questões decorrentes da medida imposta pelo art. 35 do Decreto-Lei nº 2.284/86 – esse famigerado congelamento de preço –, bem como das sucessivas normas similares dos demais planos econômicos, dissociadas do contexto econômico e jurídico que justificou sua adoção.

O “congelamento de preços”, empregado por sucessivos planos econômicos – o Cruzado, o Bresser, o Verão –, consistiu em expediente normativo voltado a frenar a expectativa inflacionária por meio da chamada desindexação da economia e para, dessa forma, resistir à ameaça de hiperinflação que, à época, alarmava o país.

RE 571969 / DF

Tratou-se, com efeito, de medida severa, mas que não pode ser destacada do cenário igualmente grave em que inserida, nem compreendida fora dos objetivos institucionais que orientaram sua utilização.

O quadro de discussão que hoje se coloca revela exatamente a singularidade do caso. Estamos a discutir o direito de uma empresa aérea que sequer hoje existe. E, certamente, poder-se-á dizer: *"Ah, deixou de existir por conta das vicissitudes impostas pelo plano econômico"*. É muito provável que essa resposta seja confortável a alguns espíritos, mas sabemos que ela certamente simplifica por demais a verdade dos fatos, como resulta inclusive dessa análise percuciente feita no voto-vista do Ministro Teori Zavascki. Sua Excelência inclusive repassa questões que só estou a examinar apenas para mostrar quão discutível era essa a responsabilidade da União, embora eu me firme no ponto de que é quase que inaceitável, senão propriamente inaceitável, em tais casos, admitir a responsabilidade da União pelo fato do legislador em se tratando de medida genérica. Até porque, nesses casos, não haveria mãos a medir; a União – já disse isso até num artigo, em outras épocas – se colocaria como um tipo de seguradora universal. Para todas as angústias e desconfortos, inclusive do espírito, a União teria que estar aí como avalista ou seguradora, e isso é impossível na regra, na dogmática da responsabilidade civil do Estado, ainda que responsabilidade objetiva.

Ainda, em seu voto-vista no STJ, diz o Ministro Teori:

"(..) 19. Esse simples exercício lógico de aplicação do princípio do nexo causal, tal como previsto em nosso sistema normativo, evidencia como fez falta, na instrução do processo, a participação do fiscal da lei (...)"

Em seguida, entra, então, nesta discussão:

"Ora, conforme se observou, a atividade probatória seguiu um rumo completamente desvirtuado, produzindo efeitos assustadoramente divorciados da relação de causalidade, o que

RE 571969 / DF

compromete a própria pretensão da autora. Não se trata, diga-se outra vez, de questionar a verdade dos fatos apurados. Não se nega que a União fixou tarifas aéreas domésticas abaixo do valor solicitado. Não se nega, também, que as receitas da Varig não foram suficientes para cobrir todas as suas despesas. Mas daí a afirmar que há relação necessária de causa e efeito entre os dois fatos vai uma distância muito grande. Por exemplo: não se pode, logicamente, estabelecer relação entre o valor da tarifa, objeto de controle a partir de 1986, com as despesas decorrentes do anterior *deficit* financeiro da empresa, que era crônico (já no início dos anos 70, segundo a perícia – fls. 446 – era de quase R\$-1,0 bilhão e foi se agravando com o correr do tempo); nem com as despesas (preço/encargos financeiros) oriundas de investimentos (v.g: novas aeronaves e equipamentos), ou decorrentes da aquisição/manutenção do controle acionário da Cruzeiro do Sul S.A – Serviços Aéreos, ou dos seus elevados encargos com pessoal, e assim por diante".

E dizia, ainda, Sua Excelência:

"Imaginar que essas e todas as demais despesas da Varig deveriam ser atendidas pela tarifa aérea doméstica significaria a necessidade de fixar o preço da passagem em valor tão absurdamente elevado que inviabilizaria qualquer demanda".

E levaria, certamente, a União a responder, agora, por outro fato, por falta de demanda em razão da elevação das tarifas.

E continua Sua Excelência:

"O que se enfatiza é a distorção produzida a partir da sua constatação, com base na qual, não se atentando para o nexo causal, induziu-se, sem maior questionamento, que a União – tal qual fiadora universal e incondicional da concessionária – tem responsabilidade pelos valores a descoberto, os quais, não tendo sido assumidos pelo usuário, devem ser agora indenizados. Ora, isso importa criar, em favor das

RE 571969 / DF

concessionárias do serviço de transporte aéreo, uma espécie nova de responsabilidade do Estado, muito mais abrangente e mais profunda que a estabelecida na Constituição para os danos decorrentes de atos de seus próprios agentes (que, segundo a jurisprudência do STF, abrange apenas os efeitos diretos e imediatos produzidos pela conduta)".

Então, Sua Excelência analisava e voltava à célebre jurisprudência do Supremo – RE da relatoria do Ministro Moreira Alves – quanto ao efeito direto e imediato da relação do nexu causal.

Portanto, chego à conclusão, Presidente, de que é necessário considerar se o que está em xeque, em casos como estes, mais do que o ressarcimento pelos danos que alega ter sofrido a empresa recorrida, é a própria legitimidade da política monetária e da intervenção no domínio econômico adotado em momento especialmente grave da nossa história recente.

E, a meu ver, é claro que tem que se louvar a habilidade da construção cerebrina, como se deu em outro caso que se colocou contra a União e que também tramita, que é o do setor sucroalcooleiro. Só este setor sofreu os efeitos da política econômica, e ninguém mais, diante de medidas que são, como nós sabemos, invasivas na vida de todos os cidadãos.

Quem não se lembra, ainda, da chamada retenção dos ativos financeiros? O impacto até psicológico que isso envolveu?

Políticas de abrangência universal. Agora, singulariza-se a situação para dizer-se: não, apenas uma companhia aérea, ou a companhia aérea, com sérios problemas de gestão, como aparecem nos laudos – aquisição de empresas, fartura de concessão de aumentos aos seus servidores –, passa a ir à debacle por conta de uma política tarifária calcada tão somente nas tarifas domésticas.

Não tenho a menor dúvida de que cancelar substancialmente essa tese – e, veja, não sou refratário à ideia da responsabilidade civil do Estado, inclusive pelo fato da Lei –, significa privilegiar determinado setor da economia. E eu estou até feliz, porque a Relatora não está a

RE 571969 / DF

subscrever esta tese, mas está a dizer que não tem condições de revolver esses fatos. Mas a mim me parece que é passível, sim, de análise para reapreciação do caso, à luz da possibilidade e da admissibilidade da responsabilidade civil do Estado em tais casos.

Por isso peço vênua à Relatora, a quem devoto a maior admiração, louvando o seu cuidadoso voto, e àqueles que a acompanharam, para manifestar-me no sentido do voto proferido pelo Ministro Joaquim Barbosa, ou seja, para julgar improcedente o pedido de indenização formulado pela VARIG S/A – Viação Aérea Rio-Grandense.

12/03/2014

PLENÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 571.969 DISTRITO FEDERAL

V O T O

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO: Peço vênia, Senhor Presidente, para acompanhar o substancioso voto proferido pela eminente Relatora, Ministra CÁRMEN LÚCIA, reconhecendo, em consequência, a responsabilidade civil da União Federal, poder concedente (CF art. 21, n. XII, "c"), quanto aos prejuízos que a Varig S/A – Viação Aérea Rio-Grandense, empresa concessionária, sofreu em decorrência de política tarifária implementada pela União Federal com apoio em exigências de política econômica.

A indenização civil em questão traduz legítima consequência da teoria do risco administrativo, que, acolhida pelo art. 37, § 6º, da Constituição Federal, informa o princípio da responsabilidade civil objetiva do Poder Público em nosso sistema jurídico.

Cabe assinalar, no ponto, por necessário, que, mesmo que se trate de atos lícitos, plenamente lícitos, praticados pelo Poder Público (RTJ 140/636, Rel. Min. CARLOS VELLOSO – RTJ 163/1107-1109, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.), ainda assim ser-lhe-á imputável, com fundamento no postulado da responsabilidade civil objetiva, a obrigação de indenizar, se, em razão da atividade oficial do Estado, embora legítima, resultar prejuízo ou gravame à esfera jurídica dos administrados, notadamente se a lesão sofrida pelo particular derivar da adoção, pelo aparelho estatal, de medidas econômicas, tal como sucedeu na espécie ora em exame.

Esse entendimento – que sustenta a indenizabilidade dos prejuízos sofridos por particulares, fundada no princípio da responsabilidade civil (extracontratual) objetiva do Estado, mesmo que se cuide de atos estatais lícitos – tem o beneplácito de autorizado magistério doutrinário (LÚCIA

RE 571969 / DF

VALLE FIGUEIREDO, “Curso de Direito Administrativo”, p. 288, item n. 5, 9ª ed., 2008, Malheiros; FERNANDA MARINELA, “Direito Administrativo”, p. 943, item n. 4.2, 5ª ed., 2011, Impetus; CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, “Curso de Direito Administrativo”, pp. 1022, 1028, item n. 52, e 1038, item n. 72, 30ª ed., 2013, Malheiros; MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, “Direito Administrativo”, p. 638/639, item n. 15.1, 22ª ed., 2009, Atlas, v.g.), **valendo destacar**, entre esses eminentes publicistas, **a lição** de JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO (“Manual de Direito Administrativo”, p. 554/555, item n. 1, 25ª ed., 2012, Atlas):

“Para configurar-se esse tipo de responsabilidade, bastam três pressupostos. O primeiro deles é a ocorrência do ‘fato administrativo’, assim considerado como qualquer forma de conduta, comissiva ou omissiva, legítima ou ilegítima, singular ou coletiva, atribuída ao Poder Público. (...).

.....
Por conseguinte, decisões lícitas do governo são suscetíveis, em alguns casos, de ensejar a obrigação indenizatória por parte do Estado. Vale a pena, à guisa de exemplo, lembrar decisão do STF que condenou a União a indenizar os prejuízos decorrentes de sua intervenção no domínio econômico, em função da qual se determinara a fixação de preços, no setor sucro-alcooleiro, em patamar inferior aos valores apurados e propostos por autarquia ligada ao próprio governo federal (...), o que, obviamente, gerou inegáveis prejuízos. Considerou a Corte que, ‘embora legítima a intervenção estatal’, há certos limites para executá-la, inclusive dentro do princípio constitucional da liberdade de iniciativa (livre exercício das atividades econômicas), previsto no art. 170, ‘caput’, da Constituição. Em que pese a legitimidade da conduta, estavam presentes os pressupostos da responsabilidade objetiva, de modo que à União caberia indenizar todos os prejudicados em virtude da decisão que adotou.” (grifei)

RE 571969 / DF

*Com maior razão, tornar-se-á evidente a responsabilidade civil objetiva do Poder Público **se** os prejuízos por ele causados **decorrerem de atos (mesmo de diplomas legislativos) reputados inconstitucionais**, porque praticados **em desarmonia** com princípios e regras **inscritos** no texto da Constituição da República.*

*Com efeito, **o desempenho inconstitucional**, pelo Estado, das funções públicas, **inclusive** da própria atividade legislativa, **pode justificar, em decorrência de sua responsabilidade objetiva**, a condenação do Poder Público ao dever de indenizar, *civilmente*, **aqueles** cuja situação jurídica **tenha sido afetada, concretamente, pela execução estatal de lei inconstitucional, desde que – insista-se – da aplicação** do diploma legislativo inconstitucional **tenha resultado efetivo prejuízo** ao administrado.*

Essa orientação tem merecido o apoio de eminentes autores (GUIMARÃES MENEGALE, “Direito Administrativo e Ciência da Administração”, vol. 2/350, 2ª ed., 1950, Borsoi; PEDRO LESSA, “Do Poder Judiciário”, p. 164, 1915, Livraria Francisco Alves; JOSÉ DE AGUIAR DIAS, “Da Responsabilidade Civil”, vol. II/318, 6ª ed., 1979, Forense; YUSSEF SAID CAHALI, “Responsabilidade Civil do Estado”, p. 527/534, item n. 10.2, 4ª ed., 2013, RT; AMARO CAVALCANTI, “Responsabilidade Civil do Estado”, p. 623, item n. 88a, 1957, Borsoi; SERGIO CAVALIERI FILHO, “Programa de Responsabilidade Civil”, p. 286/287, item n. 80.2, 6ª ed., 2005, Malheiros; JOSÉ CRETILLA JÚNIOR, “Responsabilidade do Estado por Ato Legislativo”, “in” RDA 153/15-34, 26-28, v.g.).

*É de referir-se, neste ponto, que a jurisprudência dos Tribunais (RDA 8/133) – inclusive a desta Suprema Corte (RDA 20/42, Rel. Min. CASTRO NUNES – RTJ 2/121, Rel. Min. CANDIDO MOTA FILHO) – **tem acolhido** esse entendimento, **prestigiando** a orientação segundo a qual o Poder Público **responde, civilmente, com fundamento** no postulado da responsabilidade objetiva, **pelos eventos danosos** resultantes de ato*

RE 571969 / DF

estatal **praticado** com suporte em lei declarada **incompatível** com o texto da Constituição.

Veja-se, portanto, que se mostra irrelevante o caráter lícito, ou ilícito, do comportamento estatal **para efeito** de definição da responsabilidade civil **objetiva** do Poder Público.

Nem se diga que razões de interesse público revelar-se-iam aptas a exonerar a União Federal de sua responsabilidade civil objetiva. Essa **alegação tem sido repelida** pela jurisprudência constitucional desta Suprema Corte, que, *por mais de uma vez*, **atenta à advertência** do saudoso EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA (“La lucha contra las inmunidades del poder”, 3ª ed., 1983, Editorial Civitas, Madrid), **teve o ensejo de afastar esse argumento de ordem política (RTJ 164/1145-1146**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, *v.g.*):

“RAZÕES DE ESTADO E INTEGRIDADE DA ORDEM CONSTITUCIONAL.

*Razões de Estado – que muitas vezes configuram fundamentos políticos destinados a justificar, pragmaticamente, ‘ex parte principis’, a inaceitável adoção de medidas que frustram a plena eficácia da ordem constitucional, **comprometendo-a** em sua integridade e **desrespeitando-a** em sua autoridade – **não se legitimam** como argumento idôneo de sustentação da pretensão jurídica do Poder Público. **Precedentes.**”*

(RE 265.294-AgR/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

De outro lado, **mostra-se irrecusável** que a (*re*)formulação da política tarifária pela União Federal, **motivada** por exigências **fundadas** em planos econômicos de combate ao processo inflacionário, **interferiu, diretamente, na equação econômico-financeira** do contrato de concessão de serviço público, **vulnerando, desse modo, no caso ora em julgamento, ante a insuficiência das tarifas**, um dos valores fundamentais na configuração jurídica dessa especial modalidade de contrato

RE 571969 / DF

administrativo, **como assinala**, em clássica lição, o eminente Professor CAIO TÁCITO (“Direito Administrativo”, p. 202/248, Capítulo II, 1975, Saraiva).

A **preservação do equilíbrio econômico-financeiro** traduz, no contexto dos contratos de concessão de serviços públicos, **a expressão mesma** de um valor essencial ao próprio Estado Democrático de Direito, **que se concretiza** no respeito **ao postulado da segurança jurídica e ao princípio da proteção da confiança**, cuja relevância tem sido proclamada, **em diversos precedentes**, pelo Supremo Tribunal Federal:

“- **O postulado da segurança jurídica, enquanto expressão do Estado Democrático de Direito, mostra-se impregnado** de elevado conteúdo ético, social e jurídico, **projetando-se** sobre as relações jurídicas, **mesmo as de direito público (RTJ 191/922), em ordem a viabilizar** a incidência desse **mesmo** princípio sobre comportamentos **de qualquer** dos Poderes **ou** órgãos do Estado, **para que se preservem**, desse modo, **sem prejuízo ou surpresa** para o administrado, situações **já consolidadas** no passado.

- **A essencialidade do postulado da segurança jurídica e a necessidade de se respeitarem situações consolidadas no tempo, especialmente quando amparadas pela boa-fé do cidadão, representam fatores a que o Poder Judiciário não pode ficar alheio. Doutrina. Precedentes.”**

(RE 601.914-AgR/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

O Estado, **em sua atuação no domínio econômico, não pode transpor** os limites delineados **no texto** da Constituição da República, **a cujos parâmetros**, especialmente aqueles indicados **em seus arts. 170, 173 e 175, está direta e necessariamente vinculado**.

Dai a existência, nesta Corte, de diversos precedentes sobre a responsabilidade civil **objetiva** do Poder Público (da União Federal, em particular) **em tema de intervenção estatal na ordem econômica** (RE 368.558-AgR/DF, Rel. Min. CARLOS VELLOSO – RE 422.941/DF, Rel.

RE 571969 / DF

Min. CARLOS VELLOSO – **RE 481.110-AgR/PE**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, *v.g.*), **inclusive** em matéria virtualmente idêntica à ora em julgamento:

“(…) 3. **Violação** do art. 167, II, da Constituição de 1967 (Emenda nº 1-69) **arguida** pela Recorrente **no pressuposto** da condição de simples permissionária da empresa de navegação aérea da Recorrida, ao passo que se qualifica esta como concessionária de serviço público, a teor de contrato celebrado pelo Governo Federal, em conformidade ao disposto no Decreto nº 95.910-88, no art. 180 da Lei nº 7.565-86 e no art. 8º, XV, c, da referida Carta de 1967.

4. **Prejuízo julgado comprovado** pelas instâncias ordinárias e decorrente de atos omissivos e comissivos do Poder concedente, **causadores da ruptura do equilíbrio financeiro da concessão**, não abstratamente atribuível a política econômica, normativamente editada para toda a população (‘Plano Cruzado’). (…).”

(**RE 183.180/DF**, Rel. Min. OCTAVIO GALLOTTI – **grifei**)

Vale observar que o magistério da doutrina **tem conferido** especial destaque, no plano jurídico-constitucional, **ao postulado** da segurança jurídica e **ao princípio** da proteção da confiança, **reputados valores essenciais e conaturais à própria noção** de Estado Democrático de Direito, além de se caracterizarem como elementos componentes da ética jurídica, **inclusive no âmbito de sua aplicação** às relações de direito público, como resulta das lições de autores eminentes (ALMIRO DO COUTO E SILVA, “Princípios da Legalidade e da Administração Pública e da Segurança Jurídica no Estado de Direito Contemporâneo”, “in” RDP 84/46-63; WEIDA ZANCANER, “Da Convalidação e da Invalidação dos Atos Administrativos”, p. 73/76, item n. 3.5.2, 3ª ed., 2008, Malheiros; HELY LOPES MEIRELLES, “Direito Administrativo Brasileiro”, p. 99/101, item n. 2.3.7, 34ª ed., **atualizada** por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho, 2008, Malheiros; CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, “Curso de Direito Administrativo”,

RE 571969 / DF

p. 87, item n. 77, e p. 123/125, item n. 27, 26ª ed., 2009, Malheiros; MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, “Direito Administrativo”, p. 87/88, item n. 3.3.15.4, 22ª ed., 2009, Atlas; MARÇAL JUSTEN FILHO, “Curso de Direito Administrativo”, p. 1.097/1.100, itens ns. XVII.1 a XVII.3.1, 4ª ed., 2009, Saraiva; GUSTAVO BINENBOJM, “Temas de Direito Administrativo e Constitucional”, p. 735/740, itens ns. II.2.2 a II.2.2.2, 2008, Renovar; RAQUEL MELO URBANO DE CARVALHO, “Curso de Direito Administrativo”, p. 78/94, itens ns. 8 a 8.4, 2008, Podium; LÚCIA VALLE FIGUEIREDO, “Curso de Direito Administrativo”, p. 257/260, itens ns. 3.2 a 4, 9ª ed., 2008, Malheiros; MATEUS EDUARDO SIQUEIRA NUNES BERTONCINI, “Princípios de Direito Administrativo Brasileiro”, p. 178/180, item n. 4.5.7, 2002, Malheiros; SÉRGIO FERRAZ, “O princípio da segurança jurídica em face das reformas constitucionais”, “in” Revista Forense, vol. 334/191-210; RICARDO LOBO TORRES, “A Segurança Jurídica e as Limitações Constitucionais ao Poder de Tributar”, p. 429/445, “in” “Princípios e Limites da Tributação”, coordenação de Roberto Ferraz, 2005, Quartier Latin, v.g.).

Concluo o meu voto, Senhor Presidente. E, ao fazê-lo, tenho para mim que se acham plenamente configurados, na espécie, os elementos que compõem a estrutura e que delineiam o perfil da responsabilidade civil **objetiva** da União Federal (**RE 481.110-AgR/PE**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.), **além de se revelar indiscutível**, segundo penso, o nexo de causalidade material **entre** o comportamento estatal questionado e o “*eventus damni*”, **soberanamente identificado** pelas instâncias ordinárias (**RTJ 143/270 – RTJ 152/612 – RTJ 153/1019 – RTJ 158/693 – RTJ 161/992 – RTJ 186/703**), **tudo a viabilizar**, portanto, o reconhecimento, no plano jurídico, da obrigação do poder concedente de recompor os prejuízos sofridos, no caso, pela empresa concessionária.

RE 571969 / DF

Sendo assim, e em face das razões expostas, **acompanho** o substancial voto **proferido** pela eminente Ministra Relatora.

É o meu voto.

12/03/2014**PLENÁRIO****RECURSO EXTRAORDINÁRIO 571.969 DISTRITO FEDERAL****VOTO**

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Eu também, após escutar os doutíssimos votos, vou pedir vênia ao Ministro Joaquim Barbosa e também ao Ministro Gilmar Mendes para acompanhar integralmente o voto da Ministra Cármen Lúcia, porque estou absolutamente convencido dos substanciosos argumentos que Sua Excelência desfiou.

Várias teses foram levantadas aqui, neste Plenário, com as quais estou de pleno acordo, e a doutrina é absolutamente pacífica em torno destas teses que são, em primeiro lugar, a responsabilidade do Estado por atos legislativos. É, sim, uma responsabilidade excepcional, depende de certos pressupostos, certos requisitos, mas que estão, como foi demonstrado, presentes nos autos.

Em segundo lugar, também, a tese, que é pacífica, tranquila, quer na doutrina, quer na jurisprudência, da responsabilidade do Estado quando este causa um desequilíbrio econômico e financeiro no contrato de concessão, causando prejuízos aos concessionários. Parece-me que também, e está fora de dúvida nos autos, foi extensa e irrefutavelmente comprovado.

Mas a Ministra Cármen Lúcia traz uma tese que me parece muito interessante, que, a meu ver, é um aspecto fulcral de toda essa discussão, que é exatamente o fato de que, no Brasil, se adota a teoria da responsabilidade objetiva do Estado, e essa responsabilidade objetiva está plasmada, com todas as letras, na Constituição, e tem como base o risco administrativo. O que significa isso? Significa que o Estado pode perfeitamente, como resultado de uma atividade normal, legítima, lícita, causar danos a terceiros e ser responsabilizado por isso, independentemente de se perquirir a eventual culpa do Estado. Basta que se estabeleça, como se estabeleceu nos autos, o nexo de causalidade entre

RE 571969 / DF

o dano e a ação estatal. E este nexos foi, a meu ver, e os votos majoritários assim o comprovaram, demonstrado nos autos por uma perícia judicial, e essa perícia não foi refutada. E nós estamos impedidos, em sede de recurso extraordinário, de revolver fatos e provas, isto é absolutamente cediço, é de conhecimento absolutamente normal e tranquilo nos meios forenses, sobretudo nessa Suprema Corte, e quando mais não seja, este revolvimento de uma perícia judicial, que foi convalidada nas instâncias inferiores, ao longo do processo de conhecimento, é vedado com todas as letras pela Súmula 279 desta Suprema Corte.

Por essas razões, e adotando os argumentos dos eminentes Ministros que me precederam, eu acompanho integralmente o voto da Ministra Cármen Lúcia.

**PLENÁRIO****EXTRATO DE ATA****RECURSO EXTRAORDINÁRIO 571.969**

PROCED. : DISTRITO FEDERAL

RELATORA : MIN. CÁRMEN LÚCIA

RECTE.(S) : UNIÃO

PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

RECTE.(S) : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

RECDO.(A/S) : VARIG S/A - VIAÇÃO AÉREA RIO-GRANDENSE

ADV.(A/S) : ARNOLDO WALD FILHO E OUTRO(A/S)

INTDO.(A/S) : INSTITUTO AERUS DE SEGURIDADE SOCIAL

ADV.(A/S) : EDUARDO BRAGA TAVARES PAES E OUTRO(A/S)

Decisão: Após o voto da Ministra Cármen Lúcia (Relatora), não conhecendo do recurso extraordinário da União interposto contra acórdão que julgou os embargos infringentes, negando provimento ao recurso da União e conhecendo parcialmente do recurso do Ministério Público Federal e, na parte conhecida, negando-lhe provimento, pediu vista dos autos o Ministro Joaquim Barbosa (Presidente). Impedidos os Ministros Teori Zavascki e Luiz Fux. Ausente, justificadamente, o Ministro Dias Toffoli. Falaram, pela Advocacia-Geral da União, a Dra. Grace Maria Fernandes Mendonça, Secretária-Geral de Contencioso; pelo Ministério Público Federal, o Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos; pela recorrida, o Dr. Pedro Gordilho, e, pelo interessado, o Dr. Eduardo Braga Tavares Paes. Plenário, 08.05.2013.

Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto da Relatora, não conheceu do recurso extraordinário da União interposto contra o acórdão proferido no julgamento dos embargos infringentes; conheceu parcialmente do recurso extraordinário da União e a ele negou provimento; e conheceu parcialmente do recurso extraordinário interposto pelo Ministério Público Federal, a ele negando provimento na parte conhecida, para manter a decisão do Superior Tribunal de Justiça, afirmando-se a responsabilidade da União quanto aos prejuízos suportados pela recorrida em razão dos planos econômicos existentes no período objeto da ação, vencidos os Ministros Joaquim Barbosa (Presidente) e Gilmar Mendes, que negavam provimento ao segundo recurso da União e davam provimento à parte conhecida do recurso da União e ao do Ministério Público Federal, para julgar improcedente o pedido de indenização formulado pela Varig S/A - Viação Aérea Rio-Grandense. Impedidos os Ministros Teori Zavascki e Luiz Fux. Ausentes, justificadamente, os Ministros Marco Aurélio e Dias Toffoli. Plenário, 12.03.2014.



Presidência do Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Luiz Fux, Rosa Weber, Teori Zavascki e Roberto Barroso.

Procurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros.

p/ Luiz Tomimatsu
Assessor-Chefe do Plenário