

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.

Prossegue 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, *Société 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.**