

PARECER

**SERVIÇOS PRESTADOS POR EMPRESÁRIOS
LOTÉRICOS À CAIXA ECONÔMICA FEDERAL
COMO COLETORES DE APOSTAS, AGÊNCIAS
BANCÁRIAS, ONDE NÃO HÁ INSTITUIÇÕES
FINANCEIRAS, E DE OUTRA NATUREZA – REGIME
JURÍDICO CONSTITUCIONAL APLICÁVEL DO
ARTIGO 173 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL –
CONSEQUÊNCIAS LEGAIS DECORRENTES –
PARECER.**

Ives Gandra da Silva Martins

Consulta

Formula-me a consulte, por intermédio de seu eminente advogado, MARCO VINÍCIO MARTINS DE SÁ, a seguinte consulta:

“Os empresários lotéricos atuam por meio de “permissões”.

Particularmente, eu penso ser imprópria essa classificação do contrato firmado entre lotéricos e CAIXA como permissão, pelas seguintes razões:

- i) a uma porque se trata de um contrato, e com termo certo (algo incompatível, s.m.j., com a precariedade das permissões);*
- ii) a duas porque a CAIXA é um banco, não um prestador de serviços públicos. E mesmo quando presta serviços públicos, o faz de forma remunerada, exercendo atividade econômica;*
- iii) a três, porque embora a CAIXA explore o serviço de loterias, ela (CAIXA) também incluiu nos contratos dos empresários lotéricos a atividade de correspondência bancária.*

Por conseguinte, a rigor dos conceitos, não parece apropriado falar em concessões ou permissões de serviços públicos, na espécie.

*Em reforço, convém lembrar que, além de vender produtos lotéricos explorados pela CAIXA, os empresários lotéricos hoje exercem diversas outras atividades econômicas em favor da CAIXA ECONÔMICA FEDERAL – destacando que as casas lotéricas são **correspondentes bancários** da CAIXA, o que nem de longe constitui serviço público, **s.m.j.***

Quando se diz que a correspondência bancária não é serviço público, estrito senso, parte-se do pressuposto de que diversos bancos (inclusive a CAIXA) também contratam diversos estabelecimentos comerciais, tais como farmácias, padarias, agências franqueadas de correios etc., para a função.

E tudo sem licitação.

Caso se conclua o contrário, ou seja, que a correspondência bancária também é um serviço público, então pode-se deduzir que também essa contratação dependeria de prévias licitações.

Em verdade, a meu juízo, a relação entre lotéricos e CAIXA é uma relação ‘sui generis’, um ‘tertius genus’ de contrato administrativo (não é concessão nem permissão; a rigor, tem algo de franquias, e tem algo também de um contrato civil de prestação de serviços, no caso da correspondência bancária – que tb. é feita por farmácias, supermercados, sem que jamais se tenha cogitado em licitação para isso etc.).

Enfim: os aspectos acima destacados são importantes para melhor compreender a questão e buscar demonstrar que, na espécie, não é apropriado (s.m.j.) falar, simplesmente, em aplicação do art. 175/CR ou nas disposições da Lei n. 8987/1995 e demais legislações correlatas, porque, insista-se, os empresários lotéricos não são meros prestadores de serviços públicos, que lhes foram outorgados em razão de uma permissão ou concessão, como equivocadamente tem sido sustentado.

Pois bem: o fato é que, hoje, existem aproximados 12.000 lotéricos em todo o país.

E aproximadamente metade deles (segundo informado, 6310) mantém contratos firmados antes da Constituição de 1988 e antes da Lei n. 8987/1995.

Ou seja: não houve licitações para esses.

Em 1999 a CAIXA negociou com as entidades representativas da categoria lotérica (Federações e Sindicatos de Lotéricos), a assinatura de Termos Aditivos aos contratos existentes até então, buscando ajustar os contratos antigos às exigências da nova lei, concedendo prazo de 240 meses para cada contrato (o prazo findaria, portanto, em 2018, e poderia ser prorrogado por igual período, a critério da CAIXA).

Findo aquele prazo, os contratos se extinguiriam e novas contratações ficariam sujeitas a licitações.

Ocorre que em junho de 2011 o MD. RMP, junto ao TCU, apresentou representação visando apurar a alegada “irregularidade” (manutenção de contratos de permissão, sem licitação, por 20 anos).

Aquela representação é objeto do processo TCU 017.293/2011-1, que foi julgado no dia 17 de abril p.p..

Naquele julgamento o TCU julgou a representação e acolheu proposta da CAIXA, para determinar a substituição e licitação dos lotéricos até dezembro de 2018.

De acordo com a proposta da CAIXA, essa substituição será feita em 03 etapas (1/3 até o final de 2016; outro 1/3 até o final de 2017 e outro 1/3 até o final de 2018).

Faltou definir quais serão os critérios para “escolher” quais permissionários estarão em cada lote.

De toda forma, o acórdão determinou que a CAIXA apresentasse um cronograma para essas substituições no prazo de 60 dias, contados da publicação do acórdão.

Talvez esses critérios sejam explicitados nesse cronograma que será apresentado. E esse prazo expirará em 27 de junho de 2013.

Nossa intenção, é claro, é que sejam respeitados os contratos em vigor, válidos até 2018, e que podem ser objeto de prorrogação, a critério da CAIXA. Se não forem respeitados os prazos, que os lotéricos sejam, ao menos, indenizados, e/ou que o tempo de atividade, fundo de comércio etc., sejam considerados como um “crédito” nas licitações a serem promovidas.

E não bastasse esse problema junto ao TCU, ainda há graves problemas atormentando a rede lotérica.

1) Atualmente a situação financeira de toda a rede lotérica é terrível. Pode-se falar que grande parte dos lotéricos (não seria exagero dizer que uns 80%) têm débitos com a CAIXA porque não conseguem fazer os “fechamentos” em dia.

As comissões/tarifas pagas pela CAIXA são insuficientes para arcar com os custos do negócio, e também para garantir o retorno do capital investido. Os dados colhidos pelo IPEA em 2010, e os trabalhos enviados aos colegas, inclusive da FGV, mostram que há anos existe uma situação de total desequilíbrio econômico-financeiro do contrato.

2) Para piorar, a CAIXA tem autorizado a abertura de novas casas lotéricas (ULs – unidades lotéricas), sem critérios objetivos, prejudicando as ULs já existentes.

Institui-se uma verdadeira concorrência predatória, prejudicando os resultados tanto das ULs já existentes, como das novas.

E como pode ser visto na manifestação da CAIXA, apresentada ao TCU, a mesma anuncia que fará uma ampliação na rede, licitando novas ULs (aproximadamente 3.800!!!).

Novamente, não sabemos quais serão os critérios para definir onde serão alocadas essas novas ULs.

Mas tudo indica que a coisa deverá piorar.

Há quem diga que a intenção da CAIXA é exatamente essa: abrir as novas ULs, licitadas, próximas das antigas, para não perder aquele “mercado ideal”.

E, se possível, manter a antiga UL como mera correspondente (que não precisaria de processo licitatório...).

Enfim: gostaríamos de contratar os seguintes serviços dos profissionais da ADVOCACIA GANDRA MARTINS:

a) Elaboração de um parecer jurídico, para instruir o processo TCU 017.293/2011;

e/ou

- b) Atuação dos profissionais desse escritório junto ao TCU, na defesa dos empresários lotéricos;
e/ou*
- c) Propositura de eventuais ações judiciais visando desconstituir eventual decisão desfavorável aos interesses da categoria, se isso vier a acontecer.*

São serviços distintos, embora complementares.

Os principais quesitos a serem respondidos no parecer, em princípio, seriam:

- a) A CAIXA ECONÔMICA FEDERAL é uma concessionária de serviços públicos, ou uma empresa pública, que exerce atividades bancárias e também presta serviços públicos, mediante remuneração?*
- b) Considerando que a CAIXA ECONÔMICA FEDERAL não é um ente público prestador de serviços públicos, mas uma empresa pública (banco) que exerce atividades econômicas, é correto dizer que as atividades que ela (CAIXA) “delega” aos particulares (venda de produtos lotéricos e exercício de correspondência bancária) devem estar sujeitos às exigências do art. 175/CR, mesmo não se tratando de serviços públicos, no sentido estrito?*
- c) Qual seria a natureza jurídica do contrato celebrado entre os empresários lotéricos e a CAIXA?*
- d) Essa modalidade contratual garante aos lotéricos o direito ao equilíbrio econômico-financeiro, e a ser remunerado por tarifas e comissões que lhe assegurem cobrir os custos, ter um lucro e obter o retorno do capital? Se positivo, teriam direito a indenização pelo desequilíbrio econômico-financeiro desses anos todos (no mínimo pelo período imprescrito), em razão do pagamento de comissões insuficientes para custear a atividade (fato comprovado pelo IPEA e pela FGV)?*
- e) Considerando que a CAIXA ECONÔMICA FEDERAL é um banco, uma empresa pública, que explora atividade econômica, e que a teor do art. 173, parágrafo 1º., da CR/1988, é correto dizer que seria necessário editar lei que regule a contratação de serviços por aquela*

empresa, observados os princípios da administração pública? (inc. III, do parágrafo 1º, do art. 173, da CR/1988).

f) Ainda que se diga que os serviços delegados às casas lotéricas devem ser enquadrados como “concessão” ou “permissão”, é de se frisar que o artigo 2º, da Lei n. 9074/1995 expressamente dispõe que “é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios executarem obras e serviços públicos por meio de concessão e permissão de serviço público, sem lei que lhes autorize e fixe os termos, dispensada a lei autorizativa nos casos de saneamento básico e limpeza urbana e nos já referidos na Constituição Federal, nas Constituições Estaduais e nas Leis Orgânicas do Distrito Federal e Municípios, observado, em qualquer caso, os termos da Lei nº 8.987, de 1995.”

Diante da literalidade dessa norma, é correto dizer que a “exploração de serviços lotéricos” por meio de concessão ou permissão exige lei específica, que lhes autorize e fixe os termos?

Se positivo, o Projeto de Lei n. 4280/2008, em trâmite perante a Câmara dos Deputados e em fase final de aprovação, atende às exigências da Constituição da República?

g) Ainda na linha do quesito anterior, caso se diga que os serviços delegados às casas lotéricas devam ser enquadrados como “concessão” ou “permissão”, e mesmo admitindo-se que os contratos em curso que não foram objeto de licitação e que, por isso, devam ser tidos como revogados, na forma do art. 43, da Lei n. 8987/1995, não se pode olvidar que o artigo 3º, da Lei n. 9074/1995 é expresso ao dispor que:

“Art. 3º Na aplicação dos arts. 42, 43 e 44 da Lei nº 8.987, de 1995, serão observadas pelo poder concedente as seguintes determinações:

I - garantia da continuidade na prestação dos serviços públicos;

II - prioridade para conclusão de obras paralisadas ou em atraso;

III - aumento da eficiência das empresas concessionárias, visando à elevação da competitividade global da economia nacional;

IV - atendimento abrangente ao mercado, sem exclusão das popula-

ções de baixa renda e das áreas de baixa densidade populacional inclusive as rurais:

V - uso racional dos bens coletivos, inclusive os recursos naturais”.(os grifos são nossos)

CONSIDERANDO que as casas lotéricas, atualmente, prestam relevantes e essenciais serviços à sociedade, notadamente a parcela mais carente, vez que é nas casas lotéricas que as pessoas mais carentes recebem seguro desemprego, fazem saque de FGTS, recebem todos os demais benefícios sociais do governo;

CONSIDERANDO que as casas lotéricas, atualmente, estão presentes em todos os municípios e localidades, atendendo em muitos casos comunidades que não têm serviços bancários disponíveis (e, portanto, sequer poderiam pagar contas de água e luz, p.ex., se não existissem as casas lotéricas na localidade);

CONSIDERANDO que em nosso país há mais de 50 milhões de pessoas sem contas bancárias (conforme noticiado no jornal VALOR ECONÔMICO de 12/06/2013), e que atualmente 17% das operações bancárias no país são feitas por correspondentes bancários, quase todos casas lotéricas;

CONSIDERANDO, também, que nem mesmo a CAIXA ECONÔMICA FEDERAL teria condições de atender toda a demanda se não tivesse sua rede de correspondentes bancários,

CONSIDERANDO, também, que o artigo 42, da Lei n. 8987/1995, é expreso ao dispor que:

*Art. 42. As concessões de serviço público outorgadas anteriormente à entrada em vigor desta Lei **consideram-se válidas pelo prazo fixado no contrato ou no ato de outorga**, observado o disposto no art. 43 desta Lei.*

§ 1º Vencido o prazo mencionado no contrato ou ato de outorga, o serviço poderá ser prestado por órgão ou entidade do poder concedente, ou delegado a terceiros, mediante novo contrato.

§ 2º As concessões em caráter precário, as que estiverem com prazo ven-

*cido e as que estiverem em vigor por prazo indeterminado, inclusive por força de legislação anterior, **permanecerão válidas pelo prazo necessário à realização dos levantamentos e avaliações indispensáveis à organização das licitações que precederão a outorga das concessões que as substituirão, prazo esse que NÃO SERÁ INFERIOR a 24 (vinte e quatro) meses.**”(os grifos e os destaques são nossos)*

Em face de todos os CONSIDERANDOS acima, é correto concluir que devem ser observados/respeitados os prazos fixados nos termos de ajustes firmados em 1999 (ou seja, até 2018), para os empresários lotéricos cujos contratos foram celebrados antes da Lei n. 8987/1995, mesmo que não tenham sido eles precedidos de licitação?

h) Por fim, caso se considere que todos os contratos devem mesmo extintos antes do prazo ajustado (para os lotéricos que tiverem os contratos rescindidos antecipadamente, em 2016 e 2017, se a CAIXA não apresentar alguma forma de compensação – o que ainda não foi apresentado) devem ser indenizados? Se positivo, quais os critérios a serem observados nessa indenização?

i) Seria válido a CAIXA instituir um valor para que o atual empresário lotérico que venha a participar das licitações empregue como “lance inicial”, pelos anos de atividade e pela formação do seu fundo de comércio, como ocorreu nas licitações dos correios?

j) Caso se considere que a exploração de jogos é que constitui serviço público, mas que a correspondência bancária é uma atividade econômica comum às instituições financeiras, pode a CAIXA exigir que as casas lotéricas também sejam correspondentes bancários? Os lotéricos teriam direito de se recusarem a exercer atividades de correspondência bancária, executando apenas a venda de produtos lotéricos e afins?

l) Os lotéricos podem obstar a abertura de novas casas lotéricas próximas às já existentes, sem que sejam apresentados estudos que comprovem, objetivamente, a necessidade da nova UL naquela mesma região?

Na mesma linha, os lotéricos prejudicados podem pleitear indenização pelos danos suportados em razão de abertura indiscriminada de novas ULs e de outros correspondentes, na mesma área de atuação de ULs já existentes? Estaríamos diante de uma concorrência predatória, promovida pela CAIXA contra a sua própria rede?

m) A CAIXA pode contratar livremente serviços de correspondência bancária, sem prévia licitação?

n) Fineza expor demais considerações que entender relevantes e necessárias para a correta compreensão do tema”.

Resposta

Algumas considerações iniciais, ainda que breves, fazem-se necessárias para alicerçar o raciocínio que permitirá as respostas aos questionamentos formulados pela Consulente.

A primeira delas diz respeito ao regime jurídico aplicável à dualidade da iniciativa econômica, principalmente quando existe a participação do Estado. Sobre a matéria tenho posição firmada desde a promulgação da Constituição de 1988, lembrando que o eminente jurista e relator da Constituinte, Senador Bernardo Cabral, pediu-me para elaborar anteprojeto para a ordem econômica, na linha de estudos que eu escrevera sobre a dualidade da iniciativa.

Algumas das ideias que, então, levei a Bernardo, foram aproveitadas pelo Constituinte, entre elas as que sustentei sobre essa matéria.

Reitero, portanto, neste parecer, minha inteligência sobre o tema, que foi também de permanente reflexão, na obra de Geraldo Vidigal.

A polêmica referente à dualidade da iniciativa econômica e aos regimes próprios da atividade estatal como agente do processo econômico foi amplamente discutida, com a participação de inúmeros professores da área, no 1º Simpósio Nacional de Direito Econômico do Centro de Extensão Universitária, à luz da Constituição anterior.

As conclusões do referido conclave, ainda quando a Lei Suprema não se referia à existência de um ramo do direito batizado de “econômico”, foram no sentido de que a ordem econômica comporta duas claras atuações de seus agentes: a exploração de atividades de conteúdo mercantil, abrangendo, inclusive, os serviços; e a prestação de serviços públicos com densidade econômica. Na primeira, prevalecem as normas de direito privado, com a presença indireta dos ramos de direito público relacionados e, na segunda, as regras do direito público são mais relevantes, principalmente de direito administrativo, embora também com influência indireta do direito privado ¹.

A meu ver, a Constituição de 1988 veio consagrar essa linha de interpretação, conforme já procurei demonstrar em inúmeros artigos e trabalhos jurídicos.

Toda a ordem econômica está voltada a um liberalismo-social ou a um socialismo liberal, que, no dizer de Miguel Reale e Oscar Corrêa, compõem a terceira via da economia moderna ². Ambos mostram que a economia de mercado, perfilada pelo constituinte de 1988, está tem-

1. *O Caderno n. 1 de Direito Econômico do Centro de Extensão Universitária e Editora Resenha Tributária, por mim coordenado, sob o título “Disciplina Jurídica da Iniciativa Econômica” hospedou trabalhos dos seguintes autores: Áttila de Souza Leão Andrade Jr., Edvaldo Brito, Eros Roberto Grau, Fábio Nusdeo, Geraldo de Camargo Vidigal, Ives Gandra da Silva Martins, Jamil Zantut, José Carlos Graça Wagner, José Tadeu de Chiara, Luiz Felizardo Barroso, Raimundo Bezerra Falcão, Roberto Rosas e Washington Peluso Albino de Souza (São Paulo, 1983).*

2. *Miguel Reale escreve: “Como se verá, a Queda do Muro de Berlim somente surpreendeu os intelectuais dominados pelo ópio do marxismo, porquanto a precariedade do regime soviético já havia sido mais do que demonstrada pelos novos doutrinadores do liberalismo, os quais também puseram à mostra todos os equívocos em que se enredavam os partidários da Social-Democracia, cada vez mais incapaz de se afirmar como solução plausível e segura, visto padecer do mesmo mal do comunismo, que era a vinculação às idéias marxistas da luta de classes e da economia dirigida, posta como fundamento único e legitimador do Estado.*

Foi assim que, se, de um lado, os liberais extremados se deixavam fascinar pelos sortilégios da livre concorrência, apontada como única fonte de bem-estar, de outro, os social-democratas mais conscientes deram-se conta da necessidade de proceder à revisão de suas diretrizes básicas.

perada por valores sociais, ao ponto de os dois fundamentos maiores do artigo 170 referirem-se, de um lado, à valorização do trabalho humano e, de outro, à livre iniciativa ³. Esta última só é possível em face da livre concorrência (art. 170, inciso IV), balizada por dois mecanismos de cerceamento de desvios, quais sejam, na ponta da produção e circulação de mercadorias e serviços, pelo controle do abuso do poder econômico (art. 173, § 4º da C.F.), e, na ponta do consumo, à proteção ao direito do consumidor (5º, inciso XXXII e 170, inciso V) ⁴.

A opção pela economia de mercado, todavia, torna-se clara no artigo 174, “caput”, cuja dicção é a seguinte:

Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado (grifos meus),

tornando o planejamento oficial apenas indicativo para o segmento privado, embora obrigatório para o setor público, apesar de a disciplina legal de incentivos e fiscalização ser comum aos dois ramos ⁵.

É desse contraste ou entrechoques de idéias que iria emergir o fato político mais relevante de nosso tempo, o da convergência das ideologias, não no sentido de uma solução única, mas sim no sentido de recíprocas influências entre elas, levando a diversos programas revisionistas” (O Estado Democrático de Direito e o Conflito das Ideologias, Ed. Saraiva, 1998, p. XII/XII).

3. Miguel Reale, “O Estado Democrático de Direito e o Conflito das Ideologias”, Ed. Saraiva, 1998 e Oscar Corrêa, “O Sistema Político-Econômico do Futuro: O Societarismo”, Ed. Forense Universitária, 1994. A pedido do Professor Miguel Reale, escrevi a introdução do livro.

4. Os dispositivos estão assim redigidos: “Art. 170 A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: ...IV. livre concorrência; V. defesa do consumidor”;

“Art. 173 - § 4º - A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”;

“Art. 5º - XXXII. O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”.

5. Manoel Gonçalves Ferreira Filho comenta o dispositivo: “PLANEJAMENTO: Como se sabe, há dois tipos de planejamento. Um, de caráter indicativo, visa a orientar os

O artigo 173, em seu “caput”, não alterado pela E.C. n. 19/98, declara que:

Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei,

apenas permitindo, na exploração da atividade econômica, a presença do Estado para atender:

- 1) a interesse coletivo relevante
- ou
- 2) imperativos da segurança nacional.

Nas duas hipóteses, os comandos normativos a serem seguidos são próprios do direito privado, mais amplos no texto original (173, § 1º), e mais restritos no texto da E.C. n. 19/98 (173, § 1º), visto que certas normas pertinentes ao direito administrativo passaram a ser exigidas expressamente, a partir de 1998 ⁶.

agentes econômicos, propondo metas, indicando investimentos, mormente estatais etc. Este é compatível com a economia social de mercado, embora seja renegado pelo liberalismo clássico.

O outro, o planejamento de caráter compulsório, aqui chamado de determinante – mas por muitos designado por planificação para fácil distinção em relação ao primeiro –, é típico da economia centralizada. Por meio dele, procura-se substituir o mercado por avaliações administrativas de que defluem ordens sobre o cálculo de quantidades físicas e valores de caráter meramente contábil (cf. meu Direito Constitucional Econômico, cit., p. 10).

Difícil é conceber a possibilidade de um planejamento compulsório, ainda que apenas para o chamado setor público da economia, no quadro de uma economia de mercado, a qual indiscutivelmente resulta da Constituição em estudo” (Comentários à Constituição Brasileira de 1988, vol. 4, Ed. Saraiva, 1995, p. 15).

6. Celso Ribeiro Bastos preleciona: “Este preceito, muito embora tenha sido modificado pela Emenda n. 19/98, ainda assim guarda grande similitude com o § 2º do art. 170 da Constituição de 1967, que recebeu nova redação com a Emenda n. 1, de 1969, que rezava: “§ 2º Na exploração, pelo Estado, da atividade econômica, as empresas públicas e

O parágrafo 1º. dos dois Textos Supremos estão assim redigidos:

Constituição de 1988 (redação original): Art. 173 ...

§ 1º A empresa pública, a sociedade de economia mista e outras entidades que explorem atividade econômica sujeitam-se ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto às obrigações trabalhistas e tributárias (...);

E.C. n. 19/98: Art. 173 ...

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre:

I. sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade;

II. a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;

III. licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública;

IV. a constituição e o funcionamento dos conselhos de administração e fiscal, com a participação de acionistas minoritários;

V. os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores (grifos meus).

as sociedades de economia mista reger-se-ão pelas normas aplicáveis às empresas privadas, inclusive quanto ao direito do trabalho e ao das obrigações”.

É um parágrafo muito importante para revelar a índole da organização jurídica da nossa economia. Ele desempenha um papel de ordem sistemática que transcende em muito o comando que encerra.

Neste parágrafo, especificamente no seu inc. II, agasalha-se a idéia de que é possível ao Estado, através de pessoas descentralizadas, desempenhar um papel assemelhado àquele cumprido pelas empresas privadas. Fixou-se no nosso direito crença de que essa convivência é possível. Assim o que se procura é que as empresas públicas, as sociedades de economia mista e suas subsidiárias que explorem atividade econômica submetam-se ao regime jurídico previsto para as empresas privadas” (Comentários à Constituição do Brasil, Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra Martins, 7º vol., Ed. Saraiva, 2000, p.67).

Ora, em nenhum momento o artigo 173 contempla a exploração de **serviços públicos**, mas apenas a exploração de atividades econômicas – daí a prevalência do direito privado –, lembrando-se que o § 1º, na redação da E.C. n. 19/98, refere-se à:

- a) exploração de atividade econômica de
- b) produção e comercialização
- c) de bens
- ou
- d) prestação de **serviços**, sem qualquer adjetivação ⁷.

Ocorre que, repetidas vezes, o Estado pode intervir em área de prestação de serviços ou comercialização de bens por

interesse coletivo relevante
ou
imperativos de segurança nacional,

sem que tais serviços ou circulação de bens possam ser considerados **serviços públicos**, como, por exemplo, já aconteceu durante a segunda guerra mundial, em que houve período de racionamento de alimentos (leite, pão, etc.). Poderia, o ente estatal, se quisesse, criar empresas para

7. No volume 7 dos Comentários que Celso Ribeiro Bastos e eu elaboramos, lê-se como nota de roda-pé n. 1 na página 67 o seguinte: “No direito francês, por exemplo, há dois tipos clássicos de empresas públicas. Em primeiro lugar aparecem aquelas com estatuto de sociedade; em segundo vêm as empresas com estatuto de estabelecimento público.

A distinção baseia-se, fundamentalmente, na natureza do serviço que uma e outra prestam. Justamente em função da natureza das tarefas levadas por essas empresas é que se vai descobrir qual o regime jurídico aplicável, numa graduação que vai desde um regime quase puro de direito público (caso dos estabelecimentos públicos desempenhando serviço público) até um regime quase puro de direito privado (sociedades públicas de caráter comercial e industrial, que atuam paralelamente, no mercado, com as empresas privadas). Vale dizer que tal critério foi criado pela doutrina francesa, não constando em texto legal algum (cf. a respeito Luís S. Cabral de Moncada, *Direito Econômico*, 2ª. ed., Coimbra Ed., p. 190, nota de roda-pé)”.

explorar tais atividades. Chegou a criar, na importação da borracha, a contestada TORMB (taxa de organização e regulamentação do mercado da borracha), objetivando regularizar segmento descompassado da economia. Durante o conflito de 1939/45, a distribuição de combustíveis passou a ser atividade de segurança nacional, assim como a produção da borracha. E a “Petrobrás” surgiu, no fim da década de 40, como imperativo de segurança nacional, sem que se possa dizer que a extração, produção e comercialização de combustíveis sejam **serviços públicos** ⁸.

Desta forma, a dicção constitucional sinaliza no sentido de que **imperativos de segurança nacional e interesse público relevante** podem levar o Estado a protagonizar a exploração de atividades econômicas que impliquem **serviço**, sem que sejam necessariamente **públicos**.

O segundo regime jurídico diz respeito à atuação do Estado na prestação de **serviços públicos** com densidade econômica, e está desenhado no “caput” do artigo 175 da C.F., sendo seu discurso o seguinte:

Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos (grifos meus).

Aqui, ao contrário do § 1º do artigo 173, nitidamente o constituinte fala em **serviços públicos** e não apenas em **serviços**, sendo este regime de direito administrativo. Por consequência, as empresas privadas que

8. O artigo 21 e § 1º da Lei n. 5227/67 estava assim redigido: “Art. 21 - É instituída a taxa de organização e regulamentação de mercado da borracha, de natureza específica e incidente sobre as borrachas e látices vegetais e químicas, nacionais e estrangeiras.

§ 1º Compete ao Conselho Nacional da Borracha estabelecer as alíquotas da taxa a que se refere este artigo para cada categoria de elastômeros, não podendo àquelas exceder a 1/20 (vinte avos) do valor de produção das borrachas e látices nacionais e do preço f.o.b. dos produtos importados”.

nele atuem, quando titulares de concessão, seguem as estritas regras daquele ramo da árvore jurídica ⁹.

Não há como confundir os dois regimes. São distintos. No primeiro, o Estado atua como agente vicário na exploração própria da atuação particular, regida por normas que pertinem ao direito privado; no segundo, o segmento privado pode atuar como agente acólito do Estado na prestação de serviços públicos, cujos aspectos não se confundem com os pertinentes ao artigo 173 ¹⁰.

Não consigo vislumbrar outra interpretação, tendo procurado expor, em inúmeros estudos, esta inteligência, que reitero no presente tra-

9. *Diogo de Figueiredo esclarece: “Os instrumentos de intervenção do Estado na ordem econômica, por estarem estabelecidos como exceções aos princípios constitucionais da democracia econômica, tidos como fundamentais, para a nação brasileira (art. 1º, IV) e gerais para toda a atividade econômica (art. 170, ‘caput’ –livre iniciativa-- e inciso IV –livre concorrência), estão taxativamente previstos na própria Carta Magna.*

Mas, diferentemente da sistemática utilizada para a enunciação dos princípios gerais da atividade econômica, os preceitos definitórios das instituições interventivas na economia ficaram disseminados em vários Capítulos, de quatro distintos Títulos (IV, VII, VIII e IX) da Constituição.

Essas instituições interventivas se classificam em quatro tipos: regulatórias, concorrenciais, monopolistas e sancionatórias. Pela intervenção regulatória, o Estado impõe uma ordenação coacta aos processos econômicos; pela intervenção concorrencial, o Estado propõe-se a disputar com a sociedade no desempenho de atividades econômicas empresariais; pela intervenção monopolista, o Estado se impõe em exclusividade na exploração econômica de certos bens ou serviços; e pela intervenção sancionatória, o Estado pune os abusos e excessos praticados contra a ordem econômica e financeira, a economia popular e certos interesses gerais de índole econômica” (Curso de Direito Administrativo, Ed. Forense, 11ª. ed., 1996, p. 365/366).

10. *Escrevi: “O Estado, sobre não poder ter qualquer espécie de preferência na sua atuação econômica em relação ao setor privado, somente é chamado a participar de tal processo para suprir, complementar, preencher áreas não atendidas pelo mais vocacionado a tal atividade, que é o da livre iniciativa.*

À tal atuação vicária, sem privilégios, denomina a doutrina de “intervenção concorrencial”, no que me parece que bem rotulou tal secundária participação do Estado na Economia.

Pelo artigo 175, o regime jurídico do serviço público, com densidade econômica, faz do Estado o agente principal e o sujeito privado mero coadjuvante, pelos mecanismos da concessão, permissão e autorização” (A Constituição Aplicada 7, Ed. CEJUP, 1993, p. 112).

balho, inclusive, em palestra, perante ministros da Suprema Corte e do Superior Tribunal de Justiça, em Seminário Jurídico sobre Concessões, em Foz do Iguaçu, da Escola Nacional da Magistratura e da Academia Internacional de Direito e Economia (8/6/2001).

O saudoso Professor Geraldo Vidigal, ao examinar esta dualidade própria do Direito Econômico, chegou a propugnar por uma terceira teoria a opor-se entre a da imposição, própria do Direito Público, e a da coordenação, do Direito Privado. Estabeleceu para o direito econômico, portanto, uma terceira relação diversa daquela, a que denominou de “teoria da dominação”, não se tratando da relação de coordenação, própria do direito privado, nem de subordinação, peculiar ao direito público. Parece-me que sua compreensão é facilitada a partir do entendimento do que seja a dualidade da iniciativa econômica, visto que a predominância do direito privado é temperada pela relação de dominação (regime do artigo 173 da C.F.), o mesmo ocorrendo com a relação de subordinação predominante no regime jurídico de direito público, do artigo 175 da C.F., desempenhando, pois, o papel de “estabilizador legal”, na formulação de Geraldo Vidigal.

Creio que o tema continua aberto, mas estou convencido que a disciplina legal do artigo 173 da Lei Maior não comporta a prestação de serviços públicos, apenas possível no regime jurídico previsto no artigo 175 da Constituição Federal.

É que o mais relevante, no direito econômico – que mereceu do constituinte Título separado da Ordem Social –, reside em considerar que o regime jurídico conforme a parceria de interesses públicos e privados faça-se de acordo com a predominância dos interesses em jogo. Resumindo: quando a atividade, pela sua natureza, está sujeita ao regime ao direito privado, a participação do Estado, segundo entendo, é secundária (173). Quando pela sua natureza, a atividade é de serviço público com densidade econômica, o regime está sujeito ao direito público (art. 175) e a participação do segmento privado é vicária.

Parece-me ser esta a melhor inteligência da ordem econômica, à luz de uma integração de cooperação de capitais públicos e privados.

A atividade da Caixa Econômica Federal, bem como aquela explorada pelas lotéricas, nitidamente, não configuram empreendimento sujeito ao regime do artigo 175 da C.F., mas, claramente, ao do artigo 173. O sistema financeiro como um todo não se inclui na regra do artigo 175¹¹. Assim também os jogos de qualquer natureza como, por exemplo, aquele praticado nos Jockeys Clubs de todo o Brasil.

Põe-se, todavia, a questão de que, mesmo quando atuando, o Estado, no regime do artigo 173, os serviços e compras devem ser obtidos por meio de licitações, a teor do § 1º, inciso III, em redação que repito:

§ 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

.....

III - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

.....¹²

11. *O artigo 192 da C. Federal tem a seguinte dicção “O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, será regulado por leis complementares que disporão, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram.” (Constituição da República Federativa do Brasil, Editora NDJ, 2013, p. 167)*

12. *José Afonso da Silva lembra que “Fala em “exploração direta de atividade econômica pelo Estado” (art.173) e do Estado como “agente normativo e regulador da atividade econômica” (art.174). Quer dizer: o Estado pode ser um agente econômico e um agente disciplinador da economia. Pode manter-se, em face da atual Constituição, a mesma distinção que surtia das anteriores, qual seja, a de que ela reconhece duas formas de ingerência do Estado na ordem econômica: a participação e a intervenção. Ambas constituem instrumentos pelos quais o Poder Público ordena, coordena e atua a observância dos princípios da ordem econômica*

O dispositivo merece temperamentos, na medida em que, havendo uma impossibilidade material, conforme já demonstrei em parecer para a Presidência da República e publicado no meu livro “Direito Constitucional Interpretado” (Ed. Revista dos Tribunais), ou diante da agilidade inerente ao desenvolvimento da própria atividade, a licitação se mostra incompatível¹³. Com efeito, o procedimento licitatório muitas vezes não se mostra factível diante das atividades negociais para as quais a empresa estatal foi criada. Assim, não é razoável levar à risca, o que dispõe o artigo, a ponto de concluir que toda a compra e prestação de serviços contratados por uma empresa no regime do artigo 173 deveria ser objeto de licitação, pois isso pode impedir a normalidade da atuação da empresa e contrariar os procedimentos rotineiros da atividade empresarial. Por exemplo, para uma empresa em que o resultado positivo dependa da agilidade na comercialização de determinado produto, as delongas inerentes ao processo licitatório podem significar a inviabilização do próprio objeto social.

Aliás, o constituinte deixou ao legislador ordinário a definição da constituição de empresa pública ou sociedade de economia mista, assim como seu regime essencial. E mesmo no caso das empresas prestadoras de serviços públicos, o legislador ordinário, nas 32 hipóteses do artigo 24 da Lei 8.666/95, estabelece aquelas de dispensa e no artigo 25 as de inexigibilidade de licitação.

O certo é que, em não poucos serviços ou aquisições feitas por empresas estatais, prestadoras de serviços públicos ou exploradoras de atividade econômica, a licitação é afastada em função de peculiaridade da

tendo em vista a realização de seus fundamentos e de seu fim, já tantas vezes explicitados aqui. É importante ter em vista essas razões que fundamentam a atuação do Estado Brasileiro no domínio econômico, porque, se essa atuação não é princípio da ordem econômica, não pode também ser vista como simples exceção, na medida em que tanto a iniciativa privada como a estatal se destinam ao mesmo objetivo de realização daqueles fins, princípios e fundamentos. (Comentário Contextual à Constituição, Malheiros Editores, 2010, p. 731)

13. Ed. 1992, p. 9-32.

atividade, valores envolvidos ou impossibilidade material de realizar o processo licitatório.

O regime jurídico, pois, de empresas que não estão qualificadas no artigo 175, mas no 173 da Constituição Federal, não é o da Lei 8.987/93, que, como determina seu enunciado, apenas

Dispõe sobre o regime de concessão e permissão de prestação de serviços públicos previstos no artigo 175 da CF e dá outras providências.

Em seus 47 artigos a lei não se refere uma única vez ao regime jurídico do artigo 173, mas, exclusivamente, aquele do artigo 175 da Constituição Federal ¹⁴.

Ora, nenhum Banco privado ou público é regido pelo artigo 175 da CF, mas sim pelo artigo 173 combinado com o artigo 192 que, à falta de leis complementares, rege-se ainda pela Lei 4.595/64 ¹⁵.

Tanto é assim que determina o § 2º, do artigo 173 que:

§ 2º - As empresas públicas e as sociedades de economia mista não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos às do setor privado,

por outro lado, o inciso II do § 1º dispõe que:

a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários;

14. *A submissão, portanto, seria à Lei 8.666/93, com as alterações da Lei 9.648/96 e outras por força da E.C. n. 19/98.*

15. *Foi tal lei recepcionada, com eficácia de lei complementar pela Constituição de 88.*

não lhes permitindo disciplina legal distinta daquela aplicável ao setor privado, e tampouco privilégios fiscais, que, se concedidos, tirariam a competitividade do mercado das empresas privadas¹⁶.

A Caixa Econômica nitidamente é empresa sujeita ao regime jurídico do artigo 173, e não 175, e as lotéricas que atuam em 3 áreas (jogos, serviços complementares onde não há serviços de interligação e “longa manus” do sistema bancário) são empresas que prestam serviços “não públicos”, mas privados, como quaisquer bancos e a própria Caixa para a sociedade¹⁷.

Considero este ponto crucial no exame do presente parecer até porque foi a linha seguida pelos constituintes, tendo eu, a pedido do próprio relator geral da Constituição, Senador Bernardo Cabral, apresentado anteprojeto mais conciso do que terminou sendo aprovado pelo parlamento, mas com clara divisão entre os dois regimes, algo que também expus, quando convocado para participação da audiência pública, na Subcomissão de Ordem Econômica de Constituinte, presidida pelo Deputado Delfim Netto.

16. *Inconstitucionalidade de norma que institui a impenhorabilidade dos bens, rendas e serviços da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos: STF – “ECT. Art. 12 do DL n. 509/69, na parte que instituiu a impenhorabilidade dos bens, rendas e serviços da entidade. Norma incompatível com a regra do § 1º do art. 173 da Constituição, pela qual os entes da Administração Indireta, que exploram atividade econômica, como no caso, estão sujeitos ao regime jurídico próprio das empresas privadas” (STF – 1ª T. – Rextr. N. 228.497-1/SP – Rel. Min. Ilmar Galvão, Diário da Justiça, Seção I, 16 abr. 1999, p. 27). (Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional, Ed. Atlas, 2013, p. 1888)*

17. *“Empresas estatais – Prestação de serviços públicos e exploração de atividades econômicas: STF – “Distinção entre empresas estatais prestadoras de serviço público e empresas estatais que desenvolvem atividade econômica em sentido estrito. (...). As sociedades de economia mista e as empresas públicas que explorem atividade econômica em sentido estrito estão sujeitas, nos termos do disposto no § 1º do art. 173 da Constituição do Brasil, ao regime jurídico próprio das empresas privadas. (...). O § 1º do art. 173 da Constituição do Brasil não se aplica às empresas públicas, sociedades de economia mista e entidades (estatais) que prestam serviço público” (ADI 1.642, Rel. Min. Eros Grau, j. 3-4-2008, Plenário, DJE, de 19-9-2008). (Ob. Cit., p. 1888)*

Nem as lotéricas, nem a Caixa Econômica Federal estão sujeitas ao regime jurídico do artigo 175 da CF, mas sim ao do artigo 173, como, de resto, todas as empresas do sistema financeiro, nada obstante dependerem, em grande parte, da regulamentação do artigo 192 da CF, compactado pela EC n. 40/03, pela edição de diversas leis complementares¹⁸.

Um segundo ponto preambular merece consideração, ou seja, a diferença entre permissões e concessões.

Em nosso Tratado de Direito Administrativo (coordenação de Adilson Dallari, Carlos Valder do Nascimento e minha, Ed. Saraiva, 2 volumes, 2013), procuramos caracterizar, pela pena de diversos autores, os atos administrativos e o diferencial de seus tipos.

A própria Lei 8.987/1995 estabelece as garantias para o contrato de concessão, contempladas nos 15 itens, do artigo 23, assim redigido:¹⁹

18. *Alexandre de Moraes comenta “A redação do capítulo sobre o sistema financeiro nacional (capítulo IV da Constituição Federal), dada pela EC n. 40, de 29-5-2003, concedeu ao Congresso Nacional maior liberdade para sua regulamentação, pois retirou a exigência de observância, por parte da lei complementar, de diversos preceitos previstos pela redação original do art. 192. Dessa forma, a principal alteração trazida pela EC n. 40/03 foi a verdadeira desconstitucionalização do conteúdo básico da matéria referente ao sistema financeiro nacional. Outra importante previsão foi a expressa determinação de desnecessidade de lei complementar única para disciplinar todo o sistema financeiro nacional. A nova redação do ‘caput’ do art. 192 da Constituição Federal, dada pela EC n. 40/03, expressamente, prevê sua regulamentação por leis complementares” (ob. cit., p. 1938).*

19. *Marçal Justen Filho lembra que aos Contratos de Concessões, onde se admite em casos excepcionais a revogação unilateral que “O contrato pode ser modificado, por decisão unilateral da Administração, após haver sido formalizado. Nada impede, porém, que a modificação seja promovida antes mesmo da formalização. Seria irracional exigir que o contrato fosse firmado e, somente após, fosse efetivada a alteração unilateral. Aplicam-se ao caso, como é óbvio, os mesmos pressupostos e limites relacionados aos poderes de modificação unilateral do contrato de concessão. Não poderá ser afetada a equação econômico-financeira da contratação. Deverá assegurar-se a oportunidade para manifestação prévia do interessado. Deverão modificar-se os prazos contratuais, quando a modificação acarretar impossibilidade de cumprimento dos originalmente previstos. De todo modo, essa modificação unilateral poderá ser questionada segundo as regras comuns acerca de desvio de poder e controlada rigorosamente segundo o princípio da modalidade. É muito estranhável que o Estado somente*

Art. 23. São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas:

I - ao objeto, à área e ao prazo da concessão;

II - ao modo, forma e condições de prestação do serviço;

III - aos critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros definidores da qualidade do serviço;

IV - ao preço do serviço e aos critérios e procedimentos para o reajuste e a revisão das tarifas;

V - aos direitos, garantias e obrigações do poder concedente e da concessionária, inclusive os relacionados às previsíveis necessidades de futura alteração e expansão do serviço e conseqüente modernização, aperfeiçoamento e ampliação dos equipamentos e das instalações;

VI - aos direitos e deveres dos usuários para obtenção e utilização do serviço;

VII - à forma de fiscalização das instalações, dos equipamentos, dos métodos e práticas de execução do serviço, bem como a indicação dos órgãos competentes para exercê-la;

VIII - às penalidades contratuais e administrativas a que se sujeita a concessionária e sua forma de aplicação;

IX - aos casos de extinção da concessão;

X - aos bens reversíveis;²⁰

XI - aos critérios para o cálculo e a forma de pagamento das indenizações devidas à concessionária, quando for o caso;

XII - às condições para prorrogação do contrato;

XIII - à obrigatoriedade, forma e periodicidade da prestação de contas da concessionária ao poder concedente;

XIV - à exigência da publicação de demonstrações financeiras periódicas da concessionária; e

venha aperceber-se da inconveniência dos termos contratuais após encerrada a licitação” (grifos meus) (Concessões de Serviços Públicos, Dialética, 1997, p. 249)

20. *Aplica-se, subsidiariamente às concessões o artigo 60 da Lei 8.666/93 assim redigida: “Art. 60. Os contratos e seus aditamentos serão lavrados nas repartições interessadas, as quais manterão arquivo cronológico dos seus autógrafos e registro sistemático do seu extrato, salvo os relativos a direitos reais sobre imóveis, que se formalizam por instrumento lavrado em cartório de notas, de tudo juntando-se cópia no processo que lhe deu origem.”*

XV - ao foro e ao modo amigável de solução das divergências contratuais.

Já em relação aos contratos de permissão –de mera adesão- dispõe apenas, o artigo 40, que: ²¹

Art. 40. A permissão de serviço público será formalizada mediante contrato de adesão, que observará os termos desta Lei, das demais normas pertinentes e do edital de licitação, inclusive quanto à precariedade e à revogabilidade unilateral do contrato pelo poder concedente.

Parágrafo único. Aplica-se às permissões o disposto nesta Lei.

A revogabilidade unilateral empresta-lhe, portanto, uma precariedade que não defere ao permissionário maiores garantias, assumindo ele riscos que os concessionários não assumem ²².

21. Lembra Carlos Pinto Coelho Motta ao analisar a evolução da exegese da lei 8.666 que “Os primeiros impactos da aplicação da Lei n. 8.666/93 evidenciaram, quase de imediato, a produção uma cultura administrativa de extremo formalismo por parte dos setores encarregados de contratação de obras, compras e serviços. O receio inicial das disposições de índole punitiva traduziu-se em um acentuado rigor com relação às minúcias legais. Comissões de licitação transformavam-se em verdadeiros tribunais inquisitórios; o menor equívoco formal, no teor da proposta de um desavisado concorrente, era punido com a desclassificação; procedimentos nos quais se detectasse ínfima falha eram anulados ou revogados, inutilizando-se sumariamente o trabalho de pessoas e o dispêndio de recursos. Com a introdução de modificações no próprio texto da lei, aliada às decisões apaziguadoras dos Tribunais de Contas e ao bom senso de intérpretes e pareceristas – bem como à serenidade da doutrina – essa fase foi passando e, pode-se dizer, está hoje superada.” (Tratado de Direito Administrativo, Coordenadores: Adilson de Abreu Dallari, Carlos Valder do Nascimento e Ives Gandra da Silva Martins, Editora Saraiva, 2013, p. 472)

22. Marçal Justen Filho, todavia, entende que a evolução da doutrina e jurisprudência retirou a precariedade das permissões, embora o texto legal não tenha sido alterado. “A evolução jurídica conduziu à consagração do entendimento de que a outorga da permissão não é ato praticado livremente pelo Estado. Por um lado, a delegação do serviço pressupõe evidenciar-se a compatibilidade do ato com a satisfação do interesse público. O Executivo não pode, sem qualquer justificativa senão a invocação de sua condição de titular do serviço, promover sua delegação. A escolha sujeita-se ao princípio da legalidade. Não se admite

Assim, embora se trate de matéria em permanente reflexão tanto na doutrina como na jurisprudência, o diferencial legal, reside nas garantias que envolvem a concessão, e na precariedade que faz da permissão, revogável unilateralmente a qualquer tempo, um regime provisório e de insegurança tanto para o permissionário, sempre diante do risco de perdê-lo, e para o permitente, que nem sempre tem o permissionário desejado, dada a possibilidade de extinção do vínculo, despido de garantias maiores.

Ora, os contratos firmados entre as lotéricas e a Caixa Econômica, embora rotulados de “permissão”, são, de rigor, contratos de autêntica concessão, com obrigações pré-definidas e sem cláusula de irrevogabilidade unilateral, mas, ao contrário, com prazo certo para ser executado, tempo, de rigor, necessário para que o empresário possa recuperar os custos de implementação da atividade e obter o lucro esperado.

São autênticos contratos de concessão com previsão de prazo certo para encerramento (2018) e com cláusulas subordinadas ao regime jurídico da Lei 8.666/93 e posteriores, inclusive com as garantias inerentes ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato, assim como a elasticidade maior de defesa dos contratantes, por dizer respeito ao regime jurídico do artigo 173 da CF, e não do artigo 175 da CF²³.

delegação como ato praticado na exclusiva órbita do Executivo. Depois, as condições previstas em lei e adotadas pela Administração sujeitam-se a controle inclusive perante o Poder Judiciário. É inequívoco que o Judiciário não poderá substituir aos demais Poderes, para exercer a faculdade de delegar ou não o serviço. Mas lhe será permitido examinar se as opções concretamente adotadas para promover a delegação são hábeis a realizar o bem comum. O tema envolve interesses públicos e instrumentos de controle tais como ação popular e ação civil pública. Quanto a isso, não há qualquer diferença entre permissão e concessão. Em qualquer das duas modalidades, são inviáveis escolhas provenientes do mero subjetivismo do administrador. (Concessões de Serviços Públicos, Dialética, 1997, p. 82-83)

23. Ao comentar o regime jurídico das empresas estatais do artigo 173, Celso Ribeiro Bastos afirma “Tudo se passa como se o Poder Público pudesse criar um desmembramento seu, sem romper por completo as amarras com ele mesmo, uma vez que o capital das empresas estatais, ao menos parcialmente, é de origem pública, e, ao mesmo tempo, como se fosse viável a outorga de uma autonomia e de um regime jurídico que permitisse esquecer

Em face da doutrina pacífica, a rotulagem de um contrato não é o que define a sua natureza, mas a enunciação de suas disposições e, nitidamente, o contrato entre as lotéricas e Caixa Econômica é um contrato de concessão e não de permissão, firmado sob a égide do artigo 173 da CF, e não da Lei 8987/95, dedicada exclusivamente ao regime jurídico do artigo 175 – embora, no que não for incompatível com o regime do artigo 173 da Constituição Federal, possa ser utilizada subsidiariamente.

Um terceiro aspecto merece breve consideração.

Prefaciei um opúsculo do Professor J.J. Canotilho sobre o ato administrativo e o direito adquirido em matéria ambiental ²⁴. O preclaro mestre português, ao analisar o direito brasileiro, mostra que o Estado gera, na prática de seus atos, mesmo aqueles que sejam nulos ou anuláveis, obrigações em relação aos cidadãos de boa fé, inclusive o dever de indenizar, se os vícios não puderem ser sanados e a retirada dos atos causar danos.

Declara:

É que, em alguns ordenamentos jurídicos, a ausência de produtividade jurídica do ato nulo não prejudica ou não implica necessariamente a possibilidade da atribuição de certos efeitos jurídicos a situações de fato decorrentes de atos nulos por força do simples decurso do tempo, de harmonia com os princípios gerais do direito. A atribuição de certos efeitos jurídicos indica que, não obstante a radicalidade e

essas suas origens e atuar no mercado à moda de um particular. Essa sujeição das empresas governamentais ao direito comum responde também a outro propósito, qual seja, o de desvencilhar o Estado dos freios do sistema administrativo. Quer dizer, quando o Poder Público passou a controlar empresas, assumindo alguma já existente ou criando uma nova, logo compenetraram-se das deficiências do seu método burocrático administrativo para gerir essas novas entidades, demandantes de uma flexibilidade operacional e de um dinamismo de atuação pouco encontráveis na Administração centralizada”. (Comentários à Constituição do Brasil, Editora Saraiva, 2000, p. 68)

24. “Direito Adquirido, ato jurídico perfeito, coisa julgada e matéria ambiental”, Ed. Secovi, 2013.

severidade das consequências jurídicas inerentes ao vício de nulidade, o ato nulo não corresponde a um “não ato administrativo” ou a um “ato administrativo inexistente”. E a razão é simples: “associadas ao ato nulo podem existir situações de fato produtoras de efeitos materiais necessariamente imputáveis a este mesmo ato”. Por outras palavras: ao abrigo do ato nulo, e não obstante a improdutividade jurídica de efeitos típicos do ato, consolidam-se situações que, não raras vezes, têm uma grande relevância material e jurídica.

Continuando,

Estas situações – e é isto que importa – foram criadas em muitos casos sem qualquer cumplicidade ilícita dos particulares que se limitaram a depositar confiança nos atos da autoridade que praticou os atos nulos. Consequentemente, o princípio da segurança jurídica e da proteção da confiança não podem deixar de implicar que o direito recorte dimensões jurídicas relevantes ligadas aos efeitos materiais produzidos ou ao abrigo de atos administrativos nulos”.²⁵

Lembrei no prefácio, que:

Em estudo meu, publicado na Revista de Direito Administrativo (RDA) de junho de 2004 (p. 601/9) no que diz respeito ao direito à indenização, realcei duas decisões do Supremo Tribunal Federal, a respeito de questões ambientais, lembrando, neste breve prefácio, pelo menos trechos de duas delas, a primeira do Ministro Celso de Mello: “Incumbe ao Poder Público o dever constitucional de proteger a flora e de adotar as necessárias medidas que visem a coibir práticas lesivas ao equilíbrio ambiental. Esse encargo, contudo, não exonera o Estado da obrigação de indenizar os proprietários cujos imóveis venham a ser afetados, em sua potencialidade econômica, pelas limitações impostas pela Administração Pública” e mais adiante: “A circunstância de o Estado dispor de competência para criar reservas

25. *Ob. Cit.*, p. 23-24.

florestais não lhe confere, só por si considerando-se os princípios que tutelam, em nosso sistema normativo, o direito de propriedade, a prerrogativa de subtrair-se ao pagamento de indenização compensatória ao particular, quando a atividade pública, decorrente do exercício de atribuições em tema de direito florestal, impedir ou afetar a válida exploração econômica do imóvel por seu proprietário” (grifos meus) STF-RE 134.297-8 SP -1ª. T. – Rel. Min. Celso de Mello – DJU 22.09.95.

e a do Ministro Francisco Rezek, no RE 100.717-6-SP:

A jurisprudência do Egrégio Tribunal Federal de Recursos está firmada no sentido de que são indenizáveis as matas de preservação permanente, inclusive em razão do valor ecológico que representam, consoante resulta dos numerosos julgados arrolados pelo ora recorrido, na petição de embargos infringentes (fls. 564/8) (grifos meus) STF, Serviço de Jurisprudência, publ. D.J. 10/02/84, Ementário n. 1323-3²⁶.

Miguel Reale, Celso Antonio Bandeira de Mello e Fátima Fernandes Rodrigues defendem que mesmo os atos administrativos inexistentes geram obrigações ao Estado com o cidadão, se este agir de boa-fé e na confiança de que a Administração agiu certo.²⁷

Não sem razão, o constituinte colocou como obrigação, no artigo 37 § 6º da CF, a obrigação de indenização por lesão causada a particular através da Administração, sendo a responsabilidade objetiva:

§ 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa²⁸.

26. *Ob. Cit.*, p. 5.

27. *Ob. Cit.*, p. 5.

28. *Caio Mário da Silva Pereira lembra que “E a Constituição Federal assenta que as pessoas jurídicas de direito público responderão pelos danos que seus funcionários, nessa*

Cabe, inclusive, ação de regresso do Estado sobre o agente que o praticou. Neste caso, a responsabilidade não é objetiva, mas apenas por culpa ou dolo, ação esta que é IMPRESCRITÍVEL:

§ 5º - A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento ²⁹.

Em outras palavras, se a Administração pratica atos que depois pretende anular ou revogar, mormente aqueles que geram direito adquirido, de duas uma:

- 1) ou não pode fazê-lo, pois gerou direito adquirido para aquele período, em relação ao destinatário que agiu de boa fé
ou
- 2) se invalidar o ato, deve reparar o dano, indenizando-o pela lesão causada.

Se o ato, todavia, foi legítimo – e, no caso das concessões, imprópriamente chamada de permissões, não há dúvidas sobre sua legitimidade,

qualidade, causarem a terceiros, cabendo ação regressiva contra o funcionário responsável, nos casos de culpa ou dolo (Emenda Constitucional n. 1, de 1969, art. 107 e seu parágrafo único; Constituição Federal de 5 de outubro de 1988, art.37, n. XXI, § 6º), segundo o qual a teoria do risco integral compreende as pessoas jurídicas de direito público, bem como as de direito privado prestadoras de serviços públicos. É pacífico, e já não requer maior explanação, que os vocábulos “representantes” e “funcionários” não são usados em acepção estrita, exercia uma atribuição ligada à sua atividade ou à sua função. É de se entender, igualmente, que no vocábulo “Estado” compreende-se as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos.” (Responsabilidade Civil, Ed. Forense, 1990, p. 139

29. *Manoel Gonçalves Ferreira Filho ensina “Prescrição. Parecem deduzir-se duas regras deste texto mal redigido. Uma, concernente à sanção pelo ilícito; outra, à reparação do prejuízo. Quanto ao primeiro aspecto, a norma “chove no molhado”: prevê que a lei fixe os respectivos prazos prescricionais. Quanto ao segundo, estabelece-se de forma tangente a imprescritibilidade das ações visando ao ressarcimento dos prejuízos causados. (Comentários à Constituição Brasileira de 1988, Ed. Saraiva, 2000, p. 259)*

tanto que subsistem há décadas, sujeitos ao regime do artigo 173 da CF –, nitidamente resta configurado o direito adquirido de todas as empresas lotéricas pelo prazo estabelecido nos contratos. Trata-se, portanto, de direito assegurado até o ano de 2018, pois foi este o prazo estabelecido nas avenças, como sendo aquele capaz de permitir o retorno do investimento, a legítima lucratividade decorrente da exploração das atividades exercitadas pelas lotéricas, a saber: 1) jogos; 2) serviços próprios do sistema bancário, para as regiões onde não há bancos; 3) prestação de serviços gerais, inclusive de mala direta, onde inexistem essas utilidades.

É claríssima a norma do artigo 5º, inciso XXXVI, da lei suprema, que assim dispõe:

XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada; ...³⁰

não sendo possível sua eliminação – cláusula pétrea que é – por interpretação fundada no argumento de que o interesse público deve sempre prevalecer sobre o interesse privado. Tal intelecção é, a meu ver, inaplicável à espécie, pois o regime jurídico a que as lotéricas e a Caixa estão sujeitas é o do artigo 173 da CF (predominância de interesse privado sobre o público) e não do 175 (predominância do interesse público sobre o privado), como estabeleceu o constituinte.

Um quarto aspecto merece também considerações preliminares. É o que diz respeito ao princípio da igualdade, assegurado no “caput” do artigo 5º e em seu inciso I do mesmo artigo, sendo a dicção dos dois dispositivos a seguinte:

30. Celso Bastos ao explicitar a diferença entre ato jurídico perfeito e direito adquirido, esclarece: “O ato jurídico perfeito é imunizado contra as exigências que a lei nova possa fazer quanto à forma. Assim, se alguém praticou um ato de doação, respeitando as previsões legais vigentes à época, esse ato ganha condições de perdurabilidade no tempo, ainda que as condições para a sua prática já sejam outras à época em que ele for feito valer”. (Comentários à Constituição, Ed. Saraiva, 2004, p. 216)

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

.....

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;.....

Tal princípio, no direito tributário, é mais amplo, pois, vai da **isonomia** para a **equivalência**, assegurando o mesmo tratamento a situações, ainda que distintas, apresentem idêntico resultado ³¹.

O que nos interessa, entretanto, no caso concreto deste parecer, é que os contratos das empresas lotéricas foram assegurados até 2018, tendo havido, entretanto, decisão do Egrégio Tribunal de Contas de que os prazos deveriam ser reduzidos, para 1/3 deles, até 2016, 1/3 até 2017 e 1/3 até 2018.

Tal decisão implica, de rigor, reconhecer que tais contratos devem permanecer por determinado tempo, o que não ocorreria se se tratasse de mera anulação desses atos administrativos, sem qualquer responsabilidade a partir da detecção de eventuais falhas.

31. Cito o inciso II do artigo 150 da CF, assim redigido: “Artigo 150... II – instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos”. Comentei-o: “Equivalente é um vocábulo de densidade óptica mais abrangente do que “igual”. A igualdade exige absoluta consonância em todas as partes, o que não é da estrutura do princípio da equivalência. Situações iguais na equípólcencia, mas diferentes na forma, não podem ser tratadas diversamente. A equivalência estende à similitude de situações a necessidade de tratamento igual pela política impositiva, afastando a tese de que os desiguais devem ser tratados, necessariamente, de forma desigual. Os desiguais, em situação de aproximação, devem ser tratados, pelo princípio da equivalência, de forma igual em matéria tributária, visto que a igualdade absoluta, na equivalência não existe, mas apenas a igualdade na equiparação de elementos (peso, valor, etc.). (Caderno de Pesquisa Tributária n. 17, Ed. Resenha Tributária, 1992, p. 19)

Nitidamente, o eminente Ministro Walton Rodrigues, cujos sólidos conhecimentos jurídicos aprendi a admirar desde os tempos em que se iniciou na advocacia, e cuja idoneidade sempre foi um galardão para o “Parquet” e depois para o Egrégio Tribunal de Contas, ao distender o prazo de vigência contratual para além da data do julgamento daquele Sodalício, mas reduzi-lo -para 2/3 dos contratos-, o prazo anteriormente acordado, reconheceu que todas as concessões, incorretamente denominadas de permissões, geraram obrigações que se distenderiam no tempo. Apenas ao reduzir tal prazo, terminou tratando diferentemente as lotéricas atingindo o direito adquirido 2/3 delas, a partir de critério a ser sugerido pela própria Caixa Econômica ³².

Ora, a falta de parâmetro para definir o tríplice prazo detectado pelo eminente julgador, ao ponto de ter pedido um plano para a Caixa Econômica, demonstra que a quebra da isonomia entre as contratantes representa um ferimento a direito garantido como um dos cinco direitos fundamentais dos cidadãos na Constituição, pelo artigo 60 § 4º inciso IV, colocado como cláusula pétrea no nosso ordenamento maior, e cuja dicção é a seguinte:

§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
.....

32. Pinto Ferreira lembra que “O direito adquirido é amplamente protegido e assegurado no texto constitucional. Gabba estabeleceu em seu sempre citado livro ‘Teoria da retroatividade das leis’ o seguinte conceito de direito adquirido: “É adquirido todo o direito que: a) é consequência de um fato idôneo a produzi-lo, em virtude da lei no tempo no qual o fato foi consumado, embora a ocasião de fazê-lo valer não se tenha apresentado antes da atuação de uma lei nova sobre o mesmo direito; e que b) nos termos da lei sob cujo império se firmou o fato do qual se origina, entrou imediatamente a fazer parte do patrimônio de quem o adquiriu”. Direito adquirido é a vantagem jurídica, líquida, certa, lícita, concreta, que a pessoa obtém na forma da lei vigente e que se incorpora definitivamente e sem contestação ao patrimônio de seu titular, não lhe podendo ser subtraída para vontade alheia, inclusive dos entes estatais e seus órgãos. (Comentários à Constituição Brasileira, Ed. Saraiva, 1989, 149-150)

IV - os direitos e garantias individuais ³³.

Se a distensão de prazo foi reconhecida, pelo menos, até 2016, não poderia haver tratamento desisonômico e ainda dependente de critério a ser estabelecido pela Caixa. De rigor, 1/3 das lotéricas terá seus contratos respeitados e 2/3 não.

Tal tratamento desigual, a despeito da profunda admiração que tenho pelo Ministro Walton e por seus eminentes pares, não pode prevalecer, esperando que venha a ser restabelecido o prazo de 2018 para término das concessões, impropriamente chamadas de permissões, para todas as empresas lotéricas.

Um último aspecto preliminar faz-se necessário comentar.

Por serem os contratos firmados de verdadeira concessão, não podem ser revogados unilateralmente sem assegurar aos concessionários a respectiva indenização, que implica, inclusive, ressarcimento dos prejuízos sofridos pelo setor, conforme estudos do IPEA e da FGV, que me foram apresentados, durante todo o período de sua vigência.³⁴

A matéria tem tratamento constitucional. Se fosse sujeita ao artigo 175 – que não é – exigir-se-ia que fosse mantida a capacidade de prestar serviços públicos adequados, em redação que repito:

33. *Escrevi: “Os direitos e garantias individuais conformam uma norma pétrea. Não são apenas os que estão no art. 5º, mas como determina o § 2º do mesmo artigo, incluem outros que se espalham pelo Texto Constitucional e outros que decorrem de implicitude inequívoca. Trata-se, portanto, de um elenco cuja extensão não se encontra em Textos Constitucionais anteriores”. (Comentários à Constituição do Brasil, Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra da Silva Martins, Ed. Saraiva, 2002, p. 417)*

34. *O Professor Doutor Luiz Carlos Stolf, em substancioso estudo sobre a operacionalidade das “Concessionárias Lotéricas” detecta tais prejuízos impostos pelos termos contratuais, do qual destaca o seguinte trecho “Em síntese, os dados apresentados pela pesquisa indicam que os problemas de lucratividade se concentram mais fortemente nas casas lotéricas de menor porte, não obstante algumas unidades de maior porte terem também apresentado prejuízos operacionais e após as retiradas do pró-labore”. (Relatório Final da Febralot, 2012)*

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II - os direitos dos usuários;

III - política tarifária;

IV - a obrigação de manter serviço adequado.³⁵ (grifo meu)

Em se tratando de atividade sob o regime jurídico do artigo 173, a tônica é o equilíbrio econômico-financeiro, que deve ser garantido durante toda a vigência do contrato, nos termos em que estabelecido no ato da contratação. Havendo desequilíbrio –e os estudos demonstram que efetivamente existiu– deverá ser recomposto, a partir da teoria da imprevisão, visto que os valores acordados revelaram-se, no tempo, inclusive pelo incremento do custo operacional imposto, insuficientes, gerando expressivos prejuízos às lotéricas, inevitáveis e imprevisíveis à época da contratação.

Não sem razão, a Lei 8.666/93 permite, no seu artigo 65, inciso II, letra “d”, haja o reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos públicos, desde que provados descompassos para seu cumprimento, assim redigido:

35. José Cretella Júnior ao comentar o inciso IV, esclarece “Com o decorrer do tempo verifica-se claro desajuste entre as tarifas estabelecidas e as condições econômicas vigentes, o que é bastante visível nos países de ritmo inflacionário acentuado, como o nosso. Aqui é que entra a política tarifária, a que se refere a regra jurídica constitucional de 1988. A situação do concessionário torna-se insustentável. Pensa-se na revisão das tarifas para atualizá-las, atendendo a interesses de três ordens: do Estado, do concessionário e do público. O grande princípio informador, nesse caso, é o interesse público, quer se trate de majoração, quer de redução das tarifas, o que nunca ocorreu, no Brasil. No caso de majoração, o interesse coletivo é consultado quando, para atender ao concessionário, a Administração examina o princípio da justa retribuição do capital, a fim de que não se sacrifique a possibilidade econômica do particular”. (Comentários à Constituição 1988, Forense Universitária, 1993, p. 4137)

Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, 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 equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando área econômica extraordinária e extracontratual. (Redação dada pela Lei n. 8.883, de 1994).

e os estudos que me foram apresentados do IPEA e da FGV demonstram o prejuízo que a maioria delas vem sofrendo, pelo excesso de encargos que foram sendo acrescentados às atividades das lotéricas³⁶.

Colocadas tais premissas, passo a responder as diversas questões apresentadas:

1) A CAIXA ECONÔMICA FEDERAL é uma concessionária de serviços públicos, ou uma empresa pública, que exerce atividades bancárias e também presta serviços públicos, mediante remuneração?

A Caixa Econômica é uma empresa pública que atua no regime jurídico delineado pelo artigo 173 da CF e não naquele indicado pelo artigo 175. Vincula-se ao tratamento constitucional outorgado a todo o sistema

36. *Marcel Justen Filho, embora centrado mais no processo inflacionário, reconhece, todavia, o direito de reajuste em desequilíbrios provocados por fatores não previstos à época de contratações “Apenas para complementar, destaque-se que o direito à recomposição de preços, ao reajuste, à atualização financeira e à correção monetária não deriva da Lei n. 8.666. Decorre diretamente da Constituição Federal. Aquela Lei apenas reconhece as diversas figuras e estabelece disciplina a ser observada nas licitações. Com muito maior razão, o silêncio do ato convocatório não afasta o direito de o particular pleitear a aplicação dos referidos institutos como instrumento de recomposição de equilíbrio econômico-financeiro” (grifos meus) (Concessões de Serviços Públicos, Dialética, 1997, p. 153)*

financeiro, que, pela Emenda 40/05, deverá ser regulado por diversas leis complementares, permanecendo, no momento, sua regulação básica, a da Lei 4.595/64³⁷.

2) Considerando que a CAIXA ECONÔMICA FEDERAL não é um ente público prestador de serviços públicos, mas uma empresa pública (banco) que exerce atividades econômicas, é correto dizer que as atividades que ela (CAIXA) “delega” aos particulares (venda de produtos lotéricos e exercício de correspondência bancária) devem estar sujeitos às exigências do art. 175/CR, mesmo não se tratando de serviços públicos, no sentido estrito?

Como expus no corpo do parecer, a sujeição dos serviços que presta diretamente ou por terceirização, é ao regime do artigo 173 da CF, em que as regras de direito privado prevalecem sobre aquelas de direito público, ao contrário do que ocorre no regime do artigo 175, em que, nitidamente, há prevalência do regime de direito público.

É de se lembrar que a Caixa Econômica, como o Banco do Brasil, concorre, no setor financeiro, com uma enorme quantidade de instituições privadas brasileiras e estrangeiras, que não são prestadoras de serviço público, nos termos do artigo 175 da lei maior.

A terceirização de seus serviços, praticados pelas lotéricas (jogos, serviços de agente bancário nos lugares em que inexistem agências, e pres-

37. *Tal lei tem eficácia de lei complementar conforme Celso Bastos explicita “O presente artigo estipula que o sistema financeiro nacional será regulado em lei complementar. Na verdade já existe o referido sistema disciplinado pela Lei n. 4.545/64, que passa a vigorar com força de lei complementar. Não é que a referida lei se converta em norma dessa categoria. O que acontece é que, não podendo a matéria atinente ao sistema financeiro ser disciplinada senão por lei complementar, a normatividade anterior, nada obstante não constar de norma dessa natureza, só pode ser modificada por preceito dessa categoria legislativa. Daí a sua eficácia ser de lei complementar e poder falar-se, em consequência, que a Lei 4.545/64 tem força de lei complementar. São duas as matérias que lhe cabem: estruturar o sistema financeiro com vistas aos objetivos descritos no artigo sob comento e tratar de forma específica dos incisos constantes do artigo, assim como dos seus parágrafos, sobretudo o terceiro, que exige uma legislação integradora. (Comentários à Constituição do Brasil, Ed. Saraiva, 1990, p. 358)*

tação de serviços semelhante), não os torna serviços públicos até porque a própria Caixa não presta serviços dessa natureza³⁸.

3) *Qual seria a natureza jurídica do contrato celebrado entre os empresários lotéricos e a CAIXA?*

É um contrato de prestação de serviços para a Caixa, por delegação de atribuições, que poderia ser enquadrado, na formulação de Geraldo Vidigal, não como uma relação de subordinação, nem de singela coordenação, mas de **dominação**, figura própria do direito econômico e NÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO.

Entendo, por outro lado, que se fosse possível enquadrá-lo entre as figuras de direito administrativo, teria o perfil de uma concessão, com prazo certo de validade, que, se revogado pela Administração, ensejaria indenização por danos materiais e – eventualmente – morais³⁹.

38. *Tribunal de Justiça do Distrito Federal: “Os bancos estão, invariavelmente, sujeitos às normas do direito do consumidor, ainda que estas estabeleçam limites e critérios a serem adotados na esfera da livre iniciativa e concorrência. Conforme jurisprudência iterativa dos Tribunais pátrios, não obstante estarem os bancos subordinados ao Sistema Financeiro Nacional e ao Banco Central, não podem se furtar ao cumprimento das normas relativas ao direito do consumidor. Por força do disposto no art. 119 do Código Comercial, serão sempre considerados fornecedores, à luz da norma inserta no art. 3º do Código de Defesa do Consumidor. Cuida-se de enquadramento ‘ex vi legis’, que os sujeita sempre às normas de ordem pública do CDC, independentemente da subsunção daqueles que com eles contratam ao conceito de consumidor ditado pelo art. 2º daquele Codex. Ademais, a relação de subordinação das instituições financeiras com o sistema ao qual se integram nada tem a ver com a relação de mercado que mantêm enquanto comerciantes e prestadores de serviços. O livre exercício de atividades não pode ser confundido com abuso no exercício de atividades representado pela infração ou não submissão de determinados setores às leis do país” (3ª T. Cível, Ap. 2001011045445-0, rel. Dês. Wellington Medeiros, DJU 4.9.2002, Sec. 3, p. 70). (Comentário Contextual à Constituição, Malheiros Editores, 2010, p. 769)*

39. *Geraldo Vidigal esclarece “Quando a atividade econômica, fato jurídico, resulta de impactos do empresário sobre o mercado, deve ser compreendida como empresa; quando a atividade, fato jurídico, resulta de decisões administrativas do Estado, desdobrado em organização produtiva, deve ser entendida como serviço público. Podemos distinguir, pois, entre os fatos jurídicos que respondem pela iniciativa produtiva: de um lado, colocam-se*

4) *Essa modalidade contratual garante aos lotéricos o direito ao equilíbrio econômico financeiro, e a ser remunerado por tarifas e comissões que lhe assegurem cobrir os custos, ter um lucro e obter o retorno do capital? Se positivo, teriam direito a indenização pelo desequilíbrio econômico financeiro desses anos todos (no mínimo pelo período imprescrito), em razão do pagamento de comissões insuficientes para custear a atividade (fato comprovado pelo IPEA e pela FGV)?*

Se fossem contratos de direito público, sujeitos às regras de direito administrativo e ao regime do artigo 175 da Carta Maior, prevaleceriam as regras tanto da Lei 8.987/95, 9.074/95, como o da Lei 8666/93, que permite o reequilíbrio econômico-financeiro, do contrato, matéria introduzida, em período de alta inflação, pelo Decreto-lei 300 do Governo Sarney. Como entendo que não é, acresce-se à necessidade de manter o equilíbrio, a adoção da teoria da imprevisão ou seja, a “cláusula rebus sic stantibus”, que prevalece há séculos para os contratos privados. Tenho defendido a aplicação dessa teoria, desde a promulgação da atual Constituição, inclusive para o sistema financeiro, mesmo em contratos com o Estado ou empresas vinculadas⁴⁰.

É que, no momento, em que os contratos foram assinados, não era possível ou pelo menos razoável prever a ocorrência de fatores que, de for-

os fatos jurídicos do mercado, que configuram e caracterizam a empresa; de outro lado, os fatos jurídicos administrativos, que configuram e caracterizam serviço público”. (Caderno de Direito Econômico n. 1, Ed. Resenha Tributária, 1983, p. 100)

40. *Escrevi “A doutrina e a jurisprudência, em face da realidade brasileira, tem-se debruçado, nos últimos anos, sobre a aplicação da teoria da imprevisão, em nosso Direito, posto que, não poucas vezes, a conjuntura torna a pactuação clássica desequilibrada, e os contratos deixam de ter condições de serem adimplidos, nos termos acordados. O rígido compromisso, representado pelo princípio da ‘pacta sunt servanda’ – que vem do Direito romano, encontrando origem remota ainda no reinado, embora se tenha conformado, de forma adequada, na República e no Império e definitivamente a partir da evolução medieval e de circunstâncias exteriores à vontade dos contratantes –, terminou por fortalecer o princípio de que os contratos deveriam ser cumpridos enquanto permanecessem as condições sob as quais decidiram as partes comprometer-se. Se, todavia, independente da sua vontade, fatores inevitáveis e imprevisíveis viessem a ocorrer, tornando o contrato desequilibrado, mister se faria o reequilíbrio contratual para que tais acontecimentos não pudessem transformar em odioso o contrato firmado, por beneficiar sem justa causa uma das partes e prejudicar de forma intolerável a outra”. (O plano Brasil Novo e a Constituição, Forense Universitária, 1990, p. 102-103)*

ma inevitável, vieram a comprometer o equilíbrio inicial da relação pactuada entre as partes, tornando-a onerosa e deficitária para a parte mais fraca, as lotéricas. Em outras palavras, sendo as lotéricas uma categoria de microempresários, que poderiam ser chamados de “hiposuficientes”, na feliz expressão de Cesarino Jr. para definir o trabalhador ordinário, as previsões propostas na assinatura dos contratos revelaram-se, por fatores imponderáveis e imprevisíveis, insubsistentes, justificando-se a revisão contratual. No caso, a gravidade maior reside no fato de que a poderosa Caixa Econômica, das maiores entidades financeiras do país, poderia até ter conhecimento da inviabilidade dos contratos a médio e longo prazo, atestada pelo IPEA e FGV, mas certamente não as pequenas lotéricas, razão pela qual a revisão para tornar o contrato equilibrado se impõe.

Mesmo que não se aceite a tese que defendo há anos, o equilíbrio econômico-financeiro impõe-se, principalmente, à luz do disposto no artigo 37 § 6º e artigo 65 inciso II letra “d” da Lei 8.666/93.

5) Considerando que a CAIXA ECONÔMICA FEDERAL é um banco, uma empresa pública, que explora atividade econômica, e que a teor do art. 173, parágrafo 1º, da CR/1988, é correto dizer que seria necessário editar lei que regule a contratação de serviços por aquela empresa, observados os princípios da administração pública? (inc. III, do parágrafo 1º, do art. 173, da CR/1988).

Tenho defendido que se a empresa pública deve ser criada por lei, à evidência a delegação de atribuições deve ser também por lei definida, risco de haver empresas terceirizadas prestando serviços que deveriam ser realizados pela empresa pública criada. Caso contrário, empresas não constituídas por lei poderiam agir no lugar daquelas por leis constituídas. Por esta razão, entendo que há necessidade de lei autorizando a contratação de serviços a serem prestados por delegação da empresa pública⁴¹.

41. Alexandre de Moraes esclarece “A EC n. 19/98 manteve a isonomia de tratamento existente entre empresas privadas e empresas públicas, sociedade de economia mista e suas

6) Ainda que se diga que os serviços delegados às casas lotéricas devem ser enquadrados como “concessão” ou “permissão”, deve-se frisar que o artigo 2º, da Lei n. 9074/1995 expressamente dispõe que “é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios executarem obras e serviços públicos por meio de concessão e permissão de serviço público, sem lei que lhes autorize e fixe os termos, dispensada a lei autorizativa nos casos de saneamento básico e limpeza urbana e nos já referidos na Constituição Federal, nas Constituições Estaduais e nas Leis Orgânicas do Distrito Federal e Municípios, observado, em qualquer caso, os termos da Lei n. 8.987, de 1995.”

Diante da literalidade dessa norma, é correto dizer que a “exploração de serviços lotéricos” por meio de concessão ou permissão exige lei específica, que lhes autorize e fixe os termos?

Se positivo, o Projeto de Lei n. 4280/2008, em trâmite perante a Câmara dos Deputados e em fase final de aprovação, atende às exigências da Constituição da República?

Conforme expus na resposta anterior, entendo que há necessidade de lei para regular esta delegação de atribuições, razão pela qual, tendo exa-

subsidiárias, mesmo em relação a estas quando explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou prestação de serviços. Como salientado por Manoel Gonçalves Ferreira Filho, citando Seabra Fagundes, “esta regra se destina a pôr fim à verdadeira concorrência desleal do Estado ao particular nos campos do comércio e da indústria em que se lançava ele amparado pelas vantagens peculiares ao Poder do Estado”. Dessa forma, diferentemente da redação original do § 1º, do art. 173, a partir da promulgação da citada emenda, será uma lei ordinária que estabelecerá o estatuto jurídico das empresas vinculadas ao Poder Público, respeitados certos preceitos constitucionais. Entre esses preceitos, porém, a nova redação constitucional expressamente determina às empresas públicas, sociedades de economia mista e suas subsidiárias a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários. São as seguintes as determinações constitucionais para o estatuto a ser previsto em lei: - sua função social e formas de fiscalização pelo Estado e pela sociedade; - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários; - licitação e contratação de obras, serviços, compras e alienações, observados os princípios da administração pública; - a constituição e o funcionamento dos Conselhos de Administração e Fiscal, com a participação de acionistas minoritários; - os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores (recordar-se do princípio da eficiência)”. (Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional, Ed. Atlas, 2013, p. 1887)

minado o projeto de Lei n. 4280/08, considero-o adequado para sanar os problemas que têm surgido, nas relações entre a Caixa e as lotéricas⁴².

7) Ainda na linha do quesito anterior, caso se diga que os serviços delegados às casas lotéricas devam ser enquadrados como “concessão” ou “permissão”, e mesmo admitindo-se que os contratos em curso que não foram objeto de licitação e que, por isso, devem ser tidos como revogados, na forma do art. 43, da Lei n. 8987/1995, não se pode olvidar que o artigo 3º, da Lei n. 9074/1995 é expreso ao dispor que:

“Art. 3º Na aplicação dos arts. 42, 43 e 44 da Lei nº 8.987, de 1995, serão observadas pelo poder concedente as seguintes determinações:

I - garantia da continuidade na prestação dos serviços públicos;

II - prioridade para conclusão de obras paralisadas ou em atraso;

III - aumento da eficiência das empresas concessionárias, visando à elevação da competitividade global da economia nacional;

IV - atendimento abrangente ao mercado, sem exclusão das populações de baixa renda e das áreas de baixa densidade populacional inclusive as rurais;

V - uso racional dos bens coletivos, inclusive os recursos naturais.”(os grifos são nossos)

CONSIDERANDO que as casas lotéricas, atualmente, prestam relevantes e essenciais serviços à sociedade, notadamente a parcela mais carente, vez que é nas casas lotéricas que as pessoas mais carentes recebem seguro desemprego, fazem saque de FGTS, recebem todos os demais benefícios sociais do governo;

CONSIDERANDO que as casas lotéricas, atualmente, estão presentes em todos os municípios e localidades, atendendo em muitos casos comunidades que não têm serviços bancários disponíveis (e, portanto, sequer poderiam pagar contas de água e luz, p.ex., se não existissem as casas lotéricas na localidade);

CONSIDERANDO que em nosso país há mais de 50 milhões de pessoas sem contas bancárias (conforme noticiado no jornal VALOR ECONÔ-

42. Reza a definição do objetivo do projeto de lei que “Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania – Redação Final – Projeto de Lei n. 4.280-D de 2008 – Dispõe sobre o exercício da atividade e a remuneração do permissionário lotérico e dá outras providências.”

MICO de 12/06/2013), e que atualmente 17% das operações bancárias no país são feitas por correspondentes bancários, quase todas casas lotéricas; CONSIDERANDO, também, que nem mesmo a CAIXA ECONÔMICA FEDERAL teria condições de atender toda a demanda se não tivesse sua rede de correspondentes bancários, CONSIDERANDO, também, que o artigo 42, da Lei n. 8.987/1995, é expresso ao dispor que:

Art. 42. As concessões de serviço público outorgadas anteriormente à entrada em vigor desta Lei consideram-se válidas pelo prazo fixado no contrato ou no ato de outorga, observado o disposto no art. 43 desta Lei. § 1º Vencido o prazo mencionado no contrato ou ato de outorga, o serviço poderá ser prestado por órgão ou entidade do poder concedente, ou delegado a terceiros, mediante novo contrato.

§ 2º As concessões em caráter precário, as que estiverem com prazo vencido e as que estiverem em vigor por prazo indeterminado, inclusive por força de legislação anterior, permanecerão válidas pelo prazo necessário à realização dos levantamentos e avaliações indispensáveis à organização das licitações que precederão a outorga das concessões que as substituirão, prazo esse que NÃO SERÁ INFERIOR a 24 (vinte e quatro) meses.” (os grifos são da consulente)

Em face de todos os CONSIDERANDOS acima, é correto concluir que devem ser observados/respeitados os prazos fixados nos termos de ajustes firmados em 1999 (ou seja, até 2018), para os empresários lotéricos cujos contratos foram celebrados antes da Lei n. 8987/1995, mesmo que não tenham sido eles precedidos de licitação?

De certa forma, a pergunta já contém a resposta ao quesito.

Embora entenda que as relações entre a Caixa e as lotéricas estejam sujeitas ao regime jurídico constitucional estabelecido pelo artigo 173 da CF, e não ao artigo 175, sendo, pois, o contrato sujeito às regras próprias de direito econômico e das relações privadas, caso se tratasse de prestação de serviços públicos, tais contratos seriam de concessão, dada a necessidade da estipulação de prazo certo para o desenvolvimento, estabilidade e segurança da prestação da atividade. O fato de serem intitulados impropriamente de permissão, não estão descaracterizados, devendo em

qualquer circunstância ser respeitado o prazo de validade neles estabelecidos, sob pena de ensejar a responsabilização.

Em primeiro lugar, porque nitidamente a nova lei não pode ter efeitos pretéritos sobre regulações jurídicas anteriores, com o que os contratos anteriores à Lei 8.587/95, por força do artigo 42 consideram-se validados pelo prazo fixado no contrato, inclusive com os adendos, que estenderam tal prazo até 2018 ⁴³.

Se tais ajustes e prazos foram acordados em concessões outorgadas antes da Lei 8.587/95, à evidência, os prazos teriam que ser respeitados. Mesmo admitindo que os atos que outorgaram tais prazos fossem nulos, as consequências jurídicas não deveriam deixar de ser consideradas. Na medida em que produziram efeitos que se integraram à esfera de direitos do particular, não poderiam esses atos ser retirados, sem afetar um bem maior, ao cidadão de boa fé, que é a segurança jurídica.

Assim é que leciona Canotilho:

Por outras palavras: o indivíduo que confiou no ato administrativo e por ele orientou o planejamento da sua atividade, correria o risco de “o seu investimento, em vez de orientado e respeitado pelo Direito, transformar-se-ia em jogo de azar”.

Humberto Ávila individualiza com rigor os elementos compensadores da “ilicitude da base da confiança”: “quanto maiores forem a aparência de legitimidade do ato, a influência comportamental dele decorrentes, a proximidade com o Estado, a onerosidade gerada pela

43. *Escreve Marçal Justen Filho “A concessão é outorgada por prazo certo e, portanto, a sua destinação é extinguir-se. Tal poderá ocorrer pelo mero decurso do prazo, mas também em virtude de outros fatos, que resultarão na sua extinção antecipada. As hipóteses de extinção da concessão, contempladas no art. 35 da Lei n. 8.987, compartilham princípios comuns e efeitos necessários. O primeiro e automático efeito da extinção da concessão é a assunção do serviço público pelo poder concedente, para garantia da continuidade da prestação. O segundo efeito consiste na extinção da posse que o concessionário detinha sobre os bens públicos afetados”. (Tratado de Direito Administrativo, Ed. Saraiva, 2013, p. 531)*

sua aplicação e a durabilidade da sua eficácia no tempo, tanto maiores serão as razões para a sua manutenção ⁴⁴.

Em outras palavras, se se tratassem de “concessões”, incorretamente chamadas de “permissões”, embora o regime jurídico fosse o do artigo 175 da CF, tendo sido os contratos celebrados antes da Lei 8.987/95, por força do artigo 42 deveriam ser preservados, inclusive incorporando os ajustes de 1999 para determinação do prazo de validade. Até porque, fosse a atividade das consulentes de serviço público ou não, toda a previsão de gastos e amortização de investimento das lotéricas foram para o período até 2018 (servir de agências bancárias onde não há bancos e executar outros serviços para a Caixa). É que o artigo 3º da Lei 9.074/95 declara que para certos serviços há necessidade de:

- a) garantia de continuidade na prestação dos serviços públicos;
- b) abrangência de áreas maiores de população de baixa renda;
- c) serviços eficientes.

Em outros termos, se o ato de ajuste para concessões impropriamente chamadas de permissões⁴⁵, fosse nulo –à evidência que não é nulo e a

44. *Parecer Jurídico, José Joaquim Gomes Canotilho, Direito adquirido, ato jurídico perfeito, coisa julgada, matéria ambiental, prefácio de Ives Gandra Martins, Ed. Universitária Secovi-SP, 2013, p. 24*

45. *Marçal Justen Filho lembra que “A distinção entre permissão e concessão tornou-se esmaecida com o desenvolvimento do Estado Democrático de Direito, em que se garantem os interesses privados. Antes do reconhecimento de direitos oponíveis pelos particulares à Administração Pública e numa época em que o agente político podia dispor como bem lhe aprouvesse dos interesses em jogo, a natureza precária de um ato administrativo significava a ausência de limites à decisão administrativa. Sob esse enfoque, a precariedade própria da permissão significava a ausência de tutela a qualquer interesse do permissionário. Mudanças relevantes foram provocadas pela instauração de um Estado Democrático de Direito, especialmente com a edição da CF/88. A precariedade da permissão, que permanece existindo, não elimina o dever de a Administração observar o princípio da proporcionalidade, nem implica a ausência de limites para as decisões administrativas. (Tratado de Direito Administrativo, Ed. Saraiva, 2013, p. 543)*

argumentação é pelo absurdo— no tocante à prorrogação dos prazos, as consequências jurídicas para o cidadão de boa fé seriam aquelas que o eminente mestre Canotilho apresenta, em seu opúsculo por mim prefaciado.

Desta forma, entendo que os prazos ajustados em 1999 para as mal denominadas “permissões” até 2018, são válidas, mesmo que o regime jurídico fosse o do artigo 175 da CF. Como, a meu ver, a regência é do artigo 173 da CF, os prazos são rigorosamente legais pois legais são os fundamentos decorrentes de contratos livremente acordados entre as partes, embora por força de licitação.

8) Por fim, caso se considere que todos os contratos devam mesmo extintos antes do prazo ajustado (para os lotéricos que tiverem os contratos rescindidos antecipadamente, em 2016 e 2017, se a CAIXA não apresentar alguma forma de compensação – o que ainda não foi apresentado) devem ser indenizados? Se positivo, quais os critérios a serem observados nessa indenização?

Reza o artigo 37 § 6º da CF que:

§ 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

À evidência, a lesão causada por não cumprimento do prazo contratual deve ser indenizada, em face da responsabilidade objetiva do contrato. A ação de regresso do Estado sempre depende de dolo ou culpa do agente. Não, porém, a responsabilidade do Poder Público para com o titular do contrato, que, pelo referido dispositivo, é sempre objetiva, vale dizer, independe de dolo ou culpa ⁴⁶.

46. Celso Ribeiro Bastos esclarece “O Estado, na verdade, hoje responde por qualquer ato causador de dano. A nova redação constante deste parágrafo é mais ampliativa do que

É o próprio Canotilho que, em relação a atos anulados pela Administração por variada motivação, esclarece:

De um modo geral, a doutrina, a legislação e a jurisprudência de direito comparado tendem hoje a reconhecer a “responsabilidade do Estado por atos lícitos”, ou, na terminologia mais moderna, o dever de as entidades públicas indenizarem os particulares a quem, por razões de interesse público, imponham encargos ou causem danos especiais e anormais. Ao restringir-se a indenização a danos especiais e anormais pretende-se (i) acentuar a dimensão de especialidade, considerando-se que estes danos ou encargos incidem sobre uma pessoa ou grupo sem afetarem a generalidade das pessoas; (ii) a dimensão de anormalidade, entendendo-se que esses encargos ou danos ultrapassam os custos próprios da vida em sociedade, justificando, por isso, a tutela do direito. Por vezes, é o legislador que, no juízo de balanceamento entre os direitos particulares e o interesse público, recorta as dimensões de especialidade e anormalidade. A indenização pelo sacrifício proveniente de atos lícitos integrados na função administrativa é extensiva aos danos especiais e anormais de índole pessoal e de índole patrimonial. Em alguns casos, trata-se de atos ablativos de direitos patrimoniais privados (expropriação, nacionalização, requisição por utilidade pública e ocupação temporária de imóveis). Noutros casos, estamos perante atos impositivos de encargos ou danos especiais e anormais que, mesmo não tendo carácter ablatório, justificam prestações indenizatórias⁴⁷.

a do equivalente artigo do Texto anterior. Fala-se agora que tanto as pessoas jurídicas de direito público quanto as de direito privado, prestadoras de serviços públicos, responderão pelos danos que seus agentes nessa qualidade causarem. Em virtude da palavra agente, que é denotadora de qualquer pessoa que pratica função pública, ainda que irregularmente investida, como é o caso de funcionário de fato, podemos, pois, afirmar que não resta ato provindo do Estado, nas suas diversas expressões, assim como pessoas privadas que cumprem função pública, que não se encontre sancionado pela responsabilidade civil”. (Comentários à Constituição do Brasil, Ed. Saraiva, 1992, p. 173)

47. P. 37/38 do parecer de Canotilho.

No referido opúsculo, em meu prefácio, lembro decisões do STF na mesma linha, em que, por força da legislação ambiental, foram impostos os ônus da não exploração a terras do agronegócio, já atrás citadas.

Nitidamente, estamos perante hipótese clara de indenização. O ato é absolutamente legal, na contratação e no ajuste. Mesmo que nulo fosse, implicou consequências jurídicas que o cidadão de boa fé não pode suportar. Como se trata de ato legal, se a Caixa for às últimas consequências de cancelar os contratos, estará obrigada a indenizar os microempresários – é fantástica a disparidade de forças entre pobres e débeis empreendedores desta área e a superpoderosa Caixa Econômica – pelos prejuízos decorrentes da retirada dos atos. E, a meu ver, os critérios deveriam implicar indenizações, como sugere Canotilho, de natureza patrimonial (prejuízo real e lucros cessantes) e moral a ser quantificada. Entendo haja um fundo de comércio a ser preservado⁴⁸.

9) Seria válido a CAIXA instituir um valor para que o atual empresário lotérico que venha a participar das licitações empregue como “lance inicial”, pelos anos de atividade e pela formação do seu fundo de comércio, como ocorreu nas licitações dos correios?

Nada impediria que, quantificado um valor indenizatório, pudesse ser este sim utilizado como lance inicial, lembrando-se do precedente da licitação dos Correios. À evidência, todas estas últimas respostas seguem a linha de que se está perante o regime jurídico do artigo 175, com o que não concordo. Mas se assim fosse, respondo que, mesmo neste regime

48. Cotrim Neto, lembrando Seabra Fagundes escreve: “Para aprofundar-se o exame dos elementos do fundo de comércio que se apresentam como de natureza incorpórea é indispensável, porém, o subsídio do pensamento de quem apreciou o assunto mais desenvolvidamente do que quantos se lhe seguiram. Referimo-nos a Seabra Fagundes, autor de livro sobre a desapropriação no qual se detém examinando a matéria a partir do artigo 505, onde escreveu: “A Constituição, assegurando o direito de propriedade, o fez tendo em vista não apenas o domínio, propriedade das coisas corpóreas (o conjunto dos direitos reais, na palavra de Carvalho Santos), mas sim todos os demais direitos formadores do patrimônio do indivíduo”. (Enciclopédia Saraiva do Direito, Ed. Saraiva, 1977, p. 171)

jurídico, tais direitos das lotéricas remanesceriam. A meu ver, todavia, reitero que o regime jurídico é o do artigo 173 da CF.⁴⁹

10) Caso se considere que a exploração de jogos é que constitui serviço público, mas que a correspondência bancária é uma atividade econômica comum às instituições financeiras, pode a CAIXA exigir que as casas lotéricas também sejam correspondentes bancários? Os lotéricos teriam direito de se recusarem a exercer atividades de correspondência bancária, executando apenas a venda de produtos lotéricos e afins?

Entendo que não é serviço público. De qualquer forma, se for entendido o jogo como serviço público –o jogo praticado nos Jockeys Clubes

49. *Leia-se, nesta linha ementa do acórdão: “Recurso Extraordinário n. 183180-4 – Distrito Federal*

RELATOR: MIN. OCTÁVIO GALLOTTI

RECORRENTE: UNIÃO FEDERAL

ADVOGADO: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

RECORRIDA: TRANSBRASIL S/A LINHAS AÉREAS

ADVOGADOS: LUIZ CARLOS BETTIOL E OUTROS

Ementa: - 1. *Questão de ordem processual diretamente apresentada pela Recorrente ao Supremo Tribunal e rejeitada pela Turma, em face da preclusão que sobre ela se operara.*

2. Recurso extraordinário tempestivamente interposto.

3. Violação do art. 167, II, da Constituição de 1967 (Emenda n. 1-69) argüida 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 n. 95.910-88, no art. 180 da Lei n. 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”).

5. Recurso extraordinário de que, em consequência, não se conhece, por não se reputar contrariado o citado art. 167, II, da Constituição de 1967 (Emenda n. 1-69), sem se achar prequestionado tema pertinente ao disposto no art. 107 daquela mesma Carta.

Acórdão: *Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Primeira Turma, na conformidade da Ata de julgamento e da notas Taquigráficas, por unanimidade de votos, não conhecer do recurso extraordinário. Brasília, 17 de junho de 1997. Presidente MOREIRA ALVES. Relator OCTAVIO GALLOTTI. (STF – Serviço de Jurisprudência, DJ 01.08.97, Ementário n. 1876-04) (grifos meus)*

não é serviço público –, decididamente não o é o serviço bancário auxiliar ou outros serviços correlatos que lhe são exigidos.

As licitações, portanto, deveriam distinguir o que seria serviço público – o que se admite como mera argumentação –, ou seja, os serviços bancários adjuntos.

Como entendo que não são serviços públicos, parece-me que o contrato a ser estabelecido entre a Caixa e os lotéricos, mesmo seguindo as disposições dos concursos licitatórios do artigo 173 da CF, podem estabelecer livremente cláusulas a serem acordadas entre as partes. E se os serviços bancários forem não remunerados ou deficitários, por estarem decididamente fora da polêmica dos serviços lotéricos, poderiam as lotéricas negociar em não executá-los. O problema, todavia, é que, na liberdade de livre contratação do regime do 173, mesmo com licitações, após 2018, poderia a Caixa pretender definir em que condições contrataria os serviços lotéricos, impondo obrigações complementares. Esta é a razão pela qual impõe-se a aprovação de um projeto de lei explicitador do que sejam os serviços lotéricos e normas complementares prevendo direitos e obrigações da Caixa e das lotéricas.⁵⁰

50. *À falta de lei, entretanto, têm as lotéricas o respaldo de decisões judiciais, como do acórdão abaixo:*

RECURSO ESPECIAL N. 628.806-DF (2004/0020176-5)

RELATOR: MINISTRO FRANCISCO FALCÃO

RECORRENTE: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

RECORRENTE: UNIÃO

RECORRENTE: VARIG S/A – VIAÇÃO AÉREA RIO-GRANDENSE

ADVOGADO: ALEXANDRE DE MENDONÇA WALD E OUTROS

Recorrido: Os mesmos

Ementa: ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. CONTRATO DE CONCESSÃO DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE AÉREO. AÇÃO INDENIZATÓRIA. CONGELAMENTO DE TARIFAS. INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. FACULTATIVIDADE. INCLUSÃO DE NOVOS ELEMENTOS PERICIAIS. PERQUIRÇÃO SOBRE LUCROS CESSANTES. IMPOSSIBILIDADE SÚMULA N. 7, DO STJ. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. REDUÇÃO.

I – A ação indenizatória intentada contra o Estado, buscando reparação fundada no rompimento do equilíbrio econômico financeiro do contrato de concessão de transportes aére-

os, não requer, obrigatoriamente, a intervenção do Ministério Público, não se justificando a nulidade do processo em razão desta ausência.

II – A simples presença do Estado na relação processual não vincula o membro do Parquet, nem mesmo o valor da indenização, que não motiva, por si só, a presença obrigatória do Ministério Público ‘ab initio’.

III – Como é de sábeça geral, o duplo grau de jurisdição obrigatório não é recurso, tendo o desiderato de transferir a reapreciação da matéria suscitada, discutida e decidida na sentença. Na hipótese dos autos, a inclusão de matéria nova, consistente em novos elementos para integrar a perícia, fez-se a destempo, não tendo a recorrente pleiteado por sua inclusão quando da apresentação do laudo pericial do expert do juízo. Somente as questões de ordem pública, de conhecimento e julgamento obrigatórios, têm força para exigir uma apreciação de ofício, mesmo que não tenham sido suscitadas, não havendo falar, nessas hipóteses, de preclusão.

IV – Para confirmar a tese da União, o pressuposto necessário seria a análise do conjunto probatório carreado aos autos, em face mesmo das alegações de que os argumentos que serviram de base para o resultado da perícia não se ativeram a todos os elementos constantes da controversia. Nesse panorama, incidente o óbice descrito na súmula n. 7 deste Superior Tribunal de Justiça.

V – Não está caracterizada a divergência quando os paradigmas apresentados não estabelecem similitude com a hipótese dos autos. Para haver o confronto é necessário que o tema tratado naqueles arestos encontre subsunção a iguais questionamentos e circunstâncias que gravitam sobre a presente demanda, não havendo como comparar os arestos trazidos à divergência, que tratam de reajuste de tarifa de energia elétrica e tarifas de transportes coletivos rodoviários, com o acórdão hostilizado, que cuida, inclusive, de regramentos diferentes daqueles encontrados nos paradigmas.

VI – Em verdade, a pretensão é de se infirmar uma realidade exaustivamente comprovada no processo, qual seja a de que os prejuízos teriam sido causados pela imposição do congelamento das tarifas aéreas num ambiente de custos não controlado. Rememore-se que idêntico questionamento apresentou-se nesta Casa de Justiça, na ação indenizatória aludida no REsp n. 32.534/DF, a qual foi definitivamente solucionada no Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do Recurso Extraordinário n.183.180-4/DF. (grifos meus).

VII – Quando vencida a Fazenda Pública, os honorários advocatícios podem ser fixados em percentual inferior àquele mínimo indicado no § 3º do artigo 20, do Código de Processo Civil, a teor do que dispõe o § 4º do retro citado artigo, porquanto este dispositivo processual não faz qualquer referência ao limite a que se deve restringir o julgador quando do arbitramento. (REsp n. 461.017/MG, Relator Ministro FRANCIULLI NETTO, DJ de 06/10/2003, p. 254).

VIII – Recurso especial da União parcialmente provido para reduzir os honorários advocatícios para 5% (cinco) por cento do valor da condenação.

Recurso do Ministério Público Federal improvido.

Recurso da Varig S/A – Viação Aérea Riograndense improvido.

Acórdão:

Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas, prosseguindo no julgamento, após voto-vista da Sra. Ministra DENISE ARRUDA, decide a Primeira Turma do Superior Tribunal da Justiça, por maioria, conhecer de ambos os recursos especiais da União

Por fim, é de se acrescentar que os DLs. 759/1969, 204/1967 e 6.259/1944 não foram recepcionados, na parte em que atribuem características de serviços públicos a jogos e loterias, pela Constituição de 1988, que claramente, como acentuei no início do parecer distinguiu dois regimes jurídicos de atuação do Estado, nos artigos 173 e 175. O artigo 173 não cuida de serviço público, enquanto o artigo 175, sim.

Por essa razão, a meu ver, não foram recepcionados tais diplomas, neste aspecto.

*11) Os lotéricos podem obstar a abertura de novas casas lotéricas próximas às já existentes, sem que sejam apresentados estudos que comprovem, objetivamente, a necessidade da nova UL naquela mesma região?
Na mesma linha, os lotéricos prejudicados podem pleitear indenização pelos danos suportados em razão de abertura indiscriminada de novas ULs e de outros correspondentes, na mesma área de atuação de ULs já existentes?
Estariamos diante de uma concorrência predatória, promovida pela CAIXA contra a sua própria rede?*

A questão da livre concorrência adentra pelo artigo 170, inciso IV, da CF e não pode gerar abuso do poder econômico de quem delega atividades, inviabilizando-as (art. 173 § 4º).

para negar provimento ao de fls. 2.172 e dar parcial provimento ao de fls. 1.718 e, conhecendo parcialmente dos recursos especiais do Ministério Público Federal e da Varig S/A – Viação Aérea Rio-Grandense, na parte conhecida, negar-lhes provimento, vencido o Sr. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, que dava provimento ao recurso do Ministério Público Federal para julgar improcedente o pedido. Destacada a questão relativa à sucumbência, manteve-se, por maioria, a fixação estabelecida pelo Sr. Ministro Relator, vencidos os Srs. Ministros LUIZ FUX, que fixou a verba honorária em 1% sobre o valor da condenação, e TEORI ALBINO ZAVASCKI, que reconhecia a sucumbência recíproca com a distribuição dos ônus e honorários, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Os Srs. Ministros LUIZ FUX (voto-vista), DENISE ARRUDA (voto-vista) e JOSÉ DELGADO votaram com o Sr. Ministro Relator. Custas, como de lei.

Brasília (DF), 14 de dezembro de 2004 (data de julgamento)

MINISTRO FRANCISCO FALCÃO – Relator.” (Documento 465299, Inteiro Teor do Acórdão, Site Certificado, DJ 21/02/2005)

Estão os referidos dispositivos assim redigidos (redação que repito):

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

.....

IV - livre concorrência;

...;

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

.....

§ 4º - A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

Há longos anos venho interpretando o § 4º como hospedando três hipóteses de abuso do poder econômico e não apenas duas, como defendem aqueles para os quais as duas últimas hipóteses (incisos) são explicitadoras da dominação de mercados. Entendo que são três:

- a) dominação de mercados;
- b) eliminação da concorrência;
- c) aumento arbitrário de lucros.⁵¹

51. *Coordenei o I. Simpósio Nacional de Direito Econômico, ainda à luz do texto anterior, defendendo idêntica posição. No livro publicado "Disciplina jurídica da Concorrência" colaboraram: Alberto Venâncio Filho, Almir de Lima Pereira, Attila de Souza Leão Andrade Júnior, Carlo Barbieri Filho, Carlos Francisco Magalhães, Ives Gandra da Silva Martins, Luiz Felizardo Barroso, Luiz Olavo Baptista, Marcos Paulo de Almeida Salles, Sérgio Marques da Cruz e Sinval Antunes de Souza. (Caderno de Direito Econômico 3, Editora Centro de Estudos Superiores COAD)*

Nitidamente, se a Caixa pretende aumentar seus lucros com geração de concorrência predatória, através de multiplicação de agentes lotéricos, que implicará não observar a livre concorrência, mas eliminá-la pela impossibilidade material de promover competitividade, poderão as lotéricas, via judicial, impugnar a criação de novos agentes.

Haverá, todavia, neste caso, necessidade de prova material de que a abertura de novos estabelecimentos estará nitidamente prejudicando as lotéricas já instaladas.

Como alternativa, poderão também as lotéricas pleitear indenizações pelo prejuízo que tal concorrência predatória lhes causar, aqui também havendo necessidade de prova material da configuração do prejuízo.

12) A CAIXA pode contratar livremente serviços de correspondência bancária, sem prévia licitação?

Nos dois regimes (173 e 175 da CF), para todos os serviços delegados a licitação impõe-se como pressuposto da licitude da contratação, embora tal norma constitucional tenha sido consideravelmente relativizada nos últimos tempos. Há serviços, que, a própria legislação de regência admite flexibilizar como, por exemplo o artigo 2º § 2º da Lei 9.074/95:

§ 2º Independe de concessão, permissão ou autorização o transporte de cargas pelos meios rodoviário e aquaviário. (Redação dada pela Lei n. 9.432, de 1997).

§ 3º Independe de concessão ou permissão o transporte:

I – aquaviário, de passageiros, que não seja realizado entre portos organizados;

II – rodoviário e aquaviário de pessoas, realizado por operadoras de turismo no exercício dessa atividade;

III – de pessoas, em caráter privativo de organizações públicas ou privadas, ainda que em forma regular.

13) *Fineza expor demais considerações que entender relevantes e necessárias para a correta compreensão do tema,*

assim como os já citados artigos 24 e 25 da Lei 8.666/93.

Como consideração final e, à luz da decisão do Tribunal de Contas da União, ainda examinando os critérios propostos pela Caixa para cumprimento de sua decisão, sugiro que este parecer seja levado aos Conselheiros daquele Tribunal, mas principalmente, ao seu ilustre relator, eminente Ministro Walton Rodrigues, para que seja reavaliado, pelo menos, os prazos pré-estabelecidos em 2016, 2017 e 2018, objetivando proteção dos acordos passados. Com os novos elementos aqui trazidos, objetivar-se-á assegurar o prazo de validade dos acordos realizados até 2018 para todas as lotéricas, com o que se evitaria tratamento desisonômico.

Tendo sido solicitado à Caixa que apresente um plano de execução da decisão da Egrégia Corte de Contas, nada mais lógico que apresentem as lotéricas suas sugestões para que seja respeitado o direito e haja um tratamento concorrencial justo, igualitário e capaz de promover o desenvolvimento do setor, e não sua deterioração. E mais do que isto para proteger a segurança jurídica fundamental no Estado Democrático de Direito Brasileiro ⁵².

S.M.J.

São Paulo, 04 de setembro de 2013.

52. José Cretella Júnior sobre o “caput” do artigo 5º esclarece “Comentamos, neste livro, o ideal dos constituintes, expresso no Preâmbulo, de “assegurar o exercício dos direitos, sociais e individuais, como a segurança”, repetindo-se, agora, no art. 6º, que “a Constituição assegura a inviolabilidade dos direitos concernentes à segurança”. Nos dois passos da Constituição, podemos observar os vocábulos “assegurar a segurança”, o que reflete a falta de cuidado com a linguagem e o estilo do diploma mais importante e significativo da Nação Brasileira. Garantir a segurança é, de fato, garantir o exercício das demais liberdades, porque a ‘vis inquietativa’ impede o homem de agir”. (Comentários à Constituição 1988, Ed. Forense Universitária, 1989, p. 185)