

15/09/2009

EDIÇÃO Nº 416 - 2ª QUINZENA DE SETEMBRO/2009.

## **Direito Marítimo, Portuário, Aduaneiro, Logística e Comércio Exterior**

Alexandre Shammass Neto\*



### **Considerações sobre o Decreto 6.620/2008.**

#### **A implantação de novas instalações portuárias e o direito à revisão dos contratos de arrendamento.**

Passados vários meses desde a publicação do Decreto 6.620, de 29 de outubro de 2008, as discussões parecem ter ficado centradas sobre a questão das instalações portuárias de uso misto, sobretudo quanto às exigências relativas à preponderância de movimentação de carga própria, e agora se iniciam debates mais específicos sobre o Plano Geral de Outorgas

Numa necessária retrospectiva sobre os instrumentos que tratam da matéria, se verifica que a Lei 8.630/93, em seu artigo 1º, § 1º, inciso V, com a redação que lhe deu a Lei 11.314/2006, estabelece que são instalações portuárias de uso privativo aquelas exploradas por pessoa jurídica de direito público ou privado, dentro ou fora da área do porto, utilizadas para movimentação de passageiros ou na movimentação ou armazenagem de mercadorias destinadas ou provenientes de transporte aquaviário.<sup>1</sup>

Já em seu artigo 4º, *caput*, a mesma Lei 8.630/93 assegura o direito dos interessados de "reformular, ampliar, melhorar, arrendar e explorar instalação portuária", e o seu inciso II, com a redação que lhe deu a Lei 11.518/2007, rege que isto se fará mediante autorização do órgão competente, quando se tratar, entre outros, de terminal de uso privativo, desde que fora da área do porto organizado, ou quando o interessado for titular do domínio útil do terreno, mesmo que situado dentro da área do porto organizado.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Art. 1º Cabe à União explorar, diretamente ou mediante concessão, o porto organizado.

§ 1º Para os efeitos desta lei, consideram-se:(...)

V - Instalação Portuária de Uso Privativo: a explorada por pessoa jurídica de direito público ou privado, dentro ou fora da área do porto, utilizada na movimentação de passageiros ou na movimentação ou armazenagem de mercadorias, destinados ou provenientes de transporte aquaviário.

<sup>2</sup> Art. 4º Fica assegurado ao interessado o direito de construir, reformar, ampliar, melhorar, arrendar e explorar instalação portuária, dependendo:

Conselho Editorial da coluna Direito Marítimo, Portuário, Aduaneiro, Logística e Comércio Exterior

Foram então fixadas no mesmo artigo, em seu § 2º, inciso II, alíneas "a" e "b" as modalidades de exploração das instalações portuárias de uso privativo como sendo, dentre outras, a) as de uso exclusivo, destinadas unicamente à movimentação de carga própria, e; b) as de uso misto, destinadas à movimentação de carga própria e de terceiros.<sup>3</sup>

Estabeleceu-se, a partir daí, a controvérsia sobre a caracterização efetiva dos terminais privativos de uso misto, notadamente porque as empresas que operam instalações de uso público em função de arrendamentos celebrados com a União, diretamente ou através de seus delegatários, e que ficaram restritos aos limites do porto organizado, perceberam o risco do nascimento de um tipo de concorrente sujeito a regras muito diferentes daquelas impostas a elas, com composição de custos também muito diversa, o que criaria, em tese, um desequilíbrio comercial e concorrencial imprevisível e supostamente insuperável.

Relembre-se que, enquanto as instalações portuárias que integram o porto organizado, assim compreendidas como sendo aquelas exploradas ou concedidas pela União, estão submetidas à exigência de procedimento licitatório e a regras específicas, tipicamente administrativas, com composição de uma equação econômica contratual definida, ou pelo menos diretamente influenciada, pela lei, de outro lado as instalações de uso privativo misto estão sujeitas a forma muito diversa de criação e de área econômica, porque são criadas pelo regime de autorização, erigidas em terreno de domínio privado, por conta e risco do empreendedor.

O fato é que, a Lei 8.630/93 não fixou limites mínimos nem características específicas para a carga própria a ser movimentada naqueles terminais privativos de uso misto, nem tampouco fixou de maneira direta os parâmetros para classificar a carga de terceiros passível de ser movimentada nos referidos terminais privativos de uso misto. Por conseguinte, inexistindo vedação legal "*strictu sensu*", qualquer tipo ou quantidade de carga de terceiros poderia ser movimentada por aqueles terminais.

A Agência Nacional de Transportes Aquaviários - ANTAQ, criou então a Resolução 517, de 18 de outubro de 2.005, onde pretendeu dar interpretação ao texto legal que viesse a esclarecer, pelo menos em parte, a questão, com a seguinte redação:

*Art. 2º Para os efeitos desta Norma, considera-se:*

(...)

---

I - de contrato de arrendamento, celebrado com a União no caso de exploração direta, ou com sua concessionária, sempre através de licitação, quando

II - de autorização do órgão competente, quando se tratar de Instalação Portuária Pública de Pequeno Porte, de Estação de Transbordo de Cargas ou de terminal de uso privativo, desde que fora da área do porto organizado, ou quando o interessado for titular do domínio útil do terreno, mesmo que situado dentro da área do porto organizado

<sup>3</sup> § 2º A exploração da instalação portuária de que trata este artigo far-se-á sob uma das seguintes modalidades:

I - uso público;

II - uso privativo:

a) exclusivo, para movimentação de carga própria;

b) misto, para movimentação de carga própria e de terceiros.

c) de turismo, para movimentação de passageiros. (Incluído pela Lei n 11.314 de 2006)

d) Estação de Transbordo de Cargas. (Incluído pela Lei n 11.518, de 2007)

§ 3º A exploração de instalação portuária de uso público fica restrita à área do porto organizado.

*III - terminal portuário de uso privativo misto: a instalação, não integrante do patrimônio do porto público, construída ou a ser construída por empresa privada ou entidade pública para a movimentação ou movimentação e armazenagem, além da carga própria, de carga de terceiros, destinadas ou provenientes de transporte aquaviário, na forma do disposto nesta Norma;*

*IV - carga própria: a que pertença a pessoa jurídica autorizada ou a pessoa jurídica que seja sua subsidiária integral ou controlada, ou a pessoa jurídica de que a autorizada seja subsidiária integral ou controlada ou, ainda, que pertença a pessoas jurídicas que integrem grupo de sociedades de que a autorizada seja integrante, como controladora ou controlada, na forma do disposto nos arts. 265 a 268 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976;*

*V - carga destinada ou proveniente de transporte aquaviário: a carga movimentada diretamente de embarcação atracada no próprio cais do terminal portuário de uso privativo.*

*(...)*

*§ 2º Não se considera como carga própria o seu meio de embalagem e de transporte, tais como contêineres e veículos transportadores.*

Com isto, teria sido firmado o conceito de carga própria referido pela Lei 8.630/93, e que deveria ter sido estabelecido também por lei, como mais adiante discutiremos. De alguma forma, estava posto o primeiro parâmetro objetivo, com alcance sobre a prerrogativa que garante o artigo 4º "caput, c.c. § 2º, inciso II, "b" da Lei de Modernização dos Portos.

O Decreto 6.620/2008, foi mais longe em seu artigo 35, inciso II, quando estabeleceu a destinação das instalações portuárias de uso privativo misto, como sendo "*movimentação **preponderante** de carga própria e, **em caráter subsidiário e eventual**, de terceiros*" (negrito nosso).

Também aclarou o conceito de "carga de terceiros" como sendo "*aquela compatível com as características técnicas da infraestrutura e da superestrutura do terminal autorizado, tendo as mesmas características de armazenamento e movimentação, e a mesma natureza da carga própria autorizada que justificou técnica e economicamente o pedido de instalação do terminal privativo, e cuja operação seja eventual e subsidiária.*" (art. 2º, inciso X).

O conceito de carga de terceiro que está posto no artigo 2º, X, ao nosso ver, não excede os limites regulamentares facultados aos decretos, porque não faz ampliação nem restrição de direitos que não fosse inerente ao contexto legal.

Com efeito, as limitações impostas pelo art. 2º, inciso X, à carga de terceiros a ser movimentada em terminais de uso privativo misto, não são estranhas ao regime próprio do qual resulta a autorização, onde, a despeito das nuances privadas do empreendimento, erigido em imóvel de domínio particular e sem procedimento licitatório, prepondera ainda o interesse público na entrega ao particular da atividade constitucionalmente de competência da União, a ponto de que o objeto da autorização seja definido, ou pelo menos restringido, pelo poder autorizante no ato administrativo. E neste sentido, não dista a conceituação de carga de terceiros trazida pelo decreto, porquanto tão somente consigna a necessidade de tal carga ser compatível com a natureza da que foi considerada para efeito de ser concedida a autorização, e com a estrutura a ser implementada para sua movimentação.

No nosso ponto de vista, o problema reside na disposição do artigo 35, inciso II, que trata da destinação da instalação portuária de uso privativo misto quanto à preponderância de carga própria bem como quanto ao caráter eventual e subsidiário da carga de terceiros.

No que toca ao artigo 35, II, de um lado, é indiscutível que a Lei 8.630/93 não restringiu a movimentação de carga de terceiros em terminal de uso privativo misto a um "caráter subsidiário e eventual" e tampouco a um percentual minoritário em relação à carga própria.

De outro lado, a despeito de todos os argumentos lançados até este momento, não está claro se a intenção do legislador era mesmo permitir a concorrência livre entre aqueles que exploram as instalações portuárias dentro do porto organizado,

mediante arrendamento, remunerados pelos usuários através de preços públicos e de preços privados, conforme o caso, agora premidos ainda pela imposição do artigo 5º do referido decreto, no sentido de que sua remuneração deverá pautar-se por "preços módicos"; contra os que assumem o risco da iniciativa integralmente privada de construir e explorar os terminais de uso privativo misto, e que, por força de uma complexa rede de circunstâncias, tem uma composição de custos muito diferente, e uma remuneração fixada segundo critérios também diversos.

Qualquer que fosse a intenção do legislador, é certo que a preocupação dos dois pólos se justifica plenamente, cada um com suas razões.

Não há dúvida de que o decreto veio, de certa forma, tentar por fim à controvérsia mediante a fixação de parâmetros objetivos que, hipoteticamente, faltariam à lei, e com isto firmar a segurança jurídica para que tanto um lado como o outro pudesse traçar planos de longo prazo, que permitissem, no fim das contas, o crescimento da atividade portuária e o atendimento às demandas dos usuários dos serviços.

No entanto, a tentativa de solução foi veiculada, ao nosso ver, através de instrumento inapto a tal finalidade, uma vez que a criação, extinção, ampliação ou restrição de direitos não pode se dar por decreto, senão por lei.

A questão, embora elementar e conhecida, merece comentários, e neste ponto cai como uma luva a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello<sup>4</sup>

*Há inovação proibida sempre que seja impossível afirmar-se que aquele específico direito, dever, obrigação, limitação ou restrição já estavam estatuídos e identificados na lei regulamentada. Ou, reversamente: há inovação proibida quando se possa afirmar que aquele específico direito, dever, obrigação, limitação ou restrição incidentes sobre alguém não estavam já estatuídos e identificados na lei regulamentada. A identificação não necessita ser absoluta, mas deve ser suficiente para que se reconheçam as condições básicas de sua existência em vista de seus pressupostos, estabelecidos na lei e nas finalidades que ela protege.*

*É, pois, à lei, e não ao regulamento, que compete indicar as condições de aquisição ou restrição de direito. Ao regulamento só pode assistir, à vista das condições preestabelecidas, a especificação delas. E esta especificação tem que se conter no interior do conteúdo significativo das palavras legais enunciativas do teor do direito ou restrição e do teor das condições a serem preenchidas.*

A preponderância da carga própria e seu caráter subsidiário e eventual exigido da carga de terceiros, para caracterização do uso privativo misto exigidos pelo decreto não possuem, na nossa opinião, o respaldo objetivo na lei 8.630/93, exorbitando o poder regulamentar típico dos decretos, estabelecendo conflito com o artigo 4º, caput, c.c. seu § 2º, inciso II, "b", e com o artigo 5º, inciso II, da Magna Carta.

Todavia, restringir o debate unicamente a este tema não parece adequado, à vista da complexidade de questões tratadas pelo referido decreto e a extensão de seus efeitos. Não obstante a importância de se firmar segurança jurídica para implementação dos terminais de uso misto, alguns outros pontos não podem passar à margem do debate.

De fato, não se pode deixar de notar que o Decreto 6.620, de 29 de outubro de 2.008, consagra, em observância ao princípio da máxima eficiência, dentre as políticas e diretrizes para o setor portuário, a viabilidade técnica, operacional e econômica das instalações portuárias, bem como o estímulo ao ambiente concorrencial. É o que se deduz dos artigos 3º e 7º, além da expressa referência constante de vários outros.

**Art. 3º As políticas para o desenvolvimento e o fomento do setor de portos e terminais portuários marítimos pautam-se pelos seguintes objetivos:**

---

<sup>4</sup>Curso de Direito Administrativo, São Paulo: Malheiros, 2007, p. 341

(...)

**V - aumento da concorrência intra e inter portos, preservadas a necessidade de escala operacional e de viabilidade econômica;**

(...)

**IX - promover a ampla participação dos interessados nas licitações para concessão de porto organizado ou arrendamento de instalação portuária, ainda que detentores de outros arrendamentos, desde que observado o princípio da livre concorrência.**

**Art. 7º São as seguintes as diretrizes gerais aplicáveis ao setor portuário marítimo:**

(...)

**III - promoção da racionalização, otimização e expansão da infra-estrutura e superestrutura que integram as instalações portuárias;**

(...)

**V - adequação da infra-estrutura existente à atualidade das embarcações e promoção da revitalização de instalações portuárias não operacionais;**

(...)

**VII - estímulo à modernização da gestão do porto organizado;**

**VIII - promoção de programas e projetos de arrendamento, atendendo a destinações específicas e definidas com base em parâmetros técnicos, de acordo com os respectivos planos de desenvolvimento e zoneamento;**

**IX - desenvolvimento do setor portuário, estimulando a participação do setor privado nas concessões, nos arrendamentos portuários e nos terminais de uso privativo;**

**X - melhoria do desempenho operacional e da qualidade do serviço prestado, visando à redução dos preços praticados;**

**XI - promoção da sustentabilidade econômico-financeira da atividade portuária e implantação de sistema de preços e tarifas com base em centros de custos e eficiência operacional;**

**XII - estímulo à competitividade do setor e defesa da concorrência;**

(...).

A partir desta linha de idéias, o foco das atenções se dirige às condições contratuais que regem os arrendamentos portuários que foram celebrados ao longo do tempo, as inevitáveis disparidades entre tais condições, e a influência de tais disparidades sobre a viabilidade econômica dos empreendimentos e sobre o ambiente concorrencial, notadamente intra portos.

Sim, porque a despeito do direito dos arrendatários a condições contratuais que ensejem viabilidade econômica e concorrência estar disciplinado por lei e encontre respaldo constitucional, frequentemente a implementação prática de tal direito, através da revisão de valores e de condições contratuais, encontra resistência, que agora, à luz das diretrizes e das políticas consagradas pelo decreto, nos parece injustificável.

Fica, obviamente, a indispensável ressalva no sentido de que a revisão de condições contratuais não se destina, nem nunca se destinou, apenas ao reequilíbrio dos direitos entre os concorrentes, mas dirige-se sempre à equalização do tratamento contratual como um todo, ou seja, entre direitos e obrigações que compõem a equação econômica dos contratos.

Assim, absurda e incabível eventual pretensão de tratamento isonômico quanto a direitos entre diversos arrendatários, sem que haja também isonomia de obrigações, ou mais do que isso, isonomia entre as equações econômicas dos diversos contratos, desde que possuam identidade entre seus objetos, isonomia esta a ser preservada quando haja sobrevivendo distorção proveniente daqueles fatores que classicamente autorizam a aplicação da cláusula "*rebus sic stantibus*".

De todo importante o tema, na medida em que a implementação prática da Lei 8.630/93, tenha caminhado intensivamente ao longo do tempo, e agora passe a pautar-se pelas regras do Decreto 6.620/2008, o que poderá ensejar modificações significativas no cenário concorrencial, inclusive ante a implementação de terminais privativos e de uso misto. Basta recordar que, como discutido acima, a implantação das instalações de uso privativo misto permitirá que estes venham a concorrer com terminais já implantados no porto organizado, movimentando carga de terceiros em condições que, a despeito das regras insertas no decreto, ainda não estão suficientemente assentadas, o que se toma apenas como exemplo. Pode-se mencionar ainda, a própria modificação do cenário econômico decorrente dos períodos de incerteza que caracterizaram o início da

década de 90, seguida do período de prosperidade, pré-crise mundial, e finalmente o cenário hoje vigente, como fatores de distorção entre as condições econômicas dos contratos celebrados nos diversos momentos.

Por qualquer ângulo que se examine a questão, exsurge incontestável o direito à correção do desequilíbrio e da distorção da equação econômico-financeira do contrato, com o resgate de condições isonômicas às praticadas no mercado.

À luz do direito privado, a aplicação da cláusula "*rebus sic stantibus*" constitui-se em princípio elementar de direito contratual, que ganha importância exponencial na medida em que se verifica a supremacia de uma das partes sobre a outra para impor condições ou alterar o contexto onde inserido o objeto do contrato.

Exatamente essa é a hipótese, onde o poder concedente, ao longo do tempo, passou a disponibilizar uma quantidade infinitamente maior de áreas, para o mesmo fim, sob condições contratuais diversas, aumentando a oferta e reduzindo o preço alcançado por metro quadrado, assim como diluindo a movimentação de carga entre várias instalações portuárias, fenômeno percebido em diversos portos.

Ao lado disso, surgiram ao longo do tempo os reflexos distorcivos provenientes do cenário macroeconômico nacional e internacional, com violentíssimas variações cambiais, assim como oscilações na política econômica de comércio exterior, com os conhecidos reflexos na movimentação de carga que transita pelos portos brasileiros.

De outro lado, à luz do direito público, referido direito revela-se com ainda maior veemência, na medida em que tanto a Constituição Federal como a Lei 8.666/93 vêm expressamente consagrar a garantia de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, assim como as condições igualitárias de concorrência.

Sobre o tema, vale trazer a lume o entendimento do **E. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**, que assevera:

*"As prerrogativas da Administração, advindas das cláusulas exorbitantes do Direito Privado, contrapõe-se a proteção econômica do contratado, que garante a manutenção do equilíbrio contratual. É escusado dizer que ninguém se submeteria ao regime do contrato administrativo se lhe fosse tolhida a possibilidade de auferir justa remuneração pelos encargos que assume ou pagar justo preço pelo serviço que utiliza. Os termos iniciais da avença não de ser respeitados e, ao longo de toda a execução do contrato, a contraprestação pelos encargos suportados pelo contratado deve se ajustar à sua expectativa quanto às despesas e aos lucros normais do empreendimento." (STJ, 2ª T., RIP 199900455223, REsp 216018-DF, julg. em 05/06/2001, publ. DJ de 10/09/2001, pag. 370, Rel. Franciulli Netto) no mesmo sentido STJ - RESP 52696-DF*

O equilíbrio econômico-financeiro abrange todos os encargos impostos à parte, ainda quando não se configurem como "deveres jurídicos" propriamente ditos. São relevantes os prazos de início, forma de execução, condições externas que influenciem direta ou indiretamente a produção, as condições de mercado para os produtos e serviços, valor dos itens que compõe o custo; os processos tecnológicos a serem aplicados; o prazo para pagamento etc.

O equilíbrio econômico-financeiro não é atingido somente por alteração unilateral do contrato, mas também por atos da Administração, ou por fatos imprevistos ou imprevisíveis, que terminam por distanciar as condições impostas a cada arrendatário, das que vigem para o resto do mercado.

*"O equilíbrio financeiro ou equilíbrio econômico do contrato administrativo, também denominado equação econômica ou equação financeira, é a relação que as partes estabelecem inicialmente, no ajuste, entre os encargos do contrato e a retribuição da Administração para a justa remuneração da obra, do serviço ou do fornecimento. Em última análise, é a correlação entre objeto do contrato e sua remuneração, originariamente prevista e fixada pelas partes em números absolutos ou em escala móvel. Essa correlação deve ser conservada durante toda a execução do contrato, mesmo que alteradas as cláusulas regulamentares da prestação ajustada, a fim de que se mantenha a equação financeira ou, por outras palavras, o*

*equilíbrio econômico-financeiro do contrato (Lei 8.666/93, art. 65, II, "d", e § 6º).". ( Hely Lopes Meirelles, Licitação e Contrato Administrativo, 11ª ed, atualizada por Eurico de Andrade Azevedo et alii, São Paulo, Malheiros, 1996, p.165)*

Cabe ressaltar que, no caso dos contratos administrativos a teoria da imprevisão foi expressamente acolhida por nossa Constituição Federal (art. 37, inciso XXI), ao garantir ao particular que as condições da proposta seriam mantidas durante a sua execução, atendendo, assim a um princípio básico a que Administração está sujeita, o da legalidade. Assim, dispõe a Lei nº 8.666/93, ao regular a matéria:

*"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 atribuição 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 conseqüências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual."*

O contrato administrativo, como qualquer outro, é celebrado à vista das condições econômico-financeiras existentes no momento da celebração e segundo os objetivos que cada uma das partes busca retirar da avença, devendo aplicar-se medidas de adequação sempre que a viabilidade econômica do empreendimento, apontada como diretriz da política portuária, estiver ameaçada.

Essa é a bem lançada lição de **HELIO LOPES MEIRELLES** (Licitação e Contrato Administrativo, ob. cit, p. 166)

*"O contrato administrativo, por parte da Administração, destina-se ao atendimento das necessidades públicas, mas, por parte do contratado, objetiva um lucro, através da remuneração consubstanciada nas cláusulas econômicas e financeiras".*

Portanto, sobrevindo modificações substanciais no cenário de atuação do empreendimento, devem os contratos ser examinados à luz da preservação da viabilidade econômica e da preservação do ambiente concorrencial, sem afastar jamais o risco empresarial inerente ao empreendimento, o que significa dizer que, flutuações normais da atividade ou de sua rentabilidade não consubstanciam causa apta a ensejar revisão das condições contratuais, mas circunstâncias atípicas, inesperadas, com reflexos substanciais na sobrevivência da empresa, adequam-se à hipótese legal que garante o direito à revisão contratual, sem jamais poder atingir, obviamente, direito de terceiros.

O contrato, portanto é *rebus sic stantibus*, isto é, as obrigações contratuais devem ser interpretadas à luz das circunstâncias e fatos sob os quais foi celebrado. Daí as precisas lições de **CARLOS ARI SUNDFELD** (Licitação e Contrato Administrativo, São Paulo, Malheiros, 1994, p. 238) e de **CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELO** (Curso de Direito Administrativo, 7ª ed., São Paulo, Malheiros, 1995 p. 391), asseverando este que de acordo com a cláusula *rebus sic stantibus*.

*"...as obrigações contratuais não de ser entendidas em correlação com o estado de coisas ao tempo em que se contratou. Em conseqüência, a mudança acentuada dos pressupostos de fato em que se embasaram implica alterações que o Direito não pode desconhecer. É que as vontades se ligaram em vista de certa situação, e na expectativa de determinados efeitos totalmente diversos, surgidos à margem do comportamento dos contratantes".*

Não fosse assim, ninguém contrataria, pois a instabilidade lesaria uma ou outra das partes. Com efeito, o ente governamental seria prejudicado se a variação beneficiasse o contratado particular e este seria onerado se a instabilidade favorecesse aquele. Destarte, salvo algum insano, ninguém ajustaria qualquer negócio sabendo que não teria essa garantia quando em face de circunstâncias extremas e imprevisíveis.

Assim, por reconhecer essa realidade é que a Lei nº 8.666/93 prevê a possibilidade de readequação contratual, visando o equilíbrio econômico-financeiro ou das cláusulas financeiras, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis,

Conselho Editorial da coluna Direito Marítimo, Portuário, Aduaneiro, Logística e Comércio Exterior

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 álea econômica extraordinária e extracontratual, como ensina Diogenes Gasparini em seu parecer acerca do Reequilíbrio Econômico-Financeiro do Contrato, publicado no BDA, de setembro de 1997 (Boletim de Direito Administrativo, Reequilíbrio Econômico-Financeiro do Contrato, Diogenes Gasparini setembro de 1997, Editora NDJ).

Diante de tudo isto, é certa a garantia de condições econômico-financeiras justas, impondo-se a revisão contratual se ocorrer alguma modificação que altere as condições econômico-financeiras ou o equilíbrio econômico financeiro, não onerando com isso o particular ou até mesmo a Administração, pois aquela parte que se aproveitasse dessa circunstância estaria locupletando-se sem causa.

Ademais, distorção de tal ordem implica na violação ao direito de livre concorrência, lembrando-se sempre que a livre concorrência é dispositivo constitucional informador dos "Princípios Gerais da Atividade Econômica" (artigo 170, inciso IV da Carta Magna).

**EROS ROBERTO GRAU** sintetiza magistralmente esse princípio ao afirmar que *"A livre concorrência, no sentido que lhe é atribuído - "livre jogo das forças de mercado, na disputa de clientela" - supõe desigualdade ao final da competição, a partir, porém de um quadro de igualdade jurídico formal." (in A Ordem Econômica na Constituição de 1.988, 2ª ed. Ed. RT, pág. 244/50)*

A disparidade de condições contratuais com reflexo econômico atinge exatamente esse quadro de igualdade jurídico formal, ao início da competição entre as empresas que operam similarmente.

Conclui-se, daí, que as diretrizes firmadas pelo Decreto 6.620/2008 somente vêm reafirmar as garantias acima descritas, cujo reconhecimento nas hipóteses práticas, espera-se, sejam menos conflituosas do que a experiência tem demonstrado até aqui.

Muitos outros pontos do decreto ainda deverão ser objeto de exame, o que fica reservado para outras oportunidades.

**Alexandre Shammass Neto**  
**Advocacia Shammass**  
**E-mail: alexsham@uol.com.br**

Conselho Editorial da coluna Direito Marítimo, Portuário, Aduaneiro, Logística e Comércio Exterior