



PROCESSO N.º 11.836.167-9

INTERESSADO: DER/PJ/CR

ASSUNTO: Referente a elaboração de Parecer Jurídico acerca do item II acórdão n.º 346/12

PARECER N.º 08/2013 - PGE

EMENTA: INSERÇÃO DE CLÁUSULA DE REVISÃO PERIÓDICA DAS TARIFAS DENTRO DOS CONTRATOS DE CONCESSÃO DO ANEL DE INTEGRAÇÃO DO PARANÁ. POSSIBILIDADE. MÉTODOS PARA REPASSAR OS GANHOS DECORRENTES DE PRODUTIVIDADE E DA EFICIÊNCIA TECNOLÓGICA, O AUMENTO OU A REDUÇÃO EXTRAORDINÁRIA DOS CUSTOS E/OU DAS DESPESAS DA CONCESSIONÁRIA . ALTERAÇÕES OCORRIDAS NO CUSTO DE OPORTUNIDADE DO NEGÓCIO. POSSIBILIDADE DESDE QUE MANTIDO O EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DOS CONTRATOS.

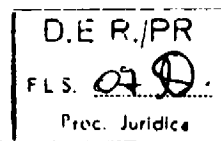
I - Relatório

O presente protocolo vem questionar a possibilidade, num futuro termo aditivo, de se incluir uma cláusula de revisão periódica das tarifas, a fim de repassar os ganhos decorrentes de produtividade e da eficiência tecnológica, o aumento ou a redução extraordinária dos custos e/ou das despesas da concessionária, bem como as alterações ocorridas no custo de oportunidade do negócio, tal qual determinado pelo acórdão n.º 346/2012 do Tribunal de Contas da União.

Os contratos de concessão celebrados pelo Estado do Paraná são produto da Lei Federal n.º 9.277/96, a qual permitiu a assinatura de convênios de delegação com a União, permitindo que os Estados pudessem administrar parte da malha federal,



ESTADO DO PARANÁ
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
NÚCLEO JURÍDICO DA ADMINISTRAÇÃO NO DEPARTAMENTO DE
ESTRADAS DE RODAGEM DO PARANÁ (DER/PR)
NÚCLEO CONCESSÕES



conjuntamente com seus próprios programas estaduais de concessão. Desta forma, o Estado do Paraná estruturou seu Anel de Integração abrangendo todo o Estado, dividindo-o em seis lotes de concessão.

O Anel de Integração do Paraná está inserido no contexto da Primeira Etapa do Programa de Concessão de Rodovias Federais - PROCOFE¹. Foi a primeira experiência no Direito Brasileiro de prestação de serviço público de manutenção, operação e conservação de rodovias pelo particular.

Arnoldo Wald assim relata o histórico da prestação da concessão rodoviária pelo particular:

“A idéia (sic) do autofinanciamento das estradas não é nova, mas teve de enfrentar numerosas resistências, tanto da própria Administração como dos usuários, especialmente dos transportadores de carga, que levaram muito tempo para convencer-se da utilidade do pedágio, como forma de assegurar a recuperação, melhoria, ampliação, conservação e operação das rodovias.

.....

Embora o pedágio tivesse sido adotado com sucesso em numerosos países, tanto na Europa quanto na América do Norte, a sua introdução no Brasil foi lenta, sendo inicialmente utilizado em poucos casos e

¹O Governo Federal, em 1993, mediante a Portaria Ministerial n.º 10 – posteriormente modificada pelas de n.ºs 246/94, 824/94 e 214/95 – criou o Programa de Concessões de Rodovias Federais – Procofe, de responsabilidade do então Departamento de Estradas e Rodagem – DNER, com o objetivo de transferir à iniciativa privada, mediante concessão, a administração de trechos de rodovias federais.



ESTADO DO PARANÁ
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
NÚCLEO JURÍDICO DA ADMINISTRAÇÃO NO DEPARTAMENTO DE
ESTRADAS DE RODAGEM DO PARANÁ (DER/PR)
NÚCLEO CONCESSÕES

D.E R./PR
FLS 08 2
Proc. Jurídica

fixado em valores relativamente baixos por motivos de ordem política, sendo sua arrecadação onerosa e desordenada².

Desta forma, o Anel de Integração do Paraná se consubstancia numa experiência inovadora. O Tribunal de Contas da União, costumeiramente em seus acórdãos, aponta os principais defeitos desta Primeira Etapa: existência de projetos de obras desatualizados, imprecisos ou deficientes, insuficiência na fiscalização dos contratos de obras e dos convênios e ausência de cláusulas contendo previsão de revisões tarifárias ordinárias³.

Além disso, não se pode olvidar que os referidos contratos foram celebrados num contexto econômico muito diverso do atual. Apesar de o Brasil ter obtido estabilização econômica com o Plano Real, instituído em 1994, é de conhecimento notório que as crises financeiras de 1997 e 1998 causaram graves impactos para o mercado, havendo fuga de capitais, aumento da taxa de juros e elevação da taxa de câmbio.

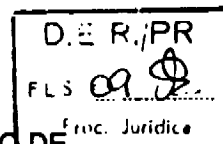
Por fim, outro fato também importante para entender o contexto está no fato de que os referidos contratos somente foram alterados bilateralmente pela celebração de dois termos aditivos nos anos de 2000 e 2002. Isto significa, portanto, que não há qualquer mecanismo moderno inserido nestes contratos de concessão que permita revisá-lo com celeridade para promover a modicidade das tarifas, levando em conta os ganhos decorrentes de produtividade e da eficiência tecnológica, o aumento ou a redução extraordinária dos custos e/ou das despesas da concessionária, bem como as alterações ocorridas no custo de oportunidade do negócio.

²WALD, Arnoldo, MORAES, Maria Luiza Rangel, WALD, Alexandre M. *O Direito de Parceria e a Lei de Concessões*. 2. Ed. Saraiva: São Paulo, 2004.pp. 635/636.

³Vide os Acórdãos n.º 1999/2009, 2154/2007 (Plenário TCU).



ESTADO DO PARANÁ
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
NÚCLEO JURÍDICO DA ADMINISTRAÇÃO NO DEPARTAMENTO DE
ESTRADAS DE RODAGEM DO PARANÁ (DER/PR)
NÚCLEO CONCESSÕES



A Constituição Federal, em seu artigo 175, parágrafo único, inciso III, determina que lei disporá sobre a política tarifária da prestação de serviços públicos sob regime de concessão ou permissão⁴. Regulando tal norma constitucional, o artigo 15, da Lei 8789/95 delimita quais os critérios pelos quais o concessionário será remunerado:

Art. 15. No julgamento da licitação será considerado um dos seguintes critérios: (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)

I - o menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado; (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)

II - a maior oferta, nos casos de pagamento ao poder concedente pela outorga da concessão; (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)

III - a combinação, dois a dois, dos critérios referidos nos incisos I, II e VII; (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)

IV - melhor proposta técnica, com preço fixado no edital; (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998)

V - melhor proposta em razão da combinação dos critérios de menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado com o de melhor técnica; (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998)

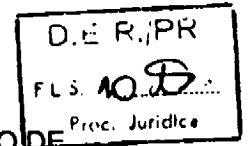
⁴Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

III - política tarifária;



ESTADO DO PARANÁ
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
NÚCLEO JURÍDICO DA ADMINISTRAÇÃO NO DEPARTAMENTO DE
ESTRADAS DE RODAGEM DO PARANÁ (DER/PR)
NÚCLEO CONCESSÕES



VI - melhor proposta em razão da combinação dos critérios de maior oferta pela outorga da concessão com o de melhor técnica; ou (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998)

VII - melhor oferta de pagamento pela outorga após qualificação de propostas técnicas. (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998)

§ 1º A aplicação do critério previsto no inciso III só será admitida quando previamente estabelecida no edital de licitação, inclusive com regras e fórmulas precisas para avaliação econômico-financeira. (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)

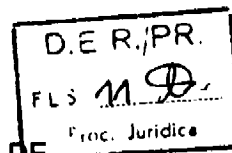
§ 2º Para fins de aplicação do disposto nos incisos IV, V, VI e VII, o edital de licitação conterà parâmetros e exigências para formulação de propostas técnicas. (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)

Diante de tal panorama, o Edital de Concorrência dos contratos de concessão aqui analisados previu uma licitação do tipo “maior oferta”, em conformidade com o art. 15, II, da Lei n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Segundo os itens 9 a 11 do referido Edital, a utilização do tipo de licitação de “maior-oferta” tinha por objetivo selecionar a proposta mais vantajosa para o DER, considerando-se para tanto, o valor da tarifa básica de pedágio a ser fixado pelo DER para o Lote e o volume de tráfego que seria previsto pela licitante para o período da concessão.

A “maior oferta”, tal qual definida pelo Edital, seria aquela que compreendesse a maior extensão de rodovias ou trechos de rodovias adicionais, situadas na região do Lote, na qual a licitante obrigar-se-ia, pelo mesmo período da concessão, a



ESTADO DO PARANÁ
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
NÚCLEO JURÍDICO DA ADMINISTRAÇÃO NO DEPARTAMENTO DE
ESTRADAS DE RODAGEM DO PARANÁ (DER/PR)
NÚCLEO CONCESSÕES



executar as obras e serviços pertinentes à sua recuperação, conservação e manutenção. As concessionárias apresentaram suas propostas comerciais e, em cada uma delas, consignariam qual seriam a taxa interna de retorno – estática -, necessária para a prestação do serviço ao longo da concessão.

Como é lugar comum, as primeiras concessões rodoviárias, da qual faz parte o Anel de Integração, seguem o que disciplina o artigo 2.º, inciso II, da Lei 8.987/1995, de que a prestação do serviço será realizada pelo concessionário por sua “conta e risco”⁵, para fins de obter uma justa remuneração feita com base nas tarifas auferidas e, subsidiariamente, pelas receitas alternativas⁶.

Por mais que os doutrinadores administrativistas relativizem tal regra⁷, fato é que os contratos de concessão celebrados nesta etapa seguiram uma fórmula pela

5Art. 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se:

I - poder concedente: a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Município, em cuja competência se encontre o serviço público, precedido ou não da execução de obra pública, objeto de concessão ou permissão;
II - concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado;

6O concessionário tem direito ao equilíbrio econômico-financeiro, para fins de garantir a justa remuneração deste. Diógenes Gasparini lembra que a legislação, por vezes, define inclusive, o que seria a justa remuneração. “*como ocorria com o Regulamento dos Serviços de Telefonia, veiculado pelo Decreto federal n. 57.611, de 7 de janeiro de 1966. Esse diploma estatua, em seu art. 66, que na determinação das tarifas seriam levados em conta os seguintes fatores: cobertura das despesas de custeio, justa remuneração de capital, melhoramento e expansão dos serviços.*”

7Marçal Justen Filho faz a seguinte delimitação dessa expressão: “Um ângulo que não pode ser olvidado refere-se à relação custo-benefício derivada da ampliação dos riscos do concessionário. Uma das conquistas do pensamento econômico mais recente se relaciona com o processo decisório empresarial e com a formação dos preços. A teoria dos custos de transação, elaborada a partir dos trabalhos de RONALD COASE, permitiu compreender mais profundamente essa questão.

Essa construção evidencia que a decisão empresarial reflete uma avaliação sobre todos os custos – diretos e indiretos – necessários à obtenção da vantagem econômica buscada. Isso significa que o preço praticado por um empresário traduz não apenas verbas destinadas a compensar eventos futuros e previsíveis. Mais ainda, a própria insegurança sobre a evolução dos fatos futuros traduz-se nos preços.

Dá-se a seguir que a ampliação dos riscos de um empreendimento qualquer se traduz na ampliação de seus custos. Até se poderia dizer que o empresário realiza uma espécie de seguro informal, em que o aumento dos preços reflete a elevação dos riscos.

No entanto, esse processo somente se desenvolve até certo ponto. A ampliação indeterminada de riscos ilimitados conduz à decisão negativa quanto a um empreendimento. Somente empresários irresponsáveis arriscam-se em negócios cuja margem de risco é ilimitada e indeterminada (...) Logo, a redução do risco do concessionário de serviços públicos é uma condição para obtenção do maior número de interessados em



qual os riscos do Poder Concedente estavam explícitos no contrato. Conseqüentemente, aquilo que não estivesse explícito, era risco da concessionária.

A título de elucidação se transcrevem as cláusulas XII e XX do contrato – respectivamente, Da Assunção de Riscos e Da Revisão da Tarifa Básica:

“CLÁUSULA XII – Da Assunção de Riscos

A CONCESSIONÁRIA assumirá, em decorrência deste CONTRATO, integral responsabilidade por todos os riscos inerentes à concessão, exceto nos casos em que o contrário dele resulte.

.....
CLÁUSULA XX – Da revisão da tarifa básica

1. Qualquer alteração nos encargos da CONCESSIONÁRIA importará na recomposição do equilíbrio econômico-financeiro deste CONTRATO.
2. O CONTRATO será revisto para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos da CONCESSIONÁRIA e a receita da concessão, com a finalidade de manter seu inicial equilíbrio econômico-financeiro inicial.
3. Para os efeitos previstos nos itens anteriores, a revisão dar-se-á nos seguintes casos:

participar da licitação e para viabilizar ofertas mais vantajosas”. JUSTEN, Marçal Filho. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Dialética, 2003. pp.333/334



a) ressaltados os impostos sobre a renda, sempre que, forem criados, alterados ou extintos outros tributos ou sobrevierem disposições legais, quando ocorridas após a data da apresentação da PROPOSTA COMERCIAL, de comprovada repercussão nos custos da CONCESSIONÁRIA, para mais ou para menos, conforme o caso;

sempre que houver acréscimo ou supressão de encargos no PROGRAMA DE EXPLORAÇÃO DO LOTE, para mais ou para menos, conforme o caso;

sempre que ocorrências supervenientes, decorrentes de força maior, caso fortuito, fato do príncipe, fato da Administração ou de interferências imprevistas resultem, comprovadamente, em acréscimo dos custos da CONCESSIONÁRIA;

sempre que a CONCESSIONÁRIA promover a desapropriação de bens imóveis, a instituição de servidão administrativa ou a imposição de limitação administrativa ao direito de propriedade, desde que o valor da verba indenizatória prevista não seja atingido ou seja ultrapassado;

sempre que a CONCESSIONÁRIA promover a rescisão dos contratos de obras e serviços de engenharia vigentes à data da transferência do controle das rodovias, nos termos da Cláusula LXXIII, desde que o valor da verba indenizatória prevista não seja atingido ou seja ultrapassado;

sempre que houver alteração unilateral deste CONTRATO, que comprovadamente altere os encargos da CONCESSIONÁRIA, para mais ou para menos, conforme o caso;



quando a CONCESSIONÁRIA auferir receita alternativa, complementar ou acessória à concessão, nas condições estabelecidas neste CONTRATO;

sempre que forem constatadas modificações estruturais nos preços relativos dos fatores de produção ou modificações substanciais nos preços dos insumos relativos aos principais componentes de custos considerados na formação da PROPOSTA COMERCIAL, desde que imprevisíveis e não atendidas ou cobertos pelos reajustes tarifários previstos neste CONTRATO, para mais ou para menos, conforme o caso, observados os preceitos legais pertinentes”.

Observe-se que esse contrato estanque não permite qualquer compartilhamento de eficiência e produtividade da concessionária com os usuários do serviço público ou mesmo alterações negociais que possam ensejar lucro excessivo da concessionária ou num comprometimento do serviço público a ser prestado.

Isso é demonstrado meramente pela análise do conteúdo das propostas comerciais apresentadas. As concessionárias estimaram valores fixos, durante todos os anos da concessão, com relação à mão-de-obra que seria utilizada (Quadro 5 – Demonstrativo de Custos de Administração e Operação), e os demais custos de operação e administração (Quadro 6- Demonstrativo dos Custos de Administrativo e Operação – outros custos).

Dessa forma, ainda que as concessionárias tivessem qualquer diminuição nos custos de operação e administração, os usuários não sentiriam impacto na tarifa ao longo da concessão. Também não há no contrato originário, mesmo com a assinatura dos Termos Aditivos, de previsão de benefícios para que a concessionária atue com eficiência nos serviços prestados.



Destaca-se que o acórdão n.º 346/2012 do Tribunal de Contas da União expressamente se referiu a existência de fortes indícios de desequilíbrio nos contratos de concessão do Anel de Integração pela ausência de tais normas. Também o próprio Tribunal de Contas da União já exarou o entendimento que *as revisões ordinárias não podem ser consideradas como mero compromisso, mas sim estar expressas contratualmente, nos termos do art. 9º, §2º, da Lei nº 8.987, de 1995*.⁸

No cenário atual, a boa prática regulatória não mais remunera o concessionário por meio de planilhas que garantam a remuneração do serviço, mas, sim pela chamada regulação por incentivos⁹. Isto significa que diferentemente dos meios estáticos antes previstos para fins de revisão tarifárias, nos atuais contratos de concessões estão inseridas cláusulas para compartilhamento de lucro com o usuário, bem como se leva em conta o aumento ou a redução extraordinária dos custos e/ou das despesas da concessionária e as alterações ocorridas no custo de oportunidade do negócio. Tudo isso para que se obtenha uma tarifa módica com a rapidez exigida.

Mais uma vez se socorre ao Tribunal de Contas da União que já encetou entendimento de que a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro não é sinônimo de lucros excessivos da concessionária:

“Assim, a apropriação por parte da Concessionária de todo o lucro adicional não condiz com o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Somente parte desse lucro caberia à Concessionária, como incentivo à eficiência. A outra parte deveria ser revertida para a modicidade tarifária, em conformidade com os preceitos da regulação por incentivos”¹⁰.

⁸Acórdão n.º 2927/2011 do Plenário do Tribunal de Contas da União.



Desta forma, para a preservação do equilíbrio econômico-financeiro se torna imprescindível que haja nos contratos de concessão celebrados pelo Estado do Paraná a inclusão de uma cláusula específica de revisão ordinária, objetivando que haja o repasse imediato de ganhos de produtividade e eficiência tecnológica, aumento ou redução extraordinária dos custos e/ou despesas das concessionárias e alterações ocorridas no custo de oportunidade do negócio, para fins de obter a modicidade tarifária.

A partir destas diretrizes, passam ser apresentadas as fundamentações para a inserção nos contratos de concessão celebrados pelo Estado do Paraná, por meio de termo aditivo, de uma cláusula de revisão periódica que repasse os ganhos decorrentes de produtividade e da eficiência tecnológica, o aumento ou redução extraordinária dos custos e/ou das despesas da concessionária, bem como as alterações ocorridas no custo de oportunidade do negócio.

II – Análise e fundamentação

II.1) Possibilidade de inclusão de cláusula de revisão periódica nos atuais contratos de concessão do Anel de Integração

O primeiro ponto de análise se perfaz na possibilidade de inserção de cláusula de revisão periódica nos contratos de concessão do Estado do Paraná. A Constituição Federal, em seu artigo 175, assim prevê:

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:

⁹Conforme Parecer Analítico sobre Regras Regulatórias n.º 08/COGTL/SEAE/MF, p. 8.
¹⁰Excerto extraído do relatório do Acórdão n.º 2.104/2008 (TCU-Plenário).



III - política tarifária; (grifos nossos)

A norma infraconstitucional a que se refere a Carta Magna é a conhecida Lei n.º 8.987/1995, que trata das concessões em âmbito nacional. Assim, a Lei contém as seguintes normas acerca da política tarifária:

“Art. 9º A tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta Lei, no edital e no contrato.

§ 2º Os contratos poderão prever mecanismos de revisão das tarifas, a fim de manter-se o equilíbrio econômico-financeiro.

§ 3º Ressalvados os impostos sobre a renda, a criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, após a apresentação da proposta, quando comprovado seu impacto, implicará a revisão da tarifa, para mais ou para menos, conforme o caso.

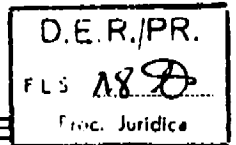
§ 4º Em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração.

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

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



ESTADO DO PARANÁ
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
NÚCLEO JURÍDICO DA ADMINISTRAÇÃO NO DEPARTAMENTO DE
ESTRADAS DE RODAGEM DO PARANÁ (DER/PR)
NÚCLEO CONCESSÕES



Art. 29. Incumbe ao poder concedente:

V - homologar reajustes e proceder à revisão das tarifas na forma desta Lei, das normas pertinentes e do contrato”.

O tema também é abordado na Lei 8.666/1993, em seu artigo 65, o qual versa sobre as licitações federais:

Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

I - unilateralmente pela Administração:

- a) quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos;
- b) quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei;

II - por acordo das partes:

- a) quando conveniente a substituição da garantia de execução;
- b) quando necessária a modificação do regime de execução da obra ou serviço, bem como do modo de fornecimento, em face de verificação técnica da inaplicabilidade dos termos contratuais originários;
- c) quando necessária a modificação da forma de pagamento, por imposição de circunstâncias supervenientes, mantido o valor inicial



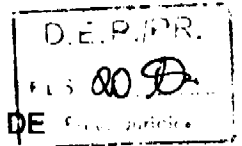
atualizado, vedada a antecipação do pagamento, com relação ao cronograma financeiro fixado, sem a correspondente contraprestação de fornecimento de bens ou execução de obra ou serviço;

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 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”.

Da leitura dos referidos artigos podemos concluir que todos os contratos administrativos devem prever mecanismos de revisão das tarifas¹¹, visando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro em virtude de alterações unilaterais ou da criação ou extinção de tributos e encargos, desde que, comprovado o seu impacto contratual. Além disso, cabe ao Poder Concedente, uma vez comprovadas as situações anteriormente descritas, homologar a recomposição.

Desse modo, obedecendo a legislação vigente, os Contratos de Concessão firmados em 1997 possuem uma cláusula de revisão tarifária, que descrevem os procedimentos a serem adotados nesse caso (no caso, a Cláusula XX – Da revisão da tarifa básica). Disserta a doutrina acerca do tema:

¹¹ “A revisão, como já foi apontado em tópico anterior, representa mais um mecanismo de alteração do valor da tarifa. Ao contrário do reajuste, não se trata de mera atualização monetária, mas da verdadeira recomposição da relação contratual. Com a revisão, em virtude de determinado ato ou fato jurídico de comprovado impacto nos aspectos econômicos decorrentes da execução do contrato de concessão, o valor da tarifa é alterado. (In. CÂMARA, Jacintho Arruda. Tarifa nas concessões. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 187)”



“A revisão (recomposição) de preços consiste no instituto conhecido amplamente no direito brasileiro e comparado. Trata-se da revisão ampla e minuciosa da situação do particular. Abrange várias etapas. A primeira consiste na verificação de todos os custos originariamente previstos pelo contratado para formulação da proposta. A segunda etapa dirige-se à verificação dos que efetivamente oneram o sujeito. **O terceiro passo está na comprovação da ocorrência de algum evento imprevisível apto a produzir o desequilíbrio entre os custos estimados e os efetivamente existentes. A recomposição de preços é figura complexa e demorada, inclusive pela dificuldade de determinar a formação do preço do particular.** Há uma dificuldade relacionada com a produção da prova, o que torna a recomposição de preços pouco desejável para ambas as partes.¹²

Tal mecanismo foi criado para resolver desequilíbrios alheios, na execução dos contratos, diferentemente do reajuste, elaborado visando apenas a atualização monetária das tarifas. Seu objeto é mais amplo, tratando-se de verdadeira recomposição contratual.

Essa recomposição pode tanto aumentar, como reduzir o valor pago pelo usuário, dependendo dos fatos que a ensejaram.

Assim é possível a inclusão desse tipo de cláusula nos Contratos de Concessão. A dúvida reside então na possibilidade de se realizar tal procedimento de forma periódica, tendo em vista as possíveis alterações no cenário econômico.

¹² JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria geral das concessões de serviço público. São Paulo: Dialética, 2003. p. 404/405.



Nos contratos analisados, a cláusula de revisão das tarifas não tem uma condição periódica. Ao invés disso, possui uma previsão genérica, haja vista o item 1 da Cláusula XX “Qualquer alteração nos encargos da **CONCESSIONÁRIA** importará na *recomposição do equilíbrio econômico-financeiro deste CONTRATO*”. Tal construção deve-se ao fato de que, quando da elaboração dos contratos, o tema ainda era novo no ordenamento jurídico brasileiro, sendo que os efeitos práticos da Lei ainda não eram conhecidos.

Todavia, diante das peculiaridades dos contratos de concessão e da evolução da discussão acerca do tema, constatou-se a necessidade da fixação de um prazo para a revisão periódica da tarifa.

Realizando o procedimento de forma periódica, se evitaria, no caso em tela, possíveis acúmulos de fatos que causam impacto no contrato, o que dificulta sua execução e tem reflexos diretos nas tarifas pagas pelo usuário.

A inclusão da referida periodicidade na revisão das tarifas nos Contratos de Concessão que são objetos dessa análise, *a priori*, não desrespeitaria o princípio de vinculação ao Edital de licitação¹³, uma vez que a alteração não seria tão importante, a ponto de alterar o resultado do certame realizado. Não obstante, o procedimento seria instaurado com base no interesse público, visando harmonização entre a modicidade das tarifas e a justa remuneração do concessionário, consignada no equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Nesse sentido é o entendimento doutrinário:

“Há de se notar, ainda, a existência de sistemas jurídicos que impõem ‘revisões periódicas’ das tarifas. São cláusulas contratuais que, no intuito de preservar a efetiva manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, estabelecem períodos nos quais será

¹³ Lei 8.666/1993 - Artigo 41 - A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada.



necessária a aferição da equação econômica do contrato e, conseqüentemente, a revisão no valor das tarifas, caso a apuração obtida assim determine. Quer-se, com isso, criar um mecanismo de verificação do equilíbrio econômico do contrato, desvinculando este procedimento da iniciativa das partes que são mais diretamente envolvidas (poder concedente e concessionário). Como já foi salientado anteriormente (item 4.3, supra), em alguns setores esta fórmula tem sido adotada de forma extremada, chegando até a substituir o mecanismo ordinário de alteração dos contratos, que é o reajuste”.¹⁴

O setor elétrico foi o primeiro a introduzir esse conceito de revisão periódica¹⁵, que é realizada, no âmbito de suas concessões a cada quatro anos pela Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), na qualidade de Poder Concedente. Em virtude disso, o referido órgão regulador, edita normas visando estabelecer a metodologia e os critérios gerais aplicáveis ao processo de revisão periódica.

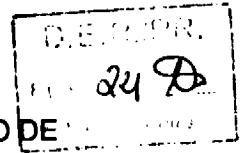
No plano das concessões rodoviárias, citamos como exemplo os contratos firmados pela Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) com a Auto Pista Régis Bittencourt e Via Bahia Concessionária de Rodovias, os quais possuem as seguintes cláusulas, respectivamente:

Revisão da Tarifa Básica de Pedágio

¹⁴ CÂMARA, Jacintho Arruda. Tarifa nas concessões. São Paulo: Malheiros Editores, 2009. p. 203.

¹⁵ “Contrato de Concessão n.º 009/2002 – Cláusula Sétima

Sétima Subcláusula – A ANEEL, de acordo com o cronograma apresentado nesta Subcláusula, procederá às revisões dos valores das tarifas de comercialização de energia elétrica, alterando-os para mais ou para menos, considerando as alterações na estrutura de custos e de mercado da CONCESSIONÁRIA, os níveis de tarifas observados em empresas similares no contexto nacional e internacional, os estímulos à eficiência e à modicidade das tarifas. Estas revisões obedecerão ao seguinte cronograma: a primeira revisão será precedida em 29 de abril de 2005, conforme o previsto na Subcláusula Terceira; a partir desta primeira revisão, as subseqüentes serão realizadas a cada 04 (quatro) anos.”



Revisão quinquenal

6.4 – Revisão quinquenal é aquela que será realizada a cada 05 (cinco) anos, com o intuito de reavaliar o PER em relação a compatibilidade com as reais necessidades advindas da dinâmica da rodovia, nos termos da regulamentação da ANTT.

16.5 Revisão quinquenal da Tarifa Básica de Pedágio

16.5.1 Revisão quinquenal é a revisão que será realizada pela ANTT a cada 05 (cinco) anos, com o intuito de reavaliar a Concessão, em relação a sua compatibilidade com as reais necessidades advindas do Sistema Rodoviário e do cenário econômico, preservando-se a alocação de riscos e as regras para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro originalmente estabelecidas no Contrato.

Assim como no setor elétrico, a norma contratual apenas prevê a periodicidade da revisão das tarifas e estabelece um prazo para a mesma, deixando as metodologias e os critérios gerais empregados nos processos para serem regulamentados através de atos administrativos vinculados aos contratos.

Em casos recentes, a ANTT também em virtude de determinações do Tribunal de Contas da União, através de Resolução¹⁶ instituiu a Revisão quinquenal, como forma de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro de alguns contratos que não previam tal norma.

¹⁶ Resolução n.º 3.951/2011 da ANTT, em anexo.



Assim, diante de todo o exposto é possível a inclusão nos Contratos de Concessão cláusulas de revisão periódica da tarifa, sendo aconselhável a utilização da forma preconizada pela ANEEL, fixando uma data para a primeira revisão, e, a partir daí, realizar o procedimento em um determinado espaço de tempo.

II.2) Métodos para inclusão de cláusula que repasse os ganhos decorrentes de produtividade e da eficiência tecnológica, o aumento ou redução extraordinária dos custos e/ou das despesas da concessionária, bem como as alterações ocorridas no custo de oportunidade do negócio

Neste momento se analisam quais os métodos que devem ser utilizados para a inclusão de cláusula nos presentes contratos de concessão, de sorte a repassar os ganhos decorrentes de produtividade e da eficiência tecnológica, o aumento ou redução extraordinária dos custos e/ou das despesas da concessionária, bem como as alterações ocorridas no custo de oportunidade do negócio.

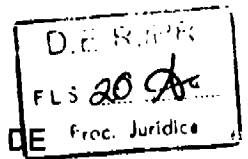
II.2.1) Inserção da WACC e fluxo de caixa marginal - taxa interna de retorno flutuante

O Tribunal de Contas da União, no julgado n.º 2.154/2007 do Plenário, examinou uma Representação efetuada pela Secretaria de Fiscalização de Desestatização - SEFID, acerca de possíveis desequilíbrios econômico-financeiros dos contratos da 1ª Etapa do Programa de Concessão Rodoviária Federal, a qual poderia ter acarretado a cobrança de tarifas de pedágios sobrevalorizadas.

No que pertine à TIR utilizada por essas concessões, o relatório assim apontou:



ESTADO DO PARANÁ
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
NÚCLEO JURÍDICO DA ADMINISTRAÇÃO NO DEPARTAMENTO DE
ESTRADAS DE RODAGEM DO PARANÁ (DER/PR)
NÚCLEO CONCESSÕES



“Essas concessões foram outorgadas na primeira metade da década passada, quando o Brasil vivia uma situação de instabilidade econômica e de incertezas quanto ao futuro. A conjuntura desfavorável, aliada a outros fatores, fizeram que os então licitantes exigissem uma taxa de retorno do investimento (TIR) que refletisse as mencionadas incertezas econômicas. Dessa forma, as rentabilidades pactuadas se situaram em cerca de 17 a 24% (taxa não alavancada, ou seja, sem considerar os financiamentos e juros). Frise-se que essas rentabilidades significam ganhos acima da inflação, pois há o reajuste anual previstos nos contratos de concessão para corrigir a perda do valor monetário.

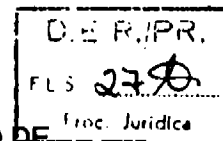
.....

O modelo de concessão da 1ª Etapa pode ser denominado como "estático", pois as rubricas que compõem o fluxo de caixa não se alteram ao longo da execução contratual, nela incluída da taxa de desconto - rentabilidade dos concessionários, ou seja, as concessionárias de rodovias federais da primeira etapa continuam auferindo rentabilidade que varia de 17 a 24% ao ano, no atual cenário de estabilidade econômica do país, em que a taxa de desconto para o setor é de no máximo de 8,95%”.

Diante de tal representação, o Ministro Relator do processo determinou à ANTT que determine à Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) que realizasse, no prazo de 30 dias, estudos com o objetivo de verificar se as atuais concessões de rodovias federais exploradas pelas concessionárias NovaDutra, Concer, CRT, Ponte Rio-Niterói e Concepa estão em equilíbrio econômico-financeiro em face da rentabilidade



ESTADO DO PARANÁ
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
NÚCLEO JURÍDICO DA ADMINISTRAÇÃO NO DEPARTAMENTO DE
ESTRADAS DE RODAGEM DO PARANÁ (DER/PR)
NÚCLEO CONCESSÕES



contratual - taxa interna de retorno do investimento (TIR) e caso verificasse o desequilíbrio nos mencionados contratos, adotasse as providências necessárias a fim de reequilibrar os contratos de concessão, fixando nova rentabilidade.

A ANTT apresentou a Resolução n.º 3651/2011, aprovando a metodologia de cálculo de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão de rodovias federais da 1ª Etapa, da 2ª Etapa – Fase I e do Pólo Pelotas.

Referida Resolução optou por não alterar a metodologia originária do contrato de concessão. Essa nova metodologia aplica-se tão-somente às obras não previstas na proposta inicial. Seu artigo 2.º assim preceitua:

“Art. 2º A metodologia de que trata esta Resolução consiste na recomposição do equilíbrio contratual, na hipótese de inclusão, após a publicação desta resolução, de investimentos ou serviços não previstos na proposta inicial, por meio da adoção de um Fluxo de Caixa Marginal, projetado em razão do evento que ensejar a recomposição, considerando:

I - os fluxos dos dispêndios marginais resultantes do evento que deu origem à recomposição; e

II - os fluxos das receitas marginais resultantes da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro”.

Essa metodologia trata da inclusão de um fluxo de caixa marginal. O fluxo de caixa marginal considera apenas as receitas auferidas e as despesas a serem despendidas pela concessionária apenas com aquele investimento específico, apartado do investimento total necessário para tocar a concessão como um todo.



O Tribunal de Contas da União tratou, pela primeira vez, sobre o fluxo de caixa marginal no acórdão n.º 101/2007 (Plenário). Ali este restou definido nos seguintes termos:

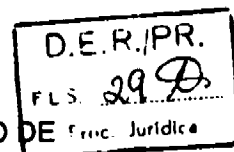
18. A metodologia prevista para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato consistirá em estabelecer um fluxo de caixa apartado, também chamado marginal, para o evento que provocou o ajuste. Esse demonstrativo desconsiderará o fluxo de caixa do empreendimento como um todo para focalizar no evento que gerou o desequilíbrio. Exemplifica-se.

19. Suponha que, por exigência do poder concedente, os investimentos previstos para a concessão sejam acrescidos. A esse novo encargo deve contrapor-se uma entrada de caixa, observadas as possibilidades relacionadas na cláusula 21.3.1 da minuta de contrato. Segundo os critérios disponibilizados (cláusula 21.4.3), o desconto dessas rubricas dar-se-á pela taxa de retorno indicada na proposta vencedora, limitada à taxa resultante da fórmula indicada (fl. 10 do Anexo 14).

20. De acordo com informações da equipe do Ministério do Planejamento responsável pelos estudos, tal limite corresponderá à Taxa Interna de Retorno (TIR) resultante do fluxo de caixa do projeto apresentado nos estudos de viabilidade, de aproximadamente 12,5% a.a.. Dessa forma, mesmo que a proposta vencedora apresente rentabilidade superior para o projeto, quando comparada à dos estudos, essa



**ESTADO DO PARANÁ
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
NÚCLEO JURÍDICO DA ADMINISTRAÇÃO NO DEPARTAMENTO
ESTRADAS DE RODAGEM DO PARANÁ (DER/PR)
NÚCLEO CONCESSÕES**



taxa não será repassada para os eventos que resultarem em aumento de encargo da concessionária.

Isso significa que, a cada obra nova a ser contratada pela ANTT, para fins de remuneração da concessionária, será considerado apenas o seu custo, e não o custo para a prestação do serviço público como um todo. A receita também será marginal, ou seja, será feito um cálculo relativo de quanto a concessionária receberá por aquela obra. Veja como a mencionada Resolução define tais conceitos:

Art. 3º Para fins de determinação dos fluxos dos dispêndios marginais, serão utilizados critérios de mercado para estimar o valor dos investimentos, custos e despesas resultantes do evento que deu causa ao reequilíbrio.

§ 1º. O valor dos investimentos deverá ser proposto pela concessionária, mediante apresentação de três propostas de orçamento, elaboradas, para cada item arrolado, com utilização do valor constante do Sistema de Custos Rodoviários - SICRO, sob gestão do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes - DNIT.

§ 2º Caso o serviço proposto não exista no SICRO, a concessionária deverá propor uma composição baseada no SICRO; os custos de insumos e mão-de-obra deverão ser aqueles previstos neste sistema. Caso não seja possível a proposição desta composição, pode-se utilizar também, tabelas de preços ou sistemas dos órgãos estaduais ou municipais. O valor final será sempre apurado após a elaboração do Projeto Executivo.



.....
.....

Art. 4º Para fins de determinação dos fluxos das receitas marginais, em que seja necessário adotar uma projeção de tráfego, será utilizado, em etapas distintas, o procedimento a seguir:

I - no momento da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, o cálculo inicial a ser utilizado, para fins de dimensionamento da referida recomposição, considerará o tráfego real verificado nos anos anteriores e adotará as melhores práticas para elaboração da projeção de tráfego até o encerramento do prazo da concessão; e

II - anualmente, por ocasião da revisão ordinária, o cálculo referido no inciso I deste artigo será revisado com vistas a substituir o tráfego projetado pelo volume real de tráfego verificado no ano anterior.

Desta forma se fulmina com uma taxa interna de retorno estática no contrato de concessão, porquanto ela será diversa a cada obra realizada. Deve ser ressaltado apenas que ainda, no âmbito da ANTT, não houve uma experiência prática sobre se a utilização desse fluxo de caixa marginal efetivamente implicará diminuição das tarifas.

Além disso, a Resolução utiliza a chamada "WACC" (Custo Médio Ponderado de Capital) para fins de determinar a taxa de desconto da concessionária.



A metodologia corrente para calcular o custo de capital é o chamado Custo Médio Ponderado de Capital, na linguagem inglesa correspondente ao **Weighted Average Cost Of Capital (WACC)**, que hoje serve para determinar a taxa de retorno para as concessões. A WACC deve proporcionar aos investidores um retorno igual ao que seria obtido sobre outros investimentos com características de risco comparáveis.

Contrariamente à WACC, a TIR (Internal Rate of Return), que foi utilizada como taxa no Anel de Integração, calcula-se pela taxa de rentabilidade do projeto ou empreendimento objeto do futuro contrato, levando em consideração a taxa mínima de atratividade (TMA). Isto significa que a TIR é fixada para que o valor presente líquido no início do negócio seja igual a zero¹⁷.

Para a definição da WACC é importante estudar o chamado custo de capital e patrimônio da empresa. A taxa de desconto é utilizada para cálculo do valor presente equivalente a determinado fluxo de caixa, avaliando os preços e valores praticados. Ela é composta de 2 valores: o do patrimônio ou de capital próprio, que se traduz na taxa de remuneração para os investidores; e o custo da dívida, ou seja, o valor que a empresa pode tomar seus empréstimos, ajustada para os benefícios e encargos fiscais ligados a este endividamento¹⁸.

As variáveis que integram o WACC são basicamente as seguintes: proporção de capital próprio em relação ao capital de terceiros (empréstimos e financiamentos); taxa de retorno livre de risco (taxa básica de juros - no caso, a SELIC); prêmio de risco (índice de "risco-país"); rentabilidade do setor ("beta" do setor); taxa de juros dos empréstimos e financiamentos a serem realizados; e impostos sobre os rendimentos da concessionária.

¹⁷Isso em decorrência da necessidade de que, para o projeto seja viável, a TMA seja maior do que zero.

¹⁸<http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2055900.PDF>. Acesso em 10 de dezembro de 2012.



Diferentemente da TIR, a qual para ser calculada leva em conta poucos elementos, a WACC, por sua vez, se utiliza de outros vetores, mais condizentes para se fazer o cálculo de retorno das empresas concessionárias.

Tudo isso a comprovar que deve ser inserido nos contratos de concessão do Anel de Integração cláusula que, em conformidade com os termos da Resolução n.º 3651/2011 da ANTT insira nas obras novas os conceitos de fluxo de caixa marginal e WACC.

II.2.2) Regulação pelos resultados – “price cap” e modelos concretos para compartilhamento de produtividade e eficiência tecnológicas

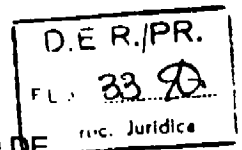
A concessão de rodovias, por ter natureza de monopólio natural, não favorece a existência da regulação do mercado para fins de acertar o preço das tarifas. Nos primeiros contratos de concessão efetuados, em momento algum previu mecanismos para evitar as altas tarifas públicas hoje pagas pelo usuário das rodovias.

Como solução alternativa ao clássico da remuneração das concessionárias pela taxa interna de retorno, instituir-se-ia a denominada regulação por resultados, diferentemente da regulação por preço do serviço. Alguns de seus modelos já são hoje utilizados em outras concessões no Brasil, como as aeroportuárias, do setor de energia elétrica e, inclusive, em rodovias federais.

Esse sistema é o chamado “price cap”. Como explica Jacintho Arruda Câmara, “o poder concedente estabelece um valor máximo a ser cobrado pela prestação do serviço, mas este valor não é absoluto, pois se admite que o concessionário pratique valores



ESTADO DO PARANÁ
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
NÚCLEO JURÍDICO DA ADMINISTRAÇÃO NO DEPARTAMENTO DE
ESTRADAS DE RODAGEM DO PARANÁ (DER/PR)
NÚCLEO CONCESSÕES



mais baixos”¹⁹. Ou seja, a Administração escolhe o prestador com melhor desempenho, subordinando os demais a ampliar a sua atuação.

Neste sistema, o concessionário tem a liberdade de cobrar mais barato pela prestação do serviço na medida do aumento do seu fluxo de tráfego. Trata-se de questão negocial da concessionária em baixar as tarifas estipuladas pelo Poder Concedente.

A inserção do sistema “price-cap” impactaria necessariamente na modicidade tarifária, por inserir outras variáveis que compartilhariam a eficiência e produtividade tecnológica com os usuários.

Quanto à compatibilidade do sistema de “price-cap” às concessões, Marçal Justen Filho ensina que:

“não há impedimento jurídico à consagração entre nós desse modelo. O maior obstáculo é a concepção clássica da intangibilidade da equação econômico-financeira, que conduziria à estabilização de uma relação estática entre encargos e vantagens. Mas isso pode ser afastado na medida em que a solução esteja explicitamente prevista no ato convocatório da licitação. Não há vedação ao estabelecimento de uma relação dinâmica entre encargos e vantagens, fixando-se que o dever do concessionário reside em ampliar sua eficiência e promover a redução dos seus custos”²⁰.

Portanto, desde que esteja previsto no ato convocatório da licitação, ou em alterações posteriores, como em termos aditivos, pode ser implementado o sistema do

¹⁹CAMARA, Jacintho Arruda. *Tarifa nas concessões*. Malheiros: São Paulo, 2009. p. 92.

²⁰FILHO, Marçal Justen. *Curso de Direito Administrativo*. 4 ed. Saraiva: São Paulo, 2009. p.653



price-cap de compartilhamento de eficiência e tecnologia produtivas. Passa-se agora à análise dos principais mecanismos para colocar uma cláusula de compartilhamento de eficiência.

ii.2.2.A) Fator X

Como é sabido, o aumento da produtividade de uma empresa implica necessariamente um acréscimo na sua relação lucro X custo de capital. Em mercados abertos, referida relação é dinâmica, pois a concorrência faz com que os preços sejam reduzidos na proporção dos ganhos de produtividade.

Já em monopólios naturais como nas concessões rodoviárias, essa relação é estática, devendo ser criados mecanismos para haver o repasse dessa produtividade ao usuário, conforme determina o princípio da modicidade tarifária insculpido no artigo 6.º, §2.º, da Lei 8.987/95.

O fator X foi utilizado primeiramente no setor elétrico inglês. Já na ANEEL, ele foi usado como uma fórmula para os reajustes das tarifas das concessionárias, segundo a qual esse reajuste estava sujeita a uma redução relativamente a sua eficiência, o chamado fator X.

Assim, se o concessionário não aumentar sua eficiência naquele período, terá uma redução nas expectativas de receita. Esse fator "X" é um deflator: caso a concessionária não atinja o grau necessário de eficiência, terá reduzida a sua tarifa.

Veja-se que a utilização do Fator X permite tanto que a concessionária procure ganhos de eficiência ao longo do tempo de prestação do serviço público, como propicia ao usuário uma tarifa mais condizente com esses ganhos.



ii.2.2.B) Fator Y (X-Y)

Essa fórmula de cálculo contém o redutor de tarifa (FATOR X), mas considerando também algumas despesas que afetem profundamente o negócio da concessionária. Esta ocorre, por exemplo, quando há a elevação da carga tributária. Essas despesas não subordinadas à influência do concessionário devem ser compensadas de modo automático.

Assim é o modo de cálculo do Fator Y. O reajuste devido tem o deflator de eficiência (Fator X), mas com o acréscimo das despesas da concessionária (Fator Y).

ii.2.2 C) Desconto tarifário de reequilíbrio

O desconto tarifário de reequilíbrio também é um método de compartilhamento de eficiência e produtividade tecnológicas presente nos novos contratos firmados pela ANTT nas últimas concessões rodoviárias (Terceira Etapa das Concessões Federais).

Fundamenta-se na associação entre o pagamento dos usuários e sua correspondência com a prestação de serviços e o padrão de qualidade oferecido pela concessionária. Este método é simples: caso haja o descumprimento de alguma obrigação prevista contratualmente, a concessionária terá um desconto na tarifa de pedágio a ser percebida.

Dizendo de outro modo: a cobrança da tarifa de pedágio exige como contrapartida a realização de investimentos e despesas operacionais necessários para a manutenção da concessão. Caso haja o descumprimento de alguma obrigação, haverá o proporcional desconto tarifário, o qual dependerá, claro, da extensão que aquele item (por



exemplo, pavimento, sinalização) tem na estimativa de investimentos e custos operacionais para a concessão realizada.

A ANTT criou uma fórmula específica para o correto cálculo deste desconto tarifário, considerando cada item do contrato. Tal se encontra exemplificado no Anexo 5 dos atuais contratos de concessão²¹.

Neste anexo se prevê que o desempenho da concessão será considerado satisfatório quando o serviço prestado aos usuários atender integralmente às condições estabelecidas no Contrato e no PER. Tal cláusula reflete a imperiosidade de observância da modicidade tarifária.

Ademais se discrimina que tal avaliação de desempenho será por verificação objetiva²², promovida pela ANTT, para medir o desempenho da concessão com base em indicadores ali previstos. Ela será realizada em periodicidade anual, tendo por objetivo identificar o atraso ou inexecução de obras de ampliação da capacidade condicionadas ao volume de tráfego e de obras e serviços de caráter não obrigatório.

Desta forma, a inclusão dessa cláusula de reequilíbrio tarifário, por meio de termo aditivo, é uma das formas para haver o compartilhamento de eficiência e produtividade tecnológicas.

Como, neste caso, há a alteração da fórmula inicial do reequilíbrio econômico-financeiro, tal qual o previsto no artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, a previsão do desconto tarifário de reequilíbrio somente poderia vir por meio de termo aditivo ao contrato de concessão.

²¹Conforme o Edital n.º 001/2011 referente à Rodovia Federal (BR-101/ES/BA: Entr. BA-698 (acesso a Mucuri – Divisa ES/RJ

²²O Anexo V do referido edital traz a tabela com os índices para desconto tarifário. Tal edital acompanha o presente parecer para demonstração



II.2.3) Custo de oportunidade do negócio (alterações no cenário econômico) e aumento ou a redução extraordinária dos custos e/ou das despesas da concessionária

O acórdão n.º 346/2012 do Plenário do Tribunal de Contas da União determina que este Departamento de Estradas de Rodagem do Paraná insira em seus contratos de concessão, cláusula de revisão periódica tarifária quando alterado o custo de oportunidade do negócio, bem como quando haja o aumento ou a redução extraordinária dos custos e/os das despesas da concessionária.

Custo de oportunidade é um termo usado em economia para traduzir valor associado à melhor alternativa não escolhida pela empresa. Num processo produtivo, o custo de oportunidade de um fator correspondente ao melhor ganho que se poderia obter utilizando esse fator em vez de outra atividade que não a produção da firma.

Assim, toda vez que existirem problemas de escolha entre várias alternativas de ação, estará presente o conceito de custo de oportunidade. Ao analisar várias alternativas de ação, o tomador de decisão sempre se perguntará se o benefício que obterá em relação ao sacrifício de alternativas de ação correspondentes será o melhor possível nas circunstâncias em que a decisão está sendo tomada.

O próprio Tribunal de Contas da União definiu o custo de oportunidade do negócio nos contratos de concessão. No acórdão n.º 2104/2008, o Ministro Relator Ubiratan Aguiar a ele se refere:

236. Também, pode ocorrer a redução do custo de oportunidade do negócio devido a melhora das variáveis macroeconômicas que afetam o empreendimento.



237. Nesses casos, a lucratividade do empreendimento será maior do que aquela considerada justa para esse tipo de empreendimento. Assim, a apropriação por parte da Concessionária de todo o lucro adicional não condiz com o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Somente parte desse lucro caberia à Concessionária, como incentivo à eficiência. A outra parte deveria ser revertida para a modicidade tarifária, em conformidade com os preceitos da regulação por incentivos”.

Extrai-se, por meio deste julgado, que o Tribunal de Contas da União permite que a alteração do custo de oportunidade do negócio enseje uma quebra da equação fundamento do equilíbrio financeiro dos contratos. E, causando tal quebra, é possível a revisão tarifária.

Da mesma forma ocorrerá com um aumento ou a redução extraordinária dos custos e/ou das despesas da concessionária. Nestes casos é imprescindível a inclusão de cláusula que enseje a revisão tarifária.

Insta-se lembrar da lição clássica de Celso Antonio Bandeira de Mello acerca dos eventos que, no direito brasileiro, possibilitariam a revisão da tarifa, dada a ocorrência de desequilíbrio financeiro: a) agravos econômicos oriundos das sobrecargas decididas pelo contratante no uso de seu poder de alteração unilateral do contrato; b) agravos econômicos resultantes de medidas tomadas sob titulação jurídica; c) agravos econômicos sofridos em razão de fatos imprevisíveis produzidos por forças alheias às pessoas contratantes; d) agravos econômicos provenientes das chamadas “sujeições



imprevistas”; e) agravos econômicos resultantes da inadimplência da Administração contratante, isto é, de uma violação contratual²³.

Portanto, o ilustre administrativista situa os agravos econômicos sofridos em razão de fatos imprevisíveis produzidos por forças alheias às pessoas contratantes como uma das causas para fins de reequilíbrio econômico-financeiro. Isso se coaduna com o disposto no artigo 65, inciso II, alínea d, da Lei 8.666/93, o qual assim preceitua:

Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

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 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. (grifos nossos)

Não obstante, o que quase nunca é mencionado, seja pela doutrina ou pela jurisprudência, é que esse desequilíbrio também deve ser apurado em prol do Poder Concedente. Isto significa que, quando há alguma alteração macroeconômica que altere

²³MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27 ed. Malheiros: São Paulo, 2010. pp. 644 até 647.



significativamente o contrato ou alguma diminuição abrupta de despesa, deve haver a sua repactuação.

No direito argentino, construiu-se há muito o entendimento de que é imperiosa a revisão contratual quando ocorre a chamada “ganancia excesiva” da concessionária, ou seja, a comprovação de lucros abusivos. O artigo 42 da Constituição Federal da Argentina determina que a legislação estabelecerá os marcos regulatórios dos serviços públicos de competência nacional e as autoridades proverão a proteção dos usuários de serviços públicos²⁴.

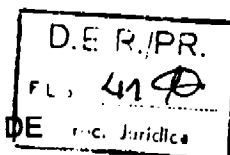
Tal é a lição de Agustín Gordillo acerca da necessidade de revisão contratual quando verificada a existência de lucros excessivos pela concessionária:

“Así p. ej. si una concesionaria o licenciataria de servicios públicos computa en sus balances como inversiones o gastos lo que realmente no lo son (honorários absurdos de dirección, inversiones que no existen en la realidad o tienen precios que no son de mercado, o tienen subsidios cruzados, o son de empresas subsidiarias), ello puede acarrearles denuncias y sanciones. Puede corresponder también la caducidad del título y generarle la obligación de devolver a los usuarios las ganancias excesivas, inversiones falsas o infladas respecto al precio del mercado, o dentro del mismo grupo económico, etc. El mismo hecho configura violación a las leyes de lealtad comercial, defensa del

24Art. 42.- Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno. Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios. La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos



ESTADO DO PARANÁ
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
NÚCLEO JURÍDICO DA ADMINISTRAÇÃO NO DEPARTAMENTO DE
ESTRADAS DE RODAGEM DO PARANÁ (DER/PR)
NÚCLEO CONCESSÕES



consumidor, etc. Puede por fin fundar condenas en sede penal a sus funcionarios”²⁵.

Assim, verificada a existência de lucros excessivos pela concessionária, dada a alteração do cenário econômico, deve ser revisada a tarifa estabelecida.

Extrai-se da referida lição que, existente uma alteração macroeconômica ou alteração nos custos da concessionária (diminuição ou aumento), deve ser inserida uma cláusula nos contratos atuais de concessão do Anel de Integração.

Para tanto, deve ser feito um aditivo contratual pelo Poder Concedente e as concessionárias, para fins de inclusão de cláusula de revisão periódica para comportar as alterações no custo de oportunidade e aumento ou a redução extraordinária dos custos e/ou das despesas da concessionária.

Por fim, é importante mencionar no Parecer a contribuição do Tribunal de Contas da União no sentido de possibilidade de revisão pela alteração do cenário econômico, ou seja, do custo de oportunidade do negócio, inclusive referente a questões passadas. Tema que o acórdão n.º 2927/2011 do Plenário do TCU tratou exaustivamente. Transcreve-se o conceito de equilíbrio econômico-financeiro lançado no referido acórdão:

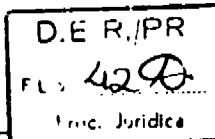
“Dada a imprevisibilidade e a conseqüente mutabilidade contratual, a regulação pública deve impor-se habilmente a coibir o controle de preços pela concessionária, parte mais forte na relação com o usuário. Isso sem olvidar que um dos nortes do Direito Econômico é a primazia da realidade, a qual indica que não há fórmulas financeiras perfeitas

regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control.

25 GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo. Defensa Del Usuario y Del Administrado*. XX-12.



ESTADO DO PARANÁ
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
NÚCLEO JURÍDICO DA ADMINISTRAÇÃO NO DEPARTAMENTO DE
ESTRADAS DE RODAGEM DO PARANÁ (DER/PR)
NÚCLEO CONCESSÕES



ou, de forma aplicada, mercado "perfeito", fazendo-se necessários controles preventivos e repressivos, guiados por uma perspectiva deôntica.

Assim, ainda sob a égide de um dos princípios referidos, o da razoabilidade, as revisões nos contratos de concessão devem evitar o ônus insuportável ao usuário, ou seja, pagamentos acima do que fora estabelecido no início, sem a proporcional melhoria de qualidade, mesmo que em decorrência de lacunas.

Tal fenômeno fere a essência do equilíbrio econômico-financeiro contratual, a razoabilidade contínua imposta à relação entre as recompensas e os encargos do contratado.

Cabe ressaltar que o princípio da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro não se conflita com o da supremacia do interesse público. Eis o que ensinam os escólios doutrinários de Hely Lopes Meirelles, a seguir transcritos, in verbis:

"Equilíbrio financeiro: o equilíbrio financeiro, ou equilíbrio econômico, ou equação econômica, ou, ainda, equação financeira, do contrato administrativo é a relação estabelecida inicialmente pelas partes entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração para a justa remuneração do objeto do ajuste. Essa relação encargo-remuneração deve ser mantida durante toda a execução do contrato, a fim de que o contratado não venha a sofrer indevida redução nos lucros normais do empreendimento. Assim, ao usar do seu direito de alterar unilateralmente as cláusulas



regulamentares do contrato administrativo, a Administração não pode violar o direito do contratado de ver mantida a equação financeira originariamente estabelecida, cabendo-lhe operar os necessários reajustes econômicos para o restabelecimento do equilíbrio financeiro. Trata-se de doutrina universalmente consagrada, hoje extensiva a todos os contratos administrativos." (Hely Lopes Meirelles, Direito Administrativo Brasileiro, 18ª Edição, p.197) (grifos no julgado).

Na valiosa lição acima se apresentam como sinônimos o equilíbrio financeiro e o equilíbrio econômico, certamente por conta do corrente emprego como tal. Contudo, há que se levantar, no caso, a devida distinção. Para um equilíbrio financeiro basta a observância de uma equivalência dada por uma equação matemática. Já o equilíbrio econômico requer que os parâmetros econômicos inseridos na equação sejam ajustados, conforme destacado no próprio texto. Ao se falar em "reajustes econômicos para o restabelecimento do equilíbrio financeiro" fica claro que estamos tratando de um equilíbrio econômico-financeiro, tal qual define a lei.

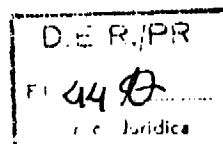
Consigna tal ensinamento o direito do contratado, protegido por princípio, em ter justa remuneração ou, em outras palavras, de não sofrer indevida redução dos lucros normais do empreendimento.

Indefensíveis, sob razoável consciência, direitos do particular de obter lucros exorbitantes da Administração Pública, tampouco de onerar os usuários com tarifas desproporcionais por uma situação contratual, alegando a égide de um princípio constitucional.

.....



ESTADO DO PARANÁ
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
NÚCLEO JURÍDICO DA ADMINISTRAÇÃO NO DEPARTAMENTO DE
ESTRADAS DE RODAGEM DO PARANÁ (DER/PR)
NÚCLEO CONCESSÕES



Cabe à Agência efetuar as recomposições do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, em relação aos eventos decorrentes de inserções de investimentos não previstos originalmente nos encargos das concessionárias, e do remanejamento, com aumento de valor, de investimentos originalmente previstos, mediante escolhas regulatórias adotadas em regular procedimento, em que suas opções sejam devidamente fundamentadas” (grifos nossos).

A situação verificada pelo acórdão n.º 2.129/2007 é exatamente a que ocorreu no Anel de Integração do Paraná: houve alteração do cenário econômico durante o curso da concessão, fazendo com que as concessionárias, *a priori*, tenham obtido lucros irrazoáveis.

As taxas internas de retorno que, nos idos de 1990, estavam entre 18 a 19%: já nas concessões rodoviárias de 2.ª Fase da 2.ª Etapa se situaram em 8,5% a 9%, no máximo. Isto significa que obras do Anel de Integração não previstas no contrato de 1998 e respectivos aditivos, ou aquelas originalmente previstas, mas que tiveram seu custo aumentado, foram realizadas com uma taxa de retorno não condizente com o período em que foram contratadas.

Portanto, além da imperiosidade da inclusão nos presentes contratos de concessão, por meio de termo aditivo, de cláusula de revisão periódica que tenha previsão do aumento ou a redução extraordinária dos custos e/ou das despesas da concessionária, bem como as alterações ocorridas no custo de oportunidade do negócio, tais conceitos podem ser utilizados também para reequilibrar os contratos do Anel de Integração, na hipótese de verificado. Este é o entendimento encetado pelo Tribunal de Contas da União no referido acórdão.



Entretanto, como é cediço, tais alterações podem ser realizadas, mas desde que se mantenha o equilíbrio econômico-financeiro inicial dos contratos de concessão, cuja cláusula é intangível, conforme o disposto nos artigos 37, inciso XXI, da Constituição Federal e artigo 65, inciso I, da Lei 8.666/93.

III) CONCLUSÃO

Diante da fundamentação exarada é possível a inserção de cláusula de revisão periódica dos contratos de concessão do Paraná, de sorte a repassar os ganhos decorrentes de produtividade e da eficiência tecnológica, o aumento ou redução extraordinária dos custos e/ou das despesas da concessionária, bem como as alterações ocorridas no custo de oportunidade do negócio, desde que isso não interfira na equação inicial de reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos, em consonância com o que disciplinam os artigos 37, inciso XXI, da Constituição Federal e artigo 65, I, da Lei 8.666/93.

É o parecer. Encaminhe-se ao Procurador Geral do Estado do Paraná para aprovação.

Curitiba, 29 de janeiro de 2013.

Daniela de Souza Gonçalves
Procuradora Chefe
Núcleo Jurídico da Administração no Departamento de Estradas de Rodagem
Núcleo Concessões

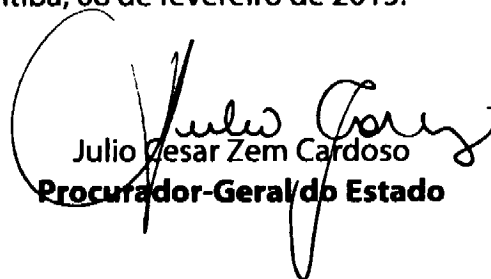


ESTADO DO PARANÁ
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
Gabinete do Procurador-Geral

Protocolo nº 11.836.167-9
Despacho nº 60/2013-PGE

- I. Aprovo o Parecer nº 08/2013-PGE, da lavra da Procuradora do Estado Daniela de Souza Gonçalves, em 39 (trinta e nove) laudas;
- II. Restitua-se ao NJA/DER.

Curitiba, 08 de fevereiro de 2013.


Julio Cesar Zem Cardoso
Procurador-Geral do Estado