



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

PROTOCOLO N.º: 11.926.022-1

INTERESSADO: Núcleo Jurídico da Administração no DER/PR

ASSUNTO: Resposta ao Relatório 5 da FIA

PARECER N.º 27/2013

RESTABELECIMENTO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DOS CONTRATOS DE CONCESSÃO. CONTRATAÇÃO DA FUNDAÇÃO INSTITUTO DE ADMINISTRAÇÃO. CONTRATO N.º 337/2012. APRESENTAÇÃO DO RELATÓRIO 5: "IDENTIFICAÇÃO DOS PONTOS QUE DEMANDAM A INTERPRETAÇÃO DA ALOCAÇÃO DE RISCOS NOS CONTRATOS DE CONCESSÃO E SUAS ALTERAÇÕES". INDICAÇÃO NO RELATÓRIO DE PONTOS SOBRE ALOCAÇÃO DE RISCOS QUE REQUEREM INTERPRETAÇÃO JURÍDICA POR PARTE DO DER/PR.

- ✓ 1. **RISCO DA DEMANDA/TRÁFEGO. EXPRESSAMENTE ALOCADO À CONCESSIONÁRIA. CLÁUSULA XIII DOS CONTRATOS DE CONCESSÃO. MESMO HAVENDO REDUÇÃO DO VOLUME DE TRÁFEGO PREVISTO NA PROPOSTA COMERCIAL, NÃO É ADMITIDA QUALQUER ALTERAÇÃO DE ENCARGOS DA CONCESSIONÁRIA OU REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DO CONTRATO. DUAS EXCEÇÕES: A) QUANDO A REDUÇÃO DO TRÁFEGO RESULTAR DE ATO DO CONTRATANTE OU DO PODER CONCEDENTE; B) POSSIBILIDADE DE UTILIZAR O VALOR DE RECEITA DE TRÁFEGO QUE SUPERE A PROPOSTA COMERCIAL PARA CUSTEAR, TOTAL OU PARCIALMENTE, OBRAS DE AMPLIAÇÃO DE CAPACIDADE EM TRECHO EM QUE A OPERAÇÃO SUPERE 200 (DUZENTAS) HORAS POR ANO EM NÍVEL DE SERVIÇO INFERIOR AO "D", CONFORME DEFINIDO NO HIGHWAY CAPACITY MANUAL, CONFORME DEFINIDO NA CLÁUSULA XVI, ITENS 5 AO 7.**
2. **ATRASO NA CONCESSÃO DO REAJUSTE. TRÊS SITUAÇÕES PODEM OCORRER. OS FATOS RELATIVOS À PERDA DE RECEITA, DECORRENTE DE AUSÊNCIA DE REAJUSTE, DEVEM SER ANALISADOS SEPARADA E PONTUALMENTE.**
3. **PERDA DE RECEITA DECORRENTE DE MOVIMENTOS SOCIAIS. OBRIGATORIEDADE DE COBERTURA POR SEGURO DE LUCROS CESSANTES EM VIRTUDE DE TUMULTOS. RISCO DA CONCESSIONÁRIA.**
4. **CÁLCULO DA PERDA DE RECEITA. ATRAVÉS DO TRÁFEGO REAL, CONSISTENTE NAQUELE QUE PASSOU NA PRAÇA DE PEDÁGIO, DESCONTANDO OS VEÍCULOS: (I) ISENTOS EM DECORRÊNCIA DA CLÁUSULA XVIII ITEM "5"; (II) ISENTOS POR EXCLUSIVO CRITÉRIO DA CONCESSIONÁRIA; (III) VEÍCULOS NÃO PAGANTES EM DECORRÊNCIA DE FATO PREVISTO COMO RISCO DA CONCESSIONÁRIA. VERIFICADA A PERDA DE RECEITA DA CONCESSIONÁRIA POR CERTO PERÍODO DE TEMPO, O CÁLCULO DO VALOR DEVE CONSIDERAR O TRÁFEGO REAL E NÃO O TRÁFEGO PROJETADO NA PROPOSTA COMERCIAL, SOB PENA DO PODER PÚBLICO E USUÁRIO ESTAREM REEMBOLSANDO A CONCESSIONÁRIA UMA PERDA QUE NÃO OCORREU.**



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

5. PERDA DE RECEITA DECORRENTE DE BURLA NO PAGAMENTO DO PEDÁGIO PELOS USUÁRIOS. ÁLEA ORDINÁRIA IMPUTADA À CONCESSIONÁRIA. INADIMPLEMENTO DOS USUÁRIOS NÃO É FATO IMPREVISÍVEL. AUSÊNCIA DE DIREITO AO REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO EM FAVOR DAS CONCESSIONÁRIAS.

1. RELATÓRIO

Este protocolo é formado por cópia do Relatório 5, denominado Mapeamento dos pontos que demandam a interpretação da alocação de riscos nos contratos de concessão e suas alterações, realizado pela Fundação Instituto de Administração em cumprimento do Contrato n.º 337/2012.

O original do relatório consta do protocolo n.º 11.877.944-4. O relatório foi fotocopiado para constituir o presente protocolo a fim de possibilitar a manifestação jurídica, sem atrapalhar a utilização dos outros relatórios que constam daquele processo.

Para entender o motivo de haver manifestação deste Núcleo em relação ao relatório realizado pela FIA, é importante contextualizar os acontecimentos, fazendo um histórico.

1.1. Histórico

Visando dar solução amigável a todas as controvérsias administrativas e judiciais existentes entre as Concessionárias e o Estado do Paraná e o DER/PR, foram instaurados processos administrativos de revisão amigável dos contratos, autuados sob protocolo n.º 7.917.072-0, 07.917.071-2, 07.917.960-4, 07.917.963-9, 07.917.962-0 e 7.917.961-2.

Tais processos administrativos tiveram como peça inicial as atas de reuniões realizadas a partir de agosto de 2011 com cada uma das seis concessionárias rodoviárias. Nestas reuniões participaram a Secretaria de Infraestrutura e Logística do Estado do Paraná (SEIL) e o Departamento de Estradas de Rodagem do Estado do Paraná (DER/PR). Por meio destas atas consta a aprovação de uma agenda de trabalhos, que tem com os seguintes tópicos: 1) relacionar tecnicamente todas as questões relacionadas com a engenharia visando a resolução do contido nas ações judiciais, contratos administrativos e processos administrativos pendentes; 2) avaliação de necessidades de novas obras e/ou serviços e do PER atual; 3) elencar questões não relacionadas diretamente com engenharia visando a resolução do contido nas ações judiciais e processos administrativos; 4) verificar possibilidade de alteração parâmetros contratuais; 5) remuneração; 6) decisões sobre conceitos, divergências técnicas e propostas efetuadas durante o processo; 7) modelagem.



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

Todas as Concessionárias aprovaram a agenda citada no parágrafo anterior, estando cada processo em uma fase diferente, todas relacionadas com levantamentos de dados técnicos referente aos itens 1 a 4 da agenda de trabalho aprovada entre as partes.

Ainda, o Tribunal de Contas da União deu conhecimento ao DER/PR de um processo de fiscalização, registrado sob o nº TC 014.205-4, decorrente de solicitação do Congresso Nacional, aprovada pelo plenário do Senado Federal, para a realização de auditoria no Programa de Concessão de Rodovias do Estado do Paraná, a fim de apurar a ocorrência de desequilíbrios econômico-financeiros nos contratos de concessão. Neste processo foi prolatada a decisão a seguir transcrita, acórdão n.º 316/2012 – TCU – Plenário:

“ACÓRDÃO Nº 346/2012 – TCU – Plenário

(...)

9.1. determinar ao Departamento de Estradas de Rodagem do Paraná, relativamente aos contratos de concessão firmados com as empresas concessionárias de rodovias Rodovias do Norte S/A – Econorte, Rodovias Integradas do Paraná S/A – Viapar, Rodovia das Cataratas S/A – Ecocataratas, Caminhos do Paraná S/A, Concessionária de Rodovias Integradas S/A – Rodonorte e Concessionário Ecovia Caminhos do Mar S/A, que:

9.1.1 promova, no prazo de 360 (trezentos e sessenta) dias, o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, ajustando os investimentos, de acordo com as necessidades públicas e as taxas de rentabilidades praticadas, a percentuais compatíveis com o contexto econômico vigente e o custo de oportunidade atual do negócio, considerando, entre outros parâmetros, possíveis sobrepreços em obras e serviços oriundos dos termos aditivos ao contrato inicial e submetendo os resultados à avaliação deste Tribunal de Contas, com supedâneo no princípio da economicidade;

9.1.2 adote, no prazo de 360 (trezentos e sessenta) dias, as medidas necessárias para que se faça constar cláusula de revisão periódica da tarifa, 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, preferencialmente por negociações entre as partes, nos contratos de concessão, de acordo com o § 2º do art. 9º e o inciso V do art. 29, ambos da Lei 8.987/1995;

9.1.3 encaminhe a este Tribunal de Contas, ao final dos prazos fixados nos itens 9.1.1 e 9.1.2, os resultados obtidos referentes às medidas adotadas para dar-lhes cumprimento;

9.2. determinar à Sefid-1 que autue processo de monitoramento para verificar o cumprimento da presente deliberação;

9.3. encaminhar cópia deste acórdão, do relatório e do voto que o fundamentou, e ainda da instrução da Sefid-1 (peça 49), aos responsáveis e interessados: Secretaria-Geral da Mesa do Senado Federal, Ministério dos Transportes, Departamento de Estradas de Rodagem do Paraná, Procuradoria da República no Estado do Paraná, Tribunal de Contas do Estado do Paraná, empresas concessionárias Rodovias do Norte S/A –



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

Econorte, Rodovias Integradas do Paraná S/A – Viapar, Rodovia das Cataratas S/A – Ecocataratas, Caminhos do Paraná S/A, Concessionária de Rodovias Integradas S/A – Rodonorte, e Concessionário Ecovia Caminhos do Mar S/A”.

Acórdão n.º 346/2012, Plenário
Processo: TC 014.205/2011-4
Sessão: 15/02/12
Relator: Ministro José Mucio Monteiro

Por outro lado, o Tribunal de Contas do Estado também iniciou procedimento de fiscalização dos contratos de concessão. Na conclusão do Relatório Preliminar de Auditoria n.º 03/2012 no processo n.º 398643/11 do TCE, estava desde já indicado que a equipe de auditoria poderia recomendar ao Tribunal de Contas do Estado, com base nos arts. 71, IX e X da Constituição Federal, art. 75, IX e X, da Constituição Estadual, art. 85, VIII da Lei Orgânica do TCE-PR e art. 267 do Regimento Interno da Corte, a expedição das seguintes determinações aos interessados:

“... com o fim de restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, baseado na TIR sem financiamento apresentada na proposta da empresa, a adoção, no prazo de 60 dias, de uma das seguintes medidas: 1- a reintrodução na concessão de investimentos equivalentes a R\$ 175,00 milhões a valores de dezembro de 2010; ou 2- a redução das tarifas em 22,30%, a partir da data-base dezembro de 2010;

no mesmo prazo de 60 dias, a demonstração de que a solução adotada equilibra adequadamente o contrato, por meio da juntada aos autos dos cálculos correspondentes, além de outros documentos necessários à compreensão do atendimento da providência;

a adoção do instrumento adequado à atual definição dos direitos e deveres dos contratantes, substituindo a ata n.º 17 da comissão paritária;

ao Estado do Paraná e ao DER, o aumento do pessoal encarregado da fiscalização da concessão (engenheiros, contadores e advogados) e a adoção de uma postura condizente com a posição de supremacia que o Estado deve exercer no contrato, especialmente nas atividades de fiscalização dos projetos e das obras realizadas pela concessionária e de homologação dos cálculos para reequilíbrio contratual, comprovando as providências adotadas no prazo de 60 dias;

ao Estado do Paraná e ao DER, no caso de novos investimentos a serem agregados ao contrato, a realização de licitação à parte, ou o condicionamento à assinatura do aditivo à prática, pela concessionária, de remuneração compatível com a praticada no mercado;

ao Estado do Paraná e ao DER, a adoção, para os futuros contratos de concessão rodoviária a serem firmados, das providências indicadas no capítulo anterior (“As lições para o futuro”).



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

Consta ainda na conclusão, a seguinte advertência:

"caso alguma irregularidade não identificada no presente relatório seja apurada pela equipe de auditoria a partir das respostas apresentadas pelos interessados, o fato será anotado para adoção das providências."

Assim, antes as determinações do TCU e conclusões do TCE, bem como visando dar subsídio econômico-financeiro aos processos administrativos de revisão amigável n.º 71/1997, 72/1997, 73/1997, 74/1997, 75/1997 e 76/1997 e aos processos judiciais, se necessário, o Departamento de Estradas de Rodagem do Estado do Paraná – DER/PR firmou com a Fundação Instituto de Administração o Contrato n.º 337/2012, cujo objeto é a realização de estudos, a fim de promover o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão.

O objeto da contratação envolve o exame dos seguintes aspectos:

- a. identificação dos pontos que demandam a interpretação da alocação de riscos nos contratos de concessão e suas alterações;
- b. elaboração de estudo sobre a definição do referencial para condução do cálculo do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão e definição conceitual de equilíbrio econômico-financeiro com base no referencial apontado;
- c. levantamento de todos os eventos de desequilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão, a partir da proposta comercial e suas alterações;
- d. avaliação econômica dos eventos sobre o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão, sendo que, em relação aos eventos de engenharia, deverão ser considerados os valores constantes de laudo a ser fornecido pelo DER/PR;
- e. análise dos impactos do endividamento, em função do Termo de Alteração Unilateral de 1998, sobre a taxa interna de retorno (TIR) destacando: parte I - aspectos conceituais e qualitativos e parte II - aspectos quantitativos aplicados aos contratos de concessão;
- f. análise dos métodos do fluxo de caixa marginal (FCM) e do fluxo de caixa total da proposta sob dois aspectos: parte I – aspectos conceituais e qualitativos e parte II - recomendações de forma fundamentada para revisão contratual e reequilíbrio;
- g. elaboração de relatório técnico de valores atualizados pela metodologia WACC (Weighted average cost of capital) a partir do ano de 2009 para os seis contratos de concessão;
- h. elaboração de modelo de simulação em planilha eletrônica do cálculo do desequilíbrio econômico-financeiro atual, que permita a simulação de valores e parâmetros, com apresentação dos resultados das simulações obtidas, devidamente acompanhadas de relatório técnico evidenciando as premissas e metodologias adotadas para os seis contratos de concessão;



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

- i. elaboração de cenários para reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos, avaliando-se diferentes alternativas, tais como: alteração na tarifa, alteração do cronograma de investimentos, variação de prazo contratual e indenização;
- j. estudo de alternativas de substituição do indexador para reajuste tarifário;
- k. análise da adoção do IFRS nas demonstrações financeiras das concessionárias e suas implicações nos contratos de concessão;
- l. elaboração de estudo comparativo de indicadores financeiros do setor de concessões rodoviárias, a partir da análise das Demonstrações Financeiras dos seis lotes e de empresas do setor de concessões rodoviárias de capital aberto no Brasil;
- m. elaboração de modelo de simulação em planilha eletrônica do cálculo do reequilíbrio econômico-financeiro, que permita a simulação de valores e parâmetros, com apresentação dos resultados das simulações obtidas, devidamente acompanhadas de relatório técnico evidenciando as premissas e metodologias adotadas para fins de balizamento de novo termo aditivo;
- n. elaboração de procedimentos e consolidação de metodologias adequadas para revisão tarifária periódica, sob a ótica econômico-financeira.

Assim, conforme previsto na Cláusula II do Contrato n.º 337/2012, o objeto contratual envolve subsidiar o Departamento de Estradas de Rodagem nos processos administrativos de revisão amigável e nas ações judiciais. Tal auxílio cinge-se à análise eminentemente econômico-financeira, ficando o conteúdo jurídico e de engenharia a cargo do DER/PR, por não integrarem o objeto contratual.

O desenvolvimento das atividades e conclusão do objeto deste contrato, dependem de pareceres jurídicos e laudos técnicos de engenharia, estes encargos ficaram para o DER/PR.

Os trabalhos de engenharia, bem como as manifestações jurídicas devem subsidiar os relatórios a serem entregues pela Fundação Instituto de Administração, visando dar a eles elementos fáticos e teóricos.

Para tratar de cada aspecto, a Fundação Instituto de Administração em sua proposta comercial dividiu suas atividades em uma sequência de produtos enumerados de um a dezoito e separados em cinco etapas. E, durante a execução do contrato, analisando os produtos a serem entregues, a manifestação jurídica deverá ocorrer nas seguintes fases:

- a) resposta às indagações da FIA no Relatório 5, que identifica os pontos que demandam a interpretação da alocação de riscos nos contratos de concessão e suas alterações, correspondente a letra "a" do Contrato;
- b) reconhecer a matriz de risco do contrato, de forma a estabelecer quais os riscos atribuídos às concessionárias e ao Poder Concedente;
- c) analisar juridicamente cada evento de desequilíbrio econômico-financeiro em cada procedimento administrativo instaurado.



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

O presente parecer visa cumprir o item "a" e responder às indagações da FIA, apresentadas no Relatório 5, referente à "Identificação dos pontos que demandam a interpretação da alocação de riscos nos contratos de concessão e suas alterações".

1. 2. Relatório 5

A Fundação Instituto de Administração protocolou sob n.º 11.877.944-4 o relatório referente ao produto "5" (Relatório de análise de mapeamento dos pontos que demandam a interpretação da alocação de riscos nos contratos de concessão, a partir da proposta comercial e suas alterações), que corresponde ao item "a" do aspectos do objeto contratado citados na cláusula II do Contrato n.º 337/2012.

Neste relatório, sob a ótica econômico-financeira, faz-se uma explanação doutrinária sobre a importância da alocação de riscos e classes de riscos, apresenta modelos de alocação de riscos em concessões rodoviárias, relata os principais indicativos contidos no Edital, no Contrato e nos Termos Aditivos acerca da alocação dos riscos das concessões no Estado do Paraná e elenca os pontos sobre alocação de riscos que requerem interpretação jurídica por parte do DER/PR, a seguir transcritos:

- Sobre Risco de Demanda.

1º Para efeito de avaliação do desequilíbrio econômico financeiro, admita-se a situação em que o tráfego real superou a projeção realizada pelo parceiro privado e que o excesso de demanda refletiu positivamente na arrecadação da tarifa de pedágio. Admita-se também a existência de valores a reequilibrar a favor da Concessionária, frutos de investimentos na ampliação de capacidade de tráfego da rodovia. Nesta situação, a consideração de uma nova projeção de tráfego poderá compensar total ou parcialmente esses valores a reequilibrar. Entende-se que deva ser utilizada a nova projeção do tráfego, ao invés da projeção contida na proposta comercial? A Cláusula XVI, itens 6 e 7, são um indicador desse entendimento?

2º Em situação oposta à 1ª questão, admitindo-se a situação em que o tráfego real foi inferior ao projetado pelo parceiro privado, deve-se considerar no modelo financeiro o estudo de tráfego contido na proposta comercial, ao invés de se considerar nova projeção baseada no tráfego observado nos primeiros anos da concessão?

3º Considere-se a situação em que ocorreu o aumento de tráfego em um determinado trecho da rodovia, não provido da praça de pedágio. Esse aumento da demanda veio requerer a duplicação daquele trecho. Nesta situação, em que as receitas da Concessionária se mantiveram constantes apesar do aumento local da demanda, o entendimento é que as receitas da Concessionária se mantiveram constantes apesar do



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

aumento local da demanda, o entendimento é que a ação de reequilíbrio se faz necessária, apesar do que estabelece a Cláusula XVI, item 6 e 7?

4º Como regra geral, pode-se considerar que a projeção de tráfego a ser utilizada nos modelos financeiros é a maior entre a projeção original (i.é, da proposta comercial) e a projeção revista e atualizada?

5º A Cláusula XVI, itens 6 e 7, enunciam que as obras de expansão, previstas ou não no PER, devem ser financiadas pelo acréscimo de tráfego e não ensejam reequilíbrio econômico-financeiro. Aparentemente, esta informação dá margens ao entendimento que a avaliação do equilíbrio econômico-financeiro deva considerar uma nova projeção deverá ser considerada, tal como se fosse emanada do Concessionário?

- Sobre Riscos Advindos do Cenário Econômico.

6º Mudanças na conjuntura econômica que afetem as taxas de juros, de câmbio e de inflação, não são consideradas fatores supervenientes, mesmo que decorrentes de crises econômicas de grandes proporções, sendo esses riscos atribuídos integralmente à Concessionária. Está correto o entendimento?

- Sobre Risco de Financiamento.

7º Na eventualidade de financiamentos terem sido contratados e, posteriormente, decidir-se pela redução das tarifas e dos investimentos, o Poder Concedente seria co-responsável pelos custos financeiros incorridos desnecessariamente? Considere-se que a taxa de aplicação do excesso de liquidez é inferior a taxa do financiamento tomado; isto é, a ação da administração pública resultou em perdas financeiras para a concessionária.

A Cláusula XXXIV veda a possibilidade de a Concessionária ceder, onerar ou alienar a concessão, no todo ou em parte.

8º É correto afirmar que esta proibição se aplica aos ativos da concessão, pré-existentes ou adquiridos pela Concessionária, imóveis ou móveis, incluindo-se máquinas e equipamentos?

9º Entende-se que os valores recebidos nas praças de pedágio se enquadram como "direitos emergentes na concessão", e por isso poderiam ser utilizados para compor as garantias junto aos bancos (Cláusula XXXVIII, item 2)?

10º Quais bens fazem parte das exceções a esta regra, tendo em vista o mencionado na Cláusula XXXIV, item "b"? seriam exclusivamente bens móveis, conforme mencionado na Cláusula XXX, item 5?





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

- Sobre Risco de Desapropriação

Do exposto na Cláusula XX (encargos motivadores para o reequilíbrio econômico) item 3d e na Cláusula XXIX, entende-se que o risco de desapropriação está alocado ao Poder Concedente. A cláusula IV do Termo Aditivo de 2000 retira da Concessionária qualquer responsabilidade, inclusive de indenizar o terceiro desapropriado, cabendo ao DER a responsabilidade por isso.

11º Está correto o entendimento? E quanto ao risco de atrasos decorrentes dos processos de desapropriação: o DER assume qualquer ônus nesse sentido, como por exemplo, a Concessionária ter mobilizado equipes por conta de uma previsão não verificada do DER acerca da conclusão do processo?

- Sobre situações que ensejam perda de receita

12º Admita-se a situação em que houve atraso na concessão de reajuste por parte do Poder Concedente. Esta situação enseja reequilíbrio econômico-financeiro?

13º Na situação anterior, a perda de receita da concessionária é dada pelo tráfego real nos dias em que a tarifa deveria estar reajustada, multiplicada pela diferença entre a tarifa reajustada e a tarifa sem reajuste. Está correto o entendimento?

14º Nas situações em que a Concessionária foi impedida de efetuar a cobrança de pedágio, fruto, por exemplo, da ação de movimentos sociais: justifica-se o reequilíbrio a favor da Concessionária?

15º As fraudes cometidas pelos usuários para burlar o pagamento de pedágio ensejam reequilíbrio a favor da Concessionária?

- Sobre outras questões ligadas ao reequilíbrio

16º A Cláusula XX relaciona situações de revisão da tarifa básica e inclui o surgimento de receitas acessórias (item 3g) como um dos motivadores para a revisão. Nessa situação, qual proporção das receitas acessórias seria utilizada para custear a redução tarifária? Caso as receitas acessórias sejam utilizadas integralmente, existe algum incentivo para que a Concessionária afigure essas receitas, visando permitir a redução da tarifa de pedágio?

Nas considerações finais faz-se a observação de que embora o Contrato das Concessões Rodoviárias do Estado do Paraná não traga uma matriz de risco, foi bastante enfático ao relacionar riscos atribuíveis à Concessionária. E que num próximo aditivo, deve-se discutir a possibilidade de inclusão de uma matriz de risco, a exemplo do que nos contratos de concessão



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

mais recentes.

Também observa que “o relatório não esgota a discussão sobre alocação de riscos e seus impactos no reequilíbrio econômico-financeiro nas Concessões Rodoviárias do Estado do Paraná; espera-se que, ao se analisar cada lote no que tange às questões de engenharia e de realização contratual, deverão emergir novos pontos que irão requerer interpretação jurídica adicional, em que implicará em se revisitar a questão de alocação de riscos.”

É o relatório.

2. FUNDAMENTAÇÃO

2.1. Risco de Demanda

No Relatório 5, antes das questões relativas ao risco de demanda, a Fundação Instituto de Administração faz uma consideração do que decorre o risco de demanda:

“O risco de demanda decorre de o tráfego real estar aquém das projeções realizadas, originando receitas menores que as previstas. A princípio, se este risco é atribuído à Concessionária, a eventual demanda inferior a projetada não deveria ser considerada na análise de equilíbrio econômico-financeiro, pois este seria um risco empresarial do parceiro privado; da mesma forma, as receitas advindas do excesso de tráfego também não deveriam ser utilizadas no cálculo do equilíbrio. Entende-se, com isso, que o equacionamento de reequilíbrio deva utilizar as projeções de tráfego da proposta comercial. Disto emergem alguns pontos que requerem melhor esclarecimento.”

Para uma análise da questão trazida pela Fundação Instituto de Administração deve-se verificar para quem, nos contratos de concessão do Estado do Paraná, está alocado o risco da demanda.

Demanda, considerando a definição no Dicionário Aurélio, pode ser considerada como a quantidade de um bem ou serviço que os consumidores desejam adquirir por um preço definido em um determinado mercado, durante um período de tempo.¹

¹ 1 Demanda.6. Econ. Disposição de comprar determinada mercadoria ou serviço, por parte dos consumidores; procura. 7. Econ. Quantidade de mercadoria ou serviço que um consumidor ou conjunto de consumidores está disposto a comprar por determinado preço. ... Econ. **Demanda Global.** Conjunto de Mercadorias e serviços demandados num país em certo período (ger. Um ano), abrangendo os gastos de consumo e de investimento e o excesso das exportações sobre importações; demanda agregada. (FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa. Curitiba: Editora Positivo, 2004)



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

Risco de demanda, portanto, é o risco de que a demanda por determinado serviço público seja inferior à demanda projetada, produzindo receitas insuficientes para remunerar o capital privado, ou até mesmo para custear os investimentos e custos operacionais ligados ao projeto de prestação do serviço público concedido.

Nas Concessões de Rodovias, a receita advém do pagamento do pedágio pelos usuários das mesmas; portanto, o risco de demanda consiste na redução do tráfego e, assim, redução da receita.

O risco de tráfego, além de conceitualmente corresponder ao risco da demanda nos contratos de concessão rodoviária e, assim, ser ordinário a qualquer empreendimento, foi um dos riscos expressamente identificados e alocados à concessionária.

Assim, nos Contratos de Concessão a alocação de risco quanto ao tráfego é explícita, constando na cláusula XIII, ora transcrita:

CLÁUSULA XIII
Do Risco Geral de Tráfego

1. A CONCESSIONÁRIA assumirá, integralmente e para todos os efeitos, o risco de trânsito inerente à exploração do LOTE, neste se incluindo o risco de redução do volume de trânsito, inclusive em decorrência da transferência de trânsito para outras rodovias ou trechos rodoviários de acesso, ressalvados os casos em que a redução de trânsito resulte de ato unilateral do Contratante ou do Poder Concedente com impacto no equilíbrio econômico e financeiro deste CONTRATO.

2. A Assunção do risco de trânsito, inclusive em decorrência da transferência de trânsito no LOTE constitui condição inerente ao regime jurídico da concessão a ser outorgada, não se admitindo, caso venha a ocorrer alteração quanto ao volume de trânsito esperado pela CONCESSIONÁRIA quando da apresentação da sua PROPOSTA COMERCIAL, qualquer alteração de seus encargos, ou ainda, revisão do inicial equilíbrio econômico financeiro deste CONTRATO.

Cabe ressaltar que a cláusula transcrita utiliza a expressão risco de trânsito, enquanto a Fundação Instituto de Administração e a matriz de risco de outros contratos de concessão utilizam a expressão risco de tráfego.

Considerando que em ambas as expressões tem uma referência relativa a deslocamento de veículos, a finalidade da utilização da expressão "trânsito" na cláusula XIII seria a mesma de "tráfego". Assim, como a perguntada Fundação Instituto de Administração utiliza a expressão tráfego neste parecer esta também será utilizada.²

² A distinção usualmente utilizada é a que associa a tráfego o movimento de veículos e a trânsito o movimento de veículos e pessoas (pedestres), porém, recentemente tem-se considerado trânsito uma definição abrangente como o deslocamento em geral de pessoas e/ou veículos. TRÁFEGO, por sua vez, embute a noção de via; refere-se ao deslocamento de



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

No item 2 da cláusula transcrita é utilizada a expressão alterar quando se refere ao volume do trânsito e aos encargos da concessionária.

Deve ser ressaltado que alterar, significa mudar, modificar³; portanto, alteração pode significar também aumento ou diminuição em relação ao tráfego e encargos.

Assim, pode-se interpretar o item 2 da cláusula transcrita da seguinte forma: *se diminuir o tráfego, não haverá diminuição nos encargos da Concessionária, e se aumentar o tráfego além do previsto na proposta comercial, não haverá aumento dos encargos da Concessionária.*

Esta interpretação coaduna com a definição de risco do Relatório 5, a seguir destacada:

É importante, antes que se estabeleçam considerações sobre matriz de risco, definir o que é risco. Para Weston e Brigham (2004), risco "é a possibilidade de que algum acontecimento desfavorável venha a ocorrer". Jorion (1998) fornece uma visão mais abrangente: "Embora o termo risco na linguagem moderna signifique "perigo de perda", a teoria de finanças o define como "dispersão de resultados inesperados, devido a oscilações nas variáveis financeiras. Assim, os desvios positivos e negativos devem ser vistos como fontes de risco."

Logo, quando Jorion se refere à dispersão de resultados incluem situações que proporcionem perdas e ganhos.

Na teoria de finanças, o risco pode ser medido pelo desvio padrão dos retornos proporcionados por um ativo. O desvio padrão consiste em uma medida de dispersão em torno de um valor central ("média"). A título de exemplo: o preço de uma ação variou, ao longo de uma semana, proporcionando os seguintes retornos diários: 1%, -2,5%, 2%, -1,5% e 1,2%. Pode-se dizer que seu risco medido pelo seu desvio padrão é de aproximadamente 1,93% em torno de um valor central de 0,4%.

O risco diferencia-se da incerteza pela possibilidade de ser mensurado previamente de acordo com uma determinada metodologia, enquanto a incerteza não pode ser quantificada.

Transportando este conceito para as concessões de serviço público, podemos redefinir risco como a situação que apresente resultados além ou aquém do esperado no que tange aos fluxos de caixa proporcionados pela operação. Assim, nas situações em que o risco é atribuído à Concessionária, as situações desfavoráveis à mesma não devem ser introduzidas no reequilíbrio econômico-financeiro do contrato do contrato a seu favor, uma vez que ela deveria suportar tal risco. De forma análoga, os eventos em que os resultados positivos excederam as expectativas não podem ser utilizados para compensar as perdas ocorridas em outros tipos de risco.

pessoas, mercadorias ou veículos através de meios apropriados, com origens e destinos definidos, sujeito a algum tipo de ordenamento.

³ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa, Positivo, 3ª edição, 2004.



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

Considerando apenas o risco de demanda sem nenhuma exceção, conclui-se que uma vez que à concessionária é alocado o risco de tráfego (diminuição deste), fato que não enseja reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, o incremento do tráfego também não ensejaria reequilíbrio econômico-financeiro.

A doutrina se posiciona no seguinte sentido:

Há que se frisar que referido risco de demanda não se confunde com os riscos inerentes à aplicação da teoria da imprevisão. Muito embora ambos tenham natureza econômica, o risco de demanda é estimado no projeto que orienta a concessão e nas projeções particulares realizadas pelo concessionário, no momento em que optou por oferecer uma proposta à administração pública, no curso do processo de licitação para a escolha do futuro contratado. A proporção de variação da demanda pelo serviço público concedido, insista-se, está longe de ser um acontecimento superveniente imprevisto, ainda que erros em sua projeção inicial sejam relativamente comuns, seja por parte do concessionário, seja da parte do concedente. Daí tratar-se o risco de hipótese distinta da álea econômica tradicionalmente enfocada pela doutrina administrativa, circunscrita à teoria da imprevisão.⁴

Assim, seja por corresponder a um risco ordinário do negócio, seja por estar previsto expressamente no contrato de concessão em análise, o risco de trânsito corre por conta da concessionária.

O item 2 da citada cláusula é claro ao afirmar que, mesmo havendo alteração do volume de tráfego previsto na proposta comercial, não é admitida qualquer alteração de encargos da concessionária ou reequilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Porém, admitem-se duas exceções:

- a) quando a redução do tráfego resultar de ato do contratante ou do poder concedente;
- b) a possibilidade de utilizar o valor de receita de tráfego que supere a proposta comercial para custear total ou parcialmente, obras de ampliação de capacidade em trecho que a operação supere 200 (duzentas) horas por ano em nível de serviço inferior ao "D", conforme definido no Highway Capacity Manual, como previsto na cláusula XVI, itens 5 ao 7, *in verbis*:

⁴ PEREZ, Marcos Augusto. O risco no contrato de concessão de serviço público. p. 154/155.



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

CLÁUSULA XVI
Do serviço Adequado

5. Para os fins previstos neste **CONTRATO** fica desde logo estabelecido que as rodovias principais que compõem o **LOTE** poderão operar no máximo 200 (duzentas) horas por ano com nível de serviço inferior ao "D", conforme definido no Highway Capacity Manual.
6. Na hipótese de ser atingido o limite estabelecido no item anterior, e desde que medidas operacionais não possam ser aplicadas para atendimento da demanda a concessionária deve submeter ao **DER** projeto para a execução de obras de expansão de capacidade das rodovias principais.
7. As obras de expansão de capacidade aludidas no item anterior, previstas ou não no PER, devem ser executadas e financiadas exclusivamente por conta da concessionária, sem qualquer acréscimo tarifário, entendendo-se que as mesmas não se caracterizam como novos encargos, para efeitos da revisão tarifária prevista neste **CONTRATO**, isto é, tais obras devem ser financiadas pelo acréscimo de tráfego verificado em relação ao tráfego estimado constante da proposta comercial apresentada pela Licitante vencedora na Concorrência Pública da qual decorreu este **CONTRATO**.

No primeiro caso, se a redução do tráfego ocorrer por ato do poder concedente ou contratante, o concessionário terá direito ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, observando-se a legislação específica.

No segundo caso, obras previstas ou não no PER, em rodovias que a operação supere 200 (duzentas) horas por ano em nível de serviço inferior ao "D", conforme definido no Highway Capacity Manual, deverão ser financiadas pela Concessionária com a receita decorrente do acréscimo de tráfego verificado em relação ao tráfego estimado na Proposta Comercial.

Numa primeira análise do item 7 da Cláusula XVI dos Contratos de Concessão, poder-se-ia interpretar que a execução e financiamento pela concessionária, sem reflexo na tarifa, das obras de expansão de capacidade, previstas ou não no PER, seria uma obrigação contratual, independentemente de acréscimo de tráfego e consequente aumento de receita, entendendo que o final do item é apenas exemplificativo.

Porém, a interpretação mais concernente com a estrutura de um Projeto de Concessão é a de que as obras de ampliação de capacidade que estejam ou não no PER serão financiadas se houver acréscimo de tráfego. Isto porque parte-se da premissa de que o projeto de concessão deve buscar o conforto do usuário, prevendo obras que corrijam ou mantenham o nível de serviço adequado tanto para o início, como para o transcorrer do contrato, considerando a projeção de tráfego. Como a receita foi projetada para cobrir os custos de todo o projeto, considerar que a obrigação independeria do acréscimo de tráfego, poderia inviabilizar o custeio do projeto.



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

Diante destas considerações, passamos às respostas às perguntas da Fundação Instituto de Administração:

1º Para efeito de avaliação do desequilíbrio econômico financeiro, admita-se a situação em que o tráfego real superou a projeção realizada pelo parceiro privado e que o excesso de demanda refletiu positivamente na arrecadação da tarifa de pedágio. Admita-se também a existência de valores a reequilibrar a favor da Concessionária, frutos de investimentos na ampliação de capacidade de tráfego da rodovia. Nesta situação, a consideração de uma nova projeção de tráfego poderá compensar total ou parcialmente esses valores a reequilibrar? Entende-se que deva ser utilizada a nova projeção do tráfego, ao invés da projeção contida na proposta comercial? A Cláusula XVI, item 6 e 7 são um indicador desse entendimento?

Em relação à primeira parte da pergunta deve-se fazer a seguinte ponderação:

- a) quando os valores a reequilibrar são investimentos em ampliação de capacidade de rodovias cuja operação supere 200 (duzentas) horas por ano em nível de serviço inferior ao "D", conforme definido no Highway Capacity Manual, não previstos no PER. Neste caso, por ser uma exceção prevista ao risco de tráfego, a nova projeção de tráfego poderá compensar total ou parcialmente o valor da obra.
- b) quando os valores a reequilibrar são investimentos em ampliação de capacidade de rodovias cuja operação supere 200 (duzentas) horas por ano em nível de serviço inferior ao "D", conforme definido no Highway Capacity Manual, previstos no PER. Neste caso, também, por ser uma exceção prevista ao risco de tráfego, a nova projeção de tráfego poderá compensar total ou parcialmente o valor da obra.
- c) quando os valores a reequilibrar são investimentos em ampliação de capacidade de rodovias por outros motivos não relacionados a exceção citada nos itens "a" e "b", não previstos no PER. Neste caso, a nova projeção de tráfego não poderá compensar total ou parcialmente o valor da obra, devendo ser analisado, em cada caso, o que originou a ampliação de capacidade de tráfego da rodovia, para fins de verificar o enquadramento, ou não, da cláusula XX, itens 1 a 3, letra b, isto é, a necessidade de reequilíbrio econômico-financeiro.

É importante ressaltar que, na hipótese de a necessidade de obra de ampliação dos investimentos ser parcialmente causada pelo aumento de tráfego, ensejando a operação da rodovia em 200 (duzentas) horas num nível de serviço inferior ao "D", esta deverá também ser parcialmente suportada pela concessionária, independentemente do fato de a obra estar ou não prevista no PER.



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

Quanto à segunda parte da questão (Entende-se que deva ser utilizada a nova projeção do tráfego, ao invés da projeção contida na proposta comercial?), há que se ponderar que no cálculo de financiamento de obras de ampliação de capacidade, deve-se utilizar tanto a nova projeção do tráfego como a da proposta comercial, nos casos dos itens "a", "b", uma vez que a verificação do montante da receita que vai custear a obra tem como base o aumento do tráfego em relação à Proposta Comercial. No caso descrito no item "c" utiliza-se a projeção da Proposta Comercial, devendo observar a situação excepcional citada no final da hipótese.

Quanto à última parte desta questão (A Cláusula XVI, item 6 e 7 são um indicador desse entendimento?), conclui-se que a Cláusula XVI, item 6 e 7 é o fundamento contratual para o entendimento esposado.

2º Em situação oposta à 1ª questão, admitindo-se a situação em que o tráfego real foi inferior ao projetado pelo parceiro privado, deve-se considerar no modelo financeiro o estudo de tráfego contido na proposta comercial, ao invés de se considerar nova projeção baseada no tráfego observado nos primeiros anos da concessão?

Em resposta a esta questão e como já fundamentado, o risco de tráfego é da Concessionária, portanto, deve ser utilizada a projeção da Proposta Comercial.

Deve-se destacar que o tráfego é a principal fonte de receita da concessionária e reflete, quando do cálculo do resultado da relação entre receita e despesas, na remuneração da Concessionária.

Se o risco consiste em diminuição do tráfego e conseqüente diminuição da receita, utilizar no modelo financeiro nova projeção baseada no período dos primeiros anos da concessão corresponde à eliminação do risco de tráfego, se o modelo pretendesse manter a mesma expectativa de remuneração prevista na Proposta Comercial.

3º Considere-se a situação em que ocorreu o aumento de tráfego em um determinado trecho da rodovia, não provido da praça de pedágio. Esse aumento da demanda veio requerer a duplicação daquele trecho. Nesta situação, em que as receitas da Concessionária se mantiveram constantes apesar do aumento local da demanda, o entendimento é a ação de reequilíbrio se faz necessária, apesar do que estabelece a Cláusula XVI, item 6 e 7?

Para o custeio da obra, considera-se o tráfego total do lote. Não há vinculação na cláusula citada a segmentos com nível inferior a "D" à determinada praça de pedágio.



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

Excluindo o Lote 6, os demais Lotes do Programa de Concessão abrangem mais de uma praça de pedágio, mas é o total de receitas de todas as praças de pedágio que fazem frente aos custos do Programa, como será demonstrado:

Todos os contratos de Concessão em fase de revisão prescrevem o seguinte objeto, descrito na Cláusula VI, que ora se transcreve:

"Este **CONTRATO** tem por objeto a recuperação, o melhoramento, a manutenção, a conservação, a operação e a exploração das rodovias principais e a recuperação, conservação e manutenção dos trechos rodoviários de acesso do **LOTE**."

Os serviços acima transcritos são prestados em todos os trechos da concessão, alguns deles executados continuamente (operação e conservação) e outros em datas preestabelecidas no cronograma contido no Programa de Exploração do Lote (recuperação, melhoramento e manutenção).

Todas as atividades acima citadas representam despesas no projeto de uma Concessão, as quais são custeadas pela receita obtida durante o total de anos do Contrato de Concessão.

A fonte principal de receita do Contrato é a tarifa paga pelos usuários em todas as praças de pedágio e o total da receita arrecadada durante todo o período da concessão custeia as obras em toda a extensão das rodovias concedidas que compõem os Lotes.

Assim, o aumento total do tráfego do Lote é que custeia obras de ampliação de capacidade, motivada pela operação que supere 200 (duzentas) horas por ano em nível de serviço inferior ao "D", conforme definido no Highway Capacity Manual.

Portanto, se não houver acréscimo total do tráfego para custear a obra, ela somente pode ser incluída como obrigação da concessionária com o respectivo equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

4º Como regra geral, pode-se considerar que a projeção de tráfego a ser utilizada nos modelos financeiros é a maior entre a projeção original (i.é, da proposta comercial) e a projeção revista e atualizada?

Nem sempre é a maior, como pode ser verificado na resposta a questão 1.

5º A Cláusula XVI, itens 6 e 7, enunciam que as obras de expansão, previstas ou não no PER, devem ser financiadas pelo acréscimo de tráfego e não ensejam reequilíbrio econômico-financeiro. Aparentemente, esta informação dá margens ao entendimento que a avaliação do equilíbrio econômico-financeiro deva considerar uma nova projeção de tráfego. É esse



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

entendimento? E nos futuros reequilíbrios: essa nova projeção deverá ser considerada, tal como se fosse emanada do Concessionário?

Os itens 6 e 7 da cláusula XVI dizem respeito a obras de ampliação de rodovias cuja operação supere 200 (duzentas) horas por ano em nível de serviço inferior ao "D", conforme definido no Highway Capacity Manual. A avaliação do equilíbrio econômico-financeiro, para esta finalidade, deve considerar uma nova projeção tal como se fosse emanada pelo Concessionário.

Pelo contrato, só é tolerado nível inferior ao "d" na operação de Rodovias até 200 (duzentas) horas por ano, conforme definido no Highway Capacity Manual.

Atingido este limite, desde que medidas operacionais não possam ser aplicadas para atender à demanda, é da Concessionária a obrigação de apresentar projeto para a execução de obras de ampliação, que serão financiadas pelo aumento do tráfego.

Isto significa que o controle e contagem do tráfego, para a Concessionária cumprir a obrigação, é da mesma.

2.2. Situações que ensejam perda de receita

A Fundação Instituto de Administração introduziu este tópico afirmando que *"existem situações específicas que podem gerar solicitações de reequilíbrio por parte da Concessionária. Estas situações também requerem uma decisão jurídica a respeito da justificativa de reequilíbrio"*. Foram formuladas quatro questões que passamos a responder:

2.2.1. Atraso na concessão do reajuste e direito ao reequilíbrio

12º Admita-se a situação em que houve atraso na concessão de reajuste por parte do Poder Concedente. Esta situação enseja o reequilíbrio econômico-financeiro?

Ao lado da revisão, o reajuste é um dos meios previstos para manutenção do equilíbrio econômico-financeiro de um contrato administrativo. Tem a finalidade de salvaguardar a equação econômica-financeira do contrato administrativo dos efeitos da inflação. Conforme disserta a doutrina:

O reajuste configura-se numa previsão inicial dos custos a maior. A obra é estimada em determinada quantia, devendo incidir sobre esta quantia, percentuais corretivos de inflação. O *"quantum debeatur"* não é alterado. Pelo reajuste, conserva-se íntegro.

De conseguinte, o reajuste não virá recompor a equação econômico-financeira quando desbalanceada por situações anômalas. Há, tão-somente, uma previsão da desvalorização da moeda. Consiste, pois, em atualização permanente da



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

mesma. Na verdade, é, tão-somente, a previsão da correção monetária, quando esta esteja presente.

Os reajustes contratuais surgiram exatamente do princípio da manutenção da equação financeira do contrato ao longo de todo o prazo de sua execução. Diferem, pois, *reajuste* e *revisão* de preço. Esta, a *revisão de preço*, será utilizada para resolver os problemas atinentes à efetiva recomposição do equilíbrio financeiro.⁵

Já o "reajuste" de preços é uma solução desenvolvida na experiência estrangeira, mas que recebeu aplicação muito intensa na prática contratual brasileira.⁹⁹ Convivendo em regime de permanente inflação, verificou-se a impossibilidade e a inconveniência da prática de preços nominais fixos. Com o passar do tempo, generalizou-se a prática da indexação em todos os campos. A indexação foi encampada também nas contratações administrativas. A Administração passou a prever, desde logo, a variação dos preços contratuais segundo a variação dos índices (predeterminados ou não). Essa prática é identificada como "reajuste" de preços. Trata-se da alteração dos preços para compensar (exclusivamente) os efeitos das variações inflacionárias.⁶

Dentre os contratos administrativos, estão os Contratos de Concessão de Serviço Público, cujo reajuste incide sobre a tarifa básica, atualizando, conseqüentemente, a receita do projeto "Concessão".

Não há alteração estrutural da tarifa básica como ocorreria na revisão; ela é atualizada monetariamente por índices contratualmente estabelecidos:

Estamos em que o *reajuste* configura hipótese em que a tarifa *substancialmente não muda*; altera-se, apenas, o preço que a exprime. Como persistem os mesmos fatores inicialmente levados em conta, a tarifa é apenas *atualizada*, a fim de acompanhar a variação normal do preço dos insumos, sem que se lhe agreguem acréscimos, pois não há elementos novos interferentes com ela. Já, a *revisão* das tarifas é uma *reconsideração ou reavaliação do próprio valor original* tomado em conta *como adequado* para enfrentar equilibradamente os encargos⁷.

É cláusula obrigatória no edital de licitação e no contrato, conforme estabelecem os artigos 40 e 55 da Lei n.º 8666/93, 18 e 23 da Lei n.º 8987/1995 e 14 e 24 da Lei Complementar Estadual n.º 76/1995, a seguir transcritos:

Art. 40. O edital conterá no preâmbulo o número de ordem em série anual, o nome da repartição interessada e de seu setor, a modalidade, o regime de execução e o tipo de licitação, a menção de que será regida por esta Lei, o local,

⁵ VALLE FIGUEREDO, Lúcia. Curso de Direito Administrativo pág. 524, parágrafo 4º ao 7º. Editora Malheiros Editores, 7ª edição, 2004.

⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. São Paulo: Editora Dialética, 12ª edição, 2008, p. 730.

⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Editora Malheiros, 26ª edição, 2009, p. 730.



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

dia e hora para recebimento da documentação e proposta, bem como para início da abertura dos envelopes, e **indicará, obrigatoriamente, o seguinte:**

(...)

XI - critério de reajuste, que deverá retratar a variação efetiva do custo de produção, admitida a adoção de índices específicos ou setoriais, desde a data prevista para apresentação da proposta, ou do orçamento a que essa se referir, até a data do adimplemento de cada parcela.

Art. 55. São cláusulas necessárias em todo contrato as que estabeleçam:

...
III - o preço e as condições de pagamento, os critérios a data base e periodicidade do reajustamento de preços, os critérios de atualização monetária entre a data do adimplemento das obrigações e a do efetivo pagamento. (grifou-se)

Art. 18. O edital de licitação será elaborado pelo poder concedente, observados, no que couber, os critérios e as normas gerais da legislação própria sobre licitações e contratos e **conterá, especialmente:**

...
VIII - critérios de reajuste e revisão tarifária;

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;

Art. 19. O edital de licitação observará, no que couber, os critérios e as normas gerais da legislação própria sobre licitações e contratos administrativos, e **conterá especialmente:**

...
VIII - os critérios de reajuste e revisão da tarifa;

Art. 24. São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas:

...
IV - ao preço do serviço e aos critérios e procedimentos para reajuste e a revisão das tarifas; (grifou-se)

Como determinado em lei, nos Contratos de Concessão n.º 71/1997, 72/1997, 73/1997, 74/1997, 75/1997 e 76/1997, foram incluídas cláusulas que contemplam o direito ao reajuste, o critério do mesmo, a data-base e a sua periodicidade de aplicação.

A cláusula XIX prevê o direito ao reajuste da tarifa básica, a periodicidade de um ano, contado da data do início da cobrança do pedágio, como data base o mês de janeiro de 1997, como critério uma fórmula contendo vários índices de específicos de serviços de engenharia e oficiais de inflação. Transcreve-se a referida Cláusula:



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

CLÁUSULA XIX
Do reajuste da Tarifa Básica

1. O valor da Tarifa Básica de cada Praça será reajustado anualmente, sem prejuízo do disposto no "caput" e no § 5º do art. 28 e no § 1º do art. 70 da Lei nº 9069, de 29 de junho de 1995.
2. Para o efeito previsto no item anterior, a data base do reajuste é o de janeiro de 1997.
3. O primeiro reajuste contratual dar-se-á na data do início da cobrança do pedágio e os reajustes posteriores, a cada ano, contado da data do início da cobrança do pedágio.

A data do início da contagem do prazo de reajuste foi alterada em todos os aditivos aos contratos de concessão. Como exemplo, transcrevemos a cláusula VI do Termo Aditivo n.º 15/2000 ao Contrato de Concessão n.º 72/1997:

CLÁUSULA VI

O item 3 da CLAUSULA XIX - Do reajuste da Tarifa Básica" passa a ter a seguinte redação:

"3. O segundo reajuste contratual dar-se-á em 27.03.2000, data na qual se iniciará a cobrança das novas tarifas do pedágio ora acordado. O reajuste seguinte ocorrerá em 1º de dezembro de 2000 e considerar tá todo o período acumulado desde janeiro de 1997, conforme a fórmula do item 4 abaixo. A partir de então, os reajustes posteriores deverão ocorrer anualmente, em 1º de dezembro de cada ano, a ser calculados também segundo a fórmula do item 4 abaixo. Devido à alteração da data do reajuste e ao lapso temporal extraordinário de 18 meses, o reajuste de 1º de dezembro de 2000 contemplará prévia reavaliação quanto ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato, em face da alteração da data de aniversário do reajuste."

A homologação do reajuste é competência do Poder Concedente, conforme estabelecem o artigo 29 da Lei n.º 8987/1995 e a cláusula contratual XXIII, *in verbis*:

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;

CLÁUSULA XXIII
Dos Direitos e das Obrigações do DER

Incumbe ao DER:

...

e) homologar os reajustes das tarifas de pedágio e proceder a revisão das mesmas, nas condições estabelecidas neste CONTRATO;



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

No processo administrativo para homologação do reajuste, a concessionária efetua o cálculo e encaminha ao DER para homologação. Este tem até cinco dias úteis para homologar o reajuste. Homologado o reajuste a concessionária está autorizada a praticá-lo, conforme item 6 da cláusula XIX.

Se o DER/PR, no prazo de cinco dias úteis não se manifestar, a Concessionária poderá aplicar o reajuste, pois este passa a ser considerado autorizado para todos os fins contratuais, nos termos do item 5 da Cláusula XIX do Contrato de Concessão, com a seguinte redação:

5. O cálculo do reajuste do valor das **TARIFAS DE PEDÁGIO** será feito pela **CONCESSIONÁRIA** e previamente submetido à fiscalização do **DER** para verificação da sua correção; o **DER** terá o prazo máximo de 5 (cinco) dias úteis para verificar e, se correto, homologar o reajuste, sendo passado o referido prazo sem que o DER se manifeste, o reajuste considerar-se-á para todos os fins contratuais. Havendo discordância do DER quanto aos cálculos apresentados, o DER deverá apresentar à **CONCESSIONÁRIA** novos cálculos, apontando de forma clara quais as incorreções verificadas.

6. Homologado o reajuste da tarifa pelo DER, a **CONCESSIONÁRIA** fica autorizada a praticar o reajuste.

Assim, três circunstâncias podem ocorrer:

- a) Apresentação de cálculos corretos pela concessionária e homologação pelo DER/PR;
- b) Apresentação dos cálculos pela concessionária e ausência de manifestação do DER/PR;
- c) Negativa, fundamentada, do DER/PR em homologar o reajuste.

No caso "a", só haverá perda de receita se a Concessionária não apresentar o cálculo de reajuste em tempo hábil para análise e correção antes da data prevista contratualmente para o reajuste. Neste caso, a perda de receita decorre de ato da Concessionária, não havendo motivo justificável ou fundamento legal para reequilibrar o contrato em virtude deste fato.

No caso "b", haverá perda de receita se a Concessionária não aplicar o reajuste na data prevista, conforme lhe faculta o item 5 da Cláusula XIX do contrato. Neste caso, a perda de receita pode decorrer de ato da Concessionária, optando por outro meio de atuação em relação ao fato; que pode decorrer de (i) uma opção errônea realizada ou (ii) de motivo justo. Em caso de opção errônea da concessionária por não aplicar o reajuste, a perda de receita não ensejaria o direito ao reequilíbrio econômico-financeiro, porquanto o reajuste já estava autorizado, independentemente de homologação do DER/PR, conforme autoriza o item 5 da Cláusula XIX. Quanto a hipótese (ii), depende do motivo pelo qual a opção ocorreu e o caso deve ser analisado pontualmente.



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

No caso "c", a decisão de não homologação do reajuste enseja à Concessionária a possibilidade de buscar judicialmente a garantia de aplicação. Neste caso, havendo decisão definitiva declarando improcedentes os motivos do DER/PR, declarando o direito da Concessionária ao reajuste, a Concessionária terá direito ao valor que deixou de ganhar em virtude do ato do DER/PR.

Assim, os fatos relativos a perda de receita, decorrente de ausência de reajuste, devem ser analisados separada e pontualmente.

2.2.2. Cálculo da perda de receita através do tráfego real

13º Na situação anterior, a perda de receita da concessionária é dada pelo tráfego real nos dias em que a tarifa deveria estar reajustada, multiplicada pela diferença entre a tarifa reajustada e a tarifa sem reajuste. Está correto o entendimento?

Está. Este entendimento é o que coaduna com a Cláusula XIII, que aloca o risco de tráfego para a Concessionária:

CLÁUSULA XIII
Do Risco Geral de Trânsito

A CONCESSIONÁRIA assumirá, integralmente e para todos os efeitos, o risco de trânsito inerente à exploração do LOTE, neste se incluindo o risco de redução do volume de trânsito, inclusive em decorrência da transferência de trânsito para outras rodovias ou trechos rodoviários de acesso, ressalvados os casos em que a redução de trânsito resulte de ato unilateral do Contratante ou do Poder Concedente com impacto no equilíbrio econômico e financeiro deste CONTRATO.

Pela cláusula transcrita, o risco de trânsito foi atribuído pelos Contratos de Concessão, de forma expressa, à concessionária. Assim, eventual redução do volume do tráfego não implica a necessidade de revisão para recompor o equilíbrio econômico-financeiro, porquanto coube às concessionárias estimar o tráfego durante todos os anos da concessão.

A única exceção ao de redução de tráfego ser arcado pela concessionária é a que resultar de ato do contratante ou do poder concedente.

Deste modo, verificada a perda de receita da concessionária por certo período de tempo, o cálculo do valor deve considerar o tráfego real e não o tráfego projetado na proposta comercial, sob pena do Poder Público e do usuário estarem reembolsando a concessionária uma perda que não ocorreu.



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

Considera-se tráfego real o que passou na praça de pedágio, descontando os veículos: (i) isentos em decorrência da cláusula XVIII item "5"; (ii) isentos por exclusivo critério da Concessionária; (iii) veículos não pagantes em decorrência de fato previsto como risco da concessionária.⁸

No caso de veículos com desconto, por exclusivo critério da Concessionária o cálculo a perda deve corresponder ao valor pago.

A efetiva perda de receita, basicamente, decorre do resultado entre o percentual de tarifa não praticado, multiplicado pela efetiva tarifa praticada vezes o efetivo tráfego que pagou a tarifa. O cálculo deve ser feito pelo tráfego real, visto que melhor representa o prejuízo efetivo, que é a base de cálculo para a reparação dos danos.

Neste caso, reequilibrar o contrato seria restabelecer a situação anterior ao fato (por exemplo, perda de receita em razão de não aplicação de reajuste) que gerou o desequilíbrio. Neste caso, se nada tivesse acontecido, a receita da concessionária seria a tarifa reajustada multiplicada pelos veículos que pagaram a tarifa.

Fundamenta esta opinião o fato de que, para a quantificação do desequilíbrio, é necessária prova do prejuízo real para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro e não hipotético com fundamento nas previsões constantes da Proposta Comercial.

A apuração da exata extensão do dano se faz necessária em virtude da disposição do código civil sobre a medida da indenização em seu artigo 944.

"Art. 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.
Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, eqüitativamente, a indenização."

Destaca-se que, em acórdão do Tribunal de Contas da União, pode-se observar que a Secretaria de Fiscalização de Desestatização e Regulação – SEFID entendeu que a perda de receita computada no aditivo

⁸ **CLÁUSULA XVIII**

Do Sistema Tarifário

5. Terão trânsito livre nas rodovias e nos trechos rodoviários de acesso que compõem o LOTE, ficando portanto isentos do pagamento de pedágio, os veículos:

I – de propriedade da Polícia Militar Rodoviária;

II – de atendimento público de emergência, tais como do Corpo de Bombeiros e Ambulâncias, quando em serviço;

III – das forças militares, quando em instrução ou manobra; e,

IV – oficiais, desde que credenciados em conjunto, pelo DER e pela CONCESSIONÁRIA.

6. A CONCESSIONÁRIA, a seu único e exclusivo critério e responsabilidade, poderá conceder descontos tarifários, bem assim realizar promoções tarifárias, inclusive procedendo reduções sazonais em dias e horas de baixa demanda, sem que isto



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

para reequilibrar o contrato de concessão deve considerar o tráfego real e não o tráfego projetado. Vejamos:

"Trata-se de Relatório de Auditoria, realizada por equipe da Sefid, com o objetivo de verificar a pertinência dos valores de tarifas de pedágio praticados pela Concessionária da ponte Rio-Niterói - PONTE S.A., bem como a correção da execução contratual e a manutenção do seu equilíbrio econômico-financeiro em virtude das revisões, reajustes e adequações realizados (fls. 162/242 - vol. 15).

Transcrevo a seguir excertos do percuciente trabalho elaborado pelas Analistas de Controle Externo Denise Torres de Mesquita da Silveira e Silva e Carla Garcia Protásio, cujas proposta foram acolhidas pelo Sr. Diretor da 3ª DT e pelo Sr. Secretário da Sefid (fls. 242/243 - vol. 15):

(...)

139. Assim, como ficou assente no termo aditivo, a perda de receita decorrente do atraso no reajuste de 1999 seria cobrada a partir do tráfego equivalente real do período e da diferente entre a tarifa vigente e a reajustada. A adoção do tráfego real vem de encontro com o modelo de concessão rodoviária aplicado à ponte e às demais concessionárias a ela contemporâneas. Esse modelo consiste na manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, observadas as condições estipuladas na data-base da proposta licitatória. Nesse intuito, todas as modificações ocorridas durante a concessão são remetidas à época passada para que possam ser inseridas no fluxo de caixa".

Acórdão n.º 1121/2005, Plenário

Processo: TC 006.322/2003-6

DOU: 22/08/05

Relator: Ministro Valmir Campelo

Assim, o cálculo da perda de receita deve utilizar o tráfego real, porquanto o risco de tráfego é atribuído à concessionária, bem como é necessária a exata quantificação do dano/desequilíbrio.

2.2.3. Perda de receita por ação de movimentos sociais

14º Nas situações em que a Concessionária foi impedida de efetuar a cobrança de pedágio, fruto, por exemplo, da ação de movimentos sociais: justifica-se o reequilíbrio a favor da Concessionária?

Na Concessão de Rodovias do Estado do Paraná, o impedimento da concessionária em efetuar a cobrança de pedágio decorreram, em sua maioria, de tumultos (exemplo: invasão da praça de pedágio) e não de medidas legítimas, buscadas no judiciário e obtidas através de decisão liminar ou definitiva.

Neste sentido será avaliada a pergunta da Fundação Instituto de Administração.

Como já citado, a Cláusula XII do contrato deixa claro que a concessionária responde pelos riscos inerentes da concessão, exceto nos casos em que o contrário do mesmo resulte:



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

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.

A expressão "inerentes"⁹ foi também utilizada na cláusula XXV que trata dos Seguros e das Garantias para o Cumprimento das Obrigações Contratuais.

Nesta consta a obrigação da concessionária de firmar seguros necessários para garantir uma efetiva cobertura dos riscos inerentes à execução das atividades pertinentes à concessão, em condições aceitáveis pelo DER.

Os riscos citados na cláusula para cobertura por seguro são considerados próprios da atividade de prestação de serviço público de operação de rodovias.

Tais riscos foram alocados à concessionária com a finalidade de transferir a terceiro, a Companhia de Seguro. Ou seja, estes riscos tanto podem ser previstos como podem ser prevenidos com contratos de seguro.

Assim, pela análise das cláusulas citadas, conclui-se que as coberturas exigidas compreendem fatos compreendidos como risco da concessionária.

Destacamos da cláusula XXV algumas coberturas exigidas:

CLÁUSULA XXV
Dos Seguros e das Garantias para o Cumprimento das Obrigações
Contratuais

1. A **CONCESSIONÁRIA** deverá garantir a existência e manutenção em vigor, durante todo o prazo de duração da concessão, das apólices de seguro necessárias para garantir uma efetiva cobertura dos riscos inerentes à execução das atividades pertinentes à concessão, em condições aceitáveis pelo DER.

(...)

6. A **CONCESSIONÁRIA** fará e manterá em vigor os seguintes seguros:
a) **Seguro de Danos Materiais**: cobertura às perdas, destruição ou danos havidos em todos os bens móveis e/ou imóveis integrantes das obras e/ou da administração objetos deste **CONTRATO**, compreendendo:

Coberturas Básicas:

- Incêndio;
- Obras Cíveis em Construção;

⁹ Inerente. Adj. 2g. Que está por natureza inseparavelmente ligado a alguma coisa ou pessoa. (FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda, Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa)



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

- Instalação / Montagem;
- Quebra de Máquinas;
- Equipamentos Eletrônicos;
- Equipamentos Estacionários;
- Equipamentos Móveis;
- Automóveis;
- Queda de Raio;
- Desmoraamentos;
- Alagamentos;
- Valores;
- Vidros.

Coberturas Adicionais:

- Danos Elétricos;
- Explosão, exceto de gás de uso doméstico;
- Despesas Extraordinárias;
- **Tumultos;**
- Manutenção - Simples;
- Manutenção - Ampla;
- Manutenção - Garantia;
- Despesas de Desentulho do Local;
- Equipamentos Móveis / Estacionários Utilizados na Obra;
- Extensão para Obras Concluídas;
- Riscos do Fabricante - Aplicável aos Bens em Montagem;
- Danos em Conseqüência de Erro de Projeto;
- Propriedades Circunvizinhas;
- Afretamento de Aeronaves;
- Furacão, Ciclone, Tornado, Vendaval, Granizo, Queda de Aeronave, Impacto de Veículos Terrestres, Fumaça.

...

c) Seguro de Lucros Cessantes: cobertura aos prejuízos relativos à perda de receita, decorrentes de eventos cobertos nos seguros de danos materiais, compreendendo:

- Conseqüências Financeiras do Atraso do Início da Exploração da Concessão;
- Conseqüências Financeiras da Interrupção da Exploração da Concessão. (grifo nosso)

Como na citada cláusula consta a obrigatoriedade de cobertura de lucros cessantes em virtude de tumultos, a perda de receita em virtude de manifestações dos movimentos sociais é coberta por seguros e constitui risco da concessionária, pois o item 7 da mesma cláusula assegura à concessionária firmar seguros mais abrangentes e o item 8 indica como responsabilidade da concessionária a abrangência ou omissão na realização dos seguros. Vejamos o teor dessas disposições:

7. A relação de seguros de que trata o item anterior utiliza nomenclatura do mercado segurador brasileiro, não significando, todavia, qualquer restrição quanto à adoção pela **CONCESSIONÁRIA** de um programa de seguros patrimoniais e operacionais baseado em coberturas com características específicas e mais abrangentes do que as relacionadas.



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

8. A **CONCESSIONÁRIA** é responsável pela abrangência e conseqüente omissão na realização dos seguros de que trata esta Cláusula, estando assegurado o reembolso pelo DER da totalidade dos custos relativos ao Seguro de Lucros Cessantes, se sua utilização decorrer de ato do Poder Concedente que implique no atraso no início e/ou a interrupção da exploração da concessão.

9. Os limites de cobertura do seguro de lucros cessantes devem ser compatíveis com a expectativa de receita anual da concessão.

Assim, é responsabilidade da concessionária acautelar-se da perda de receita, em virtude do fato tratado nesta questão, bem como trata-se de risco inerente da concessão, atribuído à concessionária, não justificando o reequilíbrio a favor da mesma.

2.2.4. Perda de receita decorrente de burla ao pagamento do pedágio pelos usuários

15º As fraudes cometidas pelos usuários para burlar o pagamento de pedágio ensejam reequilíbrio a favor da Concessionária?

A questão suscita atos realizados por usuários do serviço público, com a finalidade de burlar o pagamento de pedágio.

Tem a mesma consequência do risco de demanda, porém a causa é diferente. Neste o tráfego real é inferior ao projetado, o que causa uma receita menor. Naquele, há a busca e utilização do serviço público, porém sem pagar o pedágio, o que causa uma receita menor. Em ambos os casos, há um desbalanceamento da relação receita e despesa.

Para verificar se a burla ao pagamento do pedágio justifica o reequilíbrio do contrato deve-se analisar se o fato não se caracteriza como risco do concessionário.

A leitura tradicional da expressão "por conta e risco" divide os riscos na concessão de serviço em ordinários e extraordinários e atribui ao concessionário os riscos ordinários do empreendimento. Vejamos como a doutrina trata o assunto:

"Ela retrata a conjugação do dever de investimento com a repartição entre a álea ordinária e álea extraordinária do contrato de concessão de serviço público, referindo-se ao equilíbrio econômico-financeiro e sua imunidade quanto às alterações extraordinárias clássicas (fato do príncipe, força maior, etc). **Em contrapartida e na medida em que ao empresário é atribuída a gestão do negócio, ele leva consigo as variações usuais de qualquer empreendimento (inadimplemento do usuário, incremento dos custos, etc)**"¹⁰. (grifou-se)

10 MOREIRA, Egon Bockmann. **Riscos, Incertezas e Concessões de Serviço Público**. In: Estudos de Direito Econômico. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 99.



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

Assim, quando se atribui ao concessionária a prestação do serviço "por conta e risco", quer-se dizer que ficará responsável pelos riscos ordinários do empreendimento, ou seja, resta atribuído à concessionária todos os riscos inerentes a qualquer empreendimento. Por possível a identificação e quantificação de tais riscos, estes foram encarados como item dos custos e incluídos na proposta apresentada e, assim, integram a equação econômico-financeira inicialmente estabelecida. Seu advento já foi contabilizado, de forma que a concretização deste evento não implica a quebra efetiva da equação econômico-financeira. Neste sentido:

"As áleas ordinárias não levam ao rompimento do equilíbrio econômico-financeiro, pois se presume que os riscos ordinários foram considerados na proposta apresentada. O risco (encargo) foi inicialmente previsto e a ele correspondeu uma parcela da remuneração paga ao concessionário (vantagem)"¹¹.

Para a doutrina tradicional, a álea ordinária é imputada ao concessionário e a álea extraordinária – risco imprevisível e inevitável como álea econômica (teoria da imprevisão) e administrativa (fato da administração e fato do príncipe) – ao poder concedente e, ocorrendo o último, deve ser recomposto o equilíbrio econômico financeiro da proposta contratada.

A inadimplência de usuários não é fato imprevisível, tanto que a Lei n.º 8987/1995, no art. 6º, § 3º, inciso II, esclarece que não se considera descontinuidade a interrupção do serviço por inadimplemento do usuário.¹²

Pode ser verificada a previsibilidade do fato questionado quando se analisa a Proposta de Metodologia de Execução apresentada na Licitação para o Lote 2, administrado pela Concessionária Rodovias Integradas do Paraná S/A – VIAPAR.

¹¹ MAROLLA, Eugenia Cristina Cleto. **Concessões de Serviço Público: A equação econômico-financeira dos contratos**. São Paulo: Editora Verbatim, 2011, p. 132/133.

¹² **Capítulo II**

DO SERVIÇO ADEQUADO

Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

§ 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

§ 2º A atualidade compreende a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço.

§ 3º Não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso, quando:

- I - motivada por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações; e,
- II - por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade.



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

Consta da Proposta de Metodologia de Execução referente ao Lote 2 a descrição da prática da evasão da praça de pedágio sem pagamento e seu enquadramento como situações anormais "cuja ocorrência **frequente** seja **previsível** na Praça de Pedágio".

Além da previsão pela concessionária das evasões, ainda foram previstos meios de recuperação dos valores não pagos.

Conforme consta da citada proposta (volume 4) apresentada o item "Descrição do Sistema de Controle e Arrecadação de Tarifa" descreve as funções associadas à operação dos terminais de pista, estando dentre estas funções o "Registro de Usuários Infratores". Conforme descrito às f. 73 da proposta, *"essa 'função' permitirá que o Supervisor da Praça gere as informações necessárias para a cobrança de usuários infratores ou em débito, de pistas manuais, ou para a geração de multas de usuários irregulares ou infratores de pista AVI ou semi-automáticas"* Esse Banco de Dados será utilizado para possibilitar o registro dos usuários infratores reincidentes, havendo previsão de um sistema e procedimentos a serem executados pelos funcionários das praças.

Às f. 74, há previsão da função de "Cobrança de Usuários Infratores", que *"permitirá o gerenciamento da cobrança de tarifas e taxas de usuários de pista manual, em débito com o Sistema de Pedágio"* a fornecer relatório para gerenciamento da cobrança.

Assim, conforme descrito na Proposta de Metodologia de Execução referente o Lote 2, apresentada na licitação, houve previsão de inadimplemento pelos usuários da via, havendo estruturação do sistema para possibilitar o registro destes usuários infratores e subsidiar futura ação judicial ou mesmo a cobrança amigável pela concessionária.

Também deve-se ressaltar ser obrigação da concessionária captar, aplicar e gerir os recursos financeiros necessários à execução da concessão (clausula XXIV, item 1, letra "i")¹³.

Conclui-se desta cláusula que, durante a execução do contrato, cabe à concessionária planejar, estruturar e executar projetos para evitar atos dos usuários tendentes a ocasionar diminuição da receita da concessionária.

13

CLAUSULA XXIV

Dos Direitos e Obrigações da CONCESSIONÁRIA

1. Sem prejuízo do cumprimento dos encargos previstos no programa de exploração do lote, incumbe à CONCESSIONÁRIA:

- ...
- i) captar, aplicar e gerir os recursos financeiros necessários à execução da concessão.



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

Assim, como regra geral, as fraudes cometidas pelos usuários para burlar o pagamento de pedágio não ensejam reequilíbrio a favor da concessionária. Apenas na análise do caso concreto poder-se-ia verificar exceção à regra.

3. CONCLUSÃO

Diante do exposto, conclui-se que estão respondidas as principais questões formuladas pela Fundação Instituto de Administração, no Relatório 5.

É o parecer.

Encaminhe-se ao Procurador Geral do Estado para aprovação.

Curitiba, 16 de abril de 2013.

DANIELA DE SOUZA GONÇALVES
Procuradora do Estado
OAB/PR 48.154

ANA ELISA PEREZ SOUZA
Procuradora do Estado
OAB/PR 38.892

JULIANO RIBAS DE A
Procurador do Estado
OAB/PR 44.879

JOSEANE LUZIA DA SILVA
Procuradora do DER/PR
OAB/PR 15.697



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

Protocolo nº 11.926.022-1
Despacho nº 483/2013-PGE

- I. Aprovo o Parecer nº 27/2013 - PGE, da lavra dos Procuradores do Estado, Daniela de Souza Gonçalves, Ana Elisa Perez Souza e Juliano Ribas Dea e da Procuradora do DER/PR, Joseane Luzia da Silva, em 31 (trinta e uma) laudas;
- II. Encaminhe-se ao Departamento de Estradas de Rodagem do Paraná - DER/PR.

Curitiba, 18 de julho de 2013.

Roberto Altheim
Procurador-Geral do Estado,
em exercício