



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: 7.993.416-0

INTERESSADO: DER/DOP

ASSUNTO: **Matriz de risco dos contratos de concessão rodoviária do Estado do Paraná, a subsidiar os trabalhos da FIA no Contrato n.º 337/2012**

SISTEMA INTEGRADO DE DOCUMENTOS
GOV. PARANA NUM. 11.983.775-8
DATA - 24 MAIO 2013 HORA -



PARECER N.º 08/2013 – NJA/DER

PARECER Nº 28/2013 - PGE

CONTRATOS DE CONCESSÃO RODOVIÁRIA DO ESTADO DO PARANÁ. TRÂMITE DE PROCESSOS ADMINISTRATIVOS DE REVISÃO AMIGÁVEL PARA SOLUCIONAR AS CONTROVÉRSIAS ADMINISTRATIVAS E JUDICIAIS ENTRE PODER CONCEDENTE E CONCESSIONÁRIAS. VERIFICAÇÃO PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO DE DESEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO NOS CONTRATOS DE CONCESSÃO PARANAENSES E DETERMINAÇÃO NO ACÓRDÃO N.º 316/2012/PLENÁRIO (PROCESSO N.º 014.205-4) PARA QUE O DER/PR PROMOVESSE O REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO. AUDITORIA EFETUADA PELO TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ (PROCESSO N.º 398.643/11). ANTE AS CONCLUSÕES DO TCU, PROCEDIDA A CONTRATAÇÃO DA FUNDAÇÃO INSTITUTO DE ADMINISTRAÇÃO-FIA PARA REALIZAR ESTUDOS “DESTINADOS A SUBSIDIAR O DER/PR NOS PROCESSOS DE REVISÃO AMIGÁVEL DOS CONTRATOS DE CONCESSÃO Nº 71/1997, 72/1997, 73/1997, 74/1997, 75/1997 E 76/1997 OU PROCESSOS JUDICIAIS, SE NECESSÁRIO, A FIM DE PROMOVER O EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DO MESMO” (CLÁUSULA II). ANÁLISE DA FIA DE CUNHO EMINENTEMENTE ECONÔMICO-FINANCEIRO. ANÁLISE DE ENGENHARIA ATRIBUÍDA AO DER/PR. ANÁLISE JURÍDICA ATRIBUÍDA AO NÚCLEO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NO DER/PR. DETERMINAÇÃO DO ART. 19 DO ANEXO AO DECRETO N.º 4.660/2012. PRESENTE PARECER QUE VISA IDENTIFICAR A MATRIZ DE RISCO DOS CONTRATOS DE CONCESSÃO (RISCOS ATRIBUÍDOS ÀS CONCESSIONÁRIAS E RISCOS ATRIBUÍDOS AO PODER CONCEDENTE), A ORIENTAR A VERIFICAÇÃO DO DESEQUILÍBRIO DOS CONTRATOS DE CONCESSÃO E MONTANTE QUE SERÁ LEVADO PARA O REEQUILÍBRIO. MANUTENÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DOS CONTRATOS. DETERMINAÇÃO CONSTITUCIONAL, LEGAL E CONTRATUAL. EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO QUE NÃO SE TRADUZ COMO SINÔNIMO DE PERMANENTE EQUILÍBRIO ENTRE OS ENCARGOS DA CONCESSIONÁRIA E AS RECEITAS DA CONCESSÃO. EXISTÊNCIA DE RISCOS, CUJOS EFEITOS DEVEM SER SUPOSTADOS PELA PARTE A QUEM FOI ALOCADO O RISCO, NÃO



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

JUSTIFICANDO O REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DO CONTRATO. PREVISÃO CONTRATUAL E LEGAL DE QUE A CONCESSÃO SERÁ EXECUTADA POR CONTA E RISCO DA CONCESSIONÁRIA. RESPONSABILIDADE LIMITADA AOS EVENTOS ORDINÁRIOS E INERENTES A QUALQUER EMPREENDIMENTO. REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO JUSTIFICADO, A FAVOR DA CONCESSIONÁRIA OU DO PODER CONCEDENTE, QUANDO DA OCORRÊNCIA DE EVENTOS IMPREVISÍVEIS E SUA COMPROVAÇÃO. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DESTE PARECER PARA PROMOÇÃO DO REEQUILÍBRIO DOS CONTRATOS DE CONCESSÃO RODOVIÁRIA DO ESTADO DO PARANÁ.

1. É necessária a identificação da matriz de risco dos contratos de concessão, porquanto somente eventos que não se consubstanciavam como risco da parte afetada pela sua ocorrência podem ensejar o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato em seu benefício.
2. Os eventos relacionados como risco nos contratos de concessão para qualquer das partes não serão levados a conta do reequilíbrio econômico-financeiro. Os demais eventos não relacionados à matriz de risco identificada (e não caracterizadores de álea ordinária, cuja gestão e consequências foram atribuídas às concessionárias) serão levados a conta e modelagem do reequilíbrio, se ficar demonstrada a subsunção do fato alegado à hipótese de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro prescrito pelas regras do contrato e da lei.

1. PREÂMBULO

Os contratos de concessão celebrados pelo Estado do Paraná são produto da Lei Federal n.º 9.277/96¹, a qual permitiu a assinatura de convênios de delegação com a União, de sorte que os Estados pudessem administrar parte da malha federal, 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 - PROCOFE².

¹ Deve ser mencionado que os contratos de concessão com o Estado do Paraná também só puderam ser celebrados com a edição da Lei estadual Complementar n.º 076/1993, a qual, em seu artigo 41, determinava que ficava o Estado autorizado a cobrar pedágio pela utilização de vias estaduais conservadas ou vias federais delegadas.

² O 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



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

Assim, em 25 de outubro de 1996, foram celebrados os Convênios de Delegação n.º 02/1996, 03/1996, 04/1996, 05/1996, 06/1996 e 07/1996³ entre a União, por intermédio do Ministério dos Transportes e com a interveniência do Departamento Nacional de Estradas de Rodagem (DNER), e o Estado do Paraná, com interveniência da Secretaria de Estado dos Transportes do Paraná e por intermédio do Departamento de Estradas de Rodagem (DER/PR). Tal delegação foi estruturada de forma que a administração e exploração das rodovias e dos trechos rodoviários delegados ocorressem através de concessão a entes privados⁴.

Em atendimento aos convênios, em 14 de novembro de 1997, foram celebrados os Contratos de Concessão n.º 71/1997, 72/1997, 73/1997, 74/1997, 75/1997 e 76/1997 entre o Estado do Paraná, como anuente, por intermédio do Departamento de Estradas de Rodagem (DER/PR), com anuência da Secretaria de Transportes, a União como interveniente, através do Ministério dos Transportes, o Departamento Nacional de Estradas de Rodagem (DNER) e as concessionárias de rodovias.

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.

3

CLÁUSULA PRIMEIRA
DO OBJETO

O presente instrumento tem por objeto a delegação, da União para o Estado do Paraná, da administração de rodovias e exploração de trechos de rodovias federais, nos termos da Lei nº 9.277, de 10 de maio de 1996, e da Portaria nº 368/GM, de 11 de setembro de 1996, do Ministro dos Transportes, identificados na Cláusula Segunda

4
CLÁUSULA TERCEIRA
DA FORMA DE ADMINISTRAÇÃO DAS RODOVIAS E EXPLORAÇÃO DOS TRECHOS DE RODOVIAS FEDERAIS

O **DELEGATÁRIO** exercerá a administração e a exploração das rodovias e dos trechos rodoviários delegados mediante concessão, de acordo com o programa aprovado pelo **DELEGANTE**, que passa a fazer parte integrante deste Convênio, independentemente de transcrição.

§1.º Para os fins previstos neste Convênio, o **DELEGATÁRIO** promoverá a correspondente licitação para outorga de concessão, na forma das legislações federal e estadual que dispõem sobre o regime de concessões, observadas as normas gerais de licitação ofertadas pela Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e suas alterações e o regulamento próprio do Estado.



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

Assim, os procedimentos do Programa de Concessão do Estado do Paraná iniciaram-se ainda durante os primeiros anos de vigência da Lei n.º 8987/1995, que regulamentou o artigo 175 da Constituição da República, disciplinando as concessões de serviços públicos.

Após o início da cobrança de pedágio, em 15 de julho de 1998 o Estado do Paraná e o DER/PR emitiram Termo de Alteração Unilateral dos Contratos de Concessão, através do qual: a) alteraram as obras e serviços constantes do Programa de Exploração dos Lotes (PER); b) reduziram a tarifa básica de pedágio, com previsão de retorno ao valor inicial após 9 anos; e c) ratificaram as demais cláusulas e condições dos contratos de concessão.

Assim, o governo reduziu unilateralmente o valor das tarifas e, concomitantemente, buscou o reequilíbrio econômico-financeiro da obra por meio da determinação de novo Programa de Exploração dos Lotes, substitutivo do anterior.

O ato unilateral desencadeou a propositura de uma ação judicial por todas as seis concessionárias de rodovias (autos n.º 98.00.017501-6, em trâmite na Justiça Federal do Paraná), em que se discutiu a validade do referido ato. As concessionárias alegavam que o valor do pedágio foi fator fundamental para a elaboração das propostas e pressuposto da obtenção dos financiamentos, bem como que a redução de 50% na tarifa, operada pelos TAU de 1998, desnaturaram o programa inicial e tornaram inúteis as programações e projeções das concessionárias. Afirmaram que a redução dos investimentos constantes dos TAU não propiciaram a recomposição da equação econômico-financeira.





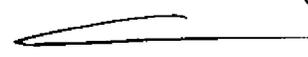

ESTADO DO PARANÁ
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
NÚCLEO JURÍDICO DA ADMINISTRAÇÃO NO DEPARTAMENTO DE
ESTRADAS DE RODAGEM DO PARANÁ (DER/PR)
NÚCLEO CONCESSÕES

Nesta ação foi determinada, liminarmente (decisão prolatada em 21 de agosto de 1998), a execução apenas das obras e serviços indispensáveis à manutenção e conservação das rodovias (dentre outras especificações). Posteriormente, ainda em sede liminar (decisão prolatada 27 de dezembro de 1999), procedeu-se a ampliação da tutela antecipada para restabelecer os valores da tarifa de pedágio inicialmente fixados nos contratos de concessão, acrescidos dos reajustes neles previstos. Tal decisão foi integrada por outra prolatada em sede de embargos de declaração, para o fim de restabelecer todas as obrigações assumidas pela concessionária nos contratos de concessão.

Diante da impositiva decisão judicial, com o objetivo de buscar a retomada consensual dos contratos de concessão, o Estado do Paraná, no ano de 2000, celebrou com cada uma das seis concessionárias rodoviárias Termos Aditivos aos contratos, que reformularam os Programas de Exploração dos Lotes e acresceram a TIR (Taxa Interna de Retorno) de Projeto, sob o argumento de promover o restabelecimento da equação econômico-financeira dos contratos de concessão.

Posteriormente, no ano de 2002, foram celebrados novos Termos Aditivos aos contratos de concessão das seis concessionárias rodoviárias, sob o fundamento do restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão, ante a ocorrência dos seguinte eventos: (i) incidência de tributos, especialmente variações ocorridas no ISS, COFINS, PIS e Contribuição Social Sobre o Lucro; (ii) alteração do Ano da Concessão; (iii) não ocorrência do reajuste da tarifa básica.

A partir de 2003, o Estado do Paraná passou a praticar atos visando retomar o serviço público concedido (edição de decretos que autorizavam a expropriação das ações das concessionárias, edição de leis de




5



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

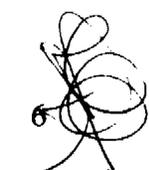
encampação dos contratos de concessão, bem como a instauração de processo administrativo para declarar a caducidade dos contratos), além de questionar a validade dos aditivos aos contrato de concessão. As concessionárias também passaram a pleitear diretos decorrentes do contrato e das respectivas alterações contratuais firmadas.

Por parte do Estado do Paraná e do DER/PR, no ano de 2005, houve propositura da ação judicial n.º 2005.70.00.07929-7, em trâmite na 2.ª Vara Federal de Curitiba, visando a declaração de nulidade dos Termos Aditivos firmados em 2000 e 2002 com cada uma das seis concessionárias rodoviárias do Estado e da decisão homologatória das respectivas transações, retornando-se a aplicação dos contratos e propostas originais, inclusive no tocante à tarifa pedágio.

Fundamentou o pedido de anulação, nos seguintes fatos: a) ausência de participação do Ministério Público no já citado processo n.º 98.00.017501-6; b) a decisão homologatória da transação prolatada neste feito extrapolou o objeto do litígio; c) os termos aditivos são ilegais e lesivos, porquanto as alterações nos investimentos são prejudiciais aos usuários e alteraram profundamente os contratos de concessão, violando o regime licitatório.

Desde então, são várias as ações judiciais discutindo os contratos de concessão do programa de concessões do Estado do Paraná.

Visando dar solução amigável a todas as controvérsias administrativas e judiciais, foram instaurados processos administrativos de revisão amigável dos contratos, autuados sob protocolo n.º 7.917.072-0/2011, 07.917.071-2/2011, 07.917.960-4/2011, 07.917.963-9/2011, 07.917.962-0/2011 e



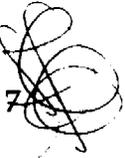

ESTADO DO PARANÁ
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
NÚCLEO JURÍDICO DA ADMINISTRAÇÃO NO DEPARTAMENTO DE
ESTRADAS DE RODAGEM DO PARANÁ (DER/PR)
NÚCLEO CONCESSÕES

7.917.961-2/2011.

Tais processos administrativos tiveram como peça inicial as atas de reuniões realizadas a partir de agosto de 2.011 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, 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 de parâmetros contratuais; 5) remuneração; 6) decisões sobre conceitos, divergências técnicas e propostas efetuadas durante o processo; 7) modelagem.

Todas as concessionárias aprovaram a referida agenda, 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:



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

“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 – 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



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

Por outro lado, o Tribunal de Contas do Estado também iniciou procedimento de fiscalização dos contratos de concessão.

Conforme determinado pela Portaria n.º 775/11 do TCE, por meio do processo n.º 398643/11, houve a apresentação de um relatório preliminar de auditoria n.º 03/12.

Na conclusão do referido relatório preliminar, pertinente ao Lote 3 (Contrato de Concessão n.º 73/1997, firmado com a Concessionária Rodovia das Cataratas S/A), ficou ressalvado se tratar de um relatório preliminar, não conclusivo e que, uma vez recebidas as manifestações dos interessados, a equipe de auditoria lançaria aos autos relatório final, segundo os trâmites do Regimento Interno do TCE.

Também na conclusão do relatório, em atendimento ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa, 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



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

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”).

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.”

Há, portanto, notório interesse público ao restabelecimento do reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão rodoviária do Estado do Paraná.

As determinações do TCU, que foram posteriores ao início dos processos administrativos de revisão citados e da elaboração da primeira ata que estabeleceu uma agenda de atividades, deverão ser tratadas nesta revisão. Também eventuais determinações do TCE cujo processo ainda está em instrução.

E, 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, bem como ante as determinações e conclusões do Tribunal de Contas da União, 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.



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

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,



11



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

devidamente acompanhadas de relatório técnico evidenciando as premissas e metodologias adotadas para os seis contratos de concessão;

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.

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, respectivamente, a cargo do Núcleo Jurídico da Administração no DER/PR e da Coordenadoria de Concessões e Pedágios Rodoviários do DER/PR, por não integrarem o objeto contratual.



12



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

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:

“Os produtos da etapa I servirão como base para as definições e conceitos utilizados para reequilíbrio econômico-financeiro das concessões. Já, na etapa II, serão analisados os fatores de desequilíbrio ocorridos ao longo da concessão.

A etapa III envolve o cálculo do desequilíbrio produzido por cada um dos fatores nos seis lotes de concessão.

Na etapa IV serão desenvolvidos cenários (adição/subtração de obras, alteração de tarifa e extensão de prazo) para ampara o cálculo do reequilíbrio econômico-financeiro, a partir do uso de um modelo em planilha eletrônica.

A etapa V compreende o apoio às negociações e à elaboração do termo aditivo dos contratos de concessão.

Para o cumprimento das cinco etapas dispostas, serão produzidos relatórios técnicos e modelos que terá como objetivo principal o esclarecimento das questões levantadas no edital.” (este já estava em rosa não coloquei)

E, durante a execução do contrato, analisando as referidas etapas e os respectivos produtos a serem entregues, a manifestação jurídica, exclusivamente atribuída a este Núcleo Jurídico da Administração no DER/PR⁵, deverá ocorrer nas seguintes fases:

- a) resposta às indagações da FIA no Relatório 5 (Identificação dos pontos que demandam a interpretação da alocação de

⁵ As competências deste Núcleo Jurídico encontram-se definidas nos artigos 2.º e 3.º do Decreto n.º 4.660/2012 e artigo 19.º, inciso I do seu anexo, *in verbis*:

“Art. 2º. Fica instituído o Sistema de Apoio Jurídico da Administração Pública Estadual que tem como organização-base a Procuradoria Geral do Estado e será composto por Núcleos Jurídicos da Administração integrados às estruturas da Unidade Federada, à nível de gerência.

Art. 3º. Ficam criados os Núcleos Jurídicos da Administração nos seguintes órgão: Casa Civil – CC, Secretaria de Estado da Administração e Previdência – SEAP, Secretaria de Estado da Família e Desenvolvimento Social – SEDS, Secretaria de Estado de Infraestrutura e Logística – SEIL, Secretaria de Estado da Educação – SEED Secretaria de Estado da Justiça, Cidadania e Diretos Humanos – SEJU, Departamento de Estradas de Rodagem – DER/Núcleo Concessões.

Art. 19 - Compete aos Núcleos Jurídicos da Administração:

I - exercer com exclusividade a consultoria e assessoria jurídica da Unidade Federada;

13



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

- riscos nos contratos de concessão e suas alterações) da Etapa II, produto este correspondente a letra “a” do Contrato;
- b) identificação da matriz de risco dos contratos de concessão (riscos atribuídos às concessionárias e riscos atribuídos ao poder concedente), a orientar a verificação do desequilíbrio jurídico dos contratos, cujo montante será levado para o reequilíbrio. Esta análise jurídica liga-se aos trabalhos desenvolvidos pela FIA nas Etapas III e IV;
 - c) manifestação sobre o balizador de equilíbrio econômico-financeiro e sobre a utilização da TIR e WACC, de forma a dar substrato jurídico à Etapa IV e cálculo do reequilíbrio econômico-financeiro;
 - d) manifestação sobre os limites legais e contratuais quanto à revisão amigável dos contratos e à alteração de cláusula econômico-financeira, de modo a permear a condução da elaboração do novo termo aditivo, correspondente à Etapa V;
 - e) análise jurídica de cada evento de desequilíbrio econômico-financeiro em cada procedimento administrativo instaurado, conforme a matriz delineada neste parecer.

O resultado final será um trabalho técnico, multifuncional e interdisciplinar, unindo aspectos de engenharia, econômico-financeiro e jurídico, pois na concessão de serviços públicos estas áreas são interdependentes.

Frise-se que já houve a elaboração de parecer por este Núcleo Jurídico, em relação ao Relatório 5 entregue pela Fundação Instituto de Administração (protocolo n.º 11.877.944-4/2013)



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 trata da matriz de risco dos Contratos de Concessão das Rodovias no Paraná. O estudo dessa matriz é essencial para se aferir se o evento que trouxe alterações econômico-financeiras na relação inicial entre encargos e receitas pode ser levado em consideração para o reequilíbrio dos contratos de concessão e, para tanto, é necessário saber a quem o risco foi alocado.

Também tem a finalidade de manifestação sobre as questões do relatório 5, efetuadas pela Fundação Instituto de Administração, não analisadas no parecer jurídico emitido no protocolo n.º 11.877.944-4/2013.

Diante da finalidade deste parecer, é necessário ponderar sobre o entendimento jurídico do que seria equilíbrio econômico-financeiro e quando ocorre tal desequilíbrio, bem como discorrer sobre a alocação de risco nos contratos de concessão do Estado do Paraná.

2. EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DOS CONTRATOS DE CONCESSÃO

O conceito de equilíbrio econômico-financeiro dos contratos está implicitamente presente na Constituição Federal em seu artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, que assim disciplina:

“Artigo 37. (...)

XXI – ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, **com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei**, o que somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”.(grifou-se)



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

No âmbito infraconstitucional, a Lei n.º 8.666/93 traz textualmente a obrigação de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos, conforme os artigos ora colacionados:

“Artigo 58. (...)

§1.º As cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos administrativos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado.

§2.º Na hipótese do inciso I deste artigo, **as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual.**

Artigo 65. (...)

§5.º Quaisquer tributos ou encargos legais criados, alterados ou extintos, bem como a superveniência de disposições legais, quando ocorridas após a data da apresentação da proposta, de comprovada repercussão nos preços contratados, implicarão a revisão destes para mais ou para menos, conforme o caso.

§6.º **Em havendo alteração unilateral do contrato que aumente os encargos do contratado, a Administração deverá restabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro inicial**”. (grifos nossos)

Em relação aos contratos de concessões, esta previsão encontra-se nos artigos 9.º e 10 da Lei 8.987/1995:

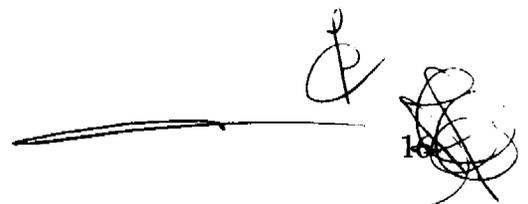
Artigo 9.º (...)

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

Artigo 10. Sempre que forem atendidas as condições do contrato, considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro”.

Extrai-se daí que a lei, por diversas vezes, se refere à imperiosidade de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos.

Qual o conceito real de equilíbrio econômico-financeiro?
Ademais, como mensurar a equação inicial de equilíbrio do contrato e quais os seus elementos caracterizadores?





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

O conceito de equilíbrio econômico-financeiro é um tema presente tanto na doutrina como na jurisprudência.

Principiando as discussões sobre o conceito de equilíbrio econômico-financeiro, socorre-se aos ensinamentos sempre pertinentes de Celso Antonio Bandeira de Mello:

“Equilíbrio econômico-financeiro (ou equação econômico-financeira) é a relação de igualdade formada, de um lado, pelas obrigações assumidas pelo contratante no momento do ajuste e, de outro lado, pela compensação econômica que lhe corresponderá”⁶.

Desta forma, o equilíbrio econômico-financeiro do contrato deve ser entendido, genericamente, como uma fórmula para manutenção da igualdade entre os encargos e vantagens para o contratante privado.

Faz-se mister notar que este se fundamenta em dois dos princípios basilares que envolvem uma licitação, quais sejam, a vantajosidade e vinculação ao edital e ao contrato⁷.

Como é cediço, a Administração Pública deve buscar a proposta mais vantajosa dentre as apresentadas, visando sempre ao atendimento do interesse público. Tem-se, portanto, que a relação inicialmente estabelecida entre os encargos e as vantagens do contratante se consubstanciou na que melhor atendia ao interesse público primário, sendo imperiosa a sua manutenção durante todo o contrato.

⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros 2008, p. 635.

⁷ Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a **seleção da proposta mais vantajosa para a administração** e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da **vinculação ao instrumento convocatório**, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos. (grifos nossos)



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

Além disso, o equilíbrio econômico-financeiro também é um corolário lógico do princípio insculpido na Lei n.º 8.666/93 sobre a vinculação ao instrumento convocatório, cuja diretriz não se limita ao processo licitatório, se estendendo à execução contratual e todos os aspectos a ela inerentes. Aproveita-se da lição do administrativista Carvalho Filho ao definir a vinculação ao instrumento convocatório:

“A vinculação ao instrumento convocatório é garantia do administrador e dos administrados. Significa que as regras traçadas para o procedimento devem ser fielmente observadas por todos. Se a regra fixada não é respeitada, o procedimento se torna inválido e suscetível de correção na via administrativa ou judicial.

O princípio da vinculação tem extrema importância. **Por ele, evita-se a alteração de critérios de julgamento, além de dar a certeza aos interessados do que pretende a Administração. E se evita, finalmente, qualquer brecha que provoque violação à moralidade administrativa, à impessoalidade e à probidade administrativa⁸”.** (grifou-se)

Deve ser mantido pelas partes aquilo que foi pactuado no edital e, por consequência, no contrato. O contrato tem força obrigatória entre elas, devendo esta relação inicial travada ser mantida, sob o abrigo do princípio geral de direito da boa-fé contratual.

No entanto, como se apreende, esse princípio está decomposto em equilíbrio econômico e equilíbrio financeiro. Ou seja se faz mister a preservação, no contrato, tanto do equilíbrio econômico como do financeiro.

Em que tais conceitos se consubstanciaríamos? Segundo Eugenia Cristina Cleto Marolla, em *apud* a Roy Martelanc, “o equilíbrio econômico garante a rentabilidade do concessionário, em equivalência aos patamares

⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 244



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

praticados no mercado, mais seus méritos, menos seus deméritos, não sendo, entretanto, suficiente para se assegurar a viabilidade financeira da concessão. O equilíbrio financeiro, por sua vez, corresponde ao suficiente fluxo de recursos financeiros, sem os quais a concessionária não consegue prover, adequadamente, o serviço que lhe foi outorgado”⁹.

Foi nesta toada que o Tribunal de Contas da União, no acórdão n.º 2927/2011, também acentuou a diferença e complementariedade entre os conceitos de equilíbrio econômico e de equilíbrio financeiro, conforme se extrai do excerto ora transcrito:

“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)

Na valiosa lição acima, apresentam-se **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.

⁹ MAROLLA, Eugenia Cristina Cleto. *Concessões de serviço público: a equação econômico-financeira dos contratos*. São Paulo: Verbatim, 2011, p.45



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

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". (grifou-se).

Acórdão n.º 2927/2011 – Plenário
Processo n.º 026.335/2007-4
Publicado em 09 de novembro de 2011
Relator: Ministro Raimundo Carneiro

Extrai-se, portanto, a seguinte conclusão: o equilíbrio econômico e o equilíbrio financeiro são noções complementares e ambos devem ser preservados ao longo do contrato de concessão.

A noção de equilíbrio econômico advém das normas gerais de direito contratual, associada a de função social do contrato. Como ensina Teresa Negreiros, "*o contrato não deve servir de instrumento para que, sob a capa de um equilíbrio meramente formal, as prestações em favor de um contratante lhe acarretem um lucro exagerado em detrimento do outro contratante*"¹⁰. Tal princípio declara que deve haver uma equivalência real entre deveres e obrigações entre os contratantes, equivalência esta que deve acompanhar as alterações fáticas ocorridas durante o contrato.

No Código Civil de 2002, há diversos instrumentos que efetivam o equilíbrio econômico dos contratos, como o da lesão e o da resolução por onerosidade excessiva, sendo este de aplicação direta aos contratos administrativos. Ele está previsto nos artigos 478, 479 e 480, todos do Código Civil:

Art. 478. Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor

¹⁰ NEGREIROS, Teresa. *Teoria do Contrato: Novos Paradigmas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 156.



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

pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato.

Art. 480. Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva.

Em consonância com tal preceito, se, ao longo do contrato, houver uma sobrecarga na prestação de uma das partes, e, em contrapartida, uma extrema vantajosidade para a outra, em decorrência de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, tem a parte prejudicada direito à alteração das condições do contrato, para tornar as prestações equânimes ao que eram no seu nascedouro, ou, subsidiariamente, terminar o contrato.

Da mesma sorte ocorre nos contratos de concessão, espécie de contrato administrativo. Caso haja a modificação da relação que as partes inicialmente pactuaram entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, pela ocorrência de fatos supervenientes imprevisíveis, ou previsíveis, porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, faz-se necessário repactua-lo para manter o seu equilíbrio econômico.

Já o equilíbrio financeiro é uma garantia aparentemente presente apenas nos contratos administrativos, o qual se relaciona com a manutenção de fluxo de caixa suficiente para a preservação da continuidade da prestação do serviço público.

Ainda, é digno de nota que, nos contratos de concessão, há uma complexidade maior quanto ao equilíbrio econômico-financeiro:



21



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

“Temos, então, se comparado com o regime geral da Lei n. 8.666/93, um mesmo dever de equilíbrio, só que com bases mais complexas. Sim, pois, enquanto na empreitada habitual o equilíbrio se verifica na singela equação encargos remuneração, na concessão ele terá que ser aferido levando em conta muitas outras variáveis, tais como montante estimado de investimentos, fluxo de caixa projetado, cronograma de desembolsos, variações de receita, custo de remuneração do capital (para fixação do qual concorrem outros tantos fatores, inclusive o risco político enredado no negócio), etc (...).”¹¹

Delimitados os conceitos de equilíbrio econômico e equilíbrio financeiro, passa-se à análise de quais os elementos que evidenciam a equação inicial de equilíbrio econômico e financeiro dos contratos de concessão do Anel de Integração do Estado do Paraná e que, conforme já demonstrado, devem ser mantidos durante todo o contrato de concessão.

A doutrina busca evidenciar os elementos do equilíbrio econômico-financeiro e de como se extrairia a equação inicial de equilíbrio econômico e financeiro nos contratos de concessão, os quais devem ser mantidos.

Não obstante haja essa diretriz legal de equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, não há definição precisa acerca do que o caracterizaria.

Seria esta uma falha do legislador? Certamente, não. A indefinição é proposital, na medida em que cada contrato celebrado definirá qual a sua equação econômico-financeira inicial e como ela deve ser mantida. O conteúdo do equilíbrio econômico-financeiro será extraído de cada contrato administrativo firmado entre o Poder Concedente e o vencedor. Desta forma, são as cláusulas previstas no contrato administrativo que disciplinam quais elementos são considerados para se aferir o equilíbrio econômico-financeiro.

¹¹ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Breves considerações sobre o equilíbrio econômico-financeiro nas concessões*, in *Revista de Informação Legislativa*, vol. 159, 2003, p. 194/195).



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

Conforme ensina Jacintho Arruda Câmara:

“Não há como eliminar a flexibilidade da aplicação do conceito de equilíbrio econômico-financeiro. No plano abstrato sua aplicação só pode ser descrita em termos genéricos, vagos, indeterminados: a relação entre encargos e receitas deve ser preservada. A definição em termos precisos só pode ocorrer em face de situações concretas, bem definidas: o aumento no custo deste insumo não acarreta reequilíbrio porque o custo com mão-de-obra caiu em virtude da automação; ou, de outra forma: o aumento significativo e inusitado do preço dos combustíveis derivados de petróleo afetou demasiadamente os custos de prestação do serviço, fazendo com que as receitas com sua exploração sejam insuficientes para suportá-los, o que exige uma recomposição das tarifas. Diante de uma situação de fato, e só assim, será possível aferir se o equilíbrio original foi mantido, ou não”.¹²

Diante de tal panorama, devem-se buscar os elementos caracterizadores do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão do Estado do Paraná, bem como os métodos para a sua manutenção, revisitando as cláusulas do seu contrato, inclusos seus anexos¹³. Ademais, como prevê a cláusula V – Da interpretação - presente nos seis contratos de concessão, devem ser levadas em consideração também as cláusulas existentes na **PROPOSTA COMERCIAL e no PROGRAMA DE EXPLORAÇÃO DO LOTE**¹⁴.

¹² CÂMARA, Jacintho Arruda. *Tarifa nas concessões*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 170.

¹³

CLÁUSULA II
ANEXOS

Integram este **CONTRATO**, para todos os efeitos legais e contratuais, 08 (oito) Anexos do Edital de Concorrência 002/96, abaixo nominados:

- Anexo I : Convênio de Delegação**
- Anexo III: Descrição do Lote**
- Anexo IV: Relação dos Trechos Rodoviários de Acesso.**
- Anexo V: PROGRAMA DE EXPLORAÇÃO**
- Anexo VIII: Estrutura Tarifária**
- Anexo IX: Relação de Bens serão cedidos a Concessionária**
- Anexo X: Informações sobre o Meio Ambiente**
- Anexo XI: Projeto Básico .**

¹⁴

CLÁUSULA V

1. As divergências acerca da aplicação de cláusulas contratuais que, porventura, não puderem ser sanadas por recurso às regras gerais de interpretação, resolver-se-ão de acordo com os seguintes critérios:
 - a) as normas das Leis n.º 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e 9.074, de 7 de julho de 1995, da Lei Complementar n.º 76, de 21 de dezembro de 1995, do Estado do Paraná, e da Lei n.º 8.666, de 21 de junho de 1993, no que forem aplicáveis, prevalecem sobre quaisquer outras;



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

Os seis contratos de concessão celebrados com os licitantes vencedores prevêem uma cláusula específica para tratar sobre o equilíbrio econômico-financeiro. A título de esclarecimento, transcreve-se esta em sua íntegra:

**Cláusula XIV
Do Equilíbrio Econômico e financeiro do Contrato**

1. O equilíbrio econômico e financeiro deste CONTRATO constitui condição fundamental do regime jurídico da concessão.
2. É pressuposto básico da equação econômica e financeira que presidirá as relações entre as partes, o permanente equilíbrio entre os encargos da CONCESSIONÁRIA e as receitas da concessão.
3. As TARIFAS DE PEDÁGIO serão preservadas pelas regras de reajuste e de revisão previstas neste CONTRATO, com a finalidade de que seja assegurada, em caráter permanente, a manutenção de seu inicial equilíbrio econômico e financeiro.
4. Sempre que forem atendidas as condições do contrato de concessão, considera-se mantido seu equilíbrio econômico e financeiro”.

Referida cláusula é o ponto de partida para o estudo da equação econômica e financeira dos contratos de concessão celebrados com os seis lotes e a apuração de eventual desequilíbrio destes. Extrai-se do contido no item 1 que o contrato prevê como cláusula pétrea do contrato a manutenção do seu equilíbrio econômico-financeiro. Assim, o equilíbrio econômico-financeiro do contrato deve ser obrigatoriamente mantido durante todo o contrato de concessão como condição de sua subsistência.

-
- b) atender-se-á, em segundo lugar, as cláusulas deste CONTRATO;
 - c) em terceiro lugar, serão atendidas as normas de procedimento deste CONTRATO e seus anexos;
 - d) a PROPOSTA COMERCIAL será atendida em quarto lugar;
 - e) em último lugar, devem ser atendidas as condições estabelecidas no PROGRAMA DE EXPLORAÇÃO DO LOTE;
 - f) pelas normas gerais de direito privado, supletivamente.



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

Já o item 2 preceitua como pressuposto básico dessa equação econômica e financeira, o permanente equilíbrio entre os encargos da concessionária e as receitas da concessão. Extrai-se, daí, que se perfazem como elementos do equilíbrio econômico-financeiro os encargos da concessionária e as receitas auferidas com a concessão¹⁵.

Ademais a outra conclusão se chega com o item 2. Segundo o dicionário Caldas Aulete, pressuposto denota a circunstância ou fato considerado como antecedente necessário de outro¹⁶. Depreende-se, daí, que a manutenção da equação econômica financeira inicial não se traduz como sinônimo de permanente equilíbrio entre os encargos da concessionária e as receitas da concessão. E tal fato decorre da existência dos riscos estabelecidos nos contratos de concessão, os quais podem implicar que essa relação encargos-receitas não seja mantida ao longo do contrato e, ainda assim, este esteja equilibrado.

Em cada contrato serão estabelecidos os riscos para cada uma das partes contratantes - poder concedente e concessionária. Assim, quando ocorre algum evento que altere essa relação inicial entre encargos-receitas da concessionária, deve ser analisado se este, contratualmente, era risco da concessionária ou do poder concedente. Somente eventos que não se consubstanciavam como risco da concessionária podem ensejar o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato em seu benefício e vice-versa.

É neste diapasão a lição de Eugenia Cristina Cleto Marolla:

¹⁵ Marçal Justen Filho adverte que os conteúdos do ângulo ativo e passivo da equação, aperfeiçoada com a assinatura do contrato, reportam-se não à data da assinatura, mas a momentos anteriores, especialmente o da apresentação das propostas. Destarte, a equação inicial do equilíbrio econômico-financeiro se verifica pelos encargos e vantagens da concessionária quando da apresentação da proposta comercial.

¹⁶ Acesso ao sítio <http://aulete.uol.com.br/pressuposto> em 25 de fevereiro de 2013.



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

“Nas concessões de serviços públicos, o fator risco é de extrema importância, cerne da análise da quebra da equação econômico-financeira inicialmente estipulada, seja em razão do longo prazo de duração contratual das concessões, da natureza pública do serviço transferido ou dos reflexos econômicos que defluem de sua ocorrência, os quais podem alterar a situação inicial do contrato causando ônus a uma das partes.

No entanto, a verificação do rompimento do equilíbrio econômico-financeiro demanda a constatação de que a equação foi afetada, com a quebra da correlação entre encargos e vantagens, bem como a distribuição de responsabilidades pelo risco do acontecimento do fato. **Apenas os fatos cuja responsabilidade não foi imputada ao concessionário podem alterar a equação econômico-financeira inicialmente estabelecida**”¹⁷. (grifou-se)

Trago à colação, ainda, excerto do Relatório 1¹⁸ da Fundação Instituto de Administração, que faz citação do doutrinador Antônio Carlos Cintra do Amaral diferenciando o desequilíbrio econômico do desequilíbrio jurídico:

“Para Amaral (2009) o desequilíbrio ‘é sempre econômico-financeiro, mas pode decorrer do risco do negócio, hipótese em que a concessionária não tem direito à revisão contratual, para restabelecer a equação econômico-financeira inicial. O desequilíbrio econômico-financeiro é condição necessária, mas não suficiente para caracterizar o desequilíbrio jurídico”.

Assim, conclui-se que o contrato pode estar desequilibrado economicamente, mas ainda sim equilibrado juridicamente (por conta dos riscos alocados à parte prejudicada), não justificando a revisão contratual¹⁹.

¹⁷ MAROLLA, Eugenia Cristina Cleto. *Op. cit.*, p. 63.

¹⁸ “Relatório de definição do referencial para condução do cálculo do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão”, referente à Etapa I dos trabalhos da FIA e integrante do protocolo n.º 11.838.361-3.

¹⁹ Há que se ressaltar a opinião daqueles que entendem que “a quebra do equilíbrio é um fenômeno essencialmente econômico” e ocorre “quando a relação original entre encargos e benefícios é alterada” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 398), de forma que a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro estaria ligada à manutenção da relação inicial entre os encargos e os benefícios do particular. Entretanto, o conceito de equilíbrio econômico-financeiro trazido pelos contratos de concessão pode conviver em harmonia com esta teoria, porquanto a conclusão derivada de ambas é a mesma, qual seja, a impossibilidade de reequilíbrio econômico-financeiro diante da ocorrência de eventos que se consubstanciavam como risco das partes.



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

Prosseguindo na análise da cláusula contratual, verificamos que o item 3 traz a disposição quais os instrumentos para a recomposição da remuneração das concessionárias, nos casos de quebra do equilíbrio econômico-financeiro. Há previsão contratual expressa de que poderão ser utilizados tanto o reajuste como a revisão para assegurar a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato²⁰.

Por fim, o item 4 é uma repetição do contido no artigo 10 da Lei n.º 8.987/9521. Transcreve-se a lição de Celso Antonio Bandeira de Mello acerca do seu conteúdo:

O que dele validamente se poderá extrair é o propósito de firmar, com ênfase, ainda que mediante linguagem imprópria, que a garantia do equilíbrio econômico-financeiro baliza-se fundamentalmente pelo teor do contrato. (...) **Dito artigo terá pretendido esclarecer que a expressão “equilíbrio econômico-financeiro” não traz consigo uma imunização do concessionário a eventuais prejuízos ou mesmo malogro de seu empreendimento pessoal, quando, nos termos dantes mencionados, venha a sofrer vicissitudes da vida negocial.** Aliás, é inerente às particularidades do instituto da concessão de serviços públicos uma proteção ao equilíbrio econômico-financeiro menos completa do que a existente na generalidade dos contratos administrativos²². (grifou-se)

Isto significa dizer, portanto, conforme já anteriormente explanado, que o evento de desequilíbrio entre encargos e vantagens do concessionário não resultará em imediato reequilíbrio econômico-financeiro. Há

²⁰ Tal disposição vai ao encontro do disposto no artigo 9.º *caput* e §2.º, e artigo 18, inciso VII, da Lei n.º 8.987/95, *in verbis*:

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.

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 conterà, especialmente:

VIII - os critérios de reajuste e revisão da tarifa.

²¹ Art. 10. Sempre que forem atendidas as condições do contrato, considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro.

²² MELLO, Celso Antonio Bandeira. *Op. cit.*, p. 737.



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

que se considerar os riscos distribuídos nas cláusulas contratuais entre poder concedente e o concessionária para avaliar a necessidade de reequilibrá-lo.

Assim, não são todos os eventos que importam repactuação. Caso aquele evento tenha sido assumido contratualmente como risco, não há que se falar em rompimento do equilíbrio econômico-financeiro.

Da análise da cláusula XIV, podem ser extraídas as seguintes conclusões:

a) o equilíbrio econômico-financeiro do contrato é cláusula pétrea dentro dos contratos de concessão celebrados no Anel de Integração, devendo ser mantida a proporcionalidade entre encargos e remuneração prevista pela equação inicial, esta fixada na proposta comercial;

b) a equação inicial de equilíbrio econômico-financeiro é composta pelos encargos da concessionária e as receitas da concessão;

c) a manutenção da equação econômico-financeira inicial não é sinônimo de permanente equilíbrio entre os encargos e vantagens da concessionária, porquanto devem ser levados em consideração os riscos previstos no contrato e respectiva matriz pela qual foram eles distribuídos aos contratantes;

d) a aferição de rompimento do equilíbrio econômico-financeiro depende do conteúdo do contrato, o qual enuncia se determinado evento passível de recomposição estava dentro ou não do risco da parte por ele prejudicada;

e) a remuneração da concessionária deve ser preservada por meio dos mecanismos de reajuste e de revisão, de sorte a manter o inicial equilíbrio



econômico-financeiro do contrato.

Destarte, para se encontrar a equação econômico-financeira inicial, cuja relação deve ser mantida durante todo o contrato de concessão, salvo algum fator de risco expressamente previsto nele, há que se verificar: (i) os encargos da Concessionária e as receitas da concessão, a partir de sua previsão no Edital, proposta comercial e no contrato (a partir de tais dados é que se pode aferir a existência de justa remuneração no contrato, direito legalmente previsto ao concessionário); (ii) os riscos alocados às partes nos contratos de concessão.

II. ALOCAÇÃO DOS RISCOS NOS CONTRATOS DE CONCESSÃO DAS RODOVIAS DO PARANÁ

a) Definição de risco

Comumente, entende-se o risco como a possibilidade de ocorrência de evento desfavorável, conforme se observa da transcrição abaixo:

“O risco em projetos de infraestrutura, nas palavras de Irwin et. al. (1997), representa os acontecimentos que podem reduzir a expectativa de retorno do investidor. Já, para Partnerships Victoria (2001), o risco é a possibilidade da ocorrência de circunstâncias que possam causar diferenças entre os encargos assumidos no projeto e o efetivamente ocorrido quanto ao lucro e à previsão de custos. Para a Comissão Europeia (2003, pág. 53), o risco é definido como “qualquer fator, evento ou influência que ameace a conclusão bem sucedida de um projeto, em termos de prazo, custo ou qualidade”.

Assim, podemos caracterizar o risco, em síntese, como a ocorrência de um evento desfavorável, imprevisto ou de difícil previsão, que onera demasiadamente os encargos contratuais de uma ou de ambas as partes, afetando a rentabilidade do projeto, no caso da parte privada, e a eficiência na realização dos objetivos, no caso da parte pública²³.

²³ GRAEFF, Fernando. *Uma análise da alocação de riscos nos contratos para prestação de serviços públicos: o caso do transporte rodoviário interestadual de passageiros por ônibus*. Brasília: TCU, 2011, p.7/8.



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

Entretanto, como discorrido pela Fundação Instituto de Administração no Relatório 5²⁴, o risco possui conceito econômico-financeiro mais abrangente, englobando não apenas as situações negativas passíveis de ocorrência como também os eventos positivos:

“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 inesperados, esses 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 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”. (grifou-se)

Ainda, a doutrina segue este entendimento:

“Em termos chãos, para a economia, risco é a possibilidade de o investidor ganhar ou perder dinheiro: a análise do custo-benefício do empreendimento e de sua previsibilidade (os resultados podem ser ou não aqueles desejados)”²⁵. (grifou-se)

²⁴ Relatório consistente no “Mapeamento dos pontos que demandam a interpretação da alocação de riscos nos contratos de concessão e suas alterações”, referente à Etapa II dos trabalhos da FIA e integrante do processo administrativo n.º 11.877.944-4

²⁵ MOREIRA, Egon Bockmann e CUÉLLAR, Leila. **Riscos, Incertezas e Concessões de Serviço Público**. In: Estudos de Direito Econômico. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 102.



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

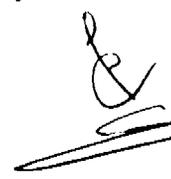
Analisar o risco nos contratos de concessão possui importância essencial para interpretação da equação econômico-financeira e verificação da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro no contrato de concessão. Como análise preliminar, se aquele evento estiver contratualmente previsto como risco para a parte da relação afetada, ele não poderá ser levado a câmputo para o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Conforme já discorrido, o equilíbrio econômico-financeiro não é sinônimo de permanente equilíbrio entre os encargos da concessionária e as receitas da concessão, porquanto a relação encontra-se permeada pelos riscos estabelecidos nos contratos de concessão. Tais riscos podem implicar que essa relação encargos-receitas não seja mantida ao longo do contrato e, ainda assim, o contrato esteja equilibrado do ponto de vista jurídico.

Em cada contrato serão estabelecidos os riscos para cada uma das partes contratantes. Assim, quando ocorre algum evento que altere essa relação inicial entre encargos-receitas da concessionária, deve ser analisado se este, contratualmente, era risco da concessionária ou do poder concedente. Somente eventos que não se consubstanciavam como risco da concessionária podem ensejar o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato em seu benefício e vice-versa.

b) Alocação de riscos. Teoria Tradicional. Álea ordinária e extraordinária.

Alocação de riscos constitui em atribuir a cada parte da relação contratual a responsabilidade pela ocorrência de certo evento de que decorra resultado inesperado, arcando com seus prejuízos e benefícios. Conforme disserta a doutrina, consiste na *“atribuição subjetiva da gestão daquela parcela do negócio que pode dar margem ao risco e respectiva responsabilização pelo*



31



*evento (alocação contratual).*²⁶

A doutrina tradicional construiu a alocação dos riscos das partes dos contratos administrativos sobre as teorias da álea ordinária e extraordinária, as quais se diferenciam pela previsibilidade ou não da ocorrência do evento.

Assim, álea ordinária é aquela previsível, objeto de estimativa quando da proposta comercial, sendo inerente a qualquer empreendimento. Já a álea extraordinária configura os eventos imprevisíveis, abrangendo álea administrativa (fato do príncipe, fato da Administração e decorrente de alteração unilateral) e a álea econômica. Conforme disserta a doutrina:

“Álea ordinária ou empresarial, que está presente em qualquer tipo de negócio; é um risco que todo empresário corre, como resultado da própria flutuação do mercado; sendo previsível, por ele responde o particular”.²⁷

“Mas se deve admitir que a distinção entre ordinary e extraordinary se relaciona com a previsibilidade e a probabilidade da ocorrência dos eventos. (...) Portanto, a álea extraordinária é integrada por eventos de ocorrência possível, mas improvável. A distinção entre ordinary e extraordinary do risco reside na plausibilidade da verificação futura de um certo evento.”²⁸

Ao basear a alocação de riscos nas teorias da álea ordinária e extraordinária, previu-se que a concessionária iria operar a concessão “por sua conta e risco”, respondendo, assim, pelos eventos previsíveis e normais a qualquer empreendimento, bem como restou preservado o equilíbrio econômico do contrato de concessão, ante a ocorrência de eventos imprevisíveis. Vejamos:

A lei n.º 8.987/1995 aprovou a política tarifária nas concessões de serviços públicos e dispôs em seu artigo 2.º, inciso III, que a prestação será exercida por conta e risco da concessionária. **Este dispositivo legal reflete a**

²⁶ MOREIRA, Egon Bockmann e CUÉLLAR, Leila. *Op. cit.*, p. 103.

²⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 281/282.

²⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*, São Paulo: Dialética, 2003, p. 400.



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

doutrina clássica que tem como um de seus elementos a idéia segundo a qual a concessão seria um contrato, cujos riscos seriam suportados exclusivamente pelo concessionário²⁹.

Os riscos ligam-se a evento previsível, que pode ser mensurado e computado na proposta comercial. Estes são os que integram a expressão “por conta e risco” e não as incertezas, as quais não são responsabilidade da concessionária, por caracterizarem fato imprevisível. Vejamos a distinção entre risco e incerteza:

“Adentrando num raciocínio com tons econômicos mais fortes, vale o recurso à célebre classificação de F. Knight, que dissocia os “riscos” das “incertezas”: estas não são mensuráveis; enquanto que aqueles podem ser estimados e projetados. A prévia determinação dos riscos permite sua quantificação econômica (a apreciação dos custos deles oriundos e do preço a ser pago para a sua prevenção e/ou indenização). Não obstante ser incerta a sua ocorrência, os riscos são determináveis e quantificáveis. Fixada esta premissa, volte-se aos contratos de concessão: na medida do possível, os riscos devem ter uma expressão numérica e ser encarados como um item dos custos que compõem a proposta do licitante. A sua nitidez torna-os passíveis de uma melhor avaliação e alocação mais fina. Os riscos devem ser conhecidos e estimados: isso é imposto a ambos os contratantes (poder concedente e concessionário) em prol da estabilidade do projeto (e dos usuários). Já as incertezas também exigem cautela, mas não são nem determináveis nem quantificáveis: elas fazem jus ao nome”³⁰. (grifou-se)

Assim, ao se analisar a expressão “por conta e risco”, deve-se ter em mente que a concessionária fica responsável pelos eventos previsíveis, ou seja, aqueles ordinários a qualquer empreendimento e passíveis de mensuração.

Assim, ao se atribuir à concessionária a prestação do serviço “por conta e risco”, ela fica responsável pela ocorrência de eventos ordinários do

²⁹ A definição clássica da concessão de serviço público tinha como um de seus elementos a idéia segundo a qual a concessão seria um contrato, cujos riscos seriam suportados exclusivamente pelo concessionária. Desse fato ademais, advém a frase geralmente utilizada para caracterizar a concessão como contrato em que o concessionário realiza investimentos e executa o serviço “por sua conta e risco. (PEREZ, Marcos Augusto. *O Risco no Contrato de concessão de Serviço Público*. São Paulo: Forum, 2006, p. 101)

³⁰ MOREIRA, Egon Bockmann. *Op. cit.*, p. 105

33



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

empreendimento, ou seja, resta atribuído à concessionária todos os riscos inerentes a qualquer empreendimento. Por ser 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-financeiro 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:

De outro lado, os riscos previsíveis, em que pese a incerteza de sua ocorrência, são determináveis e quantificáveis, o que permite sejam encarados como um item dos custos que compõem a proposta do licitante. (...)

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).³¹ (grifou-se)

Esta interpretação coaduna-se com a previsão de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos em geral, garantido na Lei n.º 8.666/93, especialmente no artigo 65, o qual prevê a alteração do contrato para restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis, porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.

Assim, da conjugação destes dispositivos, infere-se que a expressão “por conta e risco” é permeada pela retirada dos fatos imprevisíveis da responsabilidade da concessionária. Assim, afirmar que a concessão correrá por conta e risco da concessionária significa alocar a esta apenas as variações ordinárias a qualquer empreendimento Neste sentido:



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

Na literatura nacional, a outro turno, a doutrina jurídica clássica brasileira, com respaldo legal no art. 65, II. “d”, da Lei nº 8.666/1993 (BRASIL, 1993), baseia a alocação dos riscos de acordo com a teoria das áleas ordinária e extraordinária, idéia essa que deve ser conciliada, no caso da execução de serviços públicos, com o disposto no art. 2º da Lei das Concessões (BRASIL, 1995), segundo o qual as delegações são exploradas por conta e risco do contratado (DI PIETRO, 2008; JUSTEN FILHO, 2003; ARAGÃO, 2008)³².

“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)”³³. (grifou-se)

Entretanto, os doutrinadores estão esboçando uma nova compreensão da expressão, entendendo que não há como se limitar a alocação de riscos nos contratos de concessão às antigas teorias da álea ordinária e extraordinária. Justificam que não há critério objetivo, abstrato e predeterminado para diferenciar álea ordinárias e extraordinária, somente sendo possível identificar-se à ordinaryidade da álea em face do caso concreto e das circunstâncias específicas de um certo empreendimento³⁴.

Ainda, entendem que os contratos de concessão são mais complexos que os tradicionais contratos administrativo e possuem diferentes equações de riscos derivados de características econômico-financeiras, sociais e políticas. Os valores da boa-fé dos contratos, da estabilidade contratual e da eficiência administrativa devem conduzir a um esclarecimento dos riscos contratuais e das formas de solução e diminuição do impacto, em caso de superveniência desses riscos. Assim, concluem que o edital e contrato devem distribuir previamente os riscos entre o poder concedente e concessionário.

³¹ MAROLLA, Eugenia Cristina Cleto. *Op. cit.*, p. 131/133.

³² GRAEFF, Fernando. *Op. cit.*, p. 01/02.

³³ MOREIRA, Egon Bockmann e CUÉLLAR, Leila. *Op. cit.*, p. 99.

³⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 400.



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

Ora, os riscos e incertezas envolvidos em um projeto de investimento podem variar entre previsíveis de pequeno ou grande vulto e imprevisíveis de consequências insignificantes ou devastadoras.

Por isso a grande importância no planejamento dos Projetos de Concessão de Serviços Públicos, da identificação e descrição clara do risco, bem como sua quantificação e alocação, pois, da análise da assunção destes, o investidor privado vai decidir se o mesmo apresenta ou não proposta para obter a concessão de determinado serviço público e quanto de remuneração pretenderá pelos riscos do investimento.

Além da finalidade de possibilitar o interesse do setor privado, a cuidadosa elaboração do projeto pelo Poder Público tem como função primordial garantir a essência do serviço público que é a generalidade³⁵, a regularidade³⁶ e a modicidade tarifária³⁷.

³⁵ “*Generalidade* consiste na universalização da oferta do serviço, para propiciar sua fruição por todos os potenciais usuários. Se o serviço não se destina a ser ofertado a um número determinado de usuários, sequer se caracteriza como público. Isso não impede imposição de limites quantitativos na operação do serviço. É óbvio que as dimensões materiais do instrumental necessário à prestação do serviço podem acarretar limites insuprimíveis. Haverá um número máximo de passageiros transportáveis por meio de certo veículo, por exemplo. O que se pretende indicar, porém, é que o serviço público consiste em prestação de utilidades a todos os potenciais interessados, ainda que razões materiais e de segurança possam acarretar a limitação quantitativa. *Generalidade* consiste em uma peculiaridade de outra natureza, portanto. Caracteriza-se quando se oferta o serviço ao maior número possível de usuários, abrangendo todas as manifestações de necessidade, sem discriminações incompatíveis com o princípio da isonomia. Ofende-se a generalidade não com a mera fixação de limites, mas com o *privilégio* na eleição dos usuários que serão beneficiados. Outra manifestação de ofensa à generalidade se verifica quando uma parte significativa do universo de usuários não é atendida.” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 306).

³⁶ “As características da *regularidade*, *continuidade* e *segurança* são emanações diretas do conceito de eficiência. Alude-se, a propósito, ao desenvolvimento de atividades permanentes e contínuas. Regularidade significa manutenção da prestação do serviço segundo padrões qualitativos e quantitativos uniformes. Continuidade é a ausência de interrupção, segundo a natureza da atividade desenvolvida e do interesse a ser atendido. Em termos práticos, é claro que a continuidade se avalia diferentemente conforme se trate de fornecimento de água ou de transporte de passageiros. Observe-se que regularidade, sob um certo ponto de vista, pressupõe continuidade. Aquela é um *plus* relativamente a esta. Os serviços podem ser contínuos, sem que sejam regulares. Mas é impossível o serviço ser regular, se também não for contínuo.” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*, p 306).

³⁷ “*Modicidade* da tarifa importa a necessidade de tarifa em valores reduzidos, seja do ponto de vista relativo como sob o prisma absoluto. Há modicidade relativa quando a relação entre as vantagens



Assim, seguindo tal raciocínio, para estruturação de projeto de longa duração, como as concessões rodoviárias, de forma a orientar a elaboração da proposta comercial pelos licitantes, bem como a execução do contrato de forma mais eficiente, é necessária a identificação e avaliação dos riscos, bem como sua atribuição àquela parte que tenha melhores condições de gerenciá-lo, de forma a propiciar a modicidade tarifária, bem como os princípios da eficiência e continuidade do serviço público. Trata-se do princípio da alocação ótima de riscos, o qual *“visa assegurar maior eficiência no processo de contratação pública evitando que o concessionário assuma determinados riscos que podem ser melhores geridos pela Administração Pública e vice-versa”*³⁸.

c) Riscos nos contratos de concessão de rodovias no Estado do Paraná

Não obstante os avanços doutrinários quanto à implementação do conceito legal “por sua conta e risco”, que demonstra a necessidade de prévia distribuição da titularidade dos riscos e respectivos efeitos, há que se destacar que os contratos de concessão das rodovias no Estado do Paraná, seguindo o modelo dos contratos da 1ª Etapa de Concessões das rodovias federais em todo o Brasil, deixaram de fazer exaustiva previsão dos riscos e sua alocação para esta ou aquela parte.

Tais contratos, formalizados em 1997, no início da implementação das concessões no Brasil, limitam-se em adotar a teoria das áleas,

auferidas pelos usuários e as tarifas correspondentes seja satisfatória, envolvendo a mais mínima margem de lucratividade possível para o concessionário. Já a modicidade absoluta se caracteriza quando o valor da tarifa é suficientemente reduzido para permitir aos usuários a efetiva fruição das vantagens correspondentes ao serviço público. Portanto, a modicidade da tarifa não se confunde com a gratuidade da prestação do serviço público. O custo do serviço público não pode ser arcado pelo concessionário, mas será transferido para a comunidade por meio das tarifas. O cumprimento de todos os objetivos fixados no art. 6º produz, como efeito direto, a elevação dos custos e das tarifas. Portanto, a modicidade da tarifa corresponderá à idéia de menor tarifa em face do custo e do menor custo em face da adequação do serviço.” (JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*, p. 308).



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

ao preverem, na cláusula XII, que *“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”*. Assim, referidos contratos seguem o que disciplina o artigo 2.º, inciso II, da Lei n.º 8.987/1995, de que a prestação do serviço será realizada pelo concessionário por sua “conta e risco”. Corrobora este entendimento:

Nesse sentido, parece que na 1ª etapa e na 2ª etapa, fase I, das concessões de rodovias federais, foi utilizado o método de alocação de riscos baseado na teoria das áleas, a despeito de à época já existirem trabalhos como os de Irwin et. al. (1997) e Kerf et. al. (1998) que tratavam da alocação objetiva. Nessa linha, depreende-se que não houve uma análise pormenorizada dos riscos inerentes à atividade, a fim de identificá-los, classificá-los e alocá-los de forma mais eficiente à parte que tenha melhor condição de minimizar os efeitos danosos na hipótese de sua ocorrência, tal como preconiza a literatura consultada.”³⁹

Desta forma, ao identificar a matriz de risco para os contratos de concessão rodoviária paranaenses, não se pode esquecer o contexto em que foram formalizados, bem como o substrato doutrinário e legal a orientar sua interpretação.

Nos contratos que ora se analisam, apenas alguns riscos foram tratados de forma expressa e distribuídos entre as partes, restando os demais à tradicional divisão entre álea ordinária e extraordinária, respondendo a concessionária pelas variações usuais de qualquer empreendimento, que dependerão da forma de gestão da concessão.

Conforme prevê a Cláusula XII:

³⁸ GRAEFF, Fernando. *Op. cit.*, p. 8.

³⁹ GRAEFF, Fernando. *Op. cit.*, p. 13.



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.

Assim, a concessionária responde por todos os riscos inerentes à concessão, ou seja, pelas variações usuais a qualquer empreendimento. Ressalva-se os casos expressamente previstos como risco ao poder concedente.

Já os eventos extraordinários não foram alocados a qualquer das partes, porquanto imprevisíveis e, assim, justificadores do reequilíbrio econômico-financeiro.

Assim, a matriz de risco dos contratos de concessão resta influenciada não apenas pelas cláusulas contratuais, mas pela tradicional divisão entre as áreas ordinária e extraordinária. Os eventos extraordinários foram excluídos da matriz de risco e, assim, não alocados a qualquer das partes, justificando o reequilíbrio. Já os eventos ordinários foram atribuídos à concessionária, salvo casos expressos no contrato. Cite-se, como exemplo, o risco da inflação que, mesmo ordinário, restou alocado ao poder concedente, diante da previsão dos reajustes anuais.

Assim, ocorrendo evento referente a certo risco inerente à concessão e ordinário ao empreendimento, mesmo que ocorra alteração da equação econômico-financeiro em prejuízo da concessionária, não poderá operar-se a revisão contratual, salvo se tal evento estiver dentre aqueles alocados expressamente ao poder concedente.



3. Matriz de risco dos contratos de concessão

3.1. Risco da demanda ou risco de trânsito

O risco de trânsito, além de conceitualmente corresponder ao risco da demanda 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 TRÂNSITO

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.....o, 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 matriz de risco de outros contratos de concessão utiliza 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”.



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

Ainda, o item 2 da cláusula transcrita utiliza a expressão “alterar” quando se refere ao volume do trânsito e aos encargos da concessionária. E alteração pode significar 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 devera haver diminuição nos encargos da concessionária através de revisão; e se aumentar o tráfego além do previsto na proposta comercial, não haverá aumento dos encargos da Concessionária.

Esta interpretação coaduna-se com a definição de risco já exposta, englobando não apenas as situações negativas passíveis de ocorrência, como também os eventos positivos.

Considerando apenas o risco de demanda sem nenhuma exceção, conclui-se que: uma vez que este foi alocado à concessionária, a diminuição ou o incremento do tráfego não enseja reequilíbrio econômico-financeiro do contrato.

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.**⁴⁰ (grifou-se)

⁴⁰ PEREZ, Marcos Augusto. *Op. cit.*, 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**

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.

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*:

**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 aplicados 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.



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

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

Desse entendimento resulta que, em caso de diminuição do tráfego decorrente de mudança pelo poder concedente nas condições das praças de pedágio existentes, o equilíbrio econômico financeiro deve ser recomposto em favor da concessionária. Em contrapartida, todo o incremento de tráfego gerado por alterações na configuração original das praças de pedágio deve ser revertido em benefício do usuário, a fim de realizar o princípio da modicidade. Neste sentido:

Assim, a criação de nova praça ou a alteração das condições das praças existentes só pode ser feita para atender ao interesse público, materializado no interesse dos usuários, e não para gerar ganhos extraordinários para a concessionária, mediante a redução das condições reais de risco da exploração da rodovia.

Da mesma forma, o objetivo programático, inserido pela concessionária no Programa de Exploração da Rodovia, voltado a transformá-la em via expressa, com o bloqueio de todos os seus acessos, em nada interfere no princípio maior de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro que impera nos contratos de concessão.

Se a alteração acarretar elevação do tráfego pedagiado, esse ganho adicional deverá ser revertido para o usuário, de forma que a concessionária permaneça com a taxa interna de retorno original. Da mesma forma, se houver alteração imposta pelo Poder Público, que resulte em perda para a concessionária, terá ela direito à manutenção da equação econômico-financeira.

Quanto ao alegado direito de a concessionária adotar todas as providências para aumentar o número de usuários pagantes, esse direito cessa no momento em que a providência ultrapassa os termos fixados no contrato, alterando suas condições originais. Ela pode fazer tudo para aumentar o número de usuários pagantes, mantidas as condições originais da exploração da rodovia e do contrato, resultante de processo de licitação.

Fossem outras as condições de exploração da rodovia, certamente as propostas para sua exploração seriam diferentes e talvez outro consórcio tivesse sido o vencedor com condições mais vantajosas para os usuários. Não se pode, após o fim do certame e o início da exploração, promover alterações radicais das condições de exploração da rodovia, nem para beneficiar, nem para prejudicar a



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

licitante vencedora.

Por essas razões é que o Tribunal de Contas da União, no exercício do controle externo sobre os atos praticados pelo poder concedente, que autorizaram a mudança da configuração da praça original de Parateí, decidiu que tais mudanças somente se afiguram lícitas e possíveis se realizadas no exclusivo interesse público, com todo e qualquer ganho de receita delas advindo revertido integralmente para a modicidade da tarifa.

Sem embargo, é importante ressaltar que a metodologia empregada pela equipe de inspeção e os quantitativos de incremento de tráfego por ela estimados não podem ser tomados como definitivos, mas, apenas, comprobatórios de que ocorreu aumento efetivo de tráfego na praça original de Parateí em razão da alteração da configuração original.

Cabe ao poder concedente, por meio da Agência Nacional de Transportes Terrestres, aprofundar a questão e definir, não apenas para o caso particular da Novadutra, mas em caráter geral, a forma de cálculo e de agregação ao fluxo de caixa do adicional de tráfego gerado nas praças originais, em decorrência de mudanças em sua configuração original, com o desmembramento, criação de novas praças ou instalação de cabines de bloqueio, de forma que garanta ao usuário o repasse do benefício proporcionado, por meio da redução da tarifa, podendo a ANTT utilizar, como ponto de partida, se entender conveniente, os criteriosos estudos realizados pela Sefid. (TCU – Plenário – Processo n.º 014.824/2000-8 – Acórdão n.º 1.648/2002 – DOU 08/01/2003). (grifou-se)

Quanto à segunda exceção, 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. Tais situações poderão ocorrer:

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;



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

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, para verificação de enquadramento, ou não, da cláusula XX, itens 1e 3, letra “b” do contrato de concessão, caso, além desta, também haja para compensar obras citadas da hipótese “b”.

Excluídas tais exceções, permanece o risco de demanda/tráfego à concessionária. Uma vez alocado o risco de trânsito à concessionária, o prejuízo decorrente da diminuição do tráfego não pode ser transferido ao usuário, por intermédio do reequilíbrio do contrato e eventual acréscimo da tarifa.

Liga-se à análise do risco da demanda, as seguintes situações:

3.1.1. Evasão

O risco de evasão/inadimplemento 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 também causa uma receita



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

menor. Em ambos os casos, há um desbalanceamento da relação receita e despesa.

Uma vez que o inadimplemento das tarifas pelos usuários que se utilizaram da via pedagiada frustra a expectativa de proveito econômico, trata-se de risco comercial do negócio. E os riscos do negócio se encontram inseridos dentro da álea ordinária, ou seja, não são atribuídos ao poder concedente. A possibilidade de inadimplemento é inerente a qualquer operação econômica. Trata-se de intercorrência inerente à própria vida empresarial.

Ora, a prática da evasão não pode ser enquadrada como situação anormal, cuja ocorrência seja imprevisível, mas, por se vincular ao risco de inadimplemento e ser ordinários a qualquer empreendimento, configura álea ordinária, de responsabilidade da concessionária.

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.⁴¹

Pode ser verificada a previsibilidade do fato questionado quando se analisa, como exemplo, a Proposta de Metodologia de Execução apresentada

41

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

na Licitação para o Lote 2, administrado pela Concessionária Rodovias Integradas do Paraná S/A – VIAPAR.

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-automaticas”* 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.

4



Assim, conforme descrito na Proposta de Metodologia de Execução referente o Lote 2 apresentada na licitação, houve previsão de inadimplemento dos 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")⁴².

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.

Assim, como regra geral, as fraudes cometidas pelos usuários para burlar o pagamento de pedágio não ensejam reequilíbrio a favor da concessionária.

3.1.2. Risco de trânsito e cálculo da perda de receita

A alocação do risco de tráfego à concessionária deve permear também a quantificação da perda de receita da concessionária, em decorrência do atraso nos reajustes, suspensão/impedimento da cobrança das tarifas de pedágio em virtude de decisão judicial ou decorrente de outros motivos.

⁴²

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.

48



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

O montante de desequilíbrio decorrente de tais eventos (que serão analisados individualmente em pareceres nos processos administrativos respectivos, de forma a orientar se deverão ser incluídos ou não na conta do desequilíbrio) deve ser apurado considerando-se o tráfego real e não o tráfego da proposta, para fins de manter à concessionária o risco de trânsito.

Por terem os contratos de concessão atribuído às concessionárias o risco de redução no tráfego projetado (flutuação de demanda), a perda de receita deveria considerar o tráfego real (passante) e não o tráfego projetado. Assim, os valores que deveriam ser indenizados à concessionária, decorrentes dos eventos que causaram a perda de receita, deveria ser o correspondente à diferença entre a tarifa prevista no contrato e a praticada, multiplicada pelo número de veículos que passaram na cancela de pedágio durante a época.

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 usuário estarem reembolsando a concessionária uma perda que não ocorreu e, ainda, responder pela incorreta previsão de tráfego feita na proposta comercial, cuja responsabilidade está a cargo da concessionária.

Em acórdão prolatado pelo 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 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 ponto Rio-Niterói – PONTE S.A., bem como a correção da execução contratual e a manutenção do seu equilíbrio econômico-financeiro em

49



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

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

Ademais, 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 paga 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, de forma a evitar o enriquecimento sem causa.

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.⁴³

43

CLÁUSULA XVIII
Do Sistema Tarifário

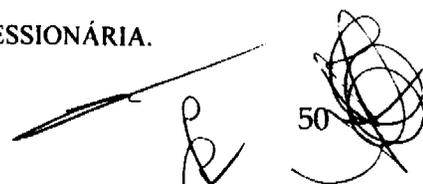
5. Terão trânsito livre nas rodovias e nos trechos rodoviários de acesso que compõem o LOTE, ficando portanto isentos do pagamento de pedágio, os veículos:

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.


50



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 de veículos com desconto, por exclusivo critério da concessionária o cálculo, a perda deve corresponder ao valor pago.

Por outro lado, tem-se a questão da 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 e das alterações contratuais. O Código Civil dispõe neste sentido:

“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.”

Assim, a apuração da exata da extensão do dano se faz necessária para evitar o enriquecimento indevido, que favoreça indevidamente uma das partes da relação. Ou seja, apurar-se a perda de receita pelo tráfego projetado, caso este seja superior aquele que efetivamente pagou a tarifa, culminará em incorreta apuração do dano e transferência do risco de trânsito ao poder concedente.

3.2. Risco econômico

Em um Projeto de Concessão de Serviço Público, as receitas e despesas devem ser elencadas em um fluxo de caixa que demonstre a remuneração que o projeto permitirá. A receita prevista deve ser suficiente para cobrir as despesas e possibilitar que o investidor obtenha lucro.

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, todavia, possa gerar qualquer direito de a mesma solicitar compensação nos valores das tarifas.

51



Geralmente, nas licitações são solicitadas às interessadas que apresentem na proposta comercial dois fluxos de caixa: (i) um com receitas, despesas e lucro sem custos com os financiamentos, que identifica a remuneração do projeto; (ii) outro incluindo também custos com os financiamentos, que identifica a remuneração pretendida pelo acionista.

Variações no cenário econômico podem impactar tanto nas despesas de execução de obras e serviços, influenciando na remuneração do projeto, como nas taxas de financiamentos necessários para custeio do projeto, também influenciando na remuneração pretendida pelo acionista.

A questão sobre a quem cabe o risco por eventos que influenciam na remuneração de projeto e na remuneração do acionista será tratada a seguir sob os títulos risco econômico e risco de financiamento.

3.2.1. Risco de financiamento

A doutrina pátria já se referiu à importância do financiamento nos contratos administrativos de concessão. Segundo o doutrinador Alexandre Santos Aragão:

“É justamente nos projetos de infraestrutura que o financiamento é mais imprescindível, porque: os acionistas podem não dispor de recursos suficientes, a dívida é mais barata do que o capital próprio, a alavancagem financeira proporciona tarifas mais baixas e diminui a necessidade de subsídios públicos, e a disponibilidade de financiamento aumenta a competição do processo licitatório”. Os projetos de infraestrutura são normalmente financiados sob a modalidade de *project finance*, em que os financiadores contam principalmente com o fluxo de caixa do projeto para fazer face a dívida (...).”⁴⁴

⁴⁴ ARAGAO, Alexandre dos Santos. *Direito dos serviços públicos*. 3 ed. Forense: Rio de Janeiro, 2013, p. 559



No Termo de Referência para Elaboração da Proposta Comercial (Anexo VII dos Editais da Segunda Etapa), foi determinado que as licitantes apresentassem os dados básicos dos financiamentos, nos formatos dos Quadros 16 e 17, "*indicando de forma clara, mediante memórias de cálculo à parte, os diferentes empréstimos que a licitante pretende captar para fazer frente a investimentos previstos*". Vejamos:

"III. 6 DADOS BÁSICOS DOS FINANCIAMENTOS

Deverão ser apresentados, no formato dos Quadros 16 e 17, indicando de forma clara, mediante memórias de cálculo à parte, os diferentes empréstimos que a licitante pretende captar para fazer frente a investimentos previstos.

No Quadro 16 deverão ser sumarizadas as principais características desses diversos empréstimos e, no Quadro 17, os valores decorrentes desses financiamentos.

Deverá constar de memória de cálculo à parte, a descrição detalhada da estrutura de financiamento proposta".

Ainda, os licitantes deveriam preencher os Quadros 19 e 21, referentes, respectivamente, ao fluxo de caixa sem financiamento e ao fluxo de caixa com financiamento.

Entretanto, questiona-se: (i) o qual a diferença do fluxo de caixa sem financiamento do fluxo de caixa com financiamento e (ii) qual a motivação do administrador em requerer a apresentação de dois fluxos de caixa, um sem financiamento e outro com?

A primeira questão é perfeitamente respondida pela Fundação Instituto de Administração no Relatório 2⁴⁵, que traz os conceitos de fluxo de caixa do empreendimento e do acionista, os quais são aqui transcritos:

⁴⁵ "Relatório de análise dos impactos do endividamento, em função do Termo de Alteração Unilateral de 1998, sobre a Taxa Interna de Retorno (TIR) – parte 2 – aspectos conceituais e qualitativos", referente à Etapa I e integrante do protocolo n.º 11.838.361-3.



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

“Os fluxos de caixa são determinados a partir da identificação das entradas e saídas de caixa do projeto que dependem de aspectos formais relativos ao edital de concessão.

No entanto, pode-se afirmar que, em geral, são entradas de caixa as receitas provenientes das atividades operacionais derivadas da exploração direta do objeto da concessão. E são saídas de caixa, de modo geral: os gastos relativos aos investimentos, os custos e as despesas de operação da concessão, os impostos relativos à receita e ao lucro operacional.

Esse fluxo de caixa é conhecido como fluxo de caixa operacional do projeto e é a base de cálculo da TIR do projeto que será abordada em item a seguir.

Adicionalmente, podem-se considerar as entradas e saídas de caixa oriundas do financiamento da concessão. Neste caso, de modo geral, as entradas de caixa são derivadas do recebimento dos empréstimos obtidos junto às instituições financeiras e as saídas de caixa ao pagamento do principal e dos juros sobre os empréstimos.

Esse fluxo de caixa é conhecido como fluxo de caixa do financiamento do projeto sendo a base de cálculo para o custo do financiamento.

A soma do fluxo de caixa operacional do projeto com o fluxo de caixa do financiamento resulta no fluxo de caixa do acionista. Isto é, as entradas de caixa são representativas da remuneração dos acionistas por estarem empreendendo o projeto e as saídas, do aporte de recursos próprios (dos acionistas) necessários ao investimento do projeto.”

Assim, integram o fluxo de caixa com financiamento (i) os valores referentes aos empréstimos obtidos junto às instituições financeiras, como entrada de caixa e (ii) os valores referentes ao pagamento do principal e dos juros sobre os empréstimos, como saída de caixa.

Conforme exposto pela FIA no mesmo Relatório, “o fluxo do projeto possibilita o cálculo da TIR do projeto e o fluxo do projeto adicionado ao fluxo da dívida possibilita o cálculo da TIR do acionista, ou TIR alavancada”.

Quanto à segunda questão, destaca-se que a apresentação de um fluxo de caixa, no qual estivessem inclusas as receitas e despesas obtidas com o financiamento, decorre da necessidade do poder concedente se cientificar que as concessionárias que se sagrassem vencedoras tivessem condições econômicas de prestar o serviço durante o prazo contratualmente previsto, mesmo que parte de



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

suas receitas para cumprimento dos seus deveres viesse da obtenção de empréstimos.

Isto está evidenciado pelas cláusulas do Edital de Segunda Etapa da Licitação referentes às garantias de financiamento do empreendimento:

Seção VII
Das garantias de financiamento do empreendimento

103. Publicada a classificação das PROPOSTAS, nos termos previstos no item anterior, a LICITANTE cuja proposta tiver sido classificada em primeiro lugar deverá, previamente à homologação do procedimento administrativo licitatório, **comprovar, cabalmente, perante o DER, no prazo de 30 (trinta) dias, prorrogável por igual período, desde que por motivo justificado, de que dispõe ou disporá de recursos próprios ou de terceiros para executar, de acordo com os cronogramas previstos, o PROGRAMA DE EXPLORAÇÃO do Lote.**

104. **No caso da utilização de recursos de terceiros, a Licitante deve apresentar, no prazo estabelecido no item anterior, carta compromisso de instituição financeira se comprometendo a financiar diretamente ou a captar recursos para o financiamento da execução das obras e serviços pertinentes à concessão, conforme modelo constante do Anexo XIV.**

105. A instituição financeira referida no item anterior deve ter experiência comprovada em montagem de projetos de engenharia financeira para empreendimentos do tipo BOT ("*Building-Operate-Transfer*").

106. A instituição financeira deve anexar à carta de compromisso para a captação de recursos, **DECLARAÇÃO** de que possui a experiência exigida neste item, indicando os projetos de engenharia financeira para empreendimentos do tipo BOT que tenha desenvolvido ou participado ou, ainda, empreendimento do tipo "BOT" que tenha desenvolvido ou participado ou, ainda, empreendimento do tipo "BOT" que tenha financiado" (grifos nossos).

Os itens 104 e 105 evidenciam que, na hipótese de a concessionária obter financiamentos, esta deveria apresentar carta compromisso de instituição financeira, atestando a capacidade da concessionária em manter a prestação do serviço.

Feitos tais esclarecimentos, necessário saber a quem foi atribuído o risco de financiamento nos contratos de concessão do Estado do Paraná.



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

A doutrina discorre sobre o risco de financiabilidade:

“Riscos de financiabilidade ex-ante e insolvência: geralmente, os contratos de concessão tratam da obtenção e estruturação dos financiamentos como risco exclusivo das concessionárias, ficando por conta delas, em quaisquer situações, as renegociações da dívida necessárias à manutenção dos compromissos assumidos nos programas de exploração.

Para Oliveira (2001). O gerenciamento dos fluxos de caixa ao longo do período de concessão de modo a garantir os compromissos assumidos no plano de exploração e o serviço das dívidas contraídas é fundamental para o sucesso do empreendimento.

Assim, a preocupação do poder concedente em exigir dos financiadores um comprometimento formal sobre a exequibilidade financeira do projeto (*financiabilidade es-ante*) é perfeitamente justificável.

De outro lado, a capacidade do projeto em operar com sucesso, gerando um fluxo de caixa adequado é uma qualidade básica para os potenciais provedores de financiamento. Os provedores de recurso (credores e acionistas) devem estar convencidos que o empreendimento vai gerar um fluxo de caixa suficiente para quitar a dívida e pagar uma taxa de retorno que consideram satisfatória.”⁴⁶

Ainda, para o Tribunal de Contas da União, o risco financeiro e cambial deve ser atribuído à concessionária:

“18. Alocar riscos para a parte que pode suportá-los a um custo mais baixo gera grandes economias, seja no setor público, seja no setor privado. **Os riscos financeiro e cambial fazem parte do próprio risco do negócio, devendo ser suportado exclusivamente pelo parceiro privado, o qual tem melhores condições de evitar que esses riscos se materializem.** O empresário é o mais capaz de analisá-los e buscar soluções para mitigá-los e/ou eliminá-los. Não há razões de transferir tais riscos ao parceiro público, nem de compartilhá-los.

19. Especificamente quanto **ao risco cambial, esse deve ser absorvido pelo setor privado, tendo em vista seu controle sobre a estrutura de capital do projeto.** O parceiro privado pode escolher entre diversas alternativas de financiamento, seja em moeda local, seja em moeda estrangeira. Obviamente, se escolher financiamento em moeda local, o parceiro privado não correrá risco cambial. Além disso, optando por financiamento em moeda estrangeira, o concessionário pode arcar com o risco de desvalorização cambial ou repassá-lo para o mercado por meio de contratos de hedge.

(...)

⁴⁶ SCHUMAHER, Luciana Maria. *Manutenção e reposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessões de rodovias: avaliação das revisões e reajustes de tarifas no Brasil.* Dissertação apresentada à Escola Politécnica da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2003, p. 63/64.



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

Mais que isso, para uma divisão justa e harmônica dos riscos entre o poder concedente e a concessionária, os eventos posteriores típicos da atividade empresarial - como os derivados de flutuações da demanda ou eventos cambiais e financeiros - não devem ser absorvidos pela Administração. Eles são característicos do próprio empreendedorismo e são mais eficientemente gerenciados pelo particular. Também este é o caso dos riscos que podem ser absorvidos por seguros privados, em face da possibilidade real de serem aferidos no mercado e, por sua vez, passíveis de consideração nos investimentos no fluxo de caixa dos empreendimentos. Neste último caso, portanto, não se trataria de evento cuja álea esteja coberta pela teoria da imprevisão". (TCU – Planário – Processo n.º 013.040/2011-1 – Acórdão n.º 1.928/2011 – DOU 01/08/2011)

Ainda, a Fundação Instituto de Administração, no Relatório 2⁴⁷, discorre sobre a variação do custo do capital de terceiro nos diversos contratos de concessão:

“Deve-se considerar que na maioria dos contratos, o risco da variação do custo da dívida é do concessionário. Sendo assim, o concessionário é obrigado a efetuar os investimentos programados mesmo que o custo da dívida seja superior ao que havia planejado. E, uma variação favorável das taxas de juros (redução do custo da dívida) ao concessionário também o beneficiaria de forma unilateral. Assim, a utilização da TIR do projeto (ou TIR sem financiamento) requer a verificação do equilíbrio do fluxo de caixa oriundo do projeto se esta for a taxa estipulada pelo acordo entre as partes.”

Nos contratos de concessão celebrados do Anel de Integração, há cláusulas que expressamente determinam ser da concessionária o risco pela obtenção dos financiamentos, conforme se extraem das Cláusulas XII, XXIV e XXXVIII, também ora transcritas:

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.

⁴⁷ “Relatório de análise dos impactos do endividamento, em função do Termo de Alteração Unilateral de 1998, sobre a Taxa Interna de Retorno (TIR) – parte 2 – aspectos conceituais e qualitativos”, referente à Etapa I e integrante do protocolo n.º 11.838.361-3.



CLÁUSULA XXIV
Dos Direitos e das Obrigações da CONCESSIONÁRIA

1. Sem prejuízo do cumprimento dos encargos previstos no PROGRAMA DE EXPLORAÇÃO DO LOTE, incumbe a CONCESSIONÁRIA:

(...)

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

CLÁUSULA XXXVIII
Dos financiamentos das Obras e Serviços Concedidos

1. A CONCESSIONÁRIA é a única responsável pela obtenção dos financiamentos necessários à execução das obras e serviços vinculados a concessão.

2. Nos contratos de financiamento a CONCESSIONÁRIA poderá oferecer em garantia os direitos emergentes da concessão, até o limite em que não comprometa a execução das obras e serviços concedidos.

3. A CONCESSIONÁRIA não poderá opor ao DER quaisquer exceções ou meios de defesa como causa justificadora do descumprimento de qualquer condição estabelecida neste CONTRATO, especialmente do descumprimento dos cronogramas de execução das obras e serviços concedidos, em decorrência da inviabilização parcial ou total ou do atraso na contratação dos financiamentos aludidos no item anterior, ressalvadas as hipóteses previstas em lei." (grifos nossos)

Ora, a concessionária deveria indicar na Proposta Comercial os empréstimos que iria captar e os valores referentes. Tais dados foram por ela determinados. Cabia à concessionária a responsabilidade de obter os financiamentos necessários à concessão nas condições previstas, porquanto por ela negociadas e determinadas. Conforme já discorrido acima, é atribuído à concessionária a álea ordinária, ou seja, os riscos normais a qualquer empreendimento, resultado da flutuação do mercado e gestão/previsão do concessionário, como atuação ineficiente e erro na estimativa da receita. Sendo o risco de financiamento relacionado à própria gestão do negócio e tendo os tipos, valores e condições dos empréstimos sido descritos pelas concessionárias, sua alteração ou dificuldade de obtenção não pode implicar reequilíbrio econômico-financeiro.


58



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

O artigo 2.º, inciso II, da Lei 8.987/95, *in verbis*, traz uma importante diretriz para a questão:

“Artigo 2.º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se:

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**”. (grifos nossos)

Marçal Justen Filho faz uma ressalva – hoje notória - quanto ao conceito de risco da empresa em concessões de serviço público:

“O relacionamento entre poder concedente e concessionário rege-se pelos princípios fundamentais que disciplinam a atividade administrativa do Estado. **O conceito de concessão se integra, por isso, pelo princípio de que o concessionário assume os riscos da atividade, cabendo-lhe a faculdade de imprimir os princípios da atividade privada à organização do serviço concedido. Em última análise, a concessão produz a transferência, para órbita alheia, dos riscos e encargos derivados da prestação do serviço público.** Se o titular da competência para prestação do serviço público mantiver em sua esfera jurídica a responsabilidade pelos encargos e riscos correspondentes, não se configura “concessão”. Aliás, na medida em que o delegatário não concorresse com uma parcela dos riscos e não estivesse sujeito a arcar com os prejuízos, nem se poderia cogitar de atribuir-lhe uma parcela dos riscos e não estivesse sujeito a arcar com os prejuízos, nem se poderia cogitar de atribuir-lhe uma parcela dos lucros”⁴⁸.(grifos nossos)

Desta forma, considerando o desempenho de uma atividade empresarial, o concessionário deve arcar com os riscos inerentes a seu desempenho. Dentre esses riscos, encontra-se o risco de financiabilidade do negócio. Isto significa que está na alçada do empresário manter a prestação de serviço público durante toda a concessão pelas condições acordadas na proposta comercial, seja pela utilização de capital próprio, seja pela de terceiros.



Assim, a princípio, o fluxo de caixa com financiamento não pode ser tomado como balizador do equilíbrio econômico-financeiro, porquanto o risco de financiamento foi atribuído à concessionária, não podendo ser computado na sua equação econômico-financeira.

A análise do risco do financiamento liga-se à questão da possibilidade ou não de reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão, em caso de dificuldade na obtenção dos empréstimos ou ainda aumentos dos encargos. Ora, uma vez que restou atribuído à concessionária tal risco, tais eventos não justificariam o reequilíbrio.

Entretanto, figura como exceção à regra quando o ato que desencadeie a dificuldade na obtenção do financiamento ou o aumento dos encargos (quebra de financiabilidade) seja atribuído exclusivamente ao Poder Concedente. Neste caso, poder-se-ia operar o reequilíbrio para restabelecimento da equação econômico-financeira, utilizando-se o fluxo de caixa do acionista. E, para tanto, a TIR do acionista poderia ser usada.

Não obstante tal exceção ao risco de financiamento alocado à concessionária, necessário comprovar se houve dano, ou seja, se houve a quebra da equação entre encargos e receitas (se é evento de desequilíbrio) e qual a extensão do dano. Necessário apurar-se o montante de desequilíbrio decorrente do ato do Poder Concedente que culminou na quebra da financiabilidade.

3.2.2. Risco econômico

Como já citado, variações no cenário econômico podem influir tanto nas despesas de execução de obras e serviços, impactando na remuneração do projeto, como nos financiamentos necessários para 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

impactando na remuneração pretendida pelo acionista. Assim, o mesmo evento pode influir em mais de um custo do contrato.

Por exemplo: a elevação das taxas de juros pode implicar o aumento do valor dos insumos para execução da obra, pois as respectivas indústrias podem utilizar financiamentos para produção, bem como influir nos financiamentos que as concessionárias necessitam para cumprir as obrigações contratuais.

Como verificado no tópico anterior, a variação no cenário econômico em relação aos financiamentos é risco da concessionária. Resta verificar se o mesmo ocorre quando o evento econômico alterar os demais custos do projeto.

Conforme já discorrido acima, são atribuídos às concessionárias os riscos inerentes a qualquer empreendimento, ou seja, aqueles relacionados à própria gestão do negócio e também resultado da flutuação do mercado.

Assim, as variações do cenário econômico podem ser consideradas álea ordinária, de responsabilidade do parceiro privado. Ocorre que, atribuir ao concessionário a responsabilidade pela variação da economia, por ser ínsita a qualquer empreendimento, exige como pressuposto que a mesma sejam previsível. A partir do momento em que tais eventos fogem da normalidade e deixam de ser risco ordinário atribuído à concessionária pela Cláusula XII dos contratos de concessão, eles passam a justificar o equilíbrio econômico-financeiro, seja em favor do próprio concessionário sejam em favor do poder concedente.



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

Assim, os eventos que se insiram na normalidade do processo econômico não autorizam a revisão. Apenas eventos econômicos que forem extraordinários (oriundos de circunstâncias externas ao contrato e às partes) acarretam o reequilíbrio do contrato. Neste último caso, a álea econômica está englobada no risco extraordinário. Neste sentido:

A álea econômica não se confunde com os riscos ordinários inerentes à atuação do agente, eis que **"é, por natureza, extraordinária, excedente aos riscos normais admitidos pela natureza do negócio.** Os fenômenos de instabilidade econômica ou social (guerras, crises econômicas, desvalorização da moeda) são as causas principais do estado de imprevisão, tanto pela importância do impacto de seus efeitos, como pela imprevisibilidade de suas conseqüências. (...) **A imprevisibilidade não se refere, necessariamente, ao elemento perturbador em si mesmo, mas aos seus efeitos que ultrapassam à razoável previsão humana.**" (CAIO TÁCITO, "O equilíbrio financeiro na concessão de serviço público". Temas de Direito Público. Vol. I, Renovar, 1997, p. 209).

Discute-se, diante dessas concepções, a possibilidade de uma grave crise econômica ensejar o reequilíbrio de contratos administrativos em curso. E, embora haja por parte da administrativa, a doutrina e os tribunais têm reconhecido a procedência do raciocínio. Ou seja, que a alteração drástica no cenário econômico, que afete a situação do particular contratado (aumentando custos e insumos, ou mesmo dificultando sua operação em condições normais) se enquadra na moldura legal para a álea econômica extraordinária, passível de justificar o reequilíbrio da equação econômico-financeira do contrato administrativo.

É o que explica MARÇAL JUSTEN FILHO quando afirma que "o rompimento do equilíbrio econômico-financeiro poderá decorrer de outros fatos, totalmente alheios à Administração. Assim, a crise econômica poderá produzir uma extraordinária elevação de preço de determinados insumos; uma greve poderá acarretar a impossibilidade de fabricação dos produtos; uma crise internacional poderá acarretar a impossibilidade de fabricação dos produtos; uma crise internacional poderá provocar elevação extraordinária dos preços dos combustíveis; etc." (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 13. ed. São Paulo: Dialética, 2009, p. 749)."⁴⁹ (grifou-se)

⁴⁹ NESTER, Alexandre Wagner. Crise econômica e equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo. Informativo Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, Curitiba, nº 27, maio 2009, disponível em <http://www.justen.com.br/informativo.php?informativo=27&artigo=63>, acesso em 24/05/2011.



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

Assim, é possível o reequilíbrio econômico-financeiro quando ocorrerem alterações imprevisíveis ou de efeitos incalculáveis no cenário econômico no curso dos contratos de concessão, causando ganhos irreais a uma das partes contratantes.

A Constituição Federal e a própria lei federal de licitações, a qual é utilizada subsidiariamente para as concessões públicas, dá um norte para se falar em possibilidade de revisão dos contratos em caso de alterações no cenário econômico.

No artigo 37, inciso XXI da Carta Magna, há um mandamento para que sejam mantidas as condições efetivas da proposta. Já o artigo 65, inciso II, letra “d”, da Lei n.º 8.666/93, o qual se aplica subsidiariamente aos contratos de concessão, determina que deve ser alterado o contrato quando necessário 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.

Decorre daí que deve ser mantido, durante todo o contrato de concessão, o equilíbrio inicial entre encargos e receitas estabelecido em consonância com as condições efetivamente existentes da época da celebração dos contratos. Isto significa dizer que, havendo alteração das condições do negócio no curso do contrato, inseridas aí as alterações econômicas, poderia, em tese, haver a revisão dos contratos de concessão. No entanto, há que se respeitar, sempre, o disposto na parte final do artigo 65, inciso II, letra “d”, da Lei n.º 8.666/93. Ele disciplina que essa revisão somente poderia ocorrer se esse evento econômico se tratasse de fato imprevisível ou previsível, mas de consequências imprevisíveis. Vejamos:



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

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)

Os contratos de concessão do Anel de Integração prevêm esta hipótese, em consonância com o disposto no item 3, “c” e letra “h”, da Cláusula XX, ora transcrita:

“3. Para os efeitos previstos nos itens anteriores, a revisão dar-se-á nos seguintes casos:

c) 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**”;

...

h) 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.

O item retrata a possibilidade de que ocorrências supervenientes possibilitem a alteração do contrato. Dentre elas estão as alterações do cenário econômico. Desde que elas não pudessem ser previstas pelas partes no momento da celebração do contrato e causadoras de desequilíbrio econômico-financeiro, elas são ensejadoras de revisão nos contratos de concessão do Anel de Integração, ainda que não expressamente previstas na cláusula contratual.

64



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

Um esclarecimento deve ser feito. O item "c" trata tão-somente de eventos ensejadores do acréscimo de custos da concessionária. No entanto, como é cediço, o desequilíbrio pode ocorrer também em prol do poder concedente. Assim, necessariamente, esta extensão do conceito deve ser realizada para abarcar eventos que desequilibrem o contrato em benefício do Poder Público.

Quase nunca é mencionado, seja pela doutrina ou pela jurisprudência, que esse desequilíbrio também deve ser apurado em prol do poder concedente. Isto significa que, quando há alguma alteração macroeconômica que altere significativamente o contrato ou alguma diminuição significativa de despesa, deve haver a sua repactuação.

O princípio da intangibilidade da equação econômico-financeira do contrato administrativo também beneficia a Administração Pública. Ora, aquele que responde pelos riscos extraordinários também deve ser beneficiado por estes. A manutenção do equilíbrio econômico-financeiro não deve ser interpretada sempre em benefício da concessionária, mas também deve ser recomposto o equilíbrio em favor do poder concedente. Neste sentido:

Se as condições extraordinárias produzirem benefício extraordinário e imprevisível para o particular, a vantagem não poderá ser embolsada por ele. A garantia em favor do particular contra prejuízos extraordinários apenas pode ser justificada se imposta concomitantemente à vedação à apropriação de vantagem de igual natureza. Esse raciocínio toma em vista, de modo especial, a hipótese de tarifa segundo o custo, numa relação econômico-financeira configurada de modo estático⁵⁰. (grifou-se)

A verificação da alteração do cenário econômico é extremamente importante, dado que, num longo período, isso pode significar o arbitramento de lucros irrazoáveis à concessionária, afastando-se dos

⁵⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *Op. cit.*, p. 419.



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

mandamentos legais de justa remuneração e de modicidade tarifária, esta prevista como princípio especial para as concessões de serviço público.

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 públicos⁵¹.

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 consumidor, etc. Puede por fin fundar condenas en sede penal a sus funcionarios”⁵².

No mesmo sentido:

51 **Art. 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 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.

52 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

“Cierto que el concesionario obra por cuenta y riesgos propios, salvo pacto especial en contrario; y en esse sentido la gestión patrimonial entra en la órbita de su derecho. **Pero como el concesionario no puede convertir a exploración del servicio en un negocio lucrativo sin limites, lo que implicaría un enriquecimiento irregular a costa de los usuarios como consecuencia de una actividad propia del Estado, éste tiene el deber de moderar la explotación, mediante la revisión de tarifas que deben ser justa y razonables”.⁵³**

Extrai-se dos excertos doutrinários acima transcritos que a obtenção de lucro excessivo é incompatível com o regime e diretrizes a que se submetem as concessões de serviços públicos, mormente ante a natureza do serviço outorgado, cuja atividade é própria de Estado, razão pela qual a obtenção de remuneração exacerbada, por quaisquer fatores que sejam, implicaria enriquecimento ilícito do particular, às expensas dos usuários.

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

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

⁵³ BIELSA, Rafael. *Derecho Administrativo. Tomo I. Principios generales. Actividad juridica de la Administración pública*. 4ª ed. Buenos Aires: Libreria y Editorial ‘El Ateneo’, 1947, p. 394/395.



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

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.

(...)

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" (grifou-se).



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

O acórdão faz perfeita explicação de que o equilíbrio tem que ser, além de financeiro (dado por uma mera equação matemática), econômico, ou seja, que os parâmetros econômicos inseridos nesta equação estejam conformes o cenário econômico existente.

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.

Dá a necessidade de atuação do poder concedente, tendente à coibir a obtenção dos lucros, mediante reequilíbrio dos contratos de concessão, para o que deve, inclusive, serem levadas em conta as alterações no cenário econômico e seus efeitos, para fins de quantificação de desequilíbrio e correção da situação anômala.

Os assuntos tratados nos tópicos 3.2, 3.2.1 e 3.2.2 respondem os quesitos 6º e 7º da Fundação Instituto de Administração formulados no Relatório 5, quais sejam:

a) Questão 6.º: 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?

Resposta: Em parte. Como verificado no tópico anterior, a variação no cenário econômico em relação aos financiamentos é risco da concessionária. Já quanto às variações decorrentes da conjuntura econômica que



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

atingem os preços dos serviços vinculados ao projeto da concessão, podem em tese estar sujeitos ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato, segundo a Cláusula XX, item 3, letra “h” dos contratos.

Não foi objeto de análise neste parecer a influência da variação de mercado em relação à remuneração da concessionária, em virtude do atual percentual do Custo Médio Ponderado de Capital⁵⁴ para as Concessões Rodoviárias e seu distanciamento da TIR – Taxa Interna de Retorno⁵⁵ (nos Contratos de Concessão firmados no Paraná, esta é a taxa que resulta do fluxo de caixa do empreendimento). Tal análise será objeto de próximo parecer.

b) Questão 7.º: 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 à taxa do financiamento tomado, isto é, a ação da administração pública resultou em perdas financeiras para a Concessionária.

Resposta: Em princípio sim. Figura como exceção à regra do risco de financiamento da concessionária a atribuição de responsabilidade exclusiva do poder concedente pelo ato que cause prejuízo à concessionária em

⁵⁴ A WACC constitui-se na ponderação do custo de capital próprio e do capital de terceiros.(...) O WACC implica a definição da proporção ideal entre o capital próprio e de terceiros que deveriam ser utilizadas na empresa ou no projeto. Existem teorias que tentam justificar a existência de uma estrutura ótima de capital, mas no caso de setores regulados o regulador ou o poder concedente tende a fixar uma estrutura de capital para calcular a WACC. Neste caso, o nível de alavancagem financeira pode ser estimado pela média nacional e/ou internacional de empresas do mesmo setor. É importante ressaltar que a alavancagem deve ser calculada, de preferência, a valores de mercado. (Relatório 3 elaborado pela Fundação Instituto de Administração em cumprimento do Contrato n.º 337/2012)

⁵⁵ A taxa interna de retorno (TIR) e o valor presente líquido (VPL) são métodos comumente utilizados na decisão do investimento. O VPL representa o valor de um projeto, obtido por meio do desconto de seu fluxo de caixa que irá equiparar o valor presente das entradas e saídas de caixa. Em outras palavras, a TIR é a taxa de desconto que “zera” o fluxo de caixa. Tem-se VPL igual a zero se o fluxo de caixa for descontado pela TIR. (Relatório 3 elaborado pela Fundação Instituto de Administração em cumprimento do Contrato n.º 337/2012).



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

relação a empréstimos obtidos e não aplicados nos serviços e obras do projeto. Neste caso, poder-se-ia operar o equilíbrio para restabelecimento da equação econômico-financeira.

Não obstante tal exceção ao risco de financiamento alocado à concessionária, necessário comprovar se houve dano, qual a extensão do dano e se a concessionária não colaborou para o mesmo.

Como já citado, as aplicações financeiras do capital da concessionária é de sua responsabilidade. Assim, uma aplicação equivocada do excesso de liquidez que seja inferior a taxa do financiamento tomado, mas tendo no mercado investimentos com taxas superiores ao do financiamento, não dão à concessionária direito ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Ainda no tópico “Risco de Financiamento” A Fundação faz a seguinte argumentação: “A cláusula XXXIV veda a possibilidade de a Concessionária ceder, onerar ou alienar a concessão, no todo ou em parte”.

Após, faz os questionamentos a seguir transcritos, cujas respostas deste Núcleo estão na sequência das perguntas.

c) Questão 8.^a: 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?

Não. A Cláusula XXXIV, item 2, dos Contratos de Concessão prescreve a regra geral e excetua que “*O disposto neste item não se aplica à alienação e oneração de bens permitidas 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

A proibição se aplica aos bens imóveis, conforme item 4 da citada cláusula. Quanto aos bens móveis, o item 5 é claro ao permitir ceder, alienar e onerar, desde que observado direito de preferência na aquisição (o que inclui máquinas e equipamentos):

“CLÁUSULA XXX

Dos Bens que Integram a Concessão

1. Integram a concessão, as rodovias principais e os trechos rodoviários de acesso que compõem o **LOTE**, compreendendo suas faixas marginais, edificações e terrenos destinados às atividades à elas vinculadas, e, portanto, pertencem ao Estado, na qualidade de bens públicos de uso comum.
2. O Anexo IX do Edital e os projetos disponíveis, contemplam relações descritivas e indicações dos bens móveis e imóveis vinculados às rodovias principais e aos trechos rodoviários de acesso que compõem o **LOTE**; esses bens se integram à concessão.
3. Quaisquer bens imóveis que forem adquiridos pela **CONCESSIONÁRIA**, inclusive por via de expropriação, integrarão a concessão, revertendo e incorporando-se ao domínio do Estado do Paraná na extinção da concessão.
4. **A CONCESSIONÁRIA não poderá, por qualquer forma, alienar ou onerar quaisquer dos bens imóveis que integram a concessão.**
5. **Integrarão, também, a concessão, todos os bens móveis adquiridos pela CONCESSIONÁRIA que sejam utilizados diretamente na exploração do LOTE; esses bens poderão ser substituídos, alienados e onerados pela CONCESSIONÁRIA, desde que observado o disposto no item seguinte.”** (grifou-se)

d) Questão 9.^a: 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)?

Sim. Não há óbices para a garantia por meio dos créditos operacionais da concessão (receitas principais e acessórias), por haverem previsão no artigo 28-A da Lei n.º 8.987/95 e Cláusula XXVIII dos 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

O artigo 28-A da Lei n.º 8.987/95 prescreve o seguinte, *in verbis*:

“Art. 28-A. Para garantir contratos de mútuo de longo prazo, destinados a investimentos relacionados a contratos de concessão, em qualquer de suas modalidades, as concessionárias poderão ceder ao mutuante, em caráter fiduciário, parcela de seus créditos operacionais futuros...”

A ressalva que se faz é que, a cada pedido de oneração, cabe a análise para verificação do cumprimento do art. 28 da Lei n.º 8.987/95, *in verbis*:

“Art. 28. Nos contratos de financiamento, as concessionárias poderão oferecer em garantia os direitos emergentes da concessão, até o limite que não comprometa a operacionalização e a continuidade da prestação do serviço.”

Assim, resumidamente, cabe a análise do nível de endividamento da concessionária com a operação pretendida.

e) Questão 10.^a: 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?

Conforme cláusulas contratuais expressas, os bens móveis e os direitos emergentes do contrato.

Também os “direitos emergentes da concessão” conforme exposto acima. Outras garantias também são exigidas pelos agentes financiadores, usualmente, e são analisadas caso a caso pelo DER/PR.



3.3. Risco da inflação

O risco da inflação, apesar de caracterizar risco econômico, está sendo tratado em tópico a parte, face regramento específico relacionado ao reajuste previsto nos contratos de concessão ora em análise.

Não obstante a inflação, em condições normais, caracterizar álea ordinária por ser comum a qualquer empreendimento, fato é que o risco da inflação foi alocado ao poder concedente, ante a previsão de reajustes anuais pela Cláusula XIX dos contratos de concessão.

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 econômico-financeira do contrato administrativo dos efeitos da inflação. O reajuste incide sobre o preço da tarifa, atualizando-a de forma a compensar a desvalorização da moeda e acompanhar a variação do preço dos insumos. 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 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.⁵⁶

Já o "reajuste" de preços é uma solução desenvolvida na experiência estrangeira, mas que recebeu aplicação muito intensa na prática contratual brasileira.

⁵⁶ VALLE FIGUEREDO, Lúcia. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 7ª edição, 2004, p. 524.



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

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.⁵⁷

Assim, o reajuste incide sobre a tarifa básica, atualizando, conseqüentemente, a receita da 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 encargos⁵⁸.

Destaca-se que o reajuste tem a função de acompanhar a variação do preço dos insumos decorrente da inflação. Assim, ele só abrange as variações normais nos preços dos insumos (tanto aumento quanto diminuição). Situações anômalas (como a variação extraordinária dos custos de um dos fatores de produção⁵⁹) não estão cobertas pelo reajuste, justificando a aplicação da Cláusula XX, item 3. “h” dos contratos de concessão. Neste caso, aplicando-se a teoria da imprevisão, há que ser feita a revisão para restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

⁵⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Editora Dialética, 12ª edição, 2008, p. 730.

⁵⁸ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Op. cit.*, p. 730.

⁵⁹ A análise deste tópico será feita ao se abordar o risco quanto à variação dos custos de operação, administração, conservação e manutenção.



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

O reajuste 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, 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)



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

Como determinado em lei, previu-se no item 6 (“Validade e atualização tarifária”) do Anexo VIII (“Estrutura Tarifária”) dos Editais de Licitação da 2ª Etapa, o direito ao reajuste, o seu critério, a data-base e periodicidade de aplicação, bem como a fórmula de cálculo. Tais previsões editalícias foram transpostas para os contratos de concessão n.º 71/1997, 72/1997, 73/1997, 74/1997, 75/1997 e 76/1997, na Cláusula XIX, itens 1 a 6. Houve, ainda, acréscimo dos itens 7 a 9 na referida cláusula.

Assim, a Cláusula XIX prevê o direito ao reajuste da tarifa básica, à 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:

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



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

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."

Da leitura desta cláusula, conclui-se que o risco de inflação foi alocado ao poder concedente, por conta da previsão do reajuste anual. Há situações especiais ligadas ao reajuste e risco de inflação, que serão a seguir analisadas.

3.3.1. Ausência do reajuste. Perda de receita.

Não obstante o risco de inflação tenha sido alocado ao poder concedente (por estar previsto o reajuste a recompor o valor da moeda e compensar a inflação do período), há situações em que o reajuste não se procederá, não podendo tal fato ensejar o reequilíbrio da equação econômico-financeira por outros meios. Vejamos:

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:

...



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

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

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 dos Contratos 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 situações podem ocorrer:

a) Se a concessionária não apresentar o cálculo de reajuste em tempo hábil para análise e correção antes da data prevista contratualmente para o reajuste, há que se concluir pela culpa da concessionária e, assim, não há motivo justificável ou fundamento legal para reequilibrar o contrato em virtude deste fato.



b) Caso a concessionária apresente os cálculos e o DER/PR não se manifeste, o item 5 da Cláusula XIX do Contrato faculta à concessionária a aplicação do reajuste. Entretanto, se a concessionária não procedeu a aplicação do reajuste sobre a tarifa, 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 e verificada a justificativa da concessionária.

c) Caso haja negativa fundamentada do DER em homologar o reajuste, 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, esta 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.

3.4. Risco ambiental

O Conselho Nacional do Meio Ambiente – CONAMA entende como meio ambiente “o conjunto de condições, leis, influência e interações de ordem física, química, biológica, social, cultural e urbanística, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas”⁶⁰.

⁶⁰

Resolução nº 306/2002, anexo I, inciso XII.



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

A atividade rodoviária causa impacto no meio ambiente e, por isso, é necessário verificar a quem foi atribuído o gerenciamento do risco ambiental, através da obtenção das licenças ambientais, elaboração dos estudos de impacto ambiental, implementação e custeio das atividades e obras de prevenção e recuperação do meio ambiente. Para tanto, faz-se necessária a interpretação de regras e diretrizes contidas nos editais de concorrência, nos contratos administrativos de concessão e na legislação atinente ao tema.

Dispõe a cláusula XLVII dos Contratos de Concessão:

“1. A CONCESSIONÁRIA obriga-se a cumprir o disposto na legislação nacional, estadual e municipal relativa à matéria de proteção ambiental.”

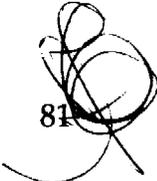
O anexo X dos Editais de Segunda Etapa de Licitação impõe às concessionárias as seguintes obrigações, pertinentes aos aspectos ambientais:

“As empresas concessionárias serão diretamente responsáveis pela **prevenção e recuperação dos impactos ambientais decorrentes** do planejamento, construção, manutenção e **operação de rodovias**, bem como pelo **cumprimento da legislação ambiental e implantação das medidas mitigadoras**”.

Já o anexo V, também dos editais licitatórios, que trata do Programa de Exploração do Lote – PER, prevê no seu item 1:

“**Na fase de exploração da Concessão, deverão ser identificadas e solucionados os impactos decorrentes da atividade rodoviária**, uma vez que a operação gera uma série de modificações no **meio ambiente original**, introduzindo poluição do ar, da água, sonora e efeitos das vibrações, com ênfase quanto ao transporte de cargas perigosas e a transposição de áreas de mananciais.”

O Anexo VII dos editais estabelece, no item 4.II.2, a seguinte diretriz para a elaboração da proposta comercial:



81



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

“Os valores previstos para os **investimentos** referentes a elaboração pela Concessionária de **projetos executivos, estudos ambientais e implantação de medidas mitigadoras de impactos ambientais** deverão ser fixados pela Licitante sob sua **exclusiva responsabilidade**.”

Assim, o contrato e o edital demonstram a responsabilidade da empresa concessionária em cumprir a legislação ambiental e implementar medidas de proteção e recuperação dos impactos ambientais, através da execução das atividades/obras necessárias e o correspondente custo.

Diante das regras transcritas quanto à responsabilidade das concessionárias pelos impactos ambientais na atividade de exploração de rodovias mediante concessão, identificam-se os seguintes eventos ligados ao risco ambiental:

- a) prevenção dos impactos ambientais através da implantação de medidas mitigatórias e compensatórias, bem como elaboração de estudo de impacto ambiental e obtenção de licenças;
- b) recuperação dos impactos ambientais decorrentes do planejamento, construção, manutenção e operação de rodovias, bem como do passivo ambiental anterior à concessão.

a) Prevenção dos impactos ambientais através da implantação de medidas mitigatórias e compensatórias, bem como elaboração de estudo de impacto ambiental e obtenção de licenças.

A Constituição Federal garante a todos o direito a um meio ambiente equilibrado, exigindo para tanto, estudo prévio de impacto ambiental para obras causadoras de significativo impacto ambiental. Vejamos:



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

Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade, o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.

§1.º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

(...)

IV – exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade.

Os impactos no meio ambiente decorrentes de implantação de um projeto devem ser verificados em um estudo prévio⁶¹, o qual, para evitar ou diminuir possíveis danos ao meio ambiente, deverá prever medidas mitigatórias e medidas compensatórias se não for possível evitar o impacto. As medidas mitigadoras podem ser incorporadas no próprio projeto da obra ou, de acordo com o impacto, constar de projeto ambiental específico.

Os custos do estudo de impacto ambiental e obtenção de licenças são riscos da concessionária, pois como já descrito, foram eles estimados sob exclusiva responsabilidade da concessionária.

⁶¹ A Constituição brasileira contempla a realização de avaliação de impacto ambiental como condição para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente. Trata-se de exame de natureza técnico-científica relacionado com o procedimento de licenciamento ambiental, com o objetivo primacial de assegurar-lhe transparência e objetividade, sendo informado pelos princípios da publicidade e da participação comunitária. Antes mesmo da promulgação da Carta de 1988, a Lei n. 6.938, de 31/08/1981, já consagrara a avaliação do impacto ambiental como um dos instrumentos de realização da Política Nacional de Meio Ambiente. O caráter prévio é atributo essencial e indeclinável dessa atividade, expressando, desta feita, a aplicação dos princípios da prevenção e precaução. Não faria nenhum sentido, com efeito, cogitar-se de uma avaliação *a posteriori*, após a realização da atividade potencialmente lesiva ao meio ambiente e, quem sabe, após a consumação do dano. Nada impede, porém, que no curso de uma atividade surja oportunidade para (re)avaliar impactos ambientais, realizando-se o estudo competente. Colaço Antunes define o instituto da avaliação de impacto ambiental como a “atividade administrativa encaminhada para identificar, descrever e estimar os efeitos que a execução de uma determinada obra causa no ambiente, bem como a adoção das medidas adequadas à sua proteção”. A finalidade perseguida por tal instrumento é a utilização racional e sustentável dos recursos naturais, compatibilizando-a com a proteção do ambiente e prevenindo os efeitos adversos em relação ao bem jurídico em tela. (COSTA NETO, Nicolao Dino de C. *Aspectos da Tutela Preventiva do Meio Ambiente: Avaliação de Impacto Ambiental e o Licenciamento Ambiental*. Artigo do livro *Direito Ambiental Contemporâneo*, organizado por José Rubens Morato Lertite e Ney de Barros Bello Filho. São Paulo: Manole, 2004, p. 179/180.



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

Nos termos da Cláusula XLVI dos contratos de concessão, *“cabera à CONCESSIONÁRIA obter todas as licenças e autorizações necessárias ao exercício das atividades vinculadas à concessão, inclusive a licença prévia ambiental”*.

Cabia à concessionária a averiguação dos lotes licitados, inclusive no que toca a aspectos ambientais, aí incluídos potenciais impactos decorrentes da atividade, bem como aqueles possivelmente pré-existentes. Assim, atribuiu-se expressamente às licitantes a obrigação de, na proposta comercial, estimar, sob sua inteira responsabilidade, os valores pertinentes aos investimentos necessários para a realização de *“projetos executivos, estudos ambientais e medidas mitigadoras de impactos ambientais”*.

Por outro lado, diante da responsabilidade ambiental atribuída à concessionária quanto à prevenção dos impactos ambientais, insta diferenciar o que seriam as medidas mitigadoras e compensatórias.

As medidas mitigadoras, expressamente definidas como risco da concessionária, são aquelas destinadas a corrigir os impactos ambientais decorrentes da atividade, a qual é precedida de Estudo Prévio de Impacto Ambiental (EIA). **São tomadas para reduzir, ou mesmo eliminar, os danos ao meio ambiente antes que ele ocorra.** Tais medidas não oferecem maiores dificuldades, no tocante à definição do respectivo risco. Nos termos da já mencionada disposição do edital de concorrência (Anexo VII, item 4.II.2) *“os valores previstos para os investimentos referentes a elaboração pela Concessionária de projetos executivos, estudos ambientais e implantação de medidas mitigadoras de impactos ambientais deverão ser fixados pela Licitante sob sua exclusiva responsabilidade”*.



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

Destarte e na linha da exposição feito acima, o risco pertinente as medidas mitigatórias foi integralmente atribuído à concessionária. Cabe a ela a implementação das referidas medidas mitigadoras e, uma vez que os custos para sua implementação foram fixados pela concessionária sob sua exclusiva responsabilidade, a variação destes custos é risco da concessionária e, assim, não pode justificar pedido de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Já as medidas compensatórias destinam-se a compensar provável dano ambiental. Tratam-se de providências práticas, objetivando a minimização ou compensação de eventos causados pelo impacto ambiental. Por exemplo, o artigo 36, *caput*, da Lei nº 9.985/2000 determina que *“nos casos de licenciamento ambiental de empreendimentos de significativo impacto ambiental, assim considerado pelo órgão ambiental competente, com fundamento em Estudo de Impacto Ambiental e respectivo relatório – EPIA/RIMA, o empreendedor é obrigado a apoiar a implantação e manutenção da unidade de conservação do Grupo de Proteção Integral (...)”*.

Tais medidas, em verdade, são consectários lógicos das medidas mitigadoras, porquanto se destinam a reduzir ou suprimir os efeitos de degradação ambiental, contudo por meio da realização de providências que objetivam compensar as consequências prejudiciais ao meio ambiente, ante impossibilidade fática de mitigação propriamente dita. **E justamente por se tratarem de desdobramento das medidas mitigatórias, as medidas compensatórias são de única e exclusiva responsabilidade da concessionária.** Para tanto, invoca-se a multicitada disposição editalícia e os fundamentos acima deduzidos.



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

Assim, a implantação de medidas mitigadoras e compensatórias, bem como os custos delas decorrentes são risco da concessionária e não abrange apenas as obras, mas toda atividade rodoviária, inclusive a operação.

Neste sentido, o Anexo X dos editais de segunda etapa de concorrência internacional, referente às “Informações sobre o meio ambiente”, prevê, no item 2.1.3. que os impactos causados pela atividade rodoviária devem ser considerados nas fases de projeto, construção, conservação e restauração, bem como de **operação**. Em seguida, procedeu-se uma descrição dos principais impactos referentes a estas fases, os quais devem ser analisados e **evitados**.

Neste sentido, deve ser mencionado que já existe decisão transitada em julgado, na qual a questão foi abordada (autos 2007.70.00.010824-5 – Vara Federal Ambiental de Curitiba).

A demanda foi proposta por concessionária rodoviária do Estado do Paraná e julgada improcedente, sob o fundamento de que a responsabilidade ambiental imputada à concessionária decorre não apenas das obras por ela realizadas em face do contrato de concessão, mas também da própria operação da rodovia, bem como que não se pode considerar a construção de bacias de contenção como álea extraordinária, seja porque já conhecia a autora (ou deveria conhecer) a existência de manancial no trecho concedido, seja porque a implementação das medidas mitigadoras é inerente às atividades por ela desenvolvidas. Veja-se trecho da referida sentença:

Sem embargo, conforme aduzido pelo DER, tem-se que o contrato de concessão prevê como de responsabilidade da concessionária as obras necessárias à preservação ambiental no trecho concedido. A esse respeito, de destaque os anexos V, VII e X do Edital de Licitação, integrantes do contrato de concessão, que prevêm:

Na fase de exploração da Concessão, deverão ser identificados e solucionados os impactos decorrentes da atividade rodoviária, uma vez que a operação gera

86



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

uma série de modificações no meio ambiente original, introduzindo poluição do ar, da água, sonora e efeitos das vibrações, com ênfase quanto ao transporte de cargas perigosas e à transposição de áreas de mananciais. (item I do Anexo V, fls. 413/414, grifou-se)

Os valores previstos para os investimentos referentes a elaboração pela Concessionária de projetos executivos, estudos ambientais e implantação de medidas mitigadoras de impactos ambientais deverão ser fixados pela Licitante sob sua exclusiva responsabilidade. (item II.2, 'a', do Anexo VII, pertinente à elaboração da proposta comercial pela licitante, fl. 422, grifou-se)

As empresas concessionárias serão diretamente responsáveis pela prevenção e recuperação dos impactos ambientais decorrentes do planejamento, construção, manutenção e operação de rodovias, bem como pelo cumprimento da legislação ambiental e implantação das medidas mitigadoras. (item 2.2.1 do Anexo X, fl. 489, grifou-se)

Atente-se que a responsabilidade ambiental imputada à concessionária decorre não apenas das obras por ela realizadas em face do contrato de concessão, mas também da própria operação da rodovia, como não poderia deixar de ser, dado que de igual forma a ela concedida. E no Anexo X do Edital constou expressamente que as modificações do meio ambiente na fase de operação decorrem, dentre outros, da poluição da água, apontando-se como fator de contaminação potencial dos corpos d'água a ocorrência de acidentes com cargas potencialmente poluentes (fl. 500). Alertou-se tratarem-se de impactos a serem analisados e evitados (fl. 495).

Nesse trajeto, não se pode considerar a construção das bacias de contenção como álea extraordinária, seja porque já conhecia a autora (ou deveria conhecer) a existência de manancial - Área de Proteção Ambiental do Passaúna (criada pelo Decreto Estadual nº 458, de 5 de junho de 1991) - no trecho concedido, seja porque inerente às atividades por ela desenvolvidas a implementação das medidas mitigadoras, conforme expressamente advertido nos anexos acima. Dessume-se, pois, que deveria ter previsto, quando de sua proposta comercial, as despesas específicas relativas à prevenção de acidentes com cargas perigosas na área que corta o manancial do Rio Passaúna, no que se insere a implementação de bacias de contenção, tratando-se de risco pela concessionária assumido."

Em conformidade com o entendimento exarado na r. sentença, entendeu o juízo que a concessionária é responsável pela tomada de medidas mitigadoras relativas a operação da rodovia.

Tal fundamento é perfeitamente aplicável aos aspectos ambientais, aí incluídas eventuais despesas para prevenção de possíveis danos da atividade rodoviária, incluída nesta a operação. Ora, se foi oportunizado à concessionária vistoriar o lote, tomar conhecimento de suas peculiaridades, para



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

fins de elaboração da proposta comercial, não pode ela alegar que o valor estabelecido sob sua exclusiva responsabilidade para implantação de medidas mitigadoras não é suficiente, pleiteando reequilíbrio em razão de tal evento.

Raciocínio contrário implicaria transferir ao usuário o risco por implantação de medidas mitigadoras e compensatórias, em afronta às disposições do instrumento convocatório, bem como a sua penalização, mediante incremento tarifário, por conduta da concessionária, consistente em não projetar corretamente seus custos.

b) Recuperação dos impactos ambientais decorrentes do planejamento, construção, manutenção e operação de rodovias, bem como preexistentes à concessão.

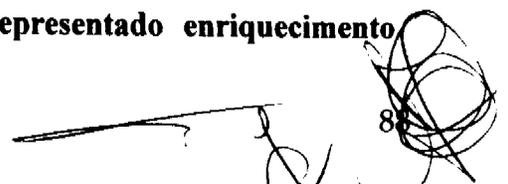
Neste caso, diversamente do que ocorre com as medidas compensatórias e mitigatórias, busca-se a reparação de um dano ambiental.

Quando os danos forem causados por conduta da concessionária, naturalmente esta responde pela reparação, sem direito ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Tal responsabilidade tem amparo nos editais de segunda etapa de licitação, que determinam que as concessionárias devem reparar os danos ambientais decorrentes do planejamento, construção, manutenção e operação de rodovias.

Aplicáveis, pois, os princípios do poluidor-pagador e do usuário-pagador. Veja-se, sobre tais princípios, a seguinte lição doutrinária:

O princípio do usuário-pagador contém também o princípio poluidor-pagador, isto é, aquele que obriga o poluidor a pagar a poluição que pode ser causada ou que já foi causada.

O uso gratuito dos recursos naturais tem representado enriquecimento


8



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

ilegítimo do usuário, pois a comunidade que não usa do recurso ou que o utiliza em menor escala fica onerada. O poluidor que usa gratuitamente o meio ambiente para nele lançar os poluentes invade a propriedade pessoal de todos os outros que não poluem, confiscando o direito de propriedade alheia.

(...)

O princípio usuário-pagador não é uma punição, pois mesmo não existindo qualquer ilicitude no comportamento do pagador ele pode ser implementado. Assim, para tornar obrigatório o pagamento pelo uso do recurso ou pela sua poluição não há necessidade de ser provado que o usuário ou poluidor estão cometendo faltas ou infrações. O órgão que pretenda receber o pagamento deve provar o efetivo uso do recurso ambiental ou a sua poluição. A existência da autorização administrativa para poluir, segundo as normas de emissão regularmente fixadas, não isenta o poluidor de pagar pela poluição por ele efetuada”.⁶² (grifou-se)

Destarte, aquele que contribui para degradação ambiental, seja na condição de usuário dos recursos, seja na condição de quem efetivamente exerce a atividade potencialmente degradante, deve reparar eventual dano, independentemente do cometimento ou não de ato ilícito.

A Constituição Federal dispõe, em seu artigo 225, §3.º, *in verbis*:

Art. 225. (...)

§3.º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas a sanções penais e administrativas, independentemente da **obrigação de reparar os danos causados.**

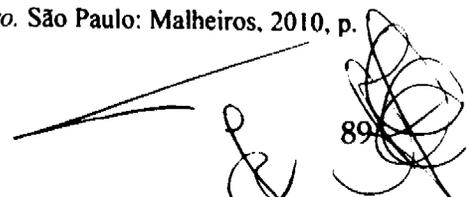
Ainda, conforme previsto no artigo 14, § 1.º da Lei n.º 6.938/81:

Art. 14. (...)

§1.º Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou repara os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade (...)

A responsabilidade ambiental consagrada constitucional e legalmente é extracontratual e independe de qualquer negócio jurídico

⁶² MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 67/68.


89



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

entabulado entre partes, envolvendo aspectos civis, penais e administrativos. Independe da previsão contratual e, assim, as concessionárias, por explorarem atividade potencialmente degradante do meio ambiente, são responsáveis pelos pela prevenção e recuperação dos impactos ambientais.

E, conforme previsto no citado artigo, a responsabilidade ambiental é objetiva, ou seja, independe da demonstração da culpa, baseando-se na teoria do risco. Uma vez que a empresa utiliza-se gratuitamente do meio ambiente para a exploração de sua atividade comercial e lucra com isso, deve arcar com os riscos de danos ambientais decorrentes de sua atividade econômico ou a ela ligados.

Ocorre que tal dano pode ter várias concausas e causadores. Além da atividade rodoviária potencial e efetivamente degradante, é possível que eventual dano ambiental também decorra de outros fatores e da atividade de outros sujeitos, incluindo-se aí os proprietários de terras limítrofes às rodovias e os usuários.

Ainda, é possível que se trata de passivo ambiental, correspondente a danos ao meio ambiente ocorridos ou iniciados⁶³ anteriormente à concessão.

Assim, o dano pode ser causado pela própria concessionária ou ser anterior a concessão, tendo ou não agravamento posterior decorrente de conduta da concessionária.⁶⁴ E também pode ter ocorrido durante a concessão, mas decorrer da conduta de terceiros.

⁶³ Há danos cuja extensão vai aumentando com o passar do tempo.

⁶⁴ O Direito Ambiental engloba as duas funções da responsabilidade civil objetiva: a função preventiva – procurando por meios eficazes, evitar o dano - e a função reparadora – tentando reconstituir e/ou indenizar os prejuízos ocorridos. Não é social e ecologicamente adequado deixar-se de valorizar a responsabilidade preventiva, mesmo porque há danos ambientais irreversíveis. (MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 18ª edição, 2010, p. 366.)



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

Diante da possibilidade de múltiplas causas do dano ambiental, há que se delinear a responsabilidade da concessionária. Para tanto, é necessário distinguir a responsabilidade pelo meio ambiente decorrente das normas ambientais frente à coletividade e a responsabilidade contratual da concessionária em relação a reparação dos danos ambientais.

Em relação às normas ambientais, verifica-se que, quando os danos possuem múltiplas causas, ou seja, quando existentes múltiplos agentes poluidores, a responsabilidade é solidária pela reparação integral do dano ambiental. Trata-se de dever solidário, que se estende a quem quer que tenha dado causa ao dano.

Assim, qualquer um dos poluidores, individualmente, pode ser compelido a reparar integralmente o dano ambiental, mesmo que não seja o único causador dos danos.

Conforme se infere do corpo do acórdão prolatado pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Recurso Especial n.º 1.056.540:

Ora, a empresa esquece que a responsabilidade por danos ao meio ambiente além de ser objetiva, é também solidária.

A possibilidade de responsabilizar o novo adquirente de imóvel já danificado, apenas busca dar maior proteção ao meio ambiente, tendo em vista a extrema dificuldade em precisar qual foi a conduta poluente e quem foi seu autor. Ressalta-se que a solidariedade nunca é presumida, mas decorre da lei ou da vontade das partes. No âmbito do Direito Ambiental, advém da dicção dos arts. 3º, inc. IV, e 14, § 1º, da Lei 6.398/1981 (Lei da Política Nacional do Meio Ambiente), com redação nos seguintes termos:

Art 3º - Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por:

(...)

IV - poluidor, a pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental;



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

Art 14 - Sem prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou correção dos inconvenientes e danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores:

(...)

§ 1º - Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.

Portanto, a responsabilidade por um dano recairá sobre todos aqueles relativamente aos quais se possa estabelecer um nexo de causalidade entre sua conduta ou atividade e o dano – com a ressalva da hipótese já mencionada –, ainda que não tenha havido prévio ajuste entre os poluidores. E, consoante o art. 942, *caput*, do atual Código Civil, a solidariedade pela reparação do dano alcança a todos, independentemente de ação conjunta. Uma vez estabelecida a solidariedade, cada obrigado é responsável pelo todo, podendo o titular do direito da ação exigir o cumprimento da obrigação de alguns dos devedores, de todos, ou daquele que gozar de melhor situação financeira, hábil a garantir a efetiva reparação do dano. Ressalva-se, nesse último caso, a possibilidade de mover ação regressiva contra os demais responsáveis na forma da lei.

(STJ, REsp 1056540/GO, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/08/2009, DJe 14/09/2009) (grifou-se)

Assim, decorre da lei a responsabilidade de todos aqueles que, direta ou indiretamente, contribuíram para a degradação ambiental, gerando impacto no meio ambiente. Não se nega ser imperioso verificar-se o liame causal entre a atividade potencialmente degradante e o dano⁶⁵, mas tal nexo vincula-se à participação direta ou indireta no evento danoso ou mesmo o benefício da atividade nociva ao meio ambiente.

⁶⁵ Além da existência do prejuízo, é necessário estabelecer-se a ligação entre a sua ocorrência e a fonte poluidora. Quando é somente um foco emissor não existe nenhuma dificuldade jurídica. Quando houver pluralidade de autores do dano ecológico, estabelecer-se o liame causal pode resultar mais difícil, mas não é tarefa impossível.

José de Aguiar Dias, com sua habitual clareza salienta: “A indivisibilidade do dano, portanto, pode aparecer como consequência da dificuldade de fixar o montante do prejuízo atribuível a cada um, operando a fusão dos dois danos num só e único prejuízo. Seria na verdade, injurídico beneficiar os autores do ato ilícito com a incerteza que só eles estão em condições de desfazer e uma vez que não haja outra solução capaz de atender ao imperativo de reparação ao lesado.” (MACHADO, Paulo Affonso



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

Assim, com relação aos danos ambientais que podem ter ocorrido anteriormente à transferência da propriedade ou posse da área degradada, impõe-se também a responsabilização pela reparação dos danos à pessoa atualmente vinculada ao bem.

No caso das concessionárias, a sua responsabilidade de reparar o dano integralmente, diante da possibilidade do dano ter sido ocasionado previamente à assunção da concessão ou possuir concausas, decorre do fato de ter continuado a atividade degradante (exploração da rodovia), que lhe traz benefícios econômicos e, ainda, ante a extrema dificuldade em precisar qual foi a conduta poluente e quem foi seu autor. Apenas não pode ser responsabilizado aquele que não possui qualquer relação com o evento danoso, não sendo o caso da concessionária, quando se verificam danos ambientais sobre as rodovias ou dela decorrentes, sujeitos à sua administração, exploração, operação, fiscalização, dentre outras atividades.

Mesmo que depois a concessionária ingresse com ação de regresso contra os co-autores do ato danoso ou postule o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, na proporção de contribuição da rodovia ou da atividade da concessionária, quanto aos custos da reparação, caso comprovado que se trata de dano integralmente causado por ações prévias aos contratos de concessão, sem agravamento pelas atividades da concessionária, sempre que instada a tanto pelas autoridades ambientais ou por decisões judiciais, ou pelo DER/PR.

Havendo o agravamento, a concessionária responde pela proporção correspondente em relação ao valor da reparação.



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

A solidariedade impõe, para aqueles cuja atividade possui um liame com o dano ambiental (mesmo que indireto e sutil) a reparação integral do dano. E aquele que arcar integralmente com a reparação, poderá acionar os demais infratores que, neste caso e nesta relação interpessoal, arcarão proporcionalmente com sua participação na conduta danosa. Neste sentido:

AMBIENTAL. DRENAGEM DE BREJO. DANO AO MEIO AMBIENTE. ATIVIDADE DEGRADANTE INICIADA PELO PODER PÚBLICO E CONTINUADA PELA PARTE RECORRIDA. NULIDADE DA SENTENÇA. PARTE DOS AGENTES POLUIDORES QUE NÃO PARTICIPARAM FEITO. INOCORRÊNCIA DE VÍCIOS. LITISCONSÓRCIO PASSIVO FACULTATIVO. SOLIDARIEDADE PELA REPARAÇÃO DO DANO AMBIENTAL.

IMPOSSIBILIDADE DE SEPARAÇÃO DA RESPONSABILIDADE DOS AGENTES NO TEMPO PARA FINS DE CONDENAÇÃO EM OBRIGAÇÃO DE FAZER (REPARAÇÃO DO NICHU). ABRANGÊNCIA DO CONCEITO DE "POLUIDOR" ADOTADO PELA LEI N. 6.938/81. **DIVISÃO DOS CUSTOS ENTRE OS POLUIDORES QUE DEVE SER APURADO EM OUTRA SEDE.**

1. Na origem, cuida-se de ação civil pública intentada em face de usina por ter ficado constatado que a empresa levava a cabo a drenagem de reservatório natural de localidade do interior do Rio de Janeiro conhecida como "Brejo Lameiro". Sentença e acórdão que entenderam pela improcedência dos pedidos do Parquet em razão de a atividade de drenagem ter sido iniciada pelo Poder Público e apenas continuada pela empresa ora recorrida.
2. Preliminar levantada pelo MPF em seu parecer - nulidade da sentença em razão da necessidade de integração da lide pelo Departamento Nacional de Obras e Saneamento - DNOS, extinto órgão federal, ou por quem lhe faça as vezes -, rejeitada, pois é pacífica a jurisprudência desta Corte Superior no sentido de que, mesmo na existência de múltiplos agentes poluidores, não existe obrigatoriedade na formação do litisconsórcio, uma vez que a responsabilidade entre eles é solidária pela reparação integral do dano ambiental (possibilidade de demandar de qualquer um deles, isoladamente ou em conjunto, pelo todo). Precedente.
3. **Também é remansosa a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça pela impossibilidade de que qualquer dos envolvidos alegue, como forma de se isentar do dever de reparação, a não-contribuição direta e própria para o dano ambiental, considerando justamente que a degradação ambiental impõe, entre aqueles que para ela concorrem, a solidariedade da reparação integral do dano.**
4. Na espécie, ficou assentado tanto pela sentença (fl. 268), como pelo acórdão recorrido (fl. 365), que **a parte recorrida continuou as atividades degradantes iniciadas pelo Poder Público, aumentando a lesão ao meio ambiente.** Inclusive, registrou-se que, embora lesivas ao brejo, a atuação da usina recorrida é importante para a preservação da rodovia construída sobre um aterro contíguo ao



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

brejeiro - a ausência de drenagem poderia acarretar a erosão da base da estrada pelo rompimento do aterro.

5. Inexiste, nesta esteira, dúvidas acerca da caracterização do dano ambiental e da contribuição da parte recorrida para isto - embora reconheçam as instâncias ordinárias que também o DNOS é agente degradador (a título inicial).

6. Aplicáveis, assim, os arts. 3º, inc. IV, e 4º, inc. VII, da Lei n. 6.938/81.

7. **Óbvio, portanto, que, sendo demandada pela integralidade de um dano que não lhe é totalmente atribuível, a parte recorrida poderá, em outra sede, cobrar de quem considere cabível a parte das despesas com a recuperação que lhe serão atribuídas nestes autos.**

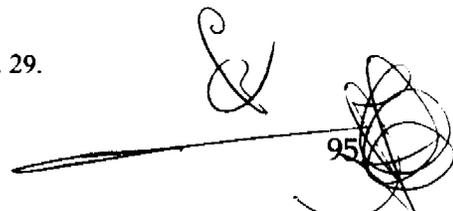
8. Recurso especial provido. (REsp 880.160/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/05/2010, DJe 27/05/2010) (grifou-se)

Assim, a concessionária deverá reparar o dano ambiental e postular a recomposição dos custos, seja mediante ação de regresso em face dos demais causadores, seja através do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, de concessão, em caso de comprovação de dano ambiental prévio aos contratos.

Ademais, as obrigações decorrentes de passivo ambiental enquadram-se na categoria de “obrigações *propter rem*”, assim definidas como obrigações decorrentes do vínculo do sujeito com a coisa e que a ela aderem, sendo transmitidas automaticamente em razão de mutações subjetivas quanto à titularidade da coisa. Leciona Orlando Gomes sobre as obrigações reais:

“Caracterizam-se pela **origem e transmissibilidade automática. Consideradas em sua origem, verifica-se que provêm da existência de um direito real, impondo-se a seu titular. Esse cordão jamais se rompe. Se o direito de que se origina é transmitido, a obrigação o segue, seja qual for o título translativo. A transmissão ocorre automaticamente, isto é, sem ser necessária a intenção específica do transmitente.**

Por sua vez, **o adquirente do direito real não pode recusar-se a assumi-la**”.⁶⁶
(grifou-se)


95



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

Destarte, a obrigação de reparação ambiental adere ao seu objeto, transmitindo-se aos proprietários, possuidores e/ou detentores, ainda que não tenham sido eles os causadores dos danos ou deles tomado conhecimento. Embora não se trate de direito real propriamente dito, é a posse a relação de fato entre o sujeito e a coisa, pela qual exerce ele alguns dos atributos do direito à propriedade e, assim, é possível a responsabilização do possuidor por obrigação ambiental. Vejamos:

ADMINISTRATIVO E AMBIENTAL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. DANO AMBIENTAL. DEVER DE REPARAÇÃO. OBRIGAÇÃO PROPTER REM. INDENIZAÇÃO EM FACE DAS RESTRIÇÕES ECONÔMICAS. SÚMULA 7/STJ.

1. Não ocorre ofensa ao art. 535, II, do CPC se o Tribunal de origem decide, fundamentadamente, as questões essenciais ao julgamento da lide.

2. Esta Corte Superior tem entendimento sedimentado no sentido de que os deveres associados às APPs e à Reserva Legal têm natureza de obrigação propter rem, isto é, aderem ao título de domínio ou posse.

3. Por esse motivo, descabe falar em culpa ou nexa causal, como fatores determinantes do dever de recuperar a vegetação nativa e averbar a Reserva Legal por parte do proprietário ou possuidor, antigo ou novo, mesmo se o imóvel já estava desmatado quando de sua aquisição.

(...).

(AgRg no REsp 1206484/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/03/2011, DJe 29/03/2011)

Assim, a obrigação de reparação de dano ambiental, enquanto obrigação real, adere ao bem, de modo que se transmitem àqueles que detém o título de domínio ou a posse, independentemente de terem sido ou não eles os causadores do dano.

98



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 específico dos contratos de concessão rodoviária do Paraná, as concessionárias exercem a posse sobre a área de concessão, incluídas aí, dentre outros bens, as rodovias e trechos rodoviários de acesso⁶⁷.

Assim, eventual obrigação de cunho ambiental, ainda que pré-existente à outorga da concessão, é transferida à concessionária no momento da assunção do lote pela concessionária, porquanto, na condição de prestadora do serviço, passa a deter a posse dos bens públicos integrantes e vinculados à concessão e todas as atribuições e deveres inerentes ao serviço, dentre as quais está o dever de reparar eventuais danos ambientais. E enquanto estiver em tal condição, não pode a concessionária eximir-se de suas obrigações oriundas de passivo ambiental. Assim, a recuperação do dano ambiental pode partir tanto da concessionária, por ser responsável frente às leis ambientais, ou do DER/PR, como fiscal da concessão.

67

CLÁUSULA I
DEFINIÇÕES

Neste CONTRATO e nos seus Anexos, os termos abaixo indicados terão os seguintes significados:

a) Concessão de Obra Pública: a delegação contratual do Lote XX e respectivos trechos rodoviários de acesso;

(...)

g) LOTE: o conjunto formado pelas rodovias principais e respectivos trechos rodoviários de acesso, conforme descrito no Anexo III do Edital;

(...)

i) Bens vinculados à Concessão: os bens relacionados no Anexo IX do Edital assim como quaisquer bens imóveis que forem adquiridos pela CONCESSIONÁRIA, por via de expropriação, e todos os bens móveis adquiridos pela CONCESSIONÁRIA que sejam utilizados diretamente na exploração das rodovias e dos trechos rodoviários de acesso que compõe o LOTE;

j) Bens que Integram a Concessão:

- as rodovias e trechos de acesso que compõem o LOTE compreendendo todas as edificações e demais bens móveis e imóveis que poderão ser cedidos pelo DER à CONCESSIONÁRIA, de forma provisória, para que não ocorram interrupções nos serviços, e definitiva, até que este CONTRATO se extinga ou que a CONCESSIONÁRIA decida devolver ao DER, relacionados no ANEXO IX do Edital;

2) todos os bens móveis adquiridos pela CONCESSIONÁRIA, que sejam utilizados diretamente na exploração do LOTE;

(...)

l) Empreendimento Concessionado: o LOTE definido neste CONTRATO;"



Destaca-se que, às regras legais, devem-se somar as previsões contratuais, com relação à obrigação da concessionária pela reparação dos danos ambientais mesmo quando não sejam exclusivamente por si causados.

Ora, não obstante a responsabilidade ambiental prevista constitucional e legalmente, as partes podem pactuar a distribuição das obrigações quanto à reparação do dano ambiental, a valer de forma interpessoal.

Neste casos, deve-se ponderar as Cláusulas XXIII, XLII e XLVII, item 2 dos Contratos de Concessão:

CLÁUSULA XXIII
Dos Direitos e das Obrigações do DER

Incumbe ao DER:

(...)

l) promover medidas que assegurem a adequada preservação e conservação do meio ambiente;

(...)

n) assumir as responsabilidades decorrentes de quaisquer atos ou fatos anteriores à data da transferência do controle das rodovias principais e dos trechos rodoviários de acesso que compõem o LOTE;

CLÁUSULA XLII
Da Limitação de Responsabilidade da CONCESSIONÁRIA

A CONCESSIONÁRIA não é responsável pela restauração de danos ocorridos nas rodovias e nos trechos rodoviários de acesso que compõem o LOTE ocorridos em data anterior à celebração deste CONTRATO, sendo tais danos caracterizados como interferências imprevistas, salvo quando a restauração dos referidos danos estiver contida no PROGRAMA DE EXPLORAÇÃO DO LOTE, caracterizando encargo da CONCESSIONÁRIA.

CLÁUSULA XLVII
Da Proteção Ambiental

(...)

2. O DER poderá exigir que a CONCESSIONÁRIA, no curso do período da concessão implemente **medidas de proteção e recuperação do meio-ambiente**, inclusive por intermédio de novas obras e serviços não previstos no PROGRAMA DE EXPLORAÇÃO DO LOTE, observado o que dispõe a respeito este CONTRATO.


98 

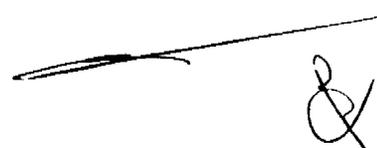


ESTADO DO PARANÁ
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
NÚCLEO JURÍDICO DA ADMINISTRAÇÃO NO DEPARTAMENTO DE
ESTRADAS DE RODAGEM DO PARANÁ (DER/PR)
NÚCLEO CONCESSÕES

Ao se interpretar referidas causas, verifica-se que a expressão medidas de proteção do meio ambiente liga-se a uma atitude preventiva; assim, ainda que exigida pelo DER/PR, enquadra-se entre as medidas mitigadoras, e deve ser arcado pela concessionária. Quanto à recuperação dos danos, infere-se destes dispositivos que a concessionária não é responsável pelo custo da restauração de danos ocorridos em data anterior à celebração do contrato de concessão, ou seja, a concessionária não possui responsabilidade pelo passivo ambiental, salvo quando a reparação destes danos estiver prevista no PER, caracterizando encargos da concessionária.

Assim, conforme disposto contratualmente entre as partes, a concessionária não possui responsabilidade pelos danos, nestes incluídos os ambientais, ocorridos antes da celebração do contrato. Tal disposição deve ser interpretada em consonância com a legislação ambiental e a obrigação da concessionária na preservação do meio ambiente que circunda sua atividade econômica e reparação dos impactos ambientais ligados, mesmo que indiretamente, a esta atividade. Tal responsabilidade é solidária e, assim, há o dever da concessionária implementar as medidas de reparação, mas haverá a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro.

Assim, a regra contratual tem o desiderato de, ao limitar a responsabilidade das concessionárias aos danos posteriores à celebração do contrato, retirar desta o encargo financeiro, mas não a obrigação legal de retorno ao *status quo* ante ou minoração dos danos. As medidas devem ser implementadas, diante da obrigação legal da concessionária em zelar pelos bens vinculados à concessão, e pelo meio ambiente, mas o ônus financeiro pode ser repartido ou transferido ao comprovado causador do dano. É este o alcance da limitação contratual.



Deve-se destacar, mais uma vez, a necessidade de cabal comprovação de que os danos ambientais são preexistentes à concessão, a fim de restar excluída a responsabilidade da concessionária pelos custos da reparação. **A ocorrência de causas concorrentes para dano ou degradação ambiental, bem como a proporção cabível à concessionária e demais causadores-poluidores (v.g. Poder público, proprietários, usuários, etc.) deve ser objeto de apuração fática, não cabendo compartilhamento do risco e do dano, na forma ora exposta, mediante mero acolhimento de alegações das concessionárias.** Todos os dados devem ser submetidos à análise técnica e probatória, a ser feita pelo poder concedente.

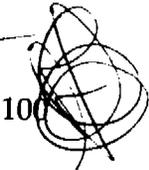
Ademais, nos termos da Cláusula XLVII, o DER/PR poderá exigir da concessionária a implementação de medidas de recuperação do meio-ambiente, mesmo através de novas obras não previstas no PER.

Assim, mesmo no caso do dano ambiental possuir várias concausas e causadores, frente a sua responsabilidade contratual, a concessionária, deve proceder sua reparação para, ao final do contrato, não deixar nenhum passivo ambiental. E, quanto aos custos, deve buscar indenização civil dos outros causadores do dano ou, em caso de comprovação de que o dano constitui passivo ambiental sem contribuição da concessionária, buscar o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato.

3.5. Risco legal.

3.5.1. Leis de criação, alteração ou extinção de tributos.

Indaga-se, neste momento, para quem foi alocado o risco legal pelos contratos de concessão.


100 



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

As alterações legislativas podem se caracterizar como fato do príncipe, tratando-se de ato emanado do próprio Estado, não dirigido diretamente ao particular, mas com reflexos sobre o contrato administrativo, de forma a alterar o seu equilíbrio econômico-financeiro. Vejamos como se manifesta a doutrina:

O equilíbrio do contrato administrativo pode ser quebrado por força de ato ou medida instituída pelo próprio Estado. Foi por isso construída a *teoria do fato do príncipe*, aplicável quando o Estado contratante, mediante ato lícito, modifica as condições do contrato, provocando prejuízo ao contratado. O pressuposto do fato do príncipe é a **álea administrativa**.

(...)

O fato do príncipe se caracteriza por ser imprevisível, extracontratual e extraordinário, provocando neste último caso funda alteração na equação econômico-financeira do contrato.⁶⁸

De outro lado, pode-se entender que as alterações legislativas que alterem a carga tributária da concessionária, por ser medida de ordem geral, podem se enquadrar na Teoria da Imprevisão. Este é o entendimento do Tribunal de Contas da União:

“Os limites da aplicação do fato do príncipe também foram determinados por Caio Tácito, ao destacar: “Quando a medida administrativa atinge, especial e diretamente, o contratante particular, tornando mais onerosa a execução contratual e gerando benefício para a administração, a teoria do fato do príncipe autoriza seja indenizado o prejuízo” (in *Direito Administrativo*, p. 294), entendendo que os reflexos decorrentes de leis ou regulamentos de ordem geral não se enquadram na teoria do fato do príncipe, mas na da imprevisão.” (TCU – Plenário - Processo n.º 001.025/1998-8 – Acórdão n.º 45/1999 – Sessão 05/05/1999)

Conforme a Teoria da Imprevisão, “*o contratado faz jus à plena restauração do equilíbrio contratual caso ocorra superveniência de eventos imprevisos de ordem econômica ou que surtem efeitos de natureza econômica,*

⁶⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2012, p. 211.



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

*alheios à ação das partes, que repercutam de maneira seriamente gravosa sobre o equilíbrio do contrato*⁶⁹.

Destaca-se que tal diferenciação não traz reflexos práticos, porquanto as consequências da teoria da imprevisão são as mesmas do fato do príncipe, qual seja, a necessidade de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro. O artigo 65, inciso II, alínea “d” da Lei n.º 8.666/1993 unifica o tratamento jurídico decorrente do fato do príncipe e da teoria da imprevisão. De qualquer forma e aplicando-se qualquer das teorias, via de regra, as alterações legislativas que impliquem impacto nos encargos tributários do contratado configuram evento extraordinário. Assim, o risco não estaria alocado à concessionária, ensejando o reequilíbrio do contrato.

Entretanto, o Tribunal de Contas da União, no Acórdão n.º 1.742/2003, afirmou que as alterações de determinadas exações fiscais configuram álea ordinária, sendo comum a qualquer empreendimento. Ainda, consignou que, não restando comprovado sacrifício insuportável e tratando-se de pequenas variações, não deve ser recomposto o equilíbrio econômico-financeiro. Seguindo tal raciocínio, o risco seria da concessionária, não ensejando direito ao reequilíbrio do contrato. Vejamos:

(...)

10. O procedimento, s.m.j., não está correto. Este Tribunal, ao examinar situação absolutamente idêntica, entendeu que não restara comprovada a existência de sacrifício insuportável que ensejasse o reequilíbrio econômico-financeiro e determinou a redução do percentual do BDI ao valor originalmente pactuado (item 8.1.1 da Decisão n.º 698/2000 - Plenário, Ata n.º 34/2000). O entendimento esposado no referido aresto foi o de que as majorações da COFINS e da CPMF fazem parte da álea empresarial ordinária, comum a qualquer empreendimento, inclusive naqueles em que o poder público figura como contratante, e que, por conseguinte, devia prevalecer o brocardo pacta sunt servanda, em detrimento da teoria da imprevisão (rebus sic stantibus).



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

(...)

14.1 Salvo melhor opinião, não é apropriado persistir no exame dessas questões. A uma, porque, mesmo que se comprovasse o superdimensionamento de uma parcela do BDI (por exemplo, a relativa ao ISS), essa diferença poderia ser tida como álea empresarial ordinária. **Em outras palavras, e na mesma linha de raciocínio adotada em relação à majoração da CPMF e COFINS (parágrafo 10 desta instrução), pequenas variações entre os preços ofertados e os custos efetivos não ensejam repactuação contratual, sejam elas em favor ou em detrimento do contratado.** A duas, porque o mesmo objetivo inicial (analisar a compatibilidade da proposta apresentada pela OAS com aquelas correntes no mercado) pode ser atingido pelo exame dos itens mais relevantes da planilha de preços contratada, usando-se para tanto um BDI costumeiramente adotado em obras públicas. Essa análise será feita no parágrafo 18 desta instrução. (TCU – Plenário – Processo n.º 016.905/2002-3 - Acórdão 1742/2003 – DOU de 28/11/2003)

Há que se ressaltar que há casos em que se pode situar as alterações legislativas com reflexos na carga tributária da concessionária como álea ordinária. Entretanto, via de regra, não é o que ocorre. Não obstante no Brasil seja comum e corriqueiro o aumento dos tributos, não há como se supor quando ocorrerá e em que montante, de forma que tal risco seja estimado na proposta comercial. Ademais, a álea extraordinária abrange os eventos imprevisíveis, mas também os previsíveis de consequências incalculáveis, situando-se as alterações legislativas dos tributos neste último caso.

Assim, como regra geral, alterações legislativas que porventura impactem, para mais ou para menos, os encargos de contratos administrativos, incluindo-se aí os contratos de concessão, tratam-se de álea extraordinária e devem ensejar reequilíbrio econômico-financeiro.

Ora, a alteração fiscal causa impacto na relação entre os encargos e receitas da concessão, conforme a equação prevista na proposta comercial. Neste sentido, a doutrina:



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

“Como visto, a equação econômico-financeira abrange todas as vantagens e todos os encargos produzidos pela contratação para as partes. Essa concepção ampla acerca da equação econômico-financeira abrange inclusive a carga fiscal. O contratado está obrigado a executar certas atividades, necessárias ao adimplemento de seus deveres em face da Administração. Essas atividades configuram-se, muitas vezes, como fatos tributariamente relevantes. Sua ocorrência corresponde a uma hipótese de incidência tributária. Portanto, a execução do contrato produzirá o nascimento de deveres tributários, cuja satisfação faz-se pelo desembolso de recursos financeiros.”⁷⁰

Tal orientação está positivada no artigo 65, § 5º da Lei Federal nº 8.666/1993, a seguir transcrito:

“Quaisquer tributos ou encargos legais criados, alterados ou extintos, bem como a superveniência de disposições legais, quando ocorridas após a data da apresentação da proposta, de comprovada repercussão nos preços contratados, implicarão a revisão destes para mais ou para menos, conforme o caso”.

A mesma orientação legislativa foi adotada no artigo 9º, § 3º da Lei Federal nº 8.987/1995, cujo dispositivo preconiza que, ressalvados os impostos sobre a renda, a modificação de carga tributária supervenientemente à proposta comercial implicará a revisão tarifária para mais ou para menos, desde que comprovado o impacto, no objeto do contrato. Destaca-se o conteúdo do citado dispositivo legal:

Art. 9.º (...)

§3.º 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.

Vale dizer, de regra, qualquer criação ou alteração legislativa posterior à proposta comercial, que causa efetiva e comprovada repercussão na relação entre encargos e receitas, deve ensejar recomposição da equação, em favor do particular ou do poder público, conforme o caso.

⁷⁰ FILHO JUSTEN, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 411,



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

Nos contratos de concessão rodoviária do Estado do Paraná, em observância aos comandos legais supra mencionados, foi previsto o que segue, em relação ao risco legal:

“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:**

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

(...)

c) **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”.**

Assim, em conformidade com a disciplina legal atinente e nos termos dos contratos de concessão, o risco referente às alterações legislativas que caracterizem álea extraordinária não restou atribuído à concessionária, em caso de comprovada repercussão, negativa ou positiva, em seus custos.

Há que se ressaltar que, de acordo com o disposto no artigo 9.º, §3.º da Lei Federal n.º 8.987/1995 e da cláusula contratual acima transcrita, a modificação da carga tributária (negativa ou positiva), por si só, não é suficiente para ensejar quebra no equilíbrio econômico-financeiro, nem tampouco modificação tarifária.



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

Para tanto, é necessário o preenchimento, não necessariamente concomitante, dos seguintes requisitos:

- não se tratar o tributo de imposto sobre a renda (cujo conceito abrange, mas não se confunde com imposto de renda);
- demonstração da repercussão nos custos da concessionária.

Prosseguindo, nem todo e qualquer aumento tributário ensejará a necessidade de reequilíbrio, sendo que a própria Lei nº 8.987/1995 estabelece casos em que assim não o será. Para que se configure o desequilíbrio, é necessário que haja pertinência entre o tributo criado ou alterado e o serviço objeto de concessão, bem como efetiva comprovação da repercussão direta da majoração ou minoração da exação nos custos da concessionária.

Assim, por força da ressalva contida no artigo 9º, § 3º da Lei Federal nº 8.987/1995, apenas deve ser realizado o reequilíbrio se houver cabal demonstração, sujeita à apreciação pelo poder concedente (inclusive sob o prisma do regime de incidência aplicável), de que a modificação quantitativa (para mais ou para menos, em favor da concessionária ou do poder concedente) dos referidos tributos causa impacto direto nos custos da operação, não sendo a alteração da carga tributária, por si só e considerada isoladamente, suficiente para autorizar reequilíbrio.

Vejam-se, sobre o assunto, as seguintes lições doutrinárias:

“O fato causador do rompimento do equilíbrio econômico-financeiro pode ser a instituição de exações fiscais que onerem, de modo específico, o cumprimento da prestação pelo particular.

(...)

É necessário, porém, um veículo direto entre o encargo e a prestação. Por isso, a lei que aumentar a alíquota do imposto de renda não justificará alteração do valor contratual.

(...)

Haverá quebra da equação econômico-financeira quando o tributo (instituído

 
10



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

ou majorado) recair sobre a atividade desenvolvida pelo particular ou por terceiro necessária à execução do objeto da contratação. Mais precisamente, cabe investigar se a incidência tributária configura-se como um 'custo' para o particular executar sua prestação. A resposta positiva a esse exame impõe o reconhecimento da quebra do equilíbrio econômico-financeiro. Diversa é a situação quando a incidência recai sobre a riqueza já apropriada pelo particular, incidindo economicamente sobre os resultados extraídos da exploração".⁷¹ (grifou-se)

"A raiz da questão envolve a distinção entre tributos incidentes sobre a atividade objeto do contrato ou sobre os resultados auferidos pelo agente econômico. Uma seria a alternativa quanto a incidência tributária recaísse sobre a atividade que é pressuposto da execução da prestação. Outra seria a questão quando o tributo incidisse sobre os resultados obtidos pelo contratado. No segundo caso, a variação da carga fiscal não afeta os 'custos' de execução do contrato.

(...)

Ou seja e como regra, a variação da carga tributária não produzirá reflexos sobre a equação econômico-financeira quando fora impossível para o particular dimensionar o impacto dessa carga sobre a atividade a ser desempenhada contratualmente. A impossibilidade de relação comprovada entre a carga tributária e os custos assumidos pelo particular inviabiliza considerar-se aquela como integrante da equação econômico-financeira do contrato".⁷² (grifou-se)

Extrai-se dos excertos doutrinários acima transcritos que o aumento da carga fiscal, por si só, não é suficiente para desencadear desequilíbrio econômico-financeiro. Para tanto, é necessária demonstração efetiva e concreta, do impacto do evento no custos da concessionária. Vale dizer, a repercussão econômica do evento nos custos para a execução do objeto contratual.

É necessário um vínculo direto entre a exação fiscal e os encargos do contratado. É necessário "*investigar se a incidência tributária configura-se como um "custo" para o particular executar sua prestação*"⁷³.

⁷¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários a lei de licitações e contratos administrativos*. São Paulo: Dialética, 2005, p. 545 e ss.

⁷² JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 413/415.

⁷³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Dialética, 2012, p. 898.


10



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

Para tanto, observa-se a etapa da execução do serviço sobre a qual recairá a incidência, não havendo quebra da equação econômico-financeira se a exação recair *“sobre a riqueza já apropriada pelo particular, incidindo economicamente sobre os resultados extraídos da extrapolação”*⁷⁴.

Deve-se tomar cuidado, entretanto, para não confundir a necessidade de que os tributos impactem nos custos da concessionária para autorizar o reequilíbrio, com a necessidade de que a exação incida apenas sobre a etapa da produção consistente na execução propriamente dita. Alterações legislativas sobre tributos cuja hipótese de incidência seja o resultado do contratado também podem autorizar o reequilíbrio econômico-financeiro, tal qual acontece com o ISS. Resultado não se confunde com lucro. Assim, manifesta-se a doutrina:

“Tem de reconhecer-se que o momento cronológico da incidência tributária é irrelevante para determinar a integração da despesa na equação econômico-financeira. Inúmeras despesas, inquestionavelmente componentes da aludida equação, incidem sobre resultados da atividade. Isso fica evidente no exame do ISS e dos encargos previdenciários e trabalhistas.

Em uma obra de engenharia, por exemplo, a incidência do ISS faz-se sobre a prestação do serviço propriamente dita. A variação do ISS é considerada como causa eficiente de desequilíbrio e autoriza recomposição da equação. Os encargos previdenciários pressupõem a execução do serviço e, mesmo, o pagamento de inúmeras verbas aos empregados. Suponha-se a contribuição sobre o salário, que deverá ser liquidado (normalmente) após executada a prestação.

Em todas as hipóteses, a incidência tributária dá-se sobre etapa econômica que não abrange a execução propriamente dita, mas o resultado auferido. No entanto, reconhece-se a caracterização de desequilíbrio que autoriza recomposição.”⁷⁵

A seguir, tratar-se de questões específicas, pertinentes ao risco legal e atinentes à revisão dos contratos de concessão rodoviária do Estado do Paraná.

⁷⁴

Ibidem, p. 899.

⁷⁵

JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. São Paulo:



3.5.1.1 Contribuição Social Sobre o Lucro Líquido

Destaca-se que, nos termos da legislação mencionada e da cláusula contratual, o risco alocado ao poder concedente e autorizador do reequilíbrio econômico-financeiro do contrato referente ao aumento/diminuição da exação fiscal não engloba o tributo de imposto sobre a renda (cujo conceito abrange, mas não se confunde com imposto de renda).

A seguir, repetimos excerto da Lei n.º8.987/1995 e dos contratos de concessão sobre o assunto:

Art. 9.º (...)

§3.º **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.

“CLÁUSULA XX – Da Revisão da Tarifa Básica

(...)

3. Para os efeitos previstos nos itens anteriores, **a revisão dar-se-á nos seguinte casos:**

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

Neste conceito, enquadra-se o imposto de renda, mas também a CSLL.

Ante expressa menção à CSLL – Contribuição Social Sobre o Lucro Líquido, no rol de “tributos que repercutem sobre a concessão” indicados nos Termos Aditivos de 2002, devem ser tecidas considerações sobre tal exação.



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

Dispõem os artigos 1º e 2º da Lei Federal nº 7689/1988:

Art. 1º Fica instituída contribuição social sobre o lucro das pessoas jurídicas, destinada ao financiamento da seguridade social.

Art. 2º A base de cálculo da contribuição é o valor do resultado do exercício, antes da provisão para o imposto de renda.

É nítido pois, que o fato jurídico tributário da referida exação é a obtenção de lucro. Tanto é assim que a base de cálculo é o valor do resultado do exercício.

Ocorre que a obtenção ou não de lucro não guarda relação com o equilíbrio econômico-financeiro. O lucro é meramente resultado da exploração da atividade, não tendo ele pertinência com os custos da operação, estes sim atinentes ao equilíbrio econômico financeiro.

Deste modo, foi inadequado abranger as alterações da CSLL como justificadoras do reequilíbrio operado nos termos aditivos de 2002, porquanto foram desconsiderados os multimencionados requisitos legais e contratuais para que modificação de tributo enseje direito a reequilíbrio (*não se tratar de tributo de imposto sobre a renda; demonstração da repercussão nos custos da concessionária*).

Desta forma, não deve haver equilíbrio econômico-financeiro relativo às alterações de CSLL, devendo a majoração efetuada nos Termos Aditivos de 2002 ser expurgada.



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

3.5.1.2. Alterações legislativas referentes ao ISSQN

Dispõe o artigo 3.º da revogada Lei Complementar n.º 100/1999:

Art. 3.º A Lista de serviços anexa ao Decreto-Lei n.º 406, de 31 de dezembro de 1968, com a redação dada pela Lei Complementar n.º 56, de 15 de dezembro de 1987, passa a vigorar acrescida do seguinte item:

"101 – exploração de rodovia mediante cobrança de preço dos usuários, envolvendo execução de serviços de conservação, manutenção, melhoramentos para adequação de capacidade e segurança de trânsito, operação, monitoração, assistência aos usuários e outros definidos em contratos, atos de concessão ou de permissão ou em normas oficiais." (grifou-se)

A Lei Complementar n.º 116/2003, pela qual foi revogada integralmente a LC n.º 100/1999 define a hipótese de incidência, base de cálculo e outros aspectos pertinentes ao ISS, nos termos dos dispositivos abaixo transcritos:

Art. 1.º O Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, tem como fato gerador a **prestação de serviços** constantes da lista anexa, ainda que esses não se constituam como atividade preponderante do prestador.

(...)

§ 3.º O imposto de que trata esta Lei Complementar incide ainda sobre os **serviços prestados mediante a utilização de bens e serviços públicos explorados economicamente mediante autorização, permissão ou concessão, com o pagamento de tarifa, preço ou pedágio pelo usuário final do serviço.**

(...)

Art. 3º (...)

(...)

§ 2.º No caso dos serviços a que se refere o subitem 22.01 [**Serviços de exploração de rodovia mediante cobrança de preço ou pedágio dos usuários, envolvendo execução de serviços de conservação, manutenção, melhoramentos para adequação de capacidade e segurança de trânsito, operação, monitoração, assistência aos usuários e outros serviços definidos em contratos, atos de concessão ou de permissão ou em normas oficiais**] da lista anexa, considera-se ocorrido o fato gerador e devido o imposto em cada Município em cujo território haja extensão de rodovia explorada.

(...)



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

Art. 5.º Contribuinte é o prestador do serviço.

(...)

Art. 7.º A base de cálculo do imposto é o **preço do serviço**. (grifou-se)

Da análise das disposições legais pertinentes, chega-se, sem maiores dificuldades, às seguintes constatações:

- a hipótese de incidência do ISSQN é a *prestação de serviço* constante em lista específica, na qual estão os *serviços de exploração de rodovia mediante cobrança de preço ou pedágio dos usuários* (§ 3º do artigo 1º e item 22.01 do anexo, da Lei Complementar nº 116/2003);
- o sujeito ativo, no caso das concessionárias, é o Município em cujo território haja exploração da rodovia concedida;
- a base de cálculo é o preço do serviço.

Destarte, não há como se chegar a outra conclusão senão a de que a exação em comento impacta diretamente no custo do serviço, porquanto a sua prestação é o fato jurídico tributário e o seu preço é a base de cálculo. Assim, a majoração ou minoração do ISSQN, de regra, deve ser considerada para fins de reequilíbrio econômico financeiro. Nesse sentido:

CONTRATO ADMINISTRATIVO. RECOMPOSIÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO. ALTERAÇÃO DAS ALÍQUOTAS ISS E FGTS. CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO. Possível a revisão do contrato administrativo, tal como previsto no art. 65, § 5º, da Lei nº 8.666/93, que alcança tanto a Administração quanto o administrado. O contrato administrativo celebrado entre as partes prevê a possibilidade de repactuação após o interregno mínimo de um ano, a partir da data da apresentação da proposta. **Tendo havido a redução do preço mensal do contrato por força da redução das alíquotas do FGTS e do ISS, os efeitos financeiros podem retroagir mas devem observar o prazo anual estabelecido na cláusula 4.1. do contrato administrativo.** A alteração do preço do contrato por força da Convenção Coletiva do Trabalho devem retroagir à data do requerimento feito pela parte, no caso, à data de 10/07/2007. (TRF4, AC 2008.70.00.021809-2, Quarta Turma, Relator Jorge Antonio Maurique, D.E. 25/05/2011) (grifou-se)



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

No entanto, deve ser ressaltado que todo pedido de reequilíbrio depende de prova, pertinente à efetiva existência de fato causador e ao montante, seja em relação ao passado, seja no que toca à estimativa futura. Assim, entendimento jurídico no sentido de que a alteração na alíquota do ISSQN, em princípio, deve ensejar reequilíbrio contratual não afasta o ônus de que a parte interessada comprove cabalmente todos os elementos necessários referentes ao pedido, incluindo-se aí a ocorrência do evento, a estimativa do aumento do tributo para futuro, bem como impacto passado, em relação ao qual deve ser demonstrado efetivo recolhimento do imposto.

3.5.1.3. PIS/COFINS

Para se chegar a uma conclusão sobre a modificação de carga tributária pertinente a PIS/COFINS (e a qualquer tributo) ensejar direito a reequilíbrio, é necessária a análise da legislação instituidora das exações, conjuntamente com a apuração de elementos fáticos.

Dispõem os artigos 1º e 2º da Lei Complementar nº 70/1991, pela qual foi criada a COFINS:

“Art. 1º Sem prejuízo da cobrança das contribuições para o Programa de Integração Social (PIS) e para o Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público (Pasep), fica instituída contribuição social para financiamento da Seguridade Social, nos termos do inciso I do art. 195 da Constituição Federal, devida pelas pessoas jurídicas inclusive as a elas equiparadas pela legislação do imposto de renda, destinadas exclusivamente às despesas com atividades-fins das áreas de saúde, previdência e assistência social.

Art. 2º A contribuição de que trata o artigo anterior será de dois por cento [atualmente três por cento, ante a modificação da alíquota pelo artigo 8º da Lei Federal nº 9.718/1998] e incidirá sobre o **faturamento mensal**, assim considerado a receita bruta das vendas de mercadorias, de mercadorias e serviços e de serviço de qualquer natureza”. (grifou-se)



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

Já a base de cálculo e hipótese de incidência do PIS são definidas na Lei Federal n.º 10.637/2002:

Art. 1º A contribuição para o PIS/Pasep tem como fato gerador o faturamento mensal, assim entendido o total das receitas auferidas pela pessoa jurídica, independentemente de sua denominação ou classificação contábil.

§ 1º Para efeito do disposto neste artigo, o total das receitas compreende a receita bruta da venda de bens e serviços nas operações em conta própria ou alheia e todas as demais receitas auferidas pela pessoa jurídica.

§ 2º A base de cálculo da contribuição para o PIS/Pasep é o valor do faturamento, conforme definido no caput.

Extrai-se das disposições acima transcritas que a hipótese de incidência da COFINS e do PIS é o faturamento mensal.

No tocante à base de cálculo, faz-se necessária a diferenciação no tocante aos regimes de incidência. Quando o regime de incidência for o não cumulativo, a base de cálculo é *“o total das receitas da pessoa jurídica, sem deduções em relação a custos, despesas e encargos. Nesse regime, as alíquotas da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins são, respectivamente, de 0,65% e de 3%”*.⁷⁶

No regime de incidência cumulativo, é permitido *“o desconto de créditos apurados com base em custos, despesas e encargos da pessoa jurídica. Nesse regime, as alíquotas da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins são, respectivamente, de 1,65% e de 7,6%”*.⁷⁷

Note-se que há significativa diferença entre os regimes de incidência, porquanto num deles, para aferição da base de cálculo e fixação da

76 Definição extraída do sítio eletrônico da Receita Federal:
<http://www.receita.fazenda.gov.br/pessoajuridica/pispasepcofins/regincidencia.htm>.

77 *Idem*.



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

respectiva alíquota, não se deduz quaisquer custos, despesas e encargos, enquanto em outro é possível a dedução.

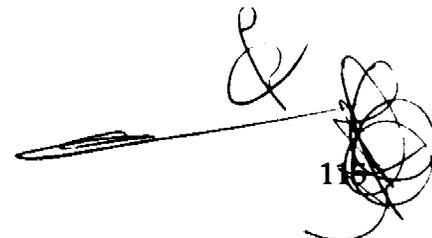
Agregando-se a hipótese de incidência (*faturamento mensal*) à base de cálculo (*receita bruta*), chega-se à conclusão de que a COFINS e PIS não se tratam de tributo indireto, porquanto não está vinculado ao serviço concedido, nem de regra é suportado pelo usuário. A exação incide sobre o faturamento, podendo ou não, conforme o regime de incidência aplicável, haver dedução de custos, despesas e encargos.

Para que o aumento das alíquotas dos referidos tributos configure causa de desequilíbrio econômico-financeiro, deve ser demonstrado o efetivo impacto que a majoração das exações teve nos custos para a operação e, em caso positivo, ser estimado quantitativamente o desequilíbrio.

Não havendo tal demonstração, cujo ônus é da concessionária e que está sujeita à apreciação e validação pelo poder concedente, não há como ser deferido pleito de reequilíbrio.

No caso da COFINS e do PIS, o respectivo fato jurídico tributário não é o serviço prestado ou qualquer outro fator correlato e sim o faturamento, podendo ou não, conforme o regime de incidência aplicável, haver dedução, da base de cálculo, de custos, encargos e despesas.

Assim, para que majoração (ou minoração) das alíquotas do COFINS e do PIS se enquadrem na conceito de “fato do príncipe”, é necessária comprovação do impacto do ônus no preço do serviço, causado pela incremento (ou decréscimo) tributário.


11



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

E, por óbvio, agregada à demonstração e quantificação do respectivo impacto para a prestação do serviço, também deve ser comprovada a regularidade fiscal e pagamento do tributo, relativo ao período pretérito ao pedido. Entendimento contrário possibilitaria o deferimento do pedido sem que se saiba se o tributo pretensamente desencadeador do desequilíbrio foi efetivamente recolhido, o que, em caso de não recolhimento, parcial ou integral, ensejaria enriquecimento ilícito para a concessionária, às custas de recursos dos usuários.

Conclui-se, à vista do exposto, que a majoração da alíquota do COFINS e do PIS, consideradas em si mesmo, não é suficiente para ensejar desequilíbrio contratual, cabendo ao particular (ou poder concedente, conforme o caso) demonstrar, efetiva e concretamente, o alegado impacto do evento no custos do contrato para a execução do serviço e/ou obra concedidos, estando tal comprovação sujeita à aferição e validação pelo poder concedente, sob os prismas qualitativos e quantitativos, incluídos aí aspectos pertinentes ao regime de incidência aplicável e ao efetivo recolhimento dos tributos.

3.5.1.4. CPMF

Conforme discorrido, alteração de tributos que influenciam na execução do contrato de concessão não se enquadra na categoria de eventos que constituem risco da concessionária. Porém, para se proceder o reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão, devem ser analisados os critérios estabelecidos nos já citados artigo 9.º, § 3.º da Lei n.º 8987/1995, artigo 65 da Lei n.º 8.666/1993 e Cláusula XX dos contratos.



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

Primeiramente, verifica-se que a CPMF não se enquadra nos impostos sobre a renda, cuja alteração não justifica o reequilíbrio econômico-financeiro, nos termos da Lei n.º 8987/1995.

A CPMF – Contribuição Provisória sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira foi instituída pela Lei Federal n.º 9.311/1996, a qual preceitua, em seus artigos 1º e 2º:

Art. 1º É instituída a Contribuição Provisória sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira – CPMF. Parágrafo único. Considera-se movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira qualquer operação liquidada ou lançamento realizado pelas entidades referidas no art. 2º, que representem circulação escritural ou física de moeda, e de que resulte ou não transferência da titularidade dos mesmos valores, créditos e direitos.

Art. 2º O fato gerador da contribuição é:

I - o lançamento a débito, por instituição financeira, em contas correntes de depósito, em contas correntes de empréstimo, em contas de depósito de poupança, de depósito judicial e de depósitos em consignação de pagamento de que tratam os parágrafos do art. 890 da Lei n.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973, introduzidos pelo art. 1º da Lei n.º 8.951, de 13 de dezembro de 1994, junto a ela mantidas;

II - o lançamento a crédito, por instituição financeira, em contas correntes que apresentem saldo negativo, até o limite de valor da redução do saldo devedor;

III - a liquidação ou pagamento, por instituição financeira, de quaisquer créditos, direitos ou valores, por conta e ordem de terceiros, que não tenham sido creditados, em nome do beneficiário, nas contas referidas nos incisos anteriores;

IV - o lançamento, e qualquer outra forma de movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira, não relacionados nos incisos anteriores, efetuados pelos bancos comerciais, bancos múltiplos com carteira comercial e caixas econômicas;

V - a liquidação de operação contratadas nos mercados organizados de liquidação futura;

VI - qualquer outra movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira que, por sua finalidade, reunindo características que permitam presumir a existência de sistema organizado para efetivá-la, produza os mesmos efeitos previstos nos incisos anteriores, independentemente da pessoa que a efetue, da denominação que possa ter e da forma jurídica ou dos instrumentos utilizados para realizá-la.



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

A incidência deste tributo é resumida no histórico a seguir transcrito⁷⁸:

“A Emenda Constitucional n.º 12, 16 de agosto de 1996, publicada no DOU de 16 de agosto de 1996, ao incluir o art. 74 no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), outorgou competência à União para instituir a Contribuição Provisória sobre Movimentação ou Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira (CPMF).

A Lei n.º 9.311, de 24 de outubro de 1996, instituiu a CPMF, considerando como movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira qualquer operação liquidada ou lançamento realizado pelas entidades referidas no seu art. 2.º, que representem circulação escritural ou física de moeda e de que resulte ou não transferência de titularidade dos mesmos valores, créditos e direitos.

A CPMF deveria incidir sobre os fatos geradores verificados no período de tempo correspondente a treze meses, contados após decorridos noventa dias da data da publicação da lei que a instituiu (art. 20 da Lei n.º 9.311, de 1996). Contudo, este dispositivo legal foi alterado pela Lei n.º 9.539, de 12 de dezembro de 1997, art.1.º, que dispôs sobre a incidência relativamente aos fatos geradores ocorridos no prazo de 24 meses, contados a partir de 23 de janeiro de 1997.

A Emenda Constitucional n.º 21, de 18 de março de 1999, prorrogou esse prazo para o período de 17 de junho de 1999 a 17 de junho de 2002, e a Emenda Constitucional n.º 37, de 28 de maio de 2002, determinou que a CPMF seja cobrada até 31 de dezembro de 2004. Em 19 de dezembro de 2003, a EC n.º 42 prorrogou o prazo de incidência da CPMF até 31 de dezembro de 2007.

(...)

Período de incidência da CPMF e alíquotas

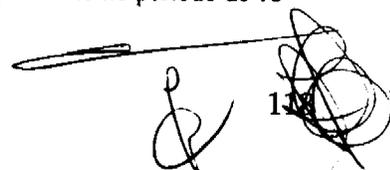
I - 0,20% , relativamente aos fatos geradores ocorridos no período de 23 de janeiro de 1997 a 22 de janeiro de 1999;

II - 0,38% , relativamente aos fatos geradores ocorridos no período de 17 de junho de 1999 a 16 de junho de 2000;

III - 0,30% , relativamente aos fatos geradores ocorridos no período de 17 de junho de 2000 a 17 de março de 2001;

IV - 0,38% , relativamente aos fatos geradores ocorridos no período de 18 de março de 2001 a 31 de dezembro de 2007.”

⁷⁸ Fonte: <http://www.receita.fazenda.gov.br/PessoaJuridica/CPMF/InformacoesCPMF/>. É importante acrescentar o conjunto de normas legais descritas no histórico, o Decreto n.º 3.775, de 16 de março de 2001, que majorou a alíquota do CPMF para trinta e oito centésimos por cento no período de 18 de março de 2001 a 17 de junho de 2002.





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

Extrai-se dos dispositivos acima transcritos que a hipótese de incidência da extinta CPMF era *“qualquer operação ou lançamento financeiro que representem circulação escritural ou física de moeda, e de que resulte ou não transferência da titularidade dos mesmos valores, créditos e direitos”*, realizadas por instituições especificadas no mesmo diploma legal (v.g. Instituições financeiras, bancos comerciais, etc.).

De plano, não é perceptível relação entre a hipótese de incidência e o serviço e/ou obra outorgados às concessionárias de rodovias, porquanto o respectivo fato jurídico tributário consubstancia-se na movimentação de ativos financeiros, haja ou não transferência de sua titularidade.

Assim, da mesma forma como se entendeu em relação ao PIS e ao COFINS, a alteração da alíquota e a prorrogação da CPMF apenas pode autorizar acolhimento de pedido de reequilíbrio em caso de cabal demonstração da repercussão econômica de tal fato nos custos da concessionária para a prestação do objeto contratual, sendo que, em princípio, não se verifica qualquer relação entre a exação (que incidia sobre movimentações financeiras) e o serviço prestado.

Ocorre que, para a incidência da CPMF, sequer é levada em conta a origem e destinação dos recursos movimentados, podendo ser caracterizada a hipótese tributária até mesmo em caso de não haver mudança da titularidade dos valores, incluindo a movimentação de valores auferidos a título de lucro, aplicações financeiras e outros que não guardam relação com o serviço prestado, seus custos e/ou preço. De outro lado, a forma de recebimento do pedágio, à vista e em dinheiro, pode favorecer o pagamento em moeda corrente de várias dívidas, evitando a incidência do CPMF.



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

Assim, a demonstração de que haveria impacto na execução do contrato, nos termos em que previsto no artigo 9.º, §3.º da Lei n.º 8.987/95, deve ser com laudo técnico pormenorizado, definindo as atividades financeiras da concessionária para determinar o montante do impacto da alteração do tributo.

Ao analisar a possibilidade de reequilíbrio do contrato de concessão pela incidência ou alteração da alíquota da CPMF, há que se verificar a sua inclusão no fluxo de caixa das concessionárias.

No Anexo VII dos editais de segunda etapa da concorrência (Termo de Referência para Elaboração da Proposta), foi inserido nos modelos dos Quadros 18 (Resultado Contábil do Empreendimento – Sem Financiamento) e 20 (Resultado Contábil do Empreendimento – Com Financiamento), linha respectiva ao CPMF na parte de tributos. Assim, em todas as propostas comerciais foram incluídos valores referente ao CPMF no ano 1 e 2 da concessão, tendo em vista ser um tributo provisório, cuja vigência terminaria em 1999.

Como verificado no histórico, o CPMF foi prorrogado e teve sua alíquota alterada. Assim, os aditivos aos contratos de concessão do Estado do Paraná contemplaram esta alteração, fazendo incluir a incidência do CPMF até o ano 5 (2002), com a alíquota alterada.

a) No Termo Aditivo n.º 34/2002 ao Contrato de Concessão n.º 71/1997, relativo ao Lote 1, firmado com a Concessionária de Rodovias do Norte S/A em 15/05/2002, protocolo n.º 5.054.021-9 (08/03/2002), foi incluído o efeito da alteração da alíquota do CPMF nos cálculos do reequilíbrio econômico-financeiro pretendido, permanecendo o referido tributo nas planilhas até o ano 5 da concessão (2002);



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

b) No Termo Aditivo n.º 32/2002 ao Contrato de Concessão n.º 72/1997, relativo ao Lote 2, firmado com a Concessionária Rodovias Integradas S/A em 15/05/2002, protocolo n.º 4.955.821-0 (29/11/2001), foi incluído o efeito da alteração da alíquota do CPMF nos cálculos do reequilíbrio econômico-financeiro pretendido, permanecendo o tributo nas planilhas até o ano 5 da concessão (2002);

c) No Termo Aditivo n.º 87/2002 ao Contrato de Concessão n.º 73/1997, relativo ao Lote 3, firmado com a Concessionária Rodovia das Cataratas S/A em 24/10/2002, protocolo n.º 5.168.971-2 (17/04/2002), foi excluída a CPMF, desde a proposta comercial, pelo seguinte motivo.

No respectivo processo administrativo de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, a Concessionária Rodovia das Cataratas requereu o reequilíbrio econômico-financeiro por diversos fatos, entre eles a alteração da alíquota do CPMF. Ocorre que, ao analisar o pedido da concessionária, o Diretor do Departamento de Transportes Rodoviários do Ministério dos Transportes manifestou-se contrário ao reequilíbrio em relação ao CPMF e ainda determinou a reversão do fluxo de caixa para excluir a CPMF. Destacamos a fundamentação:

“No Plano Econômico-Financeiro da Concessionária foi incluída a Contribuição sobre Movimentação Financeira – CPMF. Neste caso estão sendo consideradas como base de cálculo, todas as entradas de recursos, incluindo a receita bruta, os financiamentos e aportes de capital dos acionistas.

A legislação é bastante clara quanto à base de cálculo dessa contribuição “sobre a movimentação financeira” e não sobre as entradas de recursos, como foi considerado nesta proposta, como considerado nesta proposta.

Além disso, já existe entendimento firmado pelo Ministério da Fazenda, já aplicado às concessões de rodovias federais diretamente administradas, da não possibilidade de inclusão de desembolsos relativos a CPMF no plano econômico-financeiro das concessionárias, conforme Nota Técnica n.º 80/2000/SEAE/MF.

Seria necessário, portanto, além de não autorizar a alteração da alíquota como



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

solicitado, reverter para o fluxo de caixa os valores anteriormente incluídos como desembolso a título de CPMF.”⁷⁹

Esta posição técnica foi confirmada pela manifestação jurídica da Coordenadoria Geral de Legislação da Gestão Administrativa – Consultoria Jurídica do Ministério dos Transportes, que se manifestou pelo atendimento da Nota Técnica n.º 004/DRT/STT/MT.⁸⁰

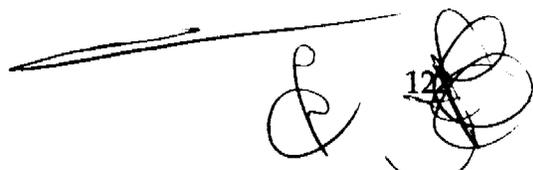
E não consta no processo do aditivo qualquer manifestação contrária do DER/PR ou da concessionária em relação aos pareceres técnico e jurídico. Assim, de comum acordo, o DER/PR e a concessionária Ecocataratas excluíram o CPMF desde a proposta comercial, como pode-se perceber nos Quadros 18 e 20, anexados às f. 277 e 279 do protocolo n.º 5.168.971-2/2002.

d) No Termo Aditivo n.º 86/2002 ao Contrato de Concessão n.º 74/1997, relativo ao Lote 4, firmado com a Concessionária Caminhos do Paraná S/A. em 25/10/2002, protocolo n.º 5.316.566-4 (19/09/2002), foi excluída a CPMF, desde a proposta comercial.

No respectivo processo administrativo, a concessionária não requereu a alteração da alíquota do CPMF e já apresentou os Quadros 18 e 20, sem a previsão deste tributo desde a proposta comercial. Assim, de comum acordo, o DER/PR e a concessionária Viapar excluíram o CPMF desde a proposta comercial, como pode-se perceber nos Quadros 18 e 20, anexados às f. 136 e 138 do protocolo n.º 5.316.566-4/2002.

⁷⁹ Nota Técnica n.º 004/DRT/STT/MT – 09/10/2002 – Processo n.º 50000.053282/2002-96. Assunto: Termo Aditivo ao Contrato de Concessão do Lote 03 do Programa de Concessões Rodoviárias do Estado do Paraná.

⁸⁰ Informação CGJA/CONJUR/MT n.º 1194/2002 - 23/10/2002 – Processo n.º 50000.0533282/2002-96.

 12



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

e) No Termo Aditivo n.º 33/2002 ao Contrato de Concessão n.º 75/1997, relativo ao Lote 5, firmado com a RODONORTE - Concessionária de Rodovias Integradas S/A. em 15/05/2002, protocolo n.º 4.955.821-0 (29/11/2001), foi incluído o efeito da alteração da alíquota do CPMF nos cálculos do reequilíbrio econômico-financeiro pretendido, permanecendo o tributo nas planilhas até o ano 5 da concessão (2002).

Após a formalização deste aditivo, foi iniciado no Tribunal de Contas da União processo de auditoria n.º 6.319/2000-6, que analisou o Contrato n.º 75/1997 e seus aditivos, no qual foi proferida a decisão n.º 1502/2002 – Plenário, determinando ao DER/PR que promovesse o reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato n.º 75/2002, com a exclusão da CPMF. Transcrevemos a decisão:

“O Tribunal de Contas da União, reunido em sessão do Plenário, ante as razões expostas pelo Relator e com fundamento no art. 1º, inciso II da Lei 8.443/92, DECIDE:

8.2. determinar ao Departamento de Estradas de Rodagem do Estado do Paraná – DER/PR que:

(...)

c) promova o reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato 75/97, em virtude da assinatura do Aditivo 18/2000, para fins de revisão da tarifa de pedágio, observados os seguintes acertos:

(...)

c.3) exclusão da Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira – CPMF do fluxo de caixa, desde o início da concessão.”

Foi citada no relatório desta decisão, a defesa da concessionária em relação a posição da equipe de auditoria quanto à sugestão de exclusão da CPMF, nos seguintes termos:

“No que se refere à CPMF – Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira, a concessionária argumenta que a equipe de auditoria não considerou a incidência do tributo sobre a movimentação financeira dos anos 1 ao 5 da concessão. De fato o posicionamento da equipe de auditoria é acatar a Nota Técnica n.º 80/2000/SEAE/MF (fls. 209/214 do vol. 31),



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

segundo a qual esse tributo não deve ser considerado no fluxo de caixa das concessões rodoviárias, como transcrito: 'não há justificativa econômica para revisão de tarifas com base na CPMF, visto que a receita das empresas depende de seus próprios métodos de gerenciamento financeiro, incluindo suas decisões intertemporais de alocação de portfólio. A CPMF é um encargo generalizado, pago por pessoas físicas e jurídicas... Da mesma forma que a CPMF incide sobre salários, dependendo das escolhas feitas em termos de movimentação financeira, sem que tenha havido aumentos de salários correspondentes, incidirá sobre as receitas das empresas, sem justificar revisão de tarifas'.

Na fundamentação do voto, assim se manifesta o Ministro

Retator:

“Quanto à alegação para redução, no fluxo de caixa, do valor dos demais tributos, no sentido de a unidade técnica não haver considerado a incidência da Contribuição Provisória sobre Movimentação Financeira – CPMF, não há de prosperar.

A um, visto que a medida adotada pela equipe de auditoria mantém estrita conformidade com a orientação contida na Nota Técnica 80/2000/Seaf/MF (fls. 314/9), que com acerto, reza ser a referida contribuição um encargo generalizado, pago indiscriminadamente por toda sociedade.

Nessa linha, também não poderia ser considerada como fato do príncipe, configurando álea extraordinária, prevista no art. 9º, § 3º, da Lei 8987/95, cuja superveniência implique em revisões tarifárias e reequilíbrio contratual. A dois, em virtude de a proposta comercial da Rodonorte, tomada como referência do equilíbrio do contrato, não constar a incidência da CPMF, exceto nos dois primeiros meses do ano 1 da concessão, totalizando R\$43 mil (fls. 226 e 230, anexo 24), cuja exclusão, dada a inexpressividade do valor, sequer altera a TIR original.”

A decisão foi publicada no DOU em 19/11/2002 e o processo está arquivado, uma vez que o acompanhamento do cumprimento das determinações pelo DER/PR deveria ser feito em processo específico. Não foram constatadas providências administrativas ou judiciais intentadas pela concessionária em relação à decisão citada.

Assim, através do Ofício n.º 911, protocolado no TCU em 08 de janeiro de 2003 (f. 359 do processo TC 006.319/2000-6), o DER/PR informou



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

que, em relação ao item c.3) da decisão, já haviam sido tomadas providências no sentido de excluir a CPMF do fluxo de caixa desde o início da concessão.

Ocorre que estas providências ocorreram apenas nos Contratos de Concessão n.º 73/1997, 74/1997 e 76/1997.

f) No Termo Aditivo n.º 104/2002 ao Contrato de Concessão n.º 76/1997, relativo ao Lote 6, firmado com a Concessionária Ecovia Caminho do Mar S/A, em 23/12/2002, protocolo n.º 5.431.957-6 (11/11/2002), foi excluída a CPMF, desde a proposta comercial.

No respectivo processo administrativo, a concessionária apresentou documentação relativa a proposta para equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Citou na respectiva correspondência que *“conforme solicitação de V. Sas. Em nossa reunião de trabalho realizada no dia 11 de setembro de 2002, apresentar uma alternativa que contempla outra solução para o atual desequilíbrio da equação econômico-financeira do Contrato n.º 067/97, através da revisão das tarifas de pedágio atualmente praticadas. Esta proposta, intitulada “Alternativa 3”, segue anexada a esta correspondência”*.

Embora a concessionária tenha citado, à f. 5, que foi considerada a prorrogação da CPMF até dezembro de 2004 na alíquota 0,38%, nos Quadros 18 e 20, ela excluiu o CPMF desde a proposta comercial, como pode ser observado às f. 44 e 46.

Através da Informação n.º 760/2002, a DOP/CCPR analisou a proposição da concessionária, segundo os quadros apresentados, sem citar a CPMF. E anexou os Quadros 18 e 20, também com exclusão do CPMF desde a proposta comercial. Assim, de comum acordo DER e Concessionária excluíram o



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

CPMF desde a proposta comercial, como pode-se perceber nos quadros anexados às folhas 187 e 189 do protocolo n.º 5.431.957-6/2002.

Cabe ressaltar que apenas esta concessionária pleiteou o reequilíbrio econômico-financeiro, à partir do final de 2002, pela continuidade da cobrança da CPMF, prorrogada até 31 de dezembro de 2007, com alíquota de 0,38%, por meio da ação judicial, n.º 2004.70.00.034274-5, em trâmite na 1ª Vara Federal de Curitiba.

Diante do histórico exposto, verifica-se que, nos Contratos de Concessão n.º 73/1997, 74/1997 e 76/1997, a CPMF restou excluída dos Quadros 18 e 20 desde a proposta comercial.

Cita-se a Nota Técnica n.º 80/2000/SEAE/MF⁸¹, da Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda, segundo a qual **esse tributo não deve ser considerado para fins de revisão tarifária**, conforme transcrição da conclusão que segue abaixo:

“não há justificativa econômica para revisão de tarifas com base na CPMF, visto que a receita das empresas depende de seus próprios métodos de gerenciamento financeiro, incluindo suas decisões intertemporais de alocação de portfólio. A CPMF é um encargo generalizado, pago por pessoas físicas e jurídicas, o que lhe confere o mesmo espírito do imposto sobre a renda. Da mesma forma que a CPMF incide sobre salários, dependendo das escolhas feitas em termos de movimentação financeira, sem que tenha havido aumentos de salário correspondentes, incidirá sobre as receitas das empresas, sem justificar revisão de tarifas”.

Como já citado, para ter direito ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato em relação aos tributos, deve-se demonstrar o nexo de

⁸¹ Nota Técnica n.º 80/2000/SEAE/MF, da Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda, de 11/05/2000.



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

causalidade entre a norma e o reflexo na execução do contrato, bem como o montante do desequilíbrio.

A Nota Técnica n.º 004/DRT/STT/MT, a decisão do Tribunal de Contas da União n.º 1502/2002 e a Nota Técnica n.º 80/2000/SEAE/MF trazem argumentos técnicos e concluem que a alteração da CPMF não enseja revisão da tarifa de pedágio, sendo que as duas primeiras, inclusive, determinam a exclusão da mesma desde a proposta comercial.

Assim, o DER/PR deve adotar, nos Contratos de Concessão n.º 71/1997, 72/1997 e 75/1997, as mesmas providências tomada em 2002 através dos aditivos dos Contratos de Concessão n.º 73/1997, 74/1997 e 76/1997, excluindo a CPMF desde a proposta comercial.

3.5.2. Leis de isenção.

Dispõem os Editais de Concorrência, Anexo VIII, item 5:

5. ISENÇÕES

Terão trânsito livre no sistema rodoviário e ficam, portanto, isentos do pagamento de pedágio, os seguintes veículos:

- de propriedade da Polícia Militar Rodoviária;
- de atendimento público de emergência, tais como do Corpo de bombeiros e ambulâncias, quando em serviço;
- das forças militares, quanto em instrução ou manobra;
- oficiais, desde que credenciados em conjunto, pelo Poder Concedente e pela Concessionária.

Será vedado ao DER estabelecer privilégios tarifários que beneficiem segmentos específicos de usuários, exceto no cumprimento de lei que especifique as fontes de recursos para ressarcimento das Concessionárias.

Cada Concessionária, a seu único critério e por sua conta e risco, poderá conceder isenções e descontos tarifários, bem como realizar promoções tarifárias de caráter sazonal, sem que isso, todavia, possa gerar qualquer direito à solicitação de compensação nos valores das tarifas. **(grifou-se)**



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

A regra editalícia supracitada observa o contido no artigo 35, da Lei Federal n.º 9.074/1995, segundo o qual:

Art. 35. A estipulação de novos benefícios tarifários pelo poder concedente, fica condicionada à previsão, em lei, da origem dos recursos ou da simultânea revisão da estrutura tarifária do concessionário ou permissionário, de forma a preservar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Parágrafo único. A concessão de qualquer benefício tarifário somente poderá ser atribuída a uma classe ou coletividade de usuários dos serviços, vedado, sob qualquer pretexto, o benefício singular. (Grifou-se),

Assim, as isenções⁸² de pagamento do pedágio foram previamente estabelecidas no edital, sendo de prévio conhecimento das concessionárias, com a respectiva mensuração dos valores para apresentação da proposta comercial. Isenções posteriores não foram estimadas pelas concessionárias e, assim, as leis de isenção devem vir acompanhadas de recursos suficientes para a sua compensação ou deve-se operar o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Assim, seja pelas disposições do edital, seja pelas condições legais supra referidas, fica claro que isenção concedida via legislação não é risco da concessionária, porquanto se trata de sujeição imprevista que acarreta ônus direto e específico à concessionária, implicando diminuição de receitas.

E, uma vez alterada a relação entre encargos e receitas, a consequência das leis de isenção é a necessidade de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, nos termos do artigo 65, inciso II, alínea “d” da Lei n.º 8.666/1993.

⁸² Cite-se como exemplo a Lei n.º 15.722/2007 de isenção às motocicletas e similares e a Lei n.º 15.607/2007 de isenção aos veículos pertencentes aos municípios em que se localizam as praças de pedágio.



Contudo, tal entendimento não afasta o ônus de ser comprovado eventual desequilíbrio, sob os aspectos quantitativo e qualitativo, cuja demonstração deverá ser objeto de apreciação e validação pelo poder concedente.

3.6. Risco decorrente de decisão judicial ou administrativa que interfira, direta ou indiretamente, na relação entre encargos e receitas.

Cinge-se a questão em verificar se decisão judicial superveniente ao início da concessão, pela qual seja, direta ou indiretamente, alterada a inicial relação entre encargos e receitas e/ou o regime de concessão, configura ou não álea extraordinária, apta a justificar reequilíbrio econômico-financeiro.

Verifica-se que a Lei nº 8.666/93, ao tratar da intangibilidade da equação econômico-financeira dos contratos administrativos, não consigna expressamente a hipótese de agravos decorrentes de ato judicial:

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

(...)

II - por acordo das partes:

(...)

d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de 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. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)

(...)

§ 5º Quaisquer tributos ou encargos legais criados, alterados ou extintos, bem como a superveniência de disposições legais, quando ocorridas após a data da apresentação da proposta, de comprovada repercussão nos preços contratados, implicarão a revisão destes para mais ou para menos, conforme o caso.



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

§ 6º Em havendo alteração unilateral do contrato que aumente os encargos do contratado, a Administração deverá restabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro inicial.”

Vale dizer, a lei especial indica situações supervenientes, como:

(i) o aumento de encargos decorrentes de fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de conseqüências incalculáveis; (ii) caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual; (iii) ou, na hipótese de criação, alteração ou extinção de tributos ou disposições legais.

Assim, há previsão geral, pela qual estão abrangidos fatos supervenientes, que se enquadram na categoria de álea administrativa ou econômica.

Sob este aspecto, citamos a análise de Maria Sylvia Zanella Di Pietro⁸³, que assevera o seguinte acerca das hipóteses, no que tange as áleas administrativas:

“2. Álea administrativa, que abrange três modalidades:

- a) uma decorrente do poder de alteração unilateral do contrato administrativo, para atendimento do interesse público; por ela responde a Administração, incumbindo-lhe a obrigação de restabelecer equilíbrio voluntariamente rompido
- b) a outra corresponde ao chamado fato do príncipe, que seria um ato de autoridade, não diretamente relacionado com o contrato, mas que repercute indiretamente sobre ele; nesse caso, a Administração também responde pelo restabelecimento do equilíbrio rompido;
- c) a terceira constitui o fato da Administração, entendido como ‘toda a conduta ou comportamento desta que torne impossível, para o co-contratante particular, a execução do contrato’ (Escola, 1977, v. I:343); ou, de forma mais completa, é ‘toda ação ou omissão do Poder Público que, incidindo direta e especificadamente sobre o contrato, retarda, agrava ou impede a sua execução’ (Hely Lopes Meirelles, 1996:223);



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

Pela doutrina analisada, verifica-se que as hipóteses de enquadramento do pleito de reequilíbrio decorrente de decisão judicial se enquadraria ou como fato do príncipe ou como fato da administração. A mesma doutrina⁸⁴ afirma que:

“O fato da administração distingue-se do fato do príncipe, pois, enquanto o primeiro se relaciona diretamente com o contrato, o segundo é praticado pela autoridade, não como ‘parte’ no contrato, mas como autoridade pública que, como tal, acaba por praticar ato que, reflexamente, repercute sobre o contrato.”

Buscando maiores esclarecimentos acerca das hipóteses do fato de príncipe e fato da administração, consultamos a doutrina de Marçal Justen Filho⁸⁵, que assim assevera:

“Difundiu-se a expressão “fato da Administração” para indicar as hipóteses de inadimplemento pela entidade estatal às obrigações assumidas contratualmente.
(...)”

A maior parte da doutrina francesa reputa que o fato do príncipe se verifica quando a execução do contrato é onerada por medida proveniente da autoridade pública contratante, mas que exercita esse poder em um campo de competência estranho ao contrato.
(...)”

Na sua essência (mantida no Brasil), a teoria do fato do príncipe consagra o direito de indenização a um particular em vista da prática de ato ilícito e regular imputável ao Estado. O ponto nuclear da teoria do fato do príncipe reside em que a lesão patrimonial derivada de um ato estatal válido, lícito e perfeito é objeto de indenização. Essa solução decorre de uma valoração produzida pela ordem jurídica, no sentido de que seria injusto e desaconselhável impor ao particular que contrata com o Estado arcar com os efeitos onerosos de uma alteração superveniente da disciplina estatal sobre o exercício da atividade necessária à execução.” (grifou-se)

Para melhor elucidar o debate, nos valem da opinião de Celso Antônio Bandeira de Mello⁸⁶, pela qual:

⁸⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Op. cit.* p. 266.

⁸⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários a lei de licitações e contratos administrativos*. São Paulo: Dialética, 2012, p. 895/896.

⁸⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Op. cit.*, p. 658/661.



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

“O fato do príncipe não é um comportamento ilegítimo. Outrossim, não representa o uso de competências extraídas da qualidade jurídica do contratante, mas também não se constitui em inadimplemento ou falta contratual. É o meneio de uma competência pública cuja utilização repercute diretamente sobre o contrato, onerando, destarte, o particular.

(...)

É certo que este agravo não libera, como diz Bénóit, o contratado de executar as obrigações avençadas com o Poder Público, mas investe-o no direito de obter reparação integral do prejuízo sofrido em decorrência do fato que lhe agravou os encargos.

(...)

Reputamos preferível conceituar o fato da Administração como o comportamento irregular do contratante governamental que, nesta mesma qualidade, viola os direitos do contratado e eventualmente lhe dificulta ou impede a execução do que estava entre eles avençado.” (grifou-se)

Feito estes apontamentos, poder-se-ia chegar, precipitadamente, à conclusão de que quaisquer decisões judiciais que eventualmente venham a afetar a relação entre receitas e encargos da concessionárias seriam caracterizadas como álea administrativa, ensejando, em tese, direito a reequilíbrio.

Por exemplo, teoricamente é possível que, via decisão liminar, seja estabelecida isenção a determinada categoria de veículos, sem amparo contratual ou legal. Ainda que tal decisão venha a ser reformada, dela terá decorrido, ainda que por período de tempo determinado, redução da receita tarifária, cujo fato enquadra-se na categoria de álea extraordinária e deve, por via de consequência, ensejar a recomposição da equação econômico-financeira. Ainda, pode vir a ser imposta, via judicial, a realização de investimento não previsto no cronograma originário. Neste caso, houve uma modificação da carga obrigacional da concessionária, por meio de provimento jurisdicional, cujo evento ensejará a necessidade de recomposição das receitas, a fim de se manter a relação originária entre estas e os encargos.



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

Contudo, nem toda e qualquer decisão judicial que impacte contrato de concessão e gere ônus à concessionária caracterizar-se-á álea administrativa, nem tampouco gerará direito a reequilíbrio.

Explica-se.

Deve, para se chegar a uma conclusão, analisar-se o teor e fundamentos da decisão judicial. Se a decisão proferida declarou nulidade de cláusula do contrato do concessão ou de termo aditivo, não pode tal decisão e seus conseqüências lógicas ensejar qualquer direito a concessionária.

Isso porque de ato nulo, ilegal e/ou lesivo ao interesse público não pode decorrer benefício ao particular. Pelo contrário. Eventual lucro excessivo, que tenha sido efeito de ato nulo judicialmente declarado, deve ser quantificado e objeto de equilíbrio, em favor dos usuários.

Raciocínio contrário implicaria o desvirtuamento da razão de ser de decisão judicial desta índole. Ora, se determinado ato administrativo, é declarado nulo, ilegal e lesivo, não pode tal decisão, pela qual se corrige ilegalidade, desencadear qualquer benefício, consubstanciado em “reequilíbrio contratual” a quem, ilicitamente, se beneficiou daquele ato.

Fosse assim, a despeito do comando judicial, manter-se-ia a situação de ilegalidade, ao menos no que toca à continuidade de seus efeitos, mediante indevida concessão de “reequilíbrio” a quem se beneficiou de situação ilícita.



Destarte, devem ser diferenciadas decisões judiciais pelas quais pura e simplesmente modifica-se o contrato de concessão, alterando-se a relação entre encargos e receitas, daquelas pelas quais se declara ou corrige algum vício ocorrido na concessão. No caso destas últimas, ainda que haja alguma consequência gravosa ao particular, não há que conceder a ele qualquer benefício travestido de “reequilíbrio”, sob pena de se desvirtuar o conteúdo e a finalidade da prestação jurisdicional.

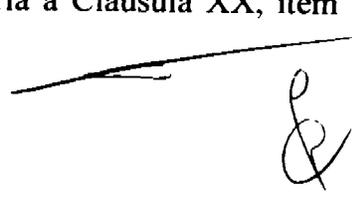
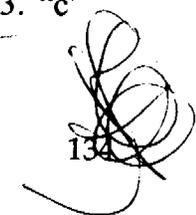
Portanto, decisão judicial que gere perda de receita, por si só e abstratamente considerada, não é suficiente para gerar direito a recomposição econômico-financeira, sendo necessária a apreciação caso a caso, inclusive no que toca ao teor e fundamentos da decisão judicial.

3.7. Riscos de caso fortuito e força maior que possam ser objeto de cobertura de seguros oferecidos no Brasil à época de sua ocorrência. Manifestações sociais.

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.

Assim, convém esclarecer a qual das partes contratantes foi estabelecido o risco decorrente dos tumultos e movimentos sociais impeditivos da cobrança das tarifas de pedágio.

Poderia supor-se, num primeiro momento, que a ocorrências destas invasões contituem evento imprevisível, enquadrando-se tal situação como caso fortuito ou força maior; assim, aplicável seria a Cláusula XX, item 3. “c”

 
13



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

dos contratos de concessão, justificando o reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos.

Entretanto, a análise dessa questão deve ser feita comparativamente com outras cláusulas contratuais, prevendo a ocorrência de tumultos como riscos inerentes à execução da concessão.

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:

**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” 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.

Assim, os riscos citados na cláusula para cobertura por seguro foram considerados próprios da atividade de prestação de serviço público de operação de rodovias.





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

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

Coberturas Adicionais:

- Danos Elétricos;
- Explosão, exceto de gás de uso doméstico;
- Despesas Extraordinárias;
- **Tumultos**;
- Manutenção - Simples;
- Manutenção - Ampla;



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

- 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. (grifou-se)

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.

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.



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

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.

Deste modo, eventual perda de receita decorrente de manifestações sociais não pode integrar a planilha de reequilíbrio.

3.8. Risco referente às variações das receitas.

No Edital de Pré-Qualificação que originou os contratos de concessão, deve ser mencionada a Seção XI, a qual traz o entendimento acerca do que englobam as receitas da concessão:

Seção XI

Dos Aspectos Econômicos da Concessão

16. A concessão constitui, fundamentalmente, um empreendimento destinado a investidores que além de possuírem capacidade econômico financeira para financiar as obras e serviços que constituem os encargos da concessão, comprovem possuir capacidade técnica para executar essas obras e serviços concessionados e capacidade administrativa e empresarial para gerenciar, com êxito, a exploração do lote rodoviário.

17. Ressalte-se que as receitas necessárias para o cumprimento dos encargos da concessão e para remunerar a concessionária advirão, basicamente, da cobrança de pedágio.

Consignado está nesta cláusula que as vantagens a serem amealhadas pela concessionária, na equação inicial do contrato, são as chamadas receitas principais, que advêm da cobrança do pedágio.

Tais receitas, conforme o item 11 do Edital de Pré-Qualificação, foram calculadas com base no valor das tarifas de pedágio definidas pelo Departamento de Estradas de Rodagem e no volume de tráfego estimado pelas próprias concessionárias. Vejamos o teor deste item:



“Seção VII
Do tipo de Concorrência
(...)

11. A utilização do tipo de licitação de “maior oferta” tem 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 será previsto pela licitante para o período da concessão.(...)”**

Tanto o volume anual de tráfego quanto a receita tarifária foram novamente abordados no Edital de Segunda Etapa, mais precisamente no Anexo VII referente ao “Termo de Referência para Elaboração da Proposta Comercial”, e no Anexo VIII, referente à “Estrutura Tarifária”.

O Anexo VII orientou a elaboração da Proposta Comercial pelos licitantes, de forma que estes apresentassem o volume de tráfego estimado e a receita tarifária obtida através da multiplicação desta estimativa de tráfego pela tarifa fixada pelo DER. Além da receita tarifária total, foi previsto como receita das concessionárias, as receitas financeiras. Constou, ainda, orientação para que não fossem consideradas, na proposta comercial, quaisquer receitas complementares. Vejamos:

ANEXO VII
Termo de Referência para Elaboração da PROPOSTA COMERCIAL
1. DA ELABORAÇÃO DA PROPOSTA COMERCIAL

.....
1.2. Na elaboração da PROPOSTA COMERCIAL, a Licitante não deve considerar:

- a) (....)
- b) quaisquer receitas complementares.

4. INSTRUÇÕES PARA A APRESENTAÇÃO DA PROPOSTA COMERCIAL

.....
II. PREMISSAS BÁSICAS DA PROPOSTA COMERCIAL

II.1 RECEITA TARIFÁRIA

- a) Volume Anual de Tráfego


10



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

Neste subitem, a licitante deverá apresentar, no formato do Quadro 1, o número de veículos a serem pedagiados, por categoria, durante todo o período da concessão. A licitante deverá demonstrar e justificar em memória à parte, as estimativas de crescimento do tráfego adotadas para cada Praça de Pedágio, observadas as restrições definidas neste EDITAL e seus anexos.

b) Receita Tarifária

A licitante deverá apresentar, no formato do Quadro 2, a estimativa de Receita Tarifária corresponde ao volume de tráfego a ser pedagiado do Ano 1 ao Ano 24, consideradas as tarifas básicas por praças de pedágio e a estrutura tarifária definidas no Anexo VIII deste Edital.

.....

III. PLANO ECONÔMICO-FINANCEIRO

.....

III.1 RECEITAS

a) Receita Tarifária Total

A Receita Tarifária Total será apresentada no formato do Quadro 8, ano a ano, sintetizando os valores do quadro 2, e totalizando a estimativa de receita bruta total do lote.

b) Receitas Financeiras

As Receitas Financeiras serão apresentadas no formato do Quadro 9. Neste subitem, a licitante deverá apresentar seu estudo sobre as oportunidades de obtenção de receitas financeiras, considerando que sempre estará ocorrendo uma defasagem de tempo entre recebimentos de rendas (em grande parte feita em moeda) e pagamentos, favorecendo oportunidades de aplicações nos mercados financeiros de curto prazo. O preenchimento do Quadro 9 permitirá a análise das informações relativas às receitas previstas de serem auferidas pela Licitante, ficando definido um limite máximo para o Total de Receitas Financeiras de 0,5% sobre a Receita Tarifária Anual do Lote, para efeito de elaboração das Propostas.

Já o Anexo VIII previu os valores da tarifa básica por praça de pedágio. Cite-se, como exemplo, o disposto no Anexo VIII referente ao Edital de Concorrência do Lote n.º 2:

“3. VALORES DA TARIFA BÁSICA POR PRAÇA

A tarifa básica corresponde à Categoria 1 (um), que é atribuída aos veículos com 2 (dois) eixos e rodagens traseira simples (veículos leves de passeio).

Considerando o modelo de tarifação adotado, bem como a localização prevista



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

para as Praças de Pedágio do Lote nº 2 (conforme definido no PROGRAMA DE EXPLORAÇÃO – PER), foram definidos os valores da tarifa básica inicial em cada praça, os quais são apresentados no quadro a seguir.

Tarifas Básicas Iniciais por Praça de Pedágio

Rodovia	Praça	Tarifa Básica Ano 1 (R\$)	Tarifa Básica Ano n. (*) (R\$)
BR-369	2.1. Rolândia – Arapongas	2,00	-
BR-376	2.2. Mandaguari – Marialva	2,00	-
BR-376	2.3. Mandaguacu – Pres. Castelo Branco	2,70	3,10
BR-317	2.4. Floresta – Ivaílandia	3,00	3,90
BR-158/369	2.5. Campo Mourão – Mamborê	3,00	3,90
BR-369	2.6. Ubitatã – Nova Aurora	3,00	3,90

(*) ano de conclusão das obras/entrega ao tráfego, para os casos em que há previsão de duplicação.

A tarifa básica inicial correspondente ao Ano n, definida para cada um dos trechos do Lote nº 2 a serem duplicados, somente poderá ser aplicada na respectiva praça, quando cada segmento estiver com sua duplicação totalmente concluída e em perfeitas condições de tráfego, conforme cronograma do PER, quais sejam:
(...)

4. CATEGORIAS DE VEÍCULOS

A tarifa de pedágio a ser efetivamente cobrada de cada usuário será o resultado do produto da tarifa básica de cada praça pelo fator multiplicador da tarifa correspondente a cada categoria de veículo, conforme estabelecido no quadro a seguir, que classifica os veículos pelo tipo, número de eixos e rodagem.

Classificação dos Veículos

Categoria	Tipos de Veículo	n.º de Eixos	Rodagem ⁽¹⁾	Multiplicador da Tarifa
1	Automóvel, caminhonete, furgão	2	Simple	1,00
2	Caminhão leve, ônibus, caminhão trator e furgão	2	Dupla	2,00
3	Automóvel com semi-reboque e caminhonete com semi-reboque	3	Simple	3,00
4	Caminhão, caminhão trator, caminhão trator com semi-reboque e ônibus	3	Dupla	3,00
5	Automóvel com reboque e caminhonete com reboque	4	Simple	4,00
6	Caminhão com reboque e caminhão trator com semi-reboque	4	Dupla	4,00
7	Caminhão com reboque e caminhão trator com semi-reboque	5	Dupla	5,00
8	Caminhão com reboque e caminhão trator com semi-reboque	6 ⁽²⁾	Dupla	6,00
9	Motocicleta, motoneta e bicicleta a motor	2	Simple	0,50

(1) A rodagem traseira de pneus do tipo "single" ou "supersingle" é equivalente à dupla, para efeito da estrutura tarifária aqui definida;

(2) Para os veículos com mais de 6 (seis) eixos, os que transportam carga perigosa e os denominados "veículos especiais", que transportam cargas superpesadas e indivisíveis, as Concessionárias cobrarão tarifa equivalente à Categoria 8 (oito), acrescida do valor da tarifa dos veículos da Categoria 1 (um), multiplicada pelo número de eixos que excederem a 6 (seis)."



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

Colhe-se, assim, dos Editais de Concorrência da 1ª e 2ª Etapa, com os respectivo Anexos, que compunham a receita das concessionárias: i) **receitas principais** a serem percebidas com a arrecadação do pedágio, considerando-se o preço das tarifas por categoria de veículo dado pelo DER no edital e a estimativa de tráfego dada pela concessionária na proposta comercial, também por categoria de veículo, já que, contratualmente, o risco geral de trânsito é da concessionária; ii) **receitas financeiras**, ficando definido um limite máximo para o total de receitas financeiras de 0,5% sobre a Receita Tarifária Anual do Lote.

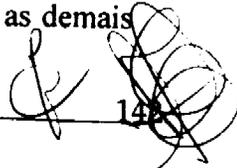
As receitas acessórias ou complementares não ingressaram na equação inicial do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, em razão da expressa proibição prevista no item 1.2, *b*, do Termo de Referência para Elaboração da Proposta Comercial.

Desta forma, conclui-se que integram a equação econômico-financeira inicial dos contratos apenas as receitas principal e financeira.

Não obstante apenas as receitas principal e financeiras integrem a equação inicial de equilíbrio econômico-financeiro, fato é que os contratos de concessão propiciaram a possibilidade da concessionária explorar outras fontes de receitas, conforme disposto na Cláusula XXI:

CLÁUSULA XXI
Das Fontes de Receitas

1. A principal fonte de receita da CONCESSIONÁRIA advirá do recebimento da tarifa de pedágio; todavia, em razão da peculiaridade do serviço a ser prestado, é facultado à CONCESSIONÁRIA explorar outras fontes de receitas, sejam elas complementares, acessórias ou alternativas à fonte de receita principal.
2. A exploração dessas fontes de receita dependerá, em cada caso, da prévia aprovação do DER, que analisará o impacto da receita esperada sobre as demais

_____  14



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

- receitas da CONCESSIONÁRIA, mediante demonstrativo a ser apresentado.
3. Constituem receitas alternativas, complementares ou acessórias quaisquer receitas da CONCESSIONÁRIA não advindas do recebimento de pedágio ou de aplicações financeiras, sejam elas direta ou indiretamente provenientes de atividades vinculadas à exploração do LOTE, das suas faixas marginais, acessos ou áreas de serviço e lazer, inclusive as decorrentes de publicidade e multas por excesso de peso, neste último caso atendidas as seguintes condições:
- a) quando detectado o excesso de peso, a CONCESSIONÁRIA emitirá o competente auto de infração, por funcionário especialmente credenciado pelo DER;
 - b) o veículo será liberado após o cumprimento das exigências do Código Nacional de Trânsito e de seu Regulamento;
 - c) o DER se responsabilizará pela emissão e pela cobrança da multa;
 - d) o repasse dos valores das multas à CONCESSIONÁRIA será feito na forma estabelecida em ato do Diretor Geral do DER.

Assim, não obstante a ausência de previsão nos Quadros da Proposta Comercial referentes à estimativa de receitas, as concessionária podem auferir receitas alternativas. E estas devem ser usadas para modicidade tarifária em procedimento administrativo de equilíbrio econômico-financeiro, conforme determinado pela Cláusula XX, item 2, letra “g” dos contratos de concessão:

CLÁUSULA XX – Da Revisão da Tarifa Básica

1. 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.
2. Para os efeitos previstos nos itens anteriores, a revisão dar-se-á nos seguintes casos:
(...)
g) quando a CONCESSIONÁRIA auferir receita alternativa, complementar ou acessória à concessão, nas condições estabelecidas neste CONTRATO.

Ou seja, eventuais receitas acessórias obtidas pelas concessionárias deverão integrar a equação, visando a modicidade tarifária.

Feita esta abordagem inicial, é necessário analisar-se a quem foi alocado o risco da variação das receitas das concessionárias e quais variações justificariam o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato.



14



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

Primeiramente, há que se analisar a variação da receita principal. Conforme já discorrido, esta foi apresentada no Quadro 8 da Proposta Comercial e seria resultado da multiplicação do valor da tarifa básica de pedágio pelo tráfego apresentado pela concessionária. Assim, eventual diminuição da receita poderia decorrer da diminuição da demanda, ou seja, do tráfego. Ocorre que, nos termos em que discorrido no item 3.1. deste parecer, o risco de demanda foi alocado expressamente às concessionárias, não sendo a sua diminuição/aumento evento imprevisível, mas ordinário a qualquer empreendimento, de forma que a variação não autoriza o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Ainda, a diminuição da receita pode decorrer de outros fatores, tais quais o inadimplemento dos usuários, ausência de homologação do reajuste anual, invasão das praças de pedágio, leis que concedam isenção a certa categoria de veículos ou usuários e decisão judicial que suspenda ou interrompa a cobrança nas praças de pedágio. Tais situações também já foram abordadas em tópicos específicos.

Quanto às receitas financeiras, são elas inerentes à gestão financeira das concessionárias, razão pela qual o risco de eventual alteração é a elas alocado e, portanto, não gera direito à reequilíbrio contratual.

Por fim, quanto às receitas alternativas, complementares ou acessórias, estas não integravam a equação inicial entre encargos e receitas da concessionária, por determinação constante do edital.

Assim, fatos que ensejassem a não obtenção de receitas alternativas, complementares ou acessórias não constituíam risco a nenhuma das partes, pois não afetavam a receita do projeto de forma a diminuí-la,

_____ 
14



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

impossibilitando a remuneração do capital privado ou até mesmo o custeio dos investimentos e custos operacionais ligados ao projeto de prestação do serviço público concedido.

Mas, conforme regra da Cláusula XX dos Contratos de Concessão, se ela fosse obtida, sempre seria considerada como forma reequilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Ainda, o artigo 11 da Lei Federal n.º 8.987/1995 obriga a consideração destas receitas alternativas arrecadadas no equilíbrio econômico-financeiro:

Art. 11. No atendimento às peculiaridades de cada serviço público, poderá o poder concedente prever, em favor da concessionária, no edital de licitação, a possibilidade de outras fontes provenientes de receitas alternativas, complementares, acessórias ou de projetos associados, com ou sem exclusividade, com vistas a favorecer a modicidade das tarifas, observado o disposto no art. 17 desta Lei.

Parágrafo único. As fontes de receita previstas neste artigo serão obrigatoriamente consideradas para a aferição do inicial equilíbrio econômico-financeiro do contrato. (grifou-se)

Assim, é possível a obtenção, pela concessionária, de receitas alternativas, complementares ou acessórias e tais receitas devem ser obrigatoriamente consideradas para favorecer a modicidade das tarifas praticadas.

Sobre o tema, vejam-se as seguintes lições doutrinárias:

“Ditas atividades permanecem sendo concebidas como puramente privadas no seu regime, mas seus resultados são, por assim dizer, publicizados. O concessionário não pode pura e simplesmente embolsar tais resultados lucrativos, sendo compulsória a reversão desses resultados em prol da prestação do serviço público.

(...)



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

As atividades econômicas acessórias ao serviço público continuam a ser exploradas segundo o postulado de produzir lucro, **mas com a característica de que tal lucro reverterá para a organização e desenvolvimento dos serviços públicos. Significará redução dos encargos para os usuários.**

(...)

Como previsto no próprio texto do artigo 11 da Lei nº 8.987, a finalidade dessas outras atividades é propiciar receitas ao concessionário, permitindo a redução das tarifas”.⁸⁷ (grifou-se)

Frise-se que o cômputo das receitas alternativas, para fins de aferição do equilíbrio econômico-financeiro e consequente redução tarifária, não é faculdade do poder concedente e sim obrigação.

Ocorre que, apesar do edital vedar a previsão de receitas alternativas na proposta comercial, os Termos Aditivos firmados em 2000 incluíram no fluxo de caixa de alguns contratos de concessão rodoviária do Estado do Paraná (Contratos de Concessão n.º 071/1997 e 73/1997) uma previsão de valor de obtenção destas receitas até o final do respectivo contrato.

E os Termos Aditivos firmados em 2002 mantiveram a previsão das receitas alternativas nos fluxos de caixa dos contratos citados, bem como procederam a inclusão da previsão de valor de obtenção destas receitas até o final também nos contratos n.º 74/1997, 75/1997 e 76/1997.

A previsão de obtenção de receitas alternativas no fluxo de caixa da concessionária influi no equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão e correspondente fixação da tarifa e, apenas quando ultrapassado o valor estabelecido no aditivo, a receita alternativa pode vir a ser utilizada para reequilíbrio econômico-financeiro, à favor do usuário.

87 JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 370/372.



Questão relevante no caso de exploração destas fontes de receita é a consequência da não obtenção do montante estabelecido no aditivo contratual, ou seja, se este fato deve ser computado para reequilíbrio do contrato.

Estabelece a Cláusula XXIV dos contratos de concessão:

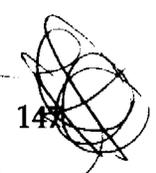
CLÁUSULA XXIV
Dos Direitos e das Obrigações da CONCESSIONÁRIA.

1. Sem prejuízo do cumprimento dos encargos previstos no PROGRAMA DE EXPLORAÇÃO DO LOTE, incumbe à CONCESSIONÁRIA:
(...)
 - i) captar, aplicar, gerir os recursos financeiros necessários à execução da concessão.

Assim, se após um período de administração das rodovias a concessionária prevê, em aditivo contratual bilateral e consensual, futura obtenção de receita alternativa, sendo ainda sua a responsabilidade de captar, aplicar e gerir recursos financeiros, conclui-se, a princípio, que a ausência de alcance do referido montante é risco da concessionária.

Assim, se a concessionária gerencia mal o negócio no qual ela entrou por conta e risco ou realizou projeções equivocadas, não atingindo receitas alternativas por ela mesmo previstas, não pode o usuário arcar com as consequências da má gestão, pagando tarifa maior.

Porém, cabem ponderações sobre fatos que possam vir a minimizar este risco, como o fato da Administração. Assim, possível busca de reequilíbrio econômico-financeiro por não atingimento do valor de receita alternativa inserida no fluxo de caixa dos contratos deve ser analisada individualmente.



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

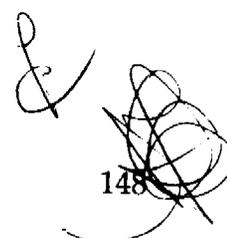
No Relatório 5 da Fundação Instituto de Administração, no tópico “6. *Outras questões ligadas ao reequilíbrio*”, é feito o seguinte questionamento:

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 aufera essas receitas, visando permitir a redução da tarifa de pedágio?

Quanto à primeira parte da questão, pelas regras deste contrato, o total das receitas entra no equilíbrio econômico-financeiro e não há qualquer menção sobre atribuir uma proporção à concessionária.

Quanto a segunda parte, se a pretensão da questão é saber se há alguma compensação explícita no contrato, a resposta é não.

Mas, quando a eventual benefício indireto das concessionária pela obtenção das receitas alternativas, consultamos a Fundação: Se a receita alternativa entra na receita da concessionária mensalmente, e só é incluída para revisão tarifária nos aditivos contratuais, este valor é utilizado pela concessionária? Pode ser um benefício em relação aos custos de capital de terceiros ou próprio, considerando a atualização do valor da receita a ser incluída no aditivo?



3.9. Riscos de engenharia decorrentes da variação dos valores dos investimentos.

Contratos de concessão de serviço público de rodovias estão constantemente sujeitos a ocorrência de eventos relacionados à engenharia, cujo risco é inerente a atividade das concessionárias de prestação de serviços públicos rodoviários.

Este risco, atualmente está descrito e inserido na Matriz de Risco dos atuais contratos de Concessão de Serviços Públicos Rodoviários. Isto porque houve o aprimoramento da alocação de risco, devido a constatação de ocorrência reiterada de certos eventos.

O Relatório 5 do Contrato da FIA (já referido neste parecer), dentre os atuais riscos inseridos em matrizes, os relacionados a engenharia como sendo:

“Os riscos relacionados à engenharia, como o risco de projeto, o risco de construção e o risco de operação. O risco de projeto diz respeito aos erros cometidos na concepção de um determinado equipamento público, fazendo com que este seja incapaz de atender ao seu propósito, total ou parcialmente. O risco de construção refere-se aos riscos incorridos durante esta fase, a saber: atrasos em seu cronograma, atrasos na obtenção de licenças (alvarás de construção, habite-se, licenças ambientais, etc), custos incorridos (sobrepço) e percalços de diversas naturezas, como o risco geológico. Finalmente, o risco de operação abrange questões ligadas à eficiência no manejo da operação e em seu custeio.”

Como estamos analisando um contrato de concessão já firmado e este não traz alocação explícita de todos os riscos, trataremos de traduzir a alocação de riscos conforme a teoria tradicional da álea ordinária e extraordinária e também segundo os fatos que aconteceram em relação aos contratos de concessão paranaenses, visando o enquadramento da situação concreta em situação de ordinariedade ou não. Como observado por Marçal Justem Filho:

 149 



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

“A questão fundamental reside em que somente é possível identificar a ordinariedade ou extraordinariedade da álea em face do caso concreto e das circunstâncias específicas de um certo empreendimento”⁸⁸.

Neste sentido podemos destacar como principais problemas de engenharia incorridos na execução dos Contratos de Concessão ora em análise, relativos aos investimentos⁸⁹:

- a) **Variação dos valores referentes aos investimentos (disparidade nos valores de investimentos realizados em comparação com os investimentos previstos), que pode se dar de duas maneiras: (i) alteração dos quantitativos de serviços quando da apresentação dos projeto executivo, relativamente ao projeto básico da concorrência ou dos quantitativos de serviços no momento da execução da obra, relativamente ao projeto executivo apresentado; e (ii) alteração dos preços dos insumos dos serviços constantes da proposta comercial;**
- b) alteração qualitativa do projeto – alterações decorrentes de necessidades técnicas;
- c) alteração de custos para confecção dos projetos executivos;
- d) alteração dos quantitavos e preços nos trechos de oferta.

Não há explicitamente alocação de risco em virtude destes fatos para uma das partes no contrato.

Para verificação se os eventos citados são risco da concessionária ou do poder concedente, deve-se analisar as diversas cláusulas

⁸⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 400.

⁸⁹ Os investimentos descritos no Termo de Referência para Elaboração da Proposta Comercial (Anexo VII do Edital) correspondia aos Trabalhos Iniciais (integrantes do Quadro 3a) e Trabalhos ao Longo da Concessão (integrantes do Quadro 3b), sendo que estes últimos englobavam as intervenções físicas consistentes na restauração das rodovias principais e obras de melhoria e ampliação da capacidade.



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

contratuais, as normas do edital e fatos ocorridos na licitação que possam orientar a interpretação sobre a alocação do risco.

Deve-se lembrar, mais uma vez que nos Contratos de Concessão das rodovias no Estado do Paraná, a previsão na Cláusula XII, feita em atendimento ao artigo da Lei n.º 8.987/1995, de que a concessionária irá operar a concessão “por sua conta e risco”, está abrandada pela doutrina vigente na época da licitação que baseava a alocação de riscos em álea ordinária e extraordinária, interpretação favorecida pelo art. 65 da Lei n.º 8.666/1993 e por cláusulas contratuais insertas nos mesmos.

Com estas ponderações, passamos a interpretação de cada evento, relacionado aos investimentos.

3.9.1. Alteração dos quantitativos de serviços quando da apresentação dos projetos executivos, relativamente aos projetos básicos da Concorrência.

Este item será dividido entre: A) alteração dos quantitativos relacionados aos serviços de obras de melhoria e ampliação de capacidade; B) alteração de quantitativos na restauração.

A) alteração dos quantitativos relacionados aos serviços de obras de melhoria e ampliação de capacidade.

Fazia parte dos Editais de Licitação dos seis lotes concedidos, os projetos básicos das obras de melhoria e ampliação de capacidade. Juntamente com os projetos básicos, há os quantitativos de serviços para cada obra.

bem como e a infraestrutura para os serviços de operação, conservação e manutenção.



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

A Concessionária deveria apresentar a Proposta Comercial conforme modelos estabelecidos e previstos no Termo de Referência para Elaboração da Proposta Comercial (Anexo VII dos Editais das Segundas Etapas das Licitações). Nestes modelos, os quantitativos de serviços já estavam fixados pelo DER/PR.

Os modelos balisadores para apresentação de proposta de quantitativos de serviços e preços para os trabalhos iniciais e ao longo da concessão denominam-se Quadro 3a – Rodovias Principais – Investimentos: Trabalhos Iniciais – Planilha de Quantidades e Preços e Quadro 3b – Rodovias Principais – Investimentos: Trabalhos ao longo da concessão – Planilha de Quantidades e Preços.

Também constava como obrigação dos licitantes a visita dos lotes da concessão rodoviária. Transcreve-se o excerto correspondente:

CAPÍTULO I
DAS DISPOSIÇÕES INICIAIS

...

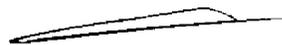
SEÇÃO VI
Da Visita ao LOTE

13. A **LICITANTE** deverá, obrigatoriamente, mediante programação prévia junto ao **DER**, visitar as rodovias e trechos rodoviários que compõem o **LOTE**, a fim de ter pleno conhecimento das condições e da natureza dos trabalhos a serem executados.

14. Esta visita ao **LOTE** deverá ser feita por cada **LICITANTE** até 15 (quinze) dias úteis antes da data estabelecida para entrega da **DOCUMENTAÇÃO**, quando será fornecido o comprovante de visita.

15. A visita ao **LOTE** será realizada para verificação das condições e natureza dos trabalhos, materiais e equipamentos necessários às suas realizações, meios de acesso ao local, e obtenção de outros dados que as **LICITANTES** julgarem necessários para a preparação de sua **DOCUMENTAÇÃO**.

16. A **LICITANTE**, mediante programação previamente estabelecida junto ao




15



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

DER, poderá, a seu critério, fazer outras visitas e terá pleno acesso a dados, estudos, projetos e relatórios das Rodovias e Trechos Rodoviários de Acesso que compõem o **LOTE**.

17. A documentação pertinente aos dados, estudos, projetos e relatórios a que se refere o item anterior, estará disponível para consulta das Licitantes na sede do DER, à Avenida Iguaçu, nº 420, 2º andar, na sala do **GRUPO DE ACESSORAMENTO PARA O PLANEJAMENTO DE INVESTIMENTOS EM INFRA-ESTRUTURA DE TRANSPORTE - GAPIT**, na cidade de Curitiba-PR.

Analisando os documentos que compuseram o processo de licitação, verificou-se a existência de um Termo de Errata e Esclarecimento n.º 06 ao Edital de Concorrência Internacional (processo licitatório), que trouxe outras referências para a análise da matriz de risco em estudo.

O item 5 desse Termo de Errata esclarece que a Comissão de Licitação alterou os quantitativos constantes das planilhas apresentadas no Edital, trazendo nova versão do Anexo V – Programa de Exploração.

Principalmente, o item 6 esclarece que:

“não será permitida a apresentação de quantidades diferentes das constantes dos documento do Edital relativos a: Recuperação Inicial; Restauração das Rodovias Principais; Obras de Melhoria e Ampliação de Capacidade; Tal condição estende-se a todas as planilhas apresentadas no Edital, conforme a nova versão do anexo V e Termo de Errata do Anexo VII – Programa de Exploração e Termo de Referência para Elaboração da Proposta Comercial respectivamente, bem como no Termo de Errata do Anexo XI – Projeto Básico”. (grifou-se)

O item 10 esclarece ainda que:

“não há possibilidade de implementação de qualquer tipo de alteração definida na nova versão do Programa de Exploração de Rodovia, anexo V, bem como no Termo de Errata do Anexo VII – Termo de Referência para Elaboração da Proposta Comercial.”







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

E o item 14 esclarece também que:

“as quantidades de terraplanagem, pavimentação e/ou qualquer outra integrantes dos documentos em epígrafe deste item, deverão ser adotadas conforme nova versão do Anexo V e Termo de Errata do Anexo VII, assim como no Termo de Errata do Anexo XI – Projeto Básico.”

Estes esclarecimentos convergem com a regra do Anexo VII – Termo de Referência para Elaboração da Proposta Comercial -, que indica o seguinte:

“II.2. INVESTIMENTOS

a) Planilhas de Quantidades e Preços

Neste subitem, a licitante deverá preencher os Quadros 3^a (Trabalhos Iniciais) e 3b (Trabalhos ao longo da Concessão), “Planilha de Quantidades e Preços” observando os seguintes procedimentos:

- todas as quantidades e os eventuais preços constantes nestes quadros deverão ser obrigatoriamente mantidos na Proposta da licitante;
- A coluna referentes (sic) ao preço unitário para execução dos serviços deverá ser preenchida pela Licitante;

(...)”

Assim, não há cláusula específica que determine que os riscos de alteração dos quantitativos de serviços são da concessionária e podem ocorrer, após a contratação e aditivos fatos supervenientes 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 que afetem os quantitativos de serviços necessários ao cumprimento das obrigações da concessionária relativas a serviços iniciais e obras de melhoria e ampliação de capacidade, ensejando a possibilidade de equilíbrio econômico-financeiro.



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

Mas, para que haja o direito ao reequilíbrio econômico-financeiro o evento deve enquadrar-se no artigo a item XX, inciso “c” e art. 65, inciso II, letra “d” da Lei n.º 8.666/93.

Deve-se ressaltar que, após os contratos, outros dois termos aditivos foram firmados por todas as concessionárias, nos anos de 2000 e 2002 e que várias circunstâncias teóricas podem influir na possibilidade de o evento ser ensejador de direito ao equilíbrio econômico-financeiro ou não, como por exemplo: insuficiência de quantitativos já no projeto básico, com alteração ou confirmação destes nos aditivos posteriores; alteração de quantitativos na própria licitação.

Estes fatos serão tratados em parecer específico, se ocorrerem, uma vez que este parecer tem como finalidade estabelecer a matriz de risco do contrato e a solução dada para os investimentos nos aditivos contratuais foram diferentes para os Lotes de Concessão do Estado do Paraná.

B) Alteração de quantitativos na restauração

A alteração de quantitativos dos serviços de restauração de rodovias está sendo tratado em tópico separado devido à previsão no edital de meta física para o item pavimento e acostamento em metro quadrado e a concepção de que, como o preço unitário foi calculado e estabelecido na proposta comercial em metro quadrado, ensejaria um risco para a concessionária em relação aos quantitativos de insumos necessários para restauração desta área e que este risco foi alterado para o poder concedente nos aditivos do ano 2002.






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

A restauração prevista no contrato de concessão é composta de mais de um serviço, todos relacionados no quadro 3b, anexo VII do edital de segunda etapa, com seus quantitativos específicos.

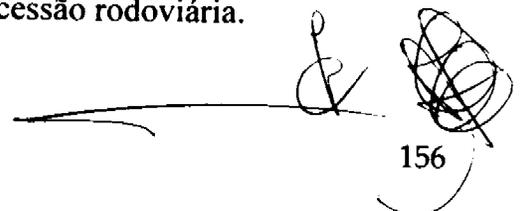
Dentre os serviços de restauração, há um serviço que não constou do quadro 3b, mas do Anexo V, item 1.2.2, intitulado “vistoria geral do pavimento e acostamentos”, onde consta para cada Lote uma quantidade de metros quadrados a ser restaurada no Lote (meta física).

Conforme norma do Anexo V (referente ao Programa de Exploração do Lote), a proponente deveria cotar em sua Proposta Comercial (Anexo VII) preço para a área estimada de intervenção de restauração na pista de rolamento (reparos locais, fresagem, aplicação de massa asfáltica e de lama asfáltica) e acostamentos (aplicação de novas camadas granulares e/ou asfálticas).

Assim, nas propostas comerciais das concessionárias consta para cada metro quadrado de restauração de pista e acostamento um preço, cujo valor total para este item de serviço corresponde à multiplicação deste preço pela quantidade de metros quadrados estabelecidos para cada Lote no PER (Programa de Exploração do Lote).

Como já citado neste parecer, a regra geral de que a concessão deve ser exercida “por conta e risco” da concessionária, está permeada pela teoria tradicional da álea ordinária e extraordinária e pelas circunstâncias observadas na licitação no transcorrer do contrato de concessão

Conforme cláusula já transcrita neste documento, consta como obrigação dos licitantes a visitação dos lotes da concessão rodoviária.





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

Compulsando os documentos que compuseram a contratação, junto ao processo administrativo de concorrência pública que culminou com os contratos de concessão em análise, verificou-se a existência de documento intitulado "Relatório Final - Revisão de Quantitativos". Neste documento explicou-se que:

"Algumas licitantes questionaram os quantitativos apresentados no edital para a Recuperação Inicial e para a Restauração das Rodovias Principais, alegando que estudos específicos, mais detalhados e mais recentes do que aqueles conduzidos pela SETR, apontam para um volume de obras bastante distinto.

É importante registrar que a origem dos quantitativos de pavimentação apresentados no edital para as fases ora questionadas remonta ao ano de 1995, quando a SETR efetuou levantamento visual contínuo, de caráter subjetivo, em toda a malha em processo de Concessão. Os dados angariados naquela ocasião foram confrontados com levantamento similar conduzido pelo DNER em 1996, adotando-se, em cada caso, a condição mais crítica observada. Os quantitativos foram derivados para uma restauração global, associando-se conceitos subjetivos às prováveis necessidades de intervenção. Na falta de informações mais precisas, 20% dos quantitativos globais foram alocados à fase de Recuperação Inicial.

Reconhece-se que a sistemática adotada poderia conduzir a algumas distorções, particularmente pela não disponibilidade de dados deflectométricos. No entanto, há que se considerar, como fator atenuante para esta aparente impropriedade, que o edital prevê a possibilidade de ajustes entre os quantitativos previstos e realizados, no decorrer do período de Concessão, de forma que eventuais imprecisões nas quantidades poderiam ser corrigidas. Os quantitativos estimativos do edital, consequentemente, prestam-se não somente a uma qualificação geral da rede como também para subsidiar a análise de viabilidade do empreendimento. Ocorre que se estiverem superestimados, os quantitativos podem produzir um impacto importante na rentabilidade do empreendimento, por representarem investimentos concentrados nos primeiros meses da Concessão. A renegociação, conduzida em bases justas, não altera este quadro, já que o princípio básico deve ser o de manter a mesma rentabilidade do empreendimento.

Em conclusão, é possível uma melhor aproximação às reais necessidades dos quantitativos de pavimentação ligados às duas primeiras fases da Concessão, a partir da disponibilidade de dados mais recentes e, particularmente, de dados deflectométricos.



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

Secundariamente, parece cabível uma análise geral dos demais quantitativos de serviços previstos para a fase de **Recuperação Inicial**, em especial quanto às intervenções previstas para Interseções, Terraplenos e Contenções, Canteiro Central e Faixa de Domínio, Sinalização, Drenagem e Obras de Arte Corrente. As quantidades inerentes a estes itens foram derivadas a partir da associação a projetos de restauração (DNER) de rodovias admitidas como correlatas.” (grifou-se)

Na seqüência deste documento foram apresentadas diversas alterações nos quantitativos de obras.

Aparentemente em consequência do referido documento houve a publicação de um Termo de Errata e Esclarecimento nº 06 ao Edital de Concorrência Internacional (processo licitatório) que trouxe outras referências para a análise da matriz de risco em estudo.

O item 5 desse Termo de Errata esclarece que a Comissão de Licitação alterou os quantitativos constantes das planilhas apresentadas no Edital, trazendo nova versão do Anexo V – Programa de Exploração.

Principalmente, o item 6 esclarece que:

“não será permitida a apresentação de quantidades diferentes das constantes dos documento do Edital relativos a: Recuperação Inicial; Restauração das Rodovias Principais; Obras de Melhoria e Ampliação de Capacidade; Tal condição estende-se a todas as planilhas apresentadas no Edital, conforme a nova versão do anexo V e Termo de Errata do Anexo VII – Programa de Exploração e Termo de Referência para Elaboração da Proposta Comercial respectivamente, bem como no Termo de Errata do Anexo XI – Projeto Básico”. (grifou-se)

O item 10 esclarece ainda que:

“não há possibilidade de implementação de qualquer tipo de alteração definida na nova versão do Programa de Exploração de Rodovia, anexo V, bem como no Termo de Errata do Anexo VII – Termo de Referência para Elaboração da Proposta Comercial.”



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

E o item 14 esclarece também que:

“as quantidades de terraplanagem, pavimentação e/ou qualquer outra integrantes dos documentos em epígrafe deste item, deverão ser adotadas conforme nova versão dp Anexo V e Termo de Errata do Anexo VII, assim como no Termo de Errata do Anexo XI – Projeto Básico.”

Diante deste Termo de Errata nº 06, no Anexo V, fls. 2.290 e 2.291 do processo, foi incluída a responsabilidade da proponente em:

“cotar preço em sua Proposta Comercial (Anexo VII) para a área estimada de intervenção de restauração do rolamento... As principais quantidades de serviços estimadas pelo DER para este Lote são as seguintes: (...)”

Bem como, o Termo de Errata e Esclarecimentos nº 07, no item Esclarecimento nº 04, no que se refere aos “Quantitativos de Serviços de Pavimentação” prescreveu que:

“A Comissão de Licitação esclarece que os quantitativos de serviços de pavimentação estimativos apresentados nos itens 1.2. e 1.3.1 da Parte II d Programa de Exploração de cada lote, permitem que cada licitante componha, para as fases de Recuperação Inicial e Restauração, o custo unitário médio por unidade de área tratada. **Os quantitativos apresentados servirão de base para efeito de eventual equilíbrio do contrato.**” (grifou-se)

Estes esclarecimentos convergem com a regra do Anexo VII – Termo de Referência para Elaboração da Proposta Comercial -, que indica o seguinte:

“II.2. INVESTIMENTOS

b) Planilhas de Quantidades e Preços

Neste subitem, a licitante deverá preencher os Quadros 3ª (Trabalhos Iniciais) e 3b (Trabalhos ao longo da Concessão), “Planilha de Quantidades e Preços” observando os seguintes procedimentos:



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 quantidades e os eventuais preços constantes nestes quadros deverão ser obrigatoriamente mantidos na Proposta da licitante;
 - A coluna referentes (sic) ao preço unitário para execução dos serviços deverá ser preenchida pela Licitante;
- (...)"

Como pode-se verificar pelo esclarecimento 4 acima citado os quantitativos estabelecidos pelo DER/PR (para restauração de pavimento e acostamentos), permitem ao licitante compor, para a restauração, o custo unitário médio por unidade de área tratada.

Esta forma de composição do custo traz um risco, não alocável para uma das partes, mas para ambas as partes.

Isto porque os quantitativos de insumos ou serviços para a restauração são totais para todo o lote, assim, podem os segmentos indicados nos cronogramas trienais apresentados pela Concessionária durante o período de restauração necessitarem mais ou menos insumos, representando o custo da área valor maior ou menor que o preço unitário. Porém, ao final do período de restauração o desembolso seria exatamente o valor total constante da proposta comercial.

Este tipo de dimensionamento de custo determina que os quantitativos citados no quadro 3b sejam risco da concessionária? Ou seja, eventos posteriores, que determinem a insuficiência dos quantitativos previstos não podem ser levados a reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos?

Como pode-se verificar nos esclarecimentos da licitação, os quantitativos para restauração foram estabelecidos pelo DER/PR e posteriormente redimensionados pelo mesmo, durante a licitação, em virtude de impugnação dos licitantes.






Os quantitativos gerais foram base para o estabelecimento do custo em metro quadrado de área tratada e não há no contrato cláusula que determine que fatos posteriores que determinem a necessidade de alteração destes quantitativos sejam risco da concessionária. Ao contrário, no esclarecimento "4" efetuado na licitação consta a observação que os quantitativos apresentados servirão de base para efeito de eventual equilíbrio do contrato.

Assim, sendo estes fatos enquadráveis na cláusula XX do contrato e no artigo 65 da Lei 8.666/93, poderá haver o reequilíbrio do contrato de concessão, acrescentando os quantitativos de serviços e, em consequência, estabelecendo novo valor para o metro quadrado de área tratada.

Esta análise diz respeito a restauração conforme prevista no contrato de concessão, não em relação a alteração realizada no aditivo contratual de 2002. Não obstante a conclusão sobre o risco de quantitativos, outros fatos ainda estão em discussão, e sobre esta alteração, haverá parecer jurídico nos processos administrativos relacionados ao assunto.

3.9.2. Alteração dos quantitativos de serviços no momento da execução da obra, relativamente ao projeto executivo apresentado

No anexo V dos Editais de Segunda Etapa, intitulado Programa de Exploração do Lote, consta a relação de investimentos e correspondentes épocas de realização.

Anteriormente a data prevista para início da obra a concessionária deveria apresentar o projeto executivo da mesma, conforme Cláusulas LXI, itens 1 a 4, e Cláusula LXV, itens 7 a 10, dos Contratos de Concessão.



CLÁUSULA LXI
Do PROGRAMA DE EXPLORAÇÃO DO LOTE

1. As obras e serviços a serem executados pela CONCESSIONÁRIA são os especificados no PROGRAMA DE EXPLORAÇÃO DO LOTE, anexo a este CONTRATO.
2. Essas obras e serviços devem ser executados nos prazos fixados nos cronogramas constantes do PROGRAMA DE EXPLORAÇÃO DO LOTE, de acordo com os projetos básicos e as condições ali estabelecidas.
3. Os prazos estipulados nos cronogramas são contínuos e só poderão ser suspensos na ocorrência de força maior, de caso fortuito, de fato do príncipe, de fato da administração ou de interferências imprevistas, devidamente justificadas.
4. Os prazos suspensos serão restituídos, procedendo-se os ajustes necessários nos cronogramas das obras e dos serviços afetados.

CLÁUSULA LXV
Da fiscalização da Concessão.

1. Os poderes de fiscalização do cumprimento das obrigações da CONCESSIONÁRIA emergentes deste CONTRATO serão exercidos pelo DER.
- ...
7. A CONCESSIONÁRIA deverá encaminhar à fiscalização do DER, antes do início efetivo da execução das obras e serviços de engenharia previstos no PROGRAMA DE EXPLORAÇÃO DO LOTE, cópias dos respectivos projetos executivos, diagramas e outros elementos elucidativos necessários à execução destas obras e referidos serviços.
8. Uma vez que o DER não apresente objeções à CONCESSIONÁRIA até 45 (quarenta e cinco) dias corridos após o recebimento protocolado dos projetos, esta encaminhará à fiscalização, no prazo máximo de 30 (trinta) dias corridos, os planos de trabalho das obras e serviços, acompanhados dos respectivos cronogramas de execução física.
9. No caso de existirem objeções aos planos de trabalho referidos no item anterior, a fiscalização as encaminhará à CONCESSIONÁRIA, por correspondência com registro de recebimento, no prazo máximo de 3 (três) dias úteis, contados de seus recebimentos.
10. A instalação de canteiro de serviços e a mobilização de mão-de-obra, equipamentos e materiais serão previamente comunicadas à fiscalização, por escrito, e, também, por esse meio, a fiscalização do DER comunicará à CONCESSIONÁRIA as suas eventuais objeções, no prazo máximo de 3 (três) dias úteis.



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

A responsabilidade pela correta execução do projeto e obra, dentro dos parâmetros das normas técnicas pertinentes e dos Contrato de Concessão, a fim de garantir a perfeita utilização da mesma pelos usuários do Lote, é da concessionária e o fato do DER/PR não ter apresentado objeções ao projeto não diminui esta responsabilidade.⁹⁰

Entre a apresentação do projeto executivo e a finalização da obra podem ocorrer eventos relacionados à engenharia que levem a uma necessidade de alteração de quantitativos. Por isso, questiona-se: Após a apresentação do projeto executivo, todo o risco por acontecimentos que determinem a necessidade de alteração dos quantitativos de serviços é da concessionária?

Não há cláusula que determine que é risco da concessionária todo e qualquer evento que ocorra após a apresentação do projeto executivo. Isso não significa que qualquer fato leve ao direito ao reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, porquanto deve haver enquadramento no artigo 65 da Lei n.º 8.666/97. Esta demonstração deverá ser realizada pela concessionária e atestada pelo DER/PR. Também deverá demonstrar⁽ⁱ⁾ que não deu causa à

⁹⁰ **CLÁUSULA LXI**

(...)

6. Caso se verifique, na execução dos encargos, que não estão sendo atendidas as exigências técnicas mínimas constantes do PROGRAMA DE EXPLORAÇÃO DO LOTE, a CONCESSIONÁRIA deverá executar, às suas expensas, e sem prejuízo de outras cominações, as modificações que permitam atender tais exigências.

CLÁUSULA LXV

Da Fiscalização da Concessão

(...)

18. A CONCESSIONÁRIA é obrigada a reparar, corrigir, remover, reconstruir ou substituir, às suas expensas, no todo ou em parte, as obras e serviços pertinentes à concessão, em que se verificarem vícios, defeitos ou incorreções resultantes da execução ou dos materiais empregados nos prazos em que forem fixados pelo DER.

CLÁUSULA LXVI

Do Recebimento das Obras e Serviços

(...)

3. O recebimento provisório ou definitivo não exclui a responsabilidade civil da CONCESSIONÁRIA pela solidez e segurança da obra ou serviço realizado, nem a responsabilidade ético – profissional pelo perfeito atendimento das condições contratuais.



necessidade de alteração dos quantitativos (por exemplo, por erro no projeto ou fatos previsíveis não considerados, imperícia ou negligência na execução da obra; (ii) que o prejuízo pelo evento não está entre os que deveriam estar cobertos por seguro.

3.9.3. Alteração qualitativa do projeto. Alterações decorrentes de necessidades técnicas

O projeto pode ser alterado para melhor adequação técnica aos seus objetivos. Este tipo de alteração tanto pode ocorrer por determinação da administração unilateralmente, como por sugestão da concessionária⁹¹ considerando, por exemplo, a utilização de diferentes tipos de insumos em decorrência de aprimoramento tecnológico.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro ressalta que, no caso de alteração qualitativa por ato unilateral da Administração, prevista no artigo 65, inciso I da Lei n.º 8.666/93, deve ser mantido o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.⁹²

⁹¹ II. RODOVIAS PRINCIPAIS

1. Intervenções Físicas

1.1 Padrões Técnicos

Todas as obras a serem realizadas nas RODOVIAS PRINCIPAIS que compõem o presente lote de concessão, quer façam parte da Recuperação Inicial, das obras de Recuperação Inicial, das obras de Restauração ou das Obras de Melhoria e Ampliação de Capacidade, deverão ser norteadas, nas fases de projeto e construção, pelas normas e especificações adotadas pelo DNER e, quando cabível, pelos documentos técnicos pertinentes do DNER ou da ABNT.

...
A relação das especificações a adotar, as quais deverão necessariamente conter os procedimentos executivos e os parâmetros de desempenho a serem atingidos para as diversas obras, deverá constar dos projetos e ser aprovada pelo DER.

Para serviços não previstos pelas especificações do DNER ou do DER, serão apresentadas, nos projetos executivos, especificações particulares.

As especificações de serviços adotadas deverão estar sempre de acordo com as atualizações feitas pelos órgãos rodoviários, ou, quando conveniente, deverão propor a adoção de novos procedimentos, materiais ou tecnologias de comprovada eficiência. (Anexo V do Edital – Programa de Exploração do Lote – PER).

⁹² “A redação do dispositivo permite falar em duas modalidades de alteração unilateral: a primeira é qualitativa, porque ocorre quando há necessidade de alterar o próprio projeto ou as suas especificações; a segunda é quantitativa, porque envolve acréscimo ou diminuição quantitativa do objeto.”



Assim, alteração qualitativa que resulte em aumento de custos para a concessionária, deverá propiciar o reequilíbrio econômico-financeiro. Ocorre que é possível que o novo insumo utilizado seja mais barato que o do projeto inicial e, neste caso, o reequilíbrio deverá ser efetuado à favor do poder concedente.

A alteração de um insumo de um projeto pode trazer influência em custos de outra atividade da concessionária. Por exemplo: alteração de insumo para pavimento que o torne, além de mais seguro para o usuário, mais durável, sem necessidade de muitas intervenções em conservação e menos quantidade de intervenção da manutenção. Naturalmente, esta diminuição de custo, que poderá ocorrer na conservação e manutenção, deverá determinar o reequilíbrio econômico-financeiro a favor do poder concedente, mormente se o novo insumo tiver preço superior ao previsto no projeto inicial, que determine reequilíbrio à favor da concessionária.

Assim, alteração qualitativa do projeto não é risco da concessionária.

3.9.4. Alteração dos preços dos insumos dos serviços constantes na proposta comercial.

Quanto aos custos unitários dos materiais e serviços, tem-se que as variações ordinárias de seus preços estão consideradas pelos reajustes anuais previstos contratualmente, somente cabendo revisão do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos pelos aumentos desses preços na forma da Cláusula XX, 3, "h" dos contratos de concessão, nos termos transcritos abaixo, *in verbis*:

São requisitos para alteração unilateral:

- a) que haja adequada a motivação sobre qual o interesse público que justifica a medida;
- b) que seja respeitada a natureza do contrato, no que diz respeito ao seu objeto; ...
- c) que seja respeitado o direito do contratado à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro;...



“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 atendidos ou cobertos pelos reajustes tarifários previstos neste **CONTRATO**, para mais ou para menos, conforme o caso, observados os preceitos legais pertinentes.”(grifou-se)

Assim, os preços dos insumos não são risco da concessionária, sendo as alterações ordinárias cobertas pelo reajuste, já previsto contratualmente. Já as alterações extraordinárias não são cobertas pelo reajuste e, desde que imprevisíveis e substanciais, poderão ensejar reequilíbrio econômico-financeiro do contrato.

3.9.5. Alteração de custos para confecção dos projetos executivos.

A fim de se chegar à conclusão sobre a quem foi atribuído o risco por eventos que alterem os custos para confecção dos projetos executivos, faz-se necessária a interpretação de regras e diretrizes contidas no edital de concorrência, nos contratos administrativos de concessão e na legislação atinente ao tema, cujos trechos pertinentes são a seguir reproduzidos:

SEÇÃO V

Do Conteúdo da Documentação Exigida no EDITAL

10. A Licitante deve examinar, cuidadosamente, todas as instruções, condições, quadros, estudos e projetos disponíveis, documentos-padrão, exigências, leis, decretos, normas, especificações e outras referências citadas neste EDITAL e em seus Anexos.

11. Eventuais deficiências no atendimento aos requisitos e exigências para a apresentação da PROPOSTA DE METODOLOGIA DE EXECUÇÃO, do ATESTADO DE EXEQUIBILIDADE ECONÔMICO-FINANCEIRO e da CARTA DE ADEQUALIDADE E VIABILIDADE DO PROGRAMA DE SEGUROS, assim como da PROPOSTA COMERCIAL, daqui por diante



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

designados DOCUMENTOS, serão consideradas de responsabilidade exclusiva da licitante.

12. A Licitante que, em qualquer das fases desta **CONCORRÊNCIA**, deixar de atender quaisquer dos requisitos pertinentes à **DOCUMENTAÇÃO** exigida neste **EDITAL** e em seus Anexos será desclassificada.

**SEÇÃO VI
Da Visita ao LOTE**

13. A **LICITANTE** deverá, obrigatoriamente, mediante programação prévia junto ao **DER**, visitar as rodovias e trechos rodoviários que compõem o **LOTE**, a fim de ter pleno conhecimento das condições e da natureza dos trabalhos a serem executados.

**SEÇÃO VII
Das Informações sobre a Concorrência**

18. As **LICITANTES** poderão requerer informações e esclarecimentos de dúvidas sobre a Concorrência ao **GRUPO DE ASSESSORAMENTO PARA O PLANEJAMENTO DE INVESTIMENTOS EM INFRA-ESTRUTURA DE TRANSPORTE – GAPIT**, por carta ou por via telegráfica (que pode incluir telex ou transmissão por fac-símile), até 15 (quinze) dias corridos antes da data fixada para a entrega da **DOCUMENTAÇÃO**.

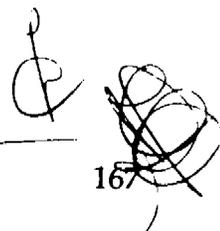
O Anexo VII dos Editais de Segunda Etapa das Licitações de Concessão do Estado do Paraná iniciadas em 1996, estabelece, no item 4.II.2, a seguinte diretriz para a elaboração da proposta comercial:

a) Planilhas de Quantidades e Preços.

Neste subitem, a licitante deverá preencher os Quadros 3ª (Trabalhos Iniciais) e 3b (trabalhos ao Longo da concessão), "Planilha de Quantidades e Preços" observando os seguintes procedimentos:

(...)

- Os valores previstos para os **investimentos** referentes a elaboração pela Concessionária de **projetos executivos, estudos ambientais e implantação de medidas mitigadoras de impactos ambientais** deverão ser fixados pela Licitante sob sua **exclusiva responsabilidade**. (grifou-se)


167



Extrai-se das disposições editalícias acima transcritas que cabia à concessionária a averiguação dos lotes licitados e das documentações disponíveis na licitação, bem como poderia solicitar outras informações que considerasse necessárias para elaboração da proposta comercial.

Com os dados disponibilizados, deveria estimar, sob sua inteira responsabilidade, os valores pertinentes aos investimentos necessários para a realização de "projetos executivos". Esta responsabilização expressa sobre o valor apresentado deixa claro que o risco de eventos posteriores que impliquem a elevação de custos é da concessionária.

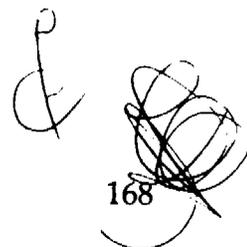
3.10. Risco de engenharia referente à alteração dos quantitativos e preços nos trechos de oferta.

Trechos de oferta são rodovias elencadas pelo poder concedente em cada Lote, que as licitantes deveriam oferecer para administração e manutenção. Ganharia a licitação a concorrente que oferecesse maior quantidade de trecho de oferta dentre os descritos no edital.

O tipo de intervenção ou serviços a serem executados nos trechos de oferta estão definidos no PER (Programa de Exploração do Lote), já os quantitativos e custos são definidos pela concessionária.

O risco da concessionária em relação aos quantitativos e custos dos trechos de oferta está claro no Anexo VII dos Editais de Segunda Etapa. Vejamos:

ANEXO VII



168



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

Termo de Referência para Elaboração da Proposta Comercial.

2. CRITÉRIOS PARA DEFINIÇÃO DA OFERTA.

1.1. A oferta de cada licitante deverá ser formalizada ATRAVÉS DA “Carta de Oferta” conforme modelo constante do ANEXO XVIII.

1.2. A oferta de cada licitante compreende a extensão proposta dos Trechos Rodoviários de Acesso que deverão ser recuperados, mantidos e conservados pela Concessionária durante o prazo da concessão.

1.3. A oferta de cada licitante deverá ser definida a partir da “Relação dos Trechos Rodoviários de Acesso” constante do Anexo IV, obedecendo rigorosamente a ordem de prioridade estabelecida.

1.4. 2.4. A relação constante do Anexo IV apresenta tão somente os Trechos Rodoviários de Acesso as rodovias principais do LOTE considerados prioritários para efeito da presente licitação e não reflete qualquer critério de exequibilidade do empreendimento a ser concessionado, cabendo à Licitante esta avaliação.

1.5. Os serviços de recuperação, conservação e manutenção a serem executados nos trechos rodoviários de acesso estão definidos no PROGRAMA DE EXPLORAÇÃO, anexo V deste Edital.

1.6. Além das condicionantes de seu Plano Econômico-Financeiro, a licitante deverá, para a definição de sua oferta, observar os seguintes critérios:

- Um trecho pode ser “ofertado” em sua extensão total ou parcial;
- Um trecho ou parte do Trecho, só poderá ser “ofertado” em sua extensão total;
- As extensões ofertadas deverão ser expressas em km, com uma casa decimal;
- No caso de oferta de extensão parcial, esta extensão será medida a partir do entroncamento com a RODOVIA PRINCIPAL, ou a partir do entroncamento com a RODOVIA PRINCIPAL, ou a partir do entroncamento com o trecho rodoviários de acesso que intercepta a RODOVIA PRINCIPAL.

2.7. Para cada trecho (total ou parcial) ofertado, a licitante deverá apresentar os quantitativos e preços unitários para os itens de execução dos serviços previstos, conforme definido neste ANEXO.

2.8. Variações de quantitativos e custos decorrentes dos encargos assumidos na execução dos serviços previstos em relação à oferta não serão consideradas para efeito do equilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO de concessão, sendo considerado risco exclusivo da Concessionária.

Assim, está claro que o risco de variação dos quantitativos e preços nos trechos de oferta é da concessionária.



3.11. Risco decorrente de alteração no custos com administração, operação, conservação e manutenção de Rodovias.

Questiona-se neste parecer acerca de quem arca com os riscos resultantes da variação dos custos apresentados pelas concessionárias na proposta comercial destinados à administração, operação, manutenção e conservação das rodovias.

A cláusula VI (Objeto) presente em todos os contratos celebrados no Anel de Integração determina que o 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 ao LOTE”*. Portanto, dentre as obrigações da concessionária se encontram a operação e manutenção das rodovias principais e trechos rodoviários de acesso e, como resultado disso, a sua administração durante o curso do contrato.

Os serviços de operação, conservação e manutenção estão descritos no Programa de Exploração de cada lote. Os excertos mais importantes são ora transcritos neste parecer a título de elucidação:

“Os serviços de operação, conservação e manutenção das RODOVIAS PRINCIPAIS visam garantir o máximo de fluidez do tráfego, com conforto e segurança aos usuários, e estabelecer todo o suporte gerencial para exploração e administração dessas rodovias, constituindo-se um conjunto bastante extenso de atividades, cuja interação deverá garantir o padrão de qualidade pretendido.

.....
.....

2.2 OPERAÇÃO DAS RODOVIAS PRINCIPAIS

A operação das RODOVIAS PRINCIPAIS envolverá as atividades de acompanhamento das condições de trânsito, de operação dos serviços básicos de



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

comunicação, pesagem e cobrança do pedágio, de atendimento ao usuário e às situações emergenciais associadas à operação rodoviária, envolvendo, também, o apoio à atividade do policiamento rodoviário, sob responsabilidade da Polícia Rodoviária (Fiscalização do Trânsito).

A estrutura operacional a ser implantada deverá contemplar, no mínimo, as seguintes atividades, sem no entanto ficar restrita a elas, nem à denominação aqui adotada:

- a) Controle Operacional;
- b) Sistema de Arrecadação de Pedágio;
- c) Sistema de Pesagem;
- d) Guarda e Vigilância Patrimonial;
- e) Apoio à Fiscalização de Trânsito;
- f) Serviços de Assistência aos Usuários;
- g) Segurança do Trânsito.

2.3 CONSERVAÇÃO DAS RODOVIAS PRINCIPAIS

Conceitualmente, a conservação rodoviária compreende o conjunto de operações rotineiras, realizadas com o objetivo de preservar as características técnicas e físico-operacionais do sistema rodoviário e das instalações da Concessionária, dentro dos padrões de serviço estabelecidos.

2.4 MANUTENÇÃO DAS RODOVIAS PRINCIPAIS

Entende-se por Manutenção das RODOVIAS PRINCIPAIS o conjunto de todas as intervenções físicas que a Concessionária deverá realizar, com caráter periódico, de forma a recompor ou mesmo aprimorar as condições da sinalização horizontal e da pavimentação dessas rodovias, ao longo do período de Concessão.

A periodicidade dessas intervenções deverá considerar intervalos de tempo, contados a partir da conclusão da Restauração das RODOVIAS PRINCIPAIS ou da conclusão das Obras de Melhoria e Ampliação da Capacidade, tais que atendam às exigências e premissas aqui estabelecidas”.

Já por administração, cujo conceito não se encontra explicitado no Programa de Exploração do Lote, se entende a gestão para realização das atividades objeto do contrato, em conformidade com a cláusula VI do contrato.






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

Os custos referentes a todos esses itens deveriam seguir o determinado no Termo de Referência para a Elaboração da Proposta Comercial, previsto para cada concessionária, em quadros específicos. Não obstante já estejam descritos neste parecer, novamente se transcreve os trechos pertinentes à guisa de esclarecimento:

“

- **APRESENTAÇÃO**

A apresentação deverá conter a denominação da licitante, a finalidade da proposta, o objeto da concorrência, o número do EDITAL e uma sucinta descrição da estrutura da PROPOSTA.

- **PREMISSAS BÁSICAS DA PROPOSTA COMERCIAL**

A serem apresentadas de forma padronizada, pelo preenchimento dos quadros indicados, cujos modelos são apresentados no capítulo 5 deste Anexo, obedecidas as instruções a seguir

II.2 INVESTIMENTOS

- **Planilhas de Quantidades e Preços**

Neste subitem, a licitante deverá preencher os Quadros 3a (Trabalhos Iniciais) e 3b (Trabalhos ao Longo da Concessão), “Planilha de Quantidades e Preços, observando os seguintes procedimentos:

- Todas as quantidades e os eventuais preços constantes nestes quadros deverão ser obrigatoriamente mantidos na Proposta da licitante;

h) A coluna referentes (sic) ao preço unitário para execução dos serviços deverá ser preenchida pela Licitantes;

i) Apresentar o somatório de todos os subitens e itens deste quadro, na coluna de “preço total”;

j) Os valores previstos para os investimentos referentes à elaboração pela Concessionária de projetos executivos, estudos ambientais e implantação de medidas mitigadoras de impactos ambientais deverão ser fixados pela Licitante sob sua exclusiva responsabilidade.

- Os valores calculados para os investimentos relativos a infra-estrutura para serviços de Operação, Conservação e Manutenção, devem refletir o dimensionamento efetuado pela licitantes na sua Proposta de Metodologia de



Execução.

.....

II.3 CUSTOS DE ADMINISTRAÇÃO, OPERAÇÃO E CONSERVAÇÃO

a) Custos de Administração e Operação – Mão de Obra

Neste subitem a Licitante deverá apresentar, no formato do Quadro 5, a composição de seus custos com as equipes de operação e pessoal administrativo da Concessionária, observando o cronograma de permanência e funções definidas em sua PROPOSTA DE METODOLOGIA DE EXECUÇÃO.

b) Custos de Administração e Operação – Outros Custos

O Quadro 6 deverá apresentar a composição anual dos demais custos envolvidos na Operação e Administração do Lote.

c) Custos de Conservação

No Quadro 7 deverão constar as estimativas anuais, para todo o período da Concessão, dos custos para a execução dos serviços de conservação, conforme definidos no PROGRAMA DE EXPLORAÇÃO e dimensionados pela licitantes na sua PROPOSTA DE METODOLOGIA DE EXECUÇÃO. Os valores apresentados deverão englobar, necessariamente, os custos de mão-de-obra e materiais de consumo. Caso a Licitante não tenha considerado, nos quadros dos Investimentos, aqueles referentes à conservação, deverá incluir os custos de locação de equipamentos e instalações neste Quadro 7.

- RESUMO DOS CUSTOS DE ADMINISTRAÇÃO, OPERAÇÃO E CONSERVAÇÃO

A serem sintetizados no formato do Quadro 11 (total e anual), transcrevendo os totais por item dos Quadros 5, 6 e 7.

.....

I. PROPOSTA DE OFERTA

Neste item a licitante deverá demonstrar os quantitativos e custos previstos para a execução dos serviços de recuperação, conservação e manutenção nos Trechos Rodoviários de Acesso que fazem parte de sua oferta. Os quadros deverão estar acompanhados das memórias de cálculo das estimativas realizadas.

A Quantitativos e Preços dos Serviços de Recuperação Inicial e manutenção dos trechos rodoviários de Acesso

A licitante deverá apresentar no formato do quadro 13, sendo um para cada



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

Trecho Rodoviário de Acesso proposto, a relação dos serviços de Recuperação Inicial e Manutenção que serão efetuados, a quantificação destes serviços e os seus respectivos preços unitários.

A licitante deverá preencher a coluna de "Quantidades" e "Preço Unitário" de cada um dos serviços para apresentar seu Custo Total e Anual para Execução da Recuperação Inicial e Manutenção dos Trechos Rodoviários de Acesso".

Em consonância com esses ditames, havia os quadros da Proposta Comercial, os quais delineavam como esses custos deveriam ser apresentados pelas concessionárias.

Nos quadros 3.a (Rodovias Principais – Investimentos – Trabalhos Iniciais – Planilha de Quantidades e Preços) e 3.b (Rodovias Principais – Investimentos - Trabalhos ao longo da concessão – Planilha de Quantidades e Preços) havia o item 2, denominado de Infra-Estrutura para Serviços de Operação, Conservação e Manutenção.

Neles o poder concedente estipula o título, ou tipo de serviço que deverá ter seu custo estabelecido, sendo que alguns deverão ter seu preço global estabelecido por unidade pré determinada, como no caso de postos de arrecadação de pedágio. Neste caso, a unidade representa 1 posto e o preço unitário a ser estabelecido é o total de serviços para construção de um posto de pedágio; já o custo global é a multiplicação deste valor pelo total de postos estabelecidos por Lote.

Assim, nos custos aqui tratados, tanto o quantitativo necessário quanto o preço são determinados pela concessionária em sua Proposta Comercial.



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

Já no quadro 5 do Termo de Referência para a Apresentação da Proposta Comercial se discorria sobre o demonstrativo dos custos de Administração e Operação para mão-de-obra. As concessionárias deveriam preencher as planilhas com os dados dos funcionários necessários, a quantidade de funcionários necessários para exercer cada função e o valor pago para cada um deles, considerando-se todo o período do contrato de concessão.

O quadro 6 do Termo de Referência versava acerca de outros custos relativos à administração e operação. Neste os itens se encontravam meramente exemplificados (despesas com aluguéis, locação de veículos, manutenção de veículos), sendo obrigação da concessionária revelar as quantidades necessárias de cada um deles e o valor que custariam.

Assim, quanto aos serviços de administração, operação, conservação e manutenção observa-se que tanto os custos unitários como os quantitativos eram fornecidos pela concessionária.

Insta-se asseverar que o único balizamento dado pelo poder concedente para os custos de administração estava no item 4 do Termo de Referência para a Proposta de Metodologia de Execução⁹³. Ainda assim, este era

⁹³ **4. ESTRUTURA ORGANIZACIONAL DA CONCESSIONÁRIA**
Compreendendo:

4.1 Modelo Proposto para a Administração da Concessionária

4.2 Estrutura Organizacional da Concessionária;

4.2.1 Organograma

4.2.2 Níveis de Chefia

4.2.3 Atribuição dos Cargos de Chefia

4.2.4 Atribuição e Lotação de Cada Unidade do Organograma

4.3 Cronograma de Permanência de Pessoal

4.4 Proposição de Interfaces da Concessionária com os Agentes Externos

Tais como: Fiscalização do Poder Concedente, demais Organismos governamentais, Instituições Financeiras, Comunidades e Estabelecimentos Lindeiros, Polícia Rodoviária, etc.”



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

meramente indicativo, para o fim exclusivo de uniformidade na apresentação das propostas⁹⁴.

Já quanto aos custos de operação e conservação das rodovias principais, o edital faz uma divisão entre custos referentes à mão-de-obra e outros derivados (quadros 5 e 6 da Proposta Comercial) e os referentes à infra-estrutura, nomeados como investimentos (quadros 3.a e 3.b).

Quanto aos primeiros, as concessionárias eram incumbidas de apresentar na proposta comercial toda a sua estrutura, incluindo quais as pessoas e bens necessários para a efetiva prestação do serviço, as quantidades e os preços de cada uma delas. O mesmo se dava quanto à infra-estrutura da prestação desses serviços, cabendo à concessionária avaliar os quantitativos e seus respectivos preços.

Imperioso ser ressaltado que tais valores calculados para esses investimentos deveriam, necessariamente, refletir o dimensionamento por elas efetuado na Proposta de Metodologia de Execução. Assim, por meio da Proposta de Metodologia de Execução, o poder concedente tinha como controlar os preços unitários e quantitativos fornecidos pela concessionária, durante toda a execução do contrato⁹⁵.

⁹⁴ A função do Termo de Referência para Elaboração da Proposta de Metodologia de Execução era de uniformização das propostas, conforme se extrai do próprio corpo do Termo, no item Preliminares: "O objetivo deste Termo de Referência é a padronização das PROPOSTAS, quanto à forma de apresentação e agrupamento dos temas de análise, de maneira a facilitar a equanimidade de seu julgamento pela Comissão de Licitação".

⁹⁵ Termo de Referência para a Elaboração da Proposta de Metodologia de Execução:

I.

Operação das Rodovias Principais

- a) Conceituação Básica e Modelo Operacional Proposto;
b) Metodologia adotada para implantação e dimensionamento das Praças de Pedágio demonstrando como pretende elaborar o sistema comercial para as cobranças de tarifas de pedágio, equipes envolvidas (funções e turnos de trabalho), sistemas a serem adotados, tempo previsto a ser gasto pelos usuários na praça de pedágio. Indicar a confiabilidade pretendida na sistemática de controle adotada e funções básicas dos softwares a serem usados;



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

Pode-se concluir, portanto, que quanto aos serviços de administração, operação, manutenção e conservação, à concessionária incumbia fornecer os preços e a quantidade necessária para a devida prestação do serviço.

- c) Metodologia adotada para dimensionamento das equipes envolvidas nas demais funções operacionais (funções, turnos de trabalho, dimensionamento);
- d) Especificação dos sistemas e equipamentos utilizados para a operação das Rodovias Principais (dimensionamento e cronograma de permanência);
- e) Descrição das medidas para minimização dos impactos urbanos e ambiental na fase de operação;
- f) Sistemática adotada para o planejamento e gestão da operação e para a monitoração permanente dos aspectos operacionais das Rodovias Principais (tráfego, acidentes, pesagem, etc.), com indicação dos procedimentos para coleta de dados, funções básicas dos softwares a serem adotados, equipes envolvidas, níveis de confiabilidade almejados;
- g) Edificações e instalações físicas de apoio previstas, com apresentação de localização, projeto funcional, quantitativos e especificações”.

II. Conservação das Rodovias Principais

- III. Conceituação Básica e Modelo Proposto para a realização da atividades previstas;
- IV. Metodologia adotada para quantificação dos recursos necessários (funções, turnos de trabalho, dimensionamento);
- V. Especificação dos sistemas e equipamentos a serem utilizados para a conservação das Rodovias Principais, com indicação da confiabilidade pretendida na sistemática adotada e funções básicas dos softwares a serem usados (relação e cronograma de permanência);
- VI. Descrição das medidas para minimização dos impactos urbanos e ambientais;
- VII. Sistemática adotada para o planejamento e gestão das atividades de conservação e para a monitoração permanente da conservação das Rodovias Principais, com indicação dos procedimentos para coleta de dados, softwares a serem adotados, equipes envolvidas, e níveis de confiabilidade almejados;
- VIII. Edificações e instalações físicas de apoio previstas, com apresentação de localização, projeto funcional, quantitativos e especificações.

III. Manutenção das Rodovias Principais

- a) Sistemática adotada para o planejamento e gestão da manutenção das rodovias e para a monitoração permanente das condições das rodovias em especial quanto à avaliação do comportamento estrutural do pavimento, indicando períodos aconselhados para restaurações, visando o menor custo e a segurança dos usuários, com indicação dos procedimentos para coleta dos dados, softwares a serem adotados, equipes envolvidas, níveis de confiabilidade almejados;
- b) Especificação dos sistemas e equipamentos utilizados para a manutenção das Rodovias (relação e cronograma de permanência);

177



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

Cabe, diante desses dados, verificar a quem os contratos de concessão do Anel de Integração atribuiu o risco pela prestação desses serviços e em que medida.

Nunca é demais lembrar que não existe uma matriz genérica de riscos nos contratos de concessão comum trazida seja pelo direito administrativo ou pela legislação. É pela leitura do contrato que se verifica quem deve arcar com as contingências normais dentro do contrato.

Extrai-se do conceito básico acerca do risco, já minuciosamente delineado neste parecer, que foram atribuídos às concessionárias os riscos ordinários. No caso em comento, deve ser analisado se o aumento ou diminuição dos custos com os serviços mencionados decorre de fato, cuja ocorrência se enquadraria em risco ordinário.

Arcar os com riscos ordinários significa ter a parte previsibilidade sobre a sua ocorrência. Segundo as normas previstas no edital de licitação já explanadas, era de responsabilidade da concessionária a estimação dos custos para a execução dos serviços de administração, conservação, manutenção e operação, inclusos tanto os valores referentes à mão-de-obra como outros insumos referentes à própria infraestrutura para a prestação desses serviços (praça de pedágio, centro de controle operacional, etc...).

Desta forma, elas detinham o controle sobre esses custos e, portanto, tinham plenas condições de se certificar que as alterações naturais de mercado não impediriam a prestação efetiva desses serviços. Apenas a ocorrência de um fato imprevisível, como por exemplo as alterações nos preços dos insumos acima da variação normal de mercado, poderia ensejar a possibilidade de equilibrar o contrato de concessão.


178



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

Duas cláusulas contratuais reforçam esse entendimento. Primeiro, a Cláusula XIX (Do reajuste da Tarifa Básica). O mecanismo de reajuste previsto nos contratos de concessão do Anel de Integração, não obstante as críticas que se possa fazer sobre ele, garante que a concessionária permaneça com as condições inicialmente previstas na equação econômico-financeira, pois atualiza-se o valor da sua remuneração com base na variação normal do preço dos insumos, ou seja, de seus custos⁹⁶.

Além disso, a Cláusula XX, item 3, “h” (Da Revisão Tarifária), trata dos fatos relacionados aos custos que poderiam ensejar o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato:

“ CLAUSULA XX
Da revisão da Tarifa Básica

2. Para os efeitos previstos nos itens anteriores, a revisão dar-se-á nos seguintes casos:

(...)

c) 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;

(...)

h) 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”.

Há clareza meridiana de que somente modificações estruturais nos preços relativos dos fatores de produção ou modificações substanciais nos preços dos insumos relativos aos principais componentes de custos considerados

⁹⁶ MELLO. Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. Malheiros: São Paulo, 2010, p. 736.



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

na formação da PROPOSTA COMERCIAL, desde que imprevisíveis e não atendidas ou cobertos pelos reajustes tarifários, ensejariam a revisão contratual.

Fazendo uma leitura atenta deste item, se apreende que somente modificações imprevisíveis que impactem fundamentalmente nos fatores de produção (mão-de-obra, máquinas e equipamentos diversos utilizados), ou nos insumos propriamente ditos, devem ser levadas a reequilíbrio.

Assim, somente no caso de se tratar de um fato extraordinário e considerados presentes todos os requisitos da teoria de imprevisão, a alteração dos custos dos serviços de operação, manutenção, administração e conservação pode ensejar o reequilíbrio econômico-financeiro para a concessionária, resultante tanto de preço como do quantitativo, dado que o risco ordinário pelo seu aumento pertence a ela.

Não se pode olvidar que esta mesma Cláusula XX, item "3", textualmente se refere às variações "para mais ou para menos", o que significa dizer que, caso haja uma alteração extraordinária no preço dos insumos ou fatores de produção ou quantitativos nos serviços de operação, manutenção, administração e conservação em prol do poder concedente, tal deve ser computado para a revisão tarifária.

No entanto, na hipótese de estar demonstrada uma essencial diminuição nos preços dos fatores de produção ou insumos na prestação desses serviços, por fatores imprevisíveis à época da celebração do contrato, o Administrador tem o dever de revisar o contrato, pois há um desequilíbrio em desfavor do poder concedente. Pode ser citado, como exemplo, a redução abrupta dos custos de mão-de-obra da concessionária com o advento de avanço tecnológico não previsível no início do contrato.



Assim se conclui que os riscos ordinários referentes aos custos com a prestação de serviços de administração, operação, manutenção e conservação são exclusivos da concessionária, devendo qualquer alteração acima dos valores de mercado serem por ela respondidos ou aproveitados, exceto aqueles que imprevisíveis, retratados pela cláusula XX, item 3, dos contratos de concessão do Anel de Integração. Esta cláusula também poderia ser considerada, em análise de ocorrência de fatos imprevisíveis que determinassem a alteração de quantitativos de insumos necessários.

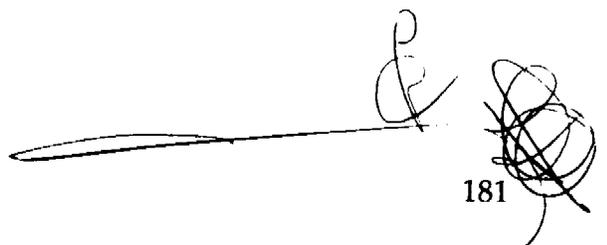
3. 12. Risco quanto à desapropriação

No Relatório 5, a Fundação Instituto de Administração, no tópico 5.4., aborda a questão sobre o risco de desapropriação.

Antes da questão a FIA faz a seguinte consideração:

“Do exposto na cláusula XX (encargos motivadores para o reequilíbrio econômico e financeiro) item 3d e na cláusula XXIX, entende-se que o risco de desapropriação está alocado ao Poder Concedente. A cláusula IV do Termo Aditivo 2000 retira da Concessionária qualquer responsabilidade, inclusive a 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?”

Percebe-se que, com o Termo Aditivo de 2000, houve a alteração das responsabilidades das partes pelos procedimentos e pelo pagamento das indenizações das desapropriação e instituição de servidões administrativas.





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

No contrato original, os ônus técnico e financeiro referente à instituição de desapropriações e às servidões administrativas encontrava-se a cargo das concessionárias. Neste sentido é evidente o disposto na Cláusula XXIX do contrato de concessão:

a) Cabe à CONCESSIONÁRIA, como entidade delegada do DER, promover desapropriações, instituir servidões administrativas, propor limitações administrativas e ocupar provisoriamente bens imóveis necessários à execução e conservação de obras e serviços vinculados à concessão.

b) Os ônus decorrentes de desapropriações ou imposição de servidões administrativas, seja por via de direito privado ou por intermédio de ações judiciais, correrão à conta da CONCESSIONÁRIA, observado o disposto neste CONTRATO.

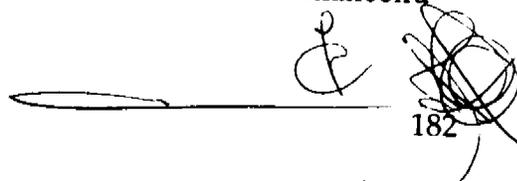
(...)

6. O pagamento, pela CONCESSIONÁRIA, ao terceiro desapropriado ou sobre cuja propriedade foi instituída servidão administrativa ou imposta limitação administrativa para os fins previstos neste CONTRATO, quando realizado pela via privada, ou seja, por acordo entre a CONCESSIONÁRIA e o terceiro indicado, fica sujeito à prévia aprovação do seu valor pelo DER, contra a apresentação, pela CONCESSIONÁRIA, de laudo de avaliação subscrito por perito especializado. Havendo discordância do DER quanto ao valor a ser pago ao terceiro indicado, o DER deverá apresentar à CONCESSIONÁRIA um novo valor, apontando de forma clara as razões pelas quais discorda do valor proposto pela CONCESSIONÁRIA.

Para tal, as concessionárias deveriam dispor de uma verba para custeio da desapropriação, variável para cada lote, para fazer frente a essas despesas. Referida verba estava prevista na Cláusula LXXVIII dos contratos originais, com a seguinte redação:

“A CONCESSIONÁRIA deverá dispor de uma verba no valor de R\$ (...), destinada a indenizar, no curso da concessão, as desapropriações, instituição de servidões administrativas ou limitações administrativas ao direito de propriedade, necessárias ao cumprimento de metas e objetivos da concessão”.

Importante consignar, ainda, que tal verba se encontrava no cômputo Termo de Referência para a Elaboração da Proposta Comercial, sendo considerada, inclusive, como um dos encargos na equação econômico-financeira





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

inicial dos contratos de concessão do Anel de Integração. Neste sentido se revisita seu item 1.14:

“A Licitante deve considerar também que deverá dispor de uma verba no valor de R\$ (...), a ser desembolsada conforme definido no PROGRAMA DE EXPLORAÇÃO, destinada a indenizar, no curso da concessão, as desapropriações, instituição de servidões administrativas ou limitações administrativas ao direito de propriedade, necessárias ao cumprimento das metas e objetivos da concessão”⁹⁷.

Quanto ao risco das variações dos valores a serem dispendidos com as desapropriações e servidões administrativas, os Contrato de Concessão o alocou ao poder concedente, uma vez que, na Cláusula XX, 3, “d”, prescreve o que segue transcrito, *in verbis*:

“Cláusula XX

Da Revisão da Tarifa Básica

3. Para os efeitos previstos nos itens anteriores, a revisão dar-se-á nos seguintes casos:

(...)

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

Já nos Termos Aditivos de 2000, foi repassado ao poder concedente, em conformidade com os novéis itens 2 e 6 da Cláusula XXIX, a responsabilidade pelo pagamento da promoção de desapropriações e a instituição de servidões administrativas.

Como corolário, aquela verba de desapropriação foi suprimida pelos Termos Aditivos de 2000, conforme o item IV.4:

⁹⁷ Faz-se mister lembrar que esses valores a título de verba de desapropriação são diversos para cada concessionária. Este se perfaz no valor previsto para no Termo de Referência para o lote 03, no qual acabou se sagrando vencedora a concessionária Ecovia.



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

“IV.4 Ficam suprimidos a CLAUSULA LXXVII – Da verba para Custeio de Desapropriação e o subitem d do item d do item da CLAUSULA XX – Da Revisão da Tarifa Básica do CONTRATO DE CONCESSÃO”.

Também, se alteraram a alínea “i” da “Cláusula XXIII – Dos Direitos e das Obrigações do DER”⁹⁸ e alínea “g” da CLÁUSULA XXIV – Dos Direitos e das Obrigações da CONCESSIONÁRIA”⁹⁹.

Pelas alterações, o DER permaneceu responsável por declarar a utilidade pública para a desapropriação e pelo pagamento. Já a concessionária passou a se responsabilizar de forma objetiva à apresentação ao DER das informações e dos documentos necessários à promoção da providência pretendida, previstos nas normas internas do DER ou DNER, conforme o caso; assim como ocupar, provisoriamente, sobreditos imóveis, para a finalidade indicada.

Assim, os valores correspondentes ao pagamento dos terceiros pela desapropriação é do DER/PR, porém a concessionária continua atuando no processo de desapropriação e conhece todas as fases do processo, bem como a situação da influência de terceiros para conclusão da desapropriação.

⁹⁸ Alínea “i” da “Cláusula XXIII – Dos Direitos e das Obrigações do DER”: *sempre que solicitado pela Concessionária, conforme alínea “g” da Cláusula XXIV, o DER deverá providenciar a declaração de bens imóveis de utilidade pública, com caráter de urgência, para fins de desapropriação ou instituição de servidão administrativa; promover desapropriações e instituir servidões administrativas, seja por acordo ou por intermédio de ação judicial de imóveis assim declarados de utilidade pública, inclusive responsabilizando-se pelo pagamento do valor da indenização; estabelecer limitações administrativas; e autorizar ocupações temporárias de bens imóveis; sempre para assegurar a realização e a conservação de obras e serviços vinculados à concessão, o que deverá ser feito dentro do cronograma preestabelecido pelas partes;*

⁹⁹ Alínea “g” da CLÁUSULA XXIV – Dos Direitos e das Obrigações da CONCESSIONÁRIA”: *solicitar ao DER a declaração de utilidade pública e a promoção de desapropriações ou a instituição de servidões administrativas relativas a bens imóveis necessário para assegurar a realização e a conservação de obras e serviços vinculados à concessão, mediante apresentação ao DER das informações e dos documentos necessários à promoção da providência pretendida, previstos nas normas internas do DER ou DNER, conforme o caso; propor limitações administrativas de caráter geral ao uso de imóveis limitrofes à faixa de domínio das rodovias principais e dos trechos rodoviários de acesso que compõem o Lote; assim como ocupar, provisoriamente, sobreditos imóveis, para a finalidade indicada;*



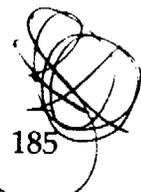
Portanto apenas por atos do DER/PR que atrasem o processo, não por previsão de prazo, poderia o mesmo ser responsabilizado, e ensejar equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

4. Conclusão

Assim, ao trazer à lume o conceito, extensão e elementos da equação inicial do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão (e, conseqüentemente, do desequilíbrio econômico-financeiro) e efetuar a análise dos riscos alocados a cada parte dos Contratos de Concessão do Estado do Paraná já elucidando alguns dos eventos de desequilíbrio correspondentes, este parecer teve o desiderato de amparar os trabalhos da Fundação Instituto de Administração no cumprimento do objeto do Contrato n.º 337/2012, qual seja a realização de estudos, para subsidiar o DER/PR a fim de promover o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão.

Insta destacar, mais uma vez, que o trabalho da FIA cinge-se à análise eminentemente econômico-financeira, ficando o conteúdo jurídico e de engenharia, respectivamente, a cargo do Núcleo Jurídico da Administração no DER/PR e da Coordenadoria de Concessões e Pedágios Rodoviários do DER/PR, por não integrarem o objeto contratual.

Em outras palavras, o cálculo pela FIA, sob o viés econômico-financeiro, do desequilíbrio produzido por cada um dos fatores nos seis lotes de concessão (referente à Etapa III) deve encontrar respaldo neste parecer, porquanto apenas os eventos de desequilíbrio que não correspondam a risco alocado à parte prejudicada pelo evento poderão ser computados para o reequilíbrio.


185 



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

Explica-se mais uma vez: não obstante a constatação pela FIA de eventual desequilíbrio fático na relação encargos e receitas (ou seja, diferença de valores decorrente de análise matemática e econômica), o contrato pode encontrar-se equilibrado sob o ponto de vista jurídico, porquanto a superveniência deste evento que gerou o desequilíbrio matemático estava alocado como risco à parte prejudicada.

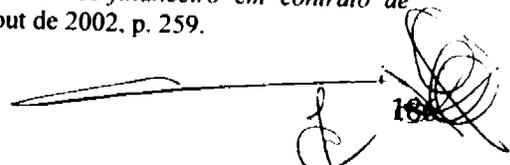
Assim, a análise do que integra a equação inicial do equilíbrio econômico-financeiro (relação encargos/receitas + fator risco) e a alocação dos riscos é importante para que seja efetuado o cálculo do desequilíbrio jurídico dos contratos de concessão e consideração no reequilíbrio.

Não é demais trazer a baila novamente que eventual alteração na relação entre encargos e remuneração, decorrente da superveniência dos riscos identificados neste parecer, deve ser suportado pela parte a quem foi atribuído o seu gerenciamento e assunção dos efeitos, porquanto *"na concessão, há um compartilhamento de riscos, existindo, portanto, alguns fatores cuja ocorrência não justificaria a postulação de reequilíbrio"*¹⁰⁰.

Conforme discorrido, o risco seria o evento que, uma vez alocado a uma das partes, geraria para esta a obrigação de suportar a sua ocorrência sem possibilidade de pleitear o reequilíbrio econômico-financeiro. Apenas a ocorrência de eventos extraordinários implica a alteração da equação inicial e a necessidade de sua recomposição.

Desta forma, os eventos extraordinários, conforme discorrido neste parecer, devem ser computados para o reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão.

¹⁰⁰ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Equilíbrio econômico-financeiro em contrato de concessão*. In: Revista Tributária de Finanças Públicas, ano 10, set/out de 2002, p. 259.


18



Entende-se que esta análise acerca das hipóteses passíveis de reequilíbrio deve observar os procedimentos prescritos contratualmente, em consonância com o texto legal. O texto contratual pertinente prescreve o seguinte:

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 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:
 - a) ressalvados os impostos sobre a renda, sempre que, forem criados, alterados ou extintos outros tributos ou sobrevierem disposições legais, quando ocorridas após a data de apresentação da PROPOSTA COMERCIAL, de comprovada repercussão nos custos da CONCESSIONÁRIA, para mais ou para menos, conforme o caso;
 - b) sempre que houver acréscimo ou supressão de encargos no PROGRAMA DE EXPLORAÇÃO DO LOTE, para mais ou para menos, conforme o caso;
 - c) 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;
 - d) sempre que a CONCESSIONÁRIA promover a desapropriação de bens imóveis, a instituição de servidão administrativa ao direito de propriedade, desde que o valor da verba indenizatória prevista não seja atingido ou seja ultrapassado (suprimida; pelo termo aditivo de 2000);
 - e) 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;
 - f) sempre que houver alteração unilateral deste CONTRATO, que

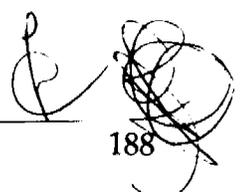


ESTADO DO PARANÁ
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
NÚCLEO JURÍDICO DA ADMINISTRAÇÃO NO DEPARTAMENTO DE
ESTRADAS DE RODAGEM DO PARANÁ (DER/PR)
NÚCLEO CONCESSÕES

- comprovadamente altere os encargos da CONCESSIONÁRIA, para mais ou para menos, conforme o caso;
- g) quando a CONCESSIONÁRIA auferir receita alternativa, complementar ou acessória à concessão, nas condições estabelecidas neste CONTRATO;
 - h) 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 atendidos ou cobertos pelos reajustes tarifários previstos neste CONTRATO, para mais ou para menos, conforme o caso, observados os preceitos legais pertinentes.
4. Sempre que haja lugar para a revisão do valor da TARIFA BÁSICA DE PEDÁGIO, o DER e a CONCESSIONÁRIA poderão acordar, alternativamente ou complementarmente ao aumento do valor da TARIFA:
- a) alteração do prazo da concessão;
 - b) atribuição de compensação direta à CONCESSIONÁRIA;
 - c) adequação do PROGRAMA DE EXPLORAÇÃO;
 - d) combinação das alternativas anteriores.
5. O processo de revisão do equilíbrio econômico-financeiro do CONTRATO terá início mediante requerimento dirigido pela CONCESSIONÁRIA ao Diretor Geral do DER, acompanhado de "Relatório Técnico" ou "Laudo Pericial" que demonstre, cabalmente, o impacto ou a repercussão de qualquer das ocorrências referidas no item 3 desta Cláusula sobre os principais componentes de custos considerados na formação do valor da PROPOSTA COMERCIAL ou, ainda, sobre as receitas da CONCESSIONÁRIA. (confirmar redação com Gustavo)

O texto contratual prescreve as hipóteses em que se justifica a abertura do processo de revisão do equilíbrio econômico-financeiro. Contudo, conforme exposto anteriormente, para que se opere a revisão do equilíbrio econômico e financeiro do contrato, não basta a ocorrência de evento supostamente causador de desequilíbrio.

É necessário analisar o evento se encontra dentre os riscos alocados a uma das partes do contrato de concessão, o que geraria para esta a obrigação de suportar a sua ocorrência sem possibilidade de pleitear o reequilíbrio econômico-financeiro.


188



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

Bem como, não obstante as regras de revisão do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão, prescreve a Lei nº 8.666/93 que a revisão não se impõe de forma irrestrita, mas sim mediante subsunção do fato às hipóteses previstas: fato superveniente, imprevisível e agravador da condição do particular, de forma retardadora ou impeditiva da execução do ajustado (aliena "d", II, do art. 65 da Lei de Licitações).

Ainda, necessária a prova do impacto do evento, ou seja, deve haver prova do dano e de sua extensão, não bastando meras suposições da probabilidade de sua ocorrência. Neste sentido:

"A quebra do equilíbrio econômico-financeiro e o reconhecimento do direito e sua recomposição envolve análise do universo fático. Mas não basta a alteração da relação original entre encargos e vantagens para surgir o automático direito de o interessado pretender alguma alteração do tratamento jurídico. Para tanto, é necessário verificar (provar) a ocorrência de três ordens de eventos. Em primeiro lugar, tem de comprovar-se a ocorrência da quebra propriamente dita da equação econômico-financeira. Isso se faz pela comparação entre as projeções originais sobre a execução do contrato e as efetivas condições dessa execução. A quebra da equação se evidencia quando provada a frustração das expectativas concretas formuladas acerca dos resultados econômicos da avença. Em segundo lugar, tem de comprovar-se que essa frustração derivou da ampliação dos encargos e (ou) a redução dos benefícios originalmente previstos. Em terceiro lugar, deve evidenciar-se que a ampliação dos encargos e (ou) a redução dos benefícios configuram-se como eventos extraordinários, de cunho imprevisível ou de efeitos incalculáveis".¹⁰¹

Por fim, cabe analisar as justificativas para este acréscimo à luz da confirmação da ausência de culpa do particular. Quanto à responsabilidade do particular por suportar os encargos decorrentes de sua culpa, assim leciona José Anacleto Abduch Santos:

"Se o Concessionário foi imprevidente e desconsiderou a possibilidade de tal risco, não lhe assiste o direito a partilhar o prejuízo com o grupo social mediante indenização por parte do Poder Público."¹⁰²

¹⁰¹ JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 399.



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

Assim, arroladas as situações a serem observadas, válido transcrever a lição do jurista Marçal Justen Filho¹⁰³ que relaciona algumas destas hipóteses citadas neste documento:

“Motivos que não justificam o reequilíbrio econômico-financeiro:
Uma vez verificado o rompimento do equilíbrio econômico-financeiro, o particular deve provocar a Administração para adoção das providências adequadas. Inexiste discricionariedade. A Administração pode recusar o restabelecimento da equação apenas mediante invocação da ausência dos pressupostos necessários. Poderá invocar:

- ausência de elevação dos encargos do particular;
- ocorrência do evento antes da formulação das propostas;
- ausência de vínculo de causalidade entre o evento ocorrido e a majoração dos encargos contratados;
- culpa do contratado pela majoração dos seus encargos (o que inclui a previsibilidade da ocorrência do evento).”

Desta forma, as diretrizes para os cálculos e modelagem a serem executadas no contrato de serviços especializados da FIA são as seguintes:

- os eventos relacionados como risco nos contratos de concessão para qualquer das partes não serão levados a conta e modelagem;

- os demais eventos não relacionados à matriz de risco identificada por este parecer (e não caracterizadores de álea ordinária, cuja gestão e consequências foram atribuídas às concessionárias) serão levados a conta e modelagem, se demonstrada a subsunção do fato alegado à hipótese de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro prescrito pelas regras do contrato e da lei, porquanto apenas os eventos enquadrados nestas regras, que não

¹⁰² SANTOS, José Anacleto Abduch. *Contratos de Concessão de Serviços Públicos*. Curitiba: Ed. Juruá. 2007, p. 158.

¹⁰³ JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários a Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Ed. Dialética. 2008, p. 719.



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

decorram de culpa do particular e tenham comprovada repercussão econômico-financeira nos encargos e custos da concessão, podem justificar o reequilíbrio.

Não é demais destacar a necessidade de verificação dos riscos e eventos de desequilíbrio não só no bojo desta revisão, porquanto o monitoramento constante do contrato de concessão é de suma importância e impositivo contratual.

Este parecer não esgotou todos os riscos alocados às partes e respectivos eventos. Foram tratados os riscos conforme os fatos que já ocorreram, visando o enquadramento da situação concreta em situação de ordinariade ou não, porquanto tratam-se de contratos de concessão já firmados, os quais não fazem alocação explícita de todos os riscos. E, conforme observado pelo doutrinador Marçal Justen Filho, as situações concretas que levam à identificação da ordinariade ou não da álea¹⁰⁴.

Assim, sempre que ocorrerem eventos que desequilbrem a inicial equação econômico-financeira a favor do usuário, o DER/PR deve propor o respectivo reequilíbrio. E sempre que a concessionária pleitear reequilíbrio econômico-financeiro, deve também a fiscalização da concessão considerar no processo eventuais eventos que levam ao reequilíbrio econômico-financeiro a favor do usuário, uma vez que este se faz considerando o contrato como um todo.

É o parecer.

Encaminhe-se ao Procurador Geral do Estado para aprovação.

¹⁰⁴ "A questão fundamental reside em que somente é possível identificar a ordinariade ou extraordinariade da álea em face do caso concreto e das circunstâncias específicas de um certo empreendimento" (JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria Geral das Concessões de Serviço Público. São Paulo: Dialética, 2003, p. 400).



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

Após, apense-se o presente parecer ao processo administrativo de contratação da Fundação Instituto de Administração n.º 7.993.416-0, juntamente com o protocolado n.º 11.926.022-1, e dê-se ciência a esta instituição.

Curitiba, 24 de maio de 2013.


ANA ELISA PEREZ SOUZA
Procuradora do Estado


JULIANO RIBAS DEA
Procurador do Estado


JOSEANE LUZIA DA SILVA
Advogada do DER/PR

Anexos:

- Contratação FIA – Contrato n.º 337/2012;
- Relatórios entregues pela FIA em cumprimento ao contrato;
- Convênio de Delegação n.º 03/1996;
- Contrato de Concessão n.º 73/1997;
- Termo Aditivo n.º 18/2000;
- Termo Aditivom n.º 104/2002.

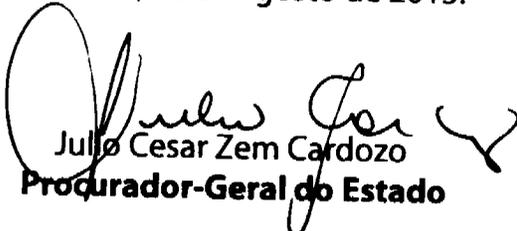


ESTADO DO PARANÁ
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
Gabinete do Procurador-Geral

Protocolo nº 11.983.775-8
Despacho nº 484/2013-PGE

- I. Aprovo o Parecer nº 28/2013 - PGE, da lavra dos Procuradores do Estado, Ana Elisa Perez Souza e Juliano Ribas Dea e Advogada do DER/PR Joseane Luzia da Silva, em 192 (cento e noventa e duas) laudas;
- II. Encaminhe-se ao Departamento de Estradas de Rodagem do Paraná - DER/PR.

Curitiba, 13 de agosto de 2013.


Julio Cesar Zem Cardozo
Procurador-Geral do Estado