

PROCESSO Nº: 840955/13
ASSUNTO: CONSULTA
ENTIDADE: AGENCIA REGULADORA DE SERVIÇOS PUBLICOS
DELEGADOS DE INFRA-ESTRUTURA DO PARANA
INTERESSADO: ANTONIO JOSE CORREIA RIBAS
RELATOR: CONSELHEIRO NESTOR BAPTISTA

ACÓRDÃO Nº 3765/14 - Tribunal Pleno

CONSULTA. CONTRATO ADMINISTRATIVO DE CONCESSÃO DE RODOVIAS. PARÂMETROS TÉCNICOS A SEREM OBSERVADOR PARA A MANUTENÇÃO E RECOMPOSIÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO. ALINHAMENTO AOS CRITÉRIOS ESTABELECIDOS PELA ANTT E TCU

RELATÓRIO

Trata-se de consulta encaminhada a este Tribunal pela Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados de Infraestrutura do Paraná – AGEPAR – acerca de questões recorrentes com as quais tem se deparado relativamente à aplicação de normas legais e contratuais aos contratos de prestação de serviços e obras sob sua atuação, especialmente na área de infraestrutura de transportes terrestres, à luz da orientação do Poder Executivo, dessa E. Corte de Contas e dos demais órgãos de controle externo, notadamente do Tribunal de Contas da União, das Agências reguladoras federais e Ministério da Fazenda no que respeita aos serviços federais que foram delegados à administração e gestão deste Estado, emergindo dúvidas quanto ao melhor posicionamento a ser por ela adotado.

As questões formuladas foram:

“1. Na hipótese de contratos administrativos e, notadamente de concessão, e eventuais termos de aditamentos, virem a ter sua validade e vigência questionados judicialmente, e que não tenha ainda decisão terminativa de mérito declarando sua nulidade, nem acautelatória suspendendo seus efeitos, decorrentes de controle judicial ou de órgão de controle externo, pergunta-se: esse E. Tribunal de Contas entende que esses contratos e seus termos de aditamento são validos, aptos a produzir efeitos, obrigando as partes e terceiros? Direitos e obrigações decorrentes destes instrumentos são exigíveis e oponíveis? Nestas circunstâncias, é possível à Administração contratante, administrativamente, se contrapor à aplicação desses instrumentos?

2. Em contratos administrativos, notadamente de concessão consideradas suas peculiaridades e natureza, as premissas e parâmetros

técnicos mínimos a serem utilizados para a recomposição do equilíbrio econômico financeiro são aqueles previstos em contrato e respectivos aditamentos? É pertinente à Administração contratante impor parâmetros diferentes dos constantes do contrato e seus aditamentos em vigor? No que tange tais premissas e parâmetros técnicos mínimos, esse E. Tribunal entende possível a aplicação, aos contratos fiscalizados por essa Agência, das diretrizes emanadas pelo Tribunal de Contas da União nos Acórdãos n°s 988/2004 - Processo 006.931/2002, 1563/2004 - Processo 001.912/2004-8; 1121/2005 - Processo 006.322/2003-6 e 2857.40.2010 - Processo 001.059/2003-7?

3. Com vistas à manutenção do equilíbrio econômico financeiro do contrato, esse Tribunal de Contas entende serem aplicáveis os meios e metodologia constantes da nota técnica n° 169/2010 e da Resolução n. 3651/2011 ambos da ANTT, bem como dos termos das decisões proferidas pelo Tribunal de Contas da União, especificamente nos Acórdãos n° 2154/2007, n° 250/2008 e n° 2927/2011-P, todos proferidos no processo n° 26.335/2007-4, e ainda do Parecer Analítico sobre Regras Regulatórias n° 108 COGTL/SEAE/MF do Ministério da Fazenda, notadamente considerando que as rodovias que integram o Programa de Concessão no Estado do Paraná foram delegadas pela União?”

O pleito encontra-se instruído com parecer da Assessoria Jurídica da AGEPAR (peça 02), que a respeito da questão 1, sustenta que, ainda que estejam sendo questionados judicialmente, contratos e seus aditamentos nesta situação são plenamente válidos e produzem efeitos até que sobrevenha decisão judicial acautelatória ou terminativa de mérito em sentido contrário, respeito ao princípio da segurança jurídica de observância nas relações jurídicas estabelecidas entre a Administração e o particular contratado.

Em resposta à questão 2 sustenta a Assessoria Jurídica da Agência que, na hipótese de haver desequilíbrio econômico-financeiro, para sua recomposição devem ser utilizados os parâmetros contidos nos contratos e seus termos de aditamento. Entretanto, entende que qualquer outro mecanismo pode ser introduzido, desde que se apresente como melhor solução para o atendimento eficiente do interesse público envolvido, por acordo entre as partes, e instrumentalizado em novo termo de aditamento contratual.

No quesito 3 a Assessoria Jurídica entende que, especialmente nos casos de prestação de serviços delegados pela União, para fins de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, é de rigor a aplicação da metodologia e dos meios para sua recomposição já sedimentados

pela jurisprudência do Tribunal de Contas da União, especialmente daqueles previstos na Resolução n.º 3.651/2011 da ANTT . Adverte, no entanto, que se aplicam apenas para investimentos decorrentes de novas obrigações não previstas originalmente no contrato.

Traz à baila, ainda, importante histórico relativo ao Programa de Concessões Rodoviárias deste Estado, noticiando o contexto da formalização dos aditamentos havidos naqueles contratos.

A presente Consulta distribuída a este Relator, que inicialmente, remeteu o processo à Diretoria de Jurisprudência e Biblioteca desta Casa (peça 7).

A Coordenadoria de Jurisprudência e Biblioteca, em cumprimento aos artigos 166, X e 313 § 2º do Regimento Interno desse Tribunal, informou que não há qualquer Consulta, Prejulgado, Súmula ou Uniformização de Jurisprudência nesta Corte de Contas acerca do tema ora discutido (peça 9).

Com base nessas informações, a Consulta foi recebida (peça 10) por se tratar de tema relevante, ainda que envolva caso concreto. Em seguida o processo foi remetido à 3ª Inspeção de Controle Externo (3ICE), Diretoria de Contas Estaduais (DCE) e Ministério Público de Contas (MPC).

Por meio da Informação nº 09/2014 (peça 13), a 3ª Inspeção de Controle Externo após um relato acerca do histórico das concessões de rodovias no Estado do Paraná, bem como da criação e atribuições da AGEPAR, consignou que: *“Os contratos de concessão celebrados pelo Estado do Paraná preveem a aplicação da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, previsto no artigo 175 da Constituição Federal; da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995, que estabelece normas para a outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outra providências; da Lei nº 9.277, de 10 de maio de 1996, que autoriza a União a delegar aos Municípios e Estados da Federação e ao Distrito Federal a administração e exploração de rodovias e portos federais; da Portaria Federal nº 368/GM; da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993 e suas alterações, no que couber.”*

Asseverou ainda que, "(...) no caso do Programa de Concessão de Rodovias oriundo de Convênio de delegação com o Governo Federal, do qual resultaram os contratos de concessão assinados em 1997, há que ser respeitado o que restou estabelecido em relação à competência e obrigações das partes contratantes, além da legislação federal neles referida e decisões emanadas pelas entidades constitucionalmente incumbidas do controle externo (...)."

Destacou, por derradeiro, que "as partes envolvidas devem buscar as soluções objetivando determinar as obrigações, direitos e formas de execução das disposições contratuais que entenderem vigentes, cabendo à AGEPAR o auxílio neste processo amigável, dirimindo conflitos e regulando o que for necessário".

Por sua vez, a Diretoria de Contas Estaduais, por meio da Instrução nº 36/14 (peça 14), enfrentou as questões formuladas na presente Consulta e as respondeu, em síntese, nos seguintes termos:

1. Os contratos e termos de aditamento são válidos, aptos a produzir efeitos, obrigando as partes e terceiros até que se tenha uma decisão judicial ou medida acautelatória em sentido contrário;

2. As premissas e parâmetros técnicos mínimos a serem adotados para a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro deverão estar estabelecidos nos instrumentos contratuais e nos termos aditivos. No entanto, poderá a Administração adotar critérios e premissas distintas, desde que devidamente justificadas, de acordo com art. 65, II, d, da Lei nº 8.666/93. Opinou, ainda, serem plenamente aplicáveis as diretrizes expedidas pelo Tribunal de Contas da União;

3. Os meios e metodologias constantes da nota técnica nº 169/2010 e da Resolução nº 3651/2011, ambos da ANTT, bem como os termos das decisões proferidas pelo Tribunal de Contas da União e também o Parecer Analítico sobre Regras Regulatórias nº 108 do Ministério da Fazenda poderão ser aplicadas com o fito de garantir a manutenção do equilíbrio econômico financeiro do contrato;

Por seu turno, o Ministério Público de Contas, por meio do Parecer 7671/2014 (peça 15), opinou pelo não conhecimento da presente Consulta em virtude de versar sobre caso concreto que é objeto de 2 (dois) processos de auditoria em trâmite perante esta Corte de Contas, o que implicaria em um prejulgamento da matéria.

Sucessivamente, o “Parquet” pugnou pela conversão da presente Consulta em Prejulgado, nos termos do art. 79 da Lei Orgânica desta Corte de Contas.

Por fim, no caso de não acolhimento dos pleitos formulados, o Ministério Público requereu que, antes de qualquer enfrentamento de mérito, a presente Consulta fosse analisada pela Comissão de servidores instituída pela Portaria nº 437/2013.

É o relatório.

FUNDAMENTAÇÃO E VOTO

Preliminarmente, verifico a legitimidade do Consulente para formular pleitos desta natureza, conforme artigo 39, I, da Lei Orgânica desta Corte de Contas, bem como a escorreita instrução do processo, razão pela qual, a presente Consulta merece ser conhecida e respondida.

Em que pese nosso respeito pelas considerações lançadas pelo Ministério Público de Contas do Estado do Paraná, divirjo das recomendações sugeridas, no sentido de que a presente Consulta não merece ser conhecida, à medida que há necessidade de resposta aos quesitos formulados tendo em vista que esta Corte de Contas ainda não se manifestou acerca deste tema, mesmo que se trate de caso concreto, conforme os termos do §1º do art. 38 da Lei Complementar nº 113/2005,

Assim, entendo que, em consonância com o artigo 38 da Lei Complementar n.º 113/2005, encontram-se satisfeitos os requisitos para que se conheça da presente Consulta.

As dúvidas da Consulente, corretamente formuladas em tese, remetem à interpretação das regras contidas em contratos de concessão, e seus aditamentos, de serviços delegados pela União na área de infraestrutura de transportes terrestres, à luz da legislação vigente, das orientações dos órgãos de controle a que se submetem, especialmente do Tribunal de Contas da União, da Agência Nacional de Transportes Terrestres e do Ministério da Fazenda.

Some-se a isso o fato de que os quesitos formulados, como já consignado, envolvem relevante interesse público, o que possibilita a manifestação desta Corte de Contas, consoante §1º do art. 38 da Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado do Paraná.

Ultrapassadas essas considerações preliminares, enfrente as dúvidas formuladas pela Consulente.

2.1. Da vigência dos contratos e termos de aditamento submetidos à tutela jurisdicional.

No que tange à vigência dos contratos, a dúvida que se põe é sobre a eficácia e exigibilidade das obrigações contidas em contrato ou termo de aditamento contratual que eventualmente tenha sua validade questionada em Juízo.

Contrato de concessão, como qualquer contrato administrativo, é ato bilateral e a relação jurídica estabelecida é regida por uma série de princípios e normas jurídicas, os quais visam garantir a estabilidade da relação.

A tutela da segurança jurídica, do ato jurídico perfeito, da confiança e expectativa legítimas e da boa-fé nas relações jurídico-administrativas se inserem nesse contexto.

O princípio da segurança jurídica é qualificado pela doutrina como um princípio nuclear na medida em que, ao informar critérios de interpretação e de integração, confere coerência geral ao sistema jurídico.

Esse destacado papel do princípio da segurança jurídica em qualquer ordenamento jurídico elevou-o ao *status* de princípio geral do Direito, conforme leciona Celso Antônio Bandeira de Mello:

“O Direito propõe-se a ensejar uma certa estabilidade, um mínimo de certeza na regência da vida social. (...) Tanto mais porque inúmeras dentre as relações compostas pelos sujeitos de direito constituem-se em vista do porvir e não apenas de imediatidade das situações, cumpre, como inafastável requisito de um ordenado convívio social, livre de abalos repentinos ou surpresas desconcertantes, que haja uma certa estabilidade nas situações destarte constituídas.”¹

Referido autor defende o princípio da segurança jurídica como sendo o maior de todos os princípios gerais de direito:

“Por força do sobredito princípio cuida-se de evitar alterações surpreendentes que instabilizem a situação dos administrados e de minorar os efeitos traumáticos que resultem de novas disposições jurídicas que alcançariam situações em curso.”²

¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 27ª edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2010,

² Idem. p. 87.

A noção de Estado de Direito Democrático está intimamente ligada ao princípio da segurança jurídica, prestigiado por nossa Constituição por meio de vários institutos como os do ato jurídico perfeito, direito adquirido e coisa julgada, intangíveis até mesmo por lei nova.

Dúvida não há que contratos administrativos, pelas características que possuem, subsumem-se a esse plexo normativo positivo, de tal modo que apenas decisão judicial pode desconstituí-lo e, em consequência, desobrigar as partes e terceiros, ainda que em caráter acautelatório, limitando o pleno exercício de autotutela da Administração Pública.

A mera propositura de demanda judicial com vistas à extinção de ato administrativo tido como supostamente viciado não tem o condão por si só de infirmar sua validade que, pela sua natureza – ato administrativo que é, é presumida pelo ordenamento jurídico.

Com maior razão se vê esvaziado o exercício de tal poder inerente à Administração Pública nas hipóteses em que ela própria tenha escolhido submeter a matéria ao Judiciário em prejuízo do seu poder de autotutela.

Com efeito, essa prejudicialidade decorre logicamente do fato de que a Administração tem o dever de observar a coerência de seus atos, evitando-se qualquer contradição, bem como, por consequência, suas decisões devem guardar previsibilidade. Como bem levantado pela Assessoria Jurídica da Consulente, trata-se do princípio da proibição do *venire contra factum proprium*, corolário dos princípios constitucionais da segurança jurídica e da boa-fé.

Portanto, uma vez submetido ao controle judicial, e sendo detentor da universalidade da jurisdição, somente ao Poder Judiciário caberá decidir sobre a legalidade ou a consonância das condutas públicas ao ordenamento jurídico vigente. Por isso mesmo, no curso da demanda, inexistindo qualquer medida acautelatória suspendendo seus efeitos, os atos ou contratos administrativos questionados continuam plenamente válidos e eficazes, obrigando as partes e sendo oponíveis a terceiros.

Em resumo, no cenário posto pela Consulta, para a desconstituição de qualquer obrigação contratual, porque eventualmente padecente de vícios quanto à sua legalidade, é necessário socorrer-se ao Poder Judiciário, constituído com a finalidade de garantir a legalidade e estabilidade das relações jurídicas. E, somente o Judiciário, após regular processo, poderá em caráter acautelatório e, portanto, provisório, suspender os efeitos de determinadas obrigações, ou definitivamente afastá-las, após trânsito em julgado de decisão declaratória de nulidade.

Sem amparo em decisão judicial, a inobservância do pressuposto da vinculação às condições editalícias, da proposta originária e dos termos estabelecidos em contrato e aditamentos é ilegal, causando indesejável instabilidade jurídica nas relações estabelecidas pela Administração com particulares.

2.2. Aplicação de critérios técnicos mínimos para verificação do equilíbrio econômico-financeiro. Mecanismos e meios para recomposição na hipótese da determinação de novas obrigações contratuais. Aplicação das regras contidas na Resolução ANTT n.º 3651/2011 e da jurisprudência do Tribunal de Contas da União.

Quanto ao questionamento 2, a preocupação posta reside nas premissas e parâmetros técnicos mínimos que podem e devem ser utilizados para verificação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato e para sua recomposição e se é possível ao Poder Concedente impor, administrativamente, parâmetros estranhos aos previstos no contrato e seus aditamentos vigentes.

No que respeita à conseqüente recomposição ante o desequilíbrio verificado – quesito 3, a dúvida é quanto aos meios e a própria metodologia a ser aplicada, questionando-se a possibilidade da utilização de um ou de vários meios ou metodologias, como por exemplo, o fluxo de caixa marginal e extensão contratual para a ocorrência de novas obrigações, conforme orientação contida em dispositivo regulatório emanado da ANTT na Resolução n. 3651 /2011 e pelo Tribunal de Contas da União, especificamente nos procedimentos TC 026.335/2007-4 e TC 032.304/2012-9.

Equilíbrio econômico-financeiro ou equação econômico-financeira é “ a relação que se estabelece, no momento da celebração do

contrato, entre o encargo assumido pelo contratado e a contraprestação assegurada pela Administração”³ e deve permanecer intangível ao longo de toda a vigência do contrato, salvo por acordo entre as partes, visto que ela acolheu a proposta feita pelo privado em consonância com as condições do certame, à época da contratação.

Nesse sentido, destaca-se clássica lição de Hely Lopes Meirelles⁴ :

‘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.

Com esse norte, a Constituição da República, em seu artigo 37, consagrou princípios a serem observados pela Administração e expressamente determinou o dever de observar e manter as condições efetivas da proposta (art. 37, inc. XXI).

Respeitando essa diretriz constitucional, as normas infraconstitucionais reafirmaram o princípio da preservação da equação econômico-financeira, tanto no artigo 65 da Lei de Licitações – Lei 8.666/93, quanto nos artigos 9º e 10º da Lei de Concessões – Lei 8.987/95 que aqui transcrevo:

“Art. 65 Os contratos regidos por essa 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

³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *in* Direito Administrativo, São Paulo: Atlas, 20ª ed., 2007, p. 256.

⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. ed. 18, São Paulo/Malheiros, 2001, p. 197.

manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.”

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

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

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

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

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

O respeito ao equilíbrio econômico-financeiro nos contratos é ainda expresso no art. 35 da lei 9074/95:

“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.”

Do plexo jurídico normativo se verifica que a recomposição da equação econômico-financeira do contrato só ocorre quando o desequilíbrio contratual resultar de (i) Fato da Administração (e.g. Alteração unilateral ou descumprimento de obrigações contratuais pelo contratante); (ii) Fato do Príncipe, como aumento de tributos ou alteração de política cambial ou (iii) mediante a ocorrência de força maior ou caso fortuito, interferências imprevisíveis como, no caso das concessões de rodovias, o surgimento de rotas de fugas à cobrança de pedágio (Teoria da Imprevisão). A doutrina os classifica como eventos de álea extraordinária.

Os demais eventos, como o ganho ou a perda de produtividade, aumentos ou reduções dos custos das concessionárias, alterações no cenário macroeconômico, alteração no volume de tráfego previsto inicialmente, variação dos preços dos insumos iniciais, são

caracterizados como álea ordinária, e não determinam o reequilíbrio econômico-financeiro.

Assim, dado o delineamento conferido por nosso ordenamento jurídico às Concessões, a prestação dos serviços é desempenhada pelo concessionário por sua conta e risco (art. 2º, inciso III da Lei 8.987/1995), ou seja, tanto pode colher proveitos ou experimentar prejuízos em função de sua capacidade empresarial.

No entanto, não se pode desconsiderar que nos contratos de concessão, porque envolvem muitos riscos, como o vulto das quantias a serem investidas, a sua longa duração, a natureza da atividade, a complexidade da execução, se torna mais difícil fazer uma previsão adequada do equilíbrio contratual no momento de sua celebração.

Além disso, o interesse público é dinâmico, exigindo adaptações no objeto do contrato celebrado, seja para ampliá-lo ou reduzi-lo, seja para incorporar técnicas mais eficientes para sua execução. E, ainda, em razão da sua natureza, esse interesse é indisponível, obrigando a Administração a buscar constantemente a equivalência material do contrato firmado.

Assim, o tema do equilíbrio econômico-financeiro dos ajustes firmados pela Administração Pública, ganhou especial relevo nos contratos de concessão, mostrando-se essencial a definição de um projeto equilibrado para as partes contratantes, de forma a garantir o sucesso da concessão, com a prestação adequada e eficiente do serviço ao usuário, respeitando-se a modicidade tarifária e os ganhos legítimos da Concessionária.

E a experiência até agora havida em concessões, de fato, aponta no sentido de ser imprescindível, mais e mais, a indicação clara nos contratos de critérios técnicos mínimos para apurar a ocorrência de eventuais desequilíbrios econômico-financeiros; bem como a indicação dos meios e da metodologia mais adequados para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro de ajustes desta natureza como segurança jurídica não apenas aos usuários e ao Poder Concedente, mas também ao Concessionário.

Nesse cenário, é válido considerar o precedente do E. Tribunal de Contas da União havido no caso de concessão de rodovias no Paraná trazido à colação pela Consulente. Trata-se do TC 026.335/2007-4, no qual foram proferidos os Acórdãos nº 2154/2007; nº 250/2008 e nº 2927/2011- P, e que orientaram a regulamentação feita pela ANTT, por meio da Resolução nº 3651/2011 até então vigente.

Com a significativa alteração do cenário econômico na última década, o TCU, por meio do Acórdão 2.154/2007-TCU-Plenário, prolatado em 10/10/2007, no intuito de averiguar a experiência até então vivida nos contratos da primeira etapa do programa de rodovias do Governo Federal - contratos esses que são contemporâneos àqueles assinados pelo Governo do Estado do Paraná - determinou à ANTT a realização de estudos sobre o equilíbrio do contrato em face da rentabilidade contratual – taxa interna de retorno (TIR) e a adoção de providencias na hipótese de desequilíbrio, com fixação de nova rentabilidade.

Essa decisão abriu espaço para um relevante e prolongado debate acerca da possibilidade de se promover a revisão contratual em virtude das mudanças econômicas, sobretudo da redução do custo de oportunidade praticada no mercado, em benefício dos usuários e sem onerar o erário.

É de se observar importante fato havido em adição a esse contexto. Todos os contratos de concessão rodoviária então firmados no Paraná vieram a ser alterados unilateralmente pelo governo estadual, com redução em torno de 50% das tarifas básicas, em 1998, apenas um mês após o início da cobrança dos pedágios.⁵

As Concessionárias, alegando restrições de receitas experimentadas com a alteração unilateral havida, demandaram e obtiveram medida judicial liminar desobrigando-as de investir em serviços de recuperação e em obras de melhoria de ampliação de capacidade (OMAC) (duplicações e

⁵ Vide histórico apresentado em Parecer da lavra de Luiz Gonzaga de Mello Belluzo; e parecer da MCM Consultores Associados, ambos publicados na obra Teoria e Prática do Equilíbrio Econômico-Financeiro dos Contratos de Concessão de Rodovias: O Caso do Anel de Integração do Paraná, Org. Carvalho, André Castro. São Paulo: Quartier Latin, 2010, pp 70 a 74; e 147 e ss.

terceiras faixas) das rodovias, enquanto perdurasse o debate. Tais empresas deveriam manter somente a conservação e a manutenção das vias.⁶

Como decorrência, foi acordado e celebrado em 2000, novo termo de aditamento contratual, retomando os patamares originais das tarifas, estabelecendo novos cronogramas de investimentos e voltando ao equilíbrio econômico-financeiro inicial contratado, fundamentado por pareceres jurídicos e técnicos.

Os citados pareceres jurídicos e técnicos⁷ evidenciam que houve quebra da financiabilidade dos projetos por interferência do ato unilateral de 1998.

Considerando esses fatos, assim como noticiados, me parece claro que o ato do governo estadual que aumentou substantivamente a percepção de riscos dos agentes financiadores, não pode ser confundido com a assunção dos riscos financeiros contratados inicialmente (evento de *álea ordinária*), especialmente se, como consequência de tal ato, advém a negativa e o encarecimento dos empréstimos de longo prazo.

Dado esse cenário, cuida-se, em meu entender, de quebra de financiabilidade dos projetos por força de um ato unilateral, e, *fato da administração* que é, se caracteriza como *álea extraordinária* e exige a recomposição do equilíbrio contratual, nos termos da legislação aplicável.

Assim, considerando os precedentes do Tribunal de Contas da União e a Resolução ANTT nº 3651/2011 da Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) alterada pela Resolução nº 4339/2014, de aplicação ao caso do Paraná dada a composição dos serviços delegados, que inclui rodovias federais, para fins de verificação do equilíbrio do contrato é possível, ainda, utilizar a metodologia denominada “fluxo de caixa marginal”⁸ **para reequilíbrio**

⁶ Vide Contratos de Concessão de Rodovias: Artigos, Decisões e Pareceres Jurídicos, pp. 159 e seguintes. E, ainda, Teoria e Prática do Equilíbrio Econômico-financeiro dos Contratos de Concessão de Rodovias: O Caso do Anel de Integração do Paraná, 77 a 127.

⁷ Artigos publicados in Contratos de Concessão de Rodovias: Artigos, Decisões e Pareceres Jurídicos; e Teoria e Prática do Equilíbrio Econômico-financeiro dos Contratos de Concessão de Rodovias: O Caso do Anel de Integração do Paraná.

⁸ “O fluxo de caixa marginal é o mecanismo desenvolvido para recompor a relação econômico-financeira na hipótese de inclusão de novos investimentos, entendidos como quaisquer obras e serviços não constantes no PER, bem como na hipótese de sua inexecução. O fluxo de caixa marginal é projetado considerando os fluxos dos dispêndios marginais resultantes do evento que ensejou a recomposição e os fluxos das receitas marginais necessárias para o reequilíbrio econômico-financeiro. Para fins de determinação dos fluxos dos dispêndios marginais, serão utilizados critérios de mercado para estimar o valor dos investimentos, custos e despesas resultantes do evento que deu causa ao

dos novos investimentos e serviços, ou suplementações de serviços previstos no PER (Programa de Exploração da Rodovia), de todos os contratos de concessão rodoviária em vigor, mesmo aqueles já assinados, desde que seja de comum acordo entre as partes.

Por fim, quanto aos meios para a materialização da recomposição do equilíbrio econômico do contrato, entendo ser plenamente possível a aplicação de todos aqueles admitidos em nosso ordenamento jurídico, conforme entendimento já assentado pela doutrina e que assim resume Luís Roberto Barroso⁹, *litteris*:

“O contrato de concessão rodoviária envolve a remuneração da concessionária mediante tarifa paga pelos usuários do serviço público concedido. Nessas condições, o(s) meio(s) a ser(em) eleito(s) para garantir o reequilíbrio da relação contratual deve(m) necessariamente importar na concessão de alguma vantagem/direito adicional à concessionária, capaz de compensar sua perda patrimonial – seja de forma imediata, seja diluída no tempo - , sem que isso atrapalhe a boa prestação do serviço (interesse dos usuários) ou acarrete aumento tarifário em patamares incompatíveis com a sua indispensável modicidade.”

Em síntese, dúvida não há que tais precedentes aqui levantados são de aplicação plena aos casos de concessão no Paraná, especialmente no que tange aos serviços delegados pela União por Convênio.

Havendo desequilíbrio econômico-financeiro, para sua verificação devem ser utilizadas as premissas e os parâmetros contidos nos contratos e seus termos de aditamento e, considerando que integram o Programa de Concessões, em maior parte, rodovias federais delegadas ao Estado pela União, para fins da manutenção do equilíbrio desses contratos de concessão de rodovias, entendo ser de rigor a aplicação da metodologia e dos meios já sedimentados pela jurisprudência do Tribunal de Contas da União, especialmente daqueles previstos na Resolução n.º 3.651/2011 da ANTT, mas apenas para investimentos decorrentes de novas obrigações não previstas originalmente no contrato.

reequilíbrio.” (Garcia, Leonardo Lopes. **Alocação de riscos, reajuste e revisão tarifária nas concessões de rodovias federais.** Disponível em: <<http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/docs/2433031.PDF>>

⁹ BARROSO, Luís Roberto. O contrato de concessão de rodovias: particularidades, alteração e recomposição do equilíbrio econômico-financeiro. Alterações dos contratos de concessão rodoviária. In: Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro – Edição Especial. Rio de Janeiro, 2012.

Outros mecanismos até podem ser introduzidos, desde que se apresentem como melhor solução para o atendimento eficiente do interesse público envolvido, por acordo entre as partes, e instrumentalizado em novo termo de aditamento contratual.

Diante do exposto, presentes os pressupostos de admissibilidade, **VOTO** pelo conhecimento da Consulta formulada pela AGEPAR - Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados de Infraestrutura do Paraná e, adotando em parte a Informação da 3ª ICE e a integralidade da Instrução da Diretoria de Contas Estaduais, no mérito, para que seja respondida nos seguintes termos:

(i) os contratos de concessão e seus termos aditivos são válidos, são eficazes, obrigam as partes e terceiros, pois a concessão de serviços públicos só se extingue caso ocorra uma das hipóteses descritas nos incisos do artigo 35 da Lei nº 8.987/95;

(ii) até que seja proferida decisão judicial os contratos administrativos e seus aditivos permanecem vigentes, eis que, a decisão judicial é o instrumento jurídico que irá determinar a vigência e validade dos contratos administrativos e aditivos questionados;

(iii) a Administração contratante somente poderá se contrapor à aplicação dos contratos e aditivos caso ocorram as hipóteses previstas nos artigos 35 e seguintes da Lei nº 8.987/95 e nos artigos 78 e 79 da Lei nº 8.666/93;

(iv) quanto ao reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão, a Administração apenas poderá adotar parâmetros e premissas distintas dos previstos nos contratos se houver motivo que não seja calcado no poder discricionário da Administração, devendo tal justificativa estar alicerçada na alínea “d”, do inciso II, do artigo 65 da Lei nº 8.666/93;

(v) é possível a aplicação aos contratos de concessão de rodovias as diretrizes expedidas pelo Tribunal de Contas da União (Acórdãos nº 988/2004, 1563/2004, 1121/2005, 2154/2007, 2857/2010, e 2927/2011- P), bem como na Resolução nº 3.651/2011 da ANTT e alterações havidas pela Resolução nº 4339/2014, mas apenas para investimentos decorrentes de novas obrigações não previstas originalmente no contrato.

VISTOS, relatados e discutidos,

ACORDAM

OS MEMBROS DO TRIBUNAL PLENO do TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DO PARANÁ, nos termos do voto do Relator, Conselheiro NESTOR BAPTISTA, por unanimidade, em:

Conhecer da presente Consulta formulada pela AGEPAR - Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados de Infraestrutura do Paraná e, adotando em parte a Informação da 3ª ICE e a integralidade da Instrução da Diretoria de Contas Estaduais, no mérito, para que seja respondida nos seguintes termos:

(i) os contratos de concessão e seus termos aditivos são válidos, são eficazes, obrigam as partes e terceiros, pois a concessão de serviços públicos só se extingue caso ocorra uma das hipóteses descritas nos incisos do artigo 35 da Lei nº 8.987/95;

(ii) até que seja proferida decisão judicial os contratos administrativos e seus aditivos permanecem vigentes, eis que, a decisão judicial é o instrumento jurídico que irá determinar a vigência e validade dos contratos administrativos e aditivos questionados;

(iii) a Administração contratante somente poderá se contrapor à aplicação dos contratos e aditivos caso ocorram as hipóteses previstas nos artigos 35 e seguintes da Lei nº 8.987/95 e nos artigos 78 e 79 da Lei nº 8.666/93;

(iv) quanto ao reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão, a Administração apenas poderá adotar parâmetros e premissas distintas dos previstos nos contratos se houver motivo que não seja calcado no poder discricionário da Administração, devendo tal justificativa estar alicerçada na alínea “d”, do inciso II, do artigo 65 da Lei nº 8.666/93;

(v) é possível a aplicação aos contratos de concessão de rodovias as diretrizes expedidas pelo Tribunal de Contas da União (Acórdãos nº 988/2004, 1563/2004, 1121/2005, 2154/2007, 2857/2010, e 2927/2011- P),

bem como na Resolução nº 3.651/2011 da ANTT e alterações havidas pela Resolução nº 4339/2014, mas apenas para investimentos decorrentes de novas obrigações não previstas originalmente no contrato.

Votaram, nos termos acima, os Conselheiros NESTOR BAPTISTA, FERNANDO AUGUSTO MELLO GUIMARÃES, CAIO MARCIO NOGUEIRA SOARES, IVAN LELIS BONILHA e JOSE DURVAL MATTOS DO AMARAL e o Auditor JAIME TADEU LECHINSKI.

Presente o Procurador Geral do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas, MICHAEL RICHARD REINER.

Sala das Sessões, 12 de junho de 2014 – Sessão nº 20.

NESTOR BAPTISTA
Conselheiro Relator

ARTAGÃO DE MATTOS LEÃO
Presidente