



ESTADO DE PERNAMBUCO
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA CONSULTIVA

Parecer nº 0061/2021

Processo SEI nº 38000000001.000140/2020-01.

ADMINISTRATIVO. CONTRATO DE CONCESSÃO PATROCINADA CGPE Nº 001/2006. PEDIDO DE REEQUILIBRIO. FORMA DE IMPLEMENTAÇÃO. DESOBRIGAÇÃO DE APORTES FINANCEIROS AO FUNDO SOCIOAMBIENTAL PARA REDUZIR MONTANTE DEVIDO PELO CONCEDENTE A TÍTULO DE RECOMPOSIÇÃO CONTRATUAL. POSSIBILIDADE JURÍDICA. CONDICIONANTES.

I – RELATÓRIO

Retorna à apreciação desta Procuradoria Consultiva o processo em epígrafe referente a pedido de reequilíbrio econômico-financeiro formulado pela concessionária Rota dos Coqueiros (CRC) no bojo do Contrato de Concessão Patrocinada CGPE nº 001/2006, que tem por objeto a exploração do sistema viário da chamada Via Parque.

Nos termos do Ofício PC nº 100/2020 (8634601), aqui reproduzido na sua parte final, o pleito foi assim apresentado:

“Enfim, por todo, a CRC solicita o reequilíbrio, submetendo a aprovação o novo PNR, levando em consideração as implicações dos 02 fatos ensejadores aqui narrados, propondo as seguintes medidas:

- a. reequilibrar a Tarifa Interna de Retorno TIR, relativo à perda de receita de pedágio por tráfego a menor de 70% (setenta por cento), que passa de 10,7541%, para 10,6415%.*
- b. reequilibrar a Tarifa Interna de Retorno TIR, relativo à desobrigação da Concessionária em aportar recursos anuais no FSA para execução do PGA e PGS, que somado ao fator do item a., a TIR aumentará de 10,6415% para 10,7194%.*
- c. Receber o aporte do Concedente através do erário do Estado no valor de R\$ 754.131,11 (em moeda de dez/2005), a ser atualizado pelo IPCA acumulado no mês do efetivo pagamento, para recuperar a TIR de projeto de 10,7194% para 10,7541%.”*



ESTADO DE PERNAMBUCO
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA CONSULTIVA

Em breve síntese, após apontar as dificuldades operacionais de exploração da rodovia Praia do Paiva em tempos de pandemia do novo coronavírus, alegando perda de receita tarifária decorrente de variações de tráfego, o pleito da concessionária invoca direito ao reequilíbrio contratual e propõe que seja ele realizado mediante pagamento direto pelo concedente e, ainda, pela desobrigação dos aportes anuais de parcelas fixas para o Fundo Socioambiental previsto na cláusula 29 do contrato de concessão.

O pedido se fez acompanhar de diversos documentos técnicos, dentre os quais, por relevantes à análise jurídica a ser aqui empreendida, citam-se: i. Relatório de Auditoria SEDUH nº 001/19, referente às contas do Fundo Sócio Ambiental - FSA (8634739); ii. Carta PC 077/19 – resposta à auditoria (8634753); iii. Relatório de Análise da Resposta (8634857); iv. PNR 2 (Desobrigação de Aportes FSA – 8634870); vi. Parecer Jurídico exarado por Maurício Portugal Ribeiro sobre (8634870); e v. Parecer PGE nº 583/18, referente ao rito procedural a ser adotado quando da análise de pedidos de reequilíbrio (8634870).

A área técnica da SEDUH, por meio da NOTA TÉCNICA - SEDUH - SECRETARIA EXECUTIVA DE POLÍTICAS E PARCERIAS - Nº 43/2020 (Id. 9832511) apreciou o pleito em caráter preliminar e se posicionou de acordo com a necessidade de revisão do equilíbrio econômico-financeiro baseada no volume de tráfego real abaixo de 70% do tráfego projetado em Edital, conforme previsão contratual. No entanto, quanto ao pleito relativo à desobrigação da concessionária em aportar recursos anuais no Fundo Socioambiental, a referida manifestação técnica suscitou dúvidas acerca da possibilidade de o Poder Concedente anuir com tal desobrigação visando a benefício diverso daquele originalmente previsto em contrato. E, finalmente, no tocante ao pedido de pagamento direto pelo Erário, sinalizou com opinião desfavorável, entendendo como mais adequado que a referida revisão se dê pela alteração da tarifa básica de pedágio.

Por sua vez, a Assessoria Técnica de Apoio à PGE na SEDUH emitiu a NOTA TÉCNICA - SEDUH - GERÊNCIA DE ASSUNTOS JURÍDICOS - Nº 24/2020 (Id. 10193385), tendo assim concluído: *“Para tanto ratificamos para todos os efeitos, sob o ponto de vista jurídico, o conteúdo colacionado ao presente pela NOTA TÉCNICA - SEDUH - SECRETARIA EXECUTIVA DE POLÍTICAS E PARCERIAS - Nº 43/2020 (doc. 9832511) a qual realizamos citação referencial, considerando que os seus fundamentos balizam de forma sistemática o que se apresenta. Em face do exposto, opinamos, nos limites da análise jurídica e excluídos os aspectos técnicos, bem como*



ESTADO DE PERNAMBUCO
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA CONSULTIVA

o juízo de oportunidade e conveniência do ajuste, pela possibilidade de prosseguimento do feito.”

Na primeira análise feita por esta PGE, o procurador Danilo Nascimento emitiu o Despacho Interno nº 001/2020 (10472403), recomendando fosse a concessionária notificada sobre o conteúdo das manifestações técnicas acima referidas, a fim de se verificar se a solução para o reequilíbrio seria consensual ou não e, a partir daí, se definir o rito do processamento do pedido, conforme orientação do Parecer PGE nº 583/18.

Entretanto, por meio do Ofício nº 450/2020 (10617311), o Secretário de Desenvolvimento Urbano e Habitação esclareceu que a solicitação dirigida a este órgão consultivo visava, na realidade, à emissão de parecer conclusivo a respeito do questionamento narrado na CI nº 63/2020 (10605575) quanto à possibilidade de o recurso originalmente previsto para o Fundo Socioambiental ser empregado em finalidade diversa, mais especificamente como meio de pagamento para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro.

Nesse mesmo sentido, a CI nº 59/2020, oriunda da Secretaria Executiva de Políticas e Parcerias SEDUH (10483778) indaga: “À luz do Contrato CGPE nº 001/2006 (10484283) e seus anexos, é juridicamente possível que os recursos previstos no Plano de Negócios da Rodovia (igualmente denominado Proposta Econômica, anexo IV do Contrato - 9836480) como obrigações de contribuição da Concessionária Rota dos Coqueiros para o Fundo Socioambiental sejam utilizados em favor da redução do montante a ser reequilibrado no referido pleito e, por conseguinte, na modicidade tarifária?”.

Bem esclarecido, assim, o objeto específico da consulta apresentada, novo Despacho Interno (10918763) foi exarado, desta feita para dirimir questões pontuais a respeito do FSA, notadamente sobre a fonte geradora dessa obrigação - se exclusivamente contratual, regulatória ou legal -, bem como sobre o saldo existente no fundo e sua movimentação financeira. O despacho indagou, ainda, maiores detalhes acerca da proposta efetivamente apresentada, a fim de precisar se a desobrigação pretendida visava simplesmente à utilização dos recursos já existentes no fundo ou se seria uma desoneração do encargo de aportes futuros ao fundo e, nessa hipótese, se isso se daria de forma definitiva ou provisória. Finalmente, solicitou uma manifestação mais específica da GEAJU sobre a matéria.

As respostas foram apresentadas na CI 07/2021 (11370230) subscrita pela



ESTADO DE PERNAMBUCO
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA CONSULTIVA

Secretaria Executiva de Políticas e Parcerias, nos seguintes termos:

i) Com relação ao tema objeto da controvérsia, deve a área técnica da SEDUH indicar se a obrigação da constituição do fundo socioambiental decorre exclusivamente do contrato (tendo sido uma opção do poder concedente quando do planejamento da concessão) ou mesmo se deriva de lei ou até mesmo de eventuais condicionantes impostas pelos órgãos de licenciamento ambiental;

Após pesquisa nos documentos relativos ao contrato arquivados nesta Secretaria, em especial nas pastas relacionadas aos estudos e demais etapas que embasaram o processo licitatório relativo ao Contrato CGPE nº 001/2006, não foi encontrada qualquer menção à necessidade de constituição do Fundo Socioambiental (FSA) além daquela prevista em contrato.

Ressalta-se que não foi encontrada qualquer referência ao FSA na Licença Prévia (LP) ou na Licença de Implantação (LI) do empreendimento, nem se tem conhecimento de lei ou outro ato normativo que preveja a obrigação de constituição do referido fundo.

ii) Informar se a ideia seria utilizar os recursos já existentes no fundo para reequilibrar o contrato ou mesmo se seria simplesmente desonerar a concessionária de novos aportes ao fundo, indicando, ainda, se isso aconteceria como uma solução provisória ou definitiva;

O FSA possui, contratualmente, duas fontes de recursos:

1º) Valor fixo, previsto para os Programa de Gestão Ambiental (PGA) e Programa de Gestão Social (PGS), constantes na tabela PNR 4, item 3.4 (págs. 78 a 80) do Anexo IV – “Proposta Econômica”, do Contrato CGPE nº 001/2006, sendo R\$ 40.000,00/ano para o PGA e R\$ 15.000,00/ano para o PGS, em valores de 2005, totalizando **R\$ 55.000,00/ano** a serem disponibilizados pela Concessionária para o FSA; e

2º) Valor variável, relativo ao compartilhamento de risco do volume de tráfego na rodovia, conforme percentuais constantes na cláusula 28 do Contrato CGPE nº 001/2006, em especial itens 28.2.2 e 28.2.3. Os itens preveem que quando ocorrer



ESTADO DE PERNAMBUCO
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA CONSULTIVA

demanda de tráfego superior a 110% do tráfego projetado em Edital, haverá a destinação de uma fração da receita de pedágio que exceder tal percentual para o FSA.

A ideia proposta pela CRC foi retirar a obrigação relativa ao valor fixo (item A acima), uma vez que até então ela não depositou os referidos valores na conta do fundo. Foi aberto, inclusive, Processo Administrativo de Aplicação de Penalidade (PAAP) em virtude do referido fato. Sendo assim, a proposta apresentada pela CRC desobrigaria a Concessionária de realizar um novo aporte relativo às obrigações passadas, bem como dos aportes futuros, se refletindo em solução definitiva para o referido valor fixo.

A medida em questão não acabaria com o FSA, haja vista que ainda remanescem os aportes financeiros oriundos do compartilhamento de risco de volume de tráfego. Ressalta-se que a sociedade sem fins lucrativos, responsável pela gestão dos recursos do fundo, deve possuir a atribuição de captar recursos por outros meios além daqueles citados supra, conforme cláusula 29.3, III do Contrato CGPE nº 001/2006.

iii) Indicar qual o saldo atual do referido fundo e sua movimentação financeira ao longo dos anos de concessão;

Segue em anexo planilha ([11195875](#)) que indica a movimentação financeira do FSA. O saldo atual da conta do FSA é de R\$ 1.243.524,32 (31/12/2020), em virtude dos rendimentos financeiros obtidos com aplicações financeiras na conta bancária.

iv) Informando ainda acerca da efetividade das atividades a que se propõe o fundo, esclarecendo se, com o esvaziamento do fundo, a concessionária ficaria desobrigada das medidas de mitigação de risco social e ambiental hoje sob a responsabilidade do fundo. Como essas questões seriam tratadas no contrato?

Conforme mencionado acima, a retirada da obrigação, por si só, não afetaria os programas relacionados ao FSA, uma vez que atualmente não são utilizados os recursos oriundos do valor fixo. Adicionalmente, o gasto com o PGA e PGS já vem caindo ano após ano, em virtude da ocorrência de tráfego cada vez menor em relação ao tráfego teórico previsto em contrato.

Por outro lado, ainda que não houvesse a previsão de medidas relacionadas ao PGA e



ESTADO DE PERNAMBUCO
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA CONSULTIVA

PGS em contrato, é responsabilidade da Concessionária cumprir todos os condicionantes constantes na Licença de Operação (LO), sendo as medidas relacionadas aos programas medidas de mitigação adicionais.

v) Por fim, a SEDUH deve informar se, nesse mercado de concessão de rodovias, é usual a previsão de fundos desse tipo.

Considerando os contratos já firmados pelo governo federal no âmbito da concessão de rodovias, bem como considerando os contratos firmados por entes estaduais aos quais esta gestão contratual já teve acesso, em especial o contrato de concessão da PE-009 (firmado com a Concessionária Rota do Atlântico), verifica-se não ser comum a previsão de fundos relacionados à temática socioambiental.

Já no tocante à solicitação de manifestação jurídica do órgão interno da SEDUH, a GEAJU, por meio do Despacho 11 (11536221), assim se posicionou: "(...) entendemos que em razão da vinculação específica dos recursos do fundo em apreço informada em sede contratual, ser incabível a utilização dos recursos do Fundo Socioambiental em favor da redução do montante a ser reequilibrado."

Reiterou o mesmo entendimento no Despacho 17 (11879334) a seguir transcrito:

Outrossim, ratificamos o entendimento exarado anteriormente no sentido da não possibilidade de utilização dos aportes de fundo específico para reequilíbrio da avença, em razão de possuir vinculação contratual delimitada e vinculada.

Por outro lado, impede esclarecer que a temática foi enfrentada pela GEAJU em todas as suas manifestações, informando ademais, em sede de despacho (doc. 11536221), que a maneira mais adequada a realização do reequilíbrio contratual seria "mediante a modulação da contraprestação", que pode e deve ser realizada através de mecanismos outros diversos da utilização de fundo específico.



ESTADO DE PERNAMBUCO
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA CONSULTIVA

A concessionária também se manifestou, espontaneamente, através do documento 11866444, e sustentou, em contraposição ao que foi afirmado pela GEAJU, que a modulação da contraprestação não é a única forma prevista no contrato de concessão em tela para restaurar seu equilíbrio.

Alega que a cláusula 27.5 do contrato de concessão em lume autoriza as partes a adotarem, mediante acordo, outros mecanismos para implementação do reequilíbrio, além das previstas contratualmente, estando a consensualidade adstrita apenas aos princípios da modicidade tarifária e da equidade. Ilustra seu argumento invocando o que fora pactuado no 4º e 5º Termos Aditivos, ambos instrumentos chancelados pela PGE, os quais previram, respectivamente, solução de pagamento do Concedente diretamente à Concessionária, por interpretação extensiva da cláusula 28.2.2.2, para o caso de perda de receita decorrente da variação de tráfego ali identificada, e compensação dos déficits de receita de pedágio verificados nos dias úteis com os superávits apurados no fim de semana.

Sendo assim, considerando que no caso concreto há um valor reconhecido pela área técnica da SEDUH, que já se manifestou pelo cabimento da recomposição em favor da Concessionária no valor atualizado de R\$ 5.101.080,93, propõe a Concessionária que seja deduzido desse montante a quantia correspondente aos aportes anuais devidos ao Fundo Socioambiental, o que somaria, durante todo o período da concessão, o valor de R\$ 1.650.000,00, incluídas as parcelas vencidas (e nunca depositadas) e mais os aportes vincendos.

Relatado o caso, segue o opinativo jurídico requerido.

II – DELIMITAÇÃO DA CONSULTA

Em primeiro lugar, destaca-se que a presente consulta cinge-se, exclusivamente, à análise jurídica acerca da possibilidade de se adotar, como meio de realização do reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão 001/2006 pleiteado pela concessionária, o mecanismo de redução dos encargos obrigacionais estipulados originalmente no edital e na proposta de negócio.

Não se cuidará aqui nesta oportunidade do cabimento do pedido de reequilíbrio como um todo, nem de seus fundamentos, reservando-se essa análise sobre a consistência e juridicidade do pleito para momento oportuno quando forem melhor definidas as bases em que se dará a pretendida recomposição ou,



ESTADO DE PERNAMBUCO
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA CONSULTIVA

eventualmente, se o Poder Concedente vier a manifestar alguma nova dúvida jurídica sobre a questão.

De antemão, porém, considerando que a variação da demanda decorreu, como alegado, da pandemia do novo coronavírus, teceremos apenas breves comentários, de caráter geral, acerca dos efeitos jurídicos desse evento sobre os contratos de concessão e de que forma ele pode determinar a revisão extraordinária desses contratos.

III – Considerações Prévias: Pandemia de Covid-19. Teoria da Imprevisão e Revisão Extraordinária dos Contratos de Concessão em geral.

À partida, cumpre alertar que enquadramento jurídico da pandemia de Covid-19 não se subsome como fato do princípio, de modo que não se justifica fazer recair sobre o Poder Concedente todo o ônus pelos prejuízos decorrentes da redução extraordinária de tráfego. Embora se possa alegar que causa imediata e aparente da redução da receita tarifária sejam os regulamentos do Poder Público que determinaram medidas de isolamento e suspensão de atividades econômicas, a causa real foi a situação de calamidade biossanitária, sem a qual não teria havido sequer a necessidade de nenhum dos regulamentos editados.

Por outro lado, tem sido, de fato, reconhecida a possibilidade de aplicação da teoria da imprevisão aos contratos afetados pela pandemia de COVID-19, considerado evento de força maior, com efeitos e proporções absolutamente imprevisíveis, e por essa razão fator inegável de desequilíbrio contratual.

Sucede que, muito embora pela teoria das áleas, seja tradicionalmente atribuída à Administração Pública no Brasil a responsabilidade de assunção dos riscos extraordinários da álea econômica, é de se ponderar que neste cenário de incerteza absoluta que ora vivenciamos, sem qualquer prognose possível de seu desfecho, não é razoável atribuir à conta do Poder Público todos os prejuízos advindos da calamidade. Como afirma Egon Bockmann, a pandemia de COVID-19 seria uma 'força maior das maiores'¹ ou uma 'imprevisão radical na previsão', de modo que, ainda que o contrato aloque genericamente o risco por força maior ao concedente, a situação pandêmica não estaria aí englobada.

¹MOREIRA, Egon Bockmann. Contratos de concessão, força maior extraordinária e revisão da matriz de riscos, Jota, 30 abril de 2020. Disponível em:extraordinaria-e-revisao-da-matriz-de-riscos-30042020. Ainda, sobre o tema: GARCIA, Flávio Amaral. A imprevisão na previsão e os contratos concessionais. In: MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno: a lógica das concessões e parcerias público-privadas. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 109-124



ESTADO DE PERNAMBUCO
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA CONSULTIVA

Na realidade, Brasil afora, muitos doutrinadores têm se debruçado sobre a necessidade de revisar a teoria da imprevisão, sustentando em casos que tais, como solução jurídica mais adequada, que as partes renegociem as condições, para fins de repartição, não necessariamente igualitária, dos prejuízos oriundos da álea econômica extraordinária. Volta-se para a noção de uma recomposição equitativa do contrato, que deve se limitar a atenuar o prejuízo, repartindo o excesso com a outra parte e reconduzindo o contrato aos parâmetros normais da álea ordinária.

Ora, se nem os riscos ordinários da álea econômica são absorvidos inteiramente pelo particular, com vistas ao não encarecimento do contrato, tendo a doutrina conferido uma redução teleológica do art. 2º da Lei 8.987/95, para justificar que os riscos sejam compartilhados, não há razão para que a mesma teleologia não seja invocada na análise quanto ao cabimento do reequilíbrio neste cenário pandêmico. Em bem lançado parecer exarado no âmbito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro, o Procurador José Vicente afirma em suas conclusões²:

(s) *Afirmar o caso da pandemia de COVID-19 como enquadrável na hipótese da teoria da imprevisão (e, quanto aos efeitos sancionatórios, como força maior), não significa que a álea econômica extraordinária tenha que ser inteiramente alocada para a administração pública. Talvez tenha chegado o momento de rever a teoria brasileira da imprevisão, para torná-la mais precisa, minimalista e flexível. A solução jurídica adequada parece ser um retorno (ajustado) às suas raízes, pautada pela repartição dos prejuízos decorrentes da álea econômica extraordinária.*

(t) *Tal revisão de premissas da literatura não é textualmente incompatível com a lei n. 8.666/93. A uma porque norma não é dispositivo normativo (como a literatura especializada demonstrou, ao reduzir a incidência do art. 20 da lei n. 8.987/95). A duas porque o art. 65, TI, d, da lei n. 8.666/93 fala em acordo entre as partes e, ainda, em justa remuneração, remetendo à ideia de recuperação equitativa da saúde inicial do contrato. No limite, há argumentos materiais suficientes (justiça contratual, isonomia, segurança jurídica bilateral etc.) para se operar integração por redução teleológica.*

(u) *Tal incidência contextual da teoria da imprevisão (i) permitiria, sem obrigar, divisão da álea extraordinária entre as partes, sendo que (ii) a divisão não precisaria ser igualitária, e, (iii) se houvesse divisão, ela teria que ser razoável e justificada.*

² Parecer nº 07/2020 – PGE/PG-17/JVSM, da lavra do Procurador do Estado do Rio de Janeiro José Vicente Santos de Albuquerque, exarado em 10.08.2020 e aprovado pelo Subprocurador-Geral do Estado em 19.08.2020.



ESTADO DE PERNAMBUCO
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA CONSULTIVA

Por sua vez, no despacho de aprovação do referido parecer, chancelado pelo Subprocurador-Geral Sérgio Luiz Barbosa Neves, as conclusões foram sintetizadas da seguinte forma:

“4. A manutenção do equilíbrio econômico-financeiro não pode mais ser vista, ainda mais em contratos incompletos a exemplo das concessões, como uma estática manutenção da relação entre ônus e bônus estabelecida no momento inicial da concessão.

5. O argumento de que o Estado deve ter maiores responsabilidades nas delegações de serviços públicos em razão dos seus poderes exorbitantes, nenhuma relação guarda com fatos imprevisíveis da natureza.

6. Na relação de delegação de serviços públicos, à exceção dos usuários, não há hipossuficientes. Ambas as partes são hipersuficientes. Na verdade, via de regra, é o delegatário que possui condições técnicas, econômicas e de assimetria informacional muito mais favoráveis do que o Estado.

7. Apesar de não ser necessariamente um pressuposto para as conclusões do parecer, o art. 37, XXI, CF, não consubstancia uma previsão constitucional da garantia do equilíbrio econômico-financeiro. A expressão “mantidas as condições iniciais da proposta” apenas espelha o princípio da vinculação ao instrumento convocatório, inerente à própria ideia de licitação. E, acrescemos, mesmo que assim não fosse, dela não se poderia deduzir este ou aquele modelo determinado de alocação de riscos. Seria como se extrair diretamente da Constituição uma única modelagem da alocação de riscos de todos os contratos celebrados pela administração pública.

8. O art. 65, II, d, da Lei n. 8666/93, além de não ser aplicável às delegações de serviços públicos, adota o dinâmico conceito de justa remuneração e, mais do que isso, pressupõe a negociação entre as partes, não direitos predeterminados *ad hoc*.

9. O art. 2º, II, da Lei 8.987/95, refere-se, genericamente, a todos os riscos das concessões de serviços públicos como sendo de incumbência do concessionário. Mesmo que não se vá tão longe, a parte da doutrina brasileira ora refutada exclui de forma absoluta todos os riscos imprevisíveis da alçada do concessionário. Não o faz, todavia, reciprocamente para excluir todos os riscos ordinários do poder público. Tanto é assim, que não questiona as revisões tarifárias ordinárias periódicas.

10. Essa Parte da doutrina brasileira importou da teoria francesa do equilíbrio econômico-financeiro quase que apenas os elementos favoráveis aos particulares. Olvidou, especificamente, a parte da teoria que dispõe que os fatos imprevisíveis devem ter as suas consequências repartidas entre as partes, e apenas os prejuízos (não os lucros frustrados). A doutrina francesa sempre repugnou que o estado ficasse integralmente responsável por fatos que não lhe podem ser imputados ou por ele



ESTADO DE PERNAMBUCO
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA CONSULTIVA

geridos, inclusive para manter os lucros dos privados. Tratar-se-ia, realmente, na feliz expressão do parecerista, de uma "teoria indevidamente supergarantista à concessionária".

A par dessas considerações, registra-se que já consta dos autos singela manifestação técnica da SEDUH reconhecendo, em princípio, o direito ao reequilíbrio decorrente da redução do volume de tráfego, mas não se localizou uma análise mais detida sobre os dados e cifras apresentados pela concessionária, o que deverá constar necessariamente de um novo Plano de Negócios por ela proposto e haverá de ser confrontado e detalhadamente examinado pelos setores competentes do Poder Concedente. É recomendável que se analise no caso concreto o nexo causal entre o evento pandemia de covid-19 e o desequilíbrio alegado e, também, entre pandemia e possíveis inexecuções contratuais. Havendo concordância entre as partes, o acordo e respectivo Plano de Negócios serão então submetidos à aprovação da ARPE e, em sucessivo, será formalizado o termo aditivo que dará ensejo à implementação do reequilíbrio, devendo o instrumento ter, aí sim, sua regularidade jurídico-formal aferida por esta Procuradoria Consultiva³.

IV – Possibilidade de Acordo para desobrigação de aportes financeiros como forma de Reequilíbrio do Contrato.

Por ora, como relatado, as dúvidas jurídicas suscitadas consistem na viabilidade de se implementar a recomposição do equilíbrio contratual através de mecanismo alheio ao rol previsto na cláusula 27.6 do contrato de concessão em lume e na possibilidade de o Poder Concedente acatar proposta de desobrigação de aportes financeiros ao Fundo Socioambiental previsto contratualmente na cláusula 29.

A proposição de iniciativa da concessionária não trata propriamente, como restou esclarecido, da utilização do saldo de recursos hoje existentes no fundo, com

³ Este é o procedimento definido no instrumento contratual em apreço para fins de recomposição consensual do equilíbrio econômico-financeiro, tendo sido fixada a interpretação de tais regras, em especial no que toca aos prazos e competências, por meio do Parecer PGE nº 583/18. De acordo com tal opinativo, o rito previsto para os casos de reequilíbrio consensual é assim sistematizado:

1) requerimento da concessionária endereçado ao concedente com proposta de reequilíbrio; 2) deliberações entre as partes para proposta de acordo; 3) submissão do acordo à ARPE, instruído com novo Plano de Negócios, elaborado pela concessionária; 4) análise da ARPE e 5) implementação do reequilíbrio. Entende-se que, neste caso, por ter sido a recomposição objeto de acordo entre as partes, cujo conteúdo teria sido submetido à ARPE de modo consensual, não faz sentido submeter novamente o Plano de Negócios à análise do concedente, salvo se tiver havido discordância pontual da ARPE;



ESTADO DE PERNAMBUCO
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA CONSULTIVA

vistas a reduzir o volume apurado de indenização do reequilíbrio contratual. Na verdade, a pretensão é utilizar os recursos dos aportes anuais fixos, pretéritos e futuros. Mais que uma compensação, o que se pretende é, pois, suprimir umas das obrigações contratuais atribuídas ao concessionário, que consistia em fazer aportes anuais de valor fixo ao FSA, e assim, com a supressão desse encargo, diminuir o prejuízo financeiro supostamente incorrido pela concessionária mercê da alteração de tráfego.

A proposta contempla, aparentemente, consideráveis vantagens: a concessionária se propõe a antecipar uma receita futura do FSA e com a compensação entre os valores por ela devidos e os valores da indenização reconhecida pelo concedente em razão do desequilíbrio contratual, o impacto remanescente sobre a tarifa de pedágio poderá ser menor, atendendo, assim, à finalidade almejada de modicidade tarifária. Também eventual necessidade de desembolso do Poder Concedente poderá ser mitigado, o que sempre é salutar quando se lida com escassez de recursos orçamentários. De qualquer maneira, essas são conclusões que se comprovam a partir da análise comparativa com outras eventuais soluções e, por isso, devem ser demonstradas em estudo técnico com os cálculos pertinentes.

De outra parte, a solução aventada tem algumas peculiaridades que precisam ser abordadas com vagar.

IV.1.A natureza jurídica do FSA e a vinculação de receitas

A primeira delas foi aventada pela própria gerência jurídica da SEDUH como óbice à operação. Entendeu aquele órgão que não seria permitido utilizar recursos do FSA por se tratar de receita vinculada a despesas específicas, para execução de ações descritas em Programa de Gestão Ambiental e Programa de Gestão Social, em conformidade com estipulação contratual e previsão na proposta econômica vencedora.

Nesse sentido, confiram-se as seguintes cláusulas contratuais atinentes à disciplina do FSA:

“CLÁUSULA 1 – DEFINIÇÕES
(...)



ESTADO DE PERNAMBUCO
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA CONSULTIVA

FUNDO SÓCIO-AMBIENTAL: é o fundo a ser mantido em conformidade com o disposto no ANEXO V - DIRETRIZES PARA APRESENTAÇÃO DA PROPOSTA ECONÔMICA do EDITAL, destinado a empreender a gestão socioambiental da RODOVIA, incluindo o PROGRAMA DE GESTÃO AMBIENTAL - PGA e o PROGRAMA DE GESTÃO SOCIAL - PGS. A gestão do FUNDO SÓCIO-AMBIENTAL deverá ser empreendida por sociedade civil sem fins lucrativos, a ser contratada pela CONCESSIONÁRIA,"

"CLÁUSULA 29 - FUNDO SÓCIO-AMBIENTAL

29.1 . A CONCESSIONÁRIA deverá contratar a gestão do FUNDO SÓCIOAMBIENTAL, constituído conforme disposto no ANEXO V - DIRETRIZES PARA APRESENTAÇÃO DA PROPOSTA ECONÔMICA, do EDITAL, com uma sociedade civil sem fins lucrativos, para cumprir o PROGRAMA DE GESTÃO AMBIENTAL - PGA e o PROGRAMA DE GESTÃO SOCIAL - PGS, em conformidade com as Cláusulas 14 e 15, deste CONTRATO.

29.2. Os recursos disponibilizados para o FUNDO SÓCIO-AMBIENTAL serão aqueles fixados na PROPOSTA ECONÔMICA da CONCESSIONÁRIA, tidos como recursos mínimos operacionais, mais as contribuições complementares, por excesso de receita, conforme previsto nos itens 28.2.2. e 28.2.3., deste CONTRATO."

Como se vê, as receitas do fundo foram realmente afetadas ao financiamento e execução dos programas sobreditos. Entretanto, a par dos esclarecimentos ora prestados sobre a conformação do FSA e a teor do que já foi, inclusive, reconhecido pelo Parecer PGE nº 010/2021, tem-se que o fundo em questão não tem origem constitucional, tampouco legal. Ostenta natureza jurídica privada e sua gênese está ligada estritamente ao contrato CGPE nº 001/2006, tendo sido fruto de uma opção do Poder Concedente, no momento da modelagem da licitação, em afetar determinados recursos da proposta econômica a uma finalidade específica do contrato. E por não ser um fundo criado por lei, também não se caracteriza como fundo especial, para os fins do disposto no art. 71 da Lei nº 4.320/64, de modo que a vinculação das receitas, de índole meramente contratual, poderá ser alterada pela mesma via contratual, desde que haja acordo entre as partes, não havendo óbice intransponível à formalização de um termo aditivo que venha a alterar o perfil do FSA, reduzindo suas fontes de receita e seu escopo. Aqui é bem de ver que esse item, embora constante da proposta econômica, não foi avaliado para fins de critério de classificação no certame licitatório, de modo que a sua alteração pela via consensual em nada desnatura os princípios que



ESTADO DE PERNAMBUCO
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA CONSULTIVA

regeram a disputa ou o alcance da competitividade.

Questão diversa, contudo, diz respeito ao mérito administrativo quanto à pertinência ou não de reduzir o escopo dos investimentos ambientais programados com recursos desse fundo. Embora a proposição sob exame não tenha o condão de extinguir o fundo, que persistirá com a mesma finalidade socioambiental, é certo que ele terá sua receita diminuída, com a supressão da previsão dos aportes fixos fixados na cláusula 29.2, passando a depender apenas dos aportes variáveis previstos nas cláusulas 28.2 e 28.3. E como esses tais aportes só existem em circunstâncias de variação de tráfego a maior, a secretaria já informou que o volume de receitas do fundo tem caído progressivamente. É fácil supor, ainda, que neste momento, pelas mesmas razões invocadas pela concessionária para obter seu direito ao reequilíbrio, o fundo receberá ainda menor fluxo de recursos, talvez insuficientes para cumprir os propósitos planejados. Essa, porém, é uma questão que há de ser analisada não sob o ponto de vista jurídico, mas sim do ponto de vista técnico e negocial, pelo próprio Poder Concedente.

De acordo com a previsão do Anexo V do contrato (Diretrizes para Apresentação da Proposta Econômica), item 2.5.6, o Programa de Gestão Ambiental e o Programa de Gestão Social, ambos contidos no Plano de Negócios da Rodovia, devem apresentar a proposta de ação ambiental e social da concessionária, detalhando os subprogramas específicos, para atingir de forma articulada os objetivos mínimos definidos no Anexo III – Quadro de Indicadores de Desempenho. Previu-se, no Anexo I do Plano de Negócios, que caberia à concessionária identificar e avaliar os potenciais impactos socioambientais que poderiam advir das etapas de execução das obras e da operação da rodovia, definindo metodologia de prevenção e mitigação, a partir da gestão e monitoramento dos referidos planos, definindo, ainda matrizes de responsabilidade.

A partir da leitura dessas condições, é de se concluir que o Poder Concedente, antes de acatar a proposta, deverá avaliar, em concreto, os danos socioambientais já presentes e os eventuais riscos trazidos pela operação da rodovia concessionada, avaliando também quais as ações de prevenção e mitigação necessárias/prioritárias e, sobretudo, se a previsão de receitas remanescentes do fundo poderá dar cobertura suficiente para as despesas estimadas. Recomenda-se avaliar, outrossim, se ou de que modo os indicadores de desempenho dos serviços prestados pela concessionária poderão ser afetados com a redução dos investimentos feitos com recursos do Fundo.



ESTADO DE PERNAMBUCO
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA CONSULTIVA

Todas essas avaliações são importantes porque o FSA funciona, sob certa perspectiva, como um seguro contra incidentes ambientais e a redução de seu financiamento pode trazer prejuízos à boa execução dos serviços contratados e/ou desequilíbrio nessa matriz de risco, gerando ônus futuros.

Embora a Secretaria Executiva de Políticas e Parcerias afirme, como transcrito acima, que a supressão formal da obrigação de fazer aportes anuais fixos, por si só, não teria o condão de afetar os programas relacionados ao FSA, uma vez que vinham sendo financiados até o presente apenas com a receita da parcela variável, a avaliação ora recomendada para dar subsídio técnico à tomada de decisão quanto ao novo perfil financeiro do FSA deverá ser mais detalhada e robusta sobre a inexistência de qualquer pendência socioambiental e sobre a projeção de que os investimentos estimados por esses programas poderão ser efetivamente realizados à conta do fundo, sem qualquer prejuízo à operação da rodovia.

Nesse ponto, merece destaque o relatório elaborado pela SEDUH acerca da auditoria⁴ realizada em 2019 sobre as contas do FSA. Depreende-se do documento que existe um Plano Plurianual pactuado entre as partes, o qual contém as ações e projetos que deveriam ser executados com os propósitos delineados no contrato, mas os auditores observaram "a prática de inclusão e retirada de projetos/programas no curso da execução, sem qualquer motivação para as modificações" e, demais disso, não lograram obter maior detalhamento das despesas efetuadas, de modo que não lhes foi possível estabelecer uma relação de proporcionalidade entre os valores despendidos e as metas/resultados dos programas.

A auditoria também detectou que os aportes fixos anuais previstos no item 29.2 como obrigação da concessionária não haviam sido efetivamente repassados à conta do FSA em nenhum momento desde a assinatura do contrato, o que em tese configuraria, por si só, descumprimento de obrigação contratual.

Outra irregularidade detectada foi a não contratação de entidade sem fins lucrativos para gerir os recursos do fundo, tal como previsto na cláusula 29.1,

⁴ Auditoria levada a efeito por comissão criada no âmbito da SEDUH por meio da Portaria nº 027/2019, publicada em 30.04.2019, cumprindo deliberação tomada na 30a. Reunião Ordinária do CGPE, em obediência a decisão do Tribunal de Contas do Estado proferida no Processo TC – 1408224-0, cuja determinação foi no sentido de se verificar a escorreita aplicação dos recursos destinados ao FSA.



ESTADO DE PERNAMBUCO
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA CONSULTIVA

problemática essa que foi objeto de consulta específica a esta Procuradoria Consultiva. Na realidade, a concessionária pretendia utilizar recursos do próprio fundo para custear a contratação da sociedade sem fins lucrativos e Parecer PGE nº 11/2021 concluiu no sentido da impossibilidade, já que a obrigação de contratar a gestão do fundo socioambiental que cabe ao concessionário inclui, natural e logicamente, o ônus de arcar com os custos daí decorrentes e pagar pelos serviços que venham a ser prestados por essa entidade, existindo, inclusive, na proposta econômica da concessionária, rubrica própria que contempla “despesas gerais e administrativas” , justamente para esse tipo de despesa.

Tais informações revelam que o FSA vinha sendo subutilizado e que não havia um acompanhamento adequado de suas ações, tudo isso a exigir agora uma série de medidas de ambas as partes para promover a devida regularização - contratação de entidade gestora com recursos próprios, prestação de contas, fiscalização, etc. Os autos já noticiam ter sido instaurado procedimento de apuração de responsabilidade em face da concessionária a respeito da ausência de aporte das parcelas fixas anuais desde a celebração do contrato até agora, mas não se sabe o desfecho do processo. Em caso de eventual aplicação de multa, em tese cabível, já que houve sistemático descumprimento de cláusula contratual sem motivação aparente, nada impede que o valor pecuniário da sanção seja também computado, somando-se às parcelas de receita do fundo, para fins de compensação com o montante da indenização de reequilíbrio.



ESTADO DE PERNAMBUCO
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA CONSULTIVA

Haveria então, no bojo do processo administrativo sancionador, uma espécie de acordo substitutivo, que materializa o consenso entre as partes e põe fim ao litígio⁵, à semelhança do que se encontra previsto no art. 30 da Lei 13.448/2017⁶.

IV.2. Formas de implementação do reequilíbrio econômico-financeiro. Rol exemplificativo. Mecanismo de redução de encargos da concessionária.

Como já dito e reiterado, a pretensão de que se cuida visa alterar o contrato na parte que dispõe sobre as receitas do FSA, para suprimir a parcela anual fixa ali prevista e desobrigar a Concessionária de fazer tais aportes, utilizando o impacto econômico dessa desobrigação em favor da redução do montante a ser reequilibrado.

A redução dos encargos e ônus atribuídos contratualmente ao concessionário é uma alternativa jurídica válida e usual como mecanismo de recomposição da equação econômico-financeira, como forma de evitar majoração do valor da tarifa. Assim, no lugar de elevar-se a remuneração do concessionário, reduzem-se as obrigações pecuniárias eventualmente a ele impostas, conforme o arranjo contratual.

Evidentemente que tais balanceamentos na equação econômico-financeira encontram limite no dever de prestação de um serviço adequado aos usuários, que satisfaça as “condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas” e, bem por isso, deve-se avaliar a pertinência da desobrigação aventada, conforme explicitado no tópico antecedente.

Em tese, porém, não há qualquer impedimento legal a que se adote esse tipo de mecanismo. O fato de não estar expressamente previsto em contrato, a cláusula

⁵ Sobre o tema ver MARQUES NETO, Floriano Azevedo. Os acordos substitutivos do procedimento sancionatório e da sanção. Revista Brasileira de Direito Público, RDPB, Belo Horizonte, volu. 8, n. 31, out/dez 2010.

⁶Art. 30. São a União e os entes da administração pública federal indireta, em conjunto ou isoladamente, autorizados a compensar haveres e deveres de natureza não tributária, incluindo multas, com os respectivos contratados, no âmbito dos contratos nos setores rodoviário e ferroviário. § 2º Os valores apurados com base no caput deste artigo poderão ser utilizados para o investimento, diretamente pelos respectivos concessionários e subconcessionários, em malha própria ou naquelas de interesse da administração pública.



ESTADO DE PERNAMBUCO
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA CONSULTIVA

27.5 já sinaliza com a possibilidade de o reequilíbrio ser implementado mediante acordo entre as partes, sem qualquer enunciação de formas taxativas, tomando-se como referência os efeitos dos fatos que lhe deram causa, a forma como foram considerados no PNR e o respeito aos conceitos de equidade e modicidade.

Na cláusula 27.6, há um rol de modalidades de recomposição previstas contratualmente para os casos em que a ARPE deverá arbitrar a solução, mas nada obsta que as partes escolham a medida que reputem mais adequada, dentro dos parâmetros principiológicos já enunciados.

No caso da solução propugnada, sua aceitabilidade pode ser até mais facilmente justificada porque, do ponto de vista financeiro, nem se trata aqui exatamente de uma desoneração nem de postergação do dever de pagamento em favor da concessionária. O seu dever de desembolso foi mantido no mesmo patamar e, inclusive, antecipado, considerando-se a soma dos valores correspondentes a todas as parcelas anuais previstas até o final do prazo da concessão para aporte no FSA, as quais, entretanto, não mais se destinarão a essa finalidade socioambiental, mas sim para fins de abatimento no valor devido pela concedente a título de reequilíbrio.

Em arrimo a essa tese, a concessionária faz juntar parecer jurídico elaborado pelo escritório Portugal Ribeiro Advogados, segundo o qual a medida de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro tem natureza de pagamento de uma dívida contratual e, portanto, admite a satisfação por todos os meios admitidos em Direito.

Essa flexibilidade é da natureza dos contratos de concessão, cujo maior atributo é a incompletude, já que é impossível estabelecer *ex ante* todas as vicissitudes e todas as obrigações que serão ou não necessárias à adequada prestação dos serviços públicos durante a longa vigência contratual.

Como afirma Flávio Amaral Garcia, os contratos de concessão são

Incompletos, porque realisticamente impossibilitados de regular todos os aspectos da relação contratual, o que os torna naturalmente inacabados e com lacunas, que reclamarão uma tecnologia contratual capaz de resolver a infinidade de contingências que poderão surgir durante a sua execução ⁷.

Rafael Veras de Freitas alerta, por sua vez, que essa incompletude dos pactos concessionários 'deve orientar os procedimentos de revisão do equilíbrio

⁷ GARCIA, Flávio Amaral. A mutabilidade e incompletude na regulação por contrato e função integrativa das agências. Revista de Contratos Públicos – RCP, Belo Horizonte, v. 3., n.5, pag. 59-83, mar/ago 2014.



ESTADO DE PERNAMBUCO
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA CONSULTIVA

econômico-financeiro dos contratos de concessão, considerando que, por se tratar de contrato com prazo diferido, a sua própria estrutura econômica será cambiante ao longo de sua vigência⁸!

O mesmo autor refere-se também às concessões como contratos relacionais, registrando que há nessa qualidade uma 'incomensurabilidade da equivalência de suas trocas projetadas para o futuro'⁹. E assim conclui

Desse modo, não há que falar em formas estanques e predefinidas para a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro das concessões. Há, na verdade, o dever de observância da seguinte proceduralização: (i) em primeiro lugar, deve se identificar o fato exógeno ao contrato que alterou a sua economia; (ii) depois, será necessária a perquirição sobre qual das partes o risco do advento desse evento foi atribuído; e (iii) por derradeiro, será realizada a escolha – pautada pelo postulado da proporcionalidade – da compensação econômica que será devida à parte atingida pela produção do evento que está alocado à responsabilidade da outra parte'.¹⁰ (grifos nossos)

Seguindo essa mesma ótica, é de se reconhecer que as soluções adotadas para recomposição da equação econômico-financeira do contrato quando da celebração do quarto e do quinto termo aditivo também não estavam previstas no rol da Cláusula 27.6. A solução de pagamento do Concedente diretamente à Concessionária, por interpretação extensiva da cláusula 28.2.2.2, foi a alternativa encontrada pela própria SEDUH, com a chancela da Procuradoria Geral do Estado, para os casos de perda de receita decorrente da existência de variação de tráfego entre 90% (noventa por cento) e 70% (setenta por cento) do volume projetado. Posteriormente, a PGE opinou pela possibilidade jurídica do procedimento que prevê a compensação dos déficits de receita de pedágio verificados nos dias úteis com os superávits apurados no fim de semana, o que restou consolidado através do 4º termo aditivo.

De outra parte, há várias cláusulas contratuais que admitem mecanismo similar de compensação em contextos diversos, mas que denotam a legitimidade da medida como forma de satisfação do crédito decorrente de reequilíbrio. Citam-se, por exemplo, a cláusula 33.7.1, versando sobre o caso de inadimplemento do Concedente no

⁸FREITAS, Rafael Veras de. Concessão de Rodovias. Ed. Forum, 2018, pag 116

⁹FREITAS, ob. cit., pag 115

¹⁰ Idem, ob. cit, pa 120



ESTADO DE PERNAMBUCO
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA CONSULTIVA

pagamento da CAT e que admite a possibilidade de a Concessionária efetuar a compensação do débito, até o limite possível, com a parcela de ganhos a serem compartilhados que eventualmente caiba ao Parceiro Público; e a cláusula 30.1.1, que dispõe ser possível a utilização da parcela dos ganhos ou resultados econômicos destinada ao Concedente para redução da CAT a ser paga à Concessionária ou no custeio de intervenções na rodovia.

Que as partes possam se valer das mais variadas cláusulas obrigacionais do contrato, como prazo, realização de investimentos, entre outras, para o advento de uma revisão contratual negociada diante de uma nova ordem socioeconômica, corrobora o argumento de que o interesse pela revisão tem natureza dúplice, tanto do Estado como do Concessionário, em prol da manutenção do serviço público de qualidade, exigindo-se também por isso compartilhamento dos danos, como invocado na primeira parte deste opinativo.

V – Conclusão

Assim, forte no quanto exposto, considerando que a alteração das obrigações da concessionária ao longo do percurso contratual é um instrumento comum e bastante utilizado em concessões para reduzir o montante do desequilíbrio a ser recomposto, a exemplo de revisão de valores e prazos de investimentos e custeios, opina-se pela possibilidade jurídica de vir o Poder Concedente aceitar a proposta, desde que observados os condicionantes apontados ao longo desta manifestação e que se demonstre ser essa solução a que melhor assegura a modicidade tarifária e atende ao interesse público, sem prejuízo para a prestação dos serviços e sem agravamento dos correlatos impactos ambientais.

Por derradeiro, para fins de cálculo do montante final que virá a ser abatido da indenização acaso prevista para a recomposição, entende-se devida a atualização monetária das parcelas vencidas e não pagas até então, computando eventuais rendimentos financeiros que essa verba teria tido caso tivesse sido aplicada, e considerando também as parcelas vincendas em seu valor presente, e não no valor nominal previsto quando da apresentação da proposta econômica.

É o parecer, sob o crivo superior.

Recife, 08 de março de 2021.



ESTADO DE PERNAMBUCO
PROCURADORIA GERAL DO ESTADO
PROCURADORIA CONSULTIVA

A handwritten signature in black ink, appearing to read "Isabela Góes".

Procurador do Estado de Pernambuco
Procuradoria Consultiva