

PROCURADORIA DE SERVIÇOS PÚBLICOS
Parecer n.º 01/2003 – Alexandre Santos de Aragão

Rio de Janeiro, 15 de janeiro de 2003.

Processo n.º E-04/079312/01

Retorno de Lanchas que a concessionária havia se comprometido a reformar à posse do Poder Concedente. Possibilidade, desde que, concomitantemente – no mesmo Termo Aditivo –, seja recomposta a equação econômico-financeira favoravelmente ao Estado através da formalização de novo Plano de Investimentos.

Senhor Procurador-Geral do Estado,

Trata-se de consulta formulada em regime de urgência pela Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos do Estado do Rio de Janeiro – ASEP/RJ que traz novos argumentos em favor do atendimento do pleito da concessionária Barcas S.A. – Transportes Marítimos no sentido de que retornem para o Poder Concedente as Lanchas Icaraí, Neves e Maracanan, cuja solução envolve em termos gerais a mesma questão jurídica (cf. despacho de fl. 189).

Afirma que, apesar de ter se comprometido no Contrato de Concessão a reformar as referidas Lanchas, seria mais consentâneo com o interesse público, já que desde que o início da concessão as Lanchas não estão em condições de operação e estão gerando despesas inúteis, que fossem devolvidas ao Poder Concedente sem a reforma contratualmente preconizada. No caso específico da Lancha Icaraí, também afirma que em lugar da sua reforma efetuou a reforma da Lancha Boa Viagem.

A matéria já foi objeto de profícua análise desta Procuradoria (fls. 160 a 176), em que, em substanciosos Vistos da Sra. Procuradora-Chefe da Procuradoria de Serviços Públicos e da Exma. Sra. Subprocuradora-Geral do Estado, foi demonstrada a impossibilidade do atendimento ao pleito da concessionária nos termos em que originariamente colocado, uma vez que (i) estava obrigada a reformar as lanchas especificadas na Concessão e a manter em condições adequadas todas as demais lanchas; (ii) não poderia se isentar da obrigação de reforma de dada Lancha pela manutenção e aperfeiçoamento que de qualquer maneira deveria realizar de outras lanchas; (iii) ocorreria a diminuição da frota repassada à concessionária quando da celebração do Contrato de Concessão.

Considerando esta precedente análise da matéria e a urgência solicitada, cindir-nos-emos aos novos argumentos postos pela Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos do Estado do Rio de Janeiro – ASEP/RJ para a solução da questão.

Esta, através do Parecer de sua Assessoria Jurídica Especial (fls. 190 a 198) e do seu Conselho Diretor (fls. 198 a 210), afirma, em síntese, que:

A – o Direito Regulatório deve visar, mais do que à aplicação de eventuais sanções, ao melhor atendimento dos interesses públicos legislativamente consagrados; e
B – que as obrigações de reforma de lanchas serão, em um momento posterior, substituídas por um novo Plano de Investimentos e que, com isto, não haveria a diminuição da frota.

Percebe-se, assim, que a Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos do Estado do Rio de Janeiro – ASEP/RJ não contradiz, em seus novos pronunciamentos, a posição anteriormente adotada pela Procuradoria Geral do Estado, aduzindo apenas que, em virtude do Plano de Investimentos a ser assumido pela concessionária, estes impeditivos não mais subsistiriam.

Quanto ao primeiro aspecto – da prescindibilidade da aplicação de sanções (Item "A" supra) – devemos afirmar que, de fato, a concessionária deixou de cumprir as suas obrigações contratuais de reforma de lanchas, o que, em princípio, deve acarretar a aplicação das sanções cabíveis.

Todavia, como também observado pela Sra. Assessora Jurídica Especial da Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos do Estado do Rio de Janeiro – ASEP/RJ no citado Parecer, já fizemos notar em sede doutrinária¹ as lições de FLORIANO AZEVEDO MARQUES sustentando a possibilidade de Agência reguladora substituir a aplicação de sanções pecuniárias pela imposição de novas metas de ampliação dos serviços prestados pela concessionária infratora, atitude que, no caso analisado pelo autor, seria mais consentânea com os objetivos públicos perseguidos pela Agência.²

Afirma o publicista que "a unilateralidade e a exorbitância tradicionais no exercício da autoridade pública (poder extroverso) têm que dar lugar à interlocução, à mediação e à ponderação entre interesses divergentes, sem descuidar, por óbvio, da proteção da coletividade contra abusos dos agentes econômicos. De outro lado, a atividade regulatória estatal, neste novo contexto, tem que se pautar pelos interesses que lhe cumpre tutelar. (...) A finalidade da

atividade regulatória estatal não é a aplicação de sanções e sim a obtenção das metas, pautas e finalidades que o Legislador elegeu como relevantes alcançar. Para atingimento destas finalidades primaciais pode lançar mão, dentre outros instrumentos, do poder de sancionar".³

Com efeito, nada impede, ao revés, pode até aconselhar, de acordo com o juízo de conveniência e oportunidade do Poder Concedente, que, ao invés de impor coercitivamente a reforma de lanchas já em adiantado estado de deterioração, adote, em consenso com a concessionária, um plano de aquisição de novas lanchas.

O que, contudo, a afirmada flexibilidade e a instrumentalidade do Direito Regulatório não pode significar é a liberalidade em favor do concessionário sem os consequentes benefícios para o Estado e para o serviço público delegado. Não se pode, por exemplo, deixar de aplicar a multa em razão do concessionário ter feito a manutenção, muito menos onerosa, de outras lanchas, manutenção esta com a qual já tinha se comprometido.

Tanto a possibilidade de não aplicação das sanções (Item "A" supra), como o segundo ponto – da substituição das obrigações de reforma por um novo Plano de Investimento que não reduza a frota (Item "B" supra) – não podem ser descartados *tout court*. Devem, todavia, ser admitidos apenas após passarem por um cuidadoso crivo à luz do Princípio da Manutenção do Equilíbrio Econômico-Financeiro das Concessões de Serviços Públicos, já que as custosas obrigações de reforma não foram até o momento adimplidas, e não poderão ser simplesmente olvidadas pela devolução das lanchas que deveriam ser reformadas ao Poder Concedente, e/ou diante da promessa de um futuro e até o momento indefinido – quanto ao objeto e aos prazos de execução – Plano de Investimentos.

A concessão tem uma mutabilidade a ela inerente decorrente das cláusulas regulamentares e do caráter dinâmico do interesse público que devem realizar. Tal mutabilidade advém de um especial tratamento dado ao Fato Príncipe e à Teoria da Imprevisão. Este "tratamento especial" se deve ao fato de que a proteção das partes não se dá apenas para proteger os seus direitos, mas também para proteger a continuidade do serviço público e o interesse público atendido pelo contrato.

No dizer de GASPARI ARIÑO ORTIZ, "todas as normas reguladoras dos serviços públicos reconhecem à Administração não apenas um poder regulamentar de caráter policial (polícia administrativa, naturalmente), como também um poder *interno* de direção mediante instruções, circulares e ordens concretas, de natureza análoga à que pratica em relação aos seus próprios órgãos e serviços. (...) Estamos, assim, diante de um poder administrativo de conteúdo amplíssimo e frente ao qual o único direito adquirido existente é o da

¹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Agências Reguladoras e a Evolução do Direito Administrativo Econômico*, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2002, Item 10.3.

² AZEVEDO MARQUES, Floriano. RDA, 221/353-370.

³ MARQUES, Floriano Azevedo. RDA, 221/355-7.

manutenção do equilíbrio econômico-financeiro".⁴

Tudo isto faz com que o equilíbrio do contrato administrativo seja essencialmente dinâmico, podendo se romper muito mais facilmente, razão pela qual foi construída toda uma teoria para a proteção do seu equilíbrio econômico.

Sendo assim, as circunstâncias que ensejam a mutabilidade das concessões de serviços públicos devem ser tratadas conjuntamente com o efeito que delas advém, que é o direito de ambas as partes à manutenção do equilíbrio da equação econômico-financeira, que é a relação que existe entre os custos e a remuneração do contratado. É, naturalmente, estabelecida no início do contrato. Se no decorrer da sua execução houver algum fato que a altere, seja impondo-lhe um maior custo ou a sua diminuição, a equação deve ser recomposta.

A proteção do equilíbrio econômico-financeiro, tanto em favor do concessionário, como do Poder Concedente, neste caso sob pena de violação do próprio Princípio Licitatório,⁵ é prevista em diversos dispositivos da Lei n.º 8.666/93 e da Lei n.º 8.987/95, havendo ainda parte da doutrina (*verbi gratia*, TERCIO SAMPAIO FERRAZ JÚNIOR) que entende que também possui esteio constitucional, mais especificamente na parte final do inciso XXI do art. 37 da Constituição ("mantidas as condições efetivas da proposta").

Trata-se da tradicional cláusula *rebus sic stantibus*, que, após o individualismo do *pacta sunt servanda* do Código de Napoleão, teve renovada a sua aplicação após as imprevisões decorrentes da 1.ª Guerra Mundial, sendo o marco desta retomada o caso do "Gás de Bordeaux", decidido pelo *Conseil d'État* em 1916, em que o aumento do preço do carvão inviabilizou a prestação dos serviços da concessionária.

O que deve ser frisado é que o cabimento ou não do reequilíbrio econômico-financeiro – no caso a substituição da obrigação de reforma das lanchas e não aplicação de sanções pela assunção de um novo Plano de Investimentos – em um caso concreto é uma questão de índole muito mais técnico-contábil e financeira do que propriamente jurídica, consistente *in casu* no atendimento à seguinte fórmula: **a recomposição só é admissível se os novos investimentos forem de montante pelo menos equivalente ao que representaria a reforma das lanchas e a aplicação das penalidades**, relação aritmética que, obviamente, não compete a este Órgão Central do Sistema jurídico aferir, mas sim aos órgãos técnicos competentes.

Observe-se ainda que, dentro de tal relação aritmética devem ser incluídos também outros eventuais fatores que tenham importado em reequilíbrio em favor do Poder Concedente (ex.: benefícios fiscais concedidos

após a licitação). Não consta dos autos qualquer alusão a tais fatos, mas, de qualquer forma, a sua inexistência deve ser aferida pelos órgãos técnicos competentes.

Afirma a Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos do Estado do Rio de Janeiro – ASEP/RJ, como visto, que as preocupações e os impeditivos já manifestados pela Procuradoria Geral do Estado seriam obviados por um Plano de Investimentos a ser apresentado pela concessionária após o atendimento aos seus pleitos.

Ocorre que seria esse Plano de Investimentos que consubstanciaria o reequilíbrio econômico-financeiro em favor do Estado, e a Lei n.º 8.987/97 (art. 9.º, § 4.º) fixa o princípio da concomitância do reequilíbrio econômico-financeiro com a alteração contratual. Ademais, seria totalmente contrário aos Princípios da Eficiência, Economicidade, Moralidade e Razoabilidade (Art. 37, *caput*, CF) que o Estado primeiro atendesse ao pleito da contratada para que, depois, em posição obviamente mais enfraquecida, com ela negociasse o reequilíbrio.

Por todo o exposto, concluímos que pode ser firmado Termo Aditivo dispondo sobre o retorno das referidas Lanchas ao Estado do Rio de Janeiro, desde que, no mesmo Termo, a concessionária assuma a obrigação de implementar novo Plano de Investimentos, que deverá ser certo e determinado quanto ao objeto e aos prazos de execução, mantendo o quantitativo inicial da frota e a sua capacidade numérica de transporte de passageiros (levando em conta, inclusive, o crescimento gradual do público usuário), e atendendo às diretrizes aritméticas de reequilíbrio econômico-financeiro acima traçadas.

É o parecer.

ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO

Procurador do Estado

À douta PG-2:

VISTO

Senhor Procurador-Geral:

Não é demais destacar o brilho com que foi analisada a hipótese sob consulta. Com minhas homenagens ao ilustre parecerista, aprovo o Parecer n.º 01/2003-ASA/PSP, de 15 de janeiro de 2003, da lavra do Procurador do Estado Dr. Alexandre Santos de Aragão.

Em 17 de janeiro de 2003
FLAVIO MULLER PUPO
Procurador-Chefe

⁴ ORTIZ, Gaspar Ariño. *Principios de Derecho Público Económico*, Ed. Comares e Fundación de Estudios de Regulación, Granada, 1999, p. 521.

⁵ Se, por exemplo, outras empresas soubessem que as onerosas obrigações de reforma das lanchas não precisariam ser cumpridas rigorosamente, poderiam ter apresentado propostas mais interessantes.

VISTO

Processo n.º E-04/079.312/2001

Aprovo o Parecer n.º 01/2003 – ASA, de 15 de janeiro de 2003, lavrado em regime de urgência pelo ilustre Procurador do Estado ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO, lotado na Procuradoria de Serviços Públicos, que conclui pela possibilidade de celebração de termo aditivo ao contrato de concessão contemplando o retorno da lancha Icarai ao Poder Concedente, a implementação de Plano de Investimentos que leve em consideração a inadimplência contratual (da reforma da lancha Icarai), e a manutenção da quantidade de embarcações considerada eficiente nos termos do contrato de concessão, conforme anexo II.

A ASEP deverá, por sua vez, analisar a inadimplência da concessionária decorrente da realização de reforma em outra lancha (BOA VIAGEM) sem a autorização do Poder Concedente, bem como o equilíbrio econômico do contrato em razão da inexistência de reforma em lancha que já se sabia de antemão estar em precaríssimas condições, em observância ao princípio licitatório.

Ao Gabinete Civil, com vistas à Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos do Estado do Rio de Janeiro – ASEP

Rio de Janeiro, 23 de Janeiro de 2003.

SÉRGIO LUIZ BARBOSA NEVES

Procurador – Geral do Estado