

Na linha de raciocínio do ilustre parecista, a súmula em questão não deixa margem a dúvida da extensão da vedação em questão ao caso de *nepotismo cruzado*. Com efeito, quando, apesar de o servidor nomeado não possuir vínculo com a autoridade nomeante ou com algum servidor ocupante de cargo de direção, chefia ou assessoramento da mesma pessoa jurídica, existir tal vínculo com autoridade de outra pessoa jurídica que por sua vez, venha a nomear servidor que possua vínculo com aquela primeira autoridade, *uma em retribuição à outra*, estar-se-à diante de hipótese de inconstitucionalidade.

À Secretaria de Estado da Casa Civil,

Rio de Janeiro, 1º de setembro de 2008

LUCIALÉA GUIMARÃES TAVARES
Procuradora-Geral do Estado

PROCURADORIA DE SERVIÇOS PÚBLICOS

Parecer ASA/PSP nº 12/09

E-10/387/2008/2008 (apensos: E-10/469/06 e E-04/079231/00 [cópia] e E-10/132610/02 [cópia])

Movimento deficitário de Transporte aquaviário noturno. Obrigação prevista já quando da proposta apresentada pela concessionária na licitação. Inexistência de fato imprevisível futuro. Impossibilidade de suspensão da prestação do serviço noturno sob pena de violação aos princípios da moralidade, do equilíbrio econômico-financeiro e da vinculação ao instrumento convocatório. Outras considerações.

Exma. Senhora Procuradora-Geral,

Trata-se de consulta determinada de ofício por esta Procuradoria geral do Estado de acordo com a sugestão de fl. 256, diante da suspensão do serviço público noturno de transporte aquaviário de passageiros e da ação civil pública contra ela proposta pela Comissão de Defesa do Consumidor da ALERJ (afl. 263), tendo sido a referida suspensão deferida *sine die* pelo Exmo. Sr. Secretário de Estado de Transportes (fls. 177 e 191), que, pelo que consta dos autos, também entendeu por bem prescindir da celebração do competente termo aditivo ao contrato que inicialmente previa tal obrigação.

O ato administrativo de fl. 177, do qual o de fl. 191 constitui mera retificação, cita, como veremos a seguir, equivocadamente, há de se registrar, como seu fundamento, que “a PGE já havia se manifestado sobre a legalidade da paralisação”.

I – Dos Fatos.

Há nos presentes autos e seus apensos os seguintes fatos incontroversos: 1) A obrigação de a concessionária prestar o serviço público noturno não veio a ser imposta posteriormente pelo Estado, já existindo desde a licitação e assinatura do contrato de concessão em sua versão originária; e 2) Esse serviço noturno é deficitário e representa um ônus desnecessário para a concessionária.

A própria concessionária, no requerimento que inaugura o primeiro apenso (E-10/469/06), que passamos a citar nos próximos parágrafos, afirma que, antes de assinar o contrato, a CONERJ não mais prestava os serviços noturnos, mas que, por força do contrato, ela passou a prestá-lo (FL. 03)

É importante frisar que a Procuradoria Geral do Estado, ao contrário do que é afirmado em algumas passagens dos autos, em nenhum momento deu o seu *placet* à alteração contratual em questão. Ao revés, sempre deixou claro que ela só poderia se dar após cabalmente demonstrado matematicamente o desequilíbrio econômico-financeiro da concessão e sua proporção, o que, como veremos, apesar das afirmações genéricas feitas neste sentido, nunca foi feito. Note-se, aliás, que sequer cópia do contrato consta dos presentes autos e de seus apensos.

Por exemplo, às fls. 26 a Ilustre procuradora do Estado, Dra. Roberta Monnerat Alves, então Assessora-Chefe da Assessoria Jurídica da Secretaria de Estado de Transportes – SETRAN, de forma expressa e enfática, afirma não haver qualquer prova de desequilíbrio econômico-financeiro.

Em seguida, à fl. 29 a Exma. Sra. Subsecretária de Estado de Planejamento e Integração Metropolitana, aparentemente se olvidando dessa advertência da Ilustre Procuradora, determina, sem mais, a elaboração do termo aditivo acolhendo o pleito da concessionária, no que foi seguida pelo Exmo. Sr. Secretário de Estado de Transportes, que, em seu despacho de fl. 30, deu, a exemplo do que acontece muitas vezes nos autos (cf. infra), como pressuposto o desequilíbrio sem qualquer prova, até porque a I. Procuradora, poucas páginas antes havia afirmado justamente o contrário.

A mesma Procuradora então, à fl. 30, reiterou o seu despacho, inclusive para que o Procurador-Geral do Estado se pronunciasse sobre a matéria.

Mesmo diante dessa reiteração, a Exma. Sra. Subsecretária de Estado de Planejamento e Integração Metropolitana, mais uma vez olvida as condicionantes postas pelo órgão Setorial do Sistema Jurídico Estadual, e determina a elaboração do termo aditivo.

À fl. 38 a 40, finalmente é dado ao Procurador-Geral do Estado, no único pronunciamento por ele emanado nestes autos e seus apensos, a se pronunciar sobre a questão, e o faz, no que interessa mais diretamente ao objeto do presente parecer, para afirmar que *“deve estar inequivocadamente demonstrado o desequilíbrio econômico-financeiro”* (grifamos).

Dito, isto, à fl. 46, sem que tenha havido qualquer diligência para que fosse *“demonstrado o desequilíbrio econômico-financeiro”*, a Exma. Sra. Governadora do Estado autoriza a celebração do termo aditivo. Na mesma fl., a Exma. Sra. Secretária de Estado Chefe do Gabinete Civil cita o pronunciamento do Exmo. Sr. Procurador-Geral do Estado, mas apenas quanto à questão acessória da natureza dos serviços que viriam a ser prestados pelos ônibus que substituiriam as barcas à noite, olvidando-se da parte do pronunciamento que exigia fosse *“demonstrado o desequilíbrio econômico-financeiro”*.

O termo aditivo não veio, contudo, a ser efetivamente celebrado, até que à fl. 54, a assessoria jurídica especial da Casa Civil atesta que: *“não há nos autos deste administrativo qualquer notícia acerca da conclusão se houve ou não o desequilíbrio econômico-financeiro (...)”* (grifamos).

À fl. 57, o Ilustre Procurador do Estado, Dr. Renan Miguel Saad, Assessora-Chefe da Assessoria Jurídica da Secretaria de Estado de Transportes – SETRAN, em bem lançada promoção, determina que, a fim de cumprir da exigência do Exmo. Sr. Procurador-Geral do Estado, fosse *oficiada a concessionária para “provar o alegado desequilíbrio econômico-financeiro”* (grifamos).

À fl. 60, o mesmo I. Procurador bem destaca que, em princípio, a eventual concordância com a supressão do serviço noturno (com sua troca por serviços terrestres), deveria levar a uma redução das tarifas, para compensar a diminuição dos custos com os quais a concessionária havia se comprometido quando da assinatura do contrato.

Cerca de seis meses depois da citada exortação de fl. 57, a concessionária às fls. 79 e 80 afirma a *“devida demonstração de desequilíbrio econômico”*. O fazendo, contudo, não com base em qualquer parecer técnico ou contábil, mas simplesmente com base na assertiva do Exmo. Sr. Subsecretário Adjunto da SETRAN que apenas afirma haver um desequilíbrio entre a oferta e a demanda (não no contrato) em razão do tamanho das barcas e da pouca demanda durante a noite, o que, obviamente, não é nenhuma surpresa. O transporte noturno certamente era um dos maiores ônus que as licitantes interessadas nesta concessão teriam que assumir se quisessem se sagrar vencedoras no certame e as licitantes sabiam muito bem o tamanho das barcas que operariam.

À fl. 82 a concessionária invoca também o supra citado despacho do Exmo. Sr. Secretário de Estado de Transportes (fl. 30), que afirmava estar demonstrado o desequilíbrio econômico-financeiro, apesar do parecer da sua assessoria jurídica poucas

fls. antes no sentido de que a tal desequilíbrio ainda tinha que ser provado. A concessionária também se olvidou que, muito após a emissão desse despacho, a Casa Civil, no citado despacho de fl. 54, também afirmara a total falta de prova quanto ao desequilíbrio.

À fl. 101, o DETRO autoriza, sem qualquer processo seletivo público,¹ a Viação Mauá a estender os serviços por ela já prestados a fim de substituir os serviços aquaviários noturnos previsto no contrato de concessão pelos seus serviços de transportes terrestres.

As fls. 05 e 06 dos presentes autos principais, a concessionária requer, além da supressão do horário noturno, o aumento de intervalos e a redução dos valores previstos contratualmente como multas pelos seus inadimplementos. À fl. 10 é alvitrada também, entre outras medidas benéficas à concessionária, a isenção de ICMS. As fls. 234 e 235 a concessionária pleiteia ressarcimento de prejuízos que teria havido com gratuidades, inclusive através de compensação com o ICMS (fl. 238).

À fl. 247, a Secretaria de Estado de Transportes defende a legalidade da autorização para suspensão da prestação noturna dos serviços aquaviários com base na obrigação de se manter *“as condições efetivas da proposta”*. Todavia, como já informado, a obrigação dos serviços noturnos já existia justamente quando da proposta; não foi imposta posteriormente, nem nos autos há qualquer demonstração de que o movimento noturno sofreu algum fato imprevisível que o tornou ainda com menor em movimento em relação ao que desde a licitação se esperava (Nenhum transporte público tem, durante a madrugada, o mesmo movimento que de dia – isto não é um fato imprevisível. Na verdade, um serviço durante a madrugada que fosse superavitário era que representaria uma surpresa).

As fls. 264/5 consta a liminar deferida na citada Ação Civil Pública suspendendo a eficácia da autorização para a suspensão dos serviços aquaviários noturnos, liminar posteriormente liminarmente suspensa em sede de agravo de instrumento, ainda pendente de julgamento (fl. 303).

Há nos autos várias afirmações genéricas no sentido de que, em revisões quinzenais, a AGETRANSP teria acolhido o pleito de suspensão/supressão do horário noturno das barcas em razão de desequilíbrio econômico-financeiro por ele causado.

No entanto, o último pronunciamento da agência reguladora que consta dos autos sobre a matéria (fls. 267/8) foi para sustentar que a Procuradoria do Estado não poderia defendê-la na citada Ação Civil Pública justamente porque a agência reguladora indeferira o que foi pelo Estado concedido pelos atos do Exmo. Sr. Secretário de Estado de Transportes.

Vejamos as palavras da sua Procuradora Geral:

“Antecedendo o ato do poder Concedente, a Concessionária BARCAS S.A., em medida cautelar apresentada a esta AGETRANSP e no curso do procedimento relativo à revisão quinzenal do contrato de concessão, requereu a suspensão daquele horário, que não foi acolhido pelas razões apresentadas

¹ Ainda que, por se tratar de ato administrativo, não fosse de se falar de aplicação estrita da Lei nº 8.666, de 1993, como se trata de benesse com número limitado de possíveis beneficiários, teria que ter havido um processo seletivo objetivo e público para escolhê-lo. É a mesma lógica constante do Enunciado nº 13 da PGE: *“A permissão de uso de bem público é, no âmbito da Administração Pública do Estado do Rio de Janeiro, equiparada aos contratos administrativos e, portanto, deve ser precedida, em regra, de prévio procedimento licitatório, a fim de que sejam atendidos os princípios constitucionais da impessoalidade, da moralidade, da eficiência e da economicidade.”*

Às fls. 291/2 a Procuradora Geral da Agência Reguladora, já em junho de 2008, não considera provado o desequilíbrio econômico-financeiro, afirmando que a concessionária apresenta, para fundamentar o seu pleito de suspensão do horário noturno, apenas uma avaliação de "cunho estatístico-social, voltado para a apuração do satisfatório ou não satisfatório atendimento do serviço público prestado, no horário em questão".

II – Da Disciplina Constitucional e Legal do Equilíbrio Econômico-Financeiro das Concessões de Serviços Públicos.

Os contratos administrativos em geral possuem uma proteção contra a instabilidade que inexistente nos contratos privados, proteção essa consistente basicamente na proteção da equação econômico-financeira inicial do contrato, que deve ser mantida diante de quaisquer fatos, naturais ou humanos, que alterem os seus elementos constitutivos, excetuando-se as alterações decorrentes de fatos previsíveis, inerentes à própria área da economia e que nada tenham a ver com a atuação do Estado.

Nos contratos de concessão de serviços públicos, face à sua longa duração e ao fato de visarem ao exercício de uma atividade-fim do Estado, há uma especial preocupação do legislador e dos tribunais em manter o seu equilíbrio econômico-financeiro.² Se no decorrer da sua execução houver algum fato que a altere, seja impondo-lhe um maior custo (ex.: obrigação de construir abrigos para passageiros, não prevista originariamente) ou a sua diminuição (ex.: redução do percurso de linha de ônibus), a equação deve ser recomposta.

A proteção do equilíbrio econômico-financeiro é determinada em diversos dispositivos das Leis nº 8.666, de 1993, 8.987, de 1995 e 9.074, de 1995, e há os que entendem que também possui esteio constitucional, mais especificamente na parte final do inciso XXI do art. 37 da Constituição ("mantidas as condições efetivas da proposta") e no direito de propriedade inerente à iniciativa privada (arts. 5º, XXII, e 170, Constituição Federal).³

²Temos, então, se comparado com o regime geral da Lei nº 8.666/93, "um mesmo dever de equilíbrio, só que com bases mais complexas. Sim, pois, enquanto na empreitada habitual o equilíbrio se verifica na singela equação encargos remuneração, na concessão ele terá que ser aferido levando em conta muitas outras variáveis, tais como montante estimado de investimento, fluxo de caixa projetado, cronograma de desembolsos, variações de receita, custo de remuneração do capital (para fixação do qual concorrem outros tantos fatores, inclusive o risco político enredado no negócio), etc. (...) A peculiaridade do equilíbrio econômico-financeiro em sede de concessões se torna ainda mais destacada quando verificamos que, nas hodiernas concessões, se tem adotado o modelo de financiamento por *project finance*. Tal estruturação é definida na doutrina como a captação de recursos para financiar um projeto de investimento de capital economicamente separável, no qual os provedores de recursos vêem o fluxo de caixa vindo do projeto como fonte primária de recursos para atender aos serviços de seus empréstimos e fornecer o retorno sobre seu capital investido no projeto" (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. "Breves considerações sobre o equilíbrio econômico-financeiro nas concessões", in Revista de Informação Legislativa, vol. 159, 2003, pp. 194-195).

³"O âmbito de proteção da propriedade abrange não apenas a de bens imobiliários ou móveis, mas também a propriedade de uma série de direitos subjetivos públicos" (SCHOLLER, Heinrich. "Constituição e Globalização: a transição do Estado Social e da Economia Planificada para uma economia de mercado", in Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado [org. Ingo Wolfgang Sarlet], Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2003, p. 92).

Muito antes da Constituição de 1988, Francisco Campos já ensinara que "a obrigação, imposta à propriedade privada das concessionárias de serviço público, de tarifas inferiores à justa remuneração a que tem direito resulta em diminuir, de modo indireto, o seu valor, e, portanto, em expropriá-la de uma parte do seu valor. (...) As tarifas que não corresponderem a uma justa remuneração do capital serão, portanto, tarifas confiscatórias, ainda que fisicamente ou no seu *corpus* em nada haja sofrido a propriedade"⁴

O equilíbrio contratual resulta de uma equação econômico-financeira complexa, inclusiva de todos os fatores favoráveis e desfavoráveis a ambas as partes. Se as áreas extraordinárias em questão ocorrerem desonerando o concessionário, o contrato deve ser revisto em benefício do poder concedente ou dos usuários. Não se trata de sanção ou gravame para o concessionário, mas apenas da manutenção do contrato em seus termos econômicos iniciais, da mesma forma que ocorreria, caso a área extraordinária tivesse onerando o concessionário. O que se visa em ambos os casos é evitar o enriquecimento injustificado de qualquer das partes.

Como já afirmamos em sede doutrinária,⁵ "o equilíbrio econômico-financeiro é, portanto, uma garantia de mão-dupla, razão pela qual os reguladores também devem estar constantemente atentos para eventuais desequilíbrios em favor das concessionárias."⁶

A proteção especial da estabilidade das concessões ocorre não apenas diante da possibilidade de alteração administrativa unilateral de cláusulas do contrato, o que de fato representa um fator extra de instabilização contratual, como diante de fatos imprevisíveis em geral. No primeiro caso, a proteção do equilíbrio econômico-financeiro é um contrapeso às prerrogativas exorbitantes da Administração Pública na gestão dos contratos de que seja parte. No segundo, a proteção não existe para resguardar imediatamente o concessionário, mas sim a continuidade do serviço público e o interesse público atendido pelo contrato.

Os fatos previsíveis não levam à recomposição da equação econômico-financeira, salvo disposição contratual ou legal expressa em sentido contrário. Em princípio, portanto, o único fato previsível que pode levar à recomposição da equação econômico-financeira do contrato é a desvalorização da moeda, que, com periodicidade mínima de um ano, acarreta no reajuste de preços segundo o índice de correção monetária previsto contratualmente. Aí temos a clássica distinção entre o reajuste, devido sempre em razão do fato previsível da desvalorização da moeda, e a revisão, decorrente de fatos

⁴CAMPOS, Francisco. Direito Administrativo, Imprensa Nacional, 1943, pp. 159-160.

⁵ARAGÃO, Alexandre Santos de. O Direito dos Serviços Públicos. 2ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2008, tópico XII.14, os grifos não constam do original.

⁶"A norma não tem como destinatário exclusivo o particular contratado. É norma que tem por finalidade igualmente a proteção da situação contratual do concedente, na medida em que a alteração unilateral pode ocorrer apenas para reduzir os encargos do particular, ensejando prejuízo ao interesse público, eis que a remuneração inicialmente pactuada restará desproporcional em relação às novas obrigações da concessionária. Competirá à Administração, neste caso, valer-se do dever-poder de readequar o valor da tarifa, diminuindo-o, para restabelecer a equação econômico-financeira inicialmente pactuada" (SANTOS, José Anacleto Abduch. Contratos de Concessão de Serviços Públicos: Equilíbrio Econômico-Financeiro, Ed. Juruá, Curitiba, 2002, p. 150). De toda sorte, a modificação unilateral do contrato e a recomposição da sua equação econômico-financeira, favorável ou contrária à concessionária, devem ser feitas em observância do contraditório e da ampla defesa, uma vez que, ainda que não envolvam qualquer suposta infração da concessionária, terão reflexos em sua esfera jurídica e patrimonial. Para uma visão da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro preponderante e essencialmente protetiva dos usuários, ver SALOMONI, Jorge Luis. Teoría General de los Servicios Públicos, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, p. 371 e seguintes.

imprevisíveis (art. 18, VIII, Lei nº 8.987, de 1995, e art. 40, XI, Lei nº 8.666, de 1993).

Os fatos imprevisíveis, aí incluídas as eventuais alterações unilaterais do contrato, trazem consigo, ao revés, a figura da revisão contratual, que poderá se consubstanciar ou não em uma revisão tarifária, já que o reequilíbrio da equação inicial pode ser feito através da manipulação de outros elementos do contrato que não a tarifa.

A álea ordinária ou empresarial, presente em qualquer tipo de negócio, não pode, de acordo com os paradigmas da doutrina clássica, ensejar uma proteção especial para a concessionária: as circunstâncias previsíveis; as imprevisíveis, mas de resultados contornáveis ou de pequenos reflexos econômicos, devem ser suportadas pelo contratado. É que o concessionário continua sendo um empreendedor da iniciativa privada, sujeito, portanto, aos riscos da sua atividade.

No dizer de Marçal Justen Filho,⁷ “os eventos econômicos, embora imprevisíveis, que se insiram na normalidade do processo econômico não autorizam modificações de preço”.

Apenas a álea extraordinária acarreta o reequilíbrio do contrato, seja ela administrativa, isto é, oriunda do Estado (alteração contratual unilateral, fato do príncipe e fato da Administração), ou econômica (oriunda de circunstâncias externas ao contrato e às partes). Vejamos cada uma delas:

(a) Álea Administrativa da Alteração Unilateral do Contrato: A alteração unilateral dos contratos administrativos é uma das principais cláusulas exorbitantes que os caracteriza, de grande importância nas concessões de serviços públicos em razão de quase todas as suas cláusulas poderem ser modificadas.⁸

(b) Álea Administrativa do Fato da Administração: É a ação ou omissão da Administração contratante que atinge concreta e diretamente (não é geral) a concessão. Consiste em um inadimplemento por parte do poder concedente, que pode levar à responsabilização da Administração ou à rescisão do contrato (ex., não entrega ou não desapropriação do local em que a obra necessária à prestação do serviço deve ser executada). Como consiste em verdadeiro inadimplemento das obrigações da Administração contratante, impõe-se o pagamento de ampla indenização.

(c) Álea Administrativa do Fato do Príncipe: Determinação geral e imprevisível, jurídica ou material, da própria Administração contratante. Por ser geral, atinge o contrato apenas reflexivamente (ex.: variações tributárias provocadas pelo ente titular do serviço concedido – art. 9º, § 3º, Lei nº 8.987, de 1995 –, os direitos das concessionárias federais pelo congelamento das tarifas impingido pelo governo federal; extinção do serviço público concedido, por exemplo, em razão da sua liberalização).

Deve afetar o contrato substancialmente, excluídas meras variações econômicas pouco significativas. Para ser considerado como fato do príncipe, a medida há de ser da

⁷JUSTEN FILHO, Marçal. Concessões de Serviços Públicos, Ed. Dialética, São Paulo, 1997, p. 157.

⁸Há quem sustente que a alteração unilateral do contrato não precisa se dar apenas de acordo com a cláusula *rebus sic stantibus*, ou seja, só se forem modificadas as condições de fato subjacentes à concessão, podendo também advir de uma nova ponderação da Administração em relação às circunstâncias já existentes quando da celebração do contrato (GONÇALVES, Pedro. A Concessão de Serviços Públicos, Livraria Almedina, Coimbra, 1999, pp. 200 e 201). Entendemos, sobretudo em razão dos princípios da impessoalidade, segurança jurídica e da teoria das autolimitações administrativas, que essa possibilidade, apesar de não poder ser afastada *a priori*, deve ser tratada com grande cautela, sendo admissível apenas em casos muito excepcionais. É sob o influxo daqueles princípios que as prerrogativas da Administração sobre os contratos administrativos evoluiu imensamente. Seguem, naturalmente, sendo uma expressão do poder unilateral do Estado, mas não de um Estado de polícia, sim de um Estado Democrático de Direito. Não podem mais ser vistas como uma carta em branco insindivível para a Administração fazer o que bem entender.

mesma entidade contratante. Se for de outra Administração, aplica-se genericamente a teoria da imprevisão (álea econômica – v. *infra*).

(d) Álea Econômica (Teoria da Imprevisão): É todo acontecimento externo ao contrato, estranho à vontade das partes, *imprevisível* e inevitável, que causa um desequilíbrio considerável, tornando a execução do contrato excessivamente onerosa para uma das partes. Trata-se da tradicional cláusula *rebus sic stantibus*, que, após o individualismo do *pacta sunt servanda* do Código de Napoleão, teve nova aplicação com as imprevisões decorrentes da 1ª Guerra Mundial, sendo o marco dessa 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.

Cabe ainda mencionar os fatos imprevisíveis (não imprevisíveis), inferidos dos arts. 57, § 1º, III, e 78, XVII, da Lei nº 8.666, de 1993. São fatos materiais, incidentes técnicos, já existentes no momento da contratação, mas desconhecidos até um momento posterior, já durante a execução do contrato (ex.: uma rocha insuspeita no caminho de uma escavação), que, dependendo das suas consequências, devem ser tratados à luz da teoria da imprevisão (se ocorrer apenas um desequilíbrio econômico), ou como força maior (em caso de impossibilidade absoluta de prosseguimento do contrato).

O art. 9º, § 4º, Lei nº 8.987, de 1995, determina que, em caso de desequilíbrio da equação econômico-financeira da concessão acarretado por alteração unilateral do contrato, a sua *readequação deve se dar “concomitantemente”*.⁹ Em outras palavras, o ato do Estado que, alterando o contrato, onerar ou desonerar o concessionário, deve conter, em si próprio ou em ato paralelo emitido na mesma oportunidade, a forma de recomposição da equação econômico-financeira inicial. Nesses casos será mais correto falar em obrigação de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, do que de sua recomposição, já que ele nem pode chegar a ser alterado para depois ser recomposto. A própria modificação unilateral do contrato deve *ab ovo* mantê-lo.

III – À Guisa de Conclusão: da Aplicação da Disciplina Exposta No Item II ao Caso Concreto Narrado.

Ora, de pronto constata-se que, nem a pouca demanda no horário noturno, nem tampouco a obrigação de prestar serviços públicos aquaviários à noite e de madrugada, constituem alterações unilaterais do contrato ou fatos imprevisíveis capaz de terem desequilibrado a equação econômico-financeira original do contrato. A uma, porque tal obrigação já estava prevista desde o edital de licitação e da apresentação das propostas; a duas, porque, evidentemente, o número de passageiros consideravelmente menor de madrugada não pode ser considerada nenhuma surpresa.

⁹“O ordenamento jurídico, no caso das concessões, a par de assegurar e garantir o direito da concessionária ao reequilíbrio econômico e financeiro, introduz uma exigência de que a restauração deste seja concomitante ao evento desequilibrador. É o que vemos predicado no art. 9º, § 4º, da Lei nº 8.987, de 1995. Isso porque se apercebeu o legislador de que, nas complexas modelagens do contrato de concessão, mormente a partir da introdução dos referidos *project finance*, de nada servirá recompor o equilíbrio ao final do contrato, pois até lá poderá já estar inviabilizado todo o projeto” (MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. “Breves considerações sobre o equilíbrio econômico-financeiro nas concessões”, in Revista de Informação Legislativa, vol. 159, 2003, p. 196). Já o Conselho de Estado francês inicialmente decidia pela nulidade das alterações unilaterais feitas pela Administração Pública que não respeitassem o equilíbrio econômico-financeiro, posição posteriormente modificada para admitir a validade da alteração, gerando, contudo, posterior direito à indenização para sua recomposição (cf. JÈZE, Gaston. *Les Principes Généraux du Droit Administratif*, M. Giard & E. Brière Libraires-Éditeurs, Paris, 1914, pp. 285-286).

A única possibilidade de esse fato poder ter acarretado algum desequilíbrio econômico-financeiro seria se, como já bem levantado (mas frequentemente olvidado) pela I. Procuradora do Estado então em exercício na ASJUR/SECTRAN à fl. 26 do primeiro apenso, tivesse havido algum fato imprevisível que tivesse feito haver ainda menos passageiros no horário noturno do que o pouco movimento que já devia ser esperado pelos licitantes. Mesmo assim, deveria ser calculada financeiramente tal diferença.

Equilíbrio econômico-financeiro não é uma matéria subjetiva ou de vontade política, mas de cálculo matemático objetivo; e, em ofício (e anexos) emitido após a suspensão do serviço noturno concedida pelo Exmo. Sr. Secretário de Estado de Transportes (17/4/09 e 31/10/08, respectivamente), os órgãos técnicos da Agência Reguladora competente e a sua Direção indeferiram o mesmo pleito da concessionária e asseveraram não haver prova de tal desequilíbrio econômico-financeiro (fls. 267 e seguintes).

Se algum concessionário tiver em tese proposto em licitação valores de tarifa que não sejam suficientes para cobrir os custos do contrato, não pode haver a revisão, uma vez que contrariaria a licitação cujo julgamento teve como parâmetro esses valores.

Se assim não fosse, os licitantes poderiam propor valores abaixo do necessário e, depois, já durante a concessão e após afastados os virtuais concorrentes que apresentaram propostas piores ou nem a apresentaram face aos ônus da concessão, aditarem o contrato para melhorar as suas condições.

Tal atitude violaria frontalmente a equação econômico-financeira e a vinculação ao instrumento convocatório, já que, se todos soubessem que o contrato no futuro viria a ser mitigado, outros interessados poderiam surgir com melhores propostas que o licitante vencedor.

Naturalmente que, se o Poder Público não vê mais como necessário determinado ônus que havia imposto originariamente no contrato, o que parece ser o caso do transporte aquaviário noturno objeto do presente Parecer, pode extinguir essa obrigação, mas não como uma benesse pura e simples para o concessionário, mas desde que, *concomitantemente* a essa supressão, reequilibre o contrato a seu favor em quantia financeira idêntica aos custos dos quais o concessionário será desonerado, seja através de uma diminuição das tarifas, aumento dos investimentos, redução do prazo contratual etc.

Do contrário, a pura benesse poderia em tese estar violando os princípios da moralidade e da probidade administrativa.

Por todo o exposto, concluímos no sentido de que:

1. Deva ser imediatamente declarada a nulidade dos atos administrativos de fls. 177 e 191, que suspenderam o horário noturno do transporte aquaviário tal como previsto originariamente no contrato; e
2. Seja solicitado à AGETRANSP calcular o *quantum* com o qual, financeiramente, a concessionária foi desonerada durante o período no qual os atos administrativos nulos referidos acima estiveram sendo aplicados.

As conclusões acima não ilidem que, caso o Poder Público continue crendo não mais ser necessário o transporte aquaviário noturno, repise-se, previsto desde os albores do contrato de concessão, solicite à agência reguladora competente a abertura de um processo de revisão extraordinária para, após calculado financeiramente o benefício financeiro que adviria ao concessionário com a supressão desta obrigação, celebrar um termo aditivo no qual a extinguisse e estabelecesse (concomitantemente e no mesmo ato negocial) os mecanismos de readequação da equação econômico-financeira em favor do Estado ou usuários (redução de tarifas, aumento dos intervalos, redução do

prazo da concessão etc.), sendo previamente demonstrada a equivalência financeiro-numérica entre as duas medidas.

É o parecer.

Rio de Janeiro, 10 de julho de 2009.

ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO
Procurador do Estado

VISTO

VISTO. Por estar de acordo, aprovo o bem lançado Parecer n.º 12/2009-ASA/PSP, da lavra do ilustre Procurador do Estado Dr. ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO, que, em resposta à consulta formulada por esta Procuradoria-Geral, após profunda análise dos fatos "controvertido" neste processo, conclui pela nulidade da autorização concedida à empresa BARCAS S/A para suspender o fornecimento do serviço de transporte aquaviário noturno, em razão de suposto desequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão.

Após a leitura do Parecer que ora aprovo e dos processos administrativos que estão anexados ao presente, chega-se à conclusão de que houve, ao longo de alguns anos, posturas administrativas praticadas por agentes públicos que tentaram, para dizer o mínimo, desrespeitar orientações jurídicas firmadas pela PGE, sem ao menos infirmá-las com argumentos jurídicos em sentido contrário. Confira-se, a propósito e por exemplo, o que consta às fls. 26/31 do PA n.º E-10/469/2006. Trata-se de expediente lamentável a recomendar, talvez, maiores apurações de responsabilidade.

No que diz respeito ao mérito da discussão, parece evidente que não se mostra possível a suspensão do serviço público de transporte aquaviário durante o período noturno, sob o argumento de prejuízo decorrente da baixa quantidade de passageiros, exatamente porque tal situação, s.m.j., constava do edital da licitação e servia, como se presume, de um dos fatores para o cálculo econômico e financeiro do contrato.

Não parece crível que uma empresa, do porte da BARCAS S/A, tenha pretendido obter do Estado do Rio de Janeiro a concessão para exploração do transporte aquaviário de passageiros entre o Rio de Janeiro e Niterói sem saber que no período noturno o tráfego de pessoas é infinitamente menor que no período diurno. Não há, por isso, fato imprevisível e futuro a autorizar suposto desequilíbrio econômico em decorrência da baixa utilização do serviço durante as noites.

Desonerar a empresa BARCAS S/A é beneficiá-la com a redução dos seus custos sem que subsista, para o Poder Público, o reequilíbrio econômico e financeiro do contrato de concessão; e/ou para os usuários, a diminuição do valor da tarifa.

De se chamar atenção ainda para a afirmação contida no Parecer que ora aprovo, no sentido de que, em substituição ao transporte aquaviário de passageiros, foi autorizada a redução de intervalos da linha 100D (v. fls. 101 do PA E-10/469/06 e fls. 188/189 deste PA), operada pela empresa VIAÇÃO MAUÁ S/A, exatamente para permitir que as pessoas que, normalmente utilizariam os serviços das barcas, pudessem ser transportadas por ônibus. A se confirmar esta informação, poder-se-á concluir ou imaginar que a empresa BARCAS S/A busca eximir-se da prestação de serviço público noturno e, assim, eximir-se de um custo operacional, para, por intermédio de uma empresa de transportes rodoviário, esquivar-se da prestação do serviço público adequado, tal qual consta no contrato de concessão. Esta situação poderá ensejar violação aos princípios que norteiam a Administração Pública, em especial o princípio da moralidade

administrativa e o princípio licitatório (ou ainda o desequilíbrio econômico e financeiro do contrato celebrado com a empresa MAUÁ, já que a ela foi permitido auferir lucro não previsto no contrato de concessão).

Diante do acima exposto e do que mais consta no Parecer jurídico que ora aprovo, sugiro, sob pena de violação aos princípios constitucionais da moralidade e probidade administrativa, deve:

- (i) ser imediatamente declarada a nulidade dos atos administrativos de fls. 177/178 e 191, que suspenderam o transporte aquaviário noturno, tal como previsto originalmente no contrato de concessão, bem assim permitiram que os passageiros fossem transportados por empresa de ônibus que, salvo melhor juízo, é gerida pelo mesmo grupo econômico que atua na direção da empresa BARCAS S/A;
- (ii) seja solicitado à AGETRANSP calcular o valor total com o qual, financeiramente, a concessionária BARCAS S/A foi desonerada Durante o período no qual os atos administrativos nulos, acima referidos, estiveram sendo aplicados, e, se for o caso, deflagrar procedimento para o reequilíbrio econômico financeiro do contrato de concessão em benefício do Poder Público e/ou dos usuários do serviço;
- (iii) seja estudada a hipótese de o Estado não contestar a ação civil pública n.º 2008.001.391010-8 (fls. 264/265).

Submeto, porém, o tema à elevada consideração de Vossa Excelência.

Rio de Janeiro, 13 de julho de 2009

FLÁVIO DE ARAÚJO WILLEMAN
Procurador do Estado do Rio de Janeiro
Chefe da Procuradoria de Serviços Públicos (PSP)

VISTO

Visto. Aprovo o Parecer n.º 12/09-ASA/PSP, do ilustre Procurador do Estado ALEXANDRE SANTOS DE ARAGÃO, devidamente chancelado pelo Procurador-Chefe da PSP, que concluiu pela impossibilidade de suspensão da prestação do serviço noturno de transporte aquaviário pela concessionária BARCAS S/A. e opinou pela consequente declaração de nulidade da autorização para a referida empresa suspender o serviço sob alegação de suposto desequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão.

Segundo o parecer, a nulidade da autorização se justifica pela previsão ordinária da obrigação no edital de licitação e da apresentação das propostas.

Não se registra alterações unilaterais do contrato ou fato imprevisível capazes de terem desequilibrado a equação econômico-financeira original do contrato.

Há simples baixa quantitativa de passageiros durante o período noturno.

Isto posto, devem os autos ser remetidos ao Exmo. Sr. Governador do Estado, para, no exercício da direção superior da Administração, decidir a propósito da adoção das seguintes medidas:

(i) Declaração da nulidade dos atos administrativos de fls. 177/178 e 191, que suspenderam o transporte aquaviário noturno, tal como previsto originalmente no contrato de concessão, bem assim, permitiram que os passageiros fossem transportados por empresa de ônibus;

(ii) Determinação à AGETRANSP que promova o cálculo do valor total com o qual, financeiramente, a concessionária BARCAS S/A foi desonerada durante o período no qual os atos administrativos nulos, acima referidos, produziram efeitos;

(iii) Quanto à posição do Estado na Ação civil pública que tem por objeto a anulação dos atos que autorizaram a interrupção do serviço noturno, deve se aguardar a decisão do Exmo. Sr. Governador do Estado sobre os pontos acima.

À Casa Civil

Rio de Janeiro, 15 de julho de 2009

LUCIALÉA GUIMARÃES TAVARES
Procuradora-Geral do Estado