

VISTO

Aprovo em Parte o parecer nº 13/2005-MJVS, da lavra do ilustre Procurador do Estado Marcos Juruena Villela Souto, acolhido integralmente pela Chefia da Coordenadoria-Geral do Sistema Jurídico.

Conclui-se, com o parecerista, que ratifica pronunciamento da Procuradoria do Estado e Chefe da Assessoria Jurídica da Secretaria de Estado de Cultura, Dra. Aline Reis Jatahy, que a Lei nº 3.476/2000 derogou a Lei nº 50/81, atribuindo, assim, no que se refere à proteção do patrimônio cultural, competência sancionatória em favor da Secretaria de Estado de Meio Ambiente e não mais àquele órgão.

A Emenda Constitucional nº 32/2001, ao alterar o art. 84, inciso VI, da Constituição da República, autorizou a Chefia do Executivo a dispor, por mero decreto, sobre a organização e funcionamento da Administração Pública, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos; ou ainda sobre extinção de funções ou cargos, quando vagos.

Entende o ilustre parecerista que, diante do novo perfil constitucional atribuído ao poder regulamentar da Administração Pública, nada impediria que, até a edição da lei sugerida pela Secretaria de Estado de Cultura, para restabelecimento de suas competências sancionatórias, simples decreto o fizesse antecipadamente.

Neste ponto, discorda-se do parecer, para assentar o entendimento de que a competência regulamentar independente outorgada pela Emenda Constitucional nº 32/2001 à Chefia do Executivo deve conformar-se com as matérias meramente organizativas, sem afetar as esferas jurídicas de terceiros, especialmente no que se refere ao devido processo sancionatório.

Deste modo, diante da nova sistemática implantada pela Lei nº 3.467/2000 e até a edição da Lei sugerida pela Secretaria de Estado de Cultura, compete à Secretaria de Estado de Meio Ambiente a aplicação das sanções administrativas por violação ao patrimônio cultural.

Ao Gabinete Civil, para ciência e posterior remessa à Secretaria de Estado de Meio Ambiente, para adoção dos procedimentos aplicáveis à espécie.

Rio de Janeiro, 16 de maio de 2005.

FRANCESCO CONTE
Procurador-Geral do Estado

Ofício AGENERSA/PRESI nº 118/06

AGENERSA – Contrato de Concessão – Pedido de Revisão de Tarifa – Elevação de Imposto de Renda sobre Juros e Perdas Decorrentes de Maxidesvalorização Cambial – Necessidade de Demonstração do Cumprimento Adequado do Contrato de Concessão, Bem como da Onerosidade Excessiva, além do Fato Motivador da Revisão. Ausência de Elementos Suficientes para o Opínionamento sobre o Pleito.

Senhor Procurador-Geral,

I

Trata-se de consulta formulada pela Agência Reguladora de Serviços Públicos Concedidos de Energia e Saneamento do Estado do Rio de Janeiro – AGENERSA, acerca de pleito de revisão de contrato de concessão de serviços de saneamento na Região dos Lagos.

A concessionária PROLAGOS S/A invocou, entre outros fatores, que cabe a revisão tarifária em função da maxidesvalorização cambial ocorrida em 1999 e sobre a elevação do imposto de renda sobre a remessa de juros.

Os demais fatos posteriores à proposta, ensejadores da revisão, foram acolhidos pela agência na Deliberação ASEP-RJ-CD nº 193/02.

Deliberou, no entanto, a agência reguladora, que deveria ser consultada esta Procuradoria Geral do Estado sobre os dois pontos acima, constantes dos itens 6 e 7 da proposta inicial da concessionária.

II

Toda tarifa é composta de custos gerenciáveis e de custos não gerenciáveis pelo concessionário.

Os custos gerenciáveis, se relacionam com a operação, manutenção, depreciação pela vida econômica média dos bens afetados e a remuneração (do custo do capital, próprio ou de terceiros).

Entre os vários tipos de custos não gerenciáveis pelo concessionário estão, exatamente, os encargos fiscais e os encargos financeiros decorrentes de variação cambial, objeto do pleito de revisão.

Sobre os custos gerenciáveis é que incide uma maior preocupação do regulador, já que se busca uma partilha periódica dos ganhos de eficiência, no momento de examinar pleitos de alteração de tarifas nos processos de revisão programada.

Os custos não gerenciáveis, como a própria nomenclatura sugere, não estão sob o controle da concessionária e sua elevação pode ensejar, em regra, a revisão dos contratos, de modo a manter o equilíbrio viabilizador da continuidade de sua execução.

Ora, para se pensar em preservar o contrato, é preciso, inicialmente, se verificar se vem ele sendo cumprido adequadamente. Do contrário, o desequilíbrio é só mais um fator estimulador do seu rompimento.

Em caso afirmativo, i.e, do contrato bem cumprido, é dever das partes adotar mecanismos de preservação da tarifa, sendo o reajuste e a revisão, programada ou não, os instrumentos adequados para tanto, sendo certo que não é necessária a previsão contratual da possibilidade de revisão extraordinária, em ocorrendo situações extraordinárias das quais decorra uma onerosidade excessiva.

Portanto, condição primeira para a preservação da tarifa e do próprio contrato é a demonstração de seu adequado cumprimento por parte da concessionária.

Tal informação não consta nem do Ofício de encaminhamento da consulta à PGE, nem da peça inaugural do Processo Administrativo nº E-04/079.068/2001 (cuja cópia acompanha o ofício), ou mesmo da Deliberação ASEP-RJ/CD nº 193/02.

Sobre a revisão dos contratos, a Lei nº 8.987/95 é bastante clara:

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

§ 1º A tarifa não será subordinada à legislação específica anterior e somente nos casos expressamente previstos em lei, sua cobrança poderá ser condicionada à existência de serviço público alternativo e gratuito para o usuário.

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

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

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

No caso em exame, o contrato e o edital tiveram, intensamente, tal preocupação, como se pode ver dos seguintes itens e cláusulas:

EDITAL

8.4 - Os LICITANTES deverão incluir nos seus preços apresentados no demonstrativo dos valores dos investimentos (Quadro 6 – Anexo II) todos os serviços, materiais, testes, ensaios, taxas, impostos, benefícios diretos e indiretos, encargos financeiros e demais despesas para execução total dos serviços e obras.

8.10 – Para efeito do julgamento das Propostas, o valor ofertado ao Poder Concedente pela outorga da Concessão será calculado a valor presente, considerando-se para este cálculo períodos anuais e taxa de custo de oportunidade de capital de 12% (doze por cento) ao ano, e expresso em moeda corrente do país.

8.15 – Os Licitantes deverão incluir junto ao Envelope nº 03 – Proposta de Preço – os seguintes documentos, sob pena de desclassificação:

c) Carta Seguradora, conforme subitem 10.6.

10.6.1 – Deverão ser considerados todos os seguros relacionados na cláusula vigésima do Anexo XI deste Edital.

b) sempre que forem criados, alterados ou extintos tributos ou encargos legais ou sobrevierem disposições regulamentes ocorridas após a data de apresentação das Propostas de Oferta objeto desta Concorrência, de comprovada repercussão nos custos da Concessionária, para mais ou para menos;

c) sempre que houver acréscimo ou supressão de encargos, previstos nas metas da concessão e no Programa de Exploração;

d) sempre que ocorrências supervenientes, decorrentes de força maior, caso fortuito, fato do príncipe, fato da Administração ou de interferências imprevistas que resultem, comprovadamente, em variações dos custos da Concessionária;

e) sempre que houver alteração legislativa de caráter específico que tenha impacto direto sobre as receitas da Concessionária, como por exemplo a que concede isenção, redução, desconto ou qualquer outro privilégio tributário, tarifário ou fiscal;

f) sempre que forem constatadas modificações estruturais nos preços relativos dos fatores de produção ou modificações substanciais nos preços dos insumos relativos aos principais componentes de custos considerados na formação do Valor da Outorga da Concessão, não atendidas ou cobertas pelos reajustes tarifários previstos em Contrato, observados os preceitos legais pertinentes.

Anexo

6. Viabilidade Econômico-Financeira do Empreendimento

- Imposto sobre Lucro
- Tributos da Receita

Minuta de Contrato Anexa ao Edital

Cláusula Sétima – do Equilíbrio Econômico-Financeiro do Contrato de Concessão

Parágrafo Primeiro

Constitui princípio fundamental que informa a concessão o equilíbrio econômico-financeiro inicial deste Contrato.

Parágrafo Segundo

É pressuposto básico da equação econômico-financeira que preside as relações entre as partes, o permanente equilíbrio entre os encargos da Concessionária e as receitas da concessão, expresso nos valores iniciais constantes da estrutura tarifária.

Parágrafo Terceiro

Qualquer alteração nos encargos da Concessionária, bem como nas especificações indicadas nos Anexos IV e V do Edital, que basearam a proposta do Licitante vencedor, poderá importar na revisão do valor da Tarifa de Água e Esgoto, para mais ou para menos, conforme estabelecido neste Contrato.

Cláusula Oitava – do Prazo da Concessão

O prazo da concessão é de 25 (vinte e cinco) anos, contados a partir da Ordem de Início expedida pela Fiscalização. É admitida a prorrogação do prazo da concessão, desde que haja interesse público expresso do Poder Concedente e haja interesse da Concessionária. Neste caso a parte interessada deverá comunicar a outra parte, por escrito no prazo mínimo de 180 (cento e oitenta) dias, antes do término deste Contrato, comunicação esta que deverá ser respondida por escrito, no prazo de 30 (trinta) dias, contados da data de recebimento do comunicado escrito.

Cláusula Décima Quarta – da Revisão da Tarifa de Concessão

Parágrafo Primeiro

Em contrapartida aos riscos da concessão a Concessionária terá direito a revisão do valor da tarifa da concessão nos seguintes casos:

- a) sempre que houver modificação unilateral deste Contrato importa pelo Poder Concedente, que importe em variação de custos ou de receitas, para mais ou para menos, conforme o caso, de acordo com o capítulo IV da Lei Federal 8987 de 13/02/95;
- b) sempre que forem criados, alterados ou extintos tributos ou encargos legais ou sobrevierem disposições regulamentares ocorridas após a data de apresentação das Propostas de Oferta Objeto desta Concorrência, de comprovada repercussão nos custos da Concessionária, para mais ou para menos, conforme o caso;
- c) sempre que houver acréscimo ou supressão de encargos, para mais ou para menos;
- d) sempre que ocorrências supervenientes, decorrentes de força maior, caso fortuito, fato do príncipe, fato da administração ou de interferência imprevistas que resultem, comprovadamente, em variações dos custos da Concessionária;
- e) sempre que houver alteração legislativa de caráter específico que tenha impacto direto sobre as receitas da Concessionária, como por exemplo a que concede isenção, redução, desconto ou qualquer outro privilégio tributário, tarifário ou fiscal;
- f) sempre que forem constatadas modificações estruturais nos preços relativos dos fatores de produção ou modificações substanciais nos preços dos insumos relativos aos principais componentes de custos considerados na formação do Valor da Outorga, não atendidas ou cobertas pelos reajustes tarifários previstos neste Contrato, observados os preceitos legais pertinentes; (...)

Os grifos não são do original

Entre os seguros que a concessionária se obrigava a manter, nenhum deles cobre as situações descritas nos itens que provocaram este exame da PGE. Confira-se a relação extraída da Cláusula Vigésima:

A Concessionária fará e manterá em vigor os seguintes seguros:

- a) Seguro de danos materiais,
 - (I) Seguro de todos os riscos de construção.
 - (II) Seguro de maquinaria e equipamento de obra.
 - (III) Seguro de danos patrimoniais.
 - (IV) Seguro de avaria de máquinas.
- b) Seguro de responsabilidade civil.

Aqui, os fatos novos são a elevação do imposto de renda sobre a remessa de juros e a maxidesvalorização cambial.

Quanto ao primeiro aspecto, a elevação do imposto de renda, vale, mais uma vez, destacar o § 3º do art. 9º da Lei nº 8.987/95:

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

O fato de tal circunstância não ter sido reproduzida no contrato não a coloca sob a possibilidade de disposição das partes.

Sobre a modificação do imposto de renda não ser fato gerador da revisão dos contratos, assim discorre a ilustre jurista e Procuradora do Estado do Rio de Janeiro ALINE PAOLA CORREA BRAGA CÂMARA DE ALMEIDA¹, tratando da partilha de riscos nas concessões, com fundamento em farta doutrina:

Já na disciplina da Lei nº 8.987/95, a leitura do inciso II² do art. 2º pode induzir à conclusão de que todo e qualquer risco ficará por conta exclusiva do concessionário, dirigindo-se em sentido oposto ao da Lei n.º 8.666/93, em que qualquer evento é suportado pelo Poder Público.

No entanto, o dispositivo legal trata apenas dos riscos inerentes ao negócio, ou seja, dos riscos econômicos ordinários, que, segundo a lição de JOSÉ CRETELLA JÚNIOR³ são:

os acontecimentos desfavoráveis que as partes assumiram o risco de correr, quando firmaram o contrato. Estas, que constituem encargos previsíveis ou suportáveis, cabem, por força de lei e do contrato, aos que se obrigaram como, por exemplo, os empreiteiros, nos casos de empreitada. Trata-se de ônus usual do negócio, risco verificado no trato comercial diário, que não pode recair sobre outro contratante. O fato de verificar-se, no curso da execução do contrato, acréscimo no custo da mão-de-obra ou dos materiais não propicia, por si só, a revisão do preço pactuado.

Assim, quaisquer circunstâncias provocadas pelo Poder Concedente que causarem prejuízo ao concessionário, como a mudan-

1 ALMEIDA, Aline Paola Correa Braga. Compartilhamento de Riscos nas Parcerias Público-Privadas. In GARCIA, Flávio Amaral (Coord) Revista de Direito da APERJ Vol. XVII – Direito das Parcerias Público-Privadas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, pp. 241-268

2 Art. 2º Para os fins do disposto nesta lei, considera-se: II - concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, *por sua conta e risco* e por prazo determinado; (grifos não são do original)

3 CRETELLA JÚNIOR, José. *Tratado de direito administrativo*, vol. III, 2º ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.46

ça da vontade política em continuar a conceder o serviço público, por exemplo, não podem ser inseridas no âmbito de responsabilidade do concessionário.

Há outras hipóteses em que o concessionário foi eleito para arcar isoladamente com os riscos, cabendo ser citado, inicialmente, o § 3º do Art. 9º. Caso ocorra, por exemplo, qualquer alteração na legislação pertinente ao imposto de renda, como o aumento de alíquota, ainda que repercuta no equilíbrio econômico-financeiro do contrato, o concessionário não terá direito a sua revisão. A criação, alteração ou extinção de qualquer tributo pode influenciar no pacto econômico estabelecido quando o contrato foi firmado, valendo-se o concessionário do direito à revisão, a menos que este tributo seja o imposto de renda.

Induz-se, portanto, que o valor do contrato ofertado pelo concessionário já levou em consideração um eventual aumento de alíquota de imposto de renda, de modo que, confirmando-se o evento, deverá arcar com o custo, sem a contrapartida da Administração.

Por este motivo não se concorda com a conclusão de EURICO DE ANDRADE AZEVEDO e MARIA LÚCIA MAZZEI DE ALENCAR⁵ de que desde que o concessionário possa enquadrar o aumento de imposto sobre a renda como um fato do príncipe imprevisível, não haveria justificativa jurídico-filosófica para a exclusão dos impostos sobre a renda, já que são encargos tributários como os outros.

MARÇAL JUSTEN FILHO⁶ explica que a alteração do imposto de renda não afeta a equação econômico-financeira do contrato administrativo, em virtude da impossibilidade, em geral, de determinar seus efeitos sobre o custo de execução de um contrato definido e específico, já que o citado tributo envolve a apuração conjunta de todos os resultados do contribuinte.

Os grifos não são do original

Assim, com relação a esta parcela do pleito não parece haver nem na lei nem na doutrina respaldo para o seu atendimento, posto que houve uma presunção legal, excepcionando a regra geral – de que a elevação de encargos fiscais enseja a revisão – no sentido de que a elevação do imposto de renda não enseja a revisão.

4 § 3º *Ressalvados os impostos sobre a renda*, a criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, após a apresentação da proposta, quando comprovado seu impacto, implicará a revisão da tarifa, para mais ou para menos, conforme o caso.

5 AZEVEDO, Eurico de Andrade e outra. concessão de serviços públicos comentários às Leis nº 8.987 e 9.074 (Parte Geral), com as modificações introduzidas pela Lei 9.648, de 27.5.98. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 44

6 JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das (...)*, p. 414.

De se notar, ainda, que o Parecer Técnico da Fundação Getúlio Vargas, à fls. 100, também não acolheu o pleito de revisão por este fundamento.

Já com relação à maxidesvalorização do dólar, em princípio, seria enquadrável como motivador da revisão, já que a política cambial é absolutamente fora da ingerência do concessionário, que se limita a sofrer as consequências dos eventuais custos dela decorrentes.

Nesse ponto, contudo, o laudo da Fundação Getúlio Vargas, a fls. 86, começa por apontar que “não houve uma explicitação das datas de contratação e de utilização dos referidos empréstimos”.

Para que a revisão ocorra é indispensável a demonstração de duas condições:

- a) o fato imprevisível
- b) a onerosidade excessiva.

Ora, se o primeiro fator é, em princípio, imprevisível – já que, efetivamente, houve um rompimento com a política cambial que mantinha o dólar americano numa zona razoável de flutuação (o que corresponderia à álea ordinária do contrato) – o mesmo não se pode afirmar quanto ao segundo – a demonstração da onerosidade excessiva, já que a análise técnica pertinente não aponta a prova da data da contratação do empréstimo e da sua utilização.

Dáí ter concluído o parecer técnico da Fundação Getúlio Vargas, à fl. 99, que não há fundamento para o pedido.

III

A matéria é absolutamente técnica, devendo o pleito retornar à Agência Reguladora consulente para que instrua a consulta com informações sobre o adequado cumprimento do contrato e do efetivo impacto sobre suas contas em relação à maxidesvalorização cambial, já que não restaram amplamente demonstrada a data e a utilização dos empréstimos em moeda estrangeira.

A análise técnica e da execução do contrato deve, antes de ser submetida à PGE – que só examina a legalidade – passar pelo crivo da Secretaria de Estado representativa do Poder Concedente.

É o parecer, s.m.j.

Atenciosamente,

MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO
Procurador do Estado do Rio de Janeiro

VISTO

De acordo com o Parecer nº 15/2006-MJVS do ilustre Procurador do Estado Marcos Juruena Villela Souto.

À douta PG-02 em prosseguimento.

Rio de Janeiro, 10 de maio de 2006.

DENISE A. M. FERES AUA
Procuradora-Assistente da
Coordenadoria Geral do Sistema Jurídico

VISTO

Aprovo o Parecer nº 15/2006-MJVS, de fls.386/398, da lavra do ilustre Procurador do Estado Dr. MARCOS JURUENA VILLELA SOUTO, igualmente chancelado pela Chefia da Coordenadoria Geral do Sistema Jurídico, que conclui: i) que a elevação do imposto de renda não enseja a revisão contratual pretendida pela concessionária, tendo em vista a previsão contida no §3º, do artigo 9º, da Lei nº. 8987/95; ii) que a maxidesvalorização do dólar, em princípio, seria enquadrável como motivador da revisão do contrato de concessão, uma vez que a política cambial é absolutamente fora da ingerência do concessionário. Todavia, não ficou demonstrada a onerosidade excessiva eventualmente suportada pela concessionária, requisito essencial para que seja restabelecido o equilíbrio econômico financeiro do contrato, razão pela qual, o ilustre parecerista sugere que o pleito retorne à Agência Reguladora consulente para que instrua a consulta com informações sobre o adequado cumprimento do contrato e do efetivo impacto sobre suas contas em relação à maxidesvalorização cambial.

À Agência Reguladora de Energia e Saneamento Básico do Estado do Rio de Janeiro - AGENERSA.

Rio de Janeiro, 4 de Janeiro de 2007.

LUCIA LÉA GUIMARÃES TAVARES
Procuradora-Geral do Estado