



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA JURÍDICA JUNTO AO MINISTÉRIO DOS TRANSPORTES, PORTOS E AVIAÇÃO CIVIL
COORDENAÇÃO-GERAL JURÍDICA DE TRANSPORTES AQUAVIÁRIOS
ESPLANADA DOS MINISTÉRIOS, BLOCO R, 5º ANDAR - CEP 70.044-902 - BRASÍLIA (DF) TEL.: (61)
2029-7141/7146 - FAX: (61) 2029 7916 - CONJUR.MT@TRANSPORTES.GOV.BR

PARECER n. 645/2017/CONJUR-MTPA/CGU/AGU

NUP: 00568.000322/2016-17 (REF. 0006373-87.2016.4.03.6104)

INTERESSADOS: RODRIMAR S/A TERMINAIS PORTUÁRIOS E ARMAZÉNS GERAIS

ASSUNTOS: Ação judicial. Arrendamento portuário. Reequilíbrio econômico-financeiro. Extensão de vigência

EMENTA: ARRENDAMENTO PORTUÁRIO. REEQUILÍBRIO CONTRATUAL. EXTENSÃO DE PRAZO.

I. Compete ao poder concedente decidir discricionariamente sobre o meio pelo qual o contrato administrativo será reequilibrado.

II. Ausência de direito subjetivo do arrendatário à prorrogação de vigência.

III. Prescrição quinquenal.

1. No DESPACHO n. 1156/2017/CONJUR-MTPA/CGU/AGU, a Coordenadora-Geral de Assuntos Judiciais desta Consultoria Jurídica solicita manifestação desta Coordenação-Geral Jurídica de Transportes Aquaviários quanto às questões indicadas na NOTA n. 2425/2017/CONJUR-MTPA/CGU/AGU.

2. Na NOTA n. 2425/2017/CONJUR-MTPA/CGU/AGU sugeriu-se que seria o caso de solicitar manifestação desta Coordenação-Geral de Transportes Aquaviários em relação aos itens 12 e 13, que transcrevo a seguir:

12. Quanto ao questionamento sobre a linha de defesa invocada pela ANTAQ nas razões finais da ação de rito ordinário nº 0001831-94.2014.403.6104 (seq. 22), deve também a SNP ser provocada a informar se o posicionamento em juízo da agência está em consonância com os entendimentos técnicos desta Pasta, como órgão da Administração Direta também parte dos litígios e ao qual se vincula a ANTAQ.

13. Quanto a outras considerações e/ou informações pertinentes sobre o Contrato de Arrendamento nº 12/91 e as ações judiciais envolvendo a empresa RODRIMAR, vale acionar a SNP a prestar informações complementares àquelas fornecidas sobre as providências que vem sendo adotadas em relação à licitação da área (objeto do Despacho n. 91/2017 /CGGC/DOUP/SNP, de 21 de agosto de 2017, e do Memorando n. 179/2017 /CGNN/DOUP/SNP, de 21 de agosto de 2017 - seq. 38, p. 5 e 8, respectivamente). Deve a área técnica apresentar os elementos que dispuser sobre o arrendamento em questão,

guardados de documentação pertinente.

14. No tocante aos itens 12 e 13 retro (linha de defesa da ANTAQ e outras informações sobre o contrato de arrendamento), sugiro à Coordenadora-Geral de Assuntos Judiciais que analise eventual necessidade de obtenção de manifestação especializada da CGAQ/CONJUR/MPA.

3. Em sua petição inicial na ação judicial 0001831-94.2014.4.03.6104 (NUP 50300.002679/2013-98, seq. 3, arquivo “despa3”, p. 37-53), a RODRIMAR S/A alegou que: (i) é titular do Contrato de Arrendamento nº 12/91 firmado em 31 de outubro de 1991 com prazo de vigência de 10 anos, prorrogável por igual período; (ii) que o 4º Termo Aditivo ao contrato de arrendamento estabeleceu que a profundidade nas proximidades do cais fronteiriço ao terminal deveria ser de no mínimo 10,6 metros; (iii) que essa profundidade só foi atingida a partir de 29 de abril de 2005; e (iv) que, entre 12 de fevereiro de 1998 a 29 de abril de 2005 (aproximadamente 7 anos e 2 meses), seu terminal operou em condições inadequadas em razão do não atingimento da profundidade de 10,6 metros prevista no 4º Termo Aditivo por deficiência do serviço de dragagem de responsabilidade da autoridade portuária. Em razão disso, a arrendatária considera que tem direito à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato e que o meio que melhor atenderia ao interesse público seria a extensão do prazo de vigência do contrato de arrendamento. Ao final, pede que seja declarado o seu direito à não extinção do contrato de arrendamento por decurso de prazo, respeitado o direito à “devolução do prazo contratual”.

4. Em suas alegações finais (NUP: 00568.000322/2016-17, seq. 22), a Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ alegou em síntese: (i) que a agência reguladora já havia se manifestado na Resolução 3.833 quanto à impossibilidade de prorrogação do Contrato de Arrendamento nº 12/91 e que a mesma permanece em vigor; (ii) que a vigência do contrato de arrendamento em questão expirou definitivamente em 19 de dezembro de 2013; (iii) que existe instrumento jurídico próprio, denominado contrato de transição, para evitar a descontinuidade do serviço público em casos como este e que a arrendatária se recusou a assinar esse tipo de contrato; (iv) que o planejamento do setor prevê que a área do terminal operado pela autora seja licitada em conjunto com outras áreas adjacentes, formando um terminal de maior porte e mais eficiente (STS-10); (v) que a permanência da RODRIMAR na área afeta negativamente a expectativa do mercado em relação ao leilão da área; (vi) que a permanência da autora na área implica perigo reverso; (vii) que a CODESP não detinha competência para realizar a prorrogação do contrato de arrendamento sem a aprovação da ANTAQ; (viii) que, desde o advento da Medida Provisória nº 595, de 6 de dezembro de 2012, a competência para celebrar/prorrogar contratos de arrendamento portuário passou a ser exercida diretamente pela União; (ix) que a ANTAQ e a União não participaram da produção da prova pericial que embasou a decisão no agravo de instrumento; (x) que a concordância da CODESP quanto ao pleito da autora não torna o objeto da lide incontroverso, uma vez que também há interesse da ANTAQ e da União no feito; (xi) que seria o caso de produção de nova prova pericial para quantificar o prejuízo efetivamente sofrido pela arrendatária; (xii) que, caso a arrendatária seja mantida na área, a licitação que se pretende realizar restará frustrada pelos próximos anos, prejudicando o Programa de Investimento em Logística – PIL e obstando a implementação do projeto de modernização do porto de Santos, em incomensurável prejuízo ao interesse público; (xiii) que a autora operou o terminal arrendado e usufruiu da área mesmo contando com profundidade inferior a que havia sido prevista; (xiv) que apesar dos fatos relatados terem ocorrido há bastante tempo, a autora só procurou o Judiciário no final da vigência de seu contrato; (xv) que a prorrogação do contrato por força de decisão judicial implicará prejuízo irreparável ao iminente leilão da área; (xvi) que há outras formas de reparar eventuais prejuízos causados à arrendatária além da prorrogação da vigência do contrato; (xvii) que, se constatado o prejuízo causado pela CODESP à arrendatária, a autoridade portuária é que deveria indenizar a autora; (xviii) que o contrato de arrendamento em questão já havia sido prorrogado uma vez e encontra-se formalmente extinto, sendo cabível apenas a celebração de contrato de transição para garantir a continuidade do serviço até que seja concluída a licitação da área e celebrado um novo contrato de arrendamento; (xix) que não há direito subjetivo por parte da arrendatária à prorrogação contratual, ainda que a pretexto de reequilíbrio econômico-financeiro, tratando-se de decisão discricionária do poder concedente; e (xx) que houve a prescrição da pretensão deduzida pela autora, posto que os fatos narrados ocorreram mais de dez anos antes da propositura da ação.

5. Apresentado esse breve relatório, passo a tratar das implicações jurídicas dos fatos relatados pela autora em sua petição inicial, caso sejam verdadeiros. Ressalvo que a presente manifestação não tratará das provas produzidas no âmbito do processo judicial.

○ **Da subrogação da União nos contratos de arrendamento portuário**

6. No regime que vigorou até a revogação da Lei nº 8.630, de 1993, pela Medida Provisória nº 595, de 6 de dezembro de 2012, convertida na Lei nº 12.815, de 2013, competia às autoridades portuárias celebrar e gerir eventuais contratos de arrendamento de instalações portuárias públicas localizadas nos portos organizados[1].

7. Essa competência foi centralizada a partir da Medida Provisória nº 595, de 6 de dezembro de 2012, passando a ser exercida diretamente pela União, na condição de poder concedente. Atualmente, essa encontra-se prevista no art. 16, III, da Lei nº 12.815, de 2013:

Art. 16. Ao poder concedente compete:

(...)

III - celebrar os contratos de concessão e arrendamento e expedir as autorizações de instalação portuária, devendo a Antaq fiscalizá-los em conformidade com o disposto na Lei no 10.233, de 5 de junho de 2001; e

8. Conforme concluiu a então Assessoria Jurídica da Secretaria de Portos da Presidência da República no PARECER nº 088/2014/CDPORT/ASJUR-SEP/AGU (NUP: 00045.003252/2013-05), houve a subrogação legal à União de todos os contratos de arrendamento de instalações portuárias, mesmo aqueles que foram firmados no marco legal anterior diretamente pelas autoridades portuárias. A partir da publicação da Medida Provisória nº 595, de 2012, a União incorporou a competência para gerir diretamente todos os contratos de arrendamento de instalações portuárias públicas localizadas nos portos organizados.

9. Desse modo, como esclareceu o PARECER Nº 104/2016/ASJUR-SEP/CGU/AGU (NUP: 00045.004065/2014-11), os direitos e obrigações que as autoridades portuárias tinham por força de tais contratos foram transferidos à União em decorrência da lei, passando então a União a ter interesse jurídico em intervir em todas as disputas judiciais que versem sobre os contratos de arrendamento portuário, mesmo aqueles que haviam sido firmados pelas autoridades portuárias antes do advento da Medida Provisória nº 595, de 6 de dezembro de 2012.

○ **Da prescrição da pretensão ao reequilíbrio contratual**

10. Conforme já se manifestou a Assessoria Jurídica da Secretaria de Portos da Presidência da República no Parecer nº 147/2015/ASJUR-SEP (NUP: 00045.001685/2015-80), à pretensão de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos aplica-se a prescrição quinquenal prevista no art. 1º do Decreto nº 20.910, de 1932.

11. Em relação ao tema, assim já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE CONCESSÃO. EXPLORAÇÃO DE LINHAS RODOVIÁRIAS. INSERÇÃO DE NOVA SISTEMÁTICA DE CÁLCULO DE TARIFAS PELO GOVERNO ESTADUAL. RESOLUÇÃO Nº 03/85. DESEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL ACOLHIDA PELO ACÓRDÃO DE SEGUNDO GRAU. APLICAÇÃO DO DECRETO Nº 20.910/32, ART. 1º. AÇÃO AJUIZADA EM 30/03/94. TERMO A QUO: DATA DE CADA ATO ALEGADAMENTE LESIVO. RENOVAÇÃO PERIÓDICA DA POSSÍVEL LESÃO. SÚMULA 85/STJ. INEXISTÊNCIA DE OMISSÕES NO ARESTO RECORRIDO. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC REPELIDA. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO. (...) 3. O cômputo do lapso prescricional no presente caso deve ser feito a partir de cada ato supostamente lesivo. O art. 1º do Decreto 20.910/32 consagra essa tese ao emitir este enunciado "As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e

qualquer direito ou ação contra a Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem". 4. O pedido indenizatório fundou-se no desequilíbrio econômico-financeiro ocasionado pela Resolução nº 03/85 em contratos de concessão de serviços de transporte de passageiros firmados entre a autora e o Estado do Paraná. Considerando-se que a suposta lesão perpetrou-se no tempo e foi atingindo, periodicamente, o direito da autora, renovou-se, a cada incidência, o direito ao ajuizamento da ação, merecendo ser afastado o reconhecimento da prescrição nos moldes expostos pelo Tribunal de segundo grau. 5. O retratado nos autos demonstra que o ato vilipendiador do direito da autora não foi, apenas, a ação da entidade governamental ao emitir o ato normativo (Resolução nº 03/85), mas sim, os seus efeitos. Como defendido pela recorrente, no presente caso, o termo a quo não pode ser a mera publicação de um ato administrativo abstrato, mas sim, o fenômeno do desequilíbrio financeiro, que não é instantâneo, gerando reflexos na execução do contrato, caso ocorrido. 6. A Súmula nº 85 deste Sodalício assentou: "Nas relações de trato sucessivo em que a Fazenda Pública figure como devedora, quando não tiver sido negado o próprio direito reclamado, a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação". 7. Considerando-se que a ação foi ajuizada em data de 30/03/94, encontra-se prescrita a pretensão autoral, nos termos do art. 1º do Decreto 20.910/32, somente em relação às diferenças anteriores à data de 30/03/89. 8. Recurso especial PARCIALMENTE PROVIDO para afastar a prescrição das diferenças pleiteadas após 30/03/89, determinando-se o retorno dos autos ao Tribunal de origem para que sejam apreciadas as demais questões suscitadas na ação. (Processo: REsp 756511 / PR; Relator(a): Ministro JOSÉ DELGADO; Órgão Julgador: T1 - PRIMEIRA TURMA; Data do Julgamento: 06/10/2005; Data da Publicação/Fonte: DJ 21/11/2005 p. 158).

12. No mesmo sentido, cabe citar a seguinte decisão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região:

APELAÇÃO. ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO ORDINÁRIA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS AO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. TABELA SIH/SUS. ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL E CONTRATUAL. PORTARIAS GM/MS 2.277/95, 1.323/99, 469/01, SAS 77/02 e GM/MS 53/04. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL RECONHECIDA (DECRETO 20.910/32). SENTENÇA MANTIDA. 1. A pretensão autoral almeja as diferenças causadas pelas remunerações a menor (ausência de correção monetária) praticadas pela União, a partir de dezembro/2000, para os procedimentos de internação psiquiátricas previstas na Tabela SIH/SUS. 2. Em caso tais de trato sucessivo, "A prescrição alcança apenas as parcelas vencidas anteriormente ao quinquênio contado do ajuizamento da ação, e não ao chamado fundo de direito, consoante o disposto no Decreto 20.910/32 e Súmula 85 do STJ" (AC 0034599-80.1999.4.01.3800 / MG, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL FAGUNDES DE DEUS, Rel.Conv. JUIZ FEDERAL CESAR AUGUSTO BEARSI (CONV.), QUINTA TURMA, e-DJF1 p.146 de 31/07/2008). 3. A Lei 8.080/1990, que trata da matéria, em momento algum estabelece qualquer indexador na atualização dos procedimentos, nem qualquer periodicidade dessa atualização. Além disso, não foi acostado o instrumento de contrato que firmou o convênio ou qualquer outro documento que pudesse fundamentar previsão nesse sentido. Dessa forma, não se constata nenhuma ilegalidade, à luz da interpretação sistemática do caso e da finalidade do interesse público, nas atualizações trazidos pelas subseqüentes edições das portarias ministeriais reguladoras do assunto. Em suma, não é dado à União, muito menos ao Poder Judiciário, aplicar índices monetários desprovidos de base legal e contratual. 4. Assim, por conseguinte, caso as atualizações trazidos pelas Portarias não fossem as corretas ou as suficientes à manutenção da boa prestação dos serviços ou do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, caberia ao ente privado, ao amparo da autonomia da vontade, regente das relações contratuais, postular administrativamente, ou mesmo judicialmente, a rescisão do negócio jurídico e não buscar em juízo aplicação de índices, repita-se, desprovidos de fundamento legal e contratual. 5. Importante anotar que não se está aqui negando a aplicação da correção monetária nessa relação, vez que, conforme há muito pacificado, a correção não corresponde a modificação ou majoração das importâncias utilizadas, mas sim mera manutenção do valor da moeda em função do processo inflacionário. O que, em verdade, ora

se adota é a impossibilidade de se reconhecer como ilegais as correções praticadas pelo Ministério da Saúde e, além disso, aplicar o indexador do IPCA-IBGE na tabela SIH/SUS, já que não constam elementos legais nem contratuais na hipótese que justifiquem a adoção dessas medidas. 6. Apelação a que se nega provimento. (Processo: AC 00101617920064013400; Relator(a): DESEMBARGADOR FEDERAL KASSIO NUNES MARQUES; Sigla do órgão: TRF1; Órgão julgador: SEXTA TURMA; Fonte: e-DJF1 DATA:03/03/2015 PAGINA:185)

13. Seguindo essa orientação, assim estabeleceu o art. 12 da Portaria GM/SEP nº 499, de 2015:

Art. 12. A recomposição do equilíbrio econômico-financeiro deverá ser solicitada pela arrendatária até o prazo máximo estabelecido contratualmente ou, na sua falta, em até 5 (anos) anos contados da ocorrência do fato gerador de desequilíbrio, ou do início da sua ocorrência, no caso de evento contínuo no tempo.

14. Por conseguinte, aplica-se aos reflexos econômicos do suposto desequilíbrio alegado pela arrendatária o prazo prescricional de cinco anos.

○ Do reequilíbrio econômico-financeiro

15. Tanto no caso de concessão como de permissão, o serviço público é exercido por “conta e risco” do contratado (art. 2º, incisos II, III e IV, da Lei nº 8.987, de 1995^[2]). O mesmo se aplica aos arrendamentos portuários[3] (art. 1º, § 3º, da Lei nº 12.815, de 2013[4]). Porém, isso não significa que o arrendatário de terminais portuários assuma o *risco integral* pela prestação do serviço. Como explica Marcos Augusto Perez[5], o próprio objetivo da modicidade tarifária seria contraditório com a ideia de que o concessionário assumiria *todos* os riscos do empreendimento. A incerteza aumenta os custos de transação. Portanto, maiores riscos resultam em maiores custos a serem transferidos aos usuários. É o que sustenta Marçal Justen Filho:

O risco é “precificado” não apenas na aceção de comportar uma avaliação financeira mas também no sentido de integrar-se ao valor a tarifa. Isso significa que, quanto maior o risco do concessionário, tanto mais elevada será a tarifa. A incerteza sobre os custos necessários à efetiva obtenção dos benefícios pretendidos pelo empresário se traduz em custos de transação, o que significa que o empresário transfere para o preço as incertezas e inseguranças que entranham sua atividade[6].

16. Além disso, o insucesso do empreendimento não prejudica apenas o concessionário ou arrendatário, mas também os usuários do serviço público. Há então um interesse público na estabilidade dos contratos de concessão, o que também se aplica aos arrendamentos portuários.

17. O contrato de concessão ou de arrendamento portuário não transfere automaticamente ao particular todos os riscos do empreendimento. A princípio, os riscos são divididos entre as partes. A divisão de riscos estabelecida no contrato pode inclusive ser diferente da que decorre do modelo tradicional baseado na teoria das áleas, em que o contratado suporta todos os riscos ordinários e o poder concedente os riscos extraordinários^[7].

18. Como bem sintetiza Maurício Portugal Ribeiro, “a função do sistema de equilíbrio econômico-financeiro é o cumprimento permanente da matriz de riscos contratual[8]”. Portanto, é preciso avaliar se os eventos que a interessada alega terem ocorrido estão associados a riscos assumidos pelo poder concedente ou pela própria contratada.

19. A Administração Pública pode afetar a equação econômico-financeira dos contratos administrativos de três formas diferentes: (i) mediante a imposição de uma alteração unilateral dos termos do contrato administrativo (art. 58, I, da Lei nº 8.666, de 1993); (ii) pelo inadimplemento de suas obrigações contratuais (fato da Administração); e (iii) pelo exercício de seu poder de império em geral, que indiretamente afete as condições em que

é executado o contrato de concessão (fato do príncipe). Em todas essas situações, é obrigatória a manutenção ou recomposição da equação econômico-financeira original[9].

20. No caso, a autora alega que havia obrigação contratual de manutenção, por parte da autoridade portuária, de determinada profundidade nas proximidades do cais fronteiro ao terminal por ela operado. Caso realmente tenha ocorrido o descumprimento contratual alegado, haveria margem para o deferimento de pedido de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, desde que não tenha ocorrido prescrição. Mas para isso seria ainda necessária uma quantificação do eventual prejuízo sofrido pela arrendatária. Para que tenha direito ao reequilíbrio contratual, não basta a mera alegação de descumprimento do contrato pela contraparte. A arrendatária deve demonstrar que o descumprimento do contrato pela Administração Pública teve um impacto relevante sobre suas receitas ou despesas. Em síntese, a arrendatária teria que comprovar que eventual redução do calado assegurado pela autoridade portuária resultou em um prejuízo significativo ao fluxo de caixa do empreendimento.

21. Na ação judicial de que se trata, a arrendatária postula a integral devolução de todo o prazo em que teria explorado o terminal com calado inferior ao mínimo estabelecido no contrato. A menos que a instalação portuária arrendada à autora tivesse permanecido inoperante durante todo esse período (entre 12 de fevereiro de 1998 a 29 de abril de 2005) e exclusivamente em razão da suposta baixa profundidade do acesso aquaviário do porto de Santos, pode-se concluir que o pedido é evidentemente excessivo. Ainda que tenha havido alguma restrição em relação ao acesso aquaviário ao terminal, se não houve a paralisação total das atividades do terminal, é certo que a arrendatária não teria direito à devolução de todo o período em que alegadamente operou em condições inadequadas.

22. Por isso, ainda que os fatos relatados pela autora em sua petição inicial sejam verdadeiros, é bem possível que no caso todo o eventual desequilíbrio por ela alegado já tenha sido mais do que compensado em razão do tempo adicional de exploração do terminal que lhe foi concedido por força de ordem judicial.

23. Há então o risco de já haver crédito em favor do poder concedente em decorrência desse tempo adicional de exploração, cuja cobrança ao final da ação judicial pode revelar-se extremamente difícil. Portanto, é possível que a decisão judicial que mantém a arrendatária no terminal a despeito do encerramento da vigência de seu contrato de arrendamento venha a causar um substancial prejuízo à União, isso sem contar eventuais prejuízos decorrentes da impossibilidade de licitar a área num novo formato e assim incrementar a eficiência daquela região do porto de Santos, tal como sustentou a ANTAQ em suas alegações finais.

24. De todo modo, mesmo que sejam verdadeiros os fatos alegados na petição inicial, seria imprescindível uma análise técnica adequada para quantificar o suposto prejuízo alegado pela arrendatária. Só assim haverá um parâmetro para promover o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato.

○ **Da competência para definir o meio pelo qual se dará o reequilíbrio contratual**

25. No caso de ocorrência de evento que tenha afetado significativamente as receitas ou despesas da arrendatária e cujo risco não tenha sido por ela assumido explícita ou implicitamente, haveria em tese direito à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. A União, na qualidade de poder concedente, estaria então obrigada a reequilibrar o contrato. Porém, há vários meios pelos quais os contratos administrativos podem ser reequilibrados, cabendo à Administração Pública decidir qual deles é mais conveniente ao interesse público.

26. A Portaria GM/SEP nº 499, de 5 de novembro de 2015, publicada no Diário Oficial da União em 6 de novembro de 2015, esclarece em seu art. 8º as opções disponíveis ao poder concedente para promover a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro de contratos de arrendamento de instalações portuárias, que podem ser utilizadas de modo isolado ou combinado:

Art. 8º A critério do poder concedente, a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro de contrato de arrendamento a que se refere esta portaria poderá se dar, de forma isolada ou combinada, pelos seguintes meios:

I - aumento ou redução dos valores financeiros previstos no contrato de arrendamento;

II - modificação das obrigações contratuais do arrendatário;

III - extensão ou redução do prazo de vigência do contrato de arrendamento; e

IV - pagamento de indenização.

27. Portanto, ainda que a arrendatária tivesse direito ao reequilíbrio contratual pelos fatos narrados em sua petição inicial, caberia ao poder concedente, *discricionariamente*, decidir qual seria a melhor alternativa para restaurar a equação econômico-financeira original. Em outros termos, ainda que os fatos narrados na petição inicial sejam verdadeiros e que em razão de tais eventos tenha decorrido um impacto relevante sobre as receitas ou despesas da arrendatária, ela não teria direito subjetivo à extensão do prazo de vigência do contrato, que é uma dentre várias alternativas para recompor a equação econômico-financeira original.

28. O arrendatário não possui um direito à prorrogação do contrato celebrado com a Administração Pública, pois a renovação ou não do contrato depende de decisão discricionária da autoridade competente. Nos termos do art. 57, § 6º, da Lei nº 8.666, de 1993[10], “toda prorrogação de prazo deverá ser justificada por escrito e previamente autorizada pela autoridade competente para celebrar o contrato[11]”. Nesse sentido, assim já decidiu o Supremo Tribunal Federal no MS 27.008 (2010), cujo acórdão está assim ementado:

EMENTA: MANDADO DE SEGURANÇA. ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO QUE DETERMINOU A NÃO-PRORROGAÇÃO DE CONTRATO ADMINISTRATIVO. INEXISTÊNCIA DE DIREITO LÍQUIDO E CERTO. 1. Não há direito líquido e certo à prorrogação de contrato celebrado com o Poder Público. Existência de mera expectativa de direito, dado que a decisão sobre a prorrogação do ajuste se insere no âmbito da discricionariedade da Administração Pública, quando embasada em lei. 2. A representação ao Tribunal de Contas da União contra irregularidades em processo licitatório não está limitada pelo prazo do § 2º do art. 41 da Lei 8.666/93. 3. Segurança denegada.

29. O Tribunal de Contas da União se pronunciou de modo idêntico no Acórdão nº 357/2005-Plenário:

Sumário: Pedidos de Reexame interpostos contra acórdão, por meio do qual foi aplicada multa aos responsáveis, e decisão, mediante a qual foram feitas determinações à unidade jurisdicionada. Falhas no processo licitatório não ensejam a imposição de multa aos responsáveis. Arguição da nulidade das deliberações adotadas no feito por um dos recorrentes. Precedente do Supremo Tribunal Federal indica a não-configuração da inobservância dos princípios constitucionais do devido processo, do contraditório e da ampla defesa, porquanto no caso tratado nestes autos não há direito adquirido, mas mera expectativa à prorrogação do contrato. Conhecimento de alguns recursos e não-conhecimento de outros, por falta de legitimidade e interesse de agir. Provimento de alguns recursos, provimento parcial de outro e não-provimento dos demais. Recomendação. Ciência aos recorrentes.

30. Também não caberia ao Poder Judiciário impor ao poder concedente uma determinada forma para reequilibrar o contrato, pois a escolha da melhor alternativa para esse fim, entre aquelas disponíveis, cabe exclusivamente à Administração Pública. Trata-se de decisão de natureza discricionária, baseada no interesse público. Por exemplo, ainda que em tese fosse admissível a extensão do prazo de vigência do contrato, o poder concedente poderia, por razões de conveniência administrativa, entender que seria melhor licitar a área imediatamente e imputar ao vencedor do certame o ônus de indenizar o arrendatário anterior em razão de eventual desequilíbrio contratual que tenha sido constatado e quantificado (art. 8º, parágrafo único, do Decreto nº 8.033, de 2013[12]).

31. Não bastasse isso, no caso há a informação de que o contrato de arrendamento em questão permitia uma única prorrogação, que já havia sido efetivada. Tanto o art. 4º, § 4º, XI, da Lei nº 8.630, de 1993[13],

como o art. 19 do Decreto nº 8.033, de 2013[14], até sua alteração pelo recente Decreto nº 9.048, de 2017, só autorizavam uma única prorrogação dos contratos de arrendamento portuário.

32. Quando do encerramento da vigência do contrato de arrendamento em questão, já prorrogado uma vez, não havia possibilidade jurídica de uma segunda prorrogação. E, ainda que haja divergência doutrinária a este respeito, o Tribunal de Contas da União firmou entendimento, no Acórdão nº 774/2016-Plenário, no sentido de que a extensão de vigência para fins de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro original deve ser considerada para todos os efeitos como uma prorrogação de vigência. Transcrevo abaixo a conclusão a que chegou a Corte de Contas federal no mencionado acórdão:

9.2.4.1. sim, a ampliação de vigência de arrendamentos portuários para fins de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro contratual deve observar as restrições contidas na legislação (art. 19 do Decreto 8.033/2013). E, ainda, por se tratar da forma mais gravosa de interferência no mercado regulado dos arrendamentos portuários, deve ser utilizada como meio de reequilíbrio apenas em situações excepcionais, quando demonstrada a inviabilidade de adoção de outros mecanismos que interfiram na relação entre o poder público e o regulado (e.g. alteração dos encargos devidos pelo arrendatário, estipulação de indenizações), e, subsequentemente, de mecanismos que interfiram nos serviços disponibilizados aos usuários (e.g. alteração de tarifas cobradas, modificação das obrigações contratuais), devendo, em todos os casos, estar devidamente motivada a decisão do administrador.

33. Portanto, ainda que o poder concedente quisesse ter ampliado a vigência do Contrato de Arrendamento nº 12/91 para além do período estipulado no termo aditivo que já o havia prorrogado pela primeira vez, estaria proibido de fazê-lo. Houvesse a Administração Pública prorrogado o contrato em questão uma segunda vez, ainda que para fins de reequilíbrio contratual, este ato seria considerado ilegal se aplicado o entendimento do Tribunal de Contas da União. Nessa perspectiva, apenas a partir da vigência do Decreto nº 9.048, de 2017, na medida em que alterou a redação do art. 19 do Decreto nº 8.033, de 2013, é que se tornou juridicamente viável prorrogar contratos de arrendamento portuário por mais de uma vez.

CONCLUSÃO

34. São essas as considerações que tenho a fazer em relação à matéria finalística de competência desta Coordenação-Geral de Transportes Aquaviários em relação à lide a qual se referem as alegações finais apresentadas pela Antaq, mencionadas na NOTA n. 2425/2017/CONJUR-MTPA/CGU/AGU.

35. Abram tarefa para ciência ao Advogado da União signatário da NOTA n. 2425/2017/CONJUR-MTPA/CGU/AGU e à Coordenadora-Geral de Assuntos Judiciais.

Brasília, 20 de setembro de 2017.

Assinado eletronicamente

FELIPE NOGUEIRA FERNANDES

ADVOGADO DA UNIÃO

Coordenador-Geral Jurídico de Transportes Aquaviários[15]

[1] O art. 4º do Decreto nº 4.391, de 2002, que regulamentou o arrendamento portuário previsto na Lei nº 8.630, de 1993, previa explicitamente que competia à autoridade portuária realizar a licitação e celebrar esse tipo de contrato.

[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; III - concessão de serviço público precedida da execução de obra pública: a construção, total ou parcial,

conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegada pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para a sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado; IV - permissão de serviço público: a delegação, a título precário, mediante licitação, da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco.

[3] Sobre a natureza dos contratos de arrendamento portuário, vide o Parecer nº 262/2016/ASJUR-SEP (NUP 00045.003187/2016-52).

[4] Art. 1º (...) § 3º As concessões, os arrendamentos e as autorizações de que trata esta Lei serão outorgados a pessoa jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco.

[5] PEREZ, Marcos Augusto. O risco no contrato de concessão de serviço público. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 105-106.

[6] JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria geral das concessões de serviço público. São Paulo: Dialética, 2003, p. 78.

[7] NATAL, Tatiana Esteves. A divisão de riscos e o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão de serviço público no Estado regulador. Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Rio de Janeiro (67), 2013, p. 229-230.

[8] RIBEIRO, Mauricio Portugal. Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos. São Paulo: Atlas, 2011, p. 79.

[9] Vide o PARECER Nº 200/2017/CONJUR-MT/CGU/AGU (NUP: 00045.004876/2016-84).

[10] Art. 57. (...) § 2º Toda prorrogação de prazo deverá ser justificada por escrito e previamente autorizada pela autoridade competente para celebrar o contrato.

[11] Nesse sentido, vide o PARECER Nº 154/2016/ASJUR/SEP/CGU/AGU (NUP: 00045.001431/2013-08).

[12] Art. 8º (...) Parágrafo único. O edital de licitação poderá impor ao vencedor a obrigação de indenizar o antigo titular pela parcela não amortizada dos investimentos realizados em bens afetos ao arrendamento ou à concessão, desde que tenham sido aprovados pelo poder concedente.

[13] Art. 4º (...) § 4º São cláusulas essenciais no contrato a que se refere o inciso I do caput deste artigo, as relativas: (...) XI - ao início, término e, se for o caso, às condições de prorrogação do contrato, que poderá ser feita uma única vez, por prazo máximo igual ao originalmente contratado, desde que prevista no edital de licitação e que o prazo total, incluído o da prorrogação, não exceda a cinquenta anos;

[14] Art. 19. Os contratos de concessão e de arrendamento terão prazo de até vinte e cinco anos, prorrogável uma única vez, por período não superior ao originalmente contratado, a critério do poder concedente. (redação original)

[15] Por delegação com base na Ordem de Serviço nº 8, de 13 de julho de 2017, do Consultor Jurídico do Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil, publicada no Boletim de Pessoal nº 13, de 17 de julho de 2017.

Documento assinado eletronicamente por FELIPE NOGUEIRA FERNANDES, de acordo com os normativos legais aplicáveis. A conferência da autenticidade do documento está disponível com o código 120150381 no endereço eletrônico <http://sapiens.agu.gov.br>. Informações adicionais: Signatário (a): FELIPE NOGUEIRA FERNANDES. Data e Hora: 20-09-2017 18:35. Número de Série: 13595830. Emissor: Autoridade Certificadora SERPRORFBv4.



ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO
CONSULTORIA-GERAL DA UNIÃO
ASSESSORIA JURÍDICA JUNTO À SECRETARIA DE PORTOS
GABINETE

PARECER n. 00147/2015/ASJUR-SEP/CGU/AGU

NUP: 00045.001685/2015-80

INTERESSADOS: SECRETARIA DE PORTOS DA PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA

ASSUNTOS: Portaria ministerial. Recomposição do equilíbrio econômico-financeiro de contratos de arrendamento.

EMENTA: ANÁLISE DE PROPOSTA DE ATO NORMATIVO. PORTARIA MINISTERIAL. RECOMPOSIÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO. CONTRATOS DE ARRENDAMENTO DE INSTALAÇÕES PORTUÁRIAS.

I. A minuta apresentada requer ajustes.

II. Pelo retorno dos autos ao órgão consulente para que tome ciência das ressalvas e recomendações constantes deste Parecer.

1. A Secretaria de Políticas Portuárias solicita manifestação desta Assessoria Jurídica sobre minuta de Portaria a ser expedida pelo Ministro de Estado Chefe da Secretaria de Portos da Presidência da República com a finalidade de disciplinar a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro de contratos de arrendamento de instalações portuárias.

2. Por meio da Nota Técnica nº 55/2015/DOUP/SPP/SEP/PR (fls. 2-7), o Departamento de Outorgas Portuárias apresentou as justificativas de ordem técnica para a proposição do ato normativo em apreço.

3. A minuta de Portaria Ministerial consta às fls. 8 a 11 dos autos.

4. Em seguida, o Secretário de Políticas Portuárias solicitou a análise deste órgão de execução da Advocacia-Geral da União.

5. É o relatório.

CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

○ **Da competência para expedir o ato normativo**

6. Os Ministros de Estado têm competência para expedir instruções para a execução das leis, decretos e regulamentos, conforme prevê o art. 87, parágrafo único, II, da Constituição:

Art. 87. Os Ministros de Estado serão escolhidos dentre brasileiros maiores de vinte e um anos e no exercício dos direitos políticos.

Parágrafo único. Compete ao Ministro de Estado, além de outras atribuições estabelecidas nesta Constituição e na lei:

II - expedir instruções para a execução das leis, decretos e regulamentos;

7. Portanto, a Constituição confere diretamente aos Ministros de Estado a competência para expedir instrumentos para a execução de leis, além de decretos. Tais instruções normativas têm natureza de regulamento executivo, conforme já decidiu o STF na ADI 1.075-MC/STF:

A competência regulamentar deferida aos Ministros de Estado, mesmo sendo de segundo grau, possui inquestionável extração constitucional (CF, art. 87, parágrafo único, II), de tal modo que o poder jurídico de expedir instruções para a fiel execução das leis compõe, no quadro do sistema normativo vigente no Brasil, uma prerrogativa que também assiste, "ope constitutionis", a esses qualificados agentes auxiliares do Chefe do Poder Executivo da União.

As instruções regulamentares, quando emanarem de Ministro de Estado, qualificar-se-ão como regulamentos executivos, necessariamente subordinados aos limites jurídicos definidos na regra legal a cuja implementação elas se destinam, pois o exercício ministerial do poder regulamentar não pode transgredir a lei, seja para exigir o que esta não exigiu, seja para estabelecer distinções onde a própria lei não distinguiu, notadamente em tema de direito tributário.

8. Então, desde que observada a área de atuação do órgão que dirigem, os Ministros de Estado possuem competência para baixar instruções necessárias à execução não apenas de decretos regulamentares, mas também da própria lei, diretamente.

9. Nos termos do art. 1º do Decreto nº 8.033, de 2013[1], incumbe à Secretaria de Portos da Presidência da República (SEP) a competência para atuar como *poder concedente* no que diz respeito à exploração de portos organizados e de instalações portuárias.

10. Assim, resta clara a competência normativa do Ministro de Estado Chefe da Secretaria de Portos da Presidência da República para disciplinar o procedimento para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro

de contratos de arrendamento de instalações portuárias.

○ **Da definição de competências da ANTAQ e das autoridades portuárias**

11. Como se pode perceber pelo exame da legislação que rege o setor portuário, as competências da Secretaria de Portos (SEP), da ANTAQ e das autoridades portuárias estão intimamente conectadas umas com as outras, motivo pelo qual o exercício de muitas competências da SEP requer a prévia manifestação da ANTAQ ou das autoridades portuárias. Diante disso, por uma questão de segurança jurídica, é relevante estabelecer claramente as atribuições de cada um dos entes administrativos que lidam diretamente com o setor portuário.

12. A meu ver, as atividades que a minuta de Portaria Ministerial em apreço atribui à Agência Nacional de Transportes Aquaviários – ANTAQ e às autoridades portuárias são perfeitamente compatíveis com as suas respectivas competências legais.

13. Além disso, é importante destacar a possibilidade de delegação de competências em razão de circunstâncias de índole técnica, social, econômica, jurídica ou territorial, conforme dispõe o art. 12 da Lei nº 9.784, de 1999[2]. Portanto, em relação às competências legais da própria Secretaria de Portos da Presidência da República, é possível a sua delegação por ato do Ministro de Estado, nos termos dos artigos 12 e 13 da Lei nº 9.784, de 1999.

DA ANÁLISE DA MINUTA DE ATO NORMATIVO

14. A proposta de Portaria Ministerial encaminhada para a análise desta Assessoria Jurídica (fls. 8-11) é composta por 26 artigos organizados em 5 capítulos, que dispõem basicamente sobre a recomposição da equação econômico-financeira dos contratos de arrendamento de instalações portuárias.

15. No primeiro capítulo, foram estabelecidas algumas definições. O segundo capítulo trata de regras gerais. O terceiro capítulo estabelece as competências de cada órgão ou entidade administrativa. Os procedimentos estão disciplinados no capítulo quarto. Já o quinto e último capítulo contém as disposições finais e transitórias.

16. Mas, antes analisar a minuta de Portaria em questão, é pertinente fazer algumas considerações sobre a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro de contratos administrativos.

○ **Da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro de contratos administrativos**

17. A preservação da equação econômico-financeira dos contratos administrativos é uma garantia estabelecida pela própria Constituição. É possível extrair essa garantia do comando contido no inciso XXI do art. 37 da Constituição^[3], na parte em que prevê que devem ser “mantidas as condições efetivas da proposta^[4]”. Marçal Justen Filho aponta como fundamentos constitucionais da intangibilidade da equação econômico-financeira dos contratos: (i) a proteção ao interesse público; (ii) a isonomia; e (iii) a proteção à propriedade privada^[5].

18. O art. 65, II, “d”, da Lei nº 8.666, de 1993^[6], autoriza a alteração dos contratos administrativos por

acordo das partes para “restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de conseqüências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual”. O § 2º do art. 9º da Lei nº 8.987, de 1995^[7], dispõe que os contratos poderão prever mecanismos de revisão de tarifas para que seja mantido o equilíbrio econômico-financeiro.

19. O § 2º do art. 58 da Lei nº 8.666, de 1993^[8], prevê que, em casos de modificação unilateral dos contratos por determinação da Administração Pública para fins de melhor adequação ao interesse público, as cláusulas econômico-financeiras devem ser revistas de modo a manter o equilíbrio contratual. De modo semelhante, o § 4º do art. 9º da Lei nº 8.987, de 1995^[9], estabelece que, no caso de alteração unilateral do contrato que afete o equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deve restabelecê-lo concomitantemente à alteração.

20. Segundo Alexandre Santos de Aragão^[10], a exigência de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos tem por objetivo evitar o enriquecimento sem causa de uma parte em detrimento da outra. Para Lúcia Valle Figueiredo^[11], a manutenção desse equilíbrio é essencial para a continuidade e a boa prestação do serviço público. Por sua vez, Marçal Justen Filho^[12] afirma que o princípio da intangibilidade econômico-financeira tem por objetivo garantir a preservação do interesse público, evitando que qualquer das partes contratantes obtenha um ganho ou sofra um prejuízo em razão de eventos extraordinários e garantindo que, em função da redução do risco ao particular, a Administração Pública possa contratar a preços mais baixos.

21. Neste ponto, é pertinente citar o seguinte esclarecimento de Marçal Justen Filho:

O princípio da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro vai a ponto de reduzir riscos que, no plano da contratação privada, seriam arcados por um dos contratantes. Ressalte-se que não se trata, simplesmente, de beneficiar o particular pela eliminação dos riscos que poderiam afetá-lo. Elimina-se bilateralmente o risco. Significa que não se suprime apenas o risco da Administração Pública ou exclusivamente o risco do particular. O contratado da Administração Pública dispõe, por isso, de garantias e benefícios mais intensos do que se passa no âmbito do direito privado^[13].

22. Para Maria Sylvia Zanella di Pietro, a equação econômico-financeira do contrato consiste na relação que se estabelece entre os encargos assumidos pelo contratado e a contraprestação assegurada pela Administração Pública^[14]. No mesmo sentido, Marçal Justen Filho assevera que “a equação econômico-financeira consiste na relação entre encargos e as vantagens que se produz para cada uma das partes por ocasião do aperfeiçoamento de uma contratação^[15]”. Sobre a abrangência da equação econômico-financeira dos contratos, Marçal Justen Filho afirma que:

Assim, o equilíbrio econômico-financeiro abrange não apenas o montante de dinheiro devido ao particular contratado, mas também o prazo estimado para o pagamento, a periodicidade dos pagamentos e qualquer outra vantagem que a configuração da avença possa produzir. O mesmo se passa com a questão dos encargos. Integram a equação econômico-financeira

todos os fatores aptos a influenciar o custo e o resultado da exploração^[16].

23. A garantia de intangibilidade da equação econômico-financeira dos contratos administrativos torna obrigatória a manutenção dessa relação entre encargos e vantagens durante toda a vigência do contrato^[17]. Isso não significa que os encargos e vantagens estabelecidos originalmente no contrato sejam imutáveis; mas apenas que a alteração tanto de encargos como de vantagens requer a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Nesse sentido, Alexandre Santos Aragão afirma que a intangibilidade é apenas da equação econômico-financeira e não das cláusulas que tenham expressão econômica, que podem ser alteradas desde que haja algum tipo de compensação^[18].

24. Conforme estabelece o inciso XXI do art. 37 da Constituição, trata-se de manter as “condições efetivas da proposta”. Disso decorre, primeiramente, que a equação econômico-financeira original do contrato está associada às circunstâncias presentes no momento da apresentação da proposta pelo licitante vencedor, ainda que o contrato venha a ser firmado algum tempo depois. Em segundo lugar, que é preciso que haja algum fato superveniente à proposta que justifique a necessidade de reequilíbrio. Portanto, é possível até mesmo que haja necessidade de promover o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato já no momento de sua celebração, se entre a apresentação da proposta e a assinatura do contrato houver ocorrido algum fato que o justifique. Sobre a quebra da equação econômico-financeira, Marçal Justen Filho afirma que:

A quebra da equação econômico-financeira pode ocorrer a qualquer instante e configurar-se-á sempre que se produzir alguma espécie de evento supervenientes extraordinário, imprevisível ou de consequências incalculáveis, que amplie os encargos ou reduza as vantagens originalmente assumidas pela parte^[19].

25. Caso não ocorra esse fato justificador do reequilíbrio, a baixa lucratividade do empreendimento por si só não justifica qualquer medida de restauração do equilíbrio econômico-financeiro. É preciso demonstrar que algum evento abalou a equação econômico-financeira original do contrato e cujo risco seja atribuível ao poder concedente, considerando a proposta apresentada pelo licitante e as circunstâncias presentes no momento da apresentação da proposta. É por isso que o art. 10 da Lei nº 8.987, de 1995^[20], ressalva que “sempre que forem atendidas as condições do contrato, considera-se mantido o seu equilíbrio econômico financeiro”.

26. Tanto no caso de concessão como de permissão, o serviço público é exercido por “conta e risco” do contratado (art. 2º, incisos II, III e IV, da Lei nº 8.987, de 1995^[21]). Porém, isso não significa que o concessionário ou permissionário assume o risco integral pela prestação do serviço. Em atendimento ao princípio da intangibilidade da equação econômico-financeira dos contratos administrativos, considera-se que os riscos do empreendimento são divididos entre as partes conforme sua natureza ordinária ou extraordinária. Salvo disposição contratual em sentido diverso, o contratado assume os riscos ordinários (ou a álea ordinária) do negócio; enquanto o poder público assume os riscos extraordinários (ou a álea extraordinária^[22]). Nesse sentido, Tatiana Esteves Natal afirma o seguinte:

Baseada nessa ideia de que o concessionário explora o serviço público por sua conta e risco, a doutrina pátria desenvolveu a chamada “Teoria das Áleas”. De acordo com essa teoria, a expressão “por sua conta e risco” [nos incisos II, III e IV do art. 2º da Lei nº 8.987, de 1995] não significa assunção integral pelo particular dos riscos do contrato, mas apenas daqueles ordinários do negócio, ou seja: os riscos inerentes à atividade econômica. Isso porque, em

qualquer outra atividade econômica na qual fosse investir seu capital, o empresário arcaria necessariamente com os riscos do negócio.

Os riscos ou áleas seriam, dessa forma, divididos em ordinários e extraordinários. O concessionário assumiria os riscos ordinários do empreendimento. A Administração Pública assumiria os riscos extraordinários^[23].

27. Portanto, ressalvada a hipótese de disposição contratual em sentido contrário^[24], apenas a concretização de evento relacionado à álea extraordinária que abale a equação econômico-financeira do contrato pode ser tida como causa geradora do direito à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro original. Diante disso, Alexandre Santos de Aragão^[25] afirma que “fatos previsíveis não levam à recomposição da equação econômico-financeira, salvo disposição contratual ou legal expressa em sentido contrário”.

28. A álea extraordinária pode ser subdividida em *álea econômica* e *álea administrativa*. A álea econômica relaciona-se a eventos imprevisíveis ou de consequências incalculáveis alheios à vontade das partes que impliquem abalo da equação econômico-financeira original (art. 65, II, "d", da Lei nº 8.666, de 1993). Trata-se da aplicação da chamada *teoria da imprevisão* aos contratos administrativos. Já a álea administrativa refere-se a eventos provocados pela própria Administração Pública que, da mesma forma, afetem a equação econômico-financeira dos contratos.

29. Sobre as causas de desequilíbrio econômico-financeiro dos contratos de serviço público, Alexandre Santos Aragão afirma o seguinte:

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 desestabilização 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 existe não para resguardar imediatamente o concessionário, mas sim a continuidade do serviço público e os interesses públicos atendidos pelo contrato^[26].

30. Referindo-se à álea econômica, Alexandre Santos Aragão afirma o seguinte:

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^[27].

31. É importante destacar que a Administração Pública pode afetar a equação econômico-financeira dos contratos administrativos de três formas diferentes: (i) mediante a imposição de uma alteração unilateral dos termos do contrato administrativo (art. 58, I, da Lei nº 8.666, de 1993); (ii) pelo inadimplemento de suas obrigações contratuais (fato da Administração); e (iii) pelo exercício de seu poder de império em geral, que indiretamente afete as condições em que é executado o contrato (fato do príncipe). No terceiro caso, o ato pode inclusive ser originado de

ente público distinto daquele que celebrou o contrato administrativo^[28]. Em todas essas situações, é obrigatória a manutenção ou recomposição da equação econômico-financeira original. Porém, no caso de alteração unilateral dos contratos para fins de atendimento ao interesse público, tanto o § 2º do art. 58 da Lei nº 8.666, de 1993^[29], como o § 4º do art. 9º da Lei nº 8.987, de 1995^[30], estabelecem a obrigação de revisão imediata das cláusulas contratuais de modo a manter o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Por conseguinte, no caso de alteração unilateral dos contratos administrativos sequer deve ocorrer efetivamente o desequilíbrio econômico-financeiro, pois tal alteração deve ser acompanhada da revisão das cláusulas contratuais de modo a assegurar a constância da equação econômico-financeira original

32. Nesse sentido, afirma Alexandre Santos Aragão:

O art. 9º, § 4º, Lei nº 8.987/1995, 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”. 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^[31].

33. Porém, é importante registrar que a alteração dos contratos administrativos encontra limite na necessidade de não descaracterização do objeto (item 16 do Voto do Acórdão nº 1727/2014-Plenário/TCU). Trata-se de consequência dos princípios da isonomia entre os licitantes, da ampla competitividade, do julgamento objetivo e da vinculação ao instrumento convocatório. No mesmo sentido, Marçal Justen Filho^[32] afirma que o art. 58 da Lei nº 8.666, de 1993, não autoriza que a Administração desnature a contratação ou lhe dê configurações substancialmente distintas das que foram estabelecidas no instrumento convocatório. Da mesma forma, para Lúcia Valle Figueiredo^[33], a Administração tem o direito de alterar o contrato, desde que mantenha o objeto contratual, para bem adequá-lo às necessidades administrativas. Portanto, o poder de alteração de contrato pela Administração encontra alguns limites. O primeiro deles é que a alteração deve necessariamente atender ao interesse público. Além disso, o objeto do contrato não pode ser descaracterizado.

34. Não há uma norma constitucional ou legal que imponha um determinado meio para a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos. A Administração pode optar pelo meio que melhor se adequar ao interesse público, respeitados certos limites. Sobre este ponto, afirma Marçal Justen Filho:

A recomposição da equação econômico-financeira pode fazer-se por diferentes vias, cuja escolha depende das circunstâncias concretas. A lei brasileira não impõe alternativa determinada como solução obrigatória a ser seguida. O art. 9º, § 4º, da Lei nº 8.987 remete à discricionária escolha do Poder Concedente a determinação do meio de recomposição do equilíbrio inicial^[34].

35. Portanto, havendo algum evento que gere maior ônus ao contratado e que justifique a

recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, isso pode ocorrer mediante o ajuste das cláusulas contratuais de modo a atenuar os encargos do contratado ou aumentar suas vantagens, sem prejuízo da possibilidade de rescisão em casos de total inviabilização do contrato^[35] (art. 78, XVII, da Lei nº 8.666, de 1993^[36]).

36. Apresentadas essas considerações gerais sobre a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos, passo a examinar a minuta de Portaria submetida à apreciação desta Assessoria Jurídica.

○ **Das definições**

37. O texto normativo só deve conter definições quando absolutamente necessárias. As definições legais podem engessar a interpretação da norma, impedindo a sua evolução e consequente adaptação às novas realidades sociais. Como regra geral, as definições devem ser deixadas para a doutrina. O recurso às definições normalmente é útil no caso de normas técnicas. Quando utilizadas, devem ser evitadas as definições arbitrárias ou tautológicas. Para isso, devem ser observadas as seguintes regras: (i) o termo não deve ser definido de forma contrária ao uso que é normalmente empregado pelos destinatários; e (ii) a definição não deve conter, direta ou indiretamente, o termo definido. Portanto, em sendo necessário estabelecer definições, devem ser elaboradas com cuidado redobrado. Recomenda-se que as normas definidoras sejam inseridas num único artigo, logo após o primeiro^[37]. Cada definição deve ser incluída numa alínea própria.

38. Os termos definidos no art. 2º da minuta de Portaria em exame são, em sua maioria, de natureza técnica. Portanto, parecem ser pertinentes. Além disso, por tratar-se de uma portaria ministerial, tais definições poderiam ser alteradas com facilidade se for o caso.

39. No entanto, ressalvo que a definição de “estudo de viabilidade técnica, econômica e ambiental” que consta do inciso I do art. 2º da minuta em apreço é vazia de sentido: afirma apenas que é um “estudo elaborado nos termos estabelecidos em norma da ANTAQ”. Portanto, considero que tal definição não tem utilidade.

40. Em relação à definição de “unificação contratual” (art. 2º, inciso VI), recomendo uma reanálise da pertinência de seu conteúdo à luz do recente PARECER nº 142/2015/ASJUR-SEP/CGU/AGU (NUP 50300.001764/2011-77), que tratou sobre o tema da unificação de contratos de arrendamento portuário.

○ **Das regras gerais**

41. O art. 4º da minuta de Portaria indica os possíveis fatos geradores de desequilíbrio econômico-financeiro, o que abrangeria os seguintes eventos: (i) alteração na matriz de riscos contratual; (ii) materialização de riscos expressamente assumidos pelo poder concedente; (iii) descumprimento de obrigações contratuais pela arrendatária com impactos para a equação econômico-financeira contratual; (iv) determinação ou autorização de investimentos ou de prestação de serviços de interesse público não previstos originalmente em contrato, inclusive fora da área arrendada; (v) impactos na equação econômico-financeira advindos de prorrogação contratual; (vi) impactos na equação econômico-financeira advindos de unificação contratual; e (vii) impactos na equação econômico-financeira advindos de modificação, não prevista originalmente em contrato, da área arrendada.

42. A meu ver, todos esses eventos têm potencial para gerar desequilíbrio econômico-financeiro dos contratos de arrendamento de instalações portuárias. Ressalvo apenas que, de acordo com a definição de “unificação contratual” que consta do inciso VI do art. 2º, ela poderia ser considerada como uma “modificação da área arrendada não prevista originalmente no contrato”. Portanto, aparentemente há uma redundância, pelo menos parcial, entre os incisos VI e VII do art. 4º da minuta de Portaria.

43. Parece-me que o inciso VII do art. 4º da minuta de Portaria teria por finalidade se referir à possibilidade de extensão da área arrendada para área contígua dentro da poligonal do porto organizado, que está prevista no § 6º do art. 6º da Lei nº 12.815, de 2013. Se for esse o caso, recomendo que a redação do referido inciso VII do art. 4º da minuta de Portaria seja mais precisa, de modo a evitar a redundância parcial com o inciso VI e refletir de modo mais preciso a situação que, aparentemente, busca regular.

44. Em relação ao art. 7º da minuta de Portaria, penso que sua redação não é suficientemente clara. Portanto, recomendo rever o teor do mencionado dispositivo de modo a esclarecer seu objeto.

45. O art. 8º da minuta de Portaria trata dos *meios* de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, que seriam estes: (i) aumento ou redução dos valores financeiros previstos no contrato de arrendamento; (ii) modificação das obrigações contratuais do arrendatário; (iii) extensão ou redução do prazo de vigência do contrato de arrendamento; e (iv) pagamento de indenização.

46. De fato, esses são meios capazes de reestabelecer o equilíbrio-econômico financeiro, quando ocorrido algum dos fatos geradores de desequilíbrio indicados no art. 4º da minuta de Portaria. Porém, considero importante fazer uma ressalva em relação à hipótese de “extensão ou redução do prazo de vigência dos contratos” como *meio* de reestabelecer o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos.

47. Um dos elementos contratuais que conferem vantagem ao concessionário ou permissionário é o prazo de vigência do contrato. Por isso, em tese seria possível que a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro se dê mediante a ampliação do prazo contratual. Não há, pelo menos expressamente, qualquer regra proibitiva da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro por meio da alteração do prazo de vigência do contrato.

48. Marçal Justen Filho admite expressamente essa possibilidade:

O princípio da proporcionalidade impede que se imponha ao concessionário o dever de sofrer perda patrimonial tal como exclui a elevação de tarifas que possam colocar em risco a estabilidade econômica da Nação. Também exclui a possibilidade de que se constranja o poder público a desembolsar vultosos recursos para indenizar o contratado apenas porque se reputa indispensável extinguir a contratação e realizar licitação. Soluções extremadas, que ignoram as consequências secundárias da preponderância de um único valor, não são conformes ao Direito. Não se cumpre a vontade da Constituição quando se desmerece um valor nela consagrado, ainda que a pretexto de dar aplicação às próprias normas constitucionais.

Uma alternativa consistiria na ampliação dos prazos da concessão, de modo a assegurar que

o prazo mais longo permita a realização dos resultados assegurados ao interessado. A prorrogação é compatível com a Constituição especialmente quando todas as outras alternativas para produzir a recomposição acarretariam sacrifícios ou lesões irreparáveis às finanças públicas e aos interesses dos usuários. Essa é a alternativa que realiza, de modo mais intenso possível, todos os valores e princípios constitucionais. Compõem-se os diferentes princípios e obtém-se a realização harmônica de todos eles.

Por isso, alterou-se o entendimento para aceitar a solução da prorrogação do prazo da concessão como instrumento para produzir a recomposição da equação econômico-financeira original^[38].

49. Considerando que a alteração do prazo de vigência do contrato de arrendamento (ampliação ou redução) seria um dos *meios* pelos quais o poder concedente poderia promover a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato (ou sua manutenção concomitantemente a alguma alteração unilateral do contrato pela Administração Pública), seria possível concluir que essa hipótese de extensão do prazo contratual não se confundiria com a *prorrogação ordinária* de tais contratos, que está prevista no art. 8º, inciso I, e no art. 19 do Decreto nº 8.033, de 2013^[39].

50. A *prorrogação ordinária*, prevista contratualmente, seria um *fato gerador* de desequilíbrio, conforme previsto no inciso V do art. 4º da própria minuta de Portaria sob análise; e não propriamente um *meio* de reestabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos. Portanto, o inciso V do art. 4º e o inciso III do art. 8º da minuta de Portaria parecem tratar de coisas distintas. Tanto é que o inciso III do art. 8º não se refere apenas à ampliação do prazo contratual, mas inclusive à possibilidade de redução da vigência dos contratos de arrendamento portuário. Presume-se então que se trata de uma alteração de prazo contratual *não prevista no contrato* e que por isso não se confundiria com a possibilidade de prorrogação ordinária.

51. Essa distinção entre prorrogação ordinária e alteração de vigência para fins de restauração ou manutenção do equilíbrio econômico-financeiro se impõe por três razões. Conforme a Orientação Normativa AGU nº 22, de 2009, o reequilíbrio econômico-financeiro pode ser concedido a qualquer tempo e “independentemente de previsão contratual”, desde que presentes os requisitos legais estabelecidos no art. 65, II, “d”, da Lei nº 8.666, de 1993. Portanto, enquanto a prorrogação ordinária exige previsão contratual expressa (art. 8º, inciso I, do Decreto nº 8.033, de 2013); a ampliação ou redução do prazo contratual para fins de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dispensaria qualquer previsão contratual. Além disso, conforme exposto, o reequilíbrio econômico-financeiro exige uma causa justificadora prévia ou concomitante que tenha como resultado o abalo da equação econômico-financeira original, enquanto que a prorrogação ordinária não requer essa causa justificadora, embora possa ela própria tornar necessário o reestabelecimento da equação econômico-financeira para o período de prorrogação. Finalmente, enquanto a prorrogação ordinária decorre de ato discricionário da Administração (art. 19 do Decreto nº 8.033, de 2013); o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato é ato vinculado, embora a Administração Pública goze de alguma discricionariedade para definir o meio para promover esse reequilíbrio que melhor se adegue ao interesse público.

52. Por tais motivos, considerando que se tratam de institutos jurídicos distintos, seria possível defender que a hipótese de alteração do prazo contratual (ampliação ou redução do prazo) para fins de reequilíbrio econômico-financeiro não estaria atrelada ao prazo de prorrogação ordinária que, se for possível, deve estar definido no próprio contrato de arrendamento.

53. Porém, a possibilidade de ampliação do prazo de vigência de contratos administrativos como meio de reestabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro, independentemente de qualquer previsão contratual, está longe de ser algo pacífico. Ao contrário, é uma tese bastante controversa. Recentemente, esta Assessoria Jurídica teve a oportunidade de se manifestar sobre essa questão por meio do PARECER Nº 73/2015/ASJUR-SEP/CGU/AGU (NUP 00045.000569/2014-62) e concluiu pela necessidade de manifestação positiva da Consultoria-Geral da União para que essa possibilidade possa ser efetivamente aplicada no âmbito da Administração Pública federal.

54. Portanto, ressalvo que o inciso III do art. 8º da minuta de Portaria em análise pode ser interpretado como uma autorização para ampliar o prazo de vigência dos contratos de arrendamento portuário para além do prazo de vigência (e eventual prorrogação) previsto contratualmente. Se for essa a intenção do órgão consulente, recomendo que se aguarde a manifestação da Consultoria-Geral da União sobre o tema.

55. Por outro lado, é possível que o inciso III do art. 8º da minuta de Portaria tenha por intuito, pelo menos no caso da “ampliação do prazo de vigência”, utilizar a prorrogação ordinária, caso prevista contratualmente e ainda não efetivada, como meio para restaurar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato que tenha sido afetado por um outro fato gerador. Nessa perspectiva, a aplicação do inciso III do art. 8º da minuta de Portaria estaria limitada à existência de previsão contratual de prorrogação ainda não implementada. Mas não há qualquer restrição nesse sentido no art. 8º da minuta de Portaria em exame. Portanto, se for esse o caso, recomendo que tais restrições fiquem mais claras no ato normativo em apreço.

○ **Das competências**

56. Já foi esclarecida neste Parecer a possibilidade de estabelecer as competências da ANTAQ e da autoridade portuária em ato normativo expedido pelo Ministro da Secretaria de Portos da Presidência da República.

57. Em relação ao inciso II do art. 10 da minuta de Portaria, percebo que há uma aparente contradição entre esse dispositivo e o § 5º do art. 16 da própria minuta de Portaria. Isso porque o inciso II do art. 10 estabelece a obrigatoriedade de exame da adimplência financeira da arrendatária (apenas), ao passo que o § 5º do art. 16 exige que a ANTAQ apresente à Secretaria de Portos declaração circunstanciada sobre a “adimplência financeira da arrendatária e das pessoas jurídicas que, direta ou indiretamente, sejam controladoras, controladas, coligadas ou de controlador comum com a arrendatária”. Portanto, os dois dispositivos devem ser tornados harmônicos, para evitar qualquer problema de interpretação. Além disso, destaco que devem ser observadas as disposições do caput e do § 2º do art. 62 da Lei nº 12.815, de 2013^[40].

○ **Procedimentos**

58. O art. 12 da minuta de Portaria em apreço prevê a perda do direito à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro caso ultrapassado o prazo de 2 (dois) anos, contados a partir da ocorrência do fato gerador, sem que o arrendatário sequer tenha solicitado do reequilíbrio. Essa norma parece se justificar porque, se o arrendatário permanece inerte por tanto tempo sem nem ao mesmo pleitear a restauração do equilíbrio econômico-financeiro do contrato seria possível presumir que, de fato, não houve qualquer desequilíbrio. Porém, é importante levar em conta

que a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato é um *direito* do contratado, garantido pela própria Constituição e disciplinado por lei. Em se tratando de um *direito* ou *pretensão* do contratado perante a Administração Pública, submete-se à *prescrição*. Mas, enquanto não ocorrer a prescrição, o contratado pode fazer valer a sua pretensão ao reequilíbrio contratual.

59. Na ausência de norma legal específica em sentido contrário, a pretensão de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos prescreve em 5 (cinco) anos, nos termos do art. 1º do Decreto nº 20.910, de 1932[41]. Trata-se de norma recepcionada pela atual ordem constitucional com *força de lei*. Nesse sentido, cabe citar a seguinte decisão do Tribunal Regional Federal da 2ª Região:

TRIBUTÁRIO - SALÁRIO-EDUCAÇÃO - LEGALIDADE E LEGITIMIDADE DA EXAÇÃO, RECEPCIONADA EM 1988, E POSTERIOR DISCIPLINA (LEI 9.424/96), TAMBÉM ADEQUADA - SENTENÇA MANTIDA. I - O princípio da continuidade comanda, como regra, a manutenção de toda a legislação de um Estado, quando do advento de nova Carta, salvo naquilo em que materialmente incompatível com o novo texto. As formas pelas quais os textos legais anteriores ao novo são veiculadas, desde que reguladores na origem, são recebidas com força de lei: é o caso do Decreto 20.910 (Lei geral de prescrição), do Decreto 22.626 (lei de usura), do Decreto 24.150 (lei de luvas, revogada em 1991), todos originariamente com roupagem de Decreto, certo que, à época, este veículo era formalmente idôneo a editar os textos pretendidos; II - Daí que mencionar o art. 25 do ADCT não tem qualquer sentido. Antes e depois de 1988 o salário-educação foi e é contribuição especial. Sentença mantida. (Processo: AMS 9902025501; Relator(a): Desembargador Federal GUILHERME COUTO; Sigla do órgão: TRF2; Órgão julgador: QUARTA TURMA; Fonte: DJU - Data::25/11/1999).

60. Portanto, ato normativo infralegal não poderia estabelecer prazo diferente para o exercício da pretensão ao reequilíbrio econômico-financeiro de contrato administrativo. Diante disso, o prazo de 2 (dois) anos estabelecido no art. 12 da minuta de Portaria em análise é ilegal.

61. Não bastasse isso, em se tratando de *lesão continuada*, a pretensão do contratado ao reequilíbrio econômico-financeiro renova-se a cada momento. Isso significa que a prescrição atinge apenas os reflexos econômicos originados do desequilíbrio econômico-financeiro e não do próprio “fundo de direito”. Portanto, caso o contratado apresente pedido de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro após cinco anos do fato gerador, a prescrição atingiria apenas os reflexos econômicos relativos ao período anterior a cinco anos da data do pedido. Incidiria, portanto, a Súmula nº 85 do Superior Tribunal de justiça:

Nas relações jurídicas de trato sucessivo em que a fazenda Pública figure como devedora, quando não tiver sido negado o próprio direito reclamado, a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação. (Súmula nº 85/STJ)

62. No mesmo sentido, assim estabelece a Súmula nº 443 do Supremo Tribunal Federal:

A prescrição das prestações anteriores ao período previsto em lei não ocorre, quando não tiver sido negado, antes daquele prazo, o próprio direito reclamado, ou a situação jurídica

que ele resulta. (Súmula nº 443/STF)

63. Em relação à prescrição da pretensão ao reequilíbrio econômico-financeiro de contratos administrativos, assim já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. CONTRATO DE CONCESSÃO. EXPLORAÇÃO DE LINHAS RODOVIÁRIAS. INSERÇÃO DE NOVA SISTEMÁTICA DE CÁLCULO DE TARIFAS PELO GOVERNO ESTADUAL. RESOLUÇÃO Nº 03/85. DESEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL ACOLHIDA PELO ACÓRDÃO DE SEGUNDO GRAU. APLICAÇÃO DO DECRETO Nº 20.910/32, ART. 1º. AÇÃO AJUIZADA EM 30/03/94. TERMO A QUO: DATA DE CADA ATO ALEGADAMENTE LESIVO. RENOVAÇÃO PERIÓDICA DA POSSÍVEL LESÃO. SÚMULA 85/STJ. INEXISTÊNCIA DE OMISSÕES NO ARESTO RECORRIDO. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC REPELIDA. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE PROVIDO. (...) 3. O cômputo do lapso prescricional no presente caso deve ser feito a partir de cada ato supostamente lesivo. O art. 1º do Decreto 20.910/32 consagra essa tese ao emitir este enunciado "As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em cinco anos contados da data do ato ou fato do qual se originarem". 4. O pedido indenizatório fundou-se no desequilíbrio econômico-financeiro ocasionado pela Resolução nº 03/85 em contratos de concessão de serviços de transporte de passageiros firmados entre a autora e o Estado do Paraná. Considerando-se que a suposta lesão perpetrrou-se no tempo e foi atingindo, periodicamente, o direito da autora, renovou-se, a cada incidência, o direito ao ajuizamento da ação, merecendo ser afastado o reconhecimento da prescrição nos moldes expostos pelo Tribunal de segundo grau. 5. O retratado nos autos demonstra que o ato vilipendiador do direito da autora não foi, apenas, a ação da entidade governamental ao emitir o ato normativo (Resolução nº 03/85), mas sim, os seus efeitos. Como defendido pela recorrente, no presente caso, o termo a quo não pode ser a mera publicação de um ato administrativo abstrato, mas sim, o fenômeno do desequilíbrio financeiro, que não é instantâneo, gerando reflexos na execução do contrato, caso ocorrido. 6. A Súmula nº 85 deste Sodalício assentou: "Nas relações de trato sucessivo em que a Fazenda Pública figure como devedora, quando não tiver sido negado o próprio direito reclamado, a prescrição atinge apenas as prestações vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação". 7. Considerando-se que a ação foi ajuizada em data de 30/03/94, encontra-se prescrita a pretensão autoral, nos termos do art. 1º do Decreto 20.910/32, somente em relação às diferenças anteriores à data de 30/03/89. 8. Recurso especial PARCIALMENTE PROVIDO para afastar a prescrição das diferenças pleiteadas após 30/03/89, determinando-se o retorno dos autos ao Tribunal de origem para que sejam apreciadas as demais questões suscitadas na ação. (Processo: REsp 756511 / PR; Relator(a): Ministro JOSÉ DELGADO; Órgão Julgador: T1 - PRIMEIRA TURMA; Data do Julgamento: 06/10/2005; Data da Publicação/Fonte: DJ 21/11/2005 p. 158).

64. No mesmo sentido, cabe citar recente decisão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região:

APELAÇÃO. ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO ORDINÁRIA.

PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS AO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. TABELA SIH/SUS. ATUALIZAÇÃO MONETÁRIA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL E CONTRATUAL. PORTARIAS GM/MS 2.277/95, 1.323/99, 469/01, SAS 77/02 e GM/MS 53/04. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL RECONHECIDA (DECRETO 20.910/32). SENTENÇA MANTIDA. 1. A pretensão autoral almeja as diferenças causadas pelas remunerações a menor (ausência de correção monetária) praticadas pela União, a partir de dezembro/2000, para os procedimentos de internação psiquiátricas previstas na Tabela SIH/SUS. 2. Em caso tais de trato sucessivo, "A prescrição alcança apenas as parcelas vencidas anteriormente ao quinquênio contado do ajuizamento da ação, e não ao chamado fundo de direito, consoante o disposto no Decreto 20.910/32 e Súmula 85 do STJ" (AC 0034599-80.1999.4.01.3800 / MG, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL FAGUNDES DE DEUS, Rel.Conv. JUIZ FEDERAL CESAR AUGUSTO BEARSI (CONV.), QUINTA TURMA, e-DJF1 p.146 de 31/07/2008). 3. A Lei 8.080/1990, que trata da matéria, em momento algum estabelece qualquer indexador na atualização dos procedimentos, nem qualquer periodicidade dessa atualização. Além disso, não foi acostado o instrumento de contrato que firmou o convênio ou qualquer outro documento que pudesse fundamentar previsão nesse sentido. Dessa forma, não se constata nenhuma ilegalidade, à luz da interpretação sistemática do caso e da finalidade do interesse público, nas atualizações trazidos pelas subseqüentes edições das portarias ministeriais reguladoras do assunto. Em suma, não é dado à União, muito menos ao Poder Judiciário, aplicar índices monetários desprovidos de base legal e contratual. 4. Assim, por conseguinte, caso as atualizações trazidos pelas Portarias não fossem as corretas ou as suficientes à manutenção da boa prestação dos serviços ou do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, caberia ao ente privado, ao amparo da autonomia da vontade, regente das relações contratuais, postular administrativamente, ou mesmo judicialmente, a rescisão do negócio jurídico e não buscar em juízo aplicação de índices, repita-se, desprovidos de fundamento legal e contratual. 5. Importante anotar que não se está aqui negando a aplicação da correção monetária nessa relação, vez que, conforme há muito pacificado, a correção não corresponde a modificação ou majoração das importâncias utilizadas, mas sim mera manutenção do valor da moeda em função do processo inflacionário. O que, em verdade, ora se adota é a impossibilidade de se reconhecer como ilegais as correções praticadas pelo Ministério da Saúde e, além disso, aplicar o indexador do IPCA-IBGE na tabela SIH/SUS, já que não constam elementos legais nem contratuais na hipótese que justifiquem a adoção dessas medidas. 6. Apelação a que se nega provimento. (Processo: AC 00101617920064013400; Relator(a): DESEMBARGADOR FEDERAL KASSIO NUNES MARQUES; Sigla do órgão: TRF1; Órgão julgador: SEXTA TURMA; Fonte: e-DJF1 DATA:03/03/2015 PAGINA:185)

65. Portanto, considero que a norma estabelecida no art. 12 da minuta de Portaria em exame é duplamente ilegal. Primeiro por fixar prazo para o exercício da pretensão ao reequilíbrio econômico-financeiro inferior a cinco anos. Segundo, por estabelecer a prescrição do “fundo de direito” a partir do fato gerador do desequilíbrio, quando o entendimento jurisprudencial prevalente é que, em casos tais, a prescrição quinquenal atingiria apenas os reflexos econômicos do desequilíbrio, que se sucedem a cada momento, quando não tiver sido anteriormente negado o direito.

66. Considerando que a prescrição não pode ser alterada por ato normativo infralegal, parece-me que seria o caso de excluir qualquer referência, no ato normativo cuja minuta está ora sob exame, acerca do prazo para que

os arrendatários exerçam o direito ao reequilíbrio econômico-financeiro. Isso porque qualquer disposição nesse sentido deveria limitar-se a reproduzir as normas legais, conforme a interpretação predominante.

67. O parágrafo único do art. 14 da minuta de Portaria estabelece que as prorrogações de contratos só poderão ocorrer se for demonstrado o cumprimento das obrigações contratuais vigentes. Em relação a esse dispositivo, cabem duas ressalvas. Em primeiro lugar, esse dispositivo está aparentemente mal posicionado no ato normativo, uma vez que não tem relação direta com o caput do art. 14 e tampouco se trata propriamente de uma norma procedimental. Se for o caso de mantê-lo no ato normativo cuja minuta está em análise, parece-me que deveria ser inserido como um parágrafo ao art. 4º ou ao art. 8º, conforme se aplique à prorrogação ordinária ou a eventuais ampliações extraordinárias de prazo (vide os parágrafos 41 a 55 deste Parecer). Além disso, se for o caso de indicar, no ato normativo em análise, restrições à prorrogação de contratos de arrendamento, será necessário indicar *todas as restrições*. E, de acordo com o art. 62 da Lei nº 12.815, de 2015, também o inadimplemento de tarifas portuárias e outras obrigações financeiras perante a administração do porto ou à ANTAQ impossibilitam a prorrogação.

68. Em relação ao § 2º do art. 15, que estabelece a possibilidade de um “pedido de reconsideração” da decisão de indeferimento preliminar do pedido de recomposição de equilíbrio econômico-financeiro, é importante mencionar que o administrado tem direito de interpor recurso contra as decisões administrativas que sejam prejudiciais aos seus interesses. Nesse sentido, assim estabelecem o inciso X do parágrafo único do art. 2º, e o art. 56 da Lei nº 9.784, de 1999:

Art. 2º (...)

Parágrafo único. Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de:

(...)

X - garantia dos direitos à comunicação, à apresentação de alegações finais, à produção de provas e à interposição de recursos, nos processos de que possam resultar sanções e nas situações de litígio;

Art. 56. Das decisões administrativas cabe recurso, em face de razões de legalidade e de mérito.

§ 1º O recurso será dirigido à autoridade que proferiu a decisão, a qual, se não a reconsiderar no prazo de cinco dias, o encaminhará à autoridade superior.

§ 2º Salvo exigência legal, a interposição de recurso administrativo independe de caução.

§ 3º Se o recorrente alegar que a decisão administrativa contraria enunciado da súmula vinculante, caberá à autoridade prolatora da decisão impugnada, se não a reconsiderar, explicitar, antes de encaminhar o recurso à autoridade superior, as razões da aplicabilidade ou inaplicabilidade da súmula, conforme o caso.

69. O pedido de reconsideração não é propriamente um recurso. Aliás, nos termos do art. 56 da Lei nº 9.784, de 1999, o recurso administrativo permite a reconsideração da decisão pela autoridade que a proferiu, mas não se esgota nisso. Caso seja mantida a decisão pela autoridade que a proferiu, o recurso deve ser encaminhado à autoridade superior para o exame do recurso. Portanto, a possibilidade de “solicitação de reconsideração” prevista no § 2º do art. 15 da minuta de Portaria em análise não satisfaz o direito do administrado em poder recorrer da decisão administrativa. Diante disso, deve ser inserida a previsão de um verdadeiro recurso administrativo contra a decisão que indeferir o pedido de recomposição do equilíbrio-econômico financeiro, que deve observar o disposto nos arts. 56 e seguintes da Lei nº 9.784, de 1999.

70. O *caput* do art. 16 estabelece que, se o arrendatário não cumprir o prazo regulamentar de 60 dias para a entrega do EVTEA à ANTAQ perderá o direito à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro. Sobre esse dispositivo, valem as mesmas considerações já lançadas em relação ao art. 12 da minuta de ato normativo em análise (parágrafos 58 a 66 deste Parecer). Cabe ainda acrescentar que a consequência estabelecida no art. 16 da minuta de Portaria é claramente desproporcional. Portanto, ainda que ato normativo infralegal pudesse inovar em matéria de prescrição (o que não pode), a desproporção da sanção imposta para o atraso na apresentação do EVTEA à ANTAQ recomendaria a revisão da norma contida no *caput* do art. 16.

71. O § 3º do art. 16 dispõe que “o EVTEA não é vinculativo, contudo, após aprovado pela ANTAQ, será utilizado para a definição de elementos do termo aditivo”. Uma crítica de natureza formal é que esse dispositivo estabelece duas normas diferentes, o que não me parece adequado. Por isso, sugiro que seja desmembrado. Além disso e mais importante, creio que se trata de um enunciado normativo obscuro. Primeiro, porque não estabelece explicitamente em que consiste essa “não vinculatividade” do EVTEA. Segundo, porque também não esclarece como o EVTEA seria utilizado para a definição dos “elementos” do termo aditivo e ainda assim não seria “vinculativo”.

72. O § 2º do art. 21 trata da situação em que o projeto executivo (a ser apresentado após a celebração do termo aditivo para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro quando o fato gerador do desequilíbrio for a realização de novos investimentos) preveja valor de investimento inferior ao que constou do plano de investimentos aprovado anteriormente (durante o processo de análise do pedido de restauração do equilíbrio econômico-financeiro). Nesse caso, se estabelece que a “arrendatária deverá, alternativamente e a critério do poder concedente, propor a reversão imediata do valor de investimento não contemplado no projeto executivo em remuneração do arrendamento, a ser paga em parcela única, ou a readequação do prazo do contrato de arrendamento”.

73. A meu ver, a redação do § 2º do art. 21 requer ajustes para esclarecer, principalmente, quem definirá a consequência da realização de investimentos menores que o previsto anteriormente. Pelo que compreendi do dispositivo, cabe ao arrendatário propor uma das soluções nele indicadas, mas que competiria ao poder concedente estabelecer em cada caso a solução a ser adotada. Ainda que tenha sido essa a intenção, recomendo tornar mais clara a redação do § 2º do art. 21.

○ Disposições finais e transitórias

74. Em relação ao art. 24, que trata da unificação contratual, sugiro que seu conteúdo seja reavaliado à luz do PARECER nº 142/2015/ASJUR-SEP/CGU/AGU (NUP 50300.001764/2011-77), que tratou sobre esse tema.

Além disso, penso que a questão da unificação de contratos de arrendamento demande uma regulamentação mais detalhada. Portanto, parece-me que o enunciado que consta do art. 24 da minuta de Portaria em apreço é insuficiente para normatizar esse assunto de modo consistente. Diante disso e considerando que cada assunto deve ser tratado integralmente por um único ato normativo de mesma espécie, recomendo que a unificação contratual seja integralmente tratada na minuta de Portaria em análise ou, alternativamente, que sejam excluídos todos os dispositivos que tratam da unificação de contratos para que esse tema seja regulado por ato normativo específico.

○ **Dos aspectos formais**

75. Em relação aos aspectos formais, percebo que a minuta de Portaria em exame não segue todas as exigências do Decreto nº 4.176, de 2002.

76. Porém, tendo em vista a necessidade de retorno ao órgão consulente diante das ressalvas e recomendações contidas neste Parecer, o que deverá gerar alterações no projeto de ato normativo, parece-me não ser o caso de neste momento indicar detalhadamente todos os ajustes de natureza formal que devem ser feitos. É bastante neste momento informar que as portarias normativas também devem observar as normas do Decreto nº 4.176, de 2002.

CONCLUSÃO

77. Ante o exposto, diante das ressalvas e recomendações apresentadas neste Parecer, concluo que, do ponto de vista jurídico, a minuta de ato normativo em análise não está em condições de ser aprovada.

78. Sugiro então a devolução dos autos ao órgão consulente para que tome ciência das ressalvas e recomendações que constam deste Parecer a fim de que sejam promovidos os ajustes necessários.

À consideração superior.

Brasília-DF, 22 de junho de 2015.

Felipe Nogueira Fernandes
Advogado da União

[1] Art. 1º Este Decreto regulamenta o disposto na Lei no 12.815, de 5 de junho de 2013, e as demais disposições legais que regulam a exploração de portos organizados e de instalações portuárias. Parágrafo único. O poder concedente será exercido por intermédio da Secretaria de Portos da Presidência da República.

[2] Art. 12. Um órgão administrativo e seu titular poderão, se não houver impedimento legal, delegar parte da sua competência a outros órgãos ou titulares, ainda que estes não lhe sejam hierarquicamente subordinados, quando for conveniente, em razão de circunstâncias de índole técnica, social, econômica, jurídica ou territorial. Parágrafo único. O disposto no caput deste artigo aplica-se à delegação de competência dos órgãos colegiados aos respectivos presidentes.

[3] Art. 37. (...) XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

[4] ARAGÃO, Alexandre Santos de. Direito dos serviços públicos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 606. No mesmo sentido: FIGUEIREDO, Lúcia Valle. A Equação Econômico-Financeira do Contrato de Concessão: Aspectos Pontuais. Revista Eletrônica de Direito Administrativo, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 7, ago/set/out de 2006. Disponível na internet: <http://direitodoestado.com.br>. Acesso em 4 de maio de 2013.

[5] JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria geral das concessões de serviço público. São Paulo: Dialética, 2003, p. 392-394.

[6] Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos: (...) II - por acordo das partes: (...) d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de conseqüências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.

[7] Art. 9º (...) § 2º Os contratos poderão prever mecanismos de revisão das tarifas, a fim de manter-se o equilíbrio econômico-financeiro.

[8] Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de: I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado; (...) § 2º Na hipótese do inciso I deste artigo, as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual.

[9] Art. 9º (...) § 4º Em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração.

[10] ARAGÃO, Alexandre Santos de. Direito dos serviços públicos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 607.

[11] FIGUEIREDO, Lúcia Valle. A Equação Econômico-Financeira do Contrato de Concessão: Aspectos Pontuais. Revista Eletrônica de Direito Administrativo, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 7, ago/set/out de 2006. Disponível na internet: <http://direitodoestado.com.br>. Acesso em 4 de maio de 2013. (p. 3)

[12] JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria geral das concessões de serviço público. São Paulo: Dialética, 2003, p. 393-394.

[13] JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria geral das concessões de serviço público. São Paulo: Dialética, 2003, p. 391.

[14] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito administrativo. 20 ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 256.

[15] JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria geral das concessões de serviço público. São Paulo: Dialética, 2003, p. 388.

[16] JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria geral das concessões de serviço público. São Paulo: Dialética, 2003, p. 388.

[17] NATAL, Tatiana Esteves. A divisão de riscos e o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão de serviço público no Estado regulador. Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Rio de Janeiro (67), 2013, p. 223.

[18] ARAGÃO, Alexandre Santos de. Direito dos serviços públicos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 604.

[19] JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria geral das concessões de serviço público. São Paulo: Dialética, 2003, p. 390.

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

[21] 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; III - concessão de serviço público precedida da execução de obra pública: a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegada pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para a sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado; IV - permissão de serviço público: a delegação, a título precário, mediante licitação, da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco.

[22] De acordo com Tatiana Natal (2013, p. 234-236), essa tradicional teoria da divisão dos riscos em contratos de concessão não é compatível com modelos tarifários mais atuais, como a regulação tarifária por incentivos, que pressupõe a divisão da álea ordinária entre o concessionário e o poder concedente, pois não vincula a revisão tarifária apenas à ocorrência de eventos extraordinários. Ela explica que em tal modelo há uma divisão objetiva de riscos prevista de forma detalhada no contrato de concessão, que é independente da classificação de tais riscos como ordinários ou extraordinários.

[23] NATAL, Tatiana Esteves. A divisão de riscos e o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão de serviço público no Estado regulador. Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Rio de Janeiro (67), 2013, p. 227.

[24] O contrato pode prever mecanismos de reequilíbrio econômico-financeiro que independem da ocorrência de eventos extraordinários, estabelecendo critérios objetivos que servem de base para revisões periódicas da equação econômico-financeira de contratos de concessão. E a divisão de riscos estabelecida no contrato pode ser diferente da que decorre do modelo tradicional, em que o contratado suporta todos os riscos ordinários e o poder concedente todos os riscos extraordinários. Nesse sentido: NATAL, Tatiana Esteves. A divisão de riscos e o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão de serviço público no Estado regulador. Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Rio de Janeiro (67), 2013, p. 229-230.

[25] ARAGÃO, Alexandre Santos de. Direito dos serviços públicos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 607.

[26] ARAGÃO, Alexandre Santos de. Direito dos serviços públicos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 607.

[27] ARAGÃO, Alexandre Santos de. Direito dos serviços públicos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 612.

[28] Para Aragão (2013, p. 612), para que fique caracterizado o “fato do príncipe”, a medida deve partir da mesma entidade administrativa contratante; se partir de outra entidade administrativa seria aplicável a teoria da imprevisão (álea econômica).

[29] Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de: I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado; (...) § 2º Na hipótese do inciso I deste artigo, as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual.

[30] Art. 9º (...) § 4º Em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração.

[31] ARAGÃO, Alexandre Santos de. Direito dos serviços públicos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 613.

[32] Marçal, Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 10ª ed., São Paulo: Dialética, 2004, p. 500

[33] FIGUEIREDO, Lúcia Valle. A Equação Econômico-Financeira do Contrato de Concessão: Aspectos Pontuais. Revista Eletrônica de Direito Administrativo, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 7, ago/set/out de 2006. Disponível na internet: <http://direitodoestado.com.br>. Acesso em 4 de maio de 2013. (p. 2)

[34] JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria geral das concessões de serviço público. São Paulo: Dialética, 2003, p. 402.

[35] ARAGÃO, Alexandre Santos de. Direito dos serviços públicos. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 608.

[36] Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato: (...) XVII - a ocorrência de caso fortuito ou de força maior, regularmente comprovada, impeditiva da execução do contrato.

[37] Manual de feitura de leis. Cooperação CE – PALOP. Programa PIR PALOP II / Projecto Consolidação das Capacidades da Administração Pública. Lisboa: maio de 2006, p. 99. Disponível em: http://cooperacao.palop-tl.eu/biblioteca/Manual_Feitura%20de%20Leis_2_final.pdf

[38] JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria geral das concessões de serviço público. São Paulo: Dialética, 2003, p. 406.

[39] Art. 8º O edital definirá os critérios objetivos para o julgamento da licitação e disporá sobre: I - o objeto, a área, o prazo e a possibilidade de prorrogação do contrato; (...) Art. 19. Os contratos de concessão e de arrendamento terão prazo de até vinte e cinco anos, prorrogável uma única vez, por período não superior ao originalmente contratado, a critério do poder concedente.

[40] Art. 62. O inadimplemento, pelas concessionárias, arrendatárias, autorizatárias e operadoras portuárias no recolhimento de tarifas portuárias e outras obrigações financeiras perante a administração do porto e a Antaq, assim declarado em decisão final, impossibilita a inadimplente de celebrar ou prorrogar contratos de concessão e arrendamento, bem como obter novas autorizações. § 1º Para dirimir litígios relativos aos débitos a que se refere o caput, poderá ser utilizada a arbitragem, nos termos da Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996. § 2º O impedimento previsto no caput também se aplica às pessoas jurídicas, direta ou indiretamente, controladoras, controladas, coligadas, ou de controlador comum com a inadimplente.

[41] No mesmo sentido, vide o PARECER nº 26/2011/ASJUR-SEP/CGU/AGU (NUP 00045.002836/2008-98).

Atenção, a consulta ao processo eletrônico está disponível em <http://sapiens.agu.gov.br> mediante o fornecimento do Número Único de Protocolo (NUP) 00045001685201580 e da chave de acesso f080cbf9