

Caio Figueiroa: Como preservar concessões em momentos críticos?

16/04/2020

Tempos difíceis, no qual o acaso reina cego sobre o mundo, e a disseminação de diversos estudos técnicos^[1] colocam gestores públicos “linha de frente” em um grande paradoxo, fielmente retratado na fala do ministro Paulo Guedes sobre as estratégia de contenção da Covid-19; como economista, opta pela retomada da atividade econômica, e como cidadão, pelo isolamento.

A pluralidade de estudos técnicos evidencia a complexidade do momento. E contratos de concessão de serviços públicos não tem passado incólumes a tal situação, especialmente pela queda inesperada de demanda, com reflexos diretos sobre a receita das concessionárias. Os dados relativos aos setores mais afetados, como transporte aéreo e terrestre de passageiros, dão conta da supressão de até 90% da demanda real. Os números assustam e alertam para o risco de colapso dessas atividades.

Diversos escritórios têm partilhado cartilhas de recomendação sobre o tema, na mesma escala de proliferação viral dos *webinars*. Não é nenhum exagero afirmar que grande parte dessas recomendações destaca apenas a perspectiva de direitos decorrentes da legislação e do contrato, segundo o enquadramento da pandemia em si ou de seus desdobramentos. Em alguns casos, avançam para tratar da insuficiência dos mecanismos ordinários de reequilíbrio, porém, ainda sem muitas reflexões de que também persistem dificuldades ao poder concedente, notadamente de cunho orçamentário. Essas constatações motivaram a elaboração deste texto.

O momento é propício à indefinição, pois se de um lado persiste a crise de liquidez das concessionárias — que amargarão na tentativa de cobrir apenas as despesas operacionais — de outro reside a certeza do déficit no orçamento público. Os parâmetros da Lei Federal 13.979/2020 e de seu decreto regulamentador (Decreto 10.282/2020) são insuficientes para dar cabo da enxurrada de pleitos que afogarão o Poder Público nos próximos dias.

Muito provavelmente, o que se observará de dificuldades no desenvolvimento processual dos pedidos não será o reconhecimento da pandemia e seus efeitos indiretos como causa para reequilíbrio, seja na condição de força maior ou como fato do príncipe.

As consequências desses eventos, por certo, deverão se ater a particularidade da matriz de risco de cada contrato, considerando a primazia do instrumento contratual como referência de equilíbrio (art. 10 da Lei 8.987/95). Apenas quando constatada a omissão do contrato é que as partes poderão se socorrer da aplicação supletiva da cláusula *default* de alocação de riscos do art. 65, II, “d”, da Lei 8.666/93, a qual atribui eventos extraordinários e extracontratuais à administração contratante.

O reconhecimento do desequilíbrio, por sua vez, demandará a escolha dos mecanismos de compensação, os quais não podem ser considerados de maneira isolada pelo poder concedente, sob pena de não se garantir a *completude* da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro,^[2] além da potencial capacidade de distorcer a distribuição de riscos do contrato.

No atual contexto, quanto maior a liquidez do mecanismo, seja do ponto de vista de carrear novos recursos ou reduzir custos operacionais, melhor. Medidas como a extensão de prazo ou mesmo a suspensão da incidência de deflatores tarifários, evidentemente não atendem tal necessidade, o que não significa que não possam ser utilizadas em caráter complementar. Em alguns casos, como projetos *brownfield*, a reprogramação de investimentos será inócua, uma vez que as despesas operacionais são de maior relevância.

De início, é preciso admitir que os instrumentos de reequilíbrio convencionais não apresentam caráter neutro. Disso decorre a necessidade de escolha consensual das medidas de compensação, em sentido contrário do que dispõe a maioria dos contratos de concessão atuais.^[3] A negociação dos mecanismos, longe de ser uma novidade no ordenamento jurídico, encontra fundamento no § 1º do art. 58 da Lei 8.666/93, e aparenta restar sugerido no recente Decreto Federal 10.282/20 (art. 3º, § 6º).^[4]

A identificação dos mecanismos de reequilíbrio perpassa por uma segunda questão: a decisão consensual estaria limitada aos mecanismos dispostos no contrato? Não se desconhece o potencial questionamento, por suposta ofensa ao dever de

licitar e vinculação do instrumento convocatório. Esse entendimento não parece o mais adequado,[5] seja por força das disposições constitucionais e legais afetas ao dever de reequilíbrio dos contratos administrativos, como também pela própria finalidade compensatória dos mecanismos, os quais jamais impactariam na elaboração das propostas pelos licitantes.

Recentemente a questão foi apreciada pelo Tribunal de Contas da União, no contexto da prorrogação antecipada da Malha Paulista (Acórdão TCU 2876/2019-Plenário), tendo a SeinfraPortoFerrovia admitido expressamente a extensão de prazo para fins de reequilíbrio, independentemente de prévia disposição no edital ou no contrato. O precedente, além de refletir uma mudança brusca de posicionamento do TCU (Acórdãos 774/2016 e 738/2017), confere maior confiança ao gestor público, quando da escolha das medidas de reequilíbrio.

É claro que o comprometimento de recursos públicos, preferencialmente empregados em medidas anticíclicas contra os efeitos da pandemia na economia, tenderão a impulsionar o poder concedente a empregar mecanismos de caráter diferido, como a reprogramação de investimentos e a suspensão de obrigações. Afinal, o emprego de mecanismos de alta liquidez deverá ser compatibilizado com a escassez de recursos e o risco propiciado à continuidade ou segurança dos serviços.

A certeza é a de que será impossível a implementação simultânea de reequilíbrios de todos os contratos. O reconhecimento dessa dificuldade é também uma oportunidade e convite para a propositura de ideias que possam, no presente, garantir a sobrevivência e continuidade desses contratos e, no futuro, propiciar modelagens mais robustas e preparadas a lidar com contingências.[6]

No presente, são dignos de reconhecimento os esforços para implementar medidas paliativas, como aquelas da União Federal no setor aéreo (Medida Provisória 925) e da Prefeitura de São Paulo no transporte coletivo (Lei 17.335). Antes de se discutir efetivamente a pretensão de reequilíbrio, tais medidas buscaram garantir condições para que tais serviços não tenham qualquer solução de continuidade, mesmo porque o cenário ainda é instável para poder apreciar os efetivos impactos sobre os contratos.

O nítido propósito de preservação dos serviços contidos nesses exemplos pode, no futuro, servir de parâmetro para modelagens de novos projetos, como forma de atenuar os efeitos da imprevisão. A doutrina reconhece que o atributo da mutabilidade tem suas diversas facetas, ora atendendo as imposições unilaterais do poder concedente, ora revisitando obrigações da concessionária por eventos supervenientes.[7] Todas as suas frentes estão voltadas à consecução do interesse social, consubstanciado na prestação de serviços públicos adequados.

Se a racionalidade limitada (uma das causas de incompletude dos contratos de longo prazo) impede o tratamento completo das incertezas e contingências que possam afetar a concessão, não se descarta, como propõe Flávio Amaral Garcia (*Concessões, parcerias e regulação*. São Paulo: Malheiros, 2019), o tratamento tangenciado da mutabilidade “*dos seus limites, causas, responsabilidades, consequências e item procedimental*”. A segurança jurídica residiria na “*procedimentalização da mutabilidade*” como propõe o autor.

Surge, desse cenário, a necessidade de se pensar em processos de reequilíbrio que admitam mecanismos cautelares, a exemplo do que o Estado de São Paulo vem desenvolvendo nos contratos de parcerias mais modernos, tal como já tive a oportunidade de abordar em outro texto sobre reequilíbrios automáticos em concessões de rodovias.[8]

Para os casos em que se constata o risco de paralisação dos serviços, seria viável, a título cautelar e transitório, o aporte de subvenções em quantia suficiente para suprir a totalidade dos custos operacionais, observada a disciplina da Lei 4.320/64. [9] Paralelamente, seriam apurados no devido processo administrativo, (i) a suficiência a equalizar os custos suportados, (ii) a insuficiência, situação em que a concessionária deverá ser reequilibrado em decorrência do valor excedente, ou (iii) o excesso, hipótese em que a diferença entre o valor injetado e o ideal será restituído ao poder concedente, até mesmo se valendo dos mecanismos ordinários de reequilíbrio.

Para situações menos complexas, além dos mecanismos convencionais, por que não admitir a suspensão de determinados parâmetros de desempenho? O que se propõe não é novidade alguma para o ordenamento jurídico. Veja que a Lei 13.448/17 admite a possibilidade de suspender obrigações, desde que garantida a continuidade e segurança dos serviços. Além disso, tal medida tem potencial mitigador dos passivos a serem futuramente compensados.

Longe de ser uma solução mágica, as propostas aqui traçadas buscam conformar o contrato a situações inevitáveis, como a presente, por meio do devido processo administrativo. Não se nega que as revisões extraordinárias tenham esse papel, embora se desconheça contratos que permitam a adoção de medidas preventivas no procedimento revisional. Assim, diante da ocorrência de eventos críticos,[10] seria fundamento suficiente para implementação de medidas cautelares

administrativas, como autoriza o art. 45 da Lei Federal de Processo Administrativo (Lei 9.784/95), cuja aplicabilidade suplementar a outros entes federativos é reconhecida no STJ (Súmula 633).

Não se desconhece as contribuições dos civilistas adiantando a preocupação dos efeitos adversos da pandemia sobre os contratos privados. Todas elas retratadas no projeto de lei 1.179/2020, que estabelece o Regime Jurídico Emergencial e Transitório (RJET). A norma parte de um valor caro a todos os contratos, inclusive os públicos: a segurança jurídica. Apesar de tratar apenas de questões de direito privado, talvez seja pertinente ampliar o bem jurídico tutelado para comportar um RJET capaz de atender as necessidades de todo e qualquer negócio jurídico, inclusive os contratos de concessão. Por que não ampliar o alcance do art. 23 da LINDB, ao invocar o regime de transição, por ora restrito a decisões públicas que estabeleçam nova interpretação ou orientação?

É inegável que o Poder Concedente deve agir em conformidade com as necessidades que a situação de calamidade pública impõe (inclusive, mediante a abertura de créditos extraordinários), preservado as condições de exequibilidade operacional e financeira dos contratos de concessão, sobretudo aqueles classificados como de caráter essencial à população. Não se pode permitir que esses serviços sejam negligenciados, à luz das alternativas disponíveis ao poder concedente (parágrafo único do art. 20 da LINDB). A situação exige ponderação, para que cidadão e economista possam caminhar juntos à melhor solução.

[1] Destaques para o estudo estatístico do (1) *Imperial College London*, que sustenta a eficácia de medidas de isolamento social intensivo para alcançar menores taxas de mortalidade, quando comparadas com outras estratégias de mitigação. Adicionalmente, listo os resultados de pesquisa da (2) Universidade da Califórnia, retratando projeções de um cenário desolador à economia mundial, podendo se estender por décadas, cujos efeitos tendem a afetar a camada mais sensível da população (3). Todos disponíveis em:

1. <<https://www.imperial.ac.uk/media/imperial-college/medicine/sph/ide/gida-fellowships/Imperial-College-COVID19-Global-Impact-26-03-2020.pdf>>;
2. <http://ssingh.ucdavis.edu/uploads/1/2/3/2/123250431/pandemics_jst_mar2020_.pdf>;
3. <<https://apublica.org/wp-content/uploads/2020/03/crise-e-renda-familiar.pdf>>.

[2] Cf. RIBEIRO, Maurício Portugal. Reequilíbrios incompletos de contratos de concessão e PPP: reequilíbrio econômico (que não caracteriza reequilíbrio financeiro) e reequilíbrio financeiro (que não caracteriza reequilíbrio econômico). Publicado em 01.11.2015. Disponível em: <<http://www.portugalribeiro.com.br/reequilibrios-incompletos-de-contratos-de-concessao-e-ppp-reequilibrio-economico-que-nao-caracteriza-reequilibrio-financeiro-e-reequilibrio-financeiro-que-nao-caracteriza-reequilibrio-economico/>>.

[3] Conforme minuta de contrato da concessão da BR-116/101/SP/RJ (Nova Dutra): “22.3.1 Ao final do procedimento indicado na subcláusula anterior, caso a recomposição tenha sido julgada cabível, a ANTT deverá adotar, a seu exclusivo critério, uma ou mais formas de recomposição que julgar adequadas, incluindo, mas não se limitando a:”.

[4] Embora o referido dispositivo trate especificamente das limitações de serviços públicos, pode-se cogitar que futuro termo aditivo a tratar de novas condições operacionais durante o período da pandemia, também pactue, de imediato os mecanismos de recomposição do equilíbrio contratual.

[5] Cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Parecer quanto à prorrogação do prazo da concessão para fins de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato. In CARVALHO, André Castro. Contratos de concessão de rodovias: artigos, decisões e pareceres jurídicos. São Paulo: MP, 2009; GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Concessão de serviço público*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 307.

[6] Destaques para a proposta de EgonBockmann Moreira, pela criação de comitês técnicos voltados à resolução de eventos de crise na relação contratual (*Crisis Dispute Boards*). Disponível em:

<<https://www.gazetadopovo.com.br/vozes/egon-bockmann-moreira/crisis-dispute-boards/?ref=ultimas>>.



[7] Digno de nota as importantes contribuições dos professores Flávio Amaral Garcia e EgonBockmann Moreira, que dedicam boa parte de sua produção acadêmica ao tema da mutabilidade nos contratos administrativos.

[8] Por um controle laico das Agências Reguladoras. Jota, 27 de out. 2017. Disponível em: <www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/por-um-controle-laico-das-agencias-reguladoras-27102017>.

[9] Os fundamentos legais autorizativos para aportes do Estado são diversos, presentes nas disposições legais aplicáveis a concessões em geral, a partir de interpretação que se faz dos artigos 11 e 17 da Lei 8.987 e do art. 35 da Lei 9.074, como também em leis setoriais, conforme a previsão do § 5º do art. 9º da Lei 12.587/2012.

[10] “Mais do que a simples possibilidade de aplicação de recursos públicos na prestação de um serviço delegado, é forçoso concluir que essa forma de custeio, mesmo antes da Lei nº 11.079/2004, já podia ocorrer com caráter de perenidade. Nada impedia que o desequilíbrio crônico de uma concessão fosse resolvido por meio da aplicação de recursos estatais diferida ao longo da execução do contrato.” (SCHWIND, Rafael Wallbach. Remuneração do concessionário: concessões comuns e parcerias público-privadas. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 209).

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2020-abr-16/caio-figueroa-preservar-concessoes-momentos-criticos/>