

De acordo com o recém divulgado relatório *World Economic*



De acordo com o recém divulgado relatório *World Economic*

Outlook do Fundo Monetário Internacional [\[i\]](#), projeta-se para 2020 a contração da economia global em 3% em virtude dos impactos do coronavírus, superando a queda registrada na última crise financeira mundial ocorrida nos anos de 2008 e 2009.

Ainda segundo o relatório, prevê-se que o PIB do Brasil reduzirá em 5,3%, maior retração registrada desde o início da disponibilização de dados no sítio eletrônico do Banco Central. Nesse cenário, invariavelmente os contratos de infraestrutura sofrerão duros reveses, que imporão atrasos ao desenvolvimento dos setores de logística e transportes, de que tanto carece o país.

A despeito da gravidade ímpar da presente crise, não é a primeira vez que se presencia impactos severos gerados por crises econômicas nas concessões de transporte em curso no país. Foi o que se verificou com as concessões aeroportuárias da 2ª rodada, ocorrida entre 2011 e 2012, e com as concessões da Terceira Etapa do Programa de Concessões de Rodovias, desenvolvido a entre os anos de 2013 e 2015. Como exemplo, vale mencionar os casos do Aeroporto de Viracopos, em Campinas, e das Rodovias BR-040/DF/GO/MG e BR-101/ES/BA, que sofreram verdadeiros colapsos diante não concretização da demanda e dos ganhos projetados pelo governo.

Nos três casos as dificuldades econômicas ensejaram uma série de descumprimentos contratuais por parte das concessionárias, e, por consequência, motivaram a instauração de processos de caducidade perante as agências controladoras competentes, isto é, Anac e ANTT.

Dada a possibilidade de repetição deste quadro em um futuro próximo, importa refletir em que medida a extinção das concessões por inexecução contratual é a alternativa mais adequada, considerando os custos impostos ao próprio governo e os potenciais prejuízos ao interesse público.

Embora a Lei nº 8.987/1995 dedique os seis parágrafos do artigo 38 ao tema da caducidade, há muitas nuances desse alongado processo administrativo que não ficam claras a partir da leitura dos diplomas legais e infralegais pertinentes.

É o que se vê em relação aos mecanismos previstos para assegurar ao concessionário o exercício da ampla defesa. Para tanto, não basta a indispensável observância dos princípios previstos no artigo 2º da Lei federal nº 9.784/1999, com a garantia à produção de provas (inclusive a pericial) e a apresentação de defesa e recursos administrativos, já que o processo de caducidade tem um rito específico.

A Lei de Concessões prevê, no § 2º do artigo 38, que é imprescindível a instauração de processo administrativo prévio para a verificação da inadimplência do concessionário. Apenas quando se constatar indícios robustos de inadimplemento contratual em referido processo preparatório é que poderá ser instaurado o processo de caducidade propriamente dito. A cautela é adequada vez que a própria abertura do processo de caducidade impacta os concessionários, seus acionistas e investidores, principalmente diante da ameaça de execução dos *covenants* e do vencimento antecipado de dívidas no caso de efetivo inadimplemento de obrigações principais e acessórias.

Concluído o procedimento preparatório com a identificação de sólidos indícios de inadimplemento contratual, as agências reguladoras deverão comunicar detalhadamente as falhas e transgressões aos concessionários e lhes conferir prazo para correção, nos termos do § 3º do artigo 38.

Embora o dispositivo não desça a minúcias, é inegável que o prazo para o saneamento deve ser minimamente adequado e exequível, de modo a permitir que as falhas de fato sejam corrigidas. Há autores, como Marçal Justen Filho, que defendem que a concessão do prazo de cura é dispensável quando for inviável sanear as transgressões em um prazo razoável^[ii]. Seja como for, caso se opte pela conferência do prazo, não se pode admitir que este seja incompatível com a natureza do inadimplemento, sob pena de configurar mera aparência de cumprimento do ditame legal.

Superado o prazo de cura sem que tenha sido possível eliminar as falhas, poderá ser instaurado o processo de caducidade, o qual culminará na prolação de decisão pelo órgão de direção da agência reguladora, opinando contra ou a favor da caducidade. Trata-se, porém, de mera recomendação, já que a decisão final compete ao Chefe do Poder Executivo (federal, estadual ou municipal, a depender do ente que concedeu o serviço), nos termos do art. 38, § 4º. Somente a este cabe avaliar, à luz dos critérios de conveniência e oportunidade, a adequação da recomendação do órgão técnico, nos termos do caput do art. 38.

Há diversas vantagens em permitir que o poder concedente avalie de forma discricionária a decretação da caducidade. Especialmente quando se trata de importantes projetos de infraestrutura com impactos na vida da sociedade, como é o caso dos empreendimentos na área de transportes e logística, é preciso avaliar se a retomada da concessão será a proposta mais adequada ao interesse público.

A Lei 8.987 deixa claro que em qualquer caso de extinção da concessão o serviço deverá ser imediatamente assumido pelo Poder Concedente (art. 35, § 2º), que deverá adotar todas as medidas em prol da continuidade das obras ou da prestação do serviço público. Ainda que o Estado não execute diretamente as atividades, deverá contratar emergencialmente um particular que o faça, o que demonstra que, em qualquer cenário, haverá um aumento extraordinário do gasto público durante o prazo necessário para realizar a nova licitação e transferir o serviço a um novo particular^[iii].

As restrições orçamentárias também podem inviabilizar o pagamento da indenização devida ao concessionário inadimplente pelos investimentos não amortizados. Apesar de o pagamento ocorrer após a decretação da caducidade e da possibilidade de se deduzir valores relativos às multas não pagas e

aos danos causados pelo concessionário, o *quantum* indenizatório pode ser expressivo e deverá forçosamente ser solvido pelo Poder Concedente.

Destarte, a caducidade não deve ser cogitada quando o Concedente não tiver condições de manter a continuidade do serviço público com padrões mínimos de qualidade e de pagar a indenização devida ao concessionário. Estes fatores superam razões de ordem técnica e, por isso, devem ser adequadamente sopesados pelo ente público responsável em sua decisão final.

Diante desse quadro, vê-se que a caducidade não pode ser aplicada de modo irrefletido. Tampouco pode ser utilizada pelas agências reguladoras para pressionar concessionários ou comprovar aos órgãos de controle a adoção das medidas investigatórias e punitivas cabíveis.

Logo, seja após à grave crise atualmente enfrentada, seja em situações futuras, a medida deverá ser excepcional e aplicada de modo subsidiário, isto é, quando as demais alternativas não se mostrarem viáveis.

Compete, portanto, avaliar a possibilidade de se atingir resultados mais eficazes e condizentes com o interesse público a partir da transferência de controle da concessionária, do reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos, da aplicação das sanções previstas no artigo 87 da Lei 8.666/1993 ou até mesmo da responsabilização dos diretores e acionistas controladores das concessionárias que agirem com dolo e culpa, contrariando a lei ou o estatuto, que extrapolaram os atos regulares de gestão da companhia e que abusaram do poder a eles conferido (vide as previsões dos artigos 158 e 117 da Lei nº 6.404/1995).

A proposta não visa a poupar concessionários inadimplentes, que igualmente são responsáveis por atrasos no desenvolvimento da infraestrutura brasileira. Objetiva-se, sim, chamar atenção do administrador público para as dificuldades intrínsecas à caducidade e para o amplo ferramental previsto na legislação brasileira para coibir atos de má gestão sem gerar maiores impactos ao interesse público.

[i] <https://www.imf.org/en/Publications/WEO/Issues/2020/04/14/weo-april-2020>

[ii] *Concessões de Serviços Públicos (Comentários às Leis nº 8.987 e 9.074, de 1995)*. São Paulo: Dialética, 1997, p. 358.

[iii] Conforme exposto pelo ex-Diretor Geral da ANTT, Mário Rodrigues Júnior, à Comissão de Infraestrutura do Senado Federal, estudos realizados pela ANTT apuraram que, caso se optasse pela caducidade das concessões rodoviárias da terceira rodada com graves problemas financeiros, o governo teria que gastar R\$ 5,8 bilhões para manter os investimentos previstos nos contratos ou R\$ 430 milhões/ano apenas para fazer a manutenção das vias. Ademais, o ex-Diretor mencionou que o prazo médio para a realização de novo leilão e assunção do serviço por outro concessionário seria de quatro anos, período durante o qual a manutenção do mesmo dependeria exclusivamente de recursos oriundo do OGU. O vídeo pode ser acessado em

<https://legis.senado.leg.br/comissoes/reuniao?4&reuniao=8329&codcol=59>

Date Created
24/04/2020