

O vírus e a necessidade de empatia nas concessões de transporte



Cristiana Fortini
professora

Sabemos todos que o vírus infecta tudo. Não há máscaras ou álcool capazes

de impedir a invisível presença do vírus, mesmo em ambientes supostamente protegidos. Ele atinge nossos vínculos mais íntimos, impacta as relações afetivas, e, claro, não há instrumento apto a deter o seu impacto nos contratos celebrados com o Estado.

Muito se tem dito a respeito dos contratos ordinários, assim rotulados os vínculos disciplinados pela Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos, vitais para suprir as demandas relacionadas à pandemia e por isso destinatários de um conjunto de regras especiais, em que se destacam aquelas contidas na Lei 13.979/20.

Exatamente porque regras padrão não estão aptas a cobrir momentos como o atual, um conjunto peculiar de leis e atos normativos volta-se a dirigir o gestor público, rejuvenescendo institutos (tais como a requisição administrativa) e possibilitando-lhe a adoção de medidas anteriormente não previstas (a exemplo de uma contratação emergencial mais flexível e do chamado pregão *express*). Isso porque há uma preocupação em municiar e respaldar o administrador público que, em que pese tenha que prontamente decidir em um cenário nada confortável, teme ser responsabilizado no futuro.

Embora já tenha me dedicado a refletir sobre o vírus^[1], entendendo que ele oportuniza reflexões necessárias sobre licitações e contratos com o Poder Público, penso ser conveniente avançar um pouco mais, pensando sempre que espaços como este são próprios a debates. Assim, sem qualquer pretensão de oferecer um manual de sobrevivência na selva, seguem algumas ponderações voltadas em especial aos contratos de concessão de transporte coletivo, cujas linhas gerais são ditadas pela Lei 8.987/95.

Tais contratos têm na sua gênese a delegação de serviço público, precedida ou não de obra pública. Diferentemente dos contratos ordinários, em que a Administração Pública paga pelo serviço, obra, produto de que necessita ou de que necessita a população, os contratos de concessão são remunerados precipuamente por tarifas.

Contratos de concessão de serviço público são vínculos expostos ao sol e à chuva de forma bastante peculiar porque se alongam no tempo. Claro que a mesma expressão poderia ser utilizada para adjetivar os contratos de PPP. Todavia, há alguns aspectos que podem tornar ainda mais delicada a realidade dos contratos tradicionais de concessão. O primeiro fato é que a eles sequer se aplica o limitador de 35 anos, imposto pela Lei 11.079/04^[2]. Assim, a troca das estações e o advento de mais externalidades se intensificam porque o lapso temporal do convívio também pode se dilatar para além do marco temporal máximo das PPPs.

A isso se soma o fato de que os contratos de concessão, diversamente dos vínculos de PPP, podem não envolver qualquer tipo de “suporte financeiro” por parte do Poder Concedente. Na verdade, a definição legal de concessão de serviço público remete à conta e risco a que se submete o privado, o que já serviu para sustentar entendimentos refratários ao subsídio estatal, ignorando-se, todavia, o fato de que a expressão “por sua conta e risco” não pode ser interpretada como impeditivo ao subsídio, quando ele se revela necessário para que de fato o serviço público seja usufruído pelo cidadão. Casos há em que a não concessão de subsídio na prática impedirá a delegação ou levará a tarifas impagáveis, impedido o acesso ao serviço, em total antagônia com o texto constitucional.^[3] De todo modo, o subsídio há de ser justificado, por escapar à lógica primeira, segundo a qual as concessões de serviço público em princípio não envolvem pagamentos pelo Poder Concedente.

Ao se celebrar um contrato de concessão, deseja o Poder Concedente transferir a execução do serviço público e por vezes da obra a ele antecedente, livrando-se, tanto quanto possível, dos custos e investimentos a isso atrelados, que serão suportados pela concessionária, que, lado seu, será remunerada sobretudo por tarifas.^{[4][5]} A concessão, assim, é um abre alas estatal à atividade econômica titularizada pelos entes federados.

A depender do conteúdo do edital de licitação, a concessionária pode ser compelida também a arcar com o pagamento de outorga, o que é usual em determinados tipos de concessão, como ocorre com os aeroportos. Não nos esqueçamos de que o possível pagamento de outorga é previsto na Lei 8.987/95, inclusive porque o vencedor da licitação poderá ser aquele que ofereceu o maior valor a esse título.^[6] Nos casos em que a concessionária há de pagar a outorga, soma-se nos custos relacionados à operação, o valor a ela relativo.

Também é importante considerar que a matriz legislativa das concessões remonta a 1995. Quase uma década separam a Lei 8.987/95 (concessões tradicionais) e a Lei 11.079/04 (PPPs).

Esta última endereça expressamente a questão da alocação contratual de riscos, além, claro, de reconhecer em ambas as modalidades nela disciplinadas a importância da participação estatal no pagamento do parceiro privado. A Lei 8.987/95, por sua vez, não prevê a distribuição de riscos. Explica-se: nas PPPs, ao se analisar o direito ao reequilíbrio, além da perturbação da equação econômico-

financeira, deve se verificar se a responsabilidade para lidar com a ocorrência do evento foi alocada especificamente a uma das partes na matriz de riscos objetivamente repartidos, característica de tais contratos. Nas concessões comuns poderá haver cláusula contratual a distribuir os riscos, nos moldes do que ocorre nos contratos de PPP. Entretanto, impõe-se considerar que a Lei 8.987 é silente a respeito da contratualização de riscos. Logo, ainda que possível e desejável, contratos de concessão podem não dispor de regra a esse respeito, assim entendida a regra que contemple os riscos e os aloque de forma pormenorizada. Nesses casos, há de se aplicar o que dispõe a Lei, em especial o que diz o art. 65 da Lei 8.666

Ademais, as regras que contemplam reequilíbrio são singelas, aludindo ao reequilíbrio econômico-financeiro como dever do Poder Concedente em casos de alteração unilateral do contrato que afete o equilíbrio econômico-financeiro original^[7], e destacando os possíveis efeitos da alteração ou extinção de tributos ou encargos legais na fixação do valor da tarifa.^[8] Evidentemente que a ausência de dispositivo legal não impediria a contratualização dos riscos, mas essa não é a realidade da totalidade dos contratos de concessão, em especial os que dizem respeito ao transporte coletivo urbano.

Finalmente, devemos considerar que os contratos de concessão de serviço público tradicionais dizem mais respeito à realidade municipal, quando comparados aos contratos de PPPs. Isso porque estes últimos não são de fato franqueados a todos, sobretudo se consideramos o valor contratual mínimo a possibilitar seu uso, em especial pensando da redação original da lei,^[9] bem como o fato de demandar contraprestações e garantias públicas. Sempre útil ponderar que Belo Horizonte, São Paulo e Curitiba não espelham a realidade municipal brasileira. Assim, para cada Belo Horizonte e sua pioneira experiência em PPPs, há uma série de outros entes municipais que jamais utilizarão do instituto.

Municípios menores, quando celebram contratos de concessão, se valem sobretudo da Lei 8.987/95 para modular a delegação do serviço de transporte coletivo. E o fato de se tratar de serviço público municipal, sujeito, pois, às variações locais em termos de disciplina legal e normativa, agrega um dificultador. A isso se soma o fato de que os contratos são em geral muito simples, composto por cláusulas singelas, e, em regra, despreparados para enfrentar as ocorrências que o tempo inevitavelmente traz.

Em síntese, e pensando de forma genérica, os contratos tradicionais de concessão de serviço público já seriam mais frágeis para responder à pandemia porque baseiam-se na ideia de usuários pagantes, porque não necessariamente incluem contraprestação pública e porque não trazem alocação de risco que, em teoria ao menos, dirigiria a solução.^[10]

Esses contratos estão agora sob ataque viral.

Hoje as concessionárias convivem com a bruta queda de demanda[11]. Para além do elemento medo, a afastar as pessoas naturalmente das ruas, há a política pública adotada para o enfrentamento da pandemia a ditar, em maior ou menor grau, o isolamento social. Dados da Associação Nacional das Empresas de Transporte Urbano desvelam a pluralidade de medidas. João Pessoa suspendeu a circulação de ônibus. Em Belo Horizonte há limites de passageiros a bordo. Em Cuiabá, há linhas específicas para operadores da saúde. Em Fortaleza, o dever de fornecer EPIs. Assim, ainda que oscilem os decretos municipais e os estaduais (esses também a impactar, ainda que indiretamente, o transporte urbano), fato é que a demanda despencou. A isso se somam custos adicionais que o período pandêmico exige, como os relativos à potencialização da higienização e à aquisição de máscaras e álcool em gel.

Variam as medidas constritivas e também a compreensão estatal sobre como acautelar o transporte coletivo. Há municípios flexibilizando horários, permitindo à concessionária operar diariamente como se domingo fosse, há casos de diferimento do prazo para a quitação ISS, há casos de pagamento de subsídio, de suspensão de gratuidades, e há casos em que sequer são respondidos os pedidos formulados pelas empresas delegatárias.

O transporte coletivo, ainda que delegado, mantém-se como serviço público. Por isso, a paralisação na prestação deve ser evitada pelo Poder Público, a quem cumpre conhecer as dificuldades e pensar em conjunto com a concessionária as soluções.

Haverá casos em que o contrato pode oferecer o caminho. Mas a grande maioria dos contratos de concessão de transporte coletivo não dispõe de cláusula que enderece o momento pandêmico. Mais que isso, ainda que os contratos organizem os efeitos de força maior (como ocorre nas PPPs, em que a força maior é alocada ao concessionário ou dividida entre as partes, em grande parte dos casos) a questão parece não ser tão simplesmente remetida. Isso porque se a pandemia assume feições de força maior, a reação estatal a ela se aproxima de fato do príncipe ou de fato da administração[12]. Ou seja, ainda que a origem do problema seja relativa ao vírus, a forma como cada ente da federação decidiu por resistir e a ele contrapor-se incorpora um elemento valioso na avaliação jurídica do problema. Vale dizer, parece-nos equivocado ler a pandemia como um dado de força maior, esgotando assim o exame jurídico à luz de cada contrato. As interferências e as omissões de cada esfera governamental não são desprezíveis.

Nos casos de matriz de risco que tenha indicado a mesma reação às hipóteses de força maior, fato do príncipe e fato da administração, a questão pode ser menos relevante. Mas quando o contrato prevê, por exemplo, compartilhamento de risco em situações de força maior e risco para o parceiro público no caso de fato do príncipe e da administração, a correta compreensão sobre o problema altera e muito o resultado. Há (ainda que para o leitor menos afeto a essas questões possa parecer curioso) ajustes em que o risco de força maior é compartilhado. Essa diversidade redacional é que gerará as discussões.

Daí que, mesmo nos casos em que a resposta parece fácil, ela não o é. Além disso, devemos considerar que o desenho do contrato certamente não levou em consideração algo como a duração e a gravidade do Covid-19.[13] A insuficiência contratual pode, pois, resultar não só do vazio de regras, mas da sua insuficiência para facear o drama atual.

Não se desconhece que o gestor público vive atemorizado. Receia punições posteriores. O medo também atinge o privado, que igualmente não deseja enfrentar ações de improbidade. Por isso, o conforto de agir amparado por uma regra legal faz algum sentido, a fim de mitigar os riscos das repercussões negativas futuras.

Além do medo, há temas que só a lei pode cuidar. Subsídios ou isenção de ISS, por exemplo, requerem lei. Mas ainda assim, impõe-se ao gestor o movimento do processo legislativo. Parte das medidas de socorro ao transporte coletivo envolve aspectos orçamentários, pelo que os processos legislativos dependem de iniciativa reservada ao Poder Executivo, nos termos do art. 61, §1º, II, “b”, da Constituição da República[14], aplicável aos demais entes federados por força do princípio da simetria[15].

Outras possíveis medidas, que dizem respeito mais de perto com o funcionamento do serviço, sequer dependem de interferência do Poder Legislativo. Cabe ao Executivo comandar o serviço, razão pela qual a benção dos legisladores é dispensável. Itinerários e horários mais flexíveis e condizentes com a pouca demanda são ações que podem e devem ser adotadas pela Administração Pública com vistas a permitir à empresa sobreviver e a prestar o serviço sob novas condições, reduzindo o reequilíbrio econômico-financeiro que certamente será postulado. A preservação da empresa interessa a todos, pelos empregos que gera e pelos impostos que paga. A inércia do Poder Público municipal tem o adicional efeito de agravar o desequilíbrio, conta que tarda mas não falha. Mais: sem a empresa, o município terá que retomar o serviço, função que também envolve custos e estratégia.

Inacreditável que se tenha que envolver o Poder Judiciário para que ele tenha que afirmar a conveniência ou mesmo imperiosidade de readequação logística do serviço público.[16] Inacreditável que o Poder Concedente ignore os pleitos das concessionárias, deixando-as entregues à sua própria sorte ou pior, esperando um eventual descuido para sobre elas aplicar sanções, sob a alegação de descumprimento contratual.

A solução para o problema das concessões de transporte coletivo, como de resto para concessões e PPPs, passa pela empatia. Pela compreensão de que o desafio exige concertação. A animosidade e desdém públicos em nada contribuem. Mais que isso, sinalizam o desconhecimento de que o desafogo que a delegação possibilita não muda a titularidade do serviço e, via de consequência, o dever último de zelo.

[1]

Dentre as reflexões sobre o coronavírus, importa mencionar: (I) https://www.zenite.blog.br/wp-content/uploads/2020/04/CristianaFortini_TatianaCamarao_A_BUSCA_POR_PROCEDIMENTOS_MAIS_1.pdf ; (II) <https://www.conjur.com.br/2020-mar-26/interesse-publico-perigo-relativizacao-indevida-transparencia-administrativa> ; (III) <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/pagamento-antecipado-por-bens-adquiridos-pelos-orgaos-publicos-na-pandemia-16042020> ; (IV) <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/reflexos-da-covid-19-e-os-contratos-de-terceirizacao-na-administracao-publica/>

[2] “Art. 5º As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no art. 23 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever: I – o prazo de vigência do contrato, compatível com a amortização dos investimentos realizados, não inferior a 5 (cinco), nem superior a 35 (trinta e cinco) anos, incluindo eventual prorrogação (...)”

[3] Em análise à dicção “por conta e risco” no âmbito da Lei de Concessões, assim uma das autoras pontou em outra oportunidade (Fortini, 2009, p. 43): A Lei nº 8.987/95 derrubou alguns conceitos. A nova compreensão do legislador reflete, na verdade, a preocupação com o interesse público e com a continuidade dos serviços públicos. (...) Assim, o risco da concessão ha? de ser moderado. A própria Lei nº 8.987/95 reflete tal preocupação, quando, no art. 11, cuida das fontes alternativas de remuneração a? concessão que, por fim, poderá invocar a seu favor o direito ao equilíbrio econômico-financeiro, consolidado no art. 37, inciso XXI, da Constituição da República em vigor. Por isso, o pagamento de subsídios, em situações especiais, a serem tecnicamente identificadas, não deve ser refutado.

[4] Não há intenção de abordar aspectos ideológicos ligados à desestatização neste trabalho. O recorte que utilizamos é estritamente técnico-jurídico.

[5] Ressalta-se que o fato de a concessão ser remunerada por meio de tarifas não impede que a contraprestação se realize de outro modo. A lei, ao possibilitar o uso de receita alternativa como mecanismo de remuneração pelos serviços prestados pela concessão (nos moldes do art. 11 c/c art. 18, VI, ambos da Lei 8.987/95), rompeu o dogma doutrinário de que a única maneira de remunerar a empresa seria com tarifas, e abriu a oportunidade para que o Poder Público complementasse ou até substituisse a tarifa por outro meio de remuneração. Assim, em situações excepcionais, admite-se o pagamento de subsídios aos concessionários pela Administração Pública, quando este tem como fundamento garantir a continuidade do serviço, ou, por exemplo, sanar eventuais desequilíbrios à equação econômico-financeira.

[6] Art. 15, VII, da Lei 8.987/95. Veja-se: “Art. 15. No julgamento da licitação será considerado um dos seguintes critérios: (...) VII – melhor oferta de pagamento pela outorga após qualificação de propostas técnicas.”

[7] Art. 9º, §4º, da Lei 8.987/95. Veja-se: “Art. 9º A tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta Lei, no edital e no contrato. (...) § 4º Em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração.”

[8] Art. 9º, §3º, da Lei 8.987/95. Veja-se: “Art. 9º A tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta Lei, no edital e no contrato. (...) § 3º Ressalvados os impostos sobre a renda, a criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, após a apresentação da proposta, quando comprovado seu impacto, implicará a revisão da tarifa, para mais ou para menos, conforme o caso.”

[9] Art. 2º, §4º, I, da Lei 11.079/04. Veja-se: “Art. 2º Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa. (...) § 4º É vedada a celebração de contrato de parceria público-privada: (...) I – cujo valor do contrato seja inferior a R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais).” Na redação original, tal valor mínimo era equivalente a R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais).

[10] Importante considerar que a desconexão entre as perspectivas existentes quando da licitação e a realidade vivida quando da execução contratual não é novidade. Basta recordar as razões da MP 752/16, hoje convertida na Lei 13.448/17.

[11] Nesse contexto, impende destacar que a Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) irá proceder à revisão dos contratos de concessão dos operadores de aeroportos privatizados. Naturalmente o objeto contratual é diverso da prestação do serviço público de transporte coletivo, no entanto, a premissa justificadora é a mesma: a queda da demanda causada pela pandemia do coronavírus. Nesse sentido, conferir: <https://oglobo.globo.com/economia/por-coronavirus-anac-fara-revisao-de-contratos-de-concessao-dos-operadores-de-aeroportos-privatizados-24309917>

[12] Nesse sentido, conferir, ainda que não haja integral concordância com os autores: SCHWIND, Rafael Wallbach; PEREIRA, César. Pandemia de Covid-19 e o equilíbrio econômico-financeiro das concessões. In: JUSTEN FILHO, Marçal (et. al.). **Covid-19 e o direito brasileiro**. 2. ed., ampl. e atual. Curitiba: Justen, Pereira, Oliveira & Talamini, 2020.

[13] Não se ignora que alguns contratos podem ter se adiantado ao problema, mas essa não é a realidade dos contratos de transporte coletivo

[14] Veja-se o dispositivo constitucional citado: “Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição. §1º São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que: (...) II – disponham sobre: (...) b) organização administrativa e judiciária, matéria tributária e orçamentária, serviços públicos e pessoal da administração dos Territórios;”

[15] Nesse contexto, sobre a preocupação com as concessionárias, importa ressaltar a Lei nº 17.335/20, do Município de São Paulo. A título exemplificativo, o art. 3º, caput, da referida lei, afirma que, “Como medida excepcional, a Administração Pública Municipal fica autorizada a manter o pagamento mensal do contrato naqueles ajustes para os quais for indicada a suspensão total ou parcial dos serviços, deduzidas as despesas diretas e indiretas que efetivamente deixem de incorrer, garantindo o pagamento das despesas devidamente comprovadas com pessoal e encargos dos trabalhadores que deixem de prestar os serviços em razão da emergência e calamidade pública.” Conferir, nesse sentido: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/sao-paulo-sai-na-frente-e-assume-riscos-da-covid-19-em-contratos-administrativos-29042020>

[16] Ver SLS 2696, do STJ.

Date Created

30/04/2020