



Teixeira Júnior: Os contratos de concessão na Covid-19

O isolamento e a restrição à circulação de pessoas decorrentes da pandemia da Covid-19 têm impactado sobremaneira diversos setores da economia, a exemplo de concessionárias de aeroportos e rodovias, que têm experimentado quedas drásticas de demanda e, conseqüentemente, de receita [1]. Os efeitos da pandemia serão mensurados ao longo do tempo à luz das peculiaridades de cada setor. Nesse cenário, a atenção da iniciativa privada tem se voltado para a futura viabilidade dos pleitos de reequilíbrio econômico-financeiro de contratos de concessão como forma de assegurar a continuidade da prestação dos serviços públicos no cenário pós-pandemia, mas, também, de manter a margem de lucro inicialmente



Todos concordam — claro, respeitada e priorizada a saúde

das pessoas — que é necessário que a economia volte a acelerar e, para que isso ocorra com a rapidez almejada (de sorte a evitar uma recessão grave), há certa convergência de opiniões quanto à imprescindibilidade de um estímulo adicional (fomento) por parte do Estado. Há, também, razoável consenso no sentido de que os contratos públicos (em especial, os contratos de concessão) serão essenciais nesse momento, mormente pela sua capacidade de capilarizar o efeito dos recursos de investimento na sociedade e promover o desenvolvimento econômico.

As dificuldades para isso, no entanto, também estão postas a lume. Não se descure quanto a dificuldade de cumprir a tarefa pretendida, qual seja, atrair investimentos privados. Não por falta de interesse, vale ressaltar, mas por óbices vários, que vão desde questões de *funding* [2], câmbio [3] e legislação aplicável (que parece ir na contramão da eficiência contratual) até questões mais essenciais, como a dificuldade de que os investidores privados elaborem projeções, minimamente confiáveis, quanto ao comportamento futuro das variáveis envolvidas em um grande contrato de concessão [4]. Tudo isso configura um verdadeiro estado de incerteza que preocupa a iniciativa privada.

Como estimar o tráfego de carga ou de usuários nos próximos anos? Haverá ou não uma segunda onda da pandemia viral? E uma terceira? Quando haverá uma vacina ou um tratamento eficaz? Mesmo a experiência chinesa — e, em breve, dos Estados Unidos e de países europeus — não se replicará no Brasil, porque as condições econômicas, sociais e políticas são demasiadamente diferentes. A comparação entre países é relevante, contudo, jamais pode ser absoluta.



A essas incertezas adicionam-se outras, concernentes ao efeito do próprio recolhimento/isolamento social [5]. As reuniões remotas afetarão o fluxo das viagens de negócios pelos vários meios de transporte? O comércio digital acelerará o seu impacto — que já ocorria — na estrutura do varejo [6]? Será conveniente diversificar as cadeias de suprimentos por segurança? Mas isso será possível num ambiente de maior competição? Essas serão novas variáveis a serem consideradas nas equações econômicas dos projetos [7]? Em que dimensão e alcance?

Qual seria, então, a forma de equacionar esse dilema, em que, de um lado, há o interesse dos poderes concedentes (Estado) na atração dos investimentos privados (e da iniciativa privada em participar das licitações e contratos), mas, de outro, há grande insegurança nas projeções, o que pode levar os particulares a um negócio com resultados inferiores ao esperado? Eis o grande desafio que permeia a incompletude intrínseca aos contratos de concessão: como aglutinar, concomitantemente, o interesse do Estado, o da coletividade e o da concessionária? A concessionária/contratada, inclusive, usualmente é a personagem contratual menos levada em consideração e mais prejudicada ante a não tão incomum quebra do equilíbrio-econômico financeiro dos contratos de concessão, especialmente em cenários como o que estamos vivendo, marcado por circunstâncias extraordinárias e imprevisíveis.

Em resposta à crise atual, a consultoria jurídica da AGU junto ao Ministério da Infraestrutura (Minfra) proferiu o Parecer nº 261/2020/ConJur-Minfra/CGU/AGU pelo enquadramento da pandemia da Covid-19 na álea extraordinária [8], o que possibilitaria o reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos com base na teoria da imprevisão. No parecer, oferecido como consulta em tese à Secretaria de Fomento, Planejamento e Parcerias (SFPP) do Minfra, concluiu-se que a disseminação do SARS-CoV-2, assim como seus efeitos, não poderiam ter sido previstos ou evitados pelas concessionárias exploradoras da infraestrutura de transportes no Brasil, tratando-se, portanto, de risco extraordinário a ser em tese suportado pelo poder concedente.

Afirma-se no parecer que, em havendo o reconhecimento da anormalidade da situação, a sua caracterização como caso fortuito, força maior ou mesmo fato do príncipe [9] perderia importância, uma vez que em qualquer dos casos os riscos inerentes seriam suportados pelo poder concedente. Não obstante, o próprio parecer pontua ser necessário examinar o mecanismo de alocação de riscos de cada contrato, tendo em vista que o tratamento concedido a cada evento pode ser diferenciado.

Outro aspecto do parecer que deve ser interpretado com certa ressalva é a afirmação de que somente farão jus a reequilíbrio as concessionárias cujas receitas ou despesas forem impactadas de maneira significativa. A teoria da imprevisão não exige a configuração de prejuízo excessivo ou a imposição de encargos insuportáveis ao contratado, bastando a frustração da equação econômico-financeira ajustada com o poder concedente para que surja o direito ao reequilíbrio. Sem prejuízo dessas questões pontuais, é bastante positiva a sinalização inicial da consultoria jurídica do Minfra pelo enquadramento da pandemia como evento reequilibrável. Ainda que o parecer faça menção a transportes terrestres, as premissas ali declinadas fornecem substrato jurídico para o início de discussões em outros setores de infraestrutura.



Ainda que as discussões em torno do reequilíbrio econômico-financeiro de concessões possam partir da interpretação de cláusulas contratuais e de conceitos gerais de Direito Administrativo, é certo que a crise atual exige esforços de mediação e razoabilidade entre concessionárias e poder concedente, eis que nem sempre há agências reguladoras. Nesse sentido, o atual cenário de pandemia representa oportunidade para melhor enfrentamento de percalços habitualmente presentes em pleitos de reequilíbrio, tais como longos períodos de tramitação e dificuldade de estabelecimento de soluções consensuais.

[1] Sobre o tema, ver: <https://exame.com/economia/queda-de-receitas-deve-levar-a-onda-de-revisoes-de-contratos-de-concessao/>

[2] *Funding* é uma expressão que designa *financiamento*. É dizer: é uma operação financeira em que a parte financiadora, em geral uma instituição financeira, fornece recursos para outra parte que está sendo financiada, de modo que esta possa executar algum investimento específico previamente acordado.

[3] Sobre o tema da variação cambial nos contratos de concessão, ver <https://www.zenite.blog.br/coronavirus-variacao-cambial-e-contratos-administrativos/>.

[4] Sobre o tema, ver: <https://investidor.estadao.com.br/mercado/impactos-coronavirus-nos-setores.>

[5] Sobre o tema, ver: https://valorinveste.globo.com/conteudo-patrocinado/orama/noticia/2020/04/08/incerteza-sobre-duracao-do-isolamento-social-e-o-que-mais-preocupa-especialistas-em-economia.ghtml?utm_source=facebook&utm_medium=glab&utm_campaign=orama.

[6] Sobre o tema, ver <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2020/07/comercio-digital-ganha-57-milhoes-de-consumidores-e-varejo-diz-que-eles-vieram-para-ficar.shtml.>

[7] Sobre o tema, ver: <https://www.machadomeyer.com.br/pt/inteligencia-juridica/publicacoes-ij/direito-publico/coronavirus-e-o-direito-publico-reprogramacao-de-investimentos-em-concessoes-e-ppps.>

[8] Acontecimento externo ao contrato, estranho à vontade das partes, imprevisível e inevitável, que causa um desequilíbrio muito grande, tornando a execução do contrato excessivamente onerosa para o contratado.

[9] *Fato do príncipe*, segundo Maria Sylvia Zanella Di Pietro, são "medidas de ordem geral, não relacionadas diretamente com o contrato, mas que nele repercutem, provocando desequilíbrio econômico



financeiro em detrimento do contratado".

Date Created

07/10/2020