

Vale a pena cogitar um regime extraordinário para as concessões e PPS em tempos de covid-19?

Flavio Amaral Garcia¹

Rodrigo Zambão²

No dia 3 de abril de 2020, a Comissão de Direito Público da OAB-RJ promoveu relevante debate a respeito dos efeitos da pandemia do covid-19 sobre o equilíbrio econômico-financeiro de contratos administrativos, mais especificamente dos contratos concessionais de infraestrutura³.

Na oportunidade, tivemos a honra de debater com os Professores Bruno Navega e Egon Bockmann Moreira, dentre outros relevantes temas, a possível introdução, no cenário nacional, de uma regulamentação geral (Medida Provisória) capaz de fornecer arcabouço jurídico impulsionador de um desejável cenário de consensualidade, que concluiu-se fundamental para dar soluções justas e eficientes aos inevitáveis impactos econômicos da crise sanitária vivida, sobretudo no tocante a contratos de infraestrutura.

Para os fins do presente trabalho, vale dizer que o debate, realizado em ambiente informal e fraterno, apresentou dois entendimentos.

De um lado, a desnecessidade de um regime jurídico específico para viabilizar negociações, ainda que em situações extraordinárias, considerado o cenário normativo atualmente existente, mais precisamente a partir de uma cláusula geral de negociação extraída do art. 26 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB (com alterações promovidas pela lei 13.655/18)⁴.

No lado oposto, foi apresentada a tese que, embora sem afastar a possível e válida utilização dos espaços existentes no cenário normativo atual, defendeu o caráter positivo da introdução de um regime de direito público específico para dar sustentação e incentivar a criação de um ambiente propício a negociações, que certamente exigirá alto grau de criatividade e inovação

¹ Professor de Direito Administrativo da Fundação Getúlio Vargas. Sócio do Escritório Juruena e Associados. Procurador do Estado do Rio de Janeiro.

² Professor de Direito Administrativo. Sócio do Escritório Juruena e Associados. Procurador do Estado do Rio de Janeiro.

³ A íntegra do evento se encontra disponível em: <https://youtu.be/XRs6fOtSftM>.

⁴ Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro: “Art. 26. Para eliminar irregularidade, incerteza jurídica ou situação contenciosa na aplicação do direito público, inclusive no caso de expedição de licença, a autoridade administrativa poderá, após oitiva do órgão jurídico e, quando for o caso, após realização de consulta pública, e presentes razões de relevante interesse geral, celebrar compromisso com os interessados, observada a legislação aplicável, o qual só produzirá efeitos a partir de sua publicação oficial.” Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm> Acesso em 07/04/2020.

num cenário sombrio de escassez de recursos público e privados, no período pós-crise sanitária.

A segunda linha de pensamento, da qual fomos defensores, parte de objetivos semelhantes aos encontrados no PLS 1.179⁵, de autoria do Senador Antônio Anastasia, por meio do qual se busca introduzir um Regime Jurídico Emergencial Transitório das relações jurídicas de direito privado durante o covid-19.

O projeto de lei tem como características: a) suspensão de prazos prescricionais; b) restrição à realização de assembleias e reuniões presenciais; c) limita a resolução de contratos por onerosidade excessiva; d) suspende aplicação do arrependimento por compra previsto no CDC; e) fixa a prisão domiciliar para débitos com pensões alimentícias; f) suspende preceitos específicos do direito da concorrência; e g) adia a vigência da Lei Geral de Proteção de Dados, dentre outros aspectos.

A despeito das possíveis críticas pontuais ao projeto de lei (que não serão objeto de enfrentamento), consideramos que nele há uma premissa positiva, capaz de ser transplantada para o direito administrativo da infraestrutura: a de que situações extraordinárias, sobretudo no campo do equilíbrio econômico de contratos administrativos, devem ser substancialmente juridicizadas, ainda que pela introdução de regime especial e transitório.

Ao longo do presente texto, que tem por única finalidade provocar reflexões iniciais em contexto de incerteza (e naturalmente muitas dúvidas), apresentaremos alguns fundamentos para a apontada juridicização, em caráter geral, de aspectos materiais da intransponível necessidade de adaptação de contratos de infraestrutura aos efeitos de crises e eventos extraordinários que rompam a base objetiva de negócios jurídicos celebrados pelo poder público e que, para tanto, necessitem de um cenário propício para soluções consensuais e cooperativas entre atores públicos e privados.

Em primeiro lugar: por que o direito administrativo da infraestrutura?

Não há dúvida de que direito administrativo da infraestrutura, formado por complexos e relevantes contratos, será fortemente atingido pelos efeitos econômicos da crise sanitária vivida. Evitar que ajustes essenciais para o desenvolvimento nacional sejam definitivamente impactados no período pós-

⁵ Projeto de Lei nº 1117, de 2020. Dispõe sobre o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas de Direito Privado (RJET) no período da pandemia do Coronavírus (COVID-19). Disponível em <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/141306>>. Acesso em: 06/04/2020.

covid-19 será fundamental para a criação de um ambiente de segurança jurídica e retomada do crescimento em todos os níveis da federação.

Para além disso, vários serviços essenciais poderão ser profundamente abalados mesmo durante a crise do covid-19, com potenciais interrupções na continuidade de serviços públicos, afetando gravemente a vida dos cidadãos e causando estragos profundos na cadeia produtiva brasileira.

A lógica a ser adotada, na forma do que induz a redação do art. 21 da LINDB⁶, é de preservação de negócios jurídicos vitais para a realização do interesse público e, ainda, de potencialização da ideia, pouco difundida, de que o equilíbrio econômico-financeiro do contrato não é direito subjetivo de qualquer dos polos da relação negocial, mas um valor autônomo a ser permanentemente preservado.

As consequências do covid-19 na economia são similares a de uma guerra. Em tempos tão extremados assim, é natural que o ordenamento jurídico não tenha respostas para lidar com situações tão extraordinárias e nem parâmetros que possam conferir algum grau de uniformidade na condução dos negócios públicos no setor de infraestrutura.

Em segundo lugar: por que a criação de um regime transitório e especial no direito público?

A par da discussão sobre os limites e possibilidades de se juridicizar situações extraordinárias, o que se pretende afirmar é a importância de que, também no direito público, o cenário de excepcionalidade (ainda que no campo dos efeitos no equilíbrio econômico-financeiro) seja objeto de tratamento específico, a semelhança do que se busca legitimamente concretizar, pela via legislativa, no direito privado.

O direito público, especialmente no direito da infraestrutura, pressupõe a criação de cenários redutores de instabilidade e de possível manutenção e recondução ao curso normal de contratos relevantíssimos para a satisfação de necessidades essenciais da coletividade. A introdução de um regime especial e transitório pode ser uma ponte para a estabilização de ajustes naturalmente impactados por consequências econômicas imprevisíveis na atual quadra.

Relevante anotar que o direito público já vem sendo objeto de regimes transitórios, merecendo destaque o art. 4º da lei 13.979/20⁷, por meio do qual

⁶ Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro: “Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expreso suas consequências jurídicas e administrativas.” Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm> Acesso em 07/04/2020.

⁷ Lei nº 13.979, de 06 de fevereiro de 2020: “Art. 4º É dispensável a licitação para aquisição de bens, serviços, inclusive de engenharia, e insumos destinados ao enfrentamento da emergência de saúde

foi criada modalidade específica de contratação direta para atender a demandas surgidas em razão da pandemia.

No específico campo do controle, o art. 3º da medida provisória 930/20⁸ fixou um regime mais brando de responsabilização de servidores do Banco Central por decisões técnicas tomadas no atual cenário.

Ou seja: há espaço e exemplos pontuais que induzem a concluir-se pela possibilidade de instituição de regimes transitórios e excepcionais no direito público.

Em terceiro lugar: por que uma disciplina legal e não exclusivamente contratual?

Contratos representam revestimentos jurídicos para operações econômicas. Não é diferente nos contratos administrativos, sejam eles de qualquer natureza. É dever do ordenamento jurídico, portanto, criar condições para que resultados seguros e eficientes sejam obtidos, especialmente quando em jogo interesses públicos relevantes.

Em que pese a natural viabilidade de que soluções pontuais sejam construídas a partir do arcabouço normativo existente (com especial destaque para cláusula geral extraída do art. 26 da LINDB), nos parece que o ordenamento jurídico tem, diante do grave cenário, o papel de criar um ambiente propício para soluções consensuais, fixando parâmetros para garantia de segurança jurídica a atores públicos e privados diretamente afetados por efeitos econômicos imprevisíveis e rompedores da base objetiva de contratos de infraestrutura.

A ideia desenvolvida não pretende fixar uma primazia da disciplina legal sobre a regulação operada concretamente pelo contrato, mas apenas reconhecer que o ordenamento jurídico pode ser um indutor da consensualidade esperada para dar conta dos impactos anormais em

pública de importância internacional decorrente do coronavírus de que trata esta Lei. § 1º A dispensa de licitação a que se refere o caput deste artigo é temporária e aplica-se apenas enquanto perdurar a emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus.” Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L13979.htm> Acesso em 07/04/2020.

⁸ Medida Provisória nº 930, de 30 de março de 2020: “Art. 3º Ressalvadas as hipóteses de dolo ou de fraude, os integrantes da Diretoria Colegiada e os servidores do Banco Central do Brasil não serão passíveis de responsabilização por atos praticados no exercício de suas atribuições, exceto pelos respectivos órgãos correccionais ou disciplinares. Parágrafo único. O disposto no caput será aplicável enquanto perdurarem os efeitos das ações, linhas de assistência e programas adotados pelo Banco Central do Brasil em resposta à crise decorrente da pandemia da covid-19 e não afasta a responsabilidade criminal.” Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Mpv/mpv930.htm> Acesso em 07/04/2020.

contratos de concessão, garantindo a indispensável continuidade de serviços públicos destinados a satisfazer interesses da coletividade.

O ordenamento jurídico brasileiro, é bom que se diga, já tem um arcabouço que permite o exercício concreto da consensualidade, por via da mediação, da conciliação, dos *disputes boards* e da própria LINDB, para ficar apenas em alguns exemplos mais conhecidos.

O que se sustenta é que um arcabouço normativo específico, transitório e extraordinário para o direito da infraestrutura seria não uma condição para o exercício da consensualidade, mas um mecanismo importante para auxiliar na elevação da segurança jurídica de gestores públicos e operadores econômicos que, ordinariamente, se encontrem sufocados por um cenário de hipercontrole.

Ainda que como reforço da consensualidade, encontrar sustentação normativa específica para lidar, de forma criativa e inovadora, com a adaptação de ajustes aos efeitos da crise sanitária será medida bem vinda, se bem estruturada e elaborada.

Por melhor que tenha sido a partilha de riscos e mesmo o arranjo contratual, existe a elevada probabilidade de não esgotar as potenciais controvérsias e divergências que poderão ocorrer entre as partes. Vale mencionar, no ponto, a pertinente sugestão de Egon Bockmann Moreira⁹ quando sugere a criação dos *crisis dispute boards*, para resolver com celeridade as divergências não solucionadas consensualmente pelas partes.

Outro elemento para a cogitação de diploma legal normativo é que o seu pressuposto é apenas um: o covid-19. Não obstante o impacto em cada contrato de concessão ou Parceria Público-Privada possa apresentar distintos efeitos, fato é que o evento é o mesmo. Não são vários eventos distintos que afetam os contratos concessionais; é o mesmo evento.

Existe, também, o complexo desafio em não misturar ou confundir as causas de desequilíbrio. O impacto do covid-19 deve ser tratado como causa autônoma e blindada de outros eventos de desequilíbrio.

Crises desafiam o potencial das instituições de direito público e podem exigir o desenvolvimento de uma atuação legislativa voltada a facilitar a superação das demandas concretamente impostas. Ou seja: a crise pode ser uma experiência de aprendizagem, forçando a reconsideração dos padrões existentes.

⁹ MOREIRA, Egon Bockmann. *Crisis dispute boards*. Disponível em <<https://www.gazetadopovo.com.br/vozes/egon-bockmann-moreira/crisis-dispute-boards/>>, Acesso em 07/04/2020

Em quarto lugar: por que a necessidade de uma disciplina geral e substantiva?

Diretamente vinculada ao ponto acima, defende-se que a disciplina tenha caráter geral (considerada a competência prevista no art. 22, XXVII da CRFB) e apresente critérios substantivos não exaustivos para a criação de um cenário desejável de consensualidade.

Reforce-se aqui a noção, também discutida no evento da OAB-RJ, de que os instrumentos jurídicos tradicionais não serão suficientes para atender às demandas da crise (já não o são para as exigências contemporâneas). A regulação contratual brasileira tem se demonstrado, infelizmente, pouco eficiente em matéria de equilíbrio econômico-financeiro, causas de desequilíbrio e mecanismos de reequilíbrio.

Também a alusão genérica às categorias tradicionais de matriz francesa como a teoria da imprevisão, fato do príncipe, fato da administração, sujeição imprevista e caso fortuito ou força maior não são mais capazes de resolver os complexos problemas que se apresentam na modernidade. Ainda são úteis dogmaticamente, mas estão longe de serem exaurientes. O caso do covid-19 é um exemplo. Não basta apenas categorizá-lo como caso fortuito e força maior e como num passe de mágica os problemas se resolvem.

E mais: deve-se fugir ao máximo da litigiosidade e da judicialização de controvérsias altamente técnicas e talvez jamais vivenciadas. Algumas situações, pelo seu grau de urgência, não poderão esperar judicialização ou mesmo o endereçamento pela via arbitral, sob pena de risco de extinção da concessão e da não conservação do negócio jurídico (*favor negotii ou favor contractus*)

A disciplina geral, assim, teria o potencial de superar a dispersão e a complexidade normativa (em todos níveis da federação) já encontradas no atual contexto, garantindo caminhos relativamente uniformizadores de condutas, de modo a incrementar a previsibilidade de comportamentos num contexto em que os conceitos de cooperação e a boa-fé serão centrais para a obtenção dos avanços necessários.

Tarefa mais árdua será, indubitavelmente, a da fixação de parâmetros substantivos para a renegociação de contratos de infraestrutura ou da construção de soluções razoáveis. Não se pretende aqui, por exemplo, sugerir que a disciplina geral estabeleça de forma definitiva o conteúdo de futuros ajustes complementares, o que seria naturalmente incompatível com as especificidades de cada realidade contratual.

De todo modo, pensamos ser possível avançar, ainda que em caráter não exaustivo, no sentido da busca por *standards* negociais prévios, que validamente incentivem a obtenção de negociações em ambiente mais estável e propício à cooperação.

Em quinto lugar: por que renegociar?

Existe, no setor de infraestrutura, uma enorme resistência em renegociar contratos de concessão. Algumas razões explicam esse receio.

A primeira delas é que são contratos com investimentos muito elevados, o que aumenta o grau de responsabilidade de gestores no momento de celebrarem termo aditivo com modificações que possam ser qualificadas como substanciais. Pode até existir razoável consenso entre as partes, mas o receio de que controladores externos possam discordar das bases da renegociação e aplicar sanções costuma prevalecer.

Não raro, adota-se uma postura mais conservadora que implica na renúncia ao exercício da solução consensual a ser desenvolvida pelas próprias partes para transferir esse ônus para um terceiro imparcial (mediador, árbitro ou juiz). O custo desta transferência costuma ser alto, seja pela demora na resolução do impasse, seja pelo próprio custo financeiro de se recorrer à arbitragem ou ao Judiciário.

A segunda razão é que, como regra, existe um ambiente de desconfiança recíproco entre as partes. Nos países que a confiança é alçada como pressuposto das relações contratuais públicas, a renegociação, ainda que complexa, tem uma chance bem maior de êxito. Confiança não se adquire por lei ou por contrato. É uma conquista. É uma mudança de postura baseada em padrões de boa-fé e eticidade e que requer, como bem destacou Bruno Navega no debate, capacidade institucional adequada.

A terceira razão é que a flexibilidade ou mesmo a mutabilidade dos contratos concessionais não é ilimitada, mas sujeita aos princípios da concorrência e da intangibilidade do objeto. Contudo, nem sempre é fácil saber a medida exata que a renegociação pode ou não vulnerar esses princípios. O conteúdo substancial de uma renegociação pode despertar diferentes visões e interpretações acerca do atendimento ou não destes limites.

Entretanto, o que temos agora no Brasil é uma enorme oportunidade de modificar esse estado de coisas. A renegociação das concessões pode se apresentar como a melhor oportunidade para resolver os complexos impasses que, certamente, advirão destes contratos. Claro que nem sempre será possível e o recurso, principalmente à via arbitral, será necessário. Mas é preciso percorrer esse percurso antes.

Se está diante de uma possível quebra da base objetiva dos contratos de concessão no Brasil. Evidente que cada situação concreta merece um exame específico, mas as soluções não estão nas prateleiras jurídicas. Como referido por Egon Bockman Moreira no debate, as soluções não estão prontas e acabadas. Precisarão ser construídas com eficiência, boa-fé e confiança recíproca.

No campo dos contratos concessionais, não há na legislação brasileira norma que explicita aos aspectos procedimentais da renegociação, a sua categorização expressa como um dever imposto às partes e, muito menos, que essa renegociação transcorra obrigatoriamente dentro de um determinado lapso temporal.

A adoção de um regime normativo extraordinário pode ser a oportunidade de se iniciar um marco setorial específico de consensualidade que expresse definitivamente a cultura da negociação como algo positivo e necessário.

Claro que é possível extrair do ordenamento jurídico um dever das partes em reequilibrar os contratos administrativos e, em especial, os contratos concessionais, mas a sua posituação seria muito bem vinda neste momento. Novamente, seria não uma condição, mas um reforço importante de tais premissas.

A renegociação dos contratos concessionais pode ser um elemento fundamental para uma boa governação dos contratos públicos duradouros, em especial no contexto da pandemia do COVID-19. Impõe-se às partes o dever de renegociar com lealdade, colaboração, cooperação e boa-fé. A transparência, clareza e a motivação na postura de ambas as partes são determinantes para que a renegociação chegue a bom termo. Aqui não se pode ter a ingenuidade de achar que a mudança vem por lei. É preciso uma mudança de cultura.

Em jeito de conclusão: chegou a hora dos nossos contratos de concessão serem efetivamente relacionais

Em outras oportunidades, já afirmamos que os contratos de concessão são incompletos e dotados de lacunas. Por melhor que seja a partilha de riscos, não há como se prever o futuro e as incertezas. Os inacabamentos são inerentes às estruturas contratuais duradouras.

Prudente reconhecer a racionalidade limitada do ser humano na modelagem dos contratos concessionais e promover uma regulação mais flexível e adaptada às alterações que a realidade impõe. Tão importante quanto à modelagem é a gestão e a governação destes contratos. Existe um

razoável consenso no universo do direito administrativo brasileiro de que essa incompletude é ínsita a estes contratos.

Também já afirmamos, em outra sede, que esses contratos são relacionais. Relações contratuais duradouras – como são as concessões – impõem uma dinâmica de interdependência nos direitos e deveres das partes, justificando que o desenho contratual estimule comportamentos e condutas amparados na boa-fé e na cooperação.

Para a concepção relacional, vislumbram-se benefícios recíprocos às partes quando adotam postura baseada na confiança e boa-fé como elementos centrais na construção coordenada de soluções pós-contratuais da relação duradoura. O interesse comum na consecução do objeto deve levá-los a agir pautados por padrões cooperativos e solidários.

O covid-19 é uma excelente oportunidade para colocar essa cultura relacional em prática. Entes públicos e concessionários enfrentam dificuldades financeiras e precisam, juntos, encontrar soluções que possam responder aos enormes desafios que já estão colocados.

Um regime extraordinário e transitório – como aqui proposto – pode auxiliar no incremento da segurança jurídica e, principalmente, nos aspectos substantivos e materiais para que esse “salvamento” das concessões ocorra da melhor maneira possível, com prestígio da cultura negocial e relacional nos negócios públicos de infraestrutura.

Não se desconhece que, não raro, o efeito pode ser o oposto quando se editam normas com essa natureza. Daí a necessidade – caso evolua solução normativa neste sentido - de que sejam estruturadas e elaboradas de forma dialógica, técnica, eficiente e rápida (dada a urgência imposta pela pandemia).

Como afirmado no debate na Comissão de Direito Público da OAB/RJ, chegou a hora das concessões serem mais um jogo de frescobol (jogo de ganha/ganha) do que um jogo de tênis (jogo com vencedor e perdedor). Quem sabe o covid-19 – que tem causado tanto sofrimento em escala global – não seja o indutor de uma radical mudança de cultura?