

A EMERGÊNCIA DA COVID-19 NOS CONTRATOS DE INFRAESTRUTURA: O MOMENTO CERTO PARA O REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DAS CONCESSÕES E AS MEDIDAS IMEDIATAS À DISPOSIÇÃO DO ADMINISTRADOR PÚBLICO

Thiago C. Araújo

Professor da EPGE/FGV, Procurador do Estado do Rio de Janeiro. Advogado.

Daniel Silva Pereira

Pós-graduado em Direito Administrativo Empresarial pela Universidade Cândido Mendes. Assessor Jurídico na AGETRANSP.

É sabido que a edição de atos normativos que restringem a circulação de pessoas nas ruas, no intuito de mitigar a propagação do novo Coronavírus (COVID-19) e as suas consequências, geraram efeitos negativos em toda a economia.¹ Tais medidas de prevenção, entretanto, implicaram impactos diferenciados sobre os contratos de infraestrutura, em especial àqueles relacionados às áreas de infraestrutura de transportes.² Isso porque tais empreendimentos, em regra, são diretamente dependentes da demanda de usuários gerenciada pelo parceiro privado, o que os torna especialmente sensíveis ao isolamento, voluntário ou não, de pessoas em suas casas.³

¹ No Rio de Janeiro, a suspensão de atividades econômicas e a consequente diminuição dos deslocamentos diários de pessoas foi iniciada com a edição do Decreto Estadual nº 46.970, de 13 de março de 2020, que em seu art. 4º, determinou a suspensão de algumas atividades, tais como eventos, atividades coletivas de cinema, teatro e afins, e também das aulas nas redes pública e privada. Posteriormente o Decreto Estadual nº 46.973 de 16 de março de 2020 incluiu novas suspensões temporárias, como, bares, restaurantes, academias, hotéis, shoppings, acesso a praias, lagoas, e, com relação aos transportes determinou a redução de 50% da capacidade de lotação dos trens e a proibiu do uso do passe livre de estudantes. Recentemente, foi publicado o Decreto nº 47.052/2020, prorrogando, até o dia 11/05/2020, as medidas restritivas de circulação e funcionamento de estabelecimentos, entre outras atividades.

² Como exemplo desses impactos diferenciados, podemos citar: a inviabilidade de cumprimento de obrigações contratuais por parte do particular, a análise do direito deste à readequação do equilíbrio econômico-financeiro e o aumento do risco de insolvência do próprio poder concedente.

³ De acordo com levantamento realizado pela Confederação Nacional de Transportes –CNT –, denominado “Pesquisa de Impacto no Transporte-COVID-19”, 90% do setor de transporte foi afetado negativamente pela pandemia provocada pelo novo Coronavírus, em decorrência da queda de demanda e de receita; 71,1% das transportadoras estão enfrentando problemas de caixa e severo comprometimento da capacidade de realizar os pagamentos correntes como, por exemplo, a folha de pagamentos e os fornecedores; 53,7% delas têm recursos para, no máximo,

A EMERGÊNCIA DA COVID-19 NOS CONTRATOS DE INFRAESTRUTURA: O MOMENTO CERTO PARA O REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DAS CONCESSÕES E AS MEDIDAS IMEDIATAS À DISPOSIÇÃO DO ADMINISTRADOR PÚBLICO

Thiago C. Araújo e Daniel Silva Pereira

Diante desse cenário, a doutrina administrativista nacional tem prontamente se debruçado sobre o tema, chegando a um aparente consenso de que, muito embora o ordenamento pátrio seja dotado de cláusulas gerais que autorizam a Administração Pública a celebrar compromissos consensuais voltados à adaptação dos contratos existentes ao atípico cenário contemporâneo⁴, se faz imprescindível a introdução de um regime de direito público transitório específico para prover sustentação e incentivar a criação de um ambiente propício a negociações, como forma de superar a crise econômica e dar mais estabilidade e segurança aos negócios públicos.⁵

Além disso, diferentemente de outros países⁶, em âmbito nacional, parece haver um consenso doutrinário razoável no sentido de que a atual crise enfrentada em razão do novo Coronavírus pode ser enquadrada no conceito de evento imprevisível de consequências incalculáveis apto a conferir às concessionárias direito ao reequilíbrio de seus contratos na dimensão de seus respectivos efeitos em cada caso concreto.⁷

um mês de operação, sendo que 28,2% não suportam 30 dias sem apoio financeiro adicional; e para 69,6% os efeitos da crise serão percebidos por mais de quatro meses. Disponível em: <<https://cdn.cnt.org.br/diretorioVirtualPrd/d8bc805d-58c7-4cd0-9e1f0653bfd6b263.pdf>> Acesso em: 25/04/2020.

⁴ Um exemplo disso vem a ser o disposto no art. 26 da LINDB, incluído pela Lei nº 13.655, de 2018, o qual dispõe que: “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”.

⁵ Nesse sentido: GARCIA, Flávio Amaral; ZAMBÃO, Rodrigo. *Vale a pena cogitar um regime extraordinário para as concessões e PPS em tempos de covid-19?* Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/arquivos/2020/4/A60EE7F1E41887_Valeapenacogitarumregimeextrao.pdf> Acesso em: 26/04/2020.

⁶ De acordo com o Item 2 do comunicado do Conselho de Ministros do Governo da República Portuguesa, de 17 de abril de 2020, a reposição do equilíbrio financeiro, que somente ocorrerá após o fim período do estado de emergência, apenas poderá ser realizada “nos contratos em que se preveja **expressamente o direito do contraente privado a ser compensado por quebras de utilização ou a ocorrência de uma pandemia (...)**”. Disponível em: <<https://www.portugal.gov.pt/pt/gc22/governo/comunicado-de-conselho-de-ministros?i=341>> Acesso em: 03/05/2020.

⁷ Nesse sentido, o Parecer nº 261/2020/CONJUR-MINFRA/CGU/AGU concluiu que pandemia do novo Coronavírus configura força maior ou caso fortuito, caracterizando álea extraordinária para fins de aplicação da teoria da imprevisão a justificar o reequilíbrio de contratos de concessão de infraestrutura de transportes, desde que atendidos os demais requisitos indicados neste Parecer. No mesmo sentido, em âmbito exclusivamente doutrinário: PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael Wallbach. *Pandemia de Covid-19 e o equilíbrio econômico-financeiro das concessões*. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/>> Acesso em: 26/04/2020.

A EMERGÊNCIA DA COVID-19 NOS CONTRATOS DE INFRAESTRUTURA: O MOMENTO CERTO PARA O REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DAS CONCESSÕES E AS MEDIDAS IMEDIATAS À DISPOSIÇÃO DO ADMINISTRADOR PÚBLICO

Thiago C. Araújo e Daniel Silva Pereira

A despeito disso, o principal desafio a ser enfrentado no âmbito dos contratos de infraestrutura em vigor tem sido conferir viabilidade financeira às empresas concessionárias, durante o período de quarentena, evitando que as dificuldades de liquidez ocasionem a interrupção de serviços e utilidades essenciais, o que não se confunde com a necessidade de revisão do equilíbrio econômico financeiro desses contratos, a qual, como explicaremos, deverá ser analisada posteriormente em um momento mais propício, quando for totalmente conhecida a extensão dos efeitos da crise atual.

Isto posto, o presente texto tem por finalidade elaborar um breve inventário dos mecanismos de aplicação imediata postos à disposição do gestor público para a preservação dos contratos de concessão e PPPs e a manutenção dos interesses coletivos direta ou indiretamente atendidos por eles, enfatizando a necessidade de que o momento atual seja voltado à adoção destas últimas, propiciando assim uma certa margem de estabilidade e segurança aos negócios públicos, requisitos fundamentais para recuperar a economia e atrair investimentos privados de qualidade.

Dois tempos de atuação: a separação entre medidas de reequilíbrio e de preservação imediata

Conforme mencionado anteriormente, por conta dos efeitos negativos da crise proveniente da COVID-19, as concessionárias vêm enfrentando déficits operacionais significativos que inviabilizam a continuidade da prestação de utilidades públicas essenciais e que colocam em risco a própria existência de diversos empreendimentos de infraestrutura. Essa situação tem suscitado a incidência de múltiplos pleitos de reequilíbrio ajuizados por concessionárias em todo o território nacional⁸.

⁸ Conforme notícia vinculada no Valor, em 05/05/2020, o ministro da Infraestrutura, Tarcísio Freitas, reconheceu que, devido aos efeitos da Pandemia sobre os contratos de infraestrutura, “haverá uma jornada de reequilíbrios. RITTNER, Daniel. *Governo não salvará concessionárias ‘doentes’ com reequilíbrio econômico, diz Tarcísio*. Disponível em: <<https://valor.globo.com/empresas/noticia/2020/05/06/governo-descarta-salvar-concessionarias-doentes.ghtml>> Acesso em: 06/05/2020.

A EMERGÊNCIA DA COVID-19 NOS CONTRATOS DE INFRAESTRUTURA: O MOMENTO CERTO PARA O REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DAS CONCESSÕES E AS MEDIDAS IMEDIATAS À DISPOSIÇÃO DO ADMINISTRADOR PÚBLICO

Thiago C. Araújo e Daniel Silva Pereira

Ocorre que, ao que tudo indica, no presente momento, concessionárias e poder concedente deveriam envidar esforços para a preservação da viabilidade financeira dos contratos de infraestrutura em vigor, evitando que as dificuldades de liquidez ocasionem a interrupção de serviços e utilidades essenciais. Não sendo este, portanto, o momento adequado para a realização de revisões no equilíbrio econômico-financeiro desses contratos.

Duas ordens de fatores contribuem para essa conclusão. Em primeiro lugar, existiriam fatores de ordem conjuntural. Normalmente, o tempo do procedimento de reequilíbrio no Brasil leva mais de dois anos, podendo esse interstício ser majorado pela intervenção dos órgãos de controle. Destarte, ainda que houvesse intenção e consensualidade entre as partes, a revisão não seria um instrumento apto a resolver o problema premente em tempo hábil a viabilizar a continuidade dos contratos que já se encontram significativamente afetados por conta da pandemia da Covid-19.

Em segundo lugar, fatores intrínsecos ao próprio reequilíbrio nestes casos contribuiriam para a sua impraticabilidade. Isso em razão de que prejuízos gerados por tais questões possuem um cálculo de elevada complexidade, o qual envolve o conhecimento de elementos diversos que ainda não podem ser determinados, muito menos avaliados, antes do encerramento do atual período de calamidade pública. Em segundo lugar, porque, como já apontado, os contratos de infraestrutura estão especialmente sujeitos aos efeitos negativos dos variados atos de restrição à mobilidade urbana que se modificam com frequência ímpar, conforme a evolução dos índices da pandemia.

Não bastasse isso, devido ao panorama econômico pós-solução da emergência sanitária (índice de desemprego elevado, cofres públicos enfraquecidos, etc.), o mais provável será a opção das partes por medidas puramente de recomposição do equilíbrio econômico da concessão⁹, como o incremento do prazo do contrato, elevação da Taxa Interna de Retorno desses

⁹ A respeito da possibilidade de realização de reequilíbrios incompletos de contratos de concessão e PPP, vide: 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). Disponível em: <<http://www.portugalribeiro.com.br/wpp/wp-content/uploads/reequilibrios-incompletos.pdf>> Acesso em: 29/04/2020.

A EMERGÊNCIA DA COVID-19 NOS CONTRATOS DE INFRAESTRUTURA: O MOMENTO CERTO PARA O REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DAS CONCESSÕES E AS MEDIDAS IMEDIATAS À DISPOSIÇÃO DO ADMINISTRADOR PÚBLICO

Thiago C. Araújo e Daniel Silva Pereira

empreendimentos e redução das obrigações de investimentos, as quais não são capazes de conferir às concessões a liquidez imediata para evitar a interrupção dos serviços.¹⁰

Sendo assim, a realização de qualquer procedimento de reequilíbrio, nesse cenário, seria de todo desprovida de qualquer eficiência, já que sabidamente, em um curto espaço de tempo, seria necessária a realização de novo pleito de reequilíbrio pela concessionária, o que resultaria em uma espécie de reequilíbrio contingente e um recorrente acionamento dos órgãos administrativos. Por isso, apesar de se encontrarem consideravelmente afetados em seu equilíbrio econômico-financeiro, a nosso ver, os pleitos voltados à revisão de contratos de concessão somente poderiam ser tratados em ocasião futura mais oportuna, como uma eventual revisão ordinária prevista contratualmente, ou ainda extraordinária, mas superada a situação pandêmica, quando os efeitos puderem ser estimados com maior acurácia.

Os mecanismos à disposição do gestor para manutenção da sustentabilidade das concessões

Conforme explicado no item anterior, o momento atual é de atuação *imediata*, vocacionada exclusivamente a conferir liquidez às Concessionárias, para tanto é necessário apurar os mecanismos que se encontram à disposição da Administração Pública para preservar a manutenção dos contratos de concessão celebrados, no atual cenário em que as concessionárias se deparam com aumentos de custos e reduções de receitas decorrentes das medidas governamentais impostas para o enfrentamento da pandemia.

Antecipe-se, porém, que a ideia não seria passar à concessão os valores necessários para recompor a TIR normalmente observada na exploração do contrato em circunstâncias normais, mas somente o suficiente para impedir o colapso financeiro desses contratos no atual cenário de crise gerado pela

¹⁰ Nesse sentido: VÉRAS, Rafael. *Coronavírus, equilíbrio econômico-financeiro em concessões, dever de renegociar: quem paga a conta pela Teoria da Imprevisão?* Disponível em: Disponível em: <<https://www.editoraforum.com.br/author/marketing/>> Acesso em: 26/04/2020.

A EMERGÊNCIA DA COVID-19 NOS CONTRATOS DE INFRAESTRUTURA: O MOMENTO CERTO PARA O REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DAS CONCESSÕES E AS MEDIDAS IMEDIATAS À DISPOSIÇÃO DO ADMINISTRADOR PÚBLICO

Thiago C. Araújo e Daniel Silva Pereira

COVID-19.¹¹ Essa solução prestigiaria a continuidade dos serviços, uma vez que, desde já, é possível identificar, com certa celeridade e objetividade, a margem de diferença existente entre a perda de demanda sofrida nos diversos empreendimentos de infraestrutura e o custo total de manutenção da operação dos mesmos.¹²

Uma primeira solução mais óbvia, considerando os altos custos que a maioria dos empreendimentos em infraestrutura demandam e a impossibilidade de sua sustentação somente com a cobrança de tarifa do usuário no atual cenário, é a concessão de subsídio público aos contratados em montante suficiente para cobrir o déficit operacional imediato da Concessionária.¹³

E nem se diga que o fato de a Concessionária ser remunerada por meio de tarifas impediria que a contraprestação se realizasse de outro modo ou que a utilização de subsídio para cobrir os déficits operacionais de serviços concedidos representaria uma quebra do princípio da isonomia entre os licitantes pela ausência de previsão do mesmo desde o edital de licitação. Aliás, a doutrina especializada, há tempos, já defende que a concessão de subsídios para viabilizar a regularidade do serviço é possível.¹⁴

¹¹ Nesse sentido, aliás a proposta do §1º do artigo 6º do Projeto de Lei nº 2.139, de 2020, que estabelece o Regime Jurídico Emergencial e Transitório para as relações jurídicas contratuais da Administração Pública: "(...) §1º. **O processo administrativo visando à recomposição será instaurado depois do encerramento do período de calamidade pública ou da situação de emergência, ressaltando-se os casos urgentes, em que haja a necessidade de providências imediatas para assegurar a continuidade da execução da prestação.**" (Grifamos).

¹² Muito embora seja possível identificar, com certa celeridade, a margem de diferença existente, a delimitação exata do valor da mesma se revela uma tarefa das mais tormentosas, haja vista a assimetria de informação existente entre a Concessionária e o Poder Concedente, a qual poderia ser dirimida, como se esclarecerá, por meio da introdução de mecanismos de gestão cooperativa do empreendimento concessório entre a Concessionária e o Poder Concedente.

¹³ Essa solução já vem, inclusive, sendo adotada pelo Município de São Paulo, que editou a Lei nº 17.335, de 27 de março de 2020, autorizando, em seu art. 7º, a Administração Pública a conceder subvenções econômicas, pelo período de até 4 (quatro) meses, para cobertura de despesas correntes de seus contratados. Na mesma direção, foi editada a Lei nº 20.733/2020, do Estado de Goiás, que autorizou a implementação de subsídio para manutenção da Metrobus Transporte Coletivo S/A. De maneira semelhante, já se encontra tramitando, na Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, o PL nº 2501/2020, que institui auxílio financeiro emergencial às empresas de transporte público de responsabilidade do Estado, visando ressarcir às mesmas o seu gasto operacional mínimo líquido, durante os períodos de evolução e arrefecimento da pandemia ocasionada pelo novo Coronavírus (COVID-19).

¹⁴ VÉRAS, Rafael. O Cisne Negro e as Concessões Subsidiadas. Coluna de Direito da Infraestrutura – Ed. Fórum. Disponível em: < <https://www.editoraforum.com.br/noticias/o-cisne-negro-e-as-concessoes-subsidiadas/> > Acesso em: 06/05/2020.

A própria Lei nº 8.987/95, ao possibilitar o uso de receita alternativa como mecanismo de remuneração pelos serviços prestados pela concessionária (art. 11 c/c art. 18, VI), rompeu o dogma doutrinário de que a única maneira de remunerar a empresa seria com tarifas.¹⁵ De outra parte, com a edição da Lei de Parcerias Público-Privadas passou-se a ser admitida a possibilidade de contraprestações pagas pelo Poder Concedente, as quais, sob o ponto de vista econômico, têm a natureza de verdadeiros subsídios estatais.¹⁶

A dificuldade em relação à implementação dessa solução é que, da perspectiva da contabilidade pública, o subsídio conferido pelo poder concedente ao concessionário ou parceiro privado é caracterizado como “subvenção”, estando sua implementação condicionada, no caso de empresas de fins lucrativos, como é o caso das signatárias de contratos de concessão comum e de PPPs, à autorização em lei específica¹⁷, o que pode inviabilizar uma resposta rápida por parte do gestor público.

Uma segunda hipótese, que poderia ser utilizada concomitantemente com a anterior, seria a antecipação de recebíveis às Concessionárias, como, por exemplo, o pagamento de gratuidades anteriormente reconhecidas e de outros valores incontroversos, como o referente ao pagamento de eventuais contrapartidas devidas pelo Poder Público em contratos de parcerias público-privadas que se encontrem em atraso.¹⁸

Essa antecipação de créditos recebíveis permitiria aumentar o fluxo de caixa das concessionárias, conferindo às concessões liquidez imediata. É

¹⁵ Nesse sentido, FORTINI, Cristiana. O vírus e a necessidade de empatia nas concessões de transporte coletivo. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2020-abr-30/interesse-publico-virus-necessidade-empatia-concessoes-transporte-coletivo>> Acesso em: 04/05/2020.

¹⁶ Conforme aduz Rafael Wallbach Schwind, “As contraprestações públicas nas PPP, sob o ponto de vista econômico, têm a natureza de subsídios estatais. Destinam-se a viabilizar a aplicação da técnica concessória a determinados serviços que, de outra forma, para serem prestados de acordo com as exigências do Poder Público, não comportariam exploração por entidades privadas”. SCHWIND, Rafael Wallbach. *Remuneração do Concessionário – Concessões Comuns e Parcerias Público-Privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 219.

¹⁷ Art. 19, da Lei 4.320/64: “Art. 19. A Lei de Orçamento não consignará ajuda financeira, a qualquer título, a empresa de fins lucrativos, salvo quando se tratar de subvenções cuja concessão tenha sido expressamente autorizada em lei especial.”

¹⁸ Esse seria, por exemplo, a situação do VLT no rio, em que a concessionária acionou a prefeitura judicialmente alegando que o poder público estava atrasando os pagamentos mensais da contrapartida da PPP desde maio de 2018, acumulando uma dívida de R\$ 170 milhões por causa desses atrasos. Temos fonte dessa informação? Se não tivermos, não há problema.

A EMERGÊNCIA DA COVID-19 NOS CONTRATOS DE INFRAESTRUTURA: O MOMENTO CERTO PARA O REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DAS CONCESSÕES E AS MEDIDAS IMEDIATAS À DISPOSIÇÃO DO ADMINISTRADOR PÚBLICO

Thiago C. Araújo e Daniel Silva Pereira

preciso compreender, entretanto, que a antecipação de recebíveis não se confunde com o empréstimo, que será tratado mais adiante. Isso porque no empréstimo, o interessado recorre à instituição financeira com vistas a receber montante que não é dele, o qual, depois, deve ser devolvido com taxas de juros.

Na antecipação de recebíveis, entretanto, o Estado desembolsa um valor que já seria devido ao particular contratado, não implicando custos novos para si e nem para o particular contratado, dá mais segurança às duas partes e dispensa-se a obtenção de garantias. Trata-se, portanto, de um recurso rápido, que pode ser utilizado em situações de emergência como a atual e que não enseja na criação de novos custos aos cofres públicos, conforme já, inclusive, reconhecido pelo Tribunal de Contas da União¹⁹.

O principal problema dessa solução seria o atual cenário de escassez de recursos públicos que impossibilitaria aos cofres públicos arcar simultaneamente com o pagamento de diversos créditos reconhecidos a variados agentes privados em um curto período de tempo. Além disso, a antecipação de recebíveis, por si só, pode não representar montante suficiente para viabilizar a continuidade do serviço em contratos que sofreram uma perda tarifária significativa ou tiveram seus custos significativamente aumentados por conta da pandemia.

Diante desse cenário, uma solução mais propícia, e com menor impacto nos cofres públicos, seria a obtenção de empréstimos em instituições financeiras públicas e a abertura de linhas de crédito multilaterais como o Fundo Monetário Internacional e o Banco Mundial. Essa opção, além de gerar baixo impacto imediato sobre os cofres públicos – haja vista que tais ajustes, via de regra, são celebrados em condições especiais, normalmente com a previsão de prazos mais longo de amortização –, seria capaz de fornecer, em um curto espaço de tempo, recursos em montante suficiente para fornecer segurança ao empreendedor privado durante o período de pandemia.

Tal solução, entretanto, não está indene de críticas. Em primeiro lugar, pois, em geral, o empréstimo envolve taxas de juros elevados que poderão vir a

¹⁹ Acórdão nº 1565/15 – Plenário, Acórdão nº 1.442/2003, Acórdão nº 3614/2013 – Plenário.

A EMERGÊNCIA DA COVID-19 NOS CONTRATOS DE INFRAESTRUTURA: O MOMENTO CERTO PARA O REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DAS CONCESSÕES E AS MEDIDAS IMEDIATAS À DISPOSIÇÃO DO ADMINISTRADOR PÚBLICO

Thiago C. Araújo e Daniel Silva Pereira

comprometer o fluxo de caixa do empreendedor privado, especialmente se as entradas de recursos ficarem abaixo do programado para a quitação da dívida. Sendo assim, embora seja uma opção viável, capaz de oferecer liquidez em curto tempo, o empréstimo pode vir a inviabilizar a continuidade do empreendimento concedido caso não haja uma boa gestão.

Em segundo, lugar porque enfrentaria dificuldades quanto à definição das garantias e a delimitação do montante a ser aportado em cada contrato de concessão. De mais a mais, o próprio custo da transação da operação seria incrementado por conta da obtenção de garantias que assegurem o cumprimento do contrato e da assimetria de informações existente entre as partes quantos aos custos reais de manutenção da operação do serviço concedido.

Uma alternativa, para possibilitar a tomada de uma decisão racional estratégica entre as partes, poderia ser a instituição de um regime especial de supervisão/cogestão entre agente público e privado para viabilizar, da maneira mais precisa possível, o aporte de recursos em cada empreendimento, corrigindo a assimetria de informações existente entre o Poder Concedente e a Concessionária.

Com isso, afastar-se-iam os riscos de solução de continuidade da prestação do serviço público e o enorme custo de recursos que se perderiam em razão da assimetria de informação existente entre as partes. Além do que, tal mecanismo permitiria um melhor controle sobre a gestão do empreendimento, garantindo assim a continuidade da concessão e a sua liquidez por período suficiente de tempo para viabilizar o pagamento das obrigações contraídas.

No que diz respeito à extensão dos poderes do agente público, durante a vigência do regime, ao que tudo indica, os mesmos poderão ser delimitados via acordo tripartite²⁰, celebrado entre, poder concedente, concessionária e

²⁰ A respeito da possibilidade de celebração de acordo tripartite para viabilização de financiamento de empreendimentos públicos, confira-se: JORDÃO, Tarcila Reis. Acordo Tripartite: enfrentando os desafios de financiabilidade de projetos de concessão e parcerias público-privadas no Brasil. In: FILHO, Alexandre Jorge Carneiro da Cunha; OLIVEIRA, André Tito da Motta Oliveira; ISSA, Rafael Hamze; SCHWIND, Rafael Wallbach. Direitos, Instituições e Políticas Públicas: O papel do jusidealista na formação do Estado. São Paulo: Quartier Latin, 2017, pp. 403-428.

organismo financiador. Por meio do acordo tripartite também se explicitariam os procedimentos a serem adotados para a implementação do regime especial e os graus de responsabilidades de cada um dos envolvidos.

Outrossim, a viabilidade desse regime de cogestão encontraria amparo nos poderes de intervenção conferidos ao poder concedente pelos arts. 32 a 34 da Lei nº 8.987/1995, os quais se aplicariam supletivamente na vigência do referido regime, uma vez que em última instância esse o mesmo corresponderia uma espécie de “intervenção branda”, a qual preservaria os poderes de gestão da concessionária sobre o projeto, ainda que com uma participação estatal mais ativa no interesse da continuidade do serviço.²¹

Conclusão

A partir das análises acima realizadas foi possível concluir ser de extrema importância diferenciar o momento atual, voltado a uma atuação emergencial imediata, vocacionada exclusivamente a conferir liquidez às Concessionárias, do momento que lhe seguirá, no qual haverá o reequilíbrio econômico-financeiro dos efeitos financeiros decorrentes da crise.

Não se pode escapar da conclusão que, acaso o comprometimento da execução do contrato seja tamanho que impeça sua recuperação, é possível que as partes decidam, amigavelmente, pela rescisão do mesmo, com base no art. 78, XVII, da Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos, o qual dispõe ser possível a interrupção prematura do ajuste em razão da ocorrência de caso fortuito ou de força maior, regularmente comprovados, impeditivos da execução contratual.

A fim de evitar tal cenário, as intervenções propostas anteriormente são, segundo julgamos, as formas mais propícias de promover, em um curto prazo, benefícios à sustentabilidade das empresas concessionárias afetadas. É claro

²¹ Vale apontar que, malgrado a doutrina nacional confira um cunho sancionatório à intervenção, a intervenção e o poder sancionatório do concedente não se confundem. Nesse sentido, Marçal Justen Filho anota que “admite-se sua utilização inclusive em hipóteses em que o concessionário não tenha infringido qualquer dever. Isso se passa no caso de necessidade de maior adequação do serviço, com alteração dos procedimentos técnicos para sua prestação e situações similares”. JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Dialética, 2003, p. 483.

A EMERGÊNCIA DA COVID-19 NOS CONTRATOS DE INFRAESTRUTURA: O MOMENTO CERTO PARA O REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DAS CONCESSÕES E AS MEDIDAS IMEDIATAS À DISPOSIÇÃO DO ADMINISTRADOR PÚBLICO

Thiago C. Araújo e Daniel Silva Pereira

que tais possibilidades não estão indenes de críticas, especialmente advindas de uma concepção mais tradicional dos contratos administrativos, contrária a uma maior flexibilidade da estrutura remuneratória das concessões comuns.

Todavia, a flexibilidade da estrutura remuneratória é aspecto condizente à própria lógica subjacente dos contratos de concessão, independentemente de serem comuns ou aquelas regidas pela Lei nº 11.079/04, já podendo ser observada uma tendência natural à flexibilização das possibilidades de remuneração do concessionário desde o momento em que se estrutura o projeto, especialmente se considerarmos a racionalidade limitada de que dispõe as partes no momento da celebração do contrato, bem como o fato de que tais ajustes estão sujeitos a diversas intempéries ao longo do tempo.²²

É necessário extrair uma lição duramente ensinada pela pandemia: talvez não exista um instrumento eficaz que afaste todas as consequências danosas experimentadas. Por conta disso, é preciso buscar outras saídas, ainda que paliativas, mas aptas a garantir a sobrevivência dos contratos e a continuidade da prestação dos serviços essenciais, até que sobrevenha um remédio definitivo.

As referências a este artigo deverão ser feitas da seguinte maneira:

ARAÚJO, Thiago C.; PEREIRA, Daniel Silva. *A emergência da covid-19 nos contratos de infraestrutura: o momento certo para o reequilíbrio econômico-financeiro das concessões e as medidas imediatas à disposição do administrador público*. Disponível em: www.licitacaocontrato.com.br. Acesso em: dd/mm/aaaa.

²² Nesse sentido: BARBOSA, Fernando de Holanda; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro; GUERRA, Sérgio. *Equilíbrio Financeiro em Projetos de Infraestrutura e a TIR Flexível*. Cadernos FGV Projetos nº 32/2019. Rio de Janeiro: FGV Projetos, 2019.