Covid-19 e contratos de concessão: problemas e alternativas sob a ótica da análise econômica do direito*

Covid-19 and concession contracts: problems and alternatives under the view of economic analysis of law

*Wilson Engelman***
*Lucas Pacheco Vieira****
*Adriano Farias Puerari*****

* Artigo recebido em 4 de maio de 2020 e aprovado em 22 de maio de 2020. DOI: https://doi.org/10.12660/rda.v281.2022.88320.

** Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos); professor e pesquisador do Programa de Pós-Graduação em Direito — Mestrado e Doutorado — e do Mestrado Profissional em Direito da Empresa e dos Negócios, ambos da Unisinos; bolsista de Produtividade em Pesquisa do CNPq. E-mail: wengelmann@unisinos.br.

*** Antonio Meneghetti Faculdade (AMF); professor de direito administrativo e direito tributário; mestre em direito da empresa e dos negócios pela Unisinos; doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (Univali), em regime de dupla titulação com a Università degli Studi di Perugia — ITA; Santa Maria — RS, Brasil. E-mail: lucas@mmvadv.com.

**** Antonio Meneghetti Faculdade (AMF); Faculdade de Direito de Santa Maria (Fadisma); professor de direito administrativo; mestre em ciências jurídico-políticas com menção em direito administrativo pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra; doutorando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (Univali), em regime de dupla titulação com a Università degli Studi di Perugia — ITA; Santa Maria — RS, Brasil. E-mail: adrianopuerari@hotmail.com.

RESUMO

O presente artigo explora os problemas e alternativas decorrentes dos impactos da pandemia de Covid-19 sobre os contratos de concessão no Brasil. Depois de apresentar os marcos normativos sobre concessões e algumas cláusulas contratuais pertinentes à matéria, promove-se análise dos potenciais problemas e alternativas presentes e futuros que serão enfrentados no âmbito dos contratos de concessão por força dos efeitos provocados pela crise do Sars-CoV-2, sob o marco teórico da análise econômica do direito, especificamente da teoria dos custos de transação.

PALAVRAS-CHAVE

Covid-19 — contratos de concessão — análise econômica do direito

ABSTRACT

The present article explores the problems and alternatives arising from the impacts of the Covid-19 pandemic on concession contracts in Brazil. After presenting the normative frameworks on concessions and some contractual clauses relevant to the matter, an analysis of the potential problems and present and future alternatives that will be faced under the concession contracts is promoted due to the effects caused by the Sars-CoV-2 crisis, under the theoretical framework of economic analysis of law, specifically the transaction costs theory.

KEYWORDS

Covid-19 — concession contracts — economic analysis of law

1. Introdução

A pandemia do novo coronavírus, Sars-CoV-2, que provoca a doença Covid-19 (*coronavirus disease-19*), vem ocasionando impactos significativos sobre diversas áreas da vida humana em escala global, atingindo inicialmente a saúde pública e, com o passar do tempo, a economia, a política, o direito e outros sistemas que compõem as sociedades, dado o prolongamento e os efeitos das duras medidas destinadas a combater o surto.

A doença, que tem seu surgimento apontado na cidade de Wuhan, capital do estado de Hubei, na China, recebeu *status* de pandemia pela Organização Mundial da Saúde (OMS) em 11 de março de 2020, após a entidade internacional ter reconhecido o surto como Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional (Espii) em 30 de janeiro.[1]

A saúde pública global tem sido gravemente impactada em face da propagação acelerada em quase todas as nações, o que pressiona de maneira intensa os sistemas de saúde nacionais pela ocupação substancial dos leitos e equipamentos disponíveis, levando a infraestrutura hospitalar, por vezes, ao seu limite por determinado período.[2]

Como medidas governamentais de enfrentamento ao novo coronavírus, destacam-se a imposição de quarentenas, isolamento social e bloqueio total de atividades (*lockdown*); restrições ao trânsito de pessoas entre países (fechamento de fronteiras terrestre/aérea/marítima/fluvial); requisição administrativa de bens e serviços; monitoramento de cidadãos por meio de dados de geolocalização de seus celulares; aplicação maciça de testes/exames para detecção dos contaminados; uso generalizado de máscaras pelos cidadãos; alívios tributários para empresas; auxílios financeiros emergenciais para trabalhadores e desempregados.[3]

A redução da circulação de pessoas por receio de contaminação pelo coronavírus e algumas das múltiplas providências estatais, com ênfase para quarentenas/isolamentos/*lockdowns*, resultam em prejuízos imensos à economia. No Brasil, projeções de grandes instituições financeiras apontam para queda do Produto Interno Bruto.[4] Até 9 de abril de 2020, pesquisa do

---

1 Sobre o reconhecimento do novo coronavírus como Espii pela OMS, vide: https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-statement-on-ihr-emergency-committee-on-novel-coronavirus-(2019-ncov). Acesso em: 16 abr. 2020. Sobre a declaração da Covid-19 como pandemia pela OMS, vide: https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020. Acesso em: 16 abr. 2020.

2 Em 16 de abril de 2020, o Centro de Pesquisas de Coronavírus da Universidade Johns Hopkins atesta 2.151.199 casos confirmados no mundo desde 21 de janeiro de 2020, sendo 677.225 nos Estados Unidos, 184.948 na Espanha, 168.941 na Itália e 30.425 no Brasil. A letalidade em números absolutos, num prazo inferior a três meses, revela-se igualmente substancial: 103.796 mortos no mundo, sendo 32.868 nos Estados Unidos, 19.315 na Espanha, 22.170 na Itália e 1.924 no Brasil. JOHNS HOPKINS UNIVERSITY. *Coronavirus Resource Center.* Disponível em: https://coronavirus.jhu.edu/map.html. Acesso em: 16 abr. 2020.

3 No Brasil, o marco normativo que respalda algumas dessas providências é a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020.

4 A projeção do Banco Itaú Unibanco de abril de 2020, por exemplo, indica queda de 2,5% do PIB em 2020. Disponível em: https://www.itau.com.br/itaubba-pt/analises-economicas/projecoes/cenario-brasil-abril-2020. Acesso em: 11 abr. 2020. O Bank of America Merril Lynch

Sebrae identificou o fechamento de 600 mil micro e pequenas empresas e a demissão de 9 milhões de funcionários.[5] Em levantamento da Confederação Nacional da Indústria (CNI) com 734 empresas de pequeno, médio e grande porte, realizado em 26 e 27 de março de 2020, detectou-se que 92% das firmas consultadas foram afetadas negativamente pela pandemia.[6]

No âmbito das concessões, os efeitos econômicos negativos já estão sendo percebidos em diversos setores, tendo o governo federal adotado medidas, em certos casos, para mitigar os danos. Nos contratos de concessão de aeroportos, por exemplo, as contribuições fixas e as variáveis com vencimento no ano de 2020 poderão ser pagas até o dia 18 de dezembro de 2020, conforme o art. 2º da Medida Provisória nº 925/2020.[7] A norma foi editada, segundo a sua exposição de motivos, "com o intuito de mitigar eventuais dificuldades financeiras de curto prazo que possam afetar o cumprimento das obrigações das empresas do setor", haja vista a "queda brusca na demanda por serviços de transporte aéreo provocada pela pandemia do Coronavírus (Covid-19), tanto em nível nacional como internacional".[8]

As concessões do setor elétrico também devem passar por dificuldades econômicas relevantes. No ano de 2020, a projeção do ONS juntamente com a Empresa de Pesquisa Energética (EPE) e a Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE), divulgada em 27/3/2020, é de recuo do consumo de energia elétrica em 0,9% (passando de 67.835 MW médios para 67.249 MW médios).[9]

Neste contexto, depreende-se que as concessões públicas, em vários segmentos, serão fortemente impactadas pelos efeitos negativos do surto de Covid-19 no Brasil. Logo, o ambiente econômico demandará da ordem

---

e o JP Morgan também projetam queda de 2% ou mais do PIB brasileiro em 2020, conforme se observa em publicação da Nasdaq: https://www.nasdaq.com/articles/wall-st-banks-cut-brazil-2020-gdp-growth-forecast-further-below-2-threshold-2020-02-27. Acesso em: 11 abr. 2020.

5 Disponível em: https://www.cnnbrasil.com.br/business/2020/04/09/mais-de-600-mil-pequenas-empresas-fecharam-as-portas-com-coronavirus. Acesso em: 11 abr. 2020.

6 Disponível em: https://bucket-gw-cni-static-cms-si.s3.amazonaws.com/media/filer_public/ec/ad/ecad4487-207b-4a75-96fc-f31cf927a92c/consultaempresarial_marco2020_v2.pdf. Acesso em: 11 abr. 2020.

7 Art. 2º Nos contratos de concessão de aeroportos firmados pelo Governo federal, as contribuições fixas e as variáveis com vencimento no ano de 2020 poderão ser pagas até o dia 18 de dezembro de 2020.

8 Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/Exm/Exm-MP-925-20.pdf. Acesso em: 11 abr. 2020.

9 Disponível em: https://www.ons.org.br/Paginas/Noticias/20200327_Impactado-pela-Covid-19,-consumo-de-energia-deve-cair-0,9-em-2020.aspx. Acesso em: 11 abr. 2020.

jurídica o funcionamento dos mecanismos contratuais e legais aplicáveis, seja mediante negociações, mediações, arbitragem ou até mesmo pelo sistema de justiça.

Tomando em consideração essa perspectiva, abordaremos, por meio de instrumentos teóricos fornecidos pela análise econômica do direito, os problemas e alternativas das concessões públicas brasileiras no cenário da crise gerada pelo novo coronavírus.

2. As concessões públicas na ordem jurídica brasileira

As concessões públicas existem no Brasil desde o século XIX, representando, desde então, um importante elemento propulsor do desenvolvimento econômico, notadamente do segmento da infraestrutura. Os pactos inaugurais, caracterizados pelo longo prazo, chegando a até 90 anos, tratavam da construção de estradas de ferro e do sistema de navegação.[10] Até as primeiras décadas do século XX, floresceram igualmente concessões de energia elétrica e transporte coletivo.

A fase inicial testemunhou a transição do predomínio das concessões de obras públicas para as concessões de serviços públicos, conferindo autonomia à figura destas últimas. O amadurecimento natural sobreveio com a constatação de que terminada a construção da obra era necessário que um agente econômico promovesse sua exploração, induzindo à formação do contrato de concessão de serviço público.[11] Durante esse período, não havia norma geral sobre o tema. Em 1934, surgiu codificação parcial/setorial por meio do Código de Águas (Decreto nº 24.643/1934).

O emprego do instituto da concessão de serviço público diminuiu a partir dos anos 1940, quando a opção preferencial do Estado brasileiro passou a ser pela criação de empresas estatais para executarem as atividades econômicas antes sob o encargo de firmas privadas.

---

[10] WIGGERS, Celso. *A concessão de serviços de utilidade pública*. Aspectos especiais. O fenômeno no Brasil. Dissertação (mestre em ciências humanas — especialidade direito) — Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1978. p. 121-124. Disponível em: https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/157464/326597.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 11 abr. 2020.

[11] MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira. Aspecto jurídico-administrativo da concessão de serviço público. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 26, 1951.

O interesse pela figura retornou no fim do século XX, em especial nos anos 1980 e 1990. O renascimento do instituto, conforme a fórmula de Arnoldo Wald, se materializou "com o crescente movimento de privatização e a falta de recursos do Estado para atender às necessidades crescentes das coletividades […] em vários países do mundo".[12]

A Constituição Federal de 1988 estabeleceu as bases do regime de prestação de serviços públicos no art. 175, autorizando o poder público a prestá-lo, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação. No inciso I, do parágrafo único, do aludido preceito magno, restou determinado que lei disporia sobre "o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão".

Implementando o mandamento constitucional, editou-se a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, regrando as concessões de serviço público e de obras públicas, e as permissões de serviço público. O marco normativo definiu a concessão de serviço público e a concessão de serviço público precedida da execução de obra pública, estatuindo um regime jurídico sólido, que será, adiante, objeto de consideração. Posteriormente, a legislação brasileira foi complementada, sempre com referência à Lei nº 8.987/1995, por meio da Lei nº 9.074/1995, que estabeleceu normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos; e da Lei nº 9.427/1996, que trata das concessões de serviços públicos de energia elétrica.

A próxima grande etapa do desenvolvimento das concessões adveio com a Lei nº 11.079/2004, que introduziu as figuras da concessão patrocinada e da concessão administrativa, novas modalidades concessórias, cujo gênero foi denominado "parceria público-privada" (PPP).[13]

---

[12] WALD, Arnoldo. Renascimento do instituto da concessão. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 171, p. 1, 1988.

[13] Neste ponto, vale o esclarecimento a respeito da distinção entre parcerias público-privadas em sentido amplo e parcerias público-privadas em sentido estrito. A primeira noção (sentido amplo) diz respeito, segundo Carlos Ari Sundfeld, aos "múltiplos vínculos negociais de trato continuado estabelecidos entre a Administração Pública e particulares para viabilizar o desenvolvimento, sob a responsabilidade destes, de atividades com algum coeficiente de interesse geral". Exemplos disso são a concessão prevista na Lei nº 8.987/1995 ("concessão comum"), as concessões patrocinada e administrativa da Lei nº 11.079/2004, os contratos de gestão com organizações sociais (OSs), os termos de parceria com organizações da sociedade civil de interesse público (Oscips), a concessão de direito real de uso, o arrendamento de bem público, a permissão de serviço público e outros negócios público-privados. Já a expressão PPP em sentido estrito tem por referência somente as concessões disciplinadas pela Lei nº 11.079/2004, sob as formatações patrocinada e administrativa.

Em termos de relevância prática, merecem destaque a concessão comum, disciplinada na Lei nº 8.987/1995, e as concessões especiais (patrocinada e administrativa) ou PPPs, previstas na Lei nº 11.079/2004.

2.1 Concessão comum

A concessão comum tem sua base legal erigida na Lei nº 8.987/1995. O diploma normatiza o regime de concessão e permissão de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal.

As modalidades de concessão vêm definidas no art. 2º, incisos II e III, e destes conceitos entrevê-se que a Lei possui, na esteira da lição de Jacintho Arruda Câmara, uma "abrangência muito grande, aplicável tanto a superestruturas burocráticas, como a União e grandes Estados da Federação, quanto a milhares de Municípios de pequeno porte espalhados pelo País".[14] Instrumentaliza, também, "serviços com características muito diversas: com maior ou menor relevância social; afetados a infraestrutura complexa ou desvinculados a elas; fadados à exploração em regime de exclusividade (monopólio) ou passíveis de prestação em regime de competição".[15]

Na execução do objeto da concessão, o particular deve primar pela prestação de um serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, na linha do disposto na legislação e no contrato. O serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.[16]

Vale lembrar que na fixação dos deveres de cada parte, as melhores práticas recomendam, segundo Maurício Portugal, o alinhamento dos "incentivos para a produção dos níveis de serviço estipulados no contrato com o máximo de eficiência".[17] Cuida-se, na visão do *expert*, "simplesmente de

---

[14] CÂMARA, Jacintho Arruda. Contratações públicas para projetos de infraestrutura. In: JÚNIOR, Mário Engler; MARCATO, Fernando. *Direito da infraestrutura*. São Paulo: Saraiva, 2017. v. 1, p. 79-80.

[15] Ibid., p. 79-80.

[16] O serviço público adequado está contemplado na Constituição Federal como obrigação genérica, competindo ao legislador ordinário a definição de quais devam ser os parâmetros para determinação dessas características, o que torna imperiosa a fixação de índices de desempenho como forma de precisão e objetividade dos controles jurídicos disponíveis pelos usuários e pelo Estado. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. p. 487. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-5372-0/. Acesso em: 12 abr. 2020.

[17] PORTUGAL, Maurício. *Concessões e PPPs*: melhores práticas em licitações e contratos. São Paulo: Atlas, 2011. Trecho disponível em: https://www.portugalribeiro.com.br/ebooks/

adequar a técnica jurídica de redação contratual aos objetivos econômicos da própria contratação".

No regime jurídico da concessão comum, a cobrança de tarifa em contraprestação pelo serviço realizado constitui, em regra, o coração do sistema de pagamentos dessa delegação de serviços públicos, sempre respeitando o capítulo IV (arts. 9º a 13) da Lei nº 8.987/1995. Trata-se, segundo Jacintho Arruda Câmara, da "característica central do regime de concessão, que é a remuneração da contratada ser baseada na exploração do serviço ou infraestrutura delegada".[18]

Entretanto, uma parcela da literatura jurídica, que pode ser representada por Floriano Marques Neto, assume a possibilidade de concessões comuns sem a cobrança de tarifas, sob três fundamentos: (a) ausência de norma que estabeleça a obrigatoriedade da instituição de tarifas, numa interpretação combinando o art. 175, III, da CF; o art. 223 da CF; e o art. 11 da Lei nº 8.987/1995. No último dispositivo, interpreta-se a expressão "receitas alternativas" como hipótese em que as receitas principais, tarifárias, são substituídas por outras receitas; (b) inexistência de relação necessária entre cobrança de tarifas e atribuição de riscos ao concessionário; e (c) manutenção do caráter exploratório do serviço mesmo sem cobrança de tarifas.[19] Nesse sentido, Dinorá Grotti cita como exemplos as concessões de rádio e televisão, "em que o concessionário se remunera pela divulgação de mensagens publicitárias cobradas dos anunciantes, e não de tarifas pagas pelos 'usuários'".[20]

Na prática, as concessões comuns ofertaram bons resultados para o poder concedente e a população, com destaque, pela importância e desempenho, para as concessões rodoviárias.[21]

---

concessoes-e-ppps/as-melhores-praticas-para-modelagem-de-contratos-de-concessoes-e-ppps-alinhando-os-incentivos-para-a-prestacao-adequada-e-eficiente-dos-servicos/o-que-significa-melhores-praticas-para-efeito-da-modelagem-de-contratos/. Acesso em: 17 abr. 2020.

18 Jacintho Arruda Câmara, Contratações públicas para projetos de infraestrutura, op. cit., p. 80.

19 MARQUES NETO, Floriano. Concessão de serviço público sem ônus para o usuário. In: WAGNER JUNIOR, Luis. *Direito público*: estudos em homenagem ao professor Adilson Abreu Dallari. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 343-350.

20 GROTTI, Dinorá. A experiência brasileira nas concessões de serviço público. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Parcerias público-privadas*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 207.

21 Nessa linha, impende transcrever o relato de Marçal Justen Filho: "Sob inúmeros ângulos, a experiência brasileira atinente às concessões de rodovias foi produtiva e exitosa. A iniciativa privada respondeu de modo positivo às propostas governamentais, na acepção de que a quase totalidade das rodovias abrangidas nos programas de concessão foi objeto de disputas entre particulares. E houve adimplemento das obrigações assumidas. Foram investidas somas relevantes, com resultados concretos satisfatórios — na acepção de ampliação da malha rodoviária, recuperação e melhoria de rodovias em péssimas condições de tráfego". JUSTEN

Ainda que se reconheçam os méritos da assim denominada *concessão comum*, é de se mencionar que a experiência de sua utilização ao longo de quase uma década revelou-a como insuficiente na solução de alguns problemas com os quais convive a administração pública.[22] Daí porque a seguir se apresenta a análise das *concessões patrocinada e administrativa*.

2.2 Concessões patrocinada e administrativa — PPPs em sentido estrito

As concessões especiais ou parcerias público-privadas *stricto sensu* possuem suporte normativo na Lei nº 11.079/2004. O diploma estabelece duas categorias, modalidades, de PPPs: concessão patrocinada e concessão administrativa. Essas figuras consubstanciaram uma evolução do regime jurídico concessório, com inovações destinadas a garantir, *a priori*, maior segurança jurídica e eficiência, além de modelos aptos a capturarem realidades não alcançadas pela concessão comum.

As conceituações da concessão patrocinada e da concessão administrativa estão fixadas no próprio texto legislativo, que inclusive as diferencia de maneira expressa da concessão comum. Com efeito o art. 2º da Lei nº 11.079/2004 prevê que a concessão patrocinada se trata de concessão de serviços públicos ou de obras públicas que envolve, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários, contraprestação pecuniária do parceiro público ao privado (§ 1º).

A concessão administrativa trata-se do contrato de prestação de serviços de que a administração pública seja usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens (§ 2º). Ainda, o § 4º estipula como hipóteses de vedação à celebração de contrato de parceria público-privada: a) contratos cujo valor seja inferior a R$ 10.000.000,00; b) contratos cujo período de prestação do serviço seja inferior a cinco anos, ou; c) aqueles contratos em que se tenha como objeto único o fornecimento de mão de obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública.

FILHO, Marçal. Concessões de rodovias — a experiência brasileira. In: Carlos Ari Sundfeld, *Parcerias público-privadas*, op. cit., p. 255-256.

[22] Nesta linha, afirma Egon Bockman Moreira: "Assim, as PPPs envolvem uma proposta de solução de problemas com os quais de há muito convive a Administração Pública Brasileira e cuja barreira a Lei de Concessões (Lei 8.987/1995) não foi apta a romper". MOREIRA, Egon. A experiência das licitações para obras de infraestrutura e a Lei de Parcerias Público-Privadas. In: Carlos Ari Sundfeld, *Parcerias público-privadas*, op. cit., p. 113.

Partindo dessas definições, identificam-se duas diferenças primárias entre as concessões patrocinadas e as concessões administrativas: remuneração e objeto. As concessões patrocinadas são remuneradas via tarifa e contraprestação pecuniária do poder público. Já as concessões administrativas são remuneradas integralmente pelo poder público.

Em relação ao objeto: as PPPs patrocinadas só têm por objeto a prestação de serviços públicos, enquanto as PPPs administrativas podem se destinar à realização de serviços públicos ou serviços ao Estado (serviços administrativos). Da análise das diferenças quanto ao objeto, percebeu-se que a legislação autoriza às PPPs administrativas duas modalidades de serviços, o que enseja a divisão dessa categoria concessória em dois tipos, assim explicados por Carlos Ari Sundfeld:

> A *concessão administrativa de serviços públicos* é aquela em que, tendo por objeto os serviços públicos a que se refere o art. 175 da CF, estes sejam prestados diretamente aos administrados sem a cobrança de qualquer tarifa, remunerando-se o concessionário por contraprestação versada em pecúnia pelo concedente (em conjunto, ou não, com outras receitas alternativas). Nesse caso, embora os administrados sejam os beneficiários imediatos das prestações, a Administração Pública será havida como usuária indireta, cabendo a ela os direitos e responsabilidades econômicas que, de outro modo, recairiam sobre eles.
>
> A *concessão administrativa de serviços ao Estado* é a que tem por objeto os mesmos serviços a que se refere o art. 6º da Lei de Licitações, isto é, o oferecimento de utilidades à própria Administração, que será havida como usuária direta dos serviços e versará a correspondente remuneração. Quanto a esses aspectos a concessão administrativa de serviços ao Estado aproxima-se do contrato administrativo de serviços regido pela Lei de Licitações.[23]

Não obstante as distinções em face da concessão comum, a Lei nº 11.079/2004 prescreve, em seu art. 3º, *caput*, que se aplicam às *concessões administrativas* adicionalmente as regras previstas nos artigos 21 (estudos preliminares), 23 (cláusulas essenciais do contrato de concessão), 25 (responsabilidade da concessionária por prejuízos ao poder concedente, aos usuários e a terceiros) e 27 a 39 (transferência de concessão ou controle societário da concessionária sem prévia anuência do concedente; encargos do concedente; encargos da concessionária; intervenção; e extinção da concessão) da Lei nº 8.987/1995 e no art. 31 da Lei nº 9.074/1995 (permissão para que autores ou responsáveis

[23] SUNDFELD, Carlos Ari. Guia jurídico das parcerias público-privadas. In: Carlos Ari Sundfeld, *Parcerias público-privadas*, op. cit., p. 31-32.

economicamente pelos projetos básico ou executivo, em concessões ou permissões de serviços públicos ou uso de bem público, possam participar, direta ou indiretamente, da licitação ou da execução de obras ou serviços). De outro lado, as concessões patrocinadas recebem influxos somente subsidiariamente da Lei nº 8.987/1995 (art. 3º, § 1º, da Lei nº11.079/2004).

Apresentada a estrutura normativa das concessões patrocinada e administrativa, passa-se à reflexão acerca do equilíbrio econômico-financeiro nos contratos de concessão e PPPs, sendo dos assuntos mais sensíveis em relação ao tema, nomeadamente do que se poderá verificar aos tempos de crise que se sucederão à pandemia do coronavírus.

2.3 Do equilíbrio econômico-financeiro nos contratos concessórios

O direito ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato tem previsão constitucional no art. 37, inciso XXI da Constituição Federal, na sua parte final quando prevê "mantidas as condições efetivas da proposta". Também encontra amparo legal nos arts. 9º e 10 da Lei nº 8.987/1995 e arts. 58, §§ 1º e 2º, e 65 da Lei nº 8.666/1993.

Trata-se de cláusulas legais que existem nos contratos administrativos em geral para salvaguardar a instabilidade que, em tese, não se verifica com tal expressividade nos contratos privados.[24]

A longa duração dos contratos concessórios e o fato de visarem ao exercício de uma atividade-fim do Estado justificam preocupação extraordinária do legislador — e mesmo dos tribunais — em manter o seu equilíbrio econômico-financeiro.[25] É, com efeito, uma proteção que se verifica no âmbito da segurança da equação econômico-financeira estabelecida no início do

---

[24] Nesse sentido, pondera Floriano de Azevedo Marques Neto que "Se a consagração da incolumidade da equação econômico financeira — e, por tabela, a vedação da exigência da Administração de que o contratado particular sofra prejuízos na execução do contrato — é remansosa para os contratos administrativos, tanto mais o é quando estamos diante de contratos de concessão". MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Breves considerações sobre o equilíbrio econômico-financeiro das concessões. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 227. p. 105-110, jan. 2002. ISSN 2238-5177. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46904. Acesso em: 14 abr. 2020.

[25] ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2013. p. 606. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-4557-2/. Acesso em: 12 abr. 2020.

contrato, que deve permanecer incólume mesmo diante de fatos humanos ou naturais que modifiquem seus elementos constitutivos.

Esse equilíbrio decorre de equação complexa, que abrange todos os aspectos favoráveis e desfavoráveis para as partes contratantes. Nas palavras de Alexandre Aragão, trata-se de "garantia de mão dupla".[26] Assim, o evento extraordinário que acontece desonerando o concessionário deve ser revisto em benefício dos usuários do serviço ou do poder concedente, do mesmo modo que se sucede quando a álea verificada onera o concessionário.[27]

A questão que se põe diz respeito à compreensão da causa que eventualmente possa dar ensejo ao reequilíbrio. Se se trata(rá) de álea ordinária — que fica(rá) a inteiro encargo do concessionário, ou de álea extraordinária, de ônus imprevisível, hipótese em que cumpre ao poder concedente a absorção ou, pelo menos, o compartilhamento dos encargos.

Parece imprescindível que se realize a diferenciação entre a natureza da álea para fins de verificação da plausibilidade da realização de reequilíbrio. Nesse tema, as classificações apresentadas por Alexandre Aragão merecem destaque.

O autor faz uma divisão inicial, de cunho mais generalizado, diferenciando a álea ordinária ou empresarial e a álea extraordinária.[28] Aduz que a primeira seria aquela presente em qualquer tipo de negócio e não poderia ensejar especial proteção para a concessionária. Com efeito, explica que se trata(ria) de circunstância previsível e, também, de circunstâncias imprevisíveis, mas de resultados contornáveis ou de pequenos reflexos econômicos.[29] A segunda,

---

[26] Ibid., p. 607.

[27] Nas parcerias em geral, mas particularmente nas concessões se tem um inegável caráter de colaboração, o que torna ainda mais importante a necessidade de equilíbrio. Afinal, "entre parceiros, não se pode admitir que um se beneficie do prejuízo do outro, que um se locuplete às custas daquele com quem firmou a parceria". Floriano de Azevedo Marques Neto, Breves considerações sobre o equilíbrio econômico-financeiro das concessões, op. cit. p. 107.

[28] Marcel Justen Filho também sufraga essa classificação quando refere que: "A distinção entre ordinariedade e extraordinariedade do risco reside na plausibilidade da verificação futura de um certo evento. Ora, a plausibilidade é uma avaliação relativa, que comporta diversa intensidade. É uma questão de grau de intensidade". JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003. p. 400. O autor ainda realiza importante ponderação a respeito da diferença entre álea ordinária e extraordinária quando refere que sua diferenciação "somente é simples quando se examinam situações extremas. À medida que o grau de ordinariedade se reduz, aumenta o grau de extraordinariedade — e vice-versa. Mas é impossível estabelecer um limite exato, em que certa situação deixaria de integrar uma categoria e passaria a compor outra". JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Dialética, 2002. p. 271.

[29] ARAGÃO, Alexandre Santos de. A evolução da proteção do equilíbrio econômico-financeiro nas concessões de serviços públicos e nas PPPs. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro,

por sua vez, é aquela que dá ensejo ao reequilíbrio, subdividindo-se em: a) álea administrativa da alteração unilateral do contrato; b) álea administrativa do fato da administração; c) álea administrativa do fato do príncipe; e d) álea econômica (teoria da imprevisão).

A álea administrativa que decorre da alteração unilateral do contrato por parte do poder concedente faz parte das denominadas cláusulas exorbitantes dos contratos administrativos e assume grande importância a partir do momento em que se autoriza a modificação de quase todas as suas cláusulas.[30]

A álea administrativa que se origina do fato da administração consiste em ação ou omissão do poder concedente que atinge a relação contratual de forma concreta e direta. Verifica-se por meio de um inadimplemento das obrigações da administração contratante, tendo como clássico exemplo a não entrega ou não desapropriação do local em que a obra necessária à prestação do serviço deva ser executada.[31]

A álea administrativa do fato do príncipe é prevista, por sua vez, naqueles casos em que há uma determinação geral e imprevisível, jurídica ou material, do próprio Estado contratante. Atingirá o contrato apenas reflexamente, e se for decorrente de atuação de outra entidade que não a contratante, aplica-se genericamente a teoria da imprevisão. O exemplo utilizado por Alexandre Aragão (e pela massiva doutrina) são os casos de variações tributárias.[32]

Por fim, a álea econômica se refere propriamente à teoria da imprevisão e conceitua-se como todo e qualquer acontecimento externo ao contrato, estranho à vontade das partes, imprevisível e inevitável que causa um desequilíbrio considerável, tornando a execução do contrato excessivamente onerosa para uma das partes.[33]

As questões atinentes ao reequilíbrio dos contratos de concessão comum e PPPs se sujeitam a riscos de eventos futuros e incertos em uma escala mais sensível do que as demais espécies de contratos administrativos, especialmente em razão dos longos prazos de duração e dos altos valores de investimento

---

v. 263. p. 35-66, maio 2013. ISSN 2238-5177. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/10644. Acesso em: 14 abr. 2020.

30 Alexandre Aragão alerta, entretanto, que essas espécies de cláusulas não se referem a um estado de polícia, mas sim a um estado democrático de direito, ainda que expressem o poder unilateral do Estado. Ibid.

31 Ibid.

32 Ibid.

33 TÁCITO, Caio. O equilíbrio financeiro na concessão de serviço público. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 63. p. 1-15, maio 1961. ISSN 2238-5177. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/21455/20209. Acesso em: 14 abr. 2020.

envolvidos. A natural incompletude dos contratos faz emergir, portanto, uma preocupação cada vez maior com o aperfeiçoamento dos mecanismos de alinhamento entre os incentivos públicos e privados, buscando a redução dos riscos diante, especialmente, de áleas econômicas extraordinárias que possam eventualmente dar ensejo ao reequilíbrio econômico-financeiro.

Nesse contexto, costuma-se compreender que a exploração do objeto corre por conta e risco do concessionário. Geralmente se trata de fatos que venham explicitamente relacionados nos contratos concessórios como riscos do particular ou como áleas negociais[34] expressamente assumidas pela concessionária, que, para além disso, presumem-se ser riscos não compartilhados.[35]

O risco, no entanto, não é absoluto. Conforme salienta Caio Tácito,

> sempre, no entanto, que por ato próprio da administração concedente, ou por outras causas gerais, inclusive de ordem econômica, a estrutura financeira da concessão for substancialmente abalada, nasce para o concessionário a exigibilidade do direito ao reequilíbrio da economia do contrato, de modo a subsidiar a equivalência entre as prestações […].[36]

Em resumo, pode-se definir que, seja nas áleas administrativas, seja nas áleas econômicas, no âmbito da contratação pública da Lei nº 8.666/1993, a administração responde sozinha pela recomposição do equilíbrio econômico-financeiro. A solução é, em tese, a mesma em qualquer das teorias (fato da administração, fato do príncipe e imprevisão); é, inclusive, a solução adotada também para hipóteses de caso fortuito e força maior, e a invocação das teorias serve apenas para fins de enquadramento jurídico e fundamentação para revisão das cláusulas financeiras do contrato.[37]

A Lei nº 8.987/1995, de outro lado, dentro da própria evolução do modelo contratual clássico das concessões, faz com que o concessionário seja, ao menos tendencialmente, o detentor do risco. Em tese, a álea negocial que impacta a concessão deve ser considerada um risco inerente ao negócio. Alerta Aragão, no entanto, que os riscos imprevisíveis, como a redução de energia

---

[34] Como já referido, a álea negocial é também denominada por Alexandre Aragão como *álea ordinária ou empresarial*. Alexandre Santos de Aragão, A evolução da proteção do equilíbrio econômico-financeiro nas concessões de serviços públicos e nas PPPs, op. cit.

[35] Floriano de Azevedo Marques Neto, Breves considerações sobre o equilíbrio econômico-financeiro das concessões, op. cit.

[36] Caio Tácito, O equilíbrio financeiro na concessão de serviço público, op. cit.

[37] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2019. p. 318. Disponível em: https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530984830/. Acesso em: 15 abr. 2020.

em função de racionamento ou o aumento de tributos por alteração unilateral do contrato, seriam assumíveis pelo próprio Estado.[38]

No que tange às PPPs, a Lei nº 11.079/2004 faz exsurgir importantes parâmetros ao poder concedente, determinando em várias passagens a importância de que a contratante faça constar na minuta de contrato as possibilidades de riscos a serem suportados pela concessionária, pelo Estado ou mesmo pelos usuários do serviço. Com efeito, vislumbra-se a possibilidade legal de conferir certa liberdade ao poder concedente para estipular o modelo de alocação de riscos que se deseja para cada determinado contrato. Isso faz com que as parcerias público-privadas estejam situadas entre os modelos dos contratos administrativos da Lei nº 8.666/1993 e as concessões comuns da Lei nº 8.987/1995, aumentando a margem de distribuição dos riscos mesmo nos fatos imprevisíveis ou de *jus imperii*.[39]

O fato é que a crise econômica que decorre da pandemia de coronavírus é talvez o maior desafio às diferentes formas de reequilíbrio que se conjecturam possíveis, haja vista as inúmeras determinações legais, administrativas e judiciais[40] que alteram diretamente a forma de execução dos contratos.

É possível prever, pois, que estamos na iminência de um período de grande quantidade de pedidos de reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos concessórios.[41] As razões estarão na brusca redução da atividade

---

[38] Alexandre Santos de Aragão, A evolução da proteção do equilíbrio econômico-financeiro nas concessões de serviços públicos e nas PPPs, op. cit.

[39] Ibid.

[40] O Poder Judiciário vem se pronunciando, desde os primeiros dias de pandemia, em ações judiciais que impactam a execução de contratos concessórios. Nesse sentido, o ministro João Otávio de Noronha, presidente do E. Superior Tribunal de Justiça (STJ), deferiu pedido de concessionária na Suspensão de Liminar e de Sentença nº 2.696/RJ, em 24/04/2020, permitindo, com base no princípio do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, que o transporte público de ônibus prestado pela empresa fosse reorganizado, em termos de percursos e horários, levando em consideração a significativa queda de usuários do serviço. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Suspensão de Liminar e de Sentença nº 2.696/RJ*, decisão monocrática, proferida em 24/04/ 2020, publicada em 28/04/2020. Noutra situação, o 2º Juízo da 5ª Vara da Fazenda Pública do Foro Central da Comarca de Porto Alegre, no âmbito do Processo 5019385-83.2020.8.21.0001/RS que reconheceu a possibilidade de atraso no adimplemento dos serviços de fornecimento de água e esgoto aos consumidores pessoas físicas enquanto perdurar a pandemia da Covid-19 sem que com isso ocorram sanções como o corte de fornecimento, juros e multa. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. *Decisão antecipatória de tutela no Processo nº 5019385-83.2020.8.21.0001/RS*. 2º Juízo da 5ª Vara da Fazenda Pública do Foro Central da Comarca de Porto Alegre/RS, 26/03/2020.

[41] O § 4º, do art. 9º, da Lei nº 8987/1995 prevê que, em caso de desequilíbrio da relação econômico-financeira do contrato acarretado por sua alteração unilateral, a sua readequação deve ocorrer de forma concomitante. O dispositivo, de todo modo, refere que o reequilíbrio deve ser realizado concomitantemente apenas nas hipóteses de álea administrativa decorrente de alteração unilateral da avença contratual, já que, como alerta Aragão, as demais áleas

econômica em perspectiva geral, já que em alguns setores a demanda diminuiu muito além do previsível (refletindo a perda de receita tarifária pela restrição ao deslocamento de pessoas no setor de transportes), ainda, porque serviços foram absolutamente paralisados (andamento de obras é impactado pela queda da oferta de insumos e diminuição de vagas de empregos) ou porque procedimentos administrativos não outorgarão licenças a tempo.

Desse modo, assume relevância o enquadramento do fenômeno pandêmico e das suas consequências econômicas na definição da categoria de motivo para autorizar o reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos, haja vista o reflexo dessa categorização no compartilhamento, ou não, dos riscos entre poder concedente e concessionária.

Com efeito, parece ser inegável que a situação gravíssima ocasionada pelo coronavírus está enquadrada como álea extraordinária econômica, submetida, nesse sentir, à teoria da imprevisão e, portanto, ao compartilhamento de riscos entre poder concedente, concessionária e usuários. Ocorre que os exatos termos dos reequilíbrios devem ser avaliados casuisticamente — não se revelando eficiente um modelo geral de divisão de riscos (o que sequer era recomendável em situações anteriores à pandemia).

A casuística parece ser a melhor situação na medida em que o fenômeno pandêmico tem apenas dois efeitos generalizados: o distanciamento social e o incremento das atividades relacionadas com o sistema de saúde. Diferentes são, todavia, os efeitos que decorrem dessas medidas, já que a depender da natureza da concessão terão impactos absolutamente distintos nas atividades econômicas.

Assim, é possível vislumbrar que os pedidos de reequilíbrio irão partir, em regra, do mesmo fundamento geral relativo à pandemia do coronavírus (álea econômica), mas os critérios quantitativos e qualitativos dos termos do reequilíbrio devem ser avaliados nos casos concretos, pois outras modalidades de áleas (administrativas ou não)[42] também se somarão em perspectiva

ocorrem *ipso facto*, ou seja, não se dirigem de forma específica ao contrato, razão pela qual a administração não teria o que fazer de modo prévio ou mesmo concomitante. Nesses casos, a recomposição somente poderia ser realizada posteriormente, mas o mais imediatamente possível. Alexandre Santos de Aragão, A evolução da proteção do equilíbrio econômico-financeiro nas concessões de serviços públicos e nas PPPs, op. cit.

42 Pensa-se, nesse sentido, na alteração de alíquotas de impostos de importação para determinados insumos médicos (Resolução nº 22/2020, de 26 de março de 2020), que poderia enquadrar-se como álea administrativa decorrente de fato do príncipe. Ainda, as medidas anunciadas pela Aneel no sentido de suspender os cortes de fornecimento de energia por falta de pagamento das contas de luz por 90 dias, que poderia ser considerada álea administrativa decorrente de fato da administração.

específica à álea econômica em perspectiva geral. A Advocacia-Geral da União (AGU), inclusive, adotou posicionamento nessa linha no Parecer nº 261/2020/Conjur-Minfra/CGU/AGU.

Acontece que as medidas convencionais de equilíbrio utilizadas em "tempos de normalidade", tais como a revisão tarifária, a indenização à vista à concessionária, o aumento do valor da contraprestação ou aporte público (no caso de PPPs), a redução do valor da outorga para as concessões comuns, ou a extensão do prazo contratual, se analisadas em perspectiva isolada, podem acabar sendo absolutamente insuficientes.

Será preciso, portanto, a adoção de postura que atenda, ainda que de forma parcial e emergencial, a necessidade de ajuste eficiente, buscando-se parâmetros não convencionais — no que se aprofundará o capítulo 3 do presente artigo.

De todo modo, para além do potencial colapso de diversos setores econômicos, entre as maiores consequências da pandemia está também o desafio de manter a viabilidade dos contratos concessórios. Nessa toada, à luz da análise econômica do direito, especificamente da teoria dos custos de transação, a próxima sessão se dispõe a buscar possibilidades a esse desafio.

3. Aplicação da teoria dos custos de transação e de ferramentas de análise econômica do direito para os contratos de concessão em tempos de Covid-19

A teoria dos custos de transação (CT) encontra sua origem no artigo "The nature of the firm", de Ronald Coase, publicado em 1937, constituindo um dos marcos teóricos fundacionais da análise econômica do direito, escola de pensamento que traz aportes consequencialistas para o campo jurídico aptos a municiar juristas e operadores do direito de elementos empíricos e teóricos multidisciplinares para a interpretação e aplicação das normas jurídicas, com destaque para teorias e contributos originários da microeconomia.[43]

[43] Para uma abordagem geral sobre a análise econômica do direito, englobando seu conceito, sua metodologia, suas premissas, objetivos e limitações, vide: GICO JR., Ivo. Introdução ao direito e economia. In: TIMM, Luciano (Org.). *Direito e economia no Brasil*. 3. ed. Indaiatuba: Editora Foco, 2019. p. 1-32; SALAMA, Bruno. O que é pesquisa em direito e economia? *Cadernos Direito GV*, v. 5, n. 2, mar. 2008. Da mesma forma, podem-se indicar as seguintes obras: MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise econômica do direito*. 2. ed. Tradução de Rachel Sztajn. São Paulo: Atlas, 2015; COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & economia*. 5. ed. Tradução de Luis Sander e Francisco Costa. Porto Alegre: Bookman, 2010.

Em relação às bases da TCT, o artigo seminal referido apresenta, como um dos seus *insights* fundamentais, a tese de que a principal razão pela qual os agentes econômicos criam empresas consiste na redução dos custos de "organizar" a produção por meio do mecanismo de mercado, tais como os custos de descoberta das informações sobre os preços relevantes e os custos de negociação e celebração de um contrato individual para cada transação de troca ocorrida no mercado.[44] Posteriormente, no artigo "The problem of social cost", publicado em 1960, Coase denominou estes ônus como "*cost of market transactions*", esclarecendo que, para se efetivar uma transação no mercado, é necessário pesquisar, descobrir, com quem se pretende fazer a transação, informar às pessoas que se quer fazer a transação, propor os termos dela, conduzir negociações que levam ao acordo, redigir o contrato, realizar o monitoramento necessário para assegurar o cumprimento do contrato, e assim por diante.[45]

A sistematização e aperfeiçoamento da teoria dos custos de transação alcançou novo patamar com as contribuições de Oliver Williamson, professor de economia da Universidade da Califórnia em Berkeley. Williamson colocou a transação como a unidade básica, elementar, da economia das organizações, bem como sustentou que a compreensão da economia de custos de transação é central para o estudo das organizações. Segundo o professor de Berkeley, a economia de custos de transação funciona a partir de ideias-chave que incluem contributos de juristas, economistas e administradores como Ronald Coase, Karl Llewellyn, Barnard, Hayek, Simon, Davis e North.[46]

Williamson agregou, entre outras contribuições, os atributos humanos comportamentais que dão origem aos custos de transação: racionalidade limitada (*bounded rationality*), segundo a qual o comportamento humano é intencionalmente racional, mas não perfeitamente/completamente racional, de modo que todos os contratos/transações são incompletos; e oportunismo, entendido como a busca pelo autointeresse diante de complicações contratuais ou acontecimentos imprevistos. [47]

---

[44] COASE, Ronald. *A firma, o mercado e o direito.* Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 38-39.
[45] Ibid., p. 114.
[46] WILLIAMSON, Oliver. Transaction cost economics: how it works; where it is headed. *De Economist*, 146, n. 1, p. 24, 1998. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/4803664_Transaction_Cost_Economics_How_It_Works_Where_It_is_Headed. Acesso em: 11 abr. 2020.
[47] Ibid., p. 30-31.

Para uma compreensão dotada de maior amplitude, impende agregar os aportes da teoria institucional de Douglass North, que demonstra o papel determinante que as instituições e sua configuração exercem para o desenvolvimento econômico, sendo fator de primeira grandeza para explicar o funcionamento dos mercados e das empresas.[48] Definidas como as regras formais (constituições, leis etc.) e informais (tradições, cultura, códigos de conduta, tabus etc.) que estruturam a interação política, econômica e social — garantindo a ordem e reduzindo incertezas transacionais —, as instituições constituem elemento determinante para a composição dos custos totais, ou seja, tanto dos custos de produção quanto dos custos de transação, pois o ambiente institucional confere o "quadro", a estrutura normativa, no qual as empresas e demais agentes econômicos desenvolvem suas atividades.[49]

No caso dos contratos de concessão, a aplicação da teoria de custos de transação oferece um instrumental potente para identificar, avaliar e antever, numa perspectiva consequencialista, os problemas e alternativas que podem aparecer em virtude dos impactos nefastos da pandemia de Covid-19 sobre a economia brasileira. A pretensão, dentro do campo jurídico, será sempre pautada pelo objetivo de reduzir ao máximo os custos de transação envolvidos, majorando a eficiência da gestão contratual concessória, na linha do que propõem Ejan Mackaay e Stéphane Rousseau como função maior da análise econômica do direito.[50]

Em primeiro lugar, os contratos de concessões possuem peculiaridades em relação aos custos de transação *ex ante*, entendidos como custos de informação, de elaboração contratual, de busca de preços e de negociação. Como regra, os procedimentos de formulação dos editais e seus anexos, bem como dos contratos e respectivos anexos, na esfera das concessões são detalhados, sofisticados e complexos. A administração pública por vezes abre procedimentos de manifestação de interesse (PMIs), instrumento que viabiliza contribuições da iniciativa privada para aperfeiçoar a ideia pretendida pelo poder público, reduzindo os custos de busca de informações, de preços e de confecção da minuta do edital e do contrato, tudo com alicerce no art. 21 da Lei nº 8.987/1995.[51]

---

48 NORTH, Douglass. Institutions. *Journal of Economic Perspectives*, v. 5, n. 1, p. 98, inverno 1991.

49 Ibid., p. 91, 98; id. *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*. México: Fondo de Cultura Económico, 1993. p. 88-89.

50 Ejan MacKaay e Stéphane Rousseau, *Análise econômica do direito*, op. cit., p. 215.

51 Caso recente que trouxe ótimos estudos para agregar insumos ao processo concessório foi o PMI dos parques públicos do município de São Paulo, que englobou parques, entre eles

Mesmo quando não utiliza o PMI, a administração costuma estruturar concessões por meio de corpo técnico qualificado, levando em consideração os aspectos econômico-financeiros, operacionais, jurídicos, técnicos, cuja complexidade se avoluma em face do longo prazo que geralmente pauta essas avenças, dos robustos investimentos planejados e das diversas obrigações da concessionária.

Medidas como exigência de seguros e garantias; *design* meticuloso de procedimento de reequilíbrio econômico-financeiro e das suas hipóteses de caracterização; fixação de regras claras de distribuição dos riscos; demanda por programa de *compliance*; formação de SPE para gerir a concessão; e gatilhos de investimentos têm sido boas práticas verificadas nas concessões brasileiras para gerar eficiência contratual, entabuladas *ex ante*, que decorreram da experiência acumulada nessa área pelo poder público e pela comunidade acadêmica.

A modelagem, em suma, normalmente recebe atenção diferenciada do poder público e gera altos custos de transação — que por vezes são impeditivos por ausência de um quadro qualificado em certos órgãos da administração pública e das dificuldades de contratação de *experts* externos,[52] mas terminam apresentando mecanismos qualificados para minorar os custos *ex post*, que certamente seriam superiores. Apesar disso, mister reconhecer que em certas ocasiões o desenho editalício ou contratual equivocado provoque licitações desertas e contratos que se encerraram precocemente por motivos variados.[53-54]

---

o do Ibirapuera e o da Aclimatação. Trata-se do Chamamento Público nº 01/2017, realizado pelo município de São Paulo, por meio da Secretaria Municipal de Desestatização e Parcerias. Os documentos podem ser consultados no link a seguir: https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/governo/projetos/desestatizacao/parques/manifestacao_de_interesse_de_parques/. Acesso em: 20 abr. 2020.

52 Gesner Oliveira, Fernando Marcato e Pedro Scazufca avaliam que um dos gargalos para o desenvolvimento das PPPS é justamente a dificuldade de contratação de consultores e especialistas para a modelagem de projetos, bem como de qualificação dos agentes públicos para a estruturação de PPPs e concessões. OLIVEIRA, Gesner; MARCATO, Fernando; SCAZUFCA, Pedro. Como destravar as parcerias público-privadas. In: OLIVEIRA, Gesner; OLIVEIRA FILHO, Luiz. *Parcerias público-privadas*. Experiências, desafios e propostas. Rio de Janeiro: LTC, 2013. p. 28.

53 A concessão do Estádio do Maracanã é um exemplo conhecido de fracasso de concessão. Longe de invalidar o modelo, configura caso fértil em lições para o aperfeiçoamento de futuros editais e contratos. Prova disso é que a concessão de outro estádio, o Mineirão, está em operação desde 2010.

54 Em relação a licitações desertas, podem ser mencionados vários casos em diferentes segmentos. Em 2019, por exemplo, resultou deserta a licitação da concessão do Zoológico de Sapucaia do Sul, lançado pelo estado do Rio Grande do Sul. Notícia do *Jornal do Comércio* evidencia o fato: https://www.jornaldocomercio.com/_conteudo/geral/2019/10/706310-concessao-do-zoologico-de-sapucaia-nao-tem-interessado.html. Acesso em: 20 abr. 2020. No mesmo ano,

Quanto aos custos *ex post*, assim considerados os custos de manutenção contratual, ou seja, de monitoramento, sancionamento e resolução de controvérsias, a governança contratual enfoca a) as cláusulas envolvendo indicadores de níveis de serviços e qualidade de serviços, cujo cumprimento é obrigatório e avaliado periodicamente, em regra por verificador independente, pago pela concessionária ou pelo poder concedente, a depender do *framework* do pacto; b) as cláusulas penalizadoras, que costumam exigir notificação prévia e terem uma gradação partindo da advertência até a rescisão contratual, a depender da gravidade da conduta infracional; c) as cláusulas que elegem os métodos de solução de litígios, tais como junta técnica, mediação (câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos — art. 32 da Lei nº 13.140/2015), arbitragem (art. 11, inc. III, da Lei nº 11.079/2004) ou pela via judicial.

Descritas as circunstâncias usuais dos custos de transação em contratos de concessão, restam postas as condições para delinear tal ordem de custos e alternativas viáveis para mitigá-los numa fase extremamente crítica como a ora vivenciada com a pandemia do novo coronavírus. Nessa toada, serão versados primeiramente os custos transacionais para a concessionária e depois os custos de transação para o poder concedente.

Em relação aos custos transacionais para a concessionária, podem-se elencar os seguintes: a) coleta/busca de informações sobre os prejuízos pecuniários (queda de receitas, decorrente do menor consumo da utilidade ofertada; aumento de despesas, vinculado, por exemplo, a equipamentos e insumos para proteção de funcionários e consumidores contra a pandemia no retorno das atividades; consultoria sobre medidas preventivas/protetivas ao Covid-19; capital necessário para recuperar a continuidade de projetos paralisados/interrompidos pela pandemia etc.); b) formulação e proposição de uma redefinição dos indicadores de qualidade ou dos níveis de cumprimento necessários para se avaliar a performance como baixa, média ou alta — talvez abrangendo os próximos dois anos; c) negociação visando a alcançar condições

culminou deserto um dos lotes de licitação de concessão de trecho da MT-246 (Tangará da Serra), promovido pelo Governo do Mato Grosso. Notícia do *Portal G1* atesta a situação: https://g1.globo.com/mt/mato-grosso/noticia/2019/01/21/apenas-1-das-6-concessoes-a-iniciativa-privada-previstas-pelo-governo-de-mt-para-2018-saiu-do-papel.ghtml. Acesso em: 20 abr. 2020. Ainda em 2019, foi declarada deserta a subconcessão de 16 linhas de ônibus de Santo André, conforme relato publicado no *Jornal do Grande ABC*, disponível no link a seguir: https://www.dgabc.com.br/Noticia/3186880/concessao-da-vila-luzita-tem-licitacao-deserta. Acesso em: 20 abr. 2020.

para preservar a equação econômico-financeira do contrato, mediante, por exemplo, (c.1) adiamento dos pagamentos de outorga por certo período; (c.2) redução transitória — por dois anos, por exemplo — ou definitiva dos pagamentos da outorga; (c.3) revisão do cronograma de investimentos, minorando as obrigações dos próximos dois ou três anos, conforme cada caso, que serão passadas para o período seguinte da concessão; d) litígio administrativo/arbitral/judicial, com os ônus relativos à contratação de advogados, consultores, peritos, entre outros profissionais; e) monitoramento e avaliação periódica de que as condições previstas no acordo de reequilíbrio realmente se materializaram, de sorte a serem revistos pontos que tiveram desenlace pior ou melhor do que se previa.

Por sua vez, concebemos como maiores custos de transação da pandemia para o poder concedente: a) análise sobre a veracidade, procedência, credibilidade das informações passadas pela concessionária a respeito do estado presente da concessão (diagnóstico) e das perspectivas futuras (prognóstico) — sem um conjunto atualizado e preciso de informações/dados, a tomada de decisões fica sujeita a oportunismo da concessionária e a punições de órgãos de controle; b) avaliação sobre a performance da concessionária até o momento e as perspectivas anteriores à crise quanto a 2020, de modo a calibrar corretamente uma eventual mudança de indicadores ou alteração nos níveis de cumprimento dos indicadores para que seja atingida nota máxima — talvez delimitada a um período determinado (um ano; dois anos); c) negociação: (c.1) adiamento de outorga deve estar condicionado à demonstração preliminar de queda de receitas ou inviabilidade da assunção dessa despesa, tudo com base em dados, documentos e análise econômico-financeira da realidade da concessão; (c.2) apreciar a plausibilidade/sustentabilidade econômico-financeira do contrato, a boa-fé e a capacidade econômico-financeira da empresa para definir a necessidade de uma redução transitória ou definitiva da outorga, inclusive o prazo disso (um ano; dois anos; três anos); (c.3) mesmos padrões de raciocínio de revisão do cronograma de investimentos, com a diferença de que o gestor público pode enfrentar, em certas hipóteses, comportamentos oportunistas da concessionária consistentes em ameaças de abandono da concessão ou de minoração dos gastos com manutenção, reparos e investimento da infraestrutura, comprometendo a qualidade do serviço;[55]

[55] Essa hipótese de oportunismo da concessionária é bem descrita por Hélcio Tokeshi e César Mattos. TOKESHI, Hélcio; MATTOS, César. A evolução recente dos contratos de concessão no Brasil. In: PASTORE, Afonso et al. *Infraestrutura*: eficiência e ética. Rio de Janeiro: Elsevier, 2017. p. 132.

d) litígio administrativo/arbitral/judicial: caso não se encontre acordo, privilegiar instâncias céleres e eficientes de resolução de disputas, tais como junta técnica, mediação (câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos — art. 32 da Lei nº 13.140/2015) e arbitragem, porém se essas vias não solucionarem, é possível recorrer ao Judiciário; e) monitoramento e avaliação periódica de que as condições previstas no acordo de reequilíbrio realmente se materializaram, o que implica dedicar servidor(es) para uma análise que será detalhada e complexa, baseada, em especial, na confiança nos dados repassados pela concessionária, na avaliação dos consumidores e em visitas *in loco* e testes técnicos empíricos do adequado funcionamento dos serviços.

Delineados os custos de cada parte, apresenta-se a seguir um conjunto de medidas e mecanismos que podem mitigar tanto os ônus transacionais da concessionária quanto do poder concedente.

Em primeiro lugar, a elaboração, preferencialmente pelo poder público federal, que conta com o corpo técnico mais bem estruturado, de guias de melhores práticas em termos de medidas para o reequilíbrio econômico-financeiro e sustentabilidade de concessões em tempos de Covid-19, podendo ser confeccionados um guia geral e guias setoriais, por órgãos, entidades e autoridades vinculados a programas concessórios de PPPs, tais como os órgãos do PPI (forte no art. 6º, *caput* e inciso I, da Lei nº 13.334/2016), o BNDES (via Faep, nos termos do art. 14 da Lei nº 13.334/2016), agências reguladoras e órgãos internos de ministérios responsáveis por concessões (*e.g.*, o ICMBio quanto às concessões de parques federais). Pela urgência do tema, podem surgir opções como forças-tarefa em cada órgão/entidade/autoridade com o intuito de conferir celeridade a essa medida, ou mesmo de uma força-tarefa interinstitucional/interministerial.

A submissão para apreciação e revisão por órgãos de controle, *e.g.*, TCU, CGU, *Parquet*, é providência recomendável, mas deve ser sopesada com a necessidade de agilidade para o apropriado enfrentamento do problema; com o fato de que pode ser feita após a divulgação do(s) guia(s), promovendo-se as correções imperiosas; e com a questão de que inevitavelmente será promovida a fiscalização e auditoria posteriormente.

Cumpre frisar que a preferência por guia(s) federal(is) não significa uma recomendação para que órgãos/entidades/autoridades dos outros níveis da federação (estados-municípios-Distrito Federal) deixem de redigi-lo(s), haja vista que podem trazer importantes especificidades, em especial as restrições orçamentárias, por exemplo, para PPPs patrocinadas, além de certos órgãos subnacionais possuírem maior experiência em algumas áreas do que o poder

público federal (o transporte metroviário é um exemplo disso no caso de São Paulo).[56]

Em segundo lugar, a criação de um arranjo ou estrutura institucional que permita uma análise célere dos pedidos de adiamento de obrigações da concessionária e de reequilíbrio econômico-financeiro. Não se pode esperar dois ou três anos para a apreciação e deferimento (total ou parcial) desses pleitos. A busca por caminhos de comum acordo, consensuais, entre as partes é prioritária, mas o tempo do mercado, e do ambiente público-privado, não se compatibiliza com o tempo para análises demasiadamente detalhadas ou profundas em um primeiro momento, que podem sacrificar as forças do parceiro privado para suportar o impacto avassalador do surto sobre a economia.

Em verdade, numa crise gravíssima, como a da Covid-19, deixar de decidir, paralisar a tomada de decisões, também é uma decisão, ou seja, a ausência de pronunciamento da administração é uma medida/decisão que gera consequências, normalmente no sentido da inviabilização da concessão, resultando em quebra do parceiro privado e rescisão contratual.

---

[56] No cenário estrangeiro, a prática de estabelecer guias para PPPs é comum, tais como o Guia de PPPs do Centro Europeu de Expertise em PPP (European PPP Expertise Center — Epec), o Guia Nacional de Parcerias Público-Privadas da Austrália (*National public private partnership guidelines*), o Guia para Governos Regionais e Locais sobre PPP na América Latina do Banco de Desenvolvimento da América Latina (CAF) e o Guia de Referência de Parcerias Público-Privadas do Banco Mundial (*Public-private partnerships reference guides*). O guia do EPC pode ser consultado no seguinte endereço: https://www.eib.org/epec/g2g/intro1-guide.htm. Acesso em: 15 abr. 2020. O guia australiano pode ser visualizado no seguinte sítio: https://www.infrastructure.gov.au/infrastructure/ngpd/files/Overview-Dec-2008-FA.pdf. Acesso em: 15 abr. 2020. O guia do CAF pode ser consultado no link a seguir: https://scioteca.caf.com/bitstream/handle/123456789/1282/APP%20Portugues.pdf?sequence=1&isAllowed=y. O guia do Banco Mundial pode ser consultado no link a seguir: https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/library/public-private-partnerships-reference-guide-version-20. Acesso em: 15 abr. 2020. No Brasil, também foram confeccionados vários guias dessa natureza, *e g.*, o Manual de Parcerias do Estado de São Paulo; o Manual de Operações — PPP, do Estado de Minas Gerais; e o Wiki de Boas Práticas em Concessões e PPPs, da Estruturadora Brasileira de Projetos (EBP). O manual paulista pode ser acessado no link a seguir: https://www.parcerias.sp.gov.br/parcerias/docs/manual_de_parcerias_do_estado_de_sao_paulo.pdf. Acesso em: 15 abr. 2020. Os documentos do Estado de Minas Gerais e da EBP podem ser consultados no link a seguir: https://www.planejamento.gov.br/assuntos/desenvolvimento/parcerias-publico-privadas/referencias/copy_of_materiais-de-referencia-sobre-ppps. Acesso em: 15 abr. 2020. Destaca-se que existem igualmente manuais brasileiros sobre pontos específicos envolvendo PPPs tal como o Manual para a Estruturação de Verificadores Independentes, do Governo do Estado de Minas Gerais. O Manual pode ser acessado em: https://www.ppp.mg.gov.br/images/documentos/Consulta/CSB00061_Book_PPP-Governo%20de%20Minas_final.pdf. Acesso em: 15 abr. 2020. Isso indica a viabilidade de um guia específico para a questão envolvendo os desafios da Covid-19 em matéria de PPPs e concessões.

Em vista disso, uma proposição cabível seria um procedimento *fast track*, expedito, que pode ter "projetos-piloto" liderados pelas agências reguladoras, de decisões sobre adiamento obrigacional, aporte emergencial de recursos e reequilíbrio, a ser conduzido por um comitê instituído pelo Conselho do PPI no âmbito federal, ou por comitês ou grupos de trabalho em agências reguladoras, e por comissões ou comitês dentro das estruturas institucionais dos programas de PPPs estaduais, distrital e municipais.

Protocolos específicos podem ser concebidos para afastar oportunismos e consequências como favorecimentos, corrupção e enriquecimento ilícito, tais como reuniões com atas devidamente lavradas e periodicidade curta; canal de comunicação centralizado sobre as medidas tomadas; e fundamentação sólida e consequencialista das decisões (art. 20, *caput* e parágrafo único, do Decreto-Lei nº 4.657/1942; art. 2º da Lei nº 9.784/1999), mediante exame perfunctório do corpo de dados/documentos ofertado, em especial no que toca às questões econômico-financeiras e técnicas — podendo ser revistas, mediante fundamentação adequada, tal como ocorre com liminares e antecipações de tutela na esfera judicial.

Entretanto, não se pode negar que as decisões assumirão como premissas as variáveis e evidências que estão disponíveis no momento, cuja mutação ao longo do tempo é inevitável e pode ensejar alterações, o que deve implicar bastante sensibilidade, autocontenção e compreensão situacional dos órgãos de controle a respeito de eventual responsabilização ou sancionamento dos gestores e das empresas, na linha do que se extrai dos arts. 24, 28 e 30 do Decreto-Lei nº 4.657/42.[57]

Neste ponto, seria de grande valia um *novel* diploma legal contendo um regime de transição destinado à superação da crise da Covid-19 pelas

[57] Inobstante, cabe ressalvar — e isso merece consideração pelos gestores e concessionárias — que o Tribunal de Contas da União (TCU) possui jurisprudência no sentido de que, em matéria de PPPs, conforme Acórdãos 738/2017-Plenário e 1.174/2018-Plenário, "(i) antes de se efetivar a inclusão de novos investimentos, é recomendável promover pesquisa de preços, não tomando apenas as tabelas referenciais como parâmetros de avaliação; (ii) a inclusão de investimentos de grande magnitude, ante o pacote de investimentos original, pode desvirtuar a natureza do objeto licitado; e (iii) cláusulas que admitem a inclusão de novos investimentos tendem a incentivar comportamentos oportunistas (*seleção adversa*) durante a licitação". FIGUEROA, Caio; CAMPOS, Rodrigo. Técnicas contratuais para a gestão da mutabilidade nos contratos de parcerias. In: MARRARA, Thiago (Coord.). *Tratado de parcerias público-privadas*. Execução e Gestão das PPPs. Rio de Janeiro: CEEJ, 2019. v. 9, p. 57. Essas orientações do TCU podem vir a ser aplicadas, em sede de crise de Covid-19, para a situação oposta àquelas que foram abordadas (investimentos novos), ou seja, servirem de base para uma análise da redução de investimentos, a qual não poderia desvirtuar o objeto licitado, nem abrir brechas para oportunismos, ou não ser baseada em pesquisa de preços efetiva e apropriada.

concessionárias, agregando medidas como a que foi incluída no art. 2º da Medida Provisória nº 925/2020 relativa ao adiamento de obrigações; minoração temporária de ônus tributários, através, *v.g.*, de anistia (art. 175, II, CTN) — e não uma mera prorrogação dos pagamentos; entre outras providências de caráter multidisciplinar.[58]

Em terceiro lugar, desta vez uma medida direcionada para o parceiro privado, a reunião do máximo de documentos e dados relativos ao período da pandemia para demonstrar o impacto real sobre a concessão, principalmente na órbita econômico-financeira, e a notificação de fatos e circunstâncias que afetam ou afetaram o desenvolvimento do contrato, dentro de prazo razoável.[59]

A concessionária e seus consultores devem observar e interpretar com razoabilidade e proporcionalidade as disposições contratuais sobre a forma de recomposição do equilíbrio contratual prevista no texto da avença concessória, porquanto é usual que estejam estipulados prazos, procedimentos, exigências documentais, metodologias e critérios objetivos para direcionar o reequilíbrio.

A mensuração objetiva, transparente, razoável e clara dos prejuízos e das medidas recompositórias é indispensável para o reequilíbrio, seja para a aceitação do pleito da concessionária, seja para assegurar a lisura, legalidade e legitimidade do ato administrativo deferitório do gestor público — afastando-se responsabilizações por parte dos órgãos de controle. Nesse ponto, também a formação de uma equipe de crise dentro das concessionárias pode ser fundamental, agregando profissionais de diferentes setores e áreas de conhecimento, com *expertises* complementares e aptidão para fornecer dados/informações da melhor qualidade.

A quarta medida diz respeito à necessidade de as concessionárias trazerem esclarecimentos à sociedade sobre a situação e sobre o funcionamento das suas atividades nesse período crítico e no período pretérito, de modo a evitar

---

[58] No Congresso Nacional, impende destacar que está em tramitação o Projeto de Lei nº 2.139/2020, proposto pelo senador Antonio Anastasia, que dispõe sobre o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas contratuais da administração pública, no período da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (Covid-19), o qual contempla instrumentos e procedimentos destinados a promover a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos públicos.

[59] Em relação aos aspectos documentais, cumpre frisar que o TCU já emitiu decisão no sentido de que documentação composta apenas por notas fiscais de fornecedores da concessionária não é suficiente para caracterizar as hipóteses legais de reequilíbrio econômico-financeiro, que exige "quantificação dos efeitos que extrapolaram as condições normais de execução e prejudicaram o equilíbrio global do contrato". TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Acórdão 7249/2016. Segunda Câmara. Rel. min. Ana Arraes. Sessão de 14/06/2016.

que a opinião pública seja induzida a apoiar visões lastreadas em ideologias, preconceitos e estereótipos destinados a macular os instrumentos de parceria público-privada.[60]

Numa sociedade em rede, altamente conectada por ferramentas como Twitter, Facebook, Instagram e empresas de comunicação de massa, um posicionamento calcado na aversão às concessões e em desinformação, inclusive por conta de interesses políticos ou econômicos subjacentes, pode levar à rejeição das parcerias, como se fossem arranjos inerentemente nocivos aos fins da coletividade, e impactar na conduta das autoridades políticas com ascendência sobre o segmento em que se enquadram certas concessões, levando a riscos de medidas como encampação e caducidade, sem motivação relevante — mas com fortes efeitos deletérios, por vezes com custosa e morosa reversão no Judiciário — ou mesmo expropriação regulatória por meio de atos populistas, como redução tarifária forçada, bloqueio de revisão tarifária, vedação a reequilíbrios necessários e fundamentados.[61]

Em face disso, estratégias comunicacionais, pautadas nos resultados já atingidos e no aclaramento de que não se estão "explorando" fraquezas do poder concedente, são fundamentais, pois ajudam a manter o apoio da sociedade às parcerias público-privadas, o que dissuade os agentes políticos de tomar atitudes expropriatórias ou rescisórias, ainda mais por se tratar de um ano eleitoral e de um cenário que tem apresentado, por força da pandemia de Covid-19, conflitos políticos e de competências constitucionais entre autoridades federais e autoridades estaduais, distritais e municipais.

A estabilidade do sistema de parceiras entre a iniciativa privada e o poder público, vale lembrar, depende não apenas de aspectos técnicos, econômico-financeiros e jurídicos, mas também de uma boa articulação, um profícuo arranjo, de ordem política, cuja influência por fatores comunicacionais, nos dias de hoje, é substancial.[62]

---

[60] Gesner Oliveira, Fernando Marcato e Pedro Scazufca consideram que o problema comunicacional constitui um dos 10 principais entraves para o próprio processo de avanço no uso das PPPs. Gesner Oliveira, Fernando Marcato e Pedro Scazufca, Como destravar as parcerias público-privadas, op. cit., p. 31.

[61] Sobre a expropriação regulatória e sua vinculação com a ideia de especificidade dos ativos, no âmbito do reequilíbrio econômico-financeiro, vide: Hélcio Tokeshi e César Mattos, A evolução recente dos contratos de concessão no Brasil, op. cit., p. 132.

[62] A respeito da importância do arranjo político-institucional e da articulação política para as parcerias público-privadas, vide: DEGUIRMENDJIAN, Juliana. Construção de acordos políticos, o desenho dos projetos e adaptação da legislação e adoção de uma política articulada de parcerias. In: Thiago Marrara, *Tratado de parcerias público-privadas*, op. cit.

A quinta medida também pertine ao ambiente privado, especificamente na perspectiva das entidades de classe. Tendo em vista a assimetria de poder dentro das concessões, que coloca o poder concedente em posição de superioridade, de fato e de direito, com fulcro inclusive no princípio da supremacia do interesse público e nas cláusulas exorbitantes, a formulação de notas técnicas, comunicados, relatórios, publicações, guias de boas práticas, estatísticas agregadas sobre o desempenho das concessionárias, índices de confiança dos particulares, indicadores de custos e de fatores de competitividade, entre outros documentos, por parte de entidades que reúnam concessionárias, pode ser um elemento-chave para influenciar, impactar, nas escolhas e decisões a serem tomadas numa fase de crise aguda, tal qual a que se avizinha em decorrência da Covid-19.[63]

Em sexto lugar, se a via negocial/amigável fracassar na definição de medidas como adiamento do pagamento de outorga e reequilíbrios, os litígios decorrentes de entendimentos e pretensões divergentes entre poder concedente e concessionária devem ser equacionados, preferencialmente, por instâncias céleres e eficientes de resolução de disputas, tais como junta técnica, mediação (câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos — art. 32 da Lei nº 13.140/2015) e arbitragem.

Entretanto, se essas vias não solucionarem a(s) controvérsia(s), é possível recorrer ao Judiciário, com a ciência prévia de que processos complexos costumam ser morosos e ter deslindes com pouca previsibilidade, inclusive com decisões liminares deferidas em uma instância, cassadas em outra (Tribunal de Justiça ou Tribunal Regional Federal) e novamente providas quando apreciadas por órgão colegiado ou em última instância (STJ ou STF).[64]

---

[63] A título de exemplo, podem-se mencionar as seguintes entidades: Associação Brasileira de Companhias de Energia Elétrica (ABCE), a Associação Brasileira de Distribuidores de Energia Elétrica (Abradee), a Associação Nacional de Concessionárias de Aeroportos Brasileiros (Ancab), a Associação Brasileira das Concessionárias de Rodovias (ABCR), a Associação Brasileira da Infraestrutura e Indústrias de Base (Abdib) e a Câmara Brasileira da Indústria da Construção. Como precedentes positivos, podem-se mencionar o Guia de Boas Práticas em PPPs de Iluminação Pública da Abdib e os guias *PPPS e concessões — guia sobre aspectos jurídicos e regulatórios* e *Concessões e parcerias público-privadas: guia para o gestor público*, ambos da CBIC. O primeiro pode ser consultado no link a seguir: https://www.abdib.org.br/guia-de-boas-praticas-em-ppps-de-iluminacao-publica/. Acesso em: 15 abr. 2020. O segundo e o terceiro, nestes links: https://cbic.org.br/wp-content/uploads/2017/11/Guia_sobre_Aspectos_Juridicos_e_Regulatorios_2016.pdf. Acesso em: 15 abr. 2020; e https://cbic.org.br/wp-content/uploads/2017/11/Concessoes_e_Parcerias_Publico_Privado_2017.pdf. Acesso em: 15 abr. 2020.

[64] Janine Luchesi desenvolve importante estudo sobre as vantagens da arbitragem em face do Judiciário, bem como de outros meios de resolução de litígios, no âmbito das PPPs: LUCHESI, Janine. Arbitragem e PPPs. In: Thiago Marrara, *Tratado de parcerias público-privadas*, op. cit.

A sétima e derradeira observação tem cunho de predominância realista e se destina a combater alguns vieses e heurísticas, sob a égide da *behavioral law and economics*. Trata-se, *primus*, de reconhecer, se verificadas as condições para tanto, que a concessão pode ter esgotado suas possibilidades, seja pela perda de capacidade de investimento e gestão pela concessionária, seja pelo exaurimento de recursos públicos numa PPP patrocinada, tornando o arranjo incapaz de absorver as consequências negativas da pandemia.

O reequilíbrio e as medidas destinadas a preservar a concessão não podem ser sacralizados. Lamentavelmente, cumpre dizer, nessas recomposições serão identificados erros não intencionais na estruturação dos projetos, que podem ter gerado *seleção adversa*; contratantes que venceram as licitações concessórias utilizando do expediente oportunista de ofertar outorga quase incompatível com a realidade, no intuito de ganhar a concessão, mesmo sem ter condições de cumprir as obrigações, podem ter apostado em falhas de monitoramento das suas ações (*moral hazard*), e, posteriormente, em *lobby* para renegociações, estando despreparados para enfrentar um momento de tamanho impacto como a crise do novo coronavírus.[65] Opções como a subconcessão, a transferência da concessão, a transferência de controle acionária da concessão ou até mesmo o retorno do serviço ao poder concedente (por algumas das formas legalmente previstas, e respeitando-se procedimento administrativo consonante com o devido processo legal) podem ser mais benéficas para ambas as partes e para a sociedade.

A racionalidade e o pragmatismo nesse ponto, ancorados em análise custo-benefício, são essenciais para combater o viés de aversão à perda (*loss aversion*), bem delineado por Daniel Kahneman e Amos Tversky.[66]

---

[65] Situações dessa natureza são registradas pela literatura especializada, tal como em estudo de Affonso Celso Pastore: "a literatura reporta que grande parte das renegociações não ocorre depois de decorridos muitos anos, como seria natural caso elas fossem devidas aos erros de projeção de demanda ou à incapacidade de prever todas as contingências, tornando os contratos incompletos, e sim logo após o início da concessão, indicando que há neste campo algo mais do que simplesmente o reconhecimento de erros de projeção ou da imprevisibilidade de todos os eventos. […] O que está por trás deste comportamento é a ação oportunista de alguns empresários que deliberadamente oferecem custos baixos — e impossíveis de serem cumpridos —, com o único e exclusivo objetivo de ganhar o leilão, sob a expectativa (ou quase a certeza) de que ocorrerá uma renegociação. Independentemente de sua competência no campo da construção ou da administração do projeto estes são empresários que têm um elevado poder de *lobby*, e contam com sua capacidade de influenciar o governo na renegociação do contrato *ex-post*, o que lhes dá uma vantagem através da qual geram uma redução da competição". PASTORE, Affonso. O setor privado e os investimentos em infraestrutura. In: PASTORE, Afonso et al. *Infraestrutura*: eficiência e ética. Rio de Janeiro: Elsevier, 2017. p. 27.

[66] KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos. Loss aversion in riskless choice: a reference-dependent model. *The Quarterly Journal of Economics*, v. 106, n. 4, p. 1039-1061, nov. 1991.

Secundus, o gestor e a concessionária devem ter em mente que alternativas que funcionam para outras concessões, mesmo que estejam no mesmo segmento, precisam ser validadas individualmente, tomando em consideração as condições econômico-financeiras, operacionais e dos consumidores específicas da concessão sob debate. Afastar-se do viés de confirmação, que leva os agentes a selecionarem somente informações e dados favoráveis às suas teses, bem como do viés do *status quo*, é vital para a manutenção das parcerias público-privadas sustentáveis, que "parem em pé".[67] [68]

Tertium, na linha da falha cognitiva anterior, deve-se evitar a heurística da ancoragem quando da avaliação de revisões de indicadores, adiamentos de outorgas, novos cronogramas e gatilhos de investimentos, ou seja, a definição desses parâmetros não pode, em todos os casos, se ancorar genericamente nas concessões em geral, na média das concessões do setor ou noutras concessões do setor, restando impositivo um exame das circunstâncias, condições e perspectivas de cada concessão, na medida do possível dentro das possibilidades dos agentes públicos.[69]

Com as medidas/mecanismos apresentados, que, sublinhe-se, são meramente exemplificativos, é possível reduzir os custos de transação desta fase de crise pandêmica, mediante uma minoração do tempo da tomada de decisões, sempre com a manutenção de uma apropriada fundamentação das escolhas e visando a) à consagração dos princípios administrativos aplicáveis, em especial da continuidade do serviço público, com a preservação da qualidade dos bens/serviços ofertados à sociedade; e b) ao respeito dos direitos da concessionária, notadamente os direitos de propriedade, do devido processo legal, da razoabilidade das demandas formuladas e da preservação da equação econômico-financeira do contrato.

---

[67] Sobre o viés de confirmação, vide: MORAES, José; TABAK, Benjamin. As heurísticas e vieses da decisão judicial: análise econômico-comportamental do direito. *Revista Direito GV*, v. 14, n. 2, p. 618-653, 2018.

[68] Sobre o viés do *status quo*, vide: SAMUELSON, William; ZECKHAUSER, Richard. Status quo bias in decision making. *Journal of Risk and Uncertainty*. v. 1, p. 7-59, 1988.

[69] KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos. Judgment under uncertainty: heuristic and biases. *Science*, new series, v. 185, n. 4157, p. 1124-1131, 1974; José Moraes e Benjamin Tabak, As heurísticas e vieses da decisão judicial, op. cit., p. 618-653.

4. Considerações finais

No presente artigo examinaram-se os institutos referentes às concessões de serviços públicos no direito brasileiro e os problemas e alternativas que podem surgir no âmbito destas contratualidades em virtude dos efeitos econômicos negativos causados pela crise da Covid-19, tudo sob o marco teórico da análise econômica do direito.

Em uma primeira mirada, tratou-se da figura jurídica da concessão de serviço público em suas variadas modalidades na legislação pátria em vigor, com destaque para a concessão comum, regida pela Lei nº 8.987/1995, e para as concessões patrocinada e administrativa (PPPs em sentido estrito), previstas na Lei nº 11.079/2004.

Assentadas as considerações normativas e doutrinárias basilares para viabilizar uma apreciação adequada da matéria, procedeu-se reflexão, mediante instrumentos de *law and economics*, notadamente a teoria de custos de transação, em relação a possíveis controvérsias nascidas no bojo de contratos concessórios em decorrência dos impactos do novo coronavírus na economia pátria, bem como de eventuais medidas e meios de resolução destes conflitos e questionamentos.

Para tanto, foram trazidos à luz a teoria dos custos de transação e suas possíveis aplicações ao tema versado, juntamente com outros instrumentos de análise econômica do direito, tais como seleção adversa, risco moral, análise custo-benefício, heurística e vieses (AED comportamental), sempre dialogando com a literatura jurídica e econômica sobre PPPs, no sentido de pensar de forma empírica, consequencialista e fundamentada as questões e desafios identificados.

Revelaram-se os significativos custos de transação no processo de verificação dos prejuízos imediatos causados aos contratos de concessões e PPPs pela crise gerada pela Covid-19 para que se possa empregar, preferencialmente, a via do consenso, da negociação, em relação às medidas urgentes de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro. Igualmente, os custos transacionais para o posterior aferimento dos efeitos danosos e dos meios, métodos e valores para o reequilíbrio econômico-financeiro, bem como da sua negociação mediante, *e.g.*, o instrumento da revisão extraordinária dos contratos, além do ulterior monitoramento e avaliação periódica das novas condições decorrentes das mutações contratuais geradas no período pandêmico.

Outrossim, foram identificadas várias formas de reação para manter o equilíbrio dos contratos no momento inicial da crise, que vem se mostrando extremamente forte em vários setores e justificando medidas de urgência, tais como imediato abatimento, redução ou postergação de pagamentos de obrigações das concessionárias com o poder público; alteração tarifária; redefinição de indicadores de *performance*, ou uma redução da sua exigência nessa etapa mais crítica; entre outras. Depois, quando já tiver sido controlada a curva de crescimento da pandemia e as atividades retornadas a níveis próximos da normalidade, providências como as citadas, além de outras possíveis, podem ser adotadas em procedimentos de revisão contratual extraordinária.

Todas essas etapas e medidas de enfrentamento dos impactos da Covid-19 no âmbito das concessões e PPPs devem levar em conta a razoabilidade, a proporcionalidade, a boa-fé das partes, a segurança jurídica, o princípio do *pacta sunt servanda* — na medida em que for possível o seu atendimento — e a análise das evidências disponíveis, sempre com documentação idônea e robusta, dentro das condições de momento, não cabendo responsabilização dos gestores públicos por atos que não configurem estritamente dolo ou erro grosseiro (art. 28 da LINDB), compreendendo-se as dificuldades e a complexidade do panorama em que os atos foram praticados.

Por fim, conclui-se pela necessidade de que o tema objeto do estudo seja compreendido de maneira ampla pelos profissionais da área jurídica, contemplando não apenas os elementos fático-jurídicos indispensáveis para a solução judicial da questão, mas também as consequências econômicas e negociais inerentes à tomada de decisão do poder concedente e das concessionárias.

Referências

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos serviços públicos*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2013.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. A evolução da proteção do equilíbrio econômico-financeiro nas concessões de serviços públicos e nas PPPs. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 263. p. 35-66, maio 2013. ISSN 2238-5177. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/10644. Acesso em: 14 abr. 2020.

CÂMARA, Jacintho Arruda. Contratações públicas para projetos de infraestrutura. In: JÚNIOR, Mário Engler; MARCATO, Fernando. *Direito da infraestrutura.* São Paulo: Saraiva, 2017. v. 1, p. 57-95.

COASE, Ronald. *A firma, o mercado e o direito.* Rio de Janeiro: Forense, 2016.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & economia.* 5. ed. Tradução de Luis Sander e Francisco Costa. Porto Alegre: Bookman, 2010.

DEGUIRMENDJIAN, Juliana. Construção de acordos políticos, o desenho dos projetos e adaptação da legislação e adoção de uma política articulada de parcerias. In: MARRARA, Thiago (Coord.). *Tratado de parcerias público--privadas.* Estudos prévios para a implementação das PPPs. Rio de Janeiro: CEEJ, 2019. v. 3. p. 103-126.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 32. ed. Rio de Janeiro: Forense. 2019.

FIGUEROA, Caio; CAMPOS, Rodrigo. Técnicas contratuais para a gestão da mutabilidade nos contratos de parcerias. In: MARRARA, Thiago (Coord.). *Tratado de parcerias público-privadas*. Execução e gestão das PPPs. Rio de Janeiro: Ceej, 2019. v. 9. p. 41-67.

GICO JR., Ivo. Introdução ao direito e economia. In: TIMM, Luciano (Org.). *Direito e economia no Brasil.* 3. ed. Indaiatuba: Foco, 2019. p. 1-32.

GROTTI, Dinorá. A experiência brasileira nas concessões de serviço público. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Parcerias público-privadas.* 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 180-251.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos.* São Paulo: Dialética, 2002.

JUSTEN FILHO, Marçal. Concessões de rodovias — a experiência brasileira. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Parcerias público-privadas.* 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 252-273.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria geral das concessões de serviço público.* São Paulo: Dialética, 2003.

KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos. Judgment under uncertainty: heuristic and biases. *Science*, new series, v. 185, n. 4157, p. 1124-1131, 1974.

KAHNEMAN, Daniel; TVERSKY, Amos. Loss aversion in riskless choice: a reference-dependent model. *The Quarterly Journal of Economics*. v. 106, n. 4, p. 1039-1061, nov. 1991.

LUCHESI, Janine. Arbitragem e PPPs. In: MARRARA, Thiago (Coord.). *Tratado de parcerias público-privadas.* Execução e gestão das PPPs. Rio de Janeiro: CEEJ, 2019. v. 9, p. 389-426.

MACKAAY, Ejan; ROUSSEAU, Stéphane. *Análise econômica do direito*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Breves considerações sobre o equilíbrio econômico-financeiro das concessões. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 227. p. 105-110, jan. 2002. ISSN 2238-5177. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46904. Acesso em: 14 abr. 2020.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Concessão de serviço público sem ônus para o usuário. In: WAGNER JUNIOR, Luis. *Direito público*: estudos em homenagem ao professor Adilson Abreu Dallari. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 331-351.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira. Aspecto jurídico-administrativo da concessão de serviço público. *Revista de Direito Administrativo*, v. 26, p. 34-48, 1951.

MORAES, José; TABAK, Benjamin. As heurísticas e vieses da decisão judicial: análise econômico-comportamental do direito. *Revista Direito GV*, v. 14, n. 2, p. 618-653, 2018.

MOREIRA, Egon. A experiência das licitações para obras de infraestrutura e a Lei de Parcerias Público-Privadas. *In:* SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Parcerias público-privadas*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 110-137.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NORTH, Douglass. Institutions. *Journal of Economic Perspectives*, v. 5, n. 1, inverno 1991. p. 97-112.

NORTH, Douglass. *Instituciones, cambio institucional y desempeño económico*. México: Fondo de Cultura Económico, 1993.

OLIVEIRA, Gesner; MARCATO, Fernando; SCAZUFCA, Pedro. Como destravar as parcerias público-privadas. In: OLIVEIRA, Gesner; OLIVEIRA FILHO, Luiz. *Parcerias público-privadas.* Experiências, desafios e propostas. Rio de Janeiro: LTC, 2013. p. 11-47.

OLIVEIRA, Rafael. *Licitações e contratos administrativos*: teoria e prática. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PASTORE, Affonso. O setor privado e os investimentos em infraestrutura. In: PASTORE, Afonso et al. *Infraestrutura*: eficiência e ética. Rio de Janeiro: Elsevier, 2017. p. 1-38.

PORTUGAL, Maurício. *Concessões e PPPs*: melhores práticas em licitações e contratos. São Paulo: Atlas, 2011.

SALAMA, Bruno. O que é pesquisa em direito e economia? *Cadernos Direito GV*, v. 5, n. 2, mar. 2008.

SAMUELSON, William; ZECKHAUSER, Richard. Status quo bias in decision making. *Journal of Risk and Uncertainty*, v. 1, p. 7-59, 1988.

SUNDFELD, Carlos Ari. Guia jurídico das parcerias público-privadas. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). *Parcerias público-privadas.* 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 17-46.

TÁCITO, Caio. A nova lei de concessões de serviço público. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 201, 1995. p. 103-108.

TÁCITO, Caio. O equilíbrio financeiro na concessão de serviço público. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 63. p. 1-15, maio 1961. ISSN 2238-5177. Disponível em: http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/21455/20209. Acesso em: 14 abr. 2020.

TOKESHI, Hélcio; MATTOS, César. A evolução recente dos contratos de concessão no Brasil. In: PASTORE, Afonso et al. *Infraestrutura:* eficiência e ética. Rio de Janeiro: Elsevier, 2017. p. 117-147.

WALD, Arnoldo. Renascimento do instituto da concessão. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 171, 1988. p. 1-14.

WIGGERS, Celso. *A concessão de serviços de utilidade pública*. Aspectos especiais. O fenômeno no Brasil. Dissertação (mestre em ciências humanas

— especialidade direito) — Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 1978. Disponível em: https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/157464/326597.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acesso em: 11 abr. 2020.

WILLIAMSON, Oliver. Transaction cost economics: how it works; where it is headed. *De Economist*, 146, n. 1, p. 23-58, 1998. Disponível em: https://www.researchgate.net/publication/4803664_Transaction_Cost_Economics_How_It_Works_Where_It_is_Headed. Acesso em: 11 abr. 2020.