

CONCESSÕES E PPPs

Coordenação: Mauricio Portugal Ribeiro e Eduardo Jordão

Oportunismo Contratual nas Concessões Públicas

Gianne Lima

2026

 EDITORA
*Jus*PODIVM
www.editorajuspodivm.com.br

O OPORTUNISMO NA REALIDADE

No terceiro capítulo deste trabalho, será analisada a manifestação do oportunismo na realidade. Este capítulo se propõe a examinar casos concretos e situações empíricas que ilustram a presença e os impactos do oportunismo em relações contratuais. De início, serão apresentados os casos que motivaram esse trabalho, suas particularidades e elementos que demonstraram sua possível correlação com o que aqui se chamou de oportunismo contratual (item 3.1). A seguir, será apresentada a pesquisa empírica realizada, no âmbito da Agência Nacional de Aviação Civil (item 3.2), sua hipótese (item 3.2.1), a formação e consolidação de suas premissas teóricas (itens 3.2.2 e 3.2.3), as oportunidades e desafios da operacionalização do evento pandemia no estudo do tema (item 3.3). Após, serão esclarecidos a metodologia adotada (item 3.4), a estratégia de pesquisa e especificação de suas variáveis dependentes e independentes (item 3.5) e os conjuntos de casos selecionados para a fase empírica da pesquisa (item 3.6). Finalmente, no item 3.7 serão apresentados os achados da pesquisa.

3.1. OS CASOS QUE MOTIVARAM ESTE TRABALHO

No mundo real, enquanto as discussões teóricas se desenvolviam, a Administração Pública era demandada, na prática, a tomar decisões sobre seus contratos vigentes e projetos em desenvolvimento. Ainda em 2020, alguns casos chamaram atenção como possíveis manifestações do comportamento oportunista/demagógico descrito pela literatura. O primeiro deles foi o caso Supervia, no Rio de Janeiro, no qual a agência reguladora setorial

responsável – AGETTRANSP – inovou no contrato para estabelecer uma espécie de solução negociada para o reequilíbrio. O segundo caso paradigmático foi o da concessão da rodovia ou ‘PiPa’, no qual a agência reguladora setorial – ARTESP – concedeu o reequilíbrio completo dos impactos da pandemia concomitante à assinatura do contrato.

3.1.1. O caso Supervia: representativo da fase pós-contratual

No Estado do Rio de Janeiro, a concessionária de serviços públicos de transporte ferroviário de passageiros, Supervia, protocola pedido de revisão extraordinária do reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, celebrado em 17 de setembro de 1998 com o Estado do Rio de Janeiro. O pedido foi apresentado à AGETTRANSP, agência reguladora responsável pelo acompanhamento, controle e fiscalização das concessões e permissões de serviços públicos concedidos de transporte aquaviário, ferroviário e metroviário e de rodovias nos quais o Estado do Rio de Janeiro figure, por disposição legal ou pactada, como o Poder Concedente ou Permitente. O caso é paradigmático, uma vez que inaugura uma série de pleitos semelhantes, de outras concessionárias de transporte no âmbito da AGETTRANSP¹.

Entre o início da vigência das medidas de restrição à circulação de pessoas, em 14 de março de 2020², até a apresentação

-
1. A AGETTRANSP, antecipando-se a prováveis pleitos semelhantes de outras concessionárias de transportes, elaborou consulta jurídica interna a respeito da “natureza jurídica dos impactos do COVID-19 sobre os contratos de infraestrutura de transportes, bem como a possibilidade de ser reconhecido direito à realização de revisão extraordinária de tais ajustes em virtude da superveniência desse evento”. Parecer nº 07/2020 – PGE/PG-17 – JVSM – José Vicente Santos de Mendonça. p. 2.
 2. O Decreto nº 46.969, de 12 de março de 2020, reconhece a emergência de saúde pública de importância internacional, e cria um gabinete de crise no Governo Estadual. Após, o Decreto nº 46.970, de 13 de março de 2020, estabeleceu as primeiras medidas de prevenção ao contágio e enfrentamento na prorrogação do COVID-19, incluindo a suspensão por 15 (quinze) dias de diversas atividades, como as aulas nas redes escolares públicas e privadas, além de trabalho remoto para servidores públicos. Tais medidas foram ampliadas primeiro pelo Decreto nº 46.973, de 16 de março de 2020, que aumentou o rol de atividades suspensas, e recomendou a restrição na circulação em

do pleito, a concessionária registrou queda de mais de 65% no número de passageiros. Naquele momento, a previsão era de uma perda de receita tarifária imediata da ordem de R\$ 40 milhões por mês enquanto durassem as restrições sanitárias. Por essa razão, a Supervia encontrava-se à beira da insolvência financeira por falta de caixa para manutenção da operação ferroviária. Ou seja, havia o risco de que a falta de disponibilidade de recursos da concessionária para arcar com suas obrigações essenciais – como despesas de pessoal, custos de manutenção e energia elétrica – levassem à interrupção do serviço público de transporte ferroviário de passageiros no Estado.

Era urgente a realização concomitante de reequilíbrio econômico-financeiro do Contrato de Concessão em razão dos impactos extraordinários gerados pelo COVID-19. Segundo a concessionária, os custos provocados pela realização do evento “pandemia”, “crise sanitária” ou “contaminação biológica”, gerariam dívidas contratuais em seu e, portanto, o direito à recomposição do equilíbrio do contrato a partir da compensação direta

estabelecimentos comerciais como shoppings e bares, bem como a redução de 50% (cinquenta por cento) da capacidade de lotação de transportes, incluindo os trens. Depois, pelo Decreto nº 46.980, de 19 de março de 2020, que determinou a suspensão por 15 (quinze) dias das atividades antes apenas restritas, e isolou a cidade do Rio de Janeiro do restante da região metropolitana, restringindo o transporte intermunicipal e a circulação de pessoas apenas para atendimento a serviços essenciais, disciplinado por meio das Resoluções Conjuntas SEDEERI/SETRANS nº 08 de 20 de março de 2020 e nº 09 de 23 de março de 2020. O Decreto nº 46.983, de 20 de março de 2020, tratou especificamente das restrições no sistema de transporte público e mobilidade urbana, determinando o fechamento de 10 (dez) estações ferroviárias, e acesso restrito com triagem e controle de passageiros em outras 14 (quatorze) estações. O estado de calamidade pública foi oficializado no mesmo dia pelo Decreto nº 46.984, e em 25 de março de 2020 foi editada a Resolução Conjunta SEDEERI/SETRANS nº 10, que regulamentou e disciplinou a circulação de pessoas no transporte intermunicipal de passageiros para atendimento a serviços essenciais nas operações intermunicipais. A partir de então, as medidas de suspensão de atividades e restrições a circulação foram sistematicamente mantidas pelo Estado, com o Decreto nº 47.006 de 27 de março de 2020, que prorrogou a suspensão anterior por mais 15 (quinze) dias e com a Resolução Conjunta SEDEERI/SETRANS nº 11 de 07 de abril de 2020, que revogou as Resoluções Conjuntas nº 08, 09 e 10. Em seguida, o Decreto Estadual nº 47.012, de 01 de abril de 2020, determinou a paralisação integral da circulação de trens da Extensão Guapimirim e o fechamento de todas as estações no trecho entre as estações de Saracuruna e Guapimirim a partir do dia 04 de abril de 2020. O Decreto nº 47.027 de 13 de abril de 2020, revogou o Decreto Estadual nº 47.006 de reconhecendo a necessidade de manutenção da emergência e suspender as atividades até 30 de abril de 2020.

dos custos gerados pelo evento. Primeiro, pela aplicação usual dos institutos consagrados como caso fortuito, força maior e Fato da Administração, e, segundo, pela fácil verificação dos impactos econômicos, medidos a partir da queda de receita tarifária de passageiros pagantes.

Em junho daquele ano, a concessionária encaminha à agência reguladora Medida Cautelar de Urgência, na qual reafirma a necessidade da revisão extraordinária para reequilíbrio econômico-financeiro do contrato e solicita imediato socorro financeiro, “*capaz de permitir o custeio da operação do serviço público de transporte ferroviário de passageiros do Estado do Rio de Janeiro até a superação da atual crise que ameaça instaurar estado de insolvência da Concessão*”³.

Após, a AGETRANSP, por meio de Ofício do conselheiro relator do caso, Dr. Vicente de Paula Loureiro, solicita manifestação do Poder Concedente sobre as possíveis ações programadas e proposições delineadas no enfrentamento do problema relatado⁴. A agência informa, ainda, que o referido processo (de revisão extraordinária) encontra-se sob análise de seus setores técnicos e jurídicos, “*conforme preceituado em seu Regimento Interno e nas normativas relativas aos procedimentos processuais obrigatórios*”. E finaliza a comunicação oficial solicitando ao poder concedente “*informação sobre o entendimento jurídico dessa douta Procuradoria em relação a esse tema, principalmente em função da Medida Cautelar apresentada pela Concessionária*”⁵.

Neste momento, parece haver dúvida quanto à competência da agência reguladora para decidir sobre a medida cautelar apresentada, sem a adesão a entendimento jurídico do poder concedente quanto a seu cabimento ou sem sua anuência. Essa

3. Trecho da Carta Supervia – Carta CSV-CARTA Portugal Ribeiro – Medida Cautelar Processo (SEI nº 5329502) – reproduzido em Ofício AGETRANSP/CD-VL SEI Nº9, de 18 de junho de 2020.

4. Ofício AGETRANSP/CD-VL SEI Nº 9, de 18 de junho de 2020.

5. Em Ofício AGETRANSP/CD-VL SEI Nº9, de 18 de junho de 2020. O documento foi endereçado ao Procurador Geral do Estado e ao Secretário de Desenvolvimento Econômico e Emprego e Relações Internacionais – ambos cargos, à época, cumulados pelo Dr. Marcelo Lopes da Silva, procurador do Estado de carreira.

suspeita é reforçada pelo teor do despacho de encaminhamento de processo AGETRANSP n. 5624567, que solicita à sua procuradoria “*um posicionamento jurídico sobre as questões referentes as atribuições e obrigações da AGETRANSP, conforme pontuada no parecer apresentado pela Concessionária*”.

Foram consultados formalmente dois outros órgãos do Poder Concedente: a Secretaria de Estado de Transportes, a Secretaria de Estado da Casa Civil e Governança

A assessoria jurídica da Secretaria de Estado de Transportes conclui que, naquele momento crítico e em razão do risco de descontinuidade do serviço público concedido, estabelecido que “*todos os atores envolvidos no projeto concessional, cada um dentro de suas competências e limites, devem atuar de modo a manter a integridade do sistema de transporte ferroviário de passageiros*”⁶. Faz-se uma ressalva quanto ao pleito de reequilíbrio econômico-financeiro em razão da COVID-19, que, segundo o órgão, deve ficar restrito ao mérito da revisão extraordinária, sendo incabível o pedido cautelar na forma pleiteada pela concessionária, “eis que os dispositivos legais que conferem lastro normativo a este tipo de demanda” (o art. 43 da Lei estadual nº5.427/09 e o art. 48-A do Regimento Interno da Agência Reguladora” – não autorizariam a concessão de tutelas satisfativas). A assessoria jurídica da Secretaria de Estado da Casa Civil e Governança aderiu integralmente ao entendimento da SETRANS/RJ, segundo o qual haveria “*disonância na forma jurídica do pedido de tutela cautelar, prevista na legislação administrativa pertinente com o real conteúdo dos pleitos da concessionária, entendida como tutela satisfativa antecipada de urgência não abarcada na legislação fluminense*”⁷.

Os pareceres foram encaminhados à Procuradoria Geral da AGETRANSP para considerações e à Secretaria Executiva da agência para convocação de reunião regulatória extraordinária

6. SETRANS. Estado do Rio de Janeiro. Conclusivo/Promoção n. 43, em processo SEI-220008/000697/2020.

7. CASA CIVIL. Estado do Rio de Janeiro. Despacho de Encaminhamento de Processo n. 5736736, de 29 de junho de 2020, da Subsecretaria Jurídica da Casa Civil e Governança, em processo SEI-220008/000697/2020. p. 740.

do conselho diretor para deliberação sobre a Medida Cautelar Incidental impetrada pela Concessionária SUPERVIA S/A relativa ao Processo Regulatório. A procuradoria geral da agência, então, opina pela indeferência ao pedido de medida cautelar incidental e reafirma a autonomia da agência para expedir determinações e recomendações ao poder concedente⁸.

Superada a questão do apoio emergencial à concessionária, restou à agência decidir sobre o processo de reequilíbrio em razão dos efeitos da pandemia, efetivamente. No parecer nº 31/2020/AGETRANSP/PGA, a procuradoria da agência concluiu que a pandemia de COVID-19 seria mesmo capaz de conferir direito à revisão extraordinária. No entanto, esse reconhecimento abstrato da pandemia como força maior não conferiria direito ao reequilíbrio às concessionárias. Para isso, seria imprescindível a comprovação, em cada caso, dos impactos econômicos suportados pela concessionária e a análise da matriz de riscos contratualmente estabelecida.

[E]vento imprevisível capaz de conferir direito à revisão extraordinária nos contratos de concessão em geral, tanto por meio da aplicação da denominada Teoria da Imprevisão quanto pela ocorrência de força maior, caracterizadora de álea extraordinária para fins de reequilíbrio dos contratos de concessão de infraestrutura, nos termos do art. 65, II, d, da Lei nº 8.666/1993, aplicável supletivamente às concessões.

[...]

O reconhecimento em abstrato da natureza de força maior a esse evento, por si só, não confere direito de

8. O conselheiro relator do caso refirma a possibilidade atributiva da AGETRANSP para expedir determinações ou recomendações ao Poder Concedente, reproduzindo manifestação do Visto do Procurador-Geral do Estado, nos autos do P.A nº E-12/004.100103/2018, de 12 de novembro de 2018: “...não restam dúvidas que a Agência Reguladora pode expedir determinações ou recomendações ao Poder Concedente, o que caberá ao Conselho-Diretor decidir qual termo será utilizado em sua Deliberação”. E vota pelo indeferimento da Medida Cautelar Incidental pleiteada, acompanhado pelo voto conselheira Dra. Aline Almeida, que informaram a deliberação AGETRANSP n. 1134 de 07 de julho de 2020: decisão que indefere definitivamente o pleito.

reequilíbrio às concessionárias em geral, sendo imprescindível, em cada caso, a efetiva comprovação dos impactos econômicos sofridos por cada concessionária, bem como a análise da matriz de risco estabelecida pelas partes.

Assim, o parecer da procuradoria da agência definiu os parâmetros para que o CODIR/AGETRANSP tivesse condições de decidir se a pandemia do COVID-19 se justificaria a revisão extraordinária, cabendo a área técnica verificar a onerosidade excessiva ocasionada pelo evento e confirmar que a desproporção é de monta suficiente para representar um grave desequilíbrio no contrato e impactar na própria prestação adequada do serviço público⁹. O documento também recomenda que a consulta jurídica seja encaminhada ao poder concedente, para manifestação quanto ao seu entendimento jurídico sobre o tema, uma vez que “a tese a ser eventualmente fixada poderia repercutir em outros contratos de concessão estaduais, para além, inclusive, dos regulados pela agência”¹⁰.

Em atenção à recomendação, o conselho diretor encaminhou a questão à Procuradoria Geral do Estado. E já no despacho de encaminhamento do processo à procuradoria especializada, o Subprocurador-Geral do ERJ destaca que a “*pandemia atingiu não só as empresas concessionárias, mas o Estado do Rio de Janeiro também, eis que exauriu parte considerável de seu orçamento*”¹¹. E observa que a pandemia seria espécie de força maior, que impactaria de modo igual ambas as partes do contrato – Estado e concessionárias, “*razão por que, numa análise preliminar e perfunctória, parece-me não caber a uma parte, tão somente, o direito à revisão, mas a ambas, extraordinariamente*”¹².

9. Parecer nº 39/2020/AGETRANSP/PGA, de 15 de julho de 2020.

10. CODIR/AGETRANSP, em processo SEI-220008/001107/2020.

11. Parecer nº 07/2020 – PGE/PG-17 – JVSM – José Vicente Santos de Mendonça, em processo SEI-220008/001107/2020.

12. Parecer nº 07/2020 – PGE/PG-17 – JVSM – José Vicente Santos de Mendonça, em processo SEI-220008/001107/2020.

De modo que o objetivo do parecer seria “(i) *identificar os efeitos jurídicos da pandemia de COVID-19 sobre os contratos de concessão de serviços públicos no âmbito do Estado do Rio de Janeiro, com foco em (ii) saber se é caso de se promover a revisão extraordinária desses contratos*”¹³.

Houve, também, significativos questionamentos sobre o papel da agência reguladora setorial em casos do gênero e a extensão de suas competências, notadamente para expedir determinações ao Poder Concedente. Embora, no caso em análise, tenha-se afirmado – em pareceres, votos e na decisão final – que a agência, de fato, possui essa competência específica, há elementos: a redação e interpretações conferidas às leis criadoras e regimentos internos das agências, a questão da independência dos órgãos decisores das agências e de suas procuradorias, os incentivos para o comportamento de seus agentes.

3.1.2. Caso PiPa: representativo da fase pré-contratual

Em janeiro de 2020, a Agência Reguladora de Serviços Públicos Delegados de Transporte do Estado de São Paulo (AR-TESP) licitou, na modalidade concorrência pública internacional, a concessão dos serviços públicos de operação, manutenção e realização dos investimentos necessários para a exploração do Sistema Rodoviário do Lote Piracicaba-Panorama¹⁴.

A concessão Lote PiPa foi um marco para o mercado brasileiro de infraestrutura, como a maior rede rodoviária já licitada no país, com 1,2 mil quilômetros de 12 rodovias, passando por 62 municípios do Estado de São Paulo, e como a maior transação do Brasil no setor em termos financeiros, com investimentos de R\$ 14 bilhões e geração de 7 mil novos empregos diretos e

13. Parecer nº 07/2020 – PGE/PG-17 – JVSM – José Vicente Santos de Mendonça. em processo SEI-220008/001107/2020.

14. Que contempla trechos das rodovias estaduais SP 261, SP 304, SP 308, SP 197, SP 191, SP 225, SP 310, SP 284, SP 293, SP 294 SP 331 e SP 425.

indiretos¹⁵. O consórcio vencedor – formado pela gestora Pátria e pelo fundo soberano de Cingapura (GIC) – ofereceu ao governo paulista uma outorga fixa de R\$ 1,1 bilhão¹⁶, lance muito superior ao do único outro concorrente, a EcoRodovias, que ofereceu outorga de R\$ 527,05 milhões. Na ocasião, a licitação foi muito celebrada e garantiu significativo aumento de capital político à gestão paulista, que considerava prioritários os projetos de infraestrutura integrantes do programa de desestatização. O governador de São Paulo, João Doria (PSDB), que esteve presente no leilão, classificou o resultado como “histórico”¹⁷.

A licitação foi homologada por decisão do Conselho Diretor da ARTESP publicada no Diário Oficial do Estado de São Paulo em 13 de março de 2020. Com o reconhecimento do estado de emergência, provocado pela pandemia – apenas alguns dias após a homologação do resultado da licitação –, houve preocupações quanto aos efeitos econômico-financeiros sobre o contrato, que até então estava pendente de assinatura¹⁸.

-
15. Pelo projeto, o Programa de Parcerias do Governo de São Paulo conquistou reconhecimento internacional com três indicações ao prêmio P3 Awards 2021, tradicional premiação da área de infraestrutura, cujo objetivo é destacar os melhores projetos em concessões e PPPs (parcerias público-privadas) nas Américas. A concessão recebeu a *High Commendation* na categoria melhor projeto do ano na área de transportes. A modelagem do projeto foi desenvolvida pela Subsecretaria de Parcerias e pela Artesp (Agência de Transportes do Estado de São Paulo), com apoio do IFC (International Finance Corporation). (GOVERNO DE SÃO PAULO. Concessão do Lote PiPa é reconhecido no maior prêmio de infraestrutura da América. Portal do Governo. 2022. Disponível em: <https://www.saopaulo.sp.gov.br/spnoticias/concessao-do-lote-pipa-e-reconhecido-no-maior-premio-de-infraestrutura-da-america-2/>)
 16. Por meio da proposta vencedora, a concessionária ofertou o valor de 1.100.000.000,00 (um bilhão e cem milhões de reais) a título de outorga fixa pela exploração dos serviços públicos pelo prazo de 30 (trinta) anos, devendo este valor, com as correções cabíveis, ser pago ao Poder Concedente antes da celebração do Contrato de Concessão. Além deste valor de outorga fixa, a concessionária teve de realizar um esforço financeiro na casa de R\$ 800.000.000,00 (oitocentos milhões de reais), no prazo de aproximadamente 12 (doze) meses, para realizar os investimentos iniciais.
 17. VALOR. Gestora Pátria oferece R\$ 1,1 bilhão e vence concessão de ‘PiPa’. 08/01/2020. Disponível em: <https://valor.globo.com/empresas/noticia/2020/01/08/gestora-patria-oferece-outorga-de-r-11-bi-e-vence-concessao-de-pipa.ghtml>.
 18. Após a homologação da licitação, foram editados diversos atos normativos com o objetivo de frear o avanço da pandemia, como o já mencionado Decreto Legislativo n.6, de 20 de março de 2020, pelo qual o Congresso Nacional reconheceu o estado de calamidade pública no país, o Decreto Legislativo Estadual n. 2495, de 31 de março de

O contrato foi assinado em 15 de maio de 2020, após prorrogação do prazo para assinatura e cumprimento de exigências pré-contratuais atrasadas pela pandemia. Na mesma data, foi assinado termo aditivo e modificativo (i) reconhecendo a pandemia como evento correspondente aos institutos de caso fortuito e/ou força maior, além de (ii) estabelecer que o rito pelo qual será realizado o reequilíbrio e (iii) a forma preferencial de compensação. O instrumento contava com quatro cláusulas. A primeira tratava do reconhecimento de caso fortuito e/ou força maior e do acordo entre as partes para processamento do desequilíbrio pelo rito da revisão extraordinária. A segunda cláusula tratava genericamente do dimensionamento do potencial desequilíbrio econômico-financeiro, estabelecendo que serão as melhores informações disponíveis serão consideradas para fins de aferição do desequilíbrio e que permanecem vigentes as demais obrigações contratuais. A terceira cláusula tratava do procedimento de homologação do reequilíbrio econômico-financeiro da concessão e forma de compensação do montante apurado, com referência à cláusula vigésima terceira do contrato de concessão (“*das modalidades para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato*”) e estabelecimento de preferência por compensações por meio de alterações no plano original de investimentos e transferência dos valores de outorga variável disponíveis em conta reserva. A quarta e última cláusula limita a validade da “*sistemática prevista*” no termo aditivo à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro decorrente dos efeitos da pandemia, “*não alterando, em nenhuma medida, as disposições contratuais pertinentes, nem podendo ser invocado em situações futuras*”¹⁹.

2020, pelo qual a Assembleia Legislativa paulista reconheceu o estado de calamidade pública nos Municípios que o tenham requerido em decorrência da pandemia, o Decreto Estadual n. 64.881, de 22 de março de 2020, pelo qual o Governo do Estado de São Paulo decretou medida de quarentena em todo o território paulista, restringindo o trânsito de pessoas, o funcionamento de determinados setores não essenciais e proibindo aglomerações. Em razão da emergência, o prazo para a assinatura do contrato de concessão foi prorrogado por 30 (trinta) dias, por meio de decisão administrativa publicada no Diário Oficial do Estado em 3 de abril de 2020.

19. Termo Aditivo e Modificativo n. 01/2020 ao Contrato de Concessão n. 0409/AR-TESP/2020.

É curioso que, no caso da concessão de PiPa, tenha-se optado pela celebração de aditivo contratual para o reconhecimento da pandemia como evento de caso fortuito ou força maior, cujos custos devem ser suportados pelo poder concedente, sobretudo porque isso já era objeto de previsões contratuais suficientemente claras. O contrato de concessão reconhece como risco alocado ao Poder Concedente a realização de eventos de caso fortuito ou força maior não seguráveis. Havia, inclusive, previsão específica a respeito da hipótese de contaminação biológica²⁰.

Essa não foi uma exclusividade do caso PiPa. Na concessão da rodovia BR-101/SC, entre Paulo Lopes (SC) e a divisa de Santa Catarina com o Rio Grande do Sul, o Grupo CCR – vencedor do leilão – chegou a solicitar junto à ANTT, alteração do contrato de concessão antes de sua assinatura em razão dos efeitos da pandemia do coronavírus. A agência negou o pedido, conforme Deliberação 306, de 30 de junho de 2020, mas se utilizou do expediente para declarar que a pandemia configura hipótese de força maior.

Além disso, a agência reconheceu que os eventuais efeitos extraordinários da pandemia eram imprevisíveis ao tempo da entrega das propostas para a licitação e que tanto a ocorrência destes eventuais efeitos e sua correspondente repercussão sobre o equilíbrio econômico-financeiro do contrato serão apurados nas revisões contratuais, adotando como parâmetro “*as condições vigentes no momento de apresentação da proposta da licitação*”²¹.

3.2. O TESTE EMPÍRICO

Conforme antecipado na introdução deste trabalho, apesar de paradigmáticos e indicativos do problema de pesquisa proposto, os casos acima relatados não permitem uma conclusão mais abrangente sobre o comportamento. O caso Supervia

20. Cláusula 48.1.1, item “iii”, do Contrato de Concessão n. 0409/ARTESP/2020.

21. Deliberação Nº 306, de 30 de junho de 2020. Ministério da Infraestrutura/Agência Nacional de Transportes Terrestres/Diretoria Colegiada. Publicada em 02/07/2020. Diário Oficial da União. Edição 125. Seção 1. P. 33.

é representativo da fase ‘pós contratual’, na qual o poder público não teria grandes incentivos para cumprir o contrato – notadamente quanto a obrigações contrárias aos seus interesses políticos e econômicos imediatos – enquanto o caso Pipa é representativo da fase pré-contratual, na qual o comportamento demagógico ou oportunista manifesta-se no reforço às garantias ao particular e atratividade do projeto/contrato. A partir da análise desses casos foi possível reunir alguns elementos relevantes para a pesquisa empírica. Notadamente, (i) a dúvida sobre a competência da agência reguladora para expedir determinações ao poder concedente, (ii) o cabimento de medidas cautelares ou reequilíbrio provisório dos contratos, (iii) o prestígio ou desprestígio à teoria das áleas, (iv) a opção por soluções inovadoras aos contratos ou o recurso à via negocial e (v) a celeridade do reconhecimento da pandemia como caso fortuito ou força maior, se verificada.

Para ser verificada a eventual *mudança* de comportamento do poder público ao longo dos anos de execução, em razão das reduções de incentivos para observação dos direitos dos contratados, seria necessária pesquisa que (i) acompanhasse um determinado número de contratos do início – a partir de suas etapas preparatórias ou pré-contratuais – ao fim das décadas de execução, registrando e avaliando qualitativamente os indícios de oportunismo contratual (ii) ou que analisasse um determinado número de contratos submetidos a condições similares, o que permitiria isolar o maior número de variáveis possível: como agência reguladora, poder concedente, setor, natureza do processo, razão de pedir etc. O fator diferenciador – ou a variável independente – entre os casos deve ser ou estar relacionado ao que se reputa ser a causa do resultado prescrito pela teoria. Neste caso: os anos de execução do contrato ao momento da apresentação do pedido.

Esta parte do trabalho cuidará do teste empírico da teoria até aqui apresentada. Pressupõe-se que o oportunismo contratual *existe e é verificável* no mundo real a partir da operacionalização do evento pandemia. Assim, primeiro, será explicada a hipótese a ser testada, com a consolidação de suas premissas. Após, a formação e consolidação de suas premissas teóricas, a metodologia

e estratégia de pesquisa formulada e a especificação dos casos selecionados.

3.2.1. A Hipótese

Acredita-se que o oportunismo contratual (i) existe e (ii) pode ser verificado no mundo real a partir de um teste empírico (iii) operacionalizável a partir do evento pandemia.

Como informa a teoria, esse comportamento manifesta-se ao longo de todo o contrato de concessão, mas pode ser mais bem observado de acordo com uma divisão bifásica: na primeira fase – ou fase pré-contratual, o poder público tem incentivos (atração do particular, viabilização do projeto) para adotar uma postura pró-contrato ou favorável aos interesses do futuro concessionário. Na segunda fase – ou fase pós-contratual, o poder público tem incentivos diferentes – como o uso político do projeto, modicidade das tarifas e a proteção ao erário público – e, a partir de algumas condições, tende a priorizar os interesses imediatos dos usuários.

3.2.2. A Formação das Premissas Teóricas

Para formulação da hipótese desse trabalho, foram considerados alguns critérios teóricos para alocação eficiente dos riscos e sobretudo, da lógica econômica que envolve o tratamento ao risco por grandes eventos, como a pandemia, apresentados na sessão anterior.

Mais especificamente sobre os efeitos da pandemia nos contratos de concessão, foram considerados os debates brasileiros mais proeminentes, restritos ao ano de 2020 e que, portanto, possuiriam o potencial de influenciar decisões de agência. Debates sobre parâmetros e procedimentos para o reequilíbrio econômico-financeiro desses contratos, compartilhamento de prejuízos e adaptações contratuais foram promovidos em âmbitos acadêmicos, públicos e privados. Destacam-se os entendimentos manifestados em encontros promovidos pelo TCU, que contaram com a

participação de especialistas no tema da gestão de riscos e reequilíbrio contratual, acadêmicos e profissionais do setor privado. As agências reguladoras – federais e subnacionais –, procuradorias e órgãos do judiciário também promoveram encontros do gênero ao longo do ano de 2020.

3.2.2.1. Câmaras de mediação

Não foram raras as menções à criação de câmaras de mediação para os casos de reequilíbrio em razão da pandemia. Rafael Vêras e Marcos Nóbrega sugeriram a criação de câmaras de mediação ligadas a um tribunal de contas para solução negocial dos desequilíbrios²². A medida encontraria fundamento no art. 174 do CPC, que soluções consensuais de conflitos administrativos pelas entidades da federação, além do art. 32, §5º, da Lei nº 13.140/2015, que dispõe que o procedimento de mediação poderá ter por objeto “*a resolução de conflitos que envolvam equilíbrio econômico-financeiro de contratos celebrados pela administração com particulares*”²³. O objetivo era afastar a controvérsia – complexa e específica – do âmbito judicial.

3.2.2.2. Protagonismo dos tribunais de contas

Em 2020, Bruno Dantas levantou a hipótese de o TCU capitanear instrumentos de solução de conflitos extrajudiciais, além de estabelecer requisitos para análise dos casos de impasse, em concessões de serviço público federais. O modelo poderia ser

22. VERÁS, Rafael.; NÓBREGA, Marcos. Mediação em reequilíbrio de contratos de concessão – uma solução eficiente, 2020. Disponível em: <<https://bit.ly/3bAPWrM>>.

23. “Nos casos de concessões e parcerias, o art. 11, III, da Lei nº 11.079/20014 (Lei das Parcerias Público-Privadas – PPP) trata do emprego de mecanismos privados de resolução de disputas (inclusive arbitragem) para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato, assim como o art. 23-A da Lei nº 8.987/1995, o qual prescreve que o contrato de concessão poderá prever o emprego desses mecanismos para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato.” (GONÇALVES, Rodrigo Carvalho. BANDEIRA, Marcos Lima. Reequilíbrio econômico-financeiro em concessões de infraestrutura no Brasil: reflexões sobre os impactos da pandemia do Covid-19. Revista da CGU • Volume 12 • Nº 22 • Jul-Dez 2020 p. 294)

reproduzido em âmbito subnacional, com os tribunais de contas estaduais ou municipais interessados.

Para alguns, o protagonismo dos tribunais de contas em pleitos do gênero possuiria externalidades positivas: a presença do controlador externo tenderia a reduzir os riscos de questionamentos *ex-post* e eventuais anulações dos acordos.

3.2.2.3. Um ‘Termo Aditivo Disciplinador’ e as noções de equilíbrio econômico-financeiro

Rafael Vêras sugeriu a celebração de um Termo Aditivo disciplinador para aumento do prazo contratual para exploração dos serviços, redução de obrigações e investimentos, alteração de efeitos econômicos de eventuais descumprimentos de obrigações de desempenho (flexibilização de indicadores de qualidade) na remuneração das concessionárias. Também sugere a alteração de percentual das receitas extraordinárias destinadas à modicidade tarifária ou mesmo a reversão de penalidades já aplicadas.

3.2.2.4. As aplicações da Teoria da Imprevisão: uma álea muito extraordinária

No caso Supervia, parecer da PGE/RJ reconhece que hipótese em análise – pedidos de reequilíbrio em razão da pandemia – “*guarda proximidade, em abstrato, com a da incidência da teoria da imprevisão*”²⁴. A pandemia do COVID-19 não teria como ser razoavelmente prevista pelas partes em seus contratos, e, por isso, seria evento extraordinário. No entanto, continua o parecer “*daí não decorreria, caso se configure tais hipóteses nos casos concretos, que a álea econômica extraordinária deva ser integralmente alocada ao Poder Público*”²⁵.

24. Parecer nº 07/2020 – PGE/PG-17 – JVSM – José Vicente Santos de Mendonça, em processo SEI-220008/001107/2020. p. 10.

25. Parecer nº 07/2020 – PGE/PG-17 – JVSM – José Vicente Santos de Mendonça, em processo SEI-220008/001107/2020. p. 10.

Ao abordar a aplicação da teoria da imprevisão aos contratos afetados pela pandemia, Luiz Gustavo Kaercher Loureiro afirma que a interpretação tradicional do conceito de equilíbrio econômico-financeiro como a ideia de proteção a uma equação entre “saídas” e “entradas” do concessionário – e alocação dos riscos de álea extraordinária ao poder concedente “*não seria decorrente da descrição do direito positivo brasileiro, mas derivado de uma reformulação de uma reflexão “estrangeira”, no caso o direito francês*”²⁶. Nesse sentido, “*não está claro qual o efeito provocado no equilíbrio do contrato a partir da aplicação destas teorias*”²⁷. A obscuridade residiria na proporção da recomposição: à luz da teoria das áleas, há dúvidas se “recompõe tudo ou nada” ou se “recompõe um pouco”²⁸.

3.2.2.5. Caso Fortuito e Força maior

No caso Supervia, as diferenças entre a Teoria da Imprevisão e institutos do caso fortuito e força maior foram determinantes para o posicionamento jurídico do ERJ, por meio de sua procuradoria. Ainda que, muitas vezes, a expressão ‘força maior’ seja empregada como sinônimo de teoria da imprevisão, a rigor, são institutos diferentes. Enquanto a teoria da imprevisão diria respeito à “*prestação contratual cujo cumprimento ainda é possível, mesmo que excessivamente onerosa a uma das partes*”, a força maior diria respeito “à *prestação cujo cumprimento se tornou impossível*”²⁹.

26. LOUREIRO, Luiz Gustavo. Em GONÇALVES, Rodrigo Carvalho. BANDEIRA, Marcos Lima. *Reequilíbrio econômico-financeiro em concessões de infraestrutura no Brasil: reflexões sobre os impactos da pandemia do Covid-19*. Revista da CGU. Volume 12. Nº 22 • Jul-Dez 2020. p. 297.

27. LOUREIRO, Luiz Gustavo. Em GONÇALVES, Rodrigo Carvalho. BANDEIRA, Marcos Lima. *Reequilíbrio econômico-financeiro em concessões de infraestrutura no Brasil: reflexões sobre os impactos da pandemia do Covid-19*. Revista da CGU. Volume 12. Nº 22 • Jul-Dez 2020. p. 297.

28. LOUREIRO, Luiz Gustavo. Em GONÇALVES, Rodrigo Carvalho. BANDEIRA, Marcos Lima. *Reequilíbrio econômico-financeiro em concessões de infraestrutura no Brasil: reflexões sobre os impactos da pandemia do Covid-19*. Revista da CGU. Volume 12. Nº 22 • Jul-Dez 2020. p. 297.

29. Parecer nº 07/2020 – PGE/PG-17 – JVSJ – José Vicente Santos de Mendonça, em processo SEI-220008/001107/2020. p. 11.