

NESTA EDIÇÃO:

Observatório Social
em Foz do Iguaçu

Acesso a
informações
públicas x proteção
de dados pessoais

Ciência de dados
aplicados à Auditoria
Interna

Controle
Governamental,
Prevenção e
Combate da
Corrupção

E AINDA:

Dossiê

“Accountability
e Controle em
Contexto de
Pandemia”

Revista da CGU

Brasília • Volume 12 • Nº 22 • Jul-Dez 2020

Controladoria-Geral da União

WAGNER DE CAMPOS ROSÁRIO

Ministro da Controladoria-Geral da União

JOSÉ MARCELO CASTRO DE CARVALHO

Secretário-Executivo da Controladoria-Geral da União

ANTÔNIO CARLOS BEZERRA LEONEL

Secretário Federal de Controle Interno

GILBERTO WALLER JÚNIOR

Corregedor-Geral da União

VALMIR GOMES DIAS

Ouvidor-Geral da União

CLÁUDIA TAYA

Secretária de Transparência e Prevenção da Corrupção

JOÃO CARLOS FIGUEIREDO CARDOSO

Secretário de Combate à Corrupção

Revista da CGU / Controladoria-Geral da União

<http://gov.br/cgu/revista>

e-ISSN 2595-668X

Multidisciplinar

Diagramação: Assessoria de Comunicação Social - Ascom/CGU

Foto da Capa: Juliano Rocha da Silva, vencedor do II Concurso de Fotografia da Ouvidoria-Geral da União

CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO

Setor de Autarquias Sul (SAS), Quadra 01, Bloco A, Edifício Darcy Ribeiro.

CEP: 70070-905 - Brasília/DF

Telefone: (61)2020-6826

E-mail: revista@cgu.gov.br

www.cgu.gov.br

Revista da CGU

Periódico científico voltado à difusão e promoção do conhecimento e da pesquisa nos seguintes temas: accountability e políticas anticorrupção; controle interno e auditoria pública; governança e riscos; correição e responsabilização administrativa; transparência e controle social; integridade e ética pública; ouvidoria e participação social; prevenção e combate à corrupção; e metodologia de pesquisa aplicada aos referidos temas.

EQUIPE EDITORIAL

Comissão Editorial

Dr. Temístocles Murilo de Oliveira Júnior • Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ)

Dr. Marcio Camargo Cunha Filho • Universidade de Brasília (UnB)

M. Sc. Flavio Rezende Dematté • Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP)

Dra. Mariana Barbosa Cirne • Centro de Ensino Unificado de Brasília (UniCEUB)

M. Sc. Vítor César Silva Xavier • Universidade de Brasília (UnB)

Editores Especiais

Dr. Eduardo José Grin • Escola de Economia de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (FGV EAESP)
(dossiê especial Accountability e Controle em Contexto de Pandemia)

Dr. Frederico Lustosa da Costa • Universidade Federal Fluminense (UFF)
(dossiê especial Accountability e Controle em Contexto de Pandemia)

CONSELHO EDITORIAL

Dr. Andityas Soares de Moura Costa Matos • Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG)

Dr. Carlos Frederico Pereira da Silva Gama • Universidade Federal de Tocantins (UFT)

Dra. Cecília Olivieri • Universidade de São Paulo (USP)

Dr. César Augusto Tibúrcio Silva • Universidade de Brasília (UnB)

Dr. Dawisson Elvécio Belém Lopes • Universidade Federal Minas Gerais (UFMG)

Dr. Frederico Lustosa da Costa • Universidade Federal Fluminense (UFF)

Dr. Ivan Ricardo Gartner • Universidade de Brasília (UnB)

Dra. Janaína Lima Penalva da Silva • Universidade de Brasília (UnB)

Dr. José Célio Silveira Andrade • Universidade Federal Bahia (UFBA)

Dr. José Matias-Pereira • Universidade de Brasília (UnB)

Dr. Leonardo Secchi • Universidade do Estado de Santa Catarina (UDESC)

Dr. Luciano da Ros • Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC)
Dr. Marco Cepik • Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS)
Dr. Matthew M. Taylor • American University
Dra. Paula Veiga • Universidade de Coimbra
Dr. Robert Gregory Michener • Escola Brasileira de Administração Pública e de Empresas da Fundação Getúlio Vargas (FGV-EBAPE)
Dr. Rubens Pinto Lyra • Universidade Federal da Paraíba (UFPB)
Dr. Saulo de Oliveira Pinto Coelho • Universidade Federal de Goiás (UFG)

REVISORES (2020)

Dra. Adila Maria Taveira de Lima • Universidade Federal de Tocantins
Dr. Alexandre Douglas Zaidan de Carvalho • Universidade de Brasília
M. Sc. Alzira Ester Angeli • Universidade Federal do Paraná
Dra. Ana Cláudia Pedrosa • Universidade Federal do Amazonas
Dra. Ana Júlia Possamai • Universidade Federal do Rio Grande do Sul
Dra. Ana Luíza Aranha • Universidade Federal de Minas Gerais
Dr. Anderson Roberto Pires e Silva • Universidade Federal do Pará
M. Sc. Andréa Lucas Fagundes • Universidade Federal do Rio Grande do Sul
Dra. Andrea Oliveira Ribeiro • Universidade Federal do estado do Rio de Janeiro
Dr. Antonio Duarte de Lima Júnior • Controladoria-Geral da União
Dra. Arianne Cristine Roder Figueira • Universidade Federal do Rio de Janeiro
M. Sc. Bruno Jorge Fagali • Universidade de São Paulo
Dr. Bruno Mello Souza • Universidade Federal do Rio Grande do Sul
Dr. Caio César de Medeiros Costa • Universidade de Brasília
Dra. Cláudia Cappelli • Universidade Federal do Rio de Janeiro
M. Sc. Cláudia da Silva Jordão • Corvinus University of Budapest
M. Sc. Cláudia Maria de Freitas Chagas • Universidade de Brasília
Dra. Christiane da Silva Schroeder • Universidade Federal do Rio Grande do Sul
M. Sc. Daiane Londero • Universidade Federal do Rio Grande do Sul
Dra. Daniella Maria dos Santos Dias • Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará
Dra. Elizabeth Matos Ribeiro • Universidade Federal da Bahia
Dra. Érica Bezerra Queiroz Ribeiro • Centro Universitário de Brasília
Dr. Fabio Lopes Soares • Florida Christian University
Dr. Fabrício Martins Mendonça • Universidade Federal de Juiz de Fora
Dr. Fabrício Vasconcelos Oliveira • Universidade da Amazônia
Dr. Felipe Fernandes Ribeiro Maia • Faculdades Milton Campos
Dra. Fernanda Odilla Vasconcelos de Figueiredo • Università di Bologna
Dr. Francisco Rogério Madeira Pinto • Universidade de Brasília

Dr. Fúlvio Eduardo Fonseca • Universidade de Brasília
Dr. Gills Vilar-Lopes • Universidade da Força Aérea
Dra. Gilmara Mendes da Costa Borges • Universidade Federal do Rio Grande do Norte
Dr. Hugo Melo Filho • Università degli Studi di Roma La Sapienza
Dra. Isolda Lins Ribeiro • Universidade Federal de Minas Gerais
Dra. Izabela Moreira Corrêa • London School of Economics
M. Sc. Jacqueline Maria Cavalcante da Silva • Centro Universitário de Brasília
Dra. Jennifer Azambuja de Moraes • Universidade Federal do Rio Grande do Sul
Dr. Joacy Victor Araújo • Universidad Nacional de La Matanza
M. Sc. Joeldson Ferreira Guedes • Universidade San Carlos Asuncion
M. Sc. José Antonio Gouvêa Galhardo • Universidade de São Paulo
Dr. José Flávio Bianchi • Universidade de Brasília
Dra. Karina Furtado Rodrigues • Escola de Comando e Estado Maior do Exército
Dra. Karoline Marinho • Universidade Federal do Rio Grande do Norte
Dra. Layde Lana Borges da Silva • Universidade Federal de Rondônia
Dr. Li Chong Lee Bacelar de Castro • Universidade Católica de Brasília
M. Sc. Leonino Gomes Rocha • Universidade de Salamanca, Espanha
Dra. Loiva Mara de Oliveira Machado • Universidade Federal do Rio Grande do Sul
Dr. Lucas Borges de Carvalho • Escola Nacional de Administração Pública
Dra. Ludmila Melo Souza • Universidade de Brasília
M. Sc. Luma Poletti Dutra • Universidade de Brasília
Dr. Marcus Vinicius de Azevedo Braga • Universidade Federal do Rio de Janeiro
M. Sc. Maria Fernanda Colaço Alves • Universidade Sorbonne-Paris
M. Sc. Maria Paula Escobar Bins • Universidade Federal do Rio Grande do Sul
Dra. Mariana Batista da Silva • Universidade Federal de Pernambuco
Dr. Maurício Vasconcellos Leão Lyrio • Universidade Federal de Santa Catarina
Dr. Mauro Salvo • Banco Central do Brasil
M. Sc. Nyalle Barboza Matos • Universidade de Brasília
M. Sc. Olavo Venturim Caldas • Universidade de Brasília
Dr. Otacílio Silveira Neto • Universidade Federal do Rio Grande do Norte
Dr. Pedro da Silva Moreira • Universidad Autónoma de Madrid
Dra. Priscila Spécie • Universidade de São Paulo
Dr. Rafael Lamera Giesta Cabral • Universidade Federal Rural do Semi-Árido
Dr. Ramiro de Ávila Peres • Universidade Federal do Rio Grande do Sul
Dr. Raphael Peixoto de Paula Marques • Universidade Federal Rural do Semi-Árido
Dr. Raphael Schilickmann • Universidade Federal de Santa Catarina
Dra. Raquel Mattos Pimenta • Universidade de São Paulo
Dra. Renata Mendes de Araujo • Mackenzie
Dr. Ricardo Lins Horta • Universidade de Brasília
Dr. Rodrigo de Souza Gonçalves • Universidade de Brasília

Dr. Rodrigo Lins • Universidade Federal de Pernambuco
Dr. Rodrigo Piquet Saboia de Mello • Instituto Brasileiro de Informação em Ciência e Tecnologia
Dr. Rogério de Souza Farias • Fundação Alexandre de Gusmão
Dr. Romualdo Anselmo Santos • Universidade de Sheffield
M. Sc. Ronaldo José Rêgo de Araújo • Universidade Federal da Paraíba
Dra. Simone Cristine Araújo Lopes • Universidade Federal de Juiz de Fora
Dra. Taiana Fortunato Araujo • Universidade Federal do Rio de Janeiro
M. Sc. Thiago Nascimento Fonseca • Universidade de São Paulo
Dr. Thomaz Anderson Barbosa da Silva • Fundação Getúlio Vargas
M. Sc. Victor Godeiro de Medeiros Lima • Universidade de Brasília
M. Sc. Vladimir Pinto Coelho Feijó • Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais

Índice

EDITORIAIS

Entre rapidez e rigor: a eterna tensão do processo científico • 162

Marcio Cunha Filho

Accountability e controle em tempos de pandemia: desafios e interlocução entre os campos científico e profissional • 164

Frederico Lustosa da Costa, Eduardo José Grin e Temístocles Murilo de Oliveira Júnior

ARTIGOS

Controle social: as ações do Observatório Social (OSFI) em Foz do Iguaçu (PR/Brasil) • 168

Social control: the actions of the Social Observatory (OSFI) in Foz do Iguaçu (PR/Brazil)

Control social: Las acciones del Observatorio Social (OSFI) en Foz do Iguaçu (PR/Brasil)

Rafaela Marçal Buono / Maria Alejandra Nicolás

Crítérios de ponderação entre o direito de acesso a informações públicas e o direito à proteção de dados pessoais: lições a partir do modelo espanhol • 184

Balancing criteria between the right to access public information and the right to personal data protection: lessons from the spanish model

Criterios de ponderación entre el derecho de acceso a la información y el derecho a la protección de datos personales: lecciones del modelo español

Leonardo Valles Bento

Ciência de dados aplicada à Auditoria Interna • 196

Data science applied to Internal Audit

Ciencia de datos aplicada a Auditoría Interna

Gustavo Fleury Soares

CONTROLE GOVERNAMENTAL, PREVENÇÃO E COMBATE DA CORRUPÇÃO

Sistema de Controle Interno do Poder Executivo Federal: mudanças e agentes políticos na Assembleia Nacional Constituinte de 1987 • 210

Internal Control System of the Federal Executive Branch: changes and political agents in the 1987 National Constituent Assembly

Sistema de Control Interno del Ejecutivo Federal: cambios y agentes políticos en la Asamblea Nacional Constituyente de 1987

Beatriz Silva da Costa

Análise da eficiência do modelo de contratação de execução indireta de serviços baseado na prestação e remuneração mensuradas por resultados: estudo de caso de dois hospitais públicos do estado de Minas Gerais • 228

Analysis of efficiency of the indirect service execution hiring model based on performance and remuneration measured by results: case study of two public hospitals from Minas Gerais state

Análisis de la eficiencia del modelo de contratación para la ejecución indirecta de servicios a partir de la prestación y retribución medida por resultados: estudio de caso de dos hospitales públicos en el estado de Minas Gerais

Igor Kaiser Garcia Gomes, Sérgio Ricardo Gaspar, Antônio Artur de Souza

DOSSIÊ “ACCOUNTABILITY E CONTROLE EM CONTEXTO DE PANDEMIA”

Restrições ao direito de acesso à informação em contextos emergenciais: análise dos efeitos da Covid-19 nos governos subnacionais • 246

Restricciones del derecho de acceso a la información en contextos de emergencia: análisis de los efectos del Covid-19 en los gobiernos subnacionales

Restrictions on the right of access to information in emergency contexts: an analysis of the effects of Covid-19 on subnational governments

Lívia Neto Machado, Marília Sorrini Peres Ortiz, Thomaz Anderson Barbosa da Silva e Laila Bellix

Transparência governamental em capitais dos estados no Brasil nas contratações emergenciais para o combate da Covid-19 • 260

Governmental transparency in state capitals in Brazil in emergency contracts to combat Covid-19

Transparencia gubernamental en las capitales de estado en Brasil en contratos de emergencia para combatir Covid-19

José Antonio Gomes de Pinho, Ana Rita Silva Sacramento, Fabiano Maury Raupp, Marcelo Santos Amaral

Situações de emergência, controle social, tribunais de contas e jurimetria: Um estudo das decisões sobre denúncias e representações apresentadas ao Tribunal de Contas da União • 275

Emergency situations, social control, courts of accounts and jurimetrics: A study of decisions on complaints and representations submitted to the Federal Court of Accounts

Situaciones de emergencia, control social, tribunales de cuentas y jurimetría: Estudio de las decisiones sobre denuncias y representaciones presentadas al Tribunal de Cuentas Federal

Gilson Piqueras Garcia

Reequilíbrio econômico-financeiro em concessões de infraestrutura no Brasil: reflexões sobre os impactos da pandemia do Covid-19 • 289

Economic and financial rebalance in infrastructure concessions in Brazil: reflections on the impacts of the Covid-19 pandemic

Reequilibrio económico y financiero en concesiones de infraestructura en Brasil: reflexiones sobre los impactos de la pandemia Covid-19

Rodrigo Carvalho Gonçalves e Marcos Lima Bandeira

Inovação em accountability no combate à Covid-19 no Brasil: Uma análise empírica do Controle Interno • 302

Innovation in accountability in the fight against Covid-19 in Brazil: An empirical approach of the internal control

Innovación en accountability en la lucha contra el Covid-19 en Brasil: Un análisis empírico del control interno

Marcus Vinicius de Azevedo Braga, Daniel Matos Caldeira e Sandro Zachariades Sabença

Innovation in accountability in the fight against Covid-19 in Brazil: An empirical analysis of internal control • 317

Marcus Vinicius de Azevedo Braga, Daniel Matos Caldeira and Sandro Zachariades Sabença

La contratación pública en tiempos de Pandemia del Covid-19 en España • 330

Public procurement in Spain in the context of the Covid-19 Pandemic

Contratações públicas na Espanha no contexto da Pandemia Covid-19

Carmen Pineda Nebot y Gonzalo Pardo Beneyto

Accountability and trust in government: what's next? • 343

Rendición de cuentas y confianza en el gobierno: perspectivas para el futuro

Accountability e confiança: perspectivas para o futuro

Kathryn E. Newcomer

Reequilíbrio econômico-financeiro em concessões de infraestrutura no Brasil: reflexões sobre os impactos da pandemia do Covid-19¹

Economic and financial rebalance in infrastructure concessions in Brazil: reflections on the impacts of the Covid-19 pandemic

Reequilibrio económico y financiero en concesiones de infraestructura en Brasil: reflexiones sobre los impactos de la pandemia Covid-19

Rodrigo Carvalho Gonçalves² e Marcos Lima Bandeira³

<https://doi.org/10.36428/revistadacgu.v12i22.360>

Resumo: Discussões sobre as consequências da crise do Covid-19 nos setores regulados de infraestrutura do país e seus reflexos nos contratos têm ganhado destaque entre representantes governamentais, da iniciativa privada e da área acadêmica. Diante disso, a presente pesquisa objetiva demonstrar os impactos dessa pandemia em alguns setores de infraestrutura, considerando os diversos posicionamentos de profissionais, acadêmicos e entidades dos setores público e privado, com foco em aspectos relacionados ao reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos. A partir das análises efetuadas, infere-se que alguns fatores essenciais precisam ser considerados nas discussões sobre os eventuais pedidos de reequilíbrio, tais como os procedimentos ou parâmetros adotados para a análise desses pedidos, os riscos ou situações concretas em que as concessionárias encontravam-se inadimplentes antes da crise, a transparência dos mecanismos e procedimentos adotados pelos órgãos envolvidos, o levantamento prévio de riscos específicos de cada setor regulado e o comportamento das variáveis-chave do contrato em decorrência da crise. Além do mais, torna-se importante a atuação dos órgãos de fiscalização e controle de maneira coordenada na análise das questões que envolvem o reequilíbrio dos contratos, de modo a reduzir sobreposições e custos administrativos e de transação para todas as instâncias e atores envolvidos. As considerações deste estudo visam contribuir para o debate acerca da importância dos mecanismos de equilíbrio contratual como um aspecto fundamental para a continuidade de negócios complexos de longo prazo, como é o caso das concessões de infraestrutura, sem desconsiderar aspectos como governança, gestão de riscos e controles.

Palavras-chave: Infraestrutura; Concessões; Contratos; Reequilíbrio econômico-financeiro.

Abstract: Discussions about the consequences of the Covid-19 crisis in the country's regulated infrastructure sectors and its effects on contracts have gained prominence among government representatives, the private sector and the academic area. That said, this research aims to demonstrate the impacts of this pandemic in some infrastructure sectors, considering the different positions of professionals, academics and entities from the public and private sectors, focusing on aspects related to the economic and financial rebalance of contracts. From the analyzes carried out, it appears that some essential factors need to be considered in discussions about possible rebalance requests, such as the procedures or parameters adopted for the analysis of these requests, the risks or concrete situations in which the concessionaires were in defaulters before of the crisis, the transparency of the mechanisms and procedures adopted by the bodies involved, the prior survey of risks specific to each regulated sector and the behavior of key contract

1 Artigo recebido em 14/09/2020 e aprovado em 14/11/2020

2 Escola Nacional de Administração Pública - ENAP

3 Universidade de Brasília - UnB

variables due to the crisis. Moreover, it is important for the supervisory and control bodies to act in a coordinated manner in the analysis of issues involving the rebalance of contracts, in order to reduce overlaps and administrative and transaction costs for all instances and actors involved. The considerations of this study aim to contribute to the debate about the importance of the mechanisms of contractual balance as a fundamental aspect for the continuity of complex long-term businesses, as is the case of infrastructure concessions, without disregarding aspects such as governance, risk management and controls.

Keywords: Infrastructure; Concessions; Contracts; Economic and financial rebalance.

Resumen: Las discusiones sobre las consecuencias de la crisis del Covid-19 en los sectores de infraestructura regulada del país y sus efectos sobre los contratos han ganado protagonismo entre los representantes del gobierno, el sector privado y el área académica. Delante de eso, esta investigación tiene como objetivo demostrar los impactos de esta pandemia en algunos sectores de infraestructura, considerando las diferentes posiciones de profesionales, académicos y entidades del sector público y privado, enfocándose en aspectos relacionados con el reequilibrio económico y financiero de los contratos. De los análisis realizados se desprende que en las discusiones sobre posibles solicitudes de reequilibrio se deben considerar algunos factores esenciales, como los procedimientos o parámetros adoptados para el análisis de estos pedidos, los riesgos o situaciones concretas en las que se encontraban las concesionarias morosas antes de la crisis, la transparencia de los mecanismos y procedimientos adoptados por los organismos involucrados, el relevamiento previo de los riesgos específicos de cada sector regulado y el comportamiento de las variables clave del contrato debido a la crisis. Además, es importante que los órganos de supervisión y control actúen de manera coordinada en el análisis de los temas relacionados con el reequilibrio de los contratos, con el fin de reducir los solapamientos y los costos administrativos y de transacción para todas las instancias y actores involucrados. Las consideraciones de este estudio pretenden contribuir al debate sobre la importancia de los mecanismos de equilibrio contractual como aspecto fundamental para la continuidad de negocios complejos de largo plazo, como es el caso de las concesiones de infraestructura, sin dejar de lado aspectos como gobernanza, gestión de riesgos y controles.

Palabras clave: Infraestructura; Concesiones; Contratos; Reequilibrio económico y financiero.

Introdução

A conjuntura econômica vivenciada no Brasil no início da década de 1990 diminuiu a capacidade do Estado em alocar recursos na expansão e manutenção dos setores de infraestrutura, resultando na deterioração da qualidade dos serviços públicos ofertados à sociedade e, por conseguinte, acelerou uma série de reformas institucionais para incentivar o investimento privado nesses setores por meio de concessões dos serviços públicos (RIGOLON, 1997).

Nas concessões de serviço público, o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, como resultado de uma equação complexa para a execução do objeto do contrato de forma adequada a partir da proposta do concessionário, pode ser entendido como um direito intangível decorrente dos princípios da mutabilidade do contrato, da segurança jurídica e da boa-fé nas relações contratuais (SILVEIRA, 2015).

O Brasil tem visto acentuado interesse pelo tema do equilíbrio econômico-financeiro, onde expressões

como alocação de riscos, fluxo de caixa marginal, revisão ordinária e extraordinária têm se tornado cada vez mais comuns e presentes em análises de estudiosos e profissionais dos mais diferentes setores de infraestrutura (PRADO; GAMELL, 2019).

Em decorrência da pandemia, debates em torno de temáticas relacionadas a reequilíbrio econômico-financeiro, compartilhamento de prejuízos e adaptações contratuais no setor de infraestrutura em decorrência dos impactos da crise do Covid-19 ganham destaque. Representantes governamentais, da iniciativa privada e da área acadêmica têm discutido os impactos dessa crise sobre setores regulados e os prováveis caminhos para o reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão. Nesse sentido, destacam-se os encontros promovidos pelo Tribunal de Contas da União (TCU) com a participação de acadêmicos e profissionais do setor privado, bem como discussões no âmbito das agências reguladoras e de órgãos jurídicos do poder pú-

blico, principalmente no que se relaciona aos impactos sofridos pelos setores de transportes e energia elétrica.

Com o estágio atual de pandemia no Brasil, os principais setores afetados foram: energia elétrica, com queda no consumo de energia e aumento da inadimplência, e transportes, com decréscimo na demanda por voos domésticos e internacionais e por transporte rodoviário interestadual e internacional. Os setores de ferrovias, portos, telecomunicações e saneamento mostraram maior resiliência (ABDIB, 2020).

Assim, o objetivo deste estudo é demonstrar os impactos da pandemia de Covid-19 sobre as concessões de transportes e energia elétrica e seus possíveis desdobramentos, considerando os diversos posicionamentos de profissionais, acadêmicos e entidades dos setores público e privado, com foco em aspectos relacionados ao reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos.

Este trabalho torna-se relevante ao destacar os desafios trazidos pelas questões inerentes ao equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão de setores de infraestrutura, no contexto de uma crise econômica e social provocada por uma pandemia, situação revestida de elevado grau de complexidade. Espera-se que as reflexões contribuam para o debate acerca da importância do equilíbrio contratual como um aspecto fundamental para a sobrevivência de negócios complexos de longo prazo, como é o caso das concessões de infraestrutura, especialmente em relação à previsão da alocação dos riscos nos contratos.

Contratos de concessão de serviços públicos e sua complexidade

Concessão de serviço público é o instituto por meio do qual o Estado concede a um agente o exercício de um serviço público em nome próprio e por sua conta e risco, considerando condições fixadas pelo Poder Público, com garantias contratuais de um equilíbrio econômico-financeiro e com remuneração advinda da própria exploração dos serviços, baseada nas tarifas cobradas dos usuários do serviço (MELLO, 2019). Sua natureza jurídica é de um contrato administrativo de regime de direito público, com todas as prerrogativas e sujeições próprias do poder público quanto à finalidade, procedimento, forma, cláusulas exorbitantes, mutabilidade, entre outros (DI PIETRO, 2019).

Esses contratos são regidos por duas categorias básicas de regras: as cláusulas regulamentares ou de serviço, oriundas de lei, decreto ou do próprio contrato, que disciplinam o modo e a forma da prestação do serviço a fim de sempre melhor atender aos seus objetivos;

e as cláusulas contratuais, econômicas ou financeiras, correspondentes a questões econômico-financeiras contidas no contrato (ARAGÃO, 2013).

Quanto aos aspectos econômico-financeiros, os contratos de concessão geralmente possuem uma proteção contra instabilidades para preservar a sua equação econômico-financeira inicial, em face da sua longa duração e do fato de visarem ao exercício de uma atividade-fim do Estado, havendo, assim, uma preocupação em manter o equilíbrio econômico-financeiro desses contratos (ARAGÃO, 2013). Para esse autor, o equilíbrio contratual resulta de uma equação econômico-financeira complexa, devendo contemplar todos os fatores favoráveis e desfavoráveis a ambas as partes (poder concedente e prestador do serviço), visando evitar o enriquecimento injustificado de qualquer uma delas, portanto, uma garantia de mão dupla.

Para Prado e Gamell (2019), a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro de longo prazo é assunto chave para a modelagem do projeto nas concessões de serviço público e tema determinante para a precificação de riscos por partes de investidores e financiadores desses projetos. Tal manutenção é regra de regência das concessões, uma vez que dela depende a conservação de contratos diante de um futuro imprevisível, a tutela de relações de longo prazo e a consolidação de projetos complexos (CANTO; GUZELA, 2019).

Quanto a isso, segundo Nóbrega (2020a), o processo de desenvolvimento brasileiro necessita de investimentos em infraestrutura atrelados a mecanismos de incentivos ao setor privado, com instrumentos jurídicos adequados que garantam segurança nas avenças e promovam adequada repartição de responsabilidades entre os signatários. Para esse autor, nos contratos de infraestrutura as incertezas são somadas à complexidade de sua estruturação, tornando-se necessária uma definição clara sobre riscos e sua tipologia, uma vez que essa complexidade reside na detecção, na forma de distribuição e mitigação desses riscos, pontos sensíveis em uma modelagem desse tipo de contrato.

Para além dos elevados graus de especificidade e complexidade inerentes aos setores de infraestrutura, a pandemia do novo coronavírus se materializou como um fator de difícil previsão contratual, o que pode limitar a aplicação de disposições doutrinárias e contratuais clássicas no tratamento dos pedidos de reequilíbrio econômico-financeiro das concessões e dificultar a

solução de eventuais conflitos entre o poder público e as concessionárias.

Impactos da pandemia sobre os setores de transportes e energia

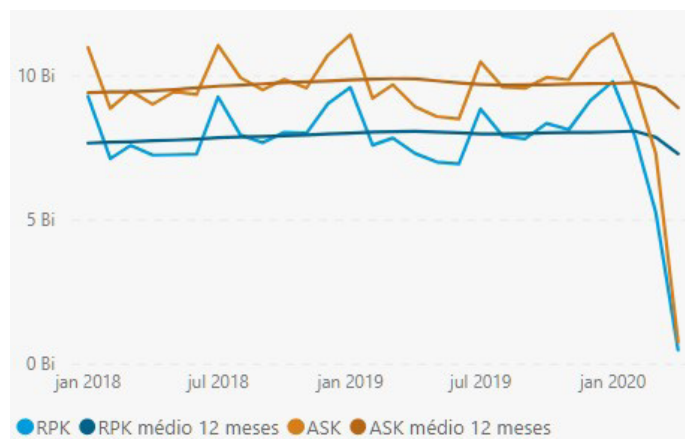
Um dos segmentos impactados pela pandemia foi o setor aeroviário. O país possuía uma média de 2.500 voos diários (nacionais e internacionais), passando esse número para 200 voos diários com a pandemia, ressaltando que, em abril de 2020, a aviação civil no Brasil operava com 7% da sua capacidade de operação normal (GLANZMANN, 2020).

De acordo com a Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC, 2020d), o mercado do setor de aviação

tem registrado queda desde março/2020. Em junho, a demanda por voos no mercado doméstico, em passageiros quilômetros pagos (RPK), teve queda de 85% na comparação com o mesmo mês do ano anterior. No entanto, verifica-se uma melhora em relação a maio e abril, em que a redução na demanda doméstica foi de 91% e 93,1%, respectivamente, em relação aos mesmos meses de 2019.

Os dados mensais de Assentos Quilômetros Oferecidos (ASK) e Passageiros Quilômetros Pagos (RPK) são mostrados no gráfico a seguir, até o mês de abril/2020, podendo-se verificar o significativo impacto da pandemia para o setor de aviação civil.

GRÁFICO 1: VARIAÇÃO DO QUANTITATIVO DE RPK E ASK - JAN/2018 A ABR/2020



Fonte: ANAC, 2020b.

Para Barreto (2020), em relação aos setores rodoviário, ferroviário e transporte de cargas e passageiros, o maior impacto da pandemia foi sobre o setor rodoviário, com uma queda de 90% do volume de passageiros no transporte interestadual e internacional, resultando até na extinção de algumas rotas. Para ele, a demanda contínua de minérios e de grãos minimizou as consequências no setor de infraestrutura ferroviária.

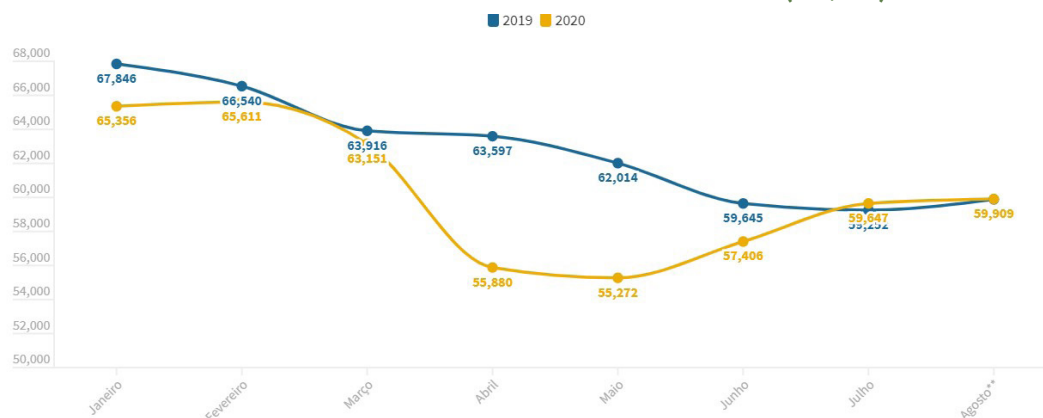
Quanto ao setor elétrico, as repercussões imediatas da crise foram o aumento da inadimplência e a redução de consumo. Segundo Limp (2020):

Há uma diferença de 10 pontos percentuais na inadimplência do setor elétrico, na comparação com a média mensal do primeiro semestre de 2019, que era de 3%. Essa diferença corresponde a um montante de R\$ 2 bilhões que as distribuidoras de energia deixam de arrecadar

por mês dos consumidores.

De acordo com a Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE, 2020), em abril de 2020, o setor elétrico chegou a registrar uma retração de 12,1% no consumo de energia em relação ao mesmo mês do ano anterior. No entanto, desde então, tem-se verificado um resultado mais positivo, com uma queda de 10,9% em maio, de 3,8% em junho, alcançando uma alta de 0,7% em julho, em relação aos valores registrados no ano passado para os respectivos meses.

GRÁFICO 2: CONSUMO DE ENERGIA ELÉTRICA – SISTEMA INTEGRADO NACIONAL (2019/2020)



Fonte: CCEE, 2020.

Também merece destaque o fato de a Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT, 2020) ter anunciado o início da primeira fase do processo de participação e controle social visando a elaboração da metodologia de cálculo do desequilíbrio decorrente dos efeitos extraordinários da pandemia sobre os contratos de concessão de rodovias. Também a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL, 2020a) anunciou a abertura de consulta pública para debater a proposta de reequilíbrio dos contratos de concessão de distribuição de energia elétrica.

Principais medidas já adotadas no enfrentamento da crise

No Setor Elétrico, medidas para a manutenção da liquidez das empresas que atuam no setor de distribuição de energia elétrica foram tomadas pelo governo. O Decreto nº 10.350, de 18/05/2020, autorizou a criação da Conta-covid, de forma a manter o fluxo de pagamentos no setor elétrico e preservar o seu equilíbrio (BRASIL, 2020). Esse decreto estabelece que a Conta-covid destina-se a receber recursos para cobrir déficits ou antecipar receitas das distribuidoras de energia elétrica, relacionados aos efeitos financeiros da sobrecontratação, neutralidade dos encargos setoriais, postergação dos resultados dos processos tarifários, entre outros.

Por meio da Resolução Normativa nº 885/2020, a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) regulamentou a Conta-covid e por meio dessa operação um sindicato de bancos disponibilizou recursos para atender a demanda de R\$ 14,8 bilhões de 50 distribuidoras (ANEEL, 2020c). Dessa operação participarão 16 instituições financeiras, incluindo o BNDES, e os

bancos públicos ofertarão 29% dos recursos e os privados, 71%. Os empréstimos terão carência até julho de 2021 e vencimento em dezembro de 2025 (ANEEL, 2020b).

No setor de Aviação Civil, destaca-se a postergação do pagamento de R\$ 179,2 milhões em outorgas fixas e variáveis de 6 aeroportos do país (Confins, Galeão, Fortaleza, Salvador, Florianópolis e Porto Alegre), em decorrência da Medida Provisória (MP) nº 925/2020, que poderão ser pagas até 18/12/2020 (ANAC, 2020a). Posteriormente, também foi adiado o recolhimento de R\$ 2 bilhões em outorgas – contribuições variáveis e fixas – dos aeroportos de Guarulhos, Viracopos e Brasília (ANAC, 2020c).

No caso das companhias aéreas, um grupo de três empresas do segmento concordaram com os termos de uma operação de apoio ao setor de aviação, com previsão de empréstimos de até R\$ 6 bilhões, sendo destinados R\$ 2 bilhões para cada companhia (OLIVEIRA, 2020).

Possíveis instrumentos a serem adotados para análise dos pedidos de reequilíbrio

A equação econômico-financeira em contratos de longo prazo forma-se a partir de uma matriz de riscos, que deve estabelecer de quem será a responsabilidade pelos prejuízos contratualmente delimitados e, caso essa responsabilidade seja do Poder Concedente, este deverá restabelecer a equação econômico-financeira originalmente firmada (GUIMARÃES, 2019).

A matriz de riscos é um instrumento que visa uma alocação ótima dos riscos do projeto em um processo de contratação pública (entre poder público e

contratante), contendo informações como categoria e descrição do risco, probabilidade e impacto, consequências (caso o risco de materialize), medidas de mitigação e alocação dos riscos entre as partes envolvidas.

Para Guimarães (2019), abordagem relevante reside no tratamento a ser dispensado diante da ocorrência de riscos extracontratuais, cujo enfrentamento jurídico se dá a partir de uma análise criteriosa dos termos do contrato, e na hipótese de ausência de solução contratualmente estabelecida, caberá ao intérprete ou ao juiz encontrar critérios secundários para solucionar a questão em harmonia com o regime jurídico do contrato.

Para Marrara e Souza (2019), o equilíbrio econômico-financeiro deve preservar as partes envolvidas no contrato de concessão, inclusive o poder público, garantindo ao concessionário a equivalência entre custos e receitas que caracteriza a relação contratual originária, de modo a impedir uma situação de desvantagem em relação ao pacto inicial e garantir uma recomposição do equilíbrio diante de prejuízos injustificados. Ainda, segundo esses autores, cabe ao Poder Concedente buscar métodos razoáveis para enfrentar uma gama variada de fatores capazes de implicar em desequilíbrio econômico-financeiro desses contratos complexos de longo prazo.

Possíveis medidas para o enfrentamento da atual crise no âmbito administrativo estão em discussão, destacando-se a menção à possibilidade de criação de uma Câmara de Mediação para os reequilíbrios econômico-financeiros com a participação do TCU, com o intuito de evitar a judicialização desses casos. Para Dantas (2020), o TCU poderia capitanear instrumentos de solução de conflitos extrajudiciais, além de estabelecer expertises e requisitos para o mediador pela análise dos casos de impasse.

Jardim (2020) defende a adoção de protocolos para nortear as ações em concessões e Parcerias Público-Privadas – PPP, mediante definição de procedimentos, prazos e responsáveis para a tomada de decisão quanto aos reequilíbrios no contexto da pandemia. Ainda, segundo Jardim, há a possibilidade de adoção de câmaras específicas para análise dos casos de reequilíbrios nos diferentes setores, contando com as agências reguladoras de cada setor e os órgãos controladores externos, visando dar maior celeridade ao processo de análise e reduzir a judicialização.

Véras (2020) sugere a possibilidade de celebração de um Termo Aditivo disciplinador da relação jurídica excepcional decorrente da pandemia, podendo ser manejadas as seguintes variáveis econômicas: incremento do prazo contratual; redução das obrigações

de investimentos; alteração dos efeitos econômicos de descumprimentos das obrigações de desempenho na remuneração da concessionária. Esse autor também indica outras possíveis abordagens para o problema, tais como: alterar o percentual das receitas extraordinárias destinado à modicidade tarifária ou reverter as penalidades pecuniárias aplicadas às concessionárias, no âmbito de um acordo substitutivo, para a reestruturação econômica da concessão.

Em outra análise, Véras e Nóbrega (2020) entendem que, para fazer frente aos desequilíbrios provocados pela pandemia, câmaras de mediação ligadas a um tribunal de contas poderão analisar o reequilíbrio de contratos de concessão. Para esses autores, nosso ordenamento jurídico vem disciplinando formas alternativas para solucionar conflitos em contratos públicos.

Nesse sentido, Véras e Nóbrega (2020) destacam o art. 174 do Código de Processo Civil, que prevê a possibilidade da criação de câmaras de soluções consensuais de conflitos administrativos pelas entidades da federação, além do art. 32, §5º, da Lei nº 13.140/2015 (também conhecida como Lei de Mediação), o qual 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”. Ou seja, mesmo no caso de contratos públicos seria possível adotar alternativas aos processos judiciais para a solução de controvérsias.

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.

Diante de tais dispositivos, Veras e Nóbrega (2020) entendem pela compatibilidade da solução cogitada pelo governo, pelo Poder Legislativo e pelas cortes de contas com o ordenamento jurídico, no sentido de se estabelecer uma câmara de mediação envolvendo esses atores. Além disso, consideram existir externalidades positivas da presença do controlador externo (no caso das concessões federais, o TCU) na mediação, de modo a reduzir os riscos de questionamentos *ex-post* dos ajustes.

No setor de energia elétrica, Correia (2020) entende que a recomposição do equilíbrio contratual depende da verificação de requisitos formais e materiais, como a existência de fato gerador superveniente e a de-

monstração de seu nexos de causalidade com o desequilíbrio econômico e financeiro dos contratos. Para esse autor, a agência reguladora deve homologar a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, haja vista que a expressiva redução do consumo de energia elétrica foi decorrente da pandemia e de medidas do poder público de fechamento e suspensão de atividades econômicas, não havendo dúvida sobre a existência do fato gerador superveniente e de seu nexos causal.

Posicionamento de órgãos governamentais para os setores de transportes e energia elétrica

Na discussão relacionada a reequilíbrios econômico-financeiros, merece destaque a posição da Advocacia-Geral da União para o setor de transportes. O Parecer nº 261/2020/CONJUR-MINFRA/CGU/AGU, de 15/04/2020,⁴ foi elaborado em atendimento à consulta formulada pela Secretaria de Fomento, Planejamento e Parcerias do Ministério da Infraestrutura. Em resumo, foi questionado pela referida Secretaria se os efeitos negativos suportados pelos vários setores de infraestrutura em decorrência da pandemia poderiam, juridicamente, consistir em evento de força maior capaz de embasar eventual reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão.

Segundo a AGU (2020), “salvo disposição contratual em sentido diverso, considera-se que o contratado assume os riscos ordinários (ou a álea ordinária) do negócio, enquanto o poder público assume os riscos extraordinários (ou a álea extraordinária)”. Ou seja, apesar do concessionário exercer a atividade por sua conta e risco,⁵ o contrato pode não transferir necessariamente ao particular todos os riscos do empreendimento, podendo alocar riscos à parte que melhor puder gerenciá-los e inclusive alterar a tradicional repartição de riscos em ordinários e extraordinários – aplicada quando não houver disposição contratual quanto à repartição dos riscos –, levando em consideração as características específicas de cada caso concreto.

O citado parecer estabelece que apenas eventos excepcionais justificariam a revisão do contrato, sendo imprescindível tratar-se de: evento superveniente e extraordinário; cuja ocorrência ou consequências sejam imprevisíveis e inevitáveis; que tenha gerado um desequilíbrio muito grande no contrato, i.e., uma one-

rosidade excessiva para uma das partes. No âmbito da consulta em tese, o parecer reconhece que o elemento causador do impacto econômico nas concessões, ainda que indiretamente, consistiu num evento da natureza capaz de classificar a pandemia como caso fortuito ou força maior, caracterizando a álea extraordinária, salvo disposição contratual em contrário.

Salienta-se, ainda, o posicionamento referenciado no parágrafo 73 do Parecer nº 261/2020/CONJUR-MINFRA/CGU/AGU, que traz uma importante ressalva quanto à possibilidade de reequilíbrio dos contratos:

Porém, é importante ressaltar que esse reconhecimento em tese não significa necessariamente que os contratos de concessão deverão ser reequilibrados. Primeiro porque é possível que algum contrato tenha estabelecido uma alocação de riscos diferente da divisão tradicional entre riscos ordinários e extraordinários. Segundo, porque é necessário avaliar se a pandemia teve efetivo impacto sobre as receitas ou despesas do concessionário. É possível que, em determinados casos, não tenha ocorrido impacto significativo. Esses elementos deverão ser devidamente examinados para que se possa concluir se um determinado contrato deve ser reequilibrado.

Ou seja, o poder concedente e as agências reguladoras deverão avaliar se a queda de demanda e eventuais perdas financeiras das concessionárias são, de fato, associadas à pandemia do novo coronavírus, durante a análise de cada caso concreto.

O parecer da AGU para o setor de transportes é de extrema relevância para as discussões que serão realizadas em outros setores, haja vista a possibilidade de os órgãos envolvidos adotarem entendimento semelhante, visando conferir uniformidade e segurança jurídica ao tratamento das questões decorrentes da pandemia.

Destaca-se que os reequilíbrios econômicos e financeiros no setor de energia elétrica ainda serão analisados pela ANEEL, já que tal assunto não foi definido no âmbito da regulamentação da Conta-covid (MENDES; COIMBRA, 2020). Na visão do TCU, ao deixar para regular essa questão no futuro, a ANEEL buscaria “ter uma metodologia clara e padronizada quanto aos efeitos da pandemia, trazendo segurança e uniformidade aos casos concretos que surjam” (MENDES; COIMBRA, 2020).

⁴ Disponível em <https://licitacao.paginas.ufsc.br/files/2020/03/Parecer-AGU-Concessão-Transportes-Recomposição.pdf>

⁵ No caso de concessão, o serviço é exercido por “conta e risco” do contratado (art. 2º, incisos II, III e IV, da Lei nº 8.987, de 1995).

Discussões jurídicas promovidas pelo TCU

Discussões jurídicas sobre equilíbrio econômico-financeiro de concessões de infraestrutura em decorrência da pandemia do Covid-19 foram promovidas pelo Centro de Altos Estudos em Controle e Administração Pública (Cecap) do Tribunal de Contas da União, em sessões realizadas entre os dias 7 e 16 de julho de 2020.

Tais discussões trouxeram importantes elementos para o entendimento da problemática que será enfrentada pelo poder público quando da análise de pleitos apresentados pelos concessionários para o reequilíbrio dos contratos em virtude da pandemia. Os principais pontos dessas discussões, na visão dos autores deste artigo, passam a ser descritos nos subtópicos a seguir.

Existência e configuração de um princípio de proteção ao equilíbrio econômico-Financeiro das concessões na Constituição de 1988

De acordo com Monteiro,⁶ não há um “princípio de proteção ao equilíbrio econômico-financeiro” na Constituição, haja vista que o art. 37, XXI, refere-se aos contratos que envolvem obras, serviços, compras e alienações em geral, ou seja, cujo pagamento se dá com recursos orçamentários.

Para Monteiro, a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro em concessões foi prevista no art. 9º da Lei 8.987/1995 para os casos de alteração legal específica relacionada aos serviços da concessão, com impacto sobre as receitas e os custos da concessionária; e modificação unilateral do contrato pelo poder concedente.

Ainda segundo Monteiro, a ocorrência de força maior (como no caso de uma pandemia) nada tem a ver com modificação unilateral do contrato pelo concedente, haja vista que tal evento atinge toda a sociedade, incluindo o próprio poder público. No entanto, diante da necessidade de continuidade do serviço público haveria a possibilidade de negociação entre o poder concedente e as concessionárias para o estabelecimento de novas bases para a prestação do serviço, sob pena de rescisão do contrato em caso de inadimplemento.

Em seu entendimento, o poder público deve avaliar os custos de eventual rescisão, incluindo o valor da indenização por investimentos realizados e não amortizados, e os riscos de realização de uma nova licitação, alertando que um novo certame não é uma solução sim-

ples e que não há garantia de continuidade de prestação do serviço.

No entendimento de Rodrigues,⁷ um princípio e/ou instituto do equilíbrio econômico-financeiro não consta no texto da CF/1988 e não pode ser deduzido a partir de uma interpretação sistemática (p.ex., a junção do art. 37, XXI c/c art. 175). Para ele, a história genética da Constituição, considerando os trabalhos constituintes da Assembleia Nacional de 1987/1988, demonstra que o Constituinte rejeitou por mais de 40 vezes todas as propostas de inclusão da expressão equilíbrio econômico-financeiro dos contratos no texto do art. 175 da Carta Magna.

Rodrigues ressalta que as rejeições dessa inclusão se valeram de um argumento constante, em que pese não ter sido o único: o de que o equilíbrio econômico-financeiro das concessões foi considerado matéria afeta ao legislador ordinário pelo Constituinte.

Em sua pesquisa, Rodrigues indica que a proposta constituinte que deu origem ao texto do art. 37, XXI, de autoria do Deputado Luís Roberto Andrade Ponte diz respeito exclusivamente à garantia de “condições contratuais que assegurem o pagamento das parcelas do preço ou das faturas de obras ou serviços nos prazos ajustados e em valores atualizados”.

Por fim, Rodrigues manifesta concordância ao item 370 do Relatório de Acompanhamento relatado pelo Ministro Bruno Dantas (Processo TC 030.098/2017-3), onde, sem recorrer a dispositivos da CF, afirma-se apenas que “é preciso observar, todavia, que o dever de manutenção de equilíbrio econômico-financeiro no direito das concessões é estabelecido pelo art. 9º e seus parágrafos da Lei 8.987/1995”.

Especificidades do regime econômico-financeiro de concessões e aplicação de mecanismos alternativos de solução de controvérsias

Para Moreira,⁸ diferentemente dos contratos regidos pela Lei nº 8.666/1993, os contratos de concessão apresentam alta assimetria de informações e investimentos privados de longo prazo, dependendo de tarifas custeadas por um universo de usuários para a sua consecução. Além disso, tais contratos são complexos

7 Anotações do professor Itiberê de Oliveira Castellano Rodrigues no Ciclo de Debates – Discussões jurídicas do reequilíbrio de concessões em infraestrutura, Cecap/TCU, em 9 jul. 2020.

8 Anotações do professor Egon Bockmann Moreira no Ciclo de Debates – Discussões jurídicas do reequilíbrio de concessões em infraestrutura, Cecap/TCU, em 14 jul. 2020.

e incompletos e o seu equilíbrio pode ser representado por uma estrada não-linear, com picos e vales.

Moreira entende que a matriz de riscos não pode ser alterada em condições normais, posto que ela existe para permanecer e não para ser modificada por uma simples vontade. No entanto, diante de situações extremas, julga ser possível alterar a matriz de alocação de riscos, desde que isso seja decisivo para a continuidade do projeto concessionário, o que não decorreria de escolhas das partes, mas de evidências oriundas da execução do contrato de concessão.

Na medida em que os contratos de concessões de infraestrutura envolvem projetos para consecução de políticas públicas, e considerando a ampla autorização legislativa para negociações administrativas existente em nosso ordenamento,⁹ Moreira entende ser viável a adoção de soluções de equilíbrio que, “obedientes ao objeto do contrato e celebradas sob o manto da lei, inovem positivamente a preservação do projeto concessionário e/ou aperfeiçoem a sua execução”.

Conclui Moreira que os contratos de longo prazo são incompletos por natureza e geradores de conflitos durante sua execução. Diante disso, as partes contratantes devem adotar metodologias que resolvam as controvérsias com os menores custos, dentre eles, os de natureza econômica, financeira, reputacional, institucional, etc. Além da definição de obrigações contratuais, revela-se de grande importância a pactuação *ex-ante* dos mecanismos de solução de controvérsias, tais como: negociação; painel de disputas (*dispute boards*); mediação; arbitragem e ações judiciais.

Em outra abordagem, Nóbrega (2020b) aborda o porquê da dificuldade de reequilibrar contratos complexos, tais como os contratos de concessão. Isso decorreria de elementos como não-linearidade e incerteza estratégica das partes na relação contratual. Nóbrega (2020b) nos faz algumas provocações ao afirmar que a miopia teórica e técnica é parte do problema e que para muitas situações complexas sempre há uma solução simples e errada. Isso porque a teoria da imprevisão estaria descolada da realidade ao considerar como uma situação excepcional algo que seria um natural estado de artes do contrato, qual seja, a sua incompletude (NÓBREGA, 2020a).

Em sua explicação, contratos de concessões de infraestrutura são complexos, incompletos e relacionais

(de longa duração), não podendo se falar em equilíbrio *ex ante*, com base na ideia de *pacta sunt servanda* dos contratos completos (como as contratações da Lei nº 8.666/1993).

Nóbrega (2020b) destaca que a percepção de risco se modifica com o passar do tempo porque a distribuição de probabilidades muda e, diante disso, congelar a matriz de risco pode gerar problemas. Entende ser possível que ela seja alterada por acordo entre as partes, ou seja, não se trata de uma cláusula exorbitante. Em linha com outros pesquisadores, entende que a solução do reequilíbrio para contratos complexos não está no art. 37, XXI na CF, mas na legislação infraconstitucional.

Teoria da Imprevisão e Fato do Príncipe nas Concessões

Loureiro (2020) abordou a álea econômica extraordinária e extracontratual e o fato do príncipe. Apresentou a definição de álea econômica extraordinária como eventos não disciplinados (não previstos) no contrato, não passíveis de serem contornados e não causados pelas partes, mas que possuem impacto no contrato. E fato do príncipe como atos estatais lícitos, não referidos imediatamente a competências contratuais, mas que possuem algum tipo de impacto na concessão.

Para esse pesquisador, a Teoria do Equilíbrio Econômico-Financeiro tradicional indica haver uma proteção a uma equação que considera “entradas” e “saídas” do concessionário, em face de uma teoria de áleas, em que o Poder Concedente responderia pela álea extraordinária. E os remédios indicados por essa teoria para reequilibrar o contrato seriam a revisão tarifária, extensão de prazo, revisão de metas e padrões do serviço, entre outros.

Loureiro (2020) propõe que tal entendimento não seria decorrente da descrição do direito positivo brasileiro, mas derivado de uma reformulação de uma reflexão “estrangeira”, no caso o direito francês. Segundo ele, a teoria das áleas ainda deve ser estudada e aprofundada pelas seguintes razões: as instâncias de decisão e controle operam com essa lógica e também as matrizes de risco (ou pelo menos não a afastam), e os pleitos de reequilíbrio são feitos com base na lógica da álea econômica extraordinária e extracontratual e fato do Príncipe.

Para Loureiro (2020), não está claro qual o efeito provocado no equilíbrio do contrato a partir da aplicação destas teorias, se “recompõe tudo ou nada” ou se “recompõe um pouco”, indicando que será funda-

⁹ Moreira indica os princípios da Legalidade e Eficiência (Constituição, art. 37), a Lei nº 13.105/2015 (CPC), Lei nº 9.307/1996 (Lei de Arbitragem), Lei nº 8.987/1995, art. 23-A (concessões comuns), Lei nº 11.079/2004, art. 11 (PPPs), Lei nº 12.462/2011, art. 44-A (RDC), Lei nº 13.303/2016, art. 12, par. único (Lei das estatais), Lei nº 13.655/2018, art. 26 (LINDB), e Lei nº 13.867, de 26/08/2019 (desapropriação).

mental analisar detidamente os contratos, a legislação e a regulação setorial nos casos concretos.

Considerações finais

O presente trabalho teve como objetivo demonstrar alguns efeitos decorrentes da crise provocada pela pandemia de Covid-19 sobre as concessões de infraestrutura, em especial nos setores de transportes e energia elétrica, e seus possíveis desdobramentos, com foco em aspectos relacionados ao reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos, considerando os variados posicionamentos de especialistas e estudiosos da área de concessões de infraestrutura, além do entendimento da própria AGU para o setor de transportes.

A atenção com a manutenção do equilíbrio contratual é de fundamental importância para a relação harmoniosa ente as partes, que, em conjunto, unem forças para a consecução de um projeto de interesse público, e um provável desequilíbrio econômico-financeiro do contrato tem como consequência prejuízos para um ou ambos os pactuantes. Caso esse desequilíbrio não seja corrigido logo no seu início, tende a gerar impactos internos ao contrato que podem irradiar efeitos nocivos para projetos além daquele onde se instaurou o desequilíbrio, ao aumentar os riscos para os empreendedores de um determinado setor.

Nesse sentido, torna-se importante avaliar os procedimentos ou parâmetros adotados para a análise de eventuais reequilíbrios por parte do Poder Concedente e das agências reguladoras, de modo a verificar como está sendo observada a alocação de riscos prevista explícita ou implicitamente no respectivo instrumento contratual. Essa análise deve ser realizada caso a caso, em virtude das diversas configurações contratuais existentes nos setores regulados de infraestrutura, haja vista a constante evolução das cláusulas dos contratos a cada nova rodada de concessões. Ou seja, em um mesmo setor regulado os arranjos contratuais não necessariamente serão uniformes e podem contemplar regras específicas definidas em um determinado leilão.

Insta frisar também os riscos ou situações concretas em que as concessionárias já se encontravam inadimplentes no cumprimento dos contratos de concessão e que possam buscar caracterizar tal situação como reflexo da pandemia, de modo a obter um benefício impróprio na repactuação do instrumento contratual. Além disso, a matriz de riscos dos diferentes con-

tratos precisa ser verificada, de forma a analisar a quem estariam alocados os riscos decorrentes da situação atual. Diante da ausência de tal instrumento no contrato, deve-se analisar a legislação e a regulação setorial.

Questão significativa se refere aos pontos críticos dos mecanismos e procedimentos adotados pelos órgãos envolvidos, que leve em conta um levantamento prévio de riscos específicos de cada setor. Para tanto, analisar o comportamento das variáveis-chave do contrato para a concessão de eventual reequilíbrio é essencial, de modo a identificar efeitos diretos da pandemia e das medidas adotadas pelos governos para o seu enfrentamento que possam ter impactado os ajustes.

Do mesmo modo, cabe considerar em que medida a pandemia teve influência sobre as receitas ou despesas do concessionário, consoante parecer da AGU para o setor de transportes. Para tal, métricas que possam dar suporte ao processo de análise do impacto da pandemia na equação econômico-financeira do contrato precisam ser bem estabelecidas, considerando as principais variáveis do setor analisado e aspectos regulatórios e contratuais que possam ensejar um eventual processo do reequilíbrio, por exemplo, em decorrência de medidas de restrição adotadas pelo poder público, desde que haja nexo casual entre estas e os impactos observados nos contratos.

Outro tópico relevante diz respeito aos instrumentos e mecanismos desenvolvidos pelos órgãos responsáveis pela análise dos pedidos de reequilíbrio que permitam um nível de detalhamento e profundidade necessários diante de cada uma das diferentes situações, de forma a não considerar aspectos decorrentes de um mau desempenho na prestação do serviço por parte de algumas concessionárias como reflexo imputável ao período da pandemia, não incorporando tais efeitos no cálculo de eventual reequilíbrio. Nesse ponto, a transparência do procedimento adotado é fator fundamental a ser considerado na análise dos pleitos das concessionárias, aliado a mecanismos de governança, gestão de riscos e controles internos.

Por fim, ressalta-se que tais considerações são percepções iniciais sobre o tema, sendo necessárias mais discussões visando a atuação coordenada dos órgãos de fiscalização e controle na análise de questões que envolvem o reequilíbrio dos contratos de concessão em decorrência da pandemia, de modo a reduzir sobreposições e custos administrativos e de transação para todas as instâncias e atores envolvidos.

Referências

- ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO – AGU. *Parecer nº 261/2020/CONJUR-MINFRA/CGU/AGU*. Brasília, 2020.
- AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL – ANAC. *ANAC aplica regra de MP e posterga pagamento de outorgas de 6 aeroportos*, 2020a. Disponível em: <<https://www.anac.gov.br/noticias/2020/anac-aplica-regra-de-mp-e-posterga-pagamento-de-outorgas-de-6-aeroportos>>. Acesso em: 16 jul. 2020.
- _____. *Demanda e oferta do transporte aéreo*, 2020b. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiOWM-1N2U2ODEtOWNiNy00YWU2LTkxZTctMTJiNDM2YzYxOGI2IiwidCI6ImI1NzQ4ZjZlLWI0YTQtN-GlyYi1hYjJhLWVmOTUyMjM2ODM2NiIsImMiOiR9>. Acesso em: 6 set. 2020.
- _____. *Postergado o pagamento de outorgas dos aeroportos de Guarulhos, Viracopos e Brasília*, 2020c. Disponível em <<https://www.anac.gov.br/noticias/2020/postergado-o-pagamento-de-outorgas-dos-aeroportos-de-guarulhos-viracopos-e-brasil>>. Acesso em: 16 jul. 2020.
- _____. *Segundo trimestre do ano revela queda brusca nos indicadores de mercado do transporte aéreo*, 2020d. Disponível em: <<https://www.anac.gov.br/noticias/2020/segundo-trimestre-do-ano-revela-queda-brusca-nos-indicadores-de-mercado-do-transporte-aereo-1>>. Acesso em: 5 set. 2020.
- AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA – ANEEL. *Consulta pública debate proposta de reequilíbrio para distribuidoras*, 2020a. Disponível em: <<https://bit.ly/3278ED1>>. Acesso em: 4 set. 2020.
- AGÊNCIA NACIONAL DE ENERGIA ELÉTRICA – ANEEL. *Conta-covid terá taxa final de 3,79%+CDI e participação de 16 instituições financeiras*, 2020b. Disponível em: <<https://bit.ly/2DoeY05>>. Acesso em: 16 jul. 2020.
- _____. *Resolução Normativa nº 885, de 23 de maio de 2020*. Dispõe sobre a CONTA-COVID, as operações financeiras, a utilização do encargo tarifário da Conta de Desenvolvimento Energético (CDE) para estes fins e os procedimentos correspondentes, 2020c. Disponível em: <<http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-normativa-n-885-de-23-de-junho-de-2020-263039015>>. Acesso em: 16 jul. 2020.
- AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES – ANTT. *ANTT busca metodologia para amenizar impacto da pandemia*, 2020. Disponível em: https://www.antt.gov.br/noticia/aberta/-/asset_publisher/ES3IO-01qMsue/content/id/1710554. Acesso em: 6 set. 2020.
- ARAGÃO, A. S. de. A evolução da proteção do equilíbrio econômico-financeiro nas concessões de serviços públicos e nas PPPs. *Revista de Direito Administrativo*, v. 263, p. 35-66, 2013.
- ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DA INFRAESTRUTURA E INDÚSTRIAS DE BASE – ABDIB. *Setores de infraestrutura acumulam impactos diversos e pedem reequilíbrio para garantir solvência*, 2020. Disponível em: <<https://www.abdib.org.br/2020/06/23/setores-de-infraestrutura-acumulam-impactos-diversos-e-pedem-reequilibrio-para-garantir-solvencia>>. Acesso em: 16 jul. 2020.
- BARRETO, D. F. G. *Webinário discute desafios para retomada do crescimento nos setores rodoviário, ferroviário, aeroportuário e elétrico*, 2020. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/webinario-discute-desafios-para-retomada-do-crescimento-nos-setores-rodoviario-ferroviario-aeroportuario-e-eletrico.htm>>. Acesso em: 1 set. 2020.
- BRASIL. *Decreto nº 10.350, de 18 de maio de 2020*. Dispõe sobre a criação da Conta destinada ao setor elétrico para enfrentamento do estado de calamidade pública reconhecido pelo Decreto Legislativo nº 6, de 20 de março de 2020 e regulamenta a Medida Provisória nº 950, de 8 de abril de 2020, e dá outras providências, 2020. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/D10350.htm>. Acesso em: 17 jul. 2020.
- CANTO, M. D.; GUZELA, R. P. Prorrogações em contratos de concessão. In: MOREIRA; E. B. (Coord.). *Tratado do equilíbrio econômico-financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, taxa interna de retorno, prorrogação antecipada e relicitação*. 2. ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

CÂMARA DE COMERCIALIZAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA – CCEE. *Gráfico de variação do consumo mostra trajetória ao longo da pandemia*, 2020. Disponível em: <https://www.ccee.org.br/portal/faces/pages_publico/noticias-opiniao/noticias/noticialeitura?contentid=CCEE_656752&_afLoop=980503468445169&_adf.ctrl-state=eoxy11nr3_84#!%40%40%3Fcontentid%3DCCEE_656752%26_afLoop%3D980503468445169%26_adf.ctrl-state%3Deoxy11nr3_88>. Acesso em: 5 set. 2020.

CORREIA, T. B. *O direito de reequilíbrio das distribuidoras na crise de Covid-19*, 2020. Disponível em: <<https://editora-brasilenergia.com.br/o-direito-de-reequilibrio-das-distribuidoras-na-crise-de-covid-19/>>. Acesso em: 12 jul. 2020.

DANTAS, B. *Em webinar, participantes discutem como enfrentar crise provocada pela pandemia no setor de transportes*, 2020. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/em-webinar-participantes-discutem-como-enfrentar-crise-provocada-pela-pandemia-no-setor-de-transportes.htm>>. Acesso em: 1 set. 2020.

DI PIETRO, M. S. Z. *Direito administrativo*. 32. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Forense, 2019.

GLANZMANN, R. S. *Webinário discute desafios para retomada do crescimento nos setores rodoviário, ferroviário, aeroportuário e elétrico*, 2020. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/webinario-discute-desafios-para-retomada-do-crescimento-nos-setores-rodoviario-ferroviario-aeroportuario-e-eletrico.htm>>. Acesso em: 1 set. 2020.

GUIMARÃES, F. V. O equilíbrio econômico-financeiro nas concessões e PPPs: formação e metodologias para recomposição. In: MOREIRA; E. B. (Coord.). *Tratado do equilíbrio econômico-financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, taxa interna de retorno, prorrogação antecipada e relicitação*. 2. ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

JARDIM, A. C. P. *Em webinar, participantes discutem como enfrentar crise provocada pela pandemia no setor de transportes*, 2020. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/em-webinar-participantes-discutem-como-enfrentar-crise-provocada-pela-pandemia-no-setor-de-transportes.htm>>. Acesso em: 30 ago. 2020.

LIMP, R. *Webinário discute desafios para retomada do crescimento nos setores rodoviário, ferroviário, aeroportuário e elétrico*, 2020. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/webinario-discute-desafios-para-retomada-do-crescimento-nos-setores-rodoviario-ferroviario-aeroportuario-e-eletrico.htm>>. Acesso em: 1 set. 2020.

LOUREIRO, L. G. K. Álea econômica extraordinária e extracontratual & fato do príncipe: o que são? que consequências provocam nos contratos? In: DISCUSSÕES JURÍDICAS DO REEQUILÍBRIO DE CONCESSÕES EM INFRAESTRUTURA, 7., 2020, Brasília. *Ciclo de Debates – Discussões jurídicas do reequilíbrio de concessões em infraestrutura, Cecap/TCU*. Brasília: Cemap, 2020. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/cecap/videos/discussoes-juridicas-do-reequilibrio-de-concessoes-em-infraestrutura-quarta-secao-16-07-2020.htm>>. Acesso em: 22 ago. 2020.

MARRARA, T.; SOUZA, A. Equilíbrio econômico-financeiro e redução tarifária. In: MOREIRA; E. B. (Coord.). *Tratado do equilíbrio econômico-financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, taxa interna de retorno, prorrogação antecipada e relicitação*. 2. ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

MELLO, C. A. B. de. *Curso de direito administrativo*. 34. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2019.

MENDES, G.; COIMBRA, L. *TCU elogia ANEEL por não incluir reequilíbrio de contratos de distribuidoras em Conta-Covid*, 2020. Disponível em: <<https://www.agenciainfra.com/blog/tcu-elogia-aneel-por-nao-incluir-reequilibrio-de-contratos-de-distribuidoras-em-conta-covid/>>. Acesso em: 16 jul. 2020.

NÓBREGA, M. *Direito e economia da infraestrutura*. Belo Horizonte: Fórum, 2020a.

_____. Por que é tão difícil reequilibrar contratos complexos: não-linearidade; incerteza estratégica e controle. In: DISCUSSÕES JURÍDICAS DO REEQUILÍBRIO DE CONCESSÕES EM INFRAESTRUTURA, 7., 2020, Brasília. *Ciclo de Debates – Discussões jurídicas do reequilíbrio de concessões em infraestrutura, Cemap/TCU*. Brasília: Cemap, 2020b. Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/cecap/videos/webinario-discussoes-juridicas-do-reequilibrio-de-concessoes-em-infraestrutura-terceira-secao-14-07-2020.htm>>. Acesso em: 9 ago. 2020>.

OLIVEIRA, A. *Três principais aéreas do Brasil aceitam proposta de socorro, diz BNDES*, 2020. Disponível em: <<https://www.sunoresearch.com.br/noticias/companhias-aereas-aceitam-condicoes-socorro/>>. Acesso em: 16 jul. 2020.

PRADO, L. N.; GAMELL, D. A. Regulação econômica de infraestrutura e equilíbrio econômico-financeiro: reflexos do modelo de regulação sobre o mecanismo de reequilíbrio adotado. In: MOREIRA; E. B. (Coord.). *Tratado do equilíbrio econômico-financeiro: contratos administrativos, concessões, parcerias público-privadas, taxa interna de retorno, prorrogação antecipada e relicitação*. 2. ed. rev. ampl. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

RIGOLON, J. F. Z. Regulação da infraestrutura: a experiência recente no Brasil. *Revista do BNDES*, v. 4, n. 7, p. 123–150, 1997.

SILVEIRA, O. D. *As formas de restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro nos contratos de concessão de serviços públicos*, 2015. <Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/44174/as-formas-de-restabelecer-o-equilibrio-economico-financeiro-nos-contratos-de-concessao-de-servicos-publicos>>. Acesso em: 18 jul. 2020

VERÁS, R. *Coronavírus, equilíbrio econômico-financeiro em concessões, dever de renegociar: quem paga a conta pela Teoria da Imprevisão?*, 2020. Disponível em: <<https://www.editoraforum.com.br/noticias/coronavirus-equilibrio-economico-financeiro-em-concessoes-dever-de-renegociar-quem-paga-conta-pela-teoria-da-imprevisao-coluna-direito-da-infraestrutura/>>. Acesso em: 10 jul. 2020.

VERÁS, R.; NÓBREGA, M. *Mediação em reequilíbrio de contratos de concessão – uma solução eficiente*, 2020. Disponível em: <<https://bit.ly/3bAPWrM>>. Acesso em: 10 jul. 2020.

Rodrigo Carvalho Gonçalves

Escola Nacional de Administração Pública (ENAP), Brasil
rodrigoenc@gmail.com

 <https://orcid.org/0000-0002-3972-2305>

Especialista em Governança e Controle da Regulação em Infraestrutura pela Escola Nacional de Administração Pública. Auditor Federal de Finanças e Controle da Controladoria-Geral da União

Marcos Lima Bandeira

Universidade de Brasília (UnB), Brasil
mlband2@hotmail.com

 <https://orcid.org/0000-0003-1356-2689>

Mestre em Ciências Contábeis pela Universidade de Brasília. Auditor Federal de Finanças e Controle da Controladoria-Geral da União