

PUBLICISTAS

As concessões e o princípio jurídico da dor de cotovelo

O direito brasileiro tem razões que a própria razão desconhece

EDUARDO JORDÃO



Crédito: Unsplash

O leitor deve ter percebido que tenho me ocupado de questões jurídico-emocionais.

Publiquei 2ª edição de meus “*estudos antirromânticos sobre controle da administração pública*”. Questionei se o gestor público estaria preso em **relação tóxica com o TCU**. E agora venho falar de um “*princípio jurídico da dor de cotovelo*”, a afetar as concessões...

Ao contrário de outros princípios que circulam por aí, o da dor de cotovelo existe de verdade. E tem força jurídica superior, talvez constitucional. Assim ele se operacionaliza: se o gestor público achar que a concessionária está “bem de vida”, tem direito a desaplicar lei e contrato:

1. Por todo o Brasil, **reajustes são represados** só porque o gestor crê que as concessionárias já têm “dinheiro de sobra”. Lei e contratos preveem reajuste automático, mas não importa.
2. Os desequilíbrios gerados pela pandemia em muitos casos foram **compartilhados entre poder concedente e concessionária**, por razões de “solidariedade social”. Não havia dúvida de que, na ausência da concessão, esses custos seriam do poder concedente. Tampouco havia dúvida de que o risco de pandemia não tinha sido transferido, nem por contrato, nem pela lei, à concessionária. Ainda assim, ninguém se perguntou por que a “solidariedade social” deveria ser da concessionária, e não de toda a população, por meio do Estado. Era por causa da dor de cotovelo.
3. Alguns projetos arriscados na origem se revelam lucrativos depois. É da lógica de negócios arriscados. Mas se no mercado financeiro pouca gente questiona a legitimidade do lucro extraordinário eventual em hipóteses assim, nos investimentos na infraestrutura sempre há quem busque interferir no contrato quando a bonança aparece. Estão aí, para provar, as concessões rodoviárias da 1ª rodada ou a da Linha Amarela carioca.

Além de afastar leis e contratos, o princípio jurídico da dor de cotovelo também deixa de lado a teoria.



1. Em contratos recentes, o BNDES tem insistido na ideia de riscos residuais: todos os riscos não expressamente alocados em contrato seriam da concessionária.
2. Agências e controladores frequentemente argumentam que a concessionária X ou Y não faria jus a reequilíbrio, já que seu contrato não operaria em prejuízo.

As melhores práticas internacionais, largamente consolidadas, sobre concessões desaconselham a atribuição ao parceiro privado de riscos que ele não pode gerir, além de considerarem irrelevante o prejuízo contratual para fins de reequilíbrio. Nem uma ideia, nem outra têm fundamento na teoria, só na dor de cotovelo.

Na livre avaliação que faz sobre a boa vida da concessionária, é comum que o gestor público erre feio. Resultado: concessionárias solicitando a devolução da concessão, pedindo falência ou entrando em recuperação judicial. E o Estado brasileiro com cada vez maior dificuldade de atrair parceiros sérios, que poderiam prestar bons serviços à população.

Será a hora de revogar o princípio da dor de cotovelo e passar a tratar as concessões com menos emoção e mais técnica?

EDUARDO JORDÃO – Professor da FGV Direito Rio e sócio do Portugal Ribeiro Advogados. Doutor pelas Universidades de Paris e de Roma. Mestre pela USP e pela LSE. Foi pesquisador visitante em Harvard, Yale, MIT e Institutos Max Planck