

Pandemia e concessões: a criação de uma álea ‘muito’ extraordinária?

Repartição de custos entre as partes da concessão não é solução justa

EDUARDO JORDÃO

21/07/2020 13:30



Pixabay

Até pouco tempo, uma pandemia como evento atinente à álea extraordinária, cujos impactos sobre contratos de concessão deveriam ser suportados pelo Poder Concedente, era o chamado “exemplo de manual”, tão didático quanto óbvio, na linha do art. 65, II, d, da Lei 8666/93. Mas foi só ele se materializar para que alguns questionassem o entendimento estabelecido, pontificando “não ser justo” o poder público arcar “sozinho” com custos tão relevantes.

A solução, digamos, engenhosa seria as partes repartirem esses custos. Acaba-se, assim, por criar novo conceito: além das áleas ordinária e extraordinária, previstas na legislação, passaria a existir a álea “muito extraordinária”, cujos riscos precisariam ser divididos entre as partes, por uma suposta questão de *justiça*.

Acontece que a “justiça” desta solução *ad hoc* é ilusória e aparente.



RISCO POLÍTICO

**Newsletter do analista-chefe Fábio Zambeli
antecipa o que vai acontecer em Brasília**

Com o JOTA, as decisões do poder não te surpreendem

CLIQUE PARA SABER MAIS

Primeiro porque ignora tudo que *antecede* a pandemia, querendo julgar com olho na foto e não no filme. Agora parece injusto que apenas o Poder Concedente arque com os custos do evento incerto? Mas a obrigação de manter o serviço sempre foi dele, por determinação constitucional. Então, não é da concessão, mas da titularidade do serviço, que decorrem os custos que o Poder Concedente terá de suportar. Além disso, se as partes não afastaram a solução da legislação, por cláusula expressa, este risco específico *se manteve* com o Poder Público. O particular não o precificou, nem avaliou a conveniência e viabilidade de assumi-lo ao firmar o contrato.

Segundo porque negligencia tudo que dela advirá como consequência *para o futuro*. A solução supostamente justa tenderia a gerar, nas licitações para futuras concessões, um dos três cenários seguintes, todos socialmente inconvenientes: i) os licitantes *precificam* este risco que passa a ser-lhes atribuído.

Assim, incluem em sua proposta margem para enfrenta-lo, passando para a sociedade os custos eventuais deste evento não apenas se ele se materializar, mas *sempre*; se o risco não se materializar, a margem incluída na proposta para enfrentar o evento acaba sendo assimilada pelo empresário como lucro adicional; ii) num segundo cenário, mais provável, os licitantes têm dificuldade de precificar o risco que lhe foi atribuído, gerando competição desigual entre licitantes que disputam não no que é essencial para a prestação de um serviço adequado, mas na capacidade que detêm para lidar com incertezas; iii) no último cenário, esta nova atribuição de risco favorece licitante aventureiro e propenso a altos riscos, que deixa de precificar o evento futuro e incerto nas suas propostas e apenas aposta na sua não ocorrência.

A magnitude dos custos da pandemia tem sensibilizado alguns juristas, que supõem ser necessária solução *ad hoc* para a sua justa alocação entre as partes de uma Concessão. Análise mais completa – retrospectiva e prospectiva –, no entanto, mostra que a justiça, no caso, está em honrar a solução legal e contratual atribuindo os custos deste evento extraordinário ao Poder Concedente.

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.