

Novo Parecer da AGU indica possível solução a ser adotada no âmbito dos contratos de concessão de serviços públicos federais na área de infraestrutura face aos impactos da COVID-19

Vitor Rhein Schirato* – vitor.schirato@rheinschiratomeireles.com.br

Julio Barboza† – julio.barboza@rheinschiratomeireles.com.br

Natalie Melamed Gemio‡ – natalie.gemio@rheinschiratomeireles.com.br

Em Parecer elaborado em resposta à consulta apresentada pela Secretaria de Fomento, Planejamento e Parcerias do Ministério de Infraestrutura, a Consultoria Jurídica da Advocacia Geral da União (a “AGU”) que atua junto ao Ministério qualificou o advento da pandemia de COVID-19 como “força maior ou caso fortuito”, apto a ensejar a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro em favor do particular em contratos de concessão de serviços públicos do setor de infraestrutura de âmbito federal, além de contratos de arrendamento de áreas portuárias.

Elaborado na quarta-feira passada (15/04), o Parecer aborda os efeitos das medidas de isolamento adotadas pelas autoridades públicas em resposta à pandemia de COVID-19 nos contratos de concessão federais do setor de infraestrutura do transporte. De acordo com o documento, tais providências resultaram em severa queda de demanda dos diversos modais que compõem a infraestrutura de transportes nacional, com intensa redução do fluxo de veículos em rodovias e da frequência de voos domésticos e internacionais.

O Parecer reconhece a preservação do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão como um direito garantido aos concessionários, conforme se depreende do artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, e que, como tal, deverá ser resguardado de indevidas interferências durante toda a vigência contratual. O equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão é estabelecido com base na proposta apresentada pelo concessionário, abarcando a expectativa de lucratividade e de dispêndios envolvidos na prestação dos serviços a serem outorgados, assim como a divisão de riscos pactuada entre o concessionário e o Poder Concedente.

Quanto à divisão de riscos, o entendimento exposto no Parecer é de que, observadas as disposições específicas de cada instrumento, aqueles riscos classificados como

“extraordinários”, ou seja, decorrentes da constatação de eventos supervenientes e imprevisíveis ou, ainda que previsíveis, de consequências incalculáveis que impeçam a execução contratual nos termos originalmente pactuados, são alocados ao Poder Concedente. De tal modo, caso a consumação de tais riscos seja comprovada pelo concessionário, poderá ocorrer a revisão contratual, reequilibrando a avença em favor do particular.

O ponto de maior relevância do Parecer é a qualificação do advento da pandemia da COVID-19 como um desses fatos pertencentes à álea extraordinária como evento de força maior ou caso fortuito, aptos a reequilibrar contratos de concessão. Uma vez que a propagação da doença em questão não poderia ter sido prevista pelos concessionários, tampouco impedida por eles, restaria “*fora de dúvida que a pandemia do novo coronavírus pode ser classificada como evento de força maior ou caso fortuito*”, nos termos do Parecer.

Ressalta-se que, para ser dotado de efeitos vinculantes, ou seja, para que seja obrigatória a sua adoção no âmbito de todo o Ministério de Infraestrutura, o Parecer deverá ser aprovado pelo Ministro de Infraestrutura, conforme determina o artigo 42 da Lei Orgânica da AGU, hipótese em que passará a obrigar também órgãos autônomos e entidades vinculadas ao Ministério.

Assim, o Parecer exarado pela Consultoria Jurídica da AGU junto ao Ministério de Infraestrutura não apresenta uma solução imediata e uniformemente aplicável aos diversos contratos de concessão de serviços públicos cuja execução foi impactada pelo advento da pandemia do COVID-19. Contudo, o documento indica um posicionamento favorável ao reequilíbrio econômico-financeiro em favor dos concessionários, ao menos daqueles contratos de concessão de âmbito federal de competência do Ministério da Infraestrutura, que poderá, eventualmente, ser replicado nas esferas estaduais e municipais.

* * *

Publicado em 23 de abril de 2020, Rhein Schirato Meireles Advogados, todos os direitos reservados.



RHEIN
SCHIRATO
MEIRELES

* **Vitor Rhein Schirato** é sócio de Rhein Schirato Meireles Advogados e Professor Doutor de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da USP

† **Julio Barboza** é advogado de Rhein Schirato Meireles Advogados e Doutorando em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da USP

‡ **Natalie Melamed Gemio** é advogada de Rhein Schirato Meireles Advogados