

Prorrogação antecipada e relicitação de concessões

Por Leonardo Ribeiro

Publicada no dia 25 de novembro de 2016, a Medida Provisória 752 se volta para dois mecanismos que têm sido postos sob os holofotes nos últimos tempos. Falo da prorrogação antecipada e da relicitação dos contratos de parceria entre os setores público e privado. A badalação dessas ferramentas tem justo motivo, na medida em que, dentre as alternativas disponíveis para destravar investimentos nos setores de infraestrutura, são as que se apresentam melhor habilitadas a fazê-lo com maior velocidade e segurança, pela seguinte ordem de razões.

Em primeiro lugar, é preciso ter em conta que a forma por meio da qual o Estado atua na economia no Brasil é, basicamente, contextual. Como confirma nossa história, varia, de maneira pendular, entre arranjos mais interventivos (por meio da criação de empresas estatais, em atuação direta na economia), ou menos interventivos (por meio de incentivos fomentadores e pela celebração de parcerias com a iniciativa privada). E a razão para isso é econômica. Como sintetiza Armando Castelar Pinheiro, "modelos de desenvolvimento duram pelo tempo em que forem capazes de produzir crescimento econômico e são substituídos quando se torna claro que não são mais capazes de fazê-lo". Esgotado o modelo mais interventivo dos últimos anos, há um pragmatismo nisso, portanto. E ele é seguido, de perto, pelo ordenamento jurídico, enquanto sistema responsável por conformar e viabilizar as relações travadas na sociedade.

Dito assim, fica mais fácil perceber que a ascensão das ferramentas de prorrogação antecipada e relicitação de contratos de parceria entre as esferas pública e privada se justifica para o momento atual que vivemos.

Insegurança jurídica dificulta a realização de licitações de grande vulto e afeta contratos recém celebrados

Há, ao menos, quatro crises interconectadas em curso, de natureza política, econômica, ética e, para o ponto concreto que aqui interessa, do modelo tradicional de contratação pública, principalmente por força do esgarçamento das molas amortecedoras que permitiam ao poder público, por um lado, contratar mal, e promover alterações unilaterais caprichosas no curso da execução dos contratos e, por outro lado, ao parceiro privado, aceitar essas circunstâncias revertendo-as para a prática de preços acima do mercado, e para o pleito de sucessivos reequilíbrios contratuais.

Esse arranjo de coisas provoca tal sorte de insegurança jurídica que, a um só tempo, dificulta a realização de licitações de grande vulto, mediante a necessária atração de novos

investidores, como também afeta contratos recém celebrados que ficaram no meio do caminho e foram atingidos por esse plexo de alterações e incertezas na forma de sua condução. Daí porque as prorrogações antecipadas e as relicitações encontram terreno favorável para seguirem adiante.

A prorrogação antecipada do contrato, nesse sentido, é ferramenta à disposição do gestor público para que, avaliando a qualidade e os resultados entregues pelo concessionário no âmbito do projeto em específico, possa optar pela renovação do contrato por um bloco de prazo juridicamente previsto, mas que ainda não integra o patrimônio jurídico do parceiro privado, em troca da assunção de novos investimentos que não componham sua cesta original de obrigações. Ganha com a manutenção de um serviço a contento, e a incorporação imediata de novos investimentos, em infraestrutura pública, que teriam de ser adiados até o final da vigência contratual, sem o aporte de recursos públicos (subsídios), ou tampouco aumento tarifário. Tudo isso, em troca da transformação de expectativa de prazo, em prazo. Ou seja: da monetização de expectativa em certeza.

Por sua vez, o parceiro privado pode investir em um ativo que já opera e conhece, estendendo sua estratégia de atuação, ao invés de buscar novos projetos para investir, quanto aos quais teria de enfrentar as incertezas que o desconhecido naturalmente traz. Ganha em segurança jurídica, redução de risco em seu investimento, agilidade de negócio e incremento de sua operação.

De todo modo, a propósito da prorrogação antecipada, poder-se-ia perguntar: e a licitação? Não seria devida? Nunca é demais lembrar: a licitação não é um fim em si. Tem o propósito de, instrumentalmente, justamente alcançar, depois de todo o procedimento administrativo, sujeito a inúmeras intempéries, o que já pode estar sendo efetivado pelo concessionário da vez (um bom padrão de serviço), a quem a previsão contratual de um novo bloco contratual ainda pode socorrer, à luz de uma decisão administrativa mais, ou menos discricionária, segundo a conformação legal conferida.

No caso das relicitações, tem-se a busca por uma solução negociada, de saída para ambas as partes contratantes, evitando a manutenção de projetos concessionários que vem se revelando litigiosos já na largada, expondo rachaduras que não deverão suportar a ação do tempo, por razões reconduzidas à atuação de concedente e concessionário, envolvendo a imposição de Taxa Interna de Retorno infactível, problemas de financiamento, atraso no pagamento de outorgas e descumprimento de obrigações de parte a parte.

A solução consensual, portanto, evitaria o prosseguimento de relações contratuais difíceis, nos planos administrativo e judicial, que podem vir a prejudicar o produto final dessas parcerias, consistente na oferta de bons serviços a seus usuários. Ao mesmo tempo, permitirá a transição/continuidade dos serviços, mediante a escolha licitatória de novos contratados.

Foi em bom momento, portanto, que a MP 752/2016 desceu aos termos necessários para balizar a concretização de prorrogações antecipadas e relicitações de contratos de parceria

entre o público e o privado, de modo a evitar que, ante a falta de parâmetros, o controle dessas medidas acabasse por dificultá-las, como se viu acontecer no caso da prorrogação antecipada dos arrendamentos portuários, recentemente levada a cabo, mas não sem demora.

Aos poucos, o PPI vai assim ganhando embalo e concretude, avançando na preparação do cenário para que seja possível superar as crises que desafiam o país e a retomada de seu desenvolvimento.

Leonardo Coelho Ribeiro é sócio do escritório LL Advogados.