

Pandemia e contexto extraordinário demandam revisão e flexibilização de concessões e PPPs

PENACHIO, Ulisses. “Pandemia e contexto extraordinário demandam revisão e flexibilização de concessões e PPPs”. O Estado de São Paulo. São Paulo, 08 de abril de 2020.

A covid-19 gerou uma situação de excepcionalidade e que pode levar a uma dificuldade muito grande na execução de contratos de Parcerias Público-Privadas e de concessões comuns.

O desempenho do parceiro privado muitas vezes está diretamente ligado à utilização de materiais vindos da China, por exemplo. Diante dos fatos, o atraso na entrega dos produtos será inevitável. O resultado é que o parceiro privado não vai atingir a performance acordada, já que não vai atender os índices esperados pelo Poder Público que constam nos contratos – pois vão faltar os tais produtos. E isso pode trazer uma consequência direta na sua remuneração. Ou seja, se ele não conseguir atender determinados indicadores de desempenho, sua remuneração vai sofrer alguns redutores. Tal realidade pode ser aplicada na iluminação pública, em rodovias, no setor de telecomunicações, de energia, segmentos que dependem de insumos e tecnologia importados, principalmente, da China.

Um caminho é não aplicar os dispositivos que são previstos na lei e que constam de contratos para forçar o parceiro privado a cumprir o contrato no seu nível máximo, sob pena da remuneração dele ser reduzida.

Em concessões comuns e em PPPs, temos diversos indicadores de desempenho, como metas, padrões de qualidade, disponibilidade para doação de serviços. Assim, todos os serviços prestados pelo parceiro privado são fiscalizados para saber se atendem a expectativas do poder público e dos usuários. O que temos visto é uma discussão que começa a se travar agora e cujo objetivo é relativizar esses índices – e que se possa chegar ao meio do caminho, nem tanto lá, nem tanto cá. O poder público precisa entender que, neste momento, muitos parceiros privados não vão conseguir atender todos os índices de desempenho. E que isso ocorre por uma situação extraordinária.

O parceiro público precisa manter, na medida do possível, a contraprestação, ou seja, a remuneração que é devida ao parceiro privado para que ele possa continuar performando o contrato, que o mesmo não tenha o risco de ser interrompido, tenha solução de continuidade e que possa atender ao que realmente interessa ao público.

Diante dos fatos, observamos que os contratos de concessão e de PPPs não trazem ferramentas necessárias para resolver essas situações de casos fortuitos e de causa maior. Os contratos são genéricos. Dizem os pontos que precisam ser resolvidos. Em alguns casos mencionam na matriz de risco quanto do ônus fica para o poder público e quanto para o privado.

O que nós temos mostrado ao poder público é que neste momento em que as regras não são muito claras, as partes precisam agir com razoabilidade e boa-fé. Temos que partir do pressuposto de que ninguém está querendo aproveitar este momento para ganhar mais dinheiro. Tanto a parte pública quanto o parceiro privado estão unindo esforços agora para entregar o objetivo final da concessão e das PPPs.

É preciso tentar flexibilizar, na medida do possível, esses índices de desempenho e não aplicar a letra da lei rigorosamente. O Ministério Público e o Tribunal de Contas da União precisam ter essa mesma visão e serem flexíveis, caso contrário os objetivos finais das concessões e das PPPS não serão alcançados. Precisamos usar os princípios da razoabilidade, da boa-fé e adotar medidas para evitar o desequilíbrio dos contratos.

Ulisses Penachio é sócio do PMMF Advogados e diretor financeiro do Instituto Brasileiro de Direito Imobiliário (Ibradim)