

Emergência Administrativa e Reequilíbrio Econômico-Financeiro: Desafios da Recomposição e Consensualidade Como Paradigma para o Setor Aeroportuário no Contexto da Covid-19

Administrative Emergency and Economic-Financial Rebalance: Challenges of Recomposition and Consensuality As a Paradigm for the Airport Sector in the Context of Covid-19

JOSÉ SÉRGIO DA SILVA CRISTÓVAM¹

Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, Santa Catarina, Brasil.

THANDERSON PEREIRA DE SOUSA²

Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, Santa Catarina, Brasil.

ISABELLY CYSNE AUGUSTO MAIA³

Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, Ceará, Brasil.

RESUMO: A investigação desenvolvida tem como tema a emergência administrativa provocada pela pandemia da Covid-19 e os contratos de concessão aeroportuária. Tem-se o problema centrado nos desafios que afetam o reequilíbrio econômico-financeiro e a possibilidade da consensualidade como mecanismo para a recomposição da equação econômica contratual. Constitui objetivo da pesquisa a análise das implicações que a Covid-19 provoca no âmbito dos contratos de concessão, de forma a delinear quadro a exigir reequilíbrio, seus obstáculos e o consenso como paradigma emergente. Metodologicamente é empregada a abordagem dedutiva, com técnicas de pesquisa bibliográfica e documental. Conclui-se, então, que o estado de emergência administrativa – decorrente da Covid-19 – afasta, excepcionalmente, as regras jurídicas administrativas e, por igual, gera modificação na equação econômica dos contratos de concessão, demandando reequilíbrio. Entretanto, as formas tradicionais de recomposição não são suficientes, despontando a consensualidade como mecanismo

1 Orcid: <<http://orcid.org/0000-0001-8232-9122>>.

2 Orcid: <<https://orcid.org/0000-0003-0725-3572>>.

3 Orcid: <<http://orcid.org/0000-0002-7178-336X>>.

para alcançar a forma mais adequada de reequilíbrio – a preservar investimentos em infraestrutura aérea, adequação de serviços e empregabilidade gerada pelo setor.

PALAVRAS-CHAVE: Emergência administrativa; pandemia Covid-19; contratos de concessão; setor aeroportuário; reequilíbrio econômico-financeiro.

ABSTRACT: The research carried out concerns the administrative emergency caused by the Covid-19 pandemic and the state partnership aviation contracts. The problem has focused on the challenges affecting the economic-financial rebalancing and the possibility of consensus as a mechanism for the recomposition of the contractual economic equation. The objective of the research is to analyze the implications that Covid-19 provokes in the scope of the concession contracts, in order to outline the framework that requires rebalancing, its obstacles and the consensus as an emerging paradigm. Methodologically, a deductive approach is employed, with bibliographic and document-based research techniques. The research, finally, arrives to the conclusion that the state of administrative emergency – stemming from Covid-19 – moves away, exceptionally, from the administrative legal rules and, equally, generates changes in the economic equation of the concession contracts, demanding rebalancing. However, traditional forms of recomposition are not sufficient, emerging consensus as a mechanism to achieve the most appropriate form of rebalancing – preserving investments in air infrastructure, adequacy of services and employability generated by the sector.

KEYWORDS: Administrative emergency; Covid-19 pandemic; state partnership contracts; airport sector; economic-financial rebalance.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Emergência administrativa e desafios para o reequilíbrio contratual; 2 Repensando o reequilíbrio econômico-financeiro na perspectiva da eficiência: a consensualidade como paradigma emergente no setor aeroportuário; Conclusão; Referências.

INTRODUÇÃO

Em dezembro de 2019, na cidade de Wuhan, China, foram detectados indivíduos acometidos de pneumonia com causa desconhecida. Posteriormente, identificou-se o vírus Sars-CoV-2 como causador da patologia designada Covid-19, sendo a pneumonia apenas um dos sintomas da nova enfermidade. O que parecia ser, até então, uma situação de epidemia tomou rumos alarmantes. Com a acelerada e galopante disseminação dos quadros de infecção, a Organização Mundial da Saúde (OMS) declarou, em 11 de março de 2020, ocorrência de pandemia.

O que até bem no início parecia distante da realidade brasileira, impôs, rapidamente, a necessidade de amplas e profundas medidas – em diversas áreas – para contenção da onda de infecções. Apesar de expressivas controvérsias quanto ao momento e à natureza das restrições a serem aplicadas, em geral os Estados, Distrito Federal e Municípios implementaram diversas providências normativas e administrativas de cunho restritivo. A circulação de pessoas foi e ainda permanece diminuída ao máximo, dentro

das possibilidades. O mercado em geral sofreu e sofre graves impactos. Surgiu, então, verdadeiro estado administrativo de emergência.

Nesse contexto, o setor aeroportuário foi fortemente afetado. Em abril, de acordo com levantamento da Associação Brasileira das Empresas Aéreas (ABEAR), a redução de voos nacionais foi de 93,09% e, em maio, 90,97%. A pandemia da Covid-19 causou retração intransigente para o setor, repercutindo no âmbito dos contratos de concessão de infraestrutura efetivados desde 2011. A situação é, deveras, complexa e exige reflexão acerca das dificuldades e alternativas que são exigidas pela situação de excepcionalidade.

À vista disso, a problemática que impulsiona esta investigação centra-se na análise dos efeitos que a Covid-19 provocou no setor aeroportuário, sobretudo nos contratos de concessão firmados, de forma a indicar os desafios para o reequilíbrio econômico-financeiro e, do mesmo modo, tratar da consensualidade enquanto mecanismo paradigma na recomposição da equação econômica das pactuações.

Tem-se como objetivo precípuo delinear o contexto de emergência que enseja o reequilíbrio econômico-financeiro, perscrutar as agruras da recomposição – num espectro que não previa a pandemia – e abordar a consensualidade na excepcionalidade para as contratações. Metodologicamente, adota-se a abordagem dedutiva, apoiada nas técnicas de pesquisa bibliográfica e documental. Do aspecto estrutural, o texto conta com duas seções, que se ocupam (i) do estado de emergência e reequilíbrio econômico-financeiro e (ii) da consensualidade como meio para recomposição.

Apenas para adiantar algumas considerações a título conclusivo, cumpre considerar que o estado administrativo de emergência afasta, cautelosamente, a imperatividade integral daquelas dimensões mais tradicionais do regime jurídico-administrativo e, no caso da pandemia da Covid-19, há a necessidade de recomposição da equação econômico-financeira dos contratos de concessão aeroportuária. Entretanto, a teoria tradicional das áleas e os meios clássicos de reequilíbrio são insuficientes para o cenário atual. Assim, a consensualidade desponta com destacado potencial para formação da recomposição, observando as particularidades de cada contrato e, sincronicamente, mantendo – na medida do possível – os contratos e a preservação dos investimentos em infraestrutura, a adequação dos serviços (de titularidade do Estado) e a empregabilidade que o setor aéreo gera – tudo de forma a bem perseguir uma equilibrada e acertada dimensão de desenvolvimento.

1 EMERGÊNCIA ADMINISTRATIVA E DESAFIOS PARA O REEQUILÍBRIO CONTRATUAL

Prescinde maiores digressões o fato de que a pandemia provocada pela Covid-19, aliada às medidas tomadas pelos Estados para conter o avanço da doença, tem resultado em significativas transformações no âmbito do regime jurídico-administrativo, sobretudo no que concerne às contratações públicas.

Para Marçal Justen Filho (2020), o atual contexto tem feito emergir o paradigma do direito administrativo da emergência. Na concepção do autor, esse arquétipo apresenta como característica a indicação de medidas que “afastam, suspendem ou extinguem o direito administrativo até então vigente” (Justen Filho, 2020, p. 114). Outros autores classificam o momento como um estado de necessidade administrativo. Nesse sentido, Rafael Rezende Oliveira (2020, p. 11) observa que se admite, “no estado de necessidade administrativo, a preterição das regras que são aplicadas ordinariamente à Administração Pública, abrindo-se caminho para aplicação de uma legalidade excepcional ou alternativa”.

Objetivamente, independente da nomenclatura empregada – direito administrativo da emergência ou estado de necessidade administrativo –, tem-se o fato de que as normas do regime jurídico-administrativo são excepcionadas em decorrência de uma realidade específica (pandêmica), fitando a persecução do interesse público do modo mais eficiente possível, dadas as respectivas condições e dinâmicas.

Como indicativo da expressão desse novo modelo de atuação (de emergência ou necessidade), cita-se a inédita hipótese de dispensa de licitação, disposta no art. 4º da Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, a qual prevê que o procedimento licitatório será dispensado para aquisição de bens, serviços e insumos de saúde destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública, além da criação de uma nova modalidade associada à autorização para adoção de requisições administrativas, aumento dos limites para suprimento de fundos, ampliação da utilização do sistema de registro de preços e suspensão dos prazos prescricionais para aplicação de sanções administrativas das Leis nºs 8.666/1993, 10.520/2002 e 12.462/2011 (Guimarães, 2020, p. 164).

Essas transformações não foram experienciadas apenas no âmbito das licitações. Outro setor fortemente impactado pela atual conjuntura é o das concessões públicas na área de infraestrutura, sobretudo as concessões envolvendo o setor aeroportuário. Afinal, o cenário existente quando os contratos de concessão foram firmados era muito diverso do contexto atual.

A título de ilustração da brusca mudança de cenário que esses contratos de concessão enfrentam, cita-se o levantamento realizado pela Associação Brasileira das Empresas Aéreas (ABEAR), segundo a qual houve uma queda de 90,97% na demanda por voos nacionais no mês de maio de 2020. E, no mês de abril, o percentual de redução foi de 93,09% (ABEAR, 2020). A associação informa, também, que as companhias aéreas estão operando, desde março de 2020 – pouco depois do aparecimento dos primeiros casos de Covid-19 no Brasil –, com malha essencial, que corresponde a 1.241 voos semanais para as capitais dos 26 estados e o Distrito Federal, além de outras 19 cidades, correspondendo a 8,4% da capacidade de operação das empresas nacionais no mesmo período de 2019 (ABEAR, 2020).

Assim, na tentativa de viabilizar a preservação dos contratos de concessão, mais especificamente do setor aéreo, foi editada a Medida Provisória (MP) nº 925/2020, publicada em 19 de março de 2020. A referida MP previu, para os contratos de concessão aeroportuários, que as contribuições fixas e as variáveis, com vencimento no ano de 2020, poderão ser pagas até o dia 18 de dezembro. Ademais, dilatou-se o prazo para reembolso de passagens aéreas para doze meses.

Em 15 de julho de 2020, o Senado Federal aprovou a conversão da MP em lei, tendo acatado todas as alterações aprovadas no âmbito da Câmara dos Deputados. Com isso, o projeto de conversão da MP aguarda sanção presidencial, podendo, ainda, haver vetos nas modificações aprovadas pela Câmara quando da sua apreciação pelo Poder Executivo.

Nesse ponto cumpre suscitar quais modificações foram aprovadas pela Câmara dos Deputados. Inicialmente, estabeleceu-se que as contribuições fixas e variáveis com vencimento no ano de 2020 poderão ser pagas até 18 de dezembro de 2020, desde que os valores sejam devidamente atualizados pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor (INPC). Logo, se houver opção pela postergação dos recolhimentos, esses valores deverão ser devidamente atualizados.

Na sequência, previu-se que o Governo Federal não poderá realizar reequilíbrio econômico-financeiro referente ao adiamento dos pagamentos das contribuições fixas e variáveis, ou seja, o Legislativo já trouxe, de forma bastante clara, algumas limitações para a possibilidade de reequilíbrio econômico-financeiro, excluindo dessa repactuação os valores que já foram alvo de postergação de adimplemento.

Aliada a essa alteração, há a possibilidade de o consumidor ser ressarcido com reembolso ou crédito no valor da passagem adquirida, nos casos

de voos cancelados entre 19 de março e 31 de dezembro de 2020, bem como a inserção da previsão de que aeronautas e aeroviários que tiverem suspensão total ou redução de salário possam sacar até seis parcelas de suas contas vinculadas de FGTS e a extinção do aumento concedido pela Portaria nº 861/GM2, de 9 de dezembro de 1997, do Ministério da Aeronáutica, às tarifas de embarque internacional vigentes naquela data.

Por óbvio, as previsões contidas na legislação em comento propiciam certa margem de folga imediata nos contratos de concessão aérea, mas ainda há muito a ser feito, uma vez que, em razão dos fortes e contínuos impactos sofridos pelo setor, a mera postergação no pagamento das outorgas para 18 de dezembro e a possibilidade de indenizar os consumidores por meio da concessão de créditos não serão suficientes para aplacar a severa crise sobre o setor.

Desse modo, emerge o seguinte questionamento: quais as alternativas para a superação desse quadro? Assim, para traçar possíveis respostas a essa pergunta, destaca-se que a Advocacia Geral da União, por meio do Parecer nº 261/2020/Conjur-Minfra/CGU/AGU, dispôs peremptoriamente que os concessionários têm direito ao reequilíbrio econômico-financeiro, em caso de riscos atribuíveis ao poder concedente, que é o caso da álea extraordinária. Inclusive, o próprio parecer elucidou que a pandemia configurará força maior ou caso fortuito, caracterizando álea extraordinária para fins de aplicação da teoria da imprevisão, a justificar o reequilíbrio de contratos de concessão de infraestrutura de transportes.

Não obstante se tenha considerado o feito pandêmico como álea extraordinária, capaz de ensejar a necessidade de reequilíbrio econômico-financeiro a ser arcado pelo Poder Público, o referido parecer aduz que nem todos os contratos de concessão serão abrangidos pela referida situação – (i) primeiro, porque é possível que algum contrato tenha estabelecido uma alocação de riscos diferente da divisão tradicional; (ii) segundo, porque é necessário avaliar se a pandemia teve efetivo impacto sobre as receitas ou despesas do concessionário.

Com isso, detecta-se que o discurso oficial tem sido no sentido de que os pedidos de reequilíbrio econômico-financeiro serão analisados casuisticamente. Dessa forma, as concessionárias encontram-se em um impasse: de um lado, a MP, prestes a ser convertida em lei, apresenta medidas insuficientes para aplacar a crise econômica; por outro lado, tem-se um posicionamento institucional ainda reticente em conceder o reequilíbrio

econômico-financeiro e sem uma proposta⁴ de quanto tempo será necessário para apreciação dos pedidos de reequilíbrio.

No caso, sobre o reequilíbrio econômico-financeiro nos contratos de concessão aeroportuária, importa destacar a existência de norma específica para tratar do assunto: Resolução nº 528, de 28 de agosto de 2019, da Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC). Referido instrumento normativo estabelece quais procedimentos devem ser seguidos pelas concessionárias para recomposição do equilíbrio. Inclusive, o art. 7º aponta que o pedido de revisão extraordinária deverá ser devidamente instruído com relatório técnico ou laudo pericial que demonstre o efetivo impacto financeiro. Ademais, suscita-se que o processo de revisão deverá ser concluído em prazo não superior ao estabelecido em contrato.

Para a situação descrita, aguardar até a possível data de término das concessões para que o pedido de revisão seja examinado pode não ser suficiente para resolução do problema. Pelo contrário, tende a agravar ainda mais as dificuldades das empresas, que poderão, decerto, até deixar de prestar o serviço por imperativa falta de condições financeiras.

Vê-se, assim, a existência de certa proximidade entre o discurso ministerial (elucidado no Parecer nº 261/2020/Conjur-Minfra/CGU/AGU) e as previsões contidas na Resolução ANAC nº 528/2019. Todavia, referida resolução foi pensada para um contexto de normalidade institucional e orçamentária. Para a situação de pandemia, em que tanto a iniciativa privada como o Poder Público estão com os orçamentos colapsados, é preciso pensar em novos e criativos procedimentos para acelerar a alavancagem do setor, o que não significa, necessariamente, propor criação de novos institutos, mas tornar mais efetivos os instrumentos existentes e refletir sobre pactuações no esteio da juridicidade.

Com base nas reflexões de César Pereira e Rafael Schwind (2020, p. 60), cabe ressaltar que a dificuldade em se proceder com o reequilíbrio econômico-financeiro, em razão do comprometimento financeiro das partes envolvidas no contrato de concessão, não pode resultar na alteração dos riscos, reconduzindo-os ao concessionário, uma vez que essa prática resultaria em uma modificação da posição jurídica inicialmente assumida pelas empresas.

4 Importante aclarar que a ausência de previsão temporal para apreciação dos pedidos está ligada ao tempo de elaboração desta investigação (julho de 2020).

Com efeito, o principal desafio para o enfrentamento da crise nos contratos de concessão do setor aeroportuário está em identificar o ponto de equilíbrio entre os interesses públicos e privados. Como indica Georghio Alessandro Tomelin (2020), o direito público não pode se desconectar por completo, com ampla liberdade, do que fora inicialmente pactuado. Logo, “nossa busca é respeitar o mais possível o regime que as partes estabeleceram originariamente, e atuar com acerto para não terminar de destruir o ato pensado na origem” (Tomelin, 2020, posição 519/812).

Dessa forma, o que se propõe é que os institutos jurídicos sejam devidamente equacionados, para que possam continuar a permitir uma atuação democrática, eficiente e equilibrada. Sob essa perspectiva, Edgar Guimarães (2020, p. 169) elenca algumas opções a serem consideradas para os contratos de concessão que estão em execução, quais sejam: suspensão, rescisão, supressão ou reequilíbrio dos contratos.

Considerando as diversas hipóteses dadas à Administração Pública para a resolução desse impasse, coloca-se que a suspensão e a rescisão contratual podem agravar ainda mais a problemática, uma vez que, em sendo aplicadas, poderá haver redução ainda maior no número de funcionários empregados; afinal, não há justificativa para a manutenção do quadro completo de colaboradores se as atividades prestadas pela empresa sofreram drástica redução. Assim, por mais que se possa aventar a minoração da crise no setor aéreo, o custo social de tal medida é excessivamente oneroso.

Uma alternativa que se delineia é a aplicação dos tradicionais meios de reequilíbrio econômico-financeiro. Dentre as diversas modalidades de reequilíbrio, cita-se, inicialmente, a possibilidade de revisão tarifária, única modalidade de reequilíbrio expressamente prevista na legislação, haja vista a disposição contida no art. 23, IV, da Lei nº 8.987/1995. Porém, pelas particularidades vivenciadas, a revisão tarifária não parece constituir a melhor alternativa, até porque o aumento nas tarifas pode mesmo ensejar maior redução do público consumidor, limitando ainda mais a demanda pelo serviço. Dessa forma, se a rescisão, a suspensão ou a supressão dos contratos podem contribuir para o agravamento da crise social, o aumento tarifário também poderá ensejar consequência semelhante na dimensão de custo.

Segunda opção, dentro da estrutura do reequilíbrio econômico-financeiro, seria a indenização à vista da concessionária pelo poder concedente, o que, também, não parece indicar alternativa viável no cenário de emergência vivenciado, haja vista o amplo comprometimento do orçamento público, além das indiscutíveis questões políticas e até institucionais que uma

medida dessa natureza poderia suscitar, vez que a prestação de indenização às empresas áreas implicaria a retirada de verbas de outros setores – tão relevantes ou comprometidos quanto. No momento, o cobertor orçamentário estatal está e tende a ficar cada vez mais curto, o que não indicaria soluções desse jaez.

Uma terceira via seria a redução no valor das outorgas pelo Poder Público, mas essa previsão, assim como a concessão de indenização para as concessionárias, ensejaria maior déficit orçamentário ao Poder Público, além de encontrar severas limitações nas próprias minutas contratuais, o que dificulta, de forma peremptória, a adoção dessa estratégia.

Subsiste, igualmente, a opção de realizar a alteração do escopo do contrato de concessão, para retirar ou reprogramar obrigações originalmente atribuídas à concessionária, procedimento também de chamado de supressão do objeto. Apesar da potência que esse recurso possibilita, deve-se considerar que, em geral, os contratos de concessão aeroportuários já ultrapassaram a fase de investimento, seja por concentrarem essa etapa nos primeiros anos, seja, simplesmente, por serem contratos consolidados no tempo, dado que a primeira, a segunda e a terceira rodadas de concessão ocorreram em 2011, 2012 e 2014, respectivamente, inexistindo ou com baixo número de obrigações substanciais a serem executadas, pois as concessionárias já as realizaram, restando investimentos secundários ou marginais e os custos operacionais (Bogossian, 2018, p. 04).

Similarmente, a supressão no contrato seria inábil para contornar os problemas advindos da pandemia da Covid-19, vez que há limitação para suprimir e, nos casos em que houver despesas com materiais, e estes postos nos respectivos locais de trabalho, a Administração deve arcar com os valores despendidos corrigidos, além de indenização em decorrência dos danos da supressão (Medauar, 2018).

Por fim, existe a possibilidade da realização de relicitações – uma forma de rescisão dos contratos – ou a prorrogação das concessões. Ambos os institutos são devidamente regulamentados pela Lei nº 13.448/2017. Ocorre que essa legislação tem incidência apenas para os contratos de parceria definidos nos termos da Lei nº 13.334/2016. Logo, não é todo e qualquer contrato de concessão que poderá se utilizar desses institutos, mas apenas aqueles qualificados para esse fim no Programa de Parcerias de Investimentos (PPI).

Ademais, cumpre destacar que as prorrogações contratuais, nessa legislação, estão autorizadas apenas para os contratos rodoviários ou fer-

roviários, não se estendendo aos aeroportuários. Para os contratos aeroportuários, subsiste apenas a possibilidade de realização das relicitações. O procedimento para realização de relicitações foi recentemente regulamentado pelo Executivo Federal por meio do Decreto nº 9.957/2019. O decreto impõe pelo menos três fases até que o pedido de relicitação venha a ser apreciado pelo Chefe do Executivo Federal, não tendo indicado prazos para que a apreciação do pedido seja finalizada.

Mas o fato é que, nesse ínterim, é inegavelmente possível a situação de queda na qualidade do serviço prestado. Afinal, tem-se de um lado a empresa concessionária passando por severas dificuldades, sem conseguir executar o objeto contratual da forma como lhe fora adjudicado e, por outro lado, um burocrático e extenso procedimento de relicitação, o que pode ensejar uma mora na deliberação. Assim, inclusive ante a possibilidade de inobservância ao interesse público, até pela existência de riscos de queda da qualidade do serviço prestado, é que a alternativa da relicitação não parece a melhor opção para o enfrentamento da situação.

Por agora, urge destacar que o contexto impulsiona pela necessidade de uma solução inovadora, o que faz surgir um cenário desafiador, pois é preciso, por um lado, pensar em estruturas que confirmam aos agentes públicos maior segurança em adotar medidas extraordinárias, e, por outro lado, que essas novas estruturas não devem apresentar contornos tão restritos, sob pena de deixar algumas situações-limite de fora (Ribeiro, 2020).

A dificuldade está em identificar a estratégia mais eficiente para a reposição do reequilíbrio econômico dos contratos, tendo que se considerar que os contratos administrativos não são um fim em si mesmo, mas um meio de possibilitar o alcance do interesse público⁵. Logo, a mutabilidade e a adaptabilidade são características intrínsecas aos contratos administrativos de concessão, para fins de adequá-los às finalidades pretendidas, sobretudo no setor aeroportuário que envolve amplos prazos e investimentos vultosos. Portanto, “certa flexibilidade é desejada com o intuito de não impedir o alcance da eficiente prestação dos serviços e, sobretudo, de preservar a concessão” (Rolt; Bertoccelli, 2020, p. 276).

5 Ultrapassam os limites deste estudo o debate mais aprofundado sobre o conceito de interesse público e sua centralidade para o regime jurídico-administrativo. Apenas em breves considerações, pode-se dizer que o “conceito de interesse público confunde-se com os valores indisponíveis assegurados pela Constituição, sob o signo inafastável dos direitos fundamentais e da centralidade do princípio da dignidade da pessoa humana (personalização da ordem constitucional)”. Sobre a noção de interesse público, ver: Cristóvam, 2015, p. 98-117.

2 REPENSANDO O REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO NA PERSPECTIVA DA EFICIÊNCIA: A CONSENSUALIDADE COMO PARADIGMA EMERGENTE NO SETOR AEROPORTUÁRIO

Como visto, a realização do reequilíbrio econômico-financeiro, seguindo a lógica tradicional do instituto, não parece a solução mais eficiente para superação da problemática em análise. Entretanto, a proposta aqui suscitada não está a indicar a criação de novos institutos, mas de pensar em alternativas, a partir de ferramentas normativas existentes e que, inclusive, possam dar mais segurança aos gestores públicos.

Antes de iniciar a discussão sobre quais poderiam ser as alternativas mais eficientes à resolução do problema posto, cumpre recuperar, em breve pontuação, o que se deve entender por eficiência administrativa, uma vez que o princípio da eficiência sob essa perspectiva difere da eficiência de mercado, sendo, em vários pontos, conflitante.

A eficiência administrativa, no prisma jurídico, deve buscar uma solução que seja ótima ao atendimento da finalidade pública. Assim, a eficiência não visa apenas a aspectos econômicos, mas tem como objetivo empreender o desenvolvimento de todas as funções estatais, visando ao desenvolvimento humano e à felicidade dos indivíduos (Capilongo; Gonzaga, 2017).

Nesse sentido, a eficiência administrativa deve ser compreendida sob uma perspectiva sistemática, em consonância com todo o texto constitucional, de modo que reste evidente que esse princípio goza de conteúdo jurídico complexo, indo além dos aspectos meramente econômicos. Como afirmam Daniel Hachem e Emerson Gabardo (2018, p. 137-138), o conteúdo jurídico do princípio da eficiência apresenta algumas dimensões, quais sejam: 1) exercer a atividade administrativa com a máxima velocidade, prontidão, economia e produtividade possíveis; 2) buscar a concretização da finalidade pública, subjacente às normas constitucionais; 3) buscar os meios mais adequados para a efetivação do interesse público; 4) conferir máxima eficácia aos comandos legais, positivamente estabelecidos; e 5) sempre atuar de acordo com os direitos fundamentais e com os demais princípios e regras que orientam a atividade administrativa.

Observa-se que o princípio da eficiência deve estar subordinado ao que dispõe o texto constitucional. Ele não significa uma flexibilização do texto. Ao contrário, constitui mecanismo idealizado para conferir concretude à norma, mediante a escolha do meio mais adequado, mais célere, mais produtivo e mais econômico. Nesse sentido, o princípio da eficiência deve

funcionar como um mecanismo de reforço da Constituição, por meio de sua implementação prática.

Por isso, fala-se que a proposta não está em apontar a criação de novos instrumentos, mas de utilizar adequada e eficientemente possibilidades existentes. Nesse ponto, torna-se importante pontuar duas das alternativas que têm despontado no cenário político para a superação da crise nos contratos de concessão aeroportuários, além da Medida Provisória nº 925/2020, já comentada e que se encontra em um estágio mais avançado de amadurecimento, não obstante a notória insuficiência de suas previsões para resolução da crise.

Cita-se, inicialmente, o Projeto de Lei nº 2.139/2020, de autoria do Senador Antônio Anastasia, quando estimula que o próprio concessionário apresente um plano de contingência para assegurar a continuidade do contrato. O plano de contingência poderá propor a revisão ou a suspensão temporária de obrigações, a postergação de investimentos, a alteração da metodologia de execução contratual ou até a superação dos limites para acréscimos ou supressões estabelecidos pelo § 1º do art. 65 da Lei nº 8.666/1993. A proposta não indica o prazo de término para apreciação dos pedidos de recomposição, mas indica que eles deverão, prioritariamente, ser apresentados após o término da situação de calamidade pública, para que haja tempo razoável de apuração dos impactos econômicos.

Com efeito, o projeto apresenta uma maior permissividade na mutação dos contratos administrativos, mas expressa como possível insuficiência a ausência de fixação de prazos para apreciação dos pedidos das concessionárias, podendo conduzir à postergação ineficiente da avaliação de recomposição, de forma a obstaculizar e mesmo violar o interesse público.

Outro projeto de lei suscitado é o de nº 1.971/2020, de autoria do Deputado Federal Geninho Zuliene, aparentemente mais ampla que a já referida, na medida em que permite a adoção de diversos instrumentos, como, por exemplo, a celebração de aditivos para prorrogação do tempo de duração do contrato e até mesmo ampliação do objeto, suspensão na aplicação de sanções administrativas, ausência de entrega de relatórios dos níveis de serviço e de atendimento aos parâmetros de desempenho – enquanto perdurar o estado de calamidade pública.

Apesar de mais amplo, o PL 1.971/2020 aparenta ter preocupação diversa, por apresentar instrumentos para serem aplicados durante a crise, ou seja, enquanto estiver perdurando o estado de calamidade pública, tanto que nas justificativas do projeto fala-se que

[...] há inovações que não alteram lei vigentes para o estado normal das coisas, mas que permitem um tratamento generosamente flexível, o que permitirá, ainda que cada um dos órgãos de controle assentem seus mais diversos entendimentos, que o gestor local aja sem receios e amparado na legalidade, que é, não se ignore, um dos princípios que balizam a Administração Pública. (Brasil, 2020)

Assim, ao invés de colocar os órgãos de controle em sua efetiva atribuição institucional, que é coibir a prática de condutas ilícitas e irregulares, o PL 1.971/2020 aparenta pôr a atividade de controle em um local de tolerância, de modo que, por mais inadequada que possa vir a ser a intervenção do gestor, ele não deve sofrer qualquer sanção se agiu seguindo os parâmetros definidos na legislação. Visando superar o possível “apagão das canetas” do Executivo, o projeto recai no risco da permissividade. Dessa forma, conclui-se que os projetos de lei apresentados não aparentam consistir nas alternativas mais sólidas para superação dos problemas enfrentados.

Nesse cenário e com base nas reflexões de Jessé Torres Pereira Junior (2020), acredita-se que a consensualidade será a chave para a resolução do impasse. Conforme destaca o autor, “o problema passa a ser, portanto, de conhecimento e sensibilidade, conformados pela ciência e pela ética, para fazer escolhas com os meios disponíveis e no tempo certo” (Pereira Junior, 2020, p. 50).

A falta de efetivo estímulo ao consenso nas medidas analisadas poderá ensejar mais dificuldades que resoluções, já que a ampliação na matriz de mutabilidade dos contratos de concessão, desacompanhadas de uma efetiva participação dos órgãos de controle no processo, poderá ensejar entraves posteriores. Dessa forma, a opção pela aplicação da consensualidade poderá mitigar os custos da má judicialização (atual e posterior) e do controle excessivo e ineficiente (Formigosa, 2020, p. 202).

À vista disso, a consensualidade desponta como desenho inevitável para a mitigação dos impactos da pandemia nas concessões aeroportuárias, especialmente porque medidas consensualmente planejadas tendem a ser implementadas de forma mais célere e, complementarmente, pelos riscos de demora e desconexão fática que a construção legislativa para a emergência podem significar para a manutenção de contratos e investimentos em infraestrutura, questão problemática especialmente pelas revisões inerentes ao processo legiferante (Formigosa, 2020, p. 202).

A consensualidade tem sido, na contemporaneidade, considerada uma tendência no direito administrativo e, pois, uma realidade cada vez

mais implementada pela legislação e pela própria Administração Pública. Jessé Torres Pereira Junior (2015) afirma que a ação governamental deve atender necessidades sociais e, nesse esteio, “a visceral importância de elos permanentes e hábeis de comunicação entre a sociedade e o Estado, de sorte a que este absorva os comandos daquela e os implemente de que consensuais” (Pereira Junior, 2015, p. 96).

Com efeito, imprescindível que, no âmbito dos contratos de concessão aeroportuária, a consensualidade seja vista com indelével potencial para lidar com as consequências decorrentes da pandemia da Covid-19. Por mais que se trate diretamente de interesses econômicos das concessionárias, de forma indireta o objetivo das concessões se concentra na ampliação de infraestrutura no Brasil, com reflexos na competitividade, na empregabilidade e em outras dimensões, sendo urgente a implementação de medidas realmente adequadas para amenizar prejuízos.

De outro lado, trazer a consensualidade para o reequilíbrio de contratos de concessão não implica, decerto, afastar a legalidade. A consensualidade, no quadro de emergência, segue a inclinação de considerar a legalidade não apenas como a vinculação positiva à lei, mas a obediência ao Direito como um todo (Baptista, 2003). Há, sem dúvidas, de se pensar que “o consenso, definido como princípio da concertação nas relações de poder entre sociedade e Estado, é engrenagem essencial ao Estado Democrático de Direito” (Pereira Júnior, 2012, p. 297); assim, a formação de consenso será um instrumento de gestão e, portanto, ferramenta aplicável ao processo de contratação pública, especialmente se as modelagens normativa e contratual não derem conta de eventos supervenientes que causem prejuízos excessivamente anormais.

Ora, a ressignificação da supremacia do interesse público, fixada no cidadão (personalização do direito administrativo) e na satisfação de interesses públicos e privados de forma equilibrada, reclama “[...] uma profunda reestruturação de diversos institutos e teorias que fundam a disciplina jurídico-administrativista” (Cristóvam, 2014, p. 209). Os contratos de concessão não estão alheios à necessidade de renovação, ainda mais em um quadro excepcional. A consensualidade revela-se, contundentemente, enquanto método oportuno para a compatibilização dos interesses econômicos que estão em jogo no cenário atual, mormente porque as consequências impostas pela Covid-19 afetam, de modo continuado, objetivos do Estado – representado pelo Poder Concedente, que é titular do serviço público – e das concessionárias.

As concessões começaram a ser adotadas no marco do modelo de Estado gerencial, reconhecendo incapacidade do Poder Público em investir robustamente em infraestrutura e prestar serviços públicos de forma direta. Segundo Irene Patrícia Nohara (2016, p. 165), o “paradigma gerencial fundamenta-se nos princípios da confiança e da descentralização das decisões, exigindo formas flexíveis de gestão, horizontalidade das estruturas, descentralização de funções e incentivos à criatividade [...]”. Dessarte, note-se que as concessões figuram como estratégias de gestão para a Administração Pública: abranda as dificuldades em investimento, sobretudo financeiras, e, ao mesmo tempo, alça o Estado ao papel de regulador na promoção do desenvolvimento.

O art. 175 da Constituição de 1988 torna claro que cabe ao Poder Público a prestação dos serviços públicos, diretamente ou por meio de concessões e permissões, devendo ser observado o procedimento licitatório. Nos casos de concessão, o Poder Público é titular dos serviços, funcionando as concessionárias enquanto delegatárias. Os interesses envolvidos são diversos. Há corrente teórica que percebe o contrato de concessão na condição de instrumento bilateral (Corrêa, 2018), mas há também entendimento que parece mais acertado pela multilateralidade ou trilateralidade, pois a relação estabelecida não envolve somente Estado e delegatários, vez que a sociedade é terceira figura afetada (Justen Filho, 2016).

Os atuais moldes (rodadas) de concessões no setor aéreo têm início em 2011, após notar-se o crescimento de 14,5% na movimentação de passageiros – gerando compressão na infraestrutura aeroportuária (Machado *et al.*, 2019, p. 13). A expectativa de crescimento contínuo associada a eventos mundiais como a Copa do Mundo de 2014 e as Olimpíadas do Rio de Janeiro de 2016, por exemplo, também foram situações estimulantes. Nessa linha, o “desafio de realizar vultosos investimentos de curto e médio prazos, somado às restrições fiscais do Poder Público e à possibilidade de ganho de eficiência com o setor privado, motivou o processo de concessão dos aeroportos” (Machado *et al.*, 2019, p. 13).

Na primeira rodada, em 2011, foi concedido o Aeroporto de São Gonçalo do Amarante (RN), num projeto piloto. No ano seguinte, 2012, a segunda rodada ocorreu com aeroportos de grande porte: Guarulhos (SP), Viracopos (Campinas/SP) e Brasília (DF). Em 2014, a terceira rodada concede os aeroportos de Confins (Belo Horizonte/MG) e o Galeão (Rio de Janeiro/RJ). Na quarta rodada, em 2017, foram concedidos os aeroportos de Florianópolis (SC), Fortaleza (CE), Porto Alegre (RS) e Salvador (BA). Por fim,

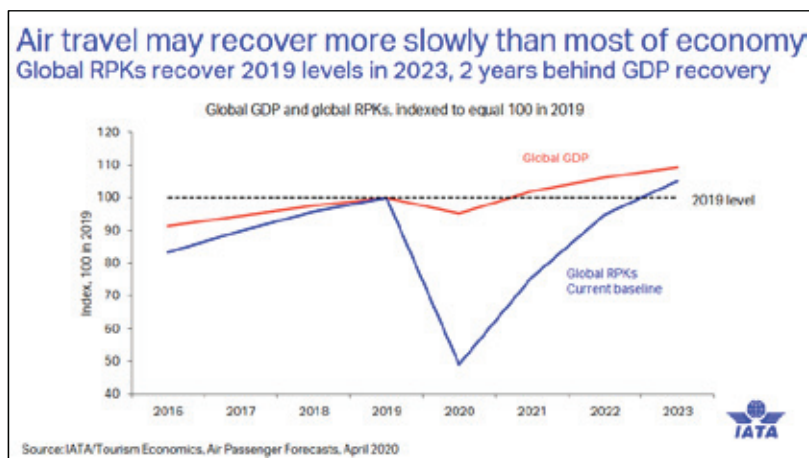
já em 2019, houve licitação para concessão de 12 aeroportos nas regiões nordeste, centro-oeste e sudeste.

De acordo com o Plano Aeroviário Nacional 2018-2038, formulado pela Secretaria Nacional de Aviação, a prospecção de crescimento ficou em 4,6 anualmente, durante vinte anos consecutivos (Brasil, 2018). Pelo Plano,

Diante de uma demanda por transporte aéreo que dobrou nos últimos dez anos, conforme observado na Figura 1, é essencial que o Poder Público e os demais atores do sistema de transporte aéreo planejem suas ações conciliadas com as projeções de crescimento do setor e desenvolvimento econômico e social do País. Com o planejamento, são antecipados problemas para que sejam elaboradas as soluções antes que eles ocorram, por exemplo, a identificação de necessidades de expansão e melhorias nos aeroportos brasileiros. (Brasil, 2018, p. 09)

A pauta de planejamento para ampliação da infraestrutura aeroportuária é clara, mormente por prever ponto de estrangulamento do setor no ano de 2033. Mas a pandemia da Covid-19 suplantou, drasticamente, as expectativas de desenvolvimento. Conforme já dito, no Brasil a queda de demanda nos aeroportos caiu 93,09% em abril, e o Plano Aeroviário Nacional não faz a previsibilidade de dificuldades dessa ordem. A recuperação do setor tende a ser demorada e complexa, a depender da forma como o país enfrenta e enfrentará as ondas de infecção e mesmo o pós-pandemia. A *International Air Transport Association (IATA)* tem expectativa nessa direção.

GRÁFICO Nº 1: PREVISÃO DE RETOMADA DE CRESCIMENTO EM PERSPECTIVA:



Fonte: International Air Transport Association, 2020.

Com visto, o setor aéreo terá recuperação retardada em relação ao Produto Interno Bruto (PIB). O tráfego de passageiros real (RPKs) só alcançará o nível médio de 2019 em 2023, enquanto o produto bruto (GDP) alcança o nível já em 2021. Essa discrepância temporal é, exatamente, reflexo dos profundos desafios que atingem o setor aeroportuário. Frise-se: previsões de retomada econômica dependem, diretamente, das medidas adotadas para o combate da pandemia.

Uma conjectura que reforça a existência de causa extraordinária a ensejar o reequilíbrio econômico-financeiro⁶ dos contratos de concessão que são, comprovadamente, atingidos. Alinha-se, então, ao Parecer nº 261/2020/Conjur-Minfra/CGU/AGU⁷. Há a inevitabilidade de se respeitar o princípio constitucional do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos em vigência, contido no art. 37, XXI, da Constituição de 1988, que “[...] decorre, entre outros motivos, de uma interpretação conjugada deste e de outros princípios constitucionais, entre eles o da propriedade privada, isonomia e liberdade de iniciativa” (Corrêa, 2018, p. 570).

Há quem entenda o contrário, asseverando que a pandemia provocada pela Covid-19 não motiva o reequilíbrio: primeiro, por se tratar de uma “incerteza” e não de “risco”; segundo, pelo fato de as ações do Estado na contenção da pandemia não serem classificadas como fato do príncipe (Moraes, 2020). Mas tal construção não parece guardar coerência semântica ou consequencial. O risco trata de perigo, da possibilidade de insucesso, sobretudo pela exposição a eventos incertos que os interessados não podem controlar ou definir integralmente em contratos. Portanto, a incerteza está associada diretamente ao risco. Diferenciar, semanticamente, risco e incerteza significa dizer que todos os riscos são previsíveis e as incertezas não previsíveis, o que não parece guardar afinidade com a realidade e mais indicar raciocínio semântico falacioso. Mas, mesmo se possível a distinção clara, os efeitos seriam os mesmos: mutação do contexto em que o contrato fora celebrado e, portanto, desequilíbrio. No tocante às ações estatais para contenção da pandemia importa destacar que, apesar de inexistente dis-

6 A ocorrência de causa justificadora de recomposição é clara no contexto da pandemia da Covid-19, em oposição ao cenário de crises econômicas como a de 2008, por exemplo. Nessa última situação, resta evidente que a atividade empresarial se sujeita aos percalços do mercado, estando crises econômicas alcançadas pela álea ordinária.

7 O parecer pondera, de forma clara, que poderá haver estipulação contratual diversa da teoria das áleas, o que implica avaliação caso a caso dos potenciais pedidos de reequilíbrio. Ademais, os pedidos devem ser instruídos com a margem de prejuízo e apontarem nexo de causalidade entre a afetação da equação econômico-financeira inicial e os impactos da pandemia da Covid-19; à vista disso, constata-se que a recomposição não será automática.

criconariedade do Poder Público, revelam-se resultados que impactam a equação econômico-financeira.

O reequilíbrio dos contratos é direito de *status* constitucional, porém as formas de recomposição tradicionais apresentam-se insuficientes, por conta do tipo de risco que a Covid-19 representa, repercutindo, pois, na teoria das áleas tradicional, a indicar sua releitura. Para Rodrigo Corrêa, “[...] uma teoria das áleas abstrata, genérica e apriorística é pouco suficiente à precisa alocação dos riscos necessários em contratos de grande vulto como são os contratos que envolvem implantação de infraestrutura” (2018, p. 575).

Se, na teoria tradicional, as áleas ordinárias são suportadas pelo contratado e as extraordinárias pelo contratante – claramente, a pandemia impôs um modelo de risco *sui generis*, convencionando-se nomear de álea compartilhada. No risco ou álea compartilhada, constata-se ocorrência exógena ao contrato, alheia ao interesse das partes, incerta, imprevisível e inevitável, que provoque alteração da equação econômico-financeira inicial, afetando contratante e contratado, dificultando sobremaneira a execução e a recomposição do contrato.

A pandemia da Covid-19 provocou queda na arrecadação do Estado e impôs adoção de medidas sanitárias restritivas – por orientação da Organização Mundial de Saúde (OMS) e implementadas pelos Estados, Distrito Federal e Municípios⁸. Ainda, no plano das concessionárias do setor aéreo, tem-se a redução de demanda, indisponibilidade de pessoal e material, riscos adicionais, insegurança pelas repercussões contínuas provocadas pela Covid-19 e adoção emergencial de protocolos de proteção à saúde. Esses reflexos colocam Poder Público e concessionárias no espectro da álea compartilhada. Assim, formar consenso para o reequilíbrio dos contratos mostra-se alternativa criativa e potencial para manutenção dos contratos, continuidade – ainda que frágil – dos investimentos em infraestrutura aeroportuária, mitigando os prejuízos orgânicos-estruturais às empresas e à perseguição de desenvolvimento.

Ademais, a expressão “por sua conta e risco”, contida no art. 2º da Lei nº 8.987/1995, não conduz à interpretação permissa de um abandono ili-

8 Na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn) nº 6.341, de 2020, o Supremo Tribunal Federal reconheceu, por maioria, que a redistribuição de competências de poder de polícia sanitária promovida pela Medida Provisória nº 926/2020 na Lei nº 13.979/2020 não afasta o caráter concorrente (art. 23, II, da Constituição de 1988). Assim, Estados, Distrito Federal e Municípios tiveram suas determinações normativas e administrativas (mais restritivas, demoradas e específicas) validadas no esteio constitucional (Brasil, 2020).

mitado dos serviços nas mãos das concessionárias do setor aéreo, de forma que estas lidem inteiramente com prejuízos de ordem incerta ou, mesmo, reforça entendimento de que a teoria clássica das áleas esteja completa e acabada. No contexto da Covid-19, assumir tal interpretação negaria, de maneira contundente, a titularidade que o Poder Público tem sobre os serviços objeto de concessão.

Meritório destacar, nesse momento, que a Constituição de 1988 não traz qualquer norma restritiva à utilização do consenso no âmbito dos serviços públicos e sua concessão. Da mesma forma, no plano infraconstitucional, seja na Lei nº 8.666/1993 ou na Lei nº 8.987/1995, inexistente disposição no sentido de afastar referida prática no reequilíbrio econômico-financeiro. Antes, uma interpretação sistemática, teleológica e excepcional das Leis nºs 13.140/2015 e 13.979/2020 induzem, sim, ao consenso como mecanismo aplicável às controvérsias das formas de recomposição contratual, mormente em situações como a aqui debatida.

De outro lado, a Resolução nº 528/2019 da Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) estabelece, no art. 13, que agência e concessionária poderão definir outros meios para reequilíbrio econômico-financeiro (além da alteração do valor da tarifa, alteração de prazo de concessão, alteração de obrigações da contratada e revisão da contribuição ao sistema) em comum acordo, mediante autorização prévia do Ministério de Infraestrutura. O contrato do procedimento da quinta rodada de concessões – o mais sofisticado – faz predição idêntica no item nº 6.26.5 (Brasil, 2018).

Portanto, a consensualidade desponta como sofisticado e apropriado (eficiente e eficaz) paradigma para a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão no setor aéreo, especialmente no âmbito do estado de emergência administrativa, de maneira que poder concedente e concessionárias dialoguem para a construção de opções de fato adequadas. Imprescindível destacar, nessa lógica, a consensualidade na condição de instrumento para ponderar interesses do Estado e das concessionárias, salvaguardando (i) necessidade de investir em infraestrutura e serviços aeroportuários, (ii) prestação de serviços adequados e (iii) postos de emprego.

A consensualidade, no âmbito do estado de emergência administrativa, poderá ser aplicada, similarmente, aos contratos de concessão de uso de bens públicos que prevejam investimentos pelas contratadas, notadamente nos casos em que os contratos são firmados para utilização de bens nos aeroportos que são administrados pela Empresa Brasileira de Infraestrutura

Aeroportuária (Infraero). A consensualidade nessa hipótese implica reconhecer que os impactos sofridos pelas contratadas são em tudo assemelhados (relação de identidade) e, assim, há caso que demanda o reequilíbrio dos contratos. Isto ocorre exatamente pela necessidade de obedecer ao art. 175 da Constituição de 1988, mantendo serviços públicos dentro das exigências constitucionais, pois “[...] é verossímil que os serviços públicos podem ser classificados como direito fundamental” (Sousa, 2018, p. 260).

Por derradeiro, ainda que não essencial e previsão legal específica, parece que trilhariam acertado caminho os Projetos de Lei nºs 1.971/2020 e 2.139/2020, bem como outras propostas legiferantes para a superação da crise levantada pela Covid-19, se investissem na previsão da utilização da consensualidade como instrumento para recomposição da equação econômico-financeira. Na racionalidade da eficiência, o consenso, para a excepcionalidade, é emergente.

CONCLUSÃO

A pandemia da Covid-19 repercutiu, deveras, nos mais variados aspectos da vida humana e na organização dos Estados. Assim, no Brasil, as medidas para contenção do avanço das ondas de infecção foram implementadas nas dimensões normativa e administrativa. Tais ações geraram, de fato, revisão da dinâmica social e, igualmente, assumiram caráter de excepcionalidade, reconhecendo a situação delicada que o momento constitui.

No plano normativo, a Lei nº 13.979/2020 instituiu modelo de atuação estatal emergencial e necessária, dispensando licitações para a aquisição de bens e serviços destinados ao enfrentamento da pandemia, ampliação do sistema de regime de registro de preços e, também, suspensão dos prazos prescricionais na aplicação de sanções administrativas, por exemplo. Houve instituição de regime distinto, em certa medida, do padrão jurídico-administrativo.

Nesse contexto, o setor de infraestrutura aeroportuária foi severamente solapado, tendo o nível de voos nacionais caído mais de 90% nos meses de abril e maio, data posterior à declaração de pandemia pela OMS. Nesse sentido, a Medida Provisória nº 925/2020 reconheceu a situação crítica que sobreveio sobre o setor, alterando pontos dos contratos de concessão: aumento do prazo de vencimento das contribuições fixas e variáveis, prorrogação do período para o reembolso de passagens aéreas, possibilidade de ressarcimento com créditos aéreos, saque de FGTS para aeronautas e aeroviários que tiveram redução salarial, entre outros. Segundo a *International*

Air Transport Association (IATA), a recuperação do setor aéreo ocorrerá de modo retardado em relação ao crescimento do produto interno.

Dessarte, reconhecido o estado de emergência administrativa, cognoscível é o entendimento de que a pandemia da Covid-19 gera, decerto, alteração da equação econômico-financeira dos contratos de concessão no setor aéreo, firmados a partir de 2011 no Brasil. A pandemia surge como uma situação-limite a indicar a necessidade de se repensar a teoria tradicional das áleas, agora insuficiente para definir claramente a responsabilidade por riscos, suplantando a eficácia de divisão rígida entre riscos ordinários e extraordinários. No caso, há ocorrência de situação causadora de desequilíbrio econômico-financeiro dos contratos na modalidade de risco compartilhado, traduzido em evento externo ao contrato, incerto, imprevisível e inevitável, que provoca desequilíbrio, afetando contratante e contratado, de forma a obstaculizar a execução e a recomposição.

Por essa conjuntura, há de se garantir a recomposição econômica dos contratos, mas as formas clássicas parecem insuficientes ao contexto experimento. Então, tem-se a consensualidade enquanto mecanismo emergente para o reequilíbrio adequado dos contratos que foram, efetivamente, prejudicados. Consensuar é, nesse aspecto, gerar possibilidades para que – no lastro da juridicidade – poder concedente e concessionárias dialoguem e encontrem alternativas à manutenção dos contratos vigentes, planejamento de retomada e continuidade dos investimentos infraestruturais.

Na lógica da eficiência, a consensualidade é meio em tudo satisfatório, pois pode – potencialmente – preservar contratos, assegurar investimentos e salvaguardar a empregabilidade que o setor aéreo gera no Brasil. Ademais, conclui-se que os meios consensuais para o reequilíbrio significam uma nova perspectiva para repensar os contratos e, ao mesmo tempo, devem ser mais bem explorados nas legislações que almejem mitigar os efeitos da pandemia. Mas tal regulamentação não seria de todo impeditivo à aplicação do mecanismo aqui em debate, até porque não encontrada, no ordenamento jurídico brasileiro, previsão restritiva à instrumentalização da consensualidade nos contratos de concessão aeroportuária.

REFERÊNCIAS

ABEAR. Demanda por voos domésticos cai 90,97% em maio. Disponível em: <<https://www.abear.com.br/imprensa/agencia-abear/noticias/demanda-por-voos-domesticos-cai-9097-em-maio/>>. Acesso em: 26 jul. 2020.

_____. Impactos da pandemia do novo coronavírus. Disponível em: <<https://www.abear.com.br/imprensa/agencia-abear/noticias/abear-impacto-da-pandemia-do-novo-coronavirus/>>. Acesso em: 26 jul. 2020.

AGÊNCIA NACIONAL DE AVIAÇÃO CIVIL. Resolução nº 528/2019. Disponível em: <https://www.anac.gov.br/assuntos/legislacao/legislacao-1/resolucoes/2019/resolucao-no-528-28-08-2019/@@display-file/arquivo_norma/RA2019-0528%20-%20Compilado%20at%C3%A9%20RA2019-0537.pdf>. Acesso em: 26 jul. 2020.

BAPTISTA, Patrícia. *Transformações do direito administrativo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BOGOSSIAN, André Martins. O caso dos contratos “irreequilibráveis” de concessão comum e PPP: o que fazer quando não há nada mais a fazer? 2018. Disponível em: <http://www.portugalribeiro.com.br/wpp/wp-content/uploads/o-caso-dos-contratos-irreequilibraveis-de-concessao-e-ppp_o-que-fazer-quando-nao-ha-nada-mais-a-fazer-final-para-publicar.pdf>. Acesso em: 26 jul. 2020.

BRASIL. Decreto nº 9.957, de 6 de agosto de 2019. Regulamenta o procedimento para relicitação dos contratos de parceria nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário de que trata a Lei nº 13.448, de 5 de junho de 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D9957.htm>. Acesso em: 26 jul. 2020.

_____. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em: 26 jul. 2020.

_____. Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8987compilada.htm>. Acesso em: 26 jul. 2020.

_____. Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública; altera a Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto nº 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei nº 9.469, de 10 de julho de 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm>. Acesso em: 26 jul. 2020.

_____. Lei nº 13.448, de 5 de junho de 2017. Estabelece diretrizes gerais para prorrogação e relicitação dos contratos de parceria definidos nos termos da Lei nº 13.334, de 13 de setembro de 2016, nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário da Administração Pública federal, e altera a Lei nº 10.233, de 5 de junho de 2001, e a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Lei, Brasília, 6 jul. 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/l13448.htm>. Acesso em: 26 jul. 2020.

_____. Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. Lei, Brasília, 5 jun. 2020. Disponível em: <<http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-13.979-de-6-de-fevereiro-de-2020-242078735>>. Acesso em: 26 jul. 2020.

_____. Medida Provisória nº 925, de 18 de março de 2020. Dispõe sobre medidas emergenciais para a aviação civil brasileira em razão da pandemia da Covid-19. Brasília, 2020. Disponível em: <<http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/medida-provisoria-n-925-de-18-de-marco-de-2020-248810143>>. Acesso em: 26 jul. 2020.

_____. Projeto de Lei nº 1.971/2020. Institui o Regime Jurídico Temporário de Contratos Públicos. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=05FBCFF7EB0ADC252898FD08588989C6.proposicoesWebExterno2?codteor=1883817&filename=Tramitacao-PL+1971/2020>. Acesso em: 26 jul. 2020.

_____. Projeto de Lei nº 2.139/2020. Dispõe sobre o Regime Jurídico Emergencial e Transitório das relações jurídicas contratuais da Administração Pública, no período da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (Covid-19). Disponível em: <<https://legis.senado.leg.br/sdleggetter/documento?dm=8099574&ts=1594026027739&disposition=inline>>. Acesso em: 26 jul. 2020.

_____. Resolução nº 525, de 28 de agosto de 2019. Dispõe sobre procedimentos, formas de recomposição e as taxas de desconto dos fluxos de caixa marginais a serem adotados nos processos de Revisão Extraordinária dos Contratos de Concessão de infraestrutura aeroportuária federal. Brasília, 2019. Disponível em: <<http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-n-525-de-17-de-setembro-de-2019-217283972?inheritRedirect=true&redirect=%2Fconsulta%3Fq%3DTribunal%26start%3D103868%26publishFrom%3D2019-09-20%26publishTo%3D2019-09-21%26delta%3D10>>. Acesso em: 26 jul. 2020.

_____. Advocacia Geral da União. Parecer nº 261/2020/Conjur-Minfra/CGU/AGU. 16 de abril de 2020. Disponível em: <<https://licitacao.paginas.ufsc.br/files/2020/03/Parecer-AGU-Concess%C3%A3o-Transportes-Recomposi%C3%A7%C3%A3o.pdf>>. Acesso em: 26 jul. 2020.

_____. Ministério dos Transportes, Portos e Aviação Civil. Plano Aeroviário Nacional 2018-2038: objetivos, estratégias e investimentos para o desenvolvimento do transporte aéreo brasileiro. 2018. Disponível em: <https://www.infraestrutura.gov.br/images/AVIACAO_CIVIL/PAN/PAN2018_ebook.pdf>. Acesso em: 26 jul. 2020.

_____. Programa de parcerias e investimentos: contratos e audiências públicas. 2018. Disponível em: <<https://www.ppi.gov.br/aeroportos-confira-o-cronograma-das-audiencias-publicas-participe->>. Acesso em: 26 jul. 2020.

CAPILONGO, Celso Fernandes; GONZAGA, Álvaro de Azevedo; FREIRE, André Luiz. *Enciclopédia Jurídica da PUCSP: direito administrativo e constitucional*. In: NUNES JR., Vidal Serrano et al. (Coord.). São Paulo: Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, t. II, 2017.

CORRÊA, Rodrigo H. de Luiz. Mecanismos de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro como garantidor da eficiência dos projetos de infraestrutura. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de; PEREIRA, Anna; LISBOA, Letícia (Coord.). *Regulação e infraestrutura*. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. *Administração Pública democrática e supremacia do interesse público: novo regime jurídico-administrativo e seus princípios constitucionais estruturantes*. Curitiba: Juruá, 2015.

_____. O conceito de interesse público no Estado Constitucional de Direito. In: CADEMARTORI, Luiz H. Urquhart; DUARTE, Francisco Carlos (Org.). *Constitucionalismo em debate: uma homenagem aos 30 anos de pesquisa e docência de Sérgio Cademartori*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

FORMIGOSA, Viviane. Aplicação do princípio da consensualidade nos impactos concretos causados por contratações públicas celebradas durante o estado de calamidade Covid-19. In: POZZO, Augusto Dal; CAMMAROSANO, Márcio. *As implicações da Covid-19 no direito administrativo*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

GUIMARÃES, Edgar. Contratos em curso de execução em tempos de Covid-19: suspensão, rescisão, supressão ou reequilíbrio? In: POZZO, Augusto Dal; CAMMAROSANO, Márcio. *As implicações da Covid-19 no direito administrativo*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

HACHEM, Daniel Wunder; GABARDO, Emerson. El principio constitucional de eficiencia administrativa: contenido normativo y consecuencias jurídicas de su violación. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, Cidade do México, v. 39, p. 131-167, 2018.

INTERNATIONAL AIR TRANSPORT ASSOCIATION. Covid-19 Outlook for air travel in the next 5 years. Disponível em: <<https://www.iata.org/en/iata-repository/publications/economic-reports/covid-19-outlook-for-air-travel-in-the-next-5-years/>>. Acesso em: 26 jul. 2020.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

_____. Direito Administrativo da emergência: um modelo jurídico. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, v. 70, n. 18, p. 113-130, jun. 2020.

MACHADO, Bernardo Viana Zurli et al. A evolução recente do modelo de concessão aeroportuária sob a ótica da financiabilidade. *BNDES Setorial*, Rio de Janeiro, v. 25, n. 50, p. 7-65, set. 2019.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MORAIS, Rafael Pinheiro de. Reequilíbrio de concessões por pandemia: aberração jurídica: o entendimento da pandemia como álea extraordinária precisa ser combatido – para o bem do país. 2020. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/reequilibrio-de-concessoes-por-pandemia-aberracao-juridica-09072020>>. Acesso em: 26 jul. 2020.

NOHARA, Irene Patrícia. *Fundamentos de direito público*. São Paulo: Atlas, 2016.

OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Estado de necessidade administrativo e poder de polícia: o caso do novo coronavírus. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, v. 68, n. 18, p. 09-23, mar. 2020.

PEREIRA, Cesar; SCHWIND, Rafael Wallbach. Pandemia de Covid-19 e o equilíbrio econômico-financeiro das concessões. In: JUSTEN FILHO, Marçal. *Covid-19 e o Direito brasileiro*. Curitiba: Justen, Pereira, Oliveira e Talamini, 2020.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. Presença da administração consensual no direito positivo brasileiro. In: FREITAS, Daniela Bandeira de; VALLE, Vanice Regina Lírio do (Coord.). *Direito administrativo e democracia econômica*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

_____. Sustentabilidade e planejamento: valores constitucionais reitores das contratações administrativas no Estado Democrático de Direito. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 270, p. 81-115, set. 2015. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/58738>>. Acesso em: 26 jul. 2020.

_____. Administração consensual vence pandemia no Estado Democrático de Direito. In: POZZO, Augusto Dal; CAMMAROSANO, Márcio. *As implicações da Covid-19 no direito administrativo*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

RIBEIRO, Maurício Portugal. Notas sobre equilíbrio econômico-financeiro de contratos administrativos em tempos de pandemia. *Agência Infra*, 15 de maio de 2020. Disponível em: <<https://www.agenciainfra.com/blog/notas-sobre-equilibrio-economico-financeiro-de-contratos-administrativos-em-tempos-de-pandemia/>>. Acesso em: 21 jul. 2020.

ROLT, Amanda Pauli de; BERTOCCELI, Rodrigo de Pinho. Gestão contratual dos contratos de concessão e PPP em tempo de pandemia. In: POZZO, Augusto Dal; CAMMAROSANO, Márcio. *As implicações da Covid-19 no direito administrativo*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

SENADO NOTÍCIAS. Senado aprova MP de ajuda ao setor aéreo. Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2020/07/15/senado-aprova-mp-de-ajuda-ao-setor-aereo>>. Acesso em: 21 jul. 2020.

SOUSA, Thanderson Pereira de. Serviço público adequado enquanto direito fundamental e atuação dos Tribunais de Contas. In: MARIANO, Cynara; PEREIRA,

Fabília; MAIA, Isabelly (Org.). *Temas de direito administrativo e fundamentos do serviço público*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

TOMELIN, Georghio Alessandro. Escassez geral nas catástrofes: cidadãos sufocados pelas prerrogativas da Administração Pública. In: WARDE, Walfrido; VALIM, Rafael. *As consequências da Covid-19 no Direito brasileiro*. São Paulo: Contracorrente, 2020.

Sobre os autores e a autora:

José Sérgio da Silva Cristóvam | E-mail: jscristovam@gmail.com

Professor Adjunto de Direito Administrativo (Graduação, Mestrado e Doutorado) da UFSC, Subcoordenador do PPGD/UFSC, Doutor em Direito Administrativo pela UFSC (2014), com estágio de Doutorado Sanduíche junto à Universidade de Lisboa – Portugal (2012), Mestre em Direito Constitucional pela UFSC (2005), Membro Fundador e Presidente do Instituto Catarinense de Direito Público (ICDP), Membro Fundador e Diretor Acadêmico do Instituto de Direito Administrativo de Santa Catarina (IDASC), Conselheiro Federal da OAB/SC, Presidente da Comissão Especial de Direito Administrativo da OAB Nacional. Presidente da Comissão de Acesso à Justiça da OAB/SC, Membro da Comissão de Direito Constitucional da OAB/SC, Coordenador do Grupo de Estudos em Direito Público do CCJ/UFSC (GEDIP/CCJ/UFSC), Membro da Rede de Pesquisa em Direito Administrativo Social (REDAS).

Thanderson Pereira de Sousa | E-mail: thandersonsousa@hotmail.com

Doutorando em Direito Administrativo pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina (PPGD/UFSC) (2020), Bolsista Capes/Proex, Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará (PPGD/UFC) (2019), Membro do Grupo de Estudos em Direito Público do CCJ/UFSC (GEDIP/CCJ/UFSC), do Grupo de Pesquisa em Serviços Públicos e Condições de Efetividade (PPGD/UFC) e da Rede de Pesquisa em Direito Administrativo Social (REDAS).

Isabelly Cysne Augusto Maia | E-mail: isabelcysne@gmail.com

Doutoranda e Mestre pelo Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará (PPGD/UFC), Especialista em Direito Administrativo pela PUC-Minas, Advogada.

Data de submissão: 28 de julho de 2020.

Data do aceite: 4 de novembro de 2020.