

Franco e Armelin: A Covid-19 e os contratos de infraestrutura

07/06/2020

O mais pessimista dos homens jamais poderia imaginar o desenrolar dos acontecimentos no corrente ano, em que fomos surpreendidos com uma pandemia que se espalhou por todos os continentes em uma velocidade avassaladora, abalando a economia mundial e as relações humanas.



Ainda que inúmeras notícias com testes de vacinas

surjam a todo momento, por mais que sejamos otimistas, é preciso reconhecer: o mundo não é mais o mesmo e não voltará a ser tão cedo. Os acontecimentos vivenciados transformaram e continuarão transformando profundamente as relações humanas, não só no âmbito privado, como também as desenvolvidas no âmbito negocial.

Entre essas relações, chamam especialmente a atenção os reflexos observados no âmbito dos contratos de serviços públicos, que, por se tratar de contratos de longa duração, estão mais sujeitos a interferências imprevisíveis. Estas, no entanto, não autorizam a interrupção da prestação do serviço delegado (artigo 6º, §1º, da Lei 8987/1995) mesmo diante das dificuldades impostas. As notícias confirmam que muitos desses serviços foram severamente afetados por determinações legais, administrativas ou judiciais voltadas ao combate da pandemia que alteraram a forma de execução do contrato.

A impossibilidade de abertura de estabelecimentos não essenciais e a instituição de *home office* na maioria das empresas, por exemplo, ocasionou enorme queda no número de passageiros no transporte público urbano. Na mesma linha, observou-se uma mudança no padrão de comportamento dos que utilizam o serviço público, como: I) a diminuição da demanda das atividades portuárias em razão da queda na importação e exportação de mercadorias; II) a redução do fluxo de veículos nas rodovias; e III) a queda do número de usuários do transporte aéreo (já estimada em 80%) — essas últimas decorrentes diretamente da política de isolamento instituída em âmbito nacional — impacta os contratos de arrendamento portuário e de concessão rodoviária e aeroportuária, respectivamente.

É certo que os efeitos dessa pandemia poderão resultar em descumprimento das mais diversas obrigações contratuais (como, por exemplo, alcance de metas, pagamento de outorgas, cumprimento de cronograma contratuais, inclusive de investimentos etc.), sujeitando o parceiro privado ao pagamento de multas e a imposições de outras sanções regulatórias. Poderá, ainda, resultar no desequilíbrio econômico-financeiro do contrato.

É inegável que as dificuldades enfrentadas decorrem de um fato imprevisível e de consequências incalculáveis, que impedem a regular execução contratual nas condições anteriormente pactuadas, onerando excessivamente as duas pontas da relação contratual. Assim, no que toca aos descumprimentos contratuais, a pandemia, já classificada pela Advocacia Geral da União como caso fortuito ou força maior **[1]**, dá azo à aplicação da excludente de responsabilidade prevista no artigo 393 do Código Civil, a afastar a penalização do concessionário.

Além disso, essa nova realidade que se impõe conduz os contratantes à busca de uma solução imediata, mediante a repactuação das condições contratuais. Essa repactuação seria uma espécie de customização do contrato de concessão para aquela nova realidade, em que se permitirá rediscutir metas, adiar prazos de obras previstas para ocorrer neste momento mas que precisaram ser paralisadas, ajustar condições de pagamento etc. Para adoção desta solução, poderá ocorrer, por exemplo:

I — A revisão do cronograma físico-financeiro do contrato de concessão, com a readequação de obras e investimentos, como autorizam o artigo 57, II, §1º, e o artigo 79, §5º, da Lei nº 8.666/93, aplicáveis às concessões de serviço público em decorrência do artigo 124 da mesma lei;

II — A suspensão temporária de determinadas obrigações contratuais; e

III — A revisão dos indicadores de desempenho.

É óbvio que não existe nenhuma receita de bolo que possa ser aplicável a todas as situações. A única certeza já existente é que a solução, para todos os casos, deve ser rápida e demandará uma postura consensual e mais flexível, tanto da Administração Pública, quanto dos particulares contratados, como forma de garantir a continuidade da prestação do serviço até que os contratos possam ser reequilibrados.

Especificamente sobre o reequilíbrio, solução mediata, vale esclarecer que cada contrato exigirá a análise mitigada da sua matriz de riscos e a demonstração das dificuldades enfrentadas por conta da pandemia e como sua ocorrência afetou a equação econômico-financeira, de forma direta ou indireta **[2]**.

Oportuno ter em mente que, mesmo nas hipóteses em que o risco da ocorrência de caso fortuito ou força maior esteja alocado a uma das partes, essa previsão não deverá ter aplicabilidade para o evento pandemia, uma vez que se trata de caso fortuito ou força maior extraordinário, que não pode ser compreendido como disciplinado na matriz de risco original, pensada para condições normais, à época da contratação. Como dito, estamos vivenciando uma situação absolutamente inimaginável e extrema, a qual, justamente por esse motivo, impede aplicação da matriz de risco “automaticamente”, sem que se faça uma avaliação mais detalhada do caso

concreto, sob pena de desvirtuar o próprio objetivo da alocação de riscos nos contratos.

Nesse sentido, o artigo 26 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) auxilia ao trazer a possibilidade de celebração de ajustes que buscarão uma *“solução jurídica proporcional, equânime, eficiente e compatível com os interesses gerais”* (§1º, I), os quais, ao mesmo tempo em que não implicarão *“desoneração permanente de dever ou condicionamento de direito”*, permitirão *“prever com clareza as obrigações das partes, o prazo para seu cumprimento e as sanções aplicáveis em caso de descumprimento”*.

Na mesma linha, o Projeto de Lei nº 2139/2020 propõe que ao contratado seja permitido *“apresentar plano de contingência para assegurar a continuidade da execução contratual e a preservação do seu objeto essencial”*, plano este que poderá conter *“a revisão ou a suspensão temporária de obrigações, a postergação de investimentos, quando for o caso, ou a alteração da metodologia de execução contratual”*, garantindo, caso aprovado, mais um fundamento normativo para as repactuações já autorizadas pela LINDB **[3]**.

Portanto, é consenso que, seja pela aplicação da LINDB, seja pela aprovação do aludido projeto de lei, a adoção dessa solução exigirá uma resposta administrativa rápida e organizada, permitindo que as partes possam chegar a um acordo no menor tempo possível, que garanta a sobrevivência da concessão até que se promova o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, impedindo a geração de passivos que ao final tornem a execução do contrato impossível.

Por parte do concessionário, faz-se importante documentar e colocar o poder público a par de cada uma das ocorrências e de quais obrigações contratuais não poderão ser cumpridas no prazo previamente estabelecido, informando, inclusive, quais medidas foram adotadas para tentar solucionar a questão. A abertura de canal de comunicação direto e claro com o ente contratante é imprescindível e deve ocorrer com a maior brevidade possível.

Dado que a pandemia se trata de um evento horizontal, atingindo tanto contratante quanto contratado, a onerosidade excessiva decorrente do evento atinge a ambos e, por esta razão, é importante transmutar a mentalidade combativa e abandonar a visão retrógrada de que a outra ponta da relação contratual é adversária aos interesses defendidos. As palavras de ordem neste momento devem ser colaboração e flexibilidade, tanto por parte dos concessionários quanto do poder público, para que juntos possam encontrar o melhor denominador para a continuidade da prestação do serviço.

É importante que ambas as partes compreendam que os impactos experimentados neste momento perdurarão por muito tempo. Nessa senda, a solução imediata deve garantir a adoção de medidas que deverão ser desenhadas em conjunto para permitir a retomada da prestação dos serviços em condições normais — dentro dos limites possíveis —, preservando-se os contratos até que se promova o seu reequilíbrio.

[1] PARECER n. 261/2020/CONJUR-MINFRA/CGU/AGU, aprovado em 16/4/2020, sobre a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão no setor de infraestrutura de transportes.



[2] Conforme prevê o parecer da AGU: “c) A pandemia do novo coronavírus (SARS-CoV-2) pode ser classificada como evento de ‘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, com as ressalvas indicadas no parágrafo 73 deste parecer”.

[3] Esse mesmo projeto propõe a celebração de aditivos para prever a possibilidade de adoção de mecanismos alternativos para solução de conflitos, como a arbitragem e a mediação, previstos expressamente na Lei nº 9.307/96, soluções estas mais adequadas para a resolução de conflitos complexos

Fonte: <https://conjur.jumps.com.br/2020-jun-07/franco-armelin-covid-19-contratos-infraestrutura/>