

# COVID-19: e os contratos com a administração pública

Juan Acosta



A pandemia global causada pelo covid-19 atingiu em cheio a nação brasileira. A calamidade pública é inegável, tanto que câmara dos deputados e senado aprovaram o decreto a respeito, que vigorará até 31 de dezembro. Os efeitos desastrosos na economia nacional, portanto, decorrem em sua maioria pela impossibilidade de exercício das relações sociais mínimas. Força maior e onerosidade excessiva têm sido alegadas para postergação de termos, revisão ou mesmo rescisão de contratos celebrados. Mas e quanto aos contratos firmados com a administração pública?

## 1. Quem se responsabiliza pela força maior nas contratações com a administração pública?

O poder público possui diversas modalidades para contratar serviços ou adquirir bens. Cada modalidade possui suas peculiaridades, com vistas a concretizar a eficiência esperada da administração pública – além de outros princípios. Por isto, os contratos ou outros instrumentos que regem as contratações da administração pública devem conter cláusulas que definam os direitos, obrigações e responsabilidades das partes, em conformidade com os termos da licitação e da proposta a que se vinculam.

É comum que cada contrato público, para deixar clara a responsabilidade das partes, contenha uma matriz de risco, que nada mais é do que formalização dos riscos assumidos por cada parte do contrato, inclusive no que diz respeito à fatos imprevisíveis, ou previsíveis, mas de consequências incalculáveis, à época da contratação.

Portanto: dentro da matriz de risco dos contratos públicos, quem deve se responsabilizar pelo não cumprimento das obrigações decorrentes da calamidade pública causada pela pandemia do covid-19? Como adiantado acima, a resposta depende de cada caso concreto, sem prejuízo de adiantarmos alguns fatores gerais a cada tipo de contratação.

### 1.1. Contratos de fornecimento

De forma geral, nos contratos de fornecimento envolvendo bens e serviços simples (inclusive obras simples), o risco de força maior e caso fortuito são atribuídos ao poder público.

Também de forma geral, estes contratos não envolvem longa execução (mais que 5 anos, para melhor balizar), o que permite que fatores extraordinários e imprevisíveis sejam assumidos pela administração pública - como é o risco que se origina de força maior e caso fortuito.

### 1.2. Contratos complexos e de longa duração

Em contratos que envolvem objetos complexos e/ou de longa duração, como parcerias público-privadas, concessão de serviços públicos, contratos de encomenda tecnológica, concessão de direito real de uso de bem público, dentre outros, o planejamento da matriz de risco feita pelo poder público pode alocar o risco relacionado à força maior e caso fortuito ao particular, ainda que parcialmente. Contratos complexos demanda robusto planejamento. Dentro deste processo, pode existir justificativa jurídica, técnica e/ou econômico-financeira que transfira, total ou parcialmente, o risco extraordinário da força maior e caso fortuito ao particular.

### 1.3. Como me resguardar?

Cada caso deve ser avaliado de forma isolada. Inicialmente, deve-se consultar a matriz de risco. A quem recai o risco da força maior, como é o caso do covid-19?

Se ao poder público, medidas necessitam ser tomadas para resguardar o contratado/privado, a depender do caso, evidentemente.

A notificação ao poder público pode ser utilizada para diversas estratégias, por exemplo:

- (i) Recomposição da equilíbrio econômico-financeiro do contrato;
- (ii) Revisão de cronograma de execução;
- (iii) Suspensão contratual;
- (iv) Rescisão, no pior cenário, principalmente em caso de impossibilidade de cumprimento;
- (v) Mitigação de risco relacionado a imposição de sanções/penalidades pelo poder público.

Vivemos em tempos extraordinários. E isto demanda bom senso de todos os atores envolvidos. Como bem direciona a lei de introdução às normas do direito brasileiro, principalmente em âmbito do direito público,

*“nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão”.*

No caso concreto, deve-se buscar pela solução que cause menor prejuízo aos envolvidos. Esta é a diretriz que, em tese, deve ser tomada tanto pelos agentes públicos e políticos, pelos juízes dos tribunais de contas ou mesmo pelos magistrados em seara judicial. Casos extraordinários permitem a alteração contratual. Olvidar esta diretriz pode causar prejuízos irreparáveis às relações público-privadas, ao erário público e à sociedade.

#### **1.4. Como agir face à atitudes arbitrárias de agentes públicos?**

E se o agente público, representando o poder público contratante, decidir rescindir de forma unilateral o contrato, baseado em suposta oportunidade e conveniência (poder discricionário da administração pública) ou mesmo no covid-10 como ocorrência de força maior, impeditiva da execução do contrato?

De modo geral, a lei de licitações e contratos públicos prevê indenização ao contratado em caso de rescisão unilateral por força maior, caso fortuito ou oportunidade e conveniência da administração pública, desde que não seja atribuída culpa ao contratado. Tal diploma estabelece que o contratado será ressarcido

dos prejuízos regularmente comprovados que houver sofrido, tendo ainda direito a devolução de garantia, pagamentos devidos pela execução do contrato até a data da rescisão e pagamento do custo da desmobilização.

#### **Mas, será que não vale a pena brigar pela manutenção da execução contratual?**

É de se imaginar que o contrato administrativo fosse necessário – afinal, deve haver justificativa para a contratação. Deixou, então, de ser absolutamente necessário tal objeto? A indenização a ser paga para o contratado justifica a rescisão do contrato ou significa prejuízo ao erário? O agente público motivou sua decisão administrativa, considerando as consequências práticas da sua decisão? Considerou a eficiência, moralidade e legalidade que se esperam da administração pública? Considerou que o valor da indenização poderia ser evitado, se renegociado o cronograma de execução contratual?

Parêntesis importante para grifar que do ato que determinar a rescisão unilateral por oportunidade ou conveniência, ou, então, por força maior, cabe recurso administrativo, além de depender de regular processo administrativo que assegure direito de defesa.

De todo o modo e a depender do caso concreto, o tribunal de contas pode intervir, seja para a correta aplicação da lei de licitações (art. 113, § 1º), como também para prevenir danos aos cofres públicos. O ministério público também possui a missão de zelar pelo correto trato da coisa pública. Em última instância, o poder judiciário deve intervir em favor da correta aplicação da lei.

Novamente: o momento é extraordinário. E isto exige minimamente bom senso. Para além disso, os operadores do direito, públicos ou privados, devem antecipar as consequências práticas da decisão administrativa, controladora ou judicial, optando-se por aquela que traga menor prejuízo a toda a coletividade envolvida.

## **2. Dispensa de licitação decorrente do covid-19**

O congresso nacional decretou calamidade pública. Isto não pode e não deve ser utilizado como cheque em branco para que agentes públicos contratem com quem, como e pelo preço que quiserem.

As empresas que forem solicitadas a contratar de forma emergencial, por meio de dispensa de licitação, devem velar para que as formalidades legais sejam cumpridas. Para além disso, devem atuar de forma íntegra. Vale lembrar que é imprescindível registrar e arquivar, dentro do possível, o maior número de informações para futura comprovação da integridade praticada aos eventuais órgãos de controle - tribunais de contas, ministérios públicos e sociedade civil.

Importa notar que há ampla legislação permitindo e estimulando a fiscalização pela sociedade civil. Eventuais práticas ilícitas por agentes públicos, com ou sem anuência de eventuais concorrentes, podem e devem ser questionados, em âmbito administrativo, controlador e/ou judicial.



juan@baptistaluz.com.br  
contato@baptistaluz.com.br

[www.baptistaluz.com.br](http://www.baptistaluz.com.br)



### SÃO PAULO

Rua Ramos Batista, 444 / 2º Andar  
Vila Olímpia / São Paulo / SP  
Tel +55 11 3040 7050

### PORTO ALEGRE

R. Carlos Trein Filho, 599 - 11º andar  
Auxiliadora / Porto Alegre / RS  
Tel +55 51 3207 9057

### FLORIANÓPOLIS

Rua Bento Gonçalves, 183 / Sala 1001 /  
Centro / Florianópolis / SC  
Tel +55 48 3225-6468

### LONDRINA

Rua Ayrton Senna da Silva, 300 / Sala nº 1801  
Gleba Palhano / Londrina / PR  
Tel +55 43 3367 7050

### MIAMI

1110 Brickell Ave / Ste 200  
Miami / FL 33131