

Juliano Heinen: Não há o dever de negociar — Parte 2

[Na primeira parte deste artigo](#), dissemos que a pandemia da Covid-19 atingiu em cheio os contratos administrativos, e que uma série de vozes passou a defender que o Estado *obrigatoriamente* teria de perfazer o reequilíbrio destes negócios jurídicos. Sem precisar de "bengalas" doutrinárias — não que elas não sejam importantes —, e apenas a partir do que dispõe texto legal, trouxemos ao leitor nossa visão de que essa obrigatoriedade não existe em contratos de fornecimento de bens, serviços ou obras, notadamente disciplinados pela Lei Geral de Licitações e Contratos Públicos (Lei nº 8.666/93). Ao final do texto, prometemos que, no próximo artigo, trataríamos do mesmo tema, mas diante dos fatos. E hoje estamos aqui para falar deste tema.



Dois pontos são relevantíssimos: compreender a estrutura e a

disciplina jurídica de contratos desta espécie e, por conseguinte, demonstrar se há ou não o dever de negociar. E, para isso, convido o leitor a tomar o mesmo caminho feito anteriormente: abordar o assunto a partir do que dispõe o sistema jurídico-normativo, iniciando, neste aspecto, pela análise do que está (ou não está) escrito no texto da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 sobre os contratos de delegação, os quais são objeto de que dispõe o artigo 175. Apesar de essa regra ser bastante detalhada quando aos itens que devam estar previstos na legislação e no contrato de delegação, em nenhum momento fala da necessidade de "manutenção do equilíbrio econômico-financeiro", assim como, para alguns, fez o artigo 37, inciso XXI, que tratou dos contratos de fornecimento. De modo que, se o legislador constituinte quisesse ter estipulado essa obrigação, teria assim feito. Mas não o fez.

Coube à legislação infraconstitucional, notadamente à Lei Geral de Concessões e Permissões de Serviços Públicos (Lei nº 8.987/95), disciplinar o tema. Essa norma, já no seu início, dispõe que a concessionária realizará o contrato "por sua conta e risco". Então, a interpretação autêntica do que seja concessão, com e sem obra, e permissão de serviço público transfere os riscos do negócio exclusivamente ao agente privado (CF, artigo 2º, incisos II, III e IV) [1]. E este dado é central: o legislador considerou que os eventos da álea do negócio são suportados pela concessionária, sendo este o principal fator que diferencia a "concessão comum", aqui mencionada, da Parceria Público-Privada (Lei nº 11.079/05).

No entanto, a Lei nº 8.987/95 não se omitiu na regulação dos mecanismos de reequilíbrio. No artigo 9º, §2º, permitiu que no ajuste se fizesse expressa previsão de mecanismos de revisão da equação econômico-financeira. E, neste caso, será o termo de contrato o "senhor" da possibilidade ou não de revisão de sua cláusulas. E isso confirma nossa lógica: será o conteúdo do pacto que, antes de tudo, deve dizer se há ou não o dever de negociar [2]. E o §4º do mesmo artigo 9º fala na necessidade de se reconstituir o equilíbrio quando o poder (público) concedente impõe a modificação unilateral



— o que não se relaciona aos casos de eventos onerosos causados por força maior ou por fortuitos.

Tanto é verdade, que, em épocas passadas, quando as concessões comuns, regidas pela Lei nº 8.987/95, passaram a se tornar onerosas às concessionárias, o poder público não foi obrigado negociar. Mas, de outro lado, adotou políticas públicas de auxílio ou alterações legislativas necessárias, como a inserção da possibilidade de assunção temporária da gestão da concessionária (artigo 27-A), a cessão de créditos (artigo 28-A), a "relicitação" etc. Mas isso não se confunde com o "dever" de reequilibrar o ajuste.

E, então, chegamos ao famoso artigo 10: "*Sempre que forem atendidas as condições do contrato, considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro*". A grande interpretação a ser prometida aqui reside justamente no que seja a "manutenção das condições do contrato" (sic). E se poderia caminhar por várias vias: a expressão estaria ligada à Teoria da Imprevisão (francesa), à Teoria da Quebra da Base Objetiva (alemã), à Teoria da Onerosidade Excessiva (italiana) ou, simplesmente, à necessidade de se reequilibrar o contrato quando as suas condições se modificaram.

Não entendemos assim. O artigo 10 não trata de reequilíbrio econômico-financeiro. Ele pretende duas outras coisas: impedir qualquer espécie de arbítrio administrativo a obstruir favorecimentos ou prejuízos aos contratados, porque determina a manutenção das condições do ajuste. E, de outro lado, pretende resguardar a estabilidade do pacto, conferindo segurança jurídica ao concessionário (privado) frente a posições dominantes ou cláusulas exorbitantes favoráveis ao concedente (Estado). A rigor, o dispositivo nada fala sobre reequilíbrio econômico-financeiro, uma vez que, na nossa compreensão, pretende estipular uma segurança de que, quando a Administração Pública aceita a proposta feita na licitação, será ela mantida "*conforme as condições do contrato*" (sic), ou seja, sem que estas condições possam ser arbitrariamente modificadas.

Então, assim como o artigo 37, inciso XXI, da CF/88 (analisado na primeira parte do artigo), o artigo 10 da Lei Geral de Concessões ou Permissões outorga a regra mais tradicional dos contratos: *cumpra-se o que foi pactuado*. E o que foi negociado é, de um lado, listado no edital e, de outro, na proposta, sendo estas as "condições do ajuste". Os dispositivos não se preocupam e de longe externam disposições sobre reequilíbrio ou sobre a repartição de riscos.

Pensar diferente, ou seja, defender a ideia de que estes dispositivos tratam de revisão de contratos, na nossa ótica, vai expor o jurista a uma empreitada bastante robusta, porque o texto normativo nada diz sobre isso. Logo, há de existir um esforço ainda maior em presumir o que o texto não fala. Este juris terá de se esforçar a criar um "padrão interpretativo extensivo", dada a omissão do texto posto. Ainda no tema, quando o legislador quis a repartição de riscos, assim o determinou — veja o caso da Lei nº 11.079/04 (Lei das Parcerias Público-Privadas).

Derradeiramente, a legalidade administrativa é o princípio mais basilar do Direito Administrativo e irá impor a interpretação estrita do texto, sem, como dito, poder-se dizer o que a lei não fala. O que fizemos aqui foi demonstrar que a legalidade administrativa definitivamente não impõe o dever de negociar os contratos administrativos atingidos pela pandemia citada.



E, como se sabe, mesmo que se advogue a existência do dever de negociar, por nós não vislumbrado na legislação, há que se voltar à essência do que seja o reequilíbrio econômico-financeiro. Depreende-se que a necessidade de readequar tal sinalagma contratual reclama que uma das partes seja onerada por um evento futuro. Contudo, ambos os sujeitos do contrato administrativo foram prejudicados pela Covid-19. Em outras palavras, a pandemia gerou inegáveis prejuízos ao Estado e ao particular contratante, de modo que o desequilíbrio contratual foi comum. A equação econômico-financeira não pendeu para um só dos lados do negócio. Então, não se pode reequilibrar o ajuste só para um dos sujeitos do negócio, quando ambos estão sofrendo prejuízos proporcionalmente.

Uma palavra final: apesar de a legislação não obrigar à negociação das partes, a recomposição do contrato de modo consensual será bem-vinda, mas baseada em outros fundamentos: necessidade de manutenção de serviço público essencial, garantia de boa prestação ao usuário etc. No entanto, essa conduta estatal estará inserida no âmbito de uma política pública compensatória, e não diante de imperioso dever de renegociar. É dizer: a política pública e o dever de negociar não são atuações administrativas vinculadas.

[1] Pontuo, apenas, que sabemos que existem muitas críticas e análises feitas a essa opção legislativa, alegando-se, por exemplo, que seria prejudicial transportar todos os riscos da prestação ao agente privado.

[2] É cláusula essencial do contrato a previsão de "critérios para o cálculo e a forma de pagamento das indenizações devidas à concessionária, quando for o caso" — artigo 23, inciso XI, da Lei nº 8.987/95.

Meta Fields