

OPINIÃO

Contratos administrativos e flexibilidade em tempos de Covid-19

1 de abril de 2020, 21h31

Por Luciano Ferraz

Todos nós fomos abalroados pela onda do Covid-19 e seus imensuráveis reflexos administrativos, sociais e econômicos. É como se estivéssemos num ringue de boxe, frente à frente com Mike Tyson, depois de termos recebido o primeiro direto de raspão... Atordoados, embora ainda de pé...

As contradições opiniões de autoridades, jornalistas, epidemiologistas, cientistas, palpiteiros, juntam-se, num piscar de olhos, à onda de “fakezaps” de origem desconhecida, que lotam as caixas do celular vendendo o caos e defendendo posições políticas esdrúxulas que mais confundem do que informam.

Sem embargo, em meio a esse cenário confuso, acabo de ler o excelente artigo de Joel Menezes Niebhur denominado “*O que fazer com os contratos administrativos em tempos de coronavírus?*”^[1] O texto examina, com extrema acuidade, a relação dos contratos de terceirização na Administração Pública e os impactos que a epidemia do Covid-19 pode trazer para o dia a dia dos órgãos e entidades administrativos e para as empresas que atuam nesse segmento.

O autor tem convicções e sabe expô-las como convém. Invocando o art. 26 da LINDB como fundamento para buscar um diálogo entre todas as partes envolvidas e com o interesse na permanência da contratação administrativa – agentes públicos, empresas, sindicatos, advogados – Joel sugere um procedimento institucional e participativo que desemboque na solução dialogada e consensual para os problemas gerados pelo vírus e suportados de diferentes formas por cada uma das partes interessadas.

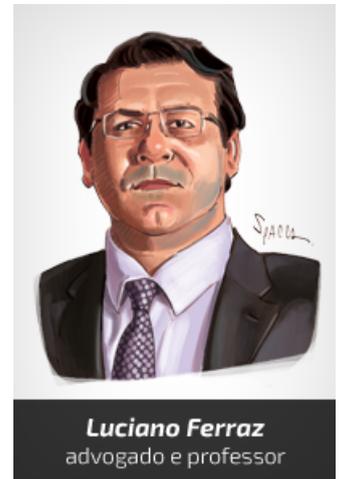
Não é de hoje que sustento a utilização de instrumentos consensuais na Administração Pública, exatamente por conta da flexibilidade que possuem para a solução de problemas práticos.^[2] Se compreendo ser o consenso um caminho promissor em tempos de normalidade, tal compreensão se agudiza em tempos de crise. Os matizes são infinitos.

Adianto que não há qualquer incompatibilidade no uso desses instrumentos consensuais simultaneamente com o uso de institutos tradicionais do Direito Administrativo, tais como o Poder de Polícia e as requisições administrativas. O enfretamento da crise atual exigirá, por assim dizer, diferentes medidas para diferentes situações, sempre na busca de um equilíbrio tópico entre autoridade e liberdade.

Há tempos que parte da doutrina, conforme legado de Moreira Neto, tem sustentado o abalo do modelo burocrático e o desenvolvimento de formas menos rígidas de atuação administrativa, as quais encenam uma onda de resgate da colaboração entre Estado, sociedade e indivíduos.

A Administração Pública se vincula a fins e não a meios. A ideia de finalidade é um *fast pass* para a solução dos problemas práticos. Como disse Paulo Neves de Carvalho: “*ou o Direito Administrativo serve à vida ou ele não serve para nada*”.

Não se tem dúvida de que a Pandemia do Corona Vírus impactará fortemente os contratos administrativos em geral. Tanto a Administração Pública quanto o particular contratado já foram – e serão ainda mais



afetados pelos efeitos da crise, com impossibilidade lógica e natural de dar seguimento à execução dos contratos como estabelecidos no passado.

A solução natural – se a preocupação se volta apenas para o vínculo contratual e não para os efeitos nefastos do respectivo rompimento – poderia ser aquela descrita no art. 78, inciso XII (rescisão por motivos de interesse público) e no inciso XVII (rescisão por motivos de força maior) da Lei 8.666/93. Mas esse caminho, como bem apontou Niebhur, é uma solução parcial para um problema bastante maior.

O Professor Arnold Wald nos idos de 1995 escreveu que: “a viabilidade da realização de grandes obras, especialmente quando pioneiras e de tecnologia complexa, pressupõe um diálogo constante entre o contratante e o contratado, abrangendo as decisões de situações não previstas contratualmente ou daquelas que sofreram profundas mutações, não imputáveis a qualquer das partes”. [3]

E no mesmo texto profetizou o autor:

“As incertezas decorrentes de mudanças econômicas, tecnológicas e políticas, cada vez mais rápidas, fizeram, todavia, com que o Direito Administrativo não mais pudesse deixar de reconhecer a crescente importância do aleatório, atribuindo-lhe efeitos específicos para, conforme o caso, rever o contrato ou rescindi-lo, diante de dificuldades novas e imprevistas para a sua execução. Como a rescisão sempre tem efeitos negativos, importando prejuízos para ambas as partes, foi introduzida nos contratos de Direito Administrativo uma nova variante, que é a chamada “flexibilidade” (‘souplesse’ do Direito francês), significando uma interpretação construtiva e negociada do pactuado, para preencher os eventuais espaços vazios e superar as dificuldades geradas por normas que não previram os fatos da maneira pela qual aconteceram.” [4]

A leitura do ordenamento jurídico brasileiro “*avec souplesse*” como sugere Wald, impõe avaliar, além do art. 26 da LINDB citado por Niebhur, também o art. 17 da Lei 12.846/13, que dispõe: “A administração pública poderá também celebrar acordo de leniência com a pessoa jurídica responsável pela prática de ilícitos previstos na [Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993](#), com vistas à isenção ou atenuação das sanções administrativas estabelecidas em seus [arts. 86 a 88](#).”

Sobre o acordo previsto nesse dispositivo – art. 17 da Lei 12.846/13 – o qual, sob pena de *bis in idem*, deve ser visto como um acordo autônomo em relação ao previsto no art. 16 da mesma lei (este último o acordo de leniência propriamente dito) – tive a oportunidade de escrever que se trata de “importantíssimo instrumento de controle consensual para o âmbito das contratações públicas no Brasil. E ele teria sido mais bem alocado na própria Lei 8.666/1993, especificamente no capítulo que trata das sanções administrativas aplicáveis pela inexecução total ou parcial dos contratos administrativos”. [5]

Deveras, “o acordo previsto no art. 17 possibilita que a Administração Pública estabeleça verdadeiros concertos com a pessoa jurídica responsável pela inexecução total ou parcial de contratos administrativos, com vistas à isenção ou atenuação das sanções administrativas estabelecidas em seus [artigos 86 a 88](#) (advertência, multa, suspensão temporária e declaração de inidoneidade).” [6]

O art. 17 da Lei 12.846/13 possibilita a isenção total de penalidades previstas no contrato no caso de incumprimento – e não cogita necessariamente de que o particular tenha deixado de cumpri-lo por sua culpa. É possível, nesse passo, que a disposição seja interpretada com flexibilidade, para abarcar ajustes substitutivos da rescisão do contrato também para o caso da crise da Covid-19. E isto fundamentalmente porque a referida disposição legal pode se aliar, em exegese sistemática, ao art. 58, I da Lei 8.666/93, a fim de que o contrato possa ser alterado bilateralmente “para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado”.

Em tempos de Covid-19, o consenso é mais recomendável que a força – “a natureza consensual desse segundo acordo e a potencialidade de colocar fim imediato a celeumas instaladas entre Administração Pública e particulares no momento da execução de contratos administrativos revelam importante

mecanismo de correção de rumos e de superação das drásticas soluções rescisórias em âmbito contratual”.^[7]

[1] NIEBHUR, Joel. O que fazer com os contratos administrativos em tempo de coronavírus. Disponível em <https://www.zenite.blog.br/o-que-fazer-com-os-contratos-administrativos-em-tempos-de-coronavirus/>.

[2] Cf. por todos, FERRAZ, Luciano. *Controle e Consensualidade: fundamentos para o controle consensual da Administração Pública* – TAC, TAG, SUSPAD, acordos de leniência, acordos substitutivos e instrumentos afins. Belo Horizonte: Forum, 2019.

[3] WALD, Arnold. Novas Tendências do Direito Administrativo: a Flexibilidade no Mundo da Incerteza. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/46615/46350>.

[4] WALD, Arnold. Novas Tendências do Direito Administrativo: a Flexibilidade no Mundo da Incerteza. Disponível em <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/46615/46350>.

[5] FERRAZ, Luciano. Acordos de Leniência da Lei Anticorrupção cumprem diferentes papéis. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2015-jul-23/interesse-publico-acordos-leniencia-lei-anticorruptao-cumprem-diferentes-papeis>. Acesso em 01.04.2020. 16:18.

[6] FERRAZ, Luciano. Acordos de Leniência da Lei Anticorrupção cumprem diferentes papéis. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2015-jul-23/interesse-publico-acordos-leniencia-lei-anticorruptao-cumprem-diferentes-papeis>. Acesso em 01.04.2020. 16:19.

[7] FERRAZ, Luciano. Acordos de Leniência da Lei Anticorrupção cumprem diferentes papéis. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2015-jul-23/interesse-publico-acordos-leniencia-lei-anticorruptao-cumprem-diferentes-papeis>. Acesso em 01.04.2020. 16:22.

Luciano Ferraz é advogado e professor associado de Direito Administrativo na Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG).

Revista **Consultor Jurídico**, 1 de abril de 2020, 21h31