

**AS ADAPTAÇÕES NOS CONTRATOS
DE CONCESSÃO IMPACTADOS
PELA PANDEMIA DO COVID19**

FERNANDO VERNALHA

fernando.vernalha@vgplaw.com.br

Doutor em Direito, *Visiting Scholar* na *Columbia University School of Law* (NY, EUA, 2017). Professor de Direito Administrativo convidado de diversas instituições. Autor de diversos livros na área de infraestrutura, dentre eles *Concessão de Serviço Público* (São Paulo: Saraiva), *Parceria Público-Privada* (São Paulo: Saraiva), *Alteração unilateral do contrato administrativo - interpretação de dispositivos da Lei 8.666/93* (São Paulo: Malheiros). *Licitação Pública* (em coautoria com Egon Bockmann Moreira. São Paulo: Malheiros). Foi consultor da Unidade de Parceria Público-Privada do Ministério do Planejamento, em 2007. Tem relevante atuação no setor de infraestrutura, atuando como *legal advisor* em alguns dos principais projetos de infraestrutura do país. É sócio fundador do Vernalha Guimarães e Pereira Advogados.

O IMPACTO DA CRISE NAS CONCESSÕES E PPPS

Quais as principais decorrências da pandemia nos contratos de concessão e PPP?

Atos estatais

Decorrências
mercadológicas

Ampliação da
inadimplência
do usuário

Mudança de
comportamento
do usuário

Fragilidade
orçamentária
do PC

MAPEAMENTO DAS HIPÓTESES

- 1. Suspensão da execução de obrigações/Isenção de responsabilidade do contratado quanto ao inadimplemento de obrigações**
 - 2. Mudança no caderno de encargos/indicadores de desempenho/programa de investimentos**
 - 3. Reequilíbrio econômico-financeiro do contrato**
 - 4. Rescisão do contrato de concessão**
-
-

DELIMITAÇÃO DE RESPONSABILIDADE DAS PARTES

Consideração da *matriz de risco do contrato*

- Risco de pandemia ou de seus desdobramentos
 - Risco de *caso fortuito e força maior* ou de seus desdobramentos
 - Diretrizes a orientar a alocação dos riscos
 - Mecanismos contratuais de mitigação do impacto de certos riscos
 - A crise da pandemia se caracteriza como um caso fortuito e de força maior?
-
-

DELIMITAÇÃO DE RESPONSABILIDADE DAS PARTES

Observar as normas injuntivas sobre alocação do risco de caso fortuito e força maior

- Art. 38, § 1º, III, Lei 8.98/95
- Art. 78, XVII, Lei 8.666/93

Tratamento jurídico dos riscos extracontratuais

- Incidência do disposto na alínea “d” do inciso II do artigo 65 da Lei 8.666/93
-
- 

SUSPENSÃO DAS OBRIGAÇÕES

Suspensão da execução de obrigações

- Fundamento: art. 78, XVII, Lei 8.666/93
 - Obrigações contratuais não passíveis de suspensão (princípio da continuidade do serviço público)
 - Demonstração da relação de causalidade entre o fato e a medida de suspensão
 - Inevitabilidade do fato ou *onerosidade excessiva* para a evitação
 - Consideração para o REF
 - Prévia comunicação ao PC
-

REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO

Direito ao reequilíbrio econômico-financeiro

- Demonstração da *relação de causalidade* entre os fatos da pandemia e os impactos gerados na concessão
 - Desequilíbrio em razão de perda de demanda quando o *risco de demanda* foi alocado ao concessionário
 - Quantificação do REF
 - Identificação das formas de compensação econômica e de mitigação dos efeitos financeiros
-

REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO

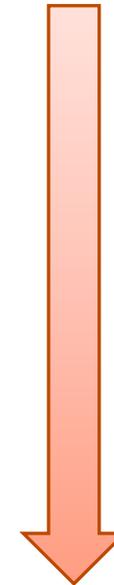
Quantificação do REF

- Caráter permanente do desequilíbrio (ex: desequilíbrio por queda na demanda)
 - Prevalência das metodologias estipuladas contratualmente
 - Referenciais que alimentarão o fluxo de caixa marginal para o REF
-
-

REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO

Identificação das formas de compensação econômica e de mitigação dos efeitos financeiros

- Reprogramação de investimentos
- Desqualificação dos indicadores de desempenho
- Suspensão de obrigações da concessionária
- Redução de outorga/implementação de aportes públicos
- Aumento de tarifa/prorrogação do prazo da concessão



RESCISÃO DO CONTRATO DE CONCESSÃO

- Fundamento: art. 78, XVII, Lei 8.666/93
 - Art. 39, parágrafo único, Lei 8.987/95
 - Obrigações contratuais não passíveis de paralisação (princípio da continuidade do serviço público)
 - Demonstração da relação de causalidade entre o fato e a medida de suspensão
 - Inevitabilidade do fato ou *onerosidade excessiva* para a evitação
-
-

CINCO DIRETRIZES A ORIENTAR A ADAPTAÇÃO DOS CONTRATOS

INSTITUCIONALIDADE

1

NEGOCIABILIDADE

2

FLEXIBILIDADE

3

PROPORCIONALIDADE

4

EXEQUIBILIDADE
FISCAL-ORÇAMENTÁRIA

5

FIM

fernando.vernalha@vgplaw.com.br