



Poder Judiciário
TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 5013483-62.2020.4.04.0000/PR

AGRAVANTE: EMPRESA BRASILEIRA DE INFRA-ESTRUTURA AEROPORTUÁRIA - INFRAERO

AGRAVADO: _____

ADVOGADO: CYBELLE GUEDES CAMPOS (OAB SP246662)

DESPACHO/DECISÃO

Este agravo de instrumento ataca decisão proferida pela juíza federal Vera Lúcia Feil Ponciano, que deferiu tutela de urgência para o fim de suspender o pagamento de contrato administrativo enquanto perdurar o estado de calamidade pública decretado pelo Legislativo.

Este é o teor da decisão agravada, naquilo que aqui interessa (evento 04 do processo originário):

(...)

No caso, entendo que estão presentes tais requisitos, devendo, por ora, ser concedido parcialmente o pedido de tutela de urgência.

Nas últimas semanas, o mundo tem acompanhado a progressão de infectados pelo coronavírus e, como consequência, inúmeras mortes e instabilidade da economia e do mercado financeiro. A Organização Mundial de Saúde - OMS declarou emergência em saúde pública de importância internacional (em 30/01/2020) e situação de pandemia (em 11/03/2020). No Brasil, foi publicado o Decreto Legislativo nº 6 de 2020 pelo Senado Federal, reconhecendo o ESTADO DE CALAMIDADE PÚBLICA em todo o território nacional. O Decreto Estadual Paranaense nº 4.230 de 2020 igualmente impôs restrições à livre circulação e aglomeração de pessoas, visando o enfrentamento da emergência de saúde, relativa ao COVID-19, a exemplo de isolamento, quarentena e a suspensão de eventos com aglomeração acima de cinquenta pessoas.

Pretende a autora que a INFRAERO, na qualidade de CESSIONÁRIA de espaço público situado dentro do Aeroporto Internacional Afonso Pena de Curitiba - PR, onde funciona o quiosque de venda de castanhas e amêndoas glaceadas da empresa Autora, se abstenha de cobrar a integralidade do valor da locação nos meses em que instaurado o estado de calamidade pública, pois a Autora teve suas atividades seriamente prejudicadas em decorrência da pandemia causada pelo vírus Covid-19 e pelas medidas adotadas por todas as esferas de Governo (Federal, Estadual e Municipal), a fim evitar a propagação do vírus.

Em caso semelhante assim decidiu o Exmo. Juiz Federal FRIEDMANN ANDERSON WENDPAP, na ação sob nº 501747058.2020.4.04.7000/PR, proposta com a mesma finalidade para outra empresa do setor, cujos fundamentos adoto como razões de decidir:

(...).

Os relatórios elaborados pela própria INFRAERO (evento 1, ANEXOPET18-28) comprovam a queda significativa do movimento (embarques e desembarques) no Aeroporto Afonso Pena a partir de março/2020. Ainda que permaneça pequena movimentação de pessoas, pelo estado de pânico criado desde o reconhecimento pela OMS da condição de pandemia da infecção pela COVID-19, é possível presumir que essas raras pessoas que não estão obedecendo a ordem de isolamento social horizontal ao passarem pelas instalações do aeroporto não vão permanecer tempo suficiente para consumir os serviços e produtos oferecidos pela autora.

Isso não considerando que as atividades estejam suspensas em cumprimento à ordem do Governador de fechamento dos estabelecidos que não prestam serviços de natureza essencial, conforme Decreto 4.317, de 21/03/2020⁴

Para as hipóteses de suspensão da execução do contrato em razão da calamidade pública, o próprio contrato prevê que será assegurado ao concessionário a suspensão de suas obrigações até que a situação esteja normalizada, conforme item 31.17 da cláusula VIII (evento 1, CONTR7, p. 23)

(...).

Desta forma, verifica-se que a única proposta de acordo aceita pela INFRAERO para minimizar os efeitos econômicos da crise (Ofício Circular SBCT-OFC-2020/00011 - evento 1, RESPOSTA10) não atende à faculdade da concessionária expressamente prevista no contrato administrativo, portanto, é ilegal.

Pelos próprios termos do contrato, a autora possui o direito subjetivo à suspensão de suas obrigações, notoriamente pagamento do aluguel mensal, desde a data da decretação da calamidade pública pelo Congresso Nacional (20/03/2020).

Caso essa não seja interpretação almejada pela INFRAERO ao redigir a citada cláusula geral, o mesmo resultado pode ser objetivo analisando as possibilidades de alteração de contrato administrativo em razão do desequilíbrio econômico financeiro.

A lei 8.666/93 restringe a possibilidade de alteração do contrato administrativo, prevendo, no caso dos autos, o art. 65, inc. II, alínea 'd':

Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

II - por acordo das partes:

d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de conseqüências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.

Sobre pressupostos e condições em que o particular possui o direito à recomposição do equilíbrio do contrato administrativo, para tanto, cito os conceitos defendidos pelo professor Marçal Justen Filho em seu livro Comentários à lei 8.666/935:

10. Recomposição do equilíbrio econômico-financeiro([art. 65], inc. II, d)

O equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo significa a relação (de fato) existente entre o conjunto dos encargos impostos ao particular e a remuneração correspondente.

10.1) Configuração do equilíbrio econômico-financeiro

O equilíbrio econômico-financeiro abrange todos os encargos impostos à parte, ainda quando não se configuram como "deveres jurídicos" propriamente ditos. São relevantes os prazo de início, execução, recebimento provisório e definitivo previstos no ato convocatório; os processos tecnológicos a serem aplicados; as matérias-primas a serem utilizadas; as distâncias para entrega dos bens; o prazo para pagamento etc.

O mesmo se passa quanto à remuneração. Todas as circunstâncias atinentes à remuneração são relevantes, tais como prazos e forma de pagamento. Não se considera apenas o valor que o contratante receberá, mas também, as épocas previstas para sua liquidação.

É possível (à semelhança de um balanço contábil) figurar os encargos como contrabalançados pela remuneração. Por isso se alude a "equilíbrio". Os Encargos equivalem à remuneração, na acepção de que se assegura que aquela plêiade de encargos corresponderá precisamente à remuneração prevista. Pode-se afirmar, em outra figuração, que os encargos são matematicamente iguais às vantagens. Daí a utilização da expressão "equação econômico-financeira"

10.6) Pressuposto do direito à recomposição do equilíbrio (inc. II, alínea "d")

O restabelecimento da equação econômico-financeira depende da concretização de um evento posterior à formulação da proposta, identificável como causa do agravamento da posição do particular. Não basta a simples insuficiência da remuneração. Não se caracteriza rompimento do equilíbrio econômico-financeiro quando a proposta do particular era inexecutável. A tutela à equação econômico-financeira não visa a que o particular formule proposta exageradamente baixa e, após vitorioso, pleiteie elevação da remuneração.

Exige-se, ademais, que a elevação dos encargos não derive da conduta culposa imputável ao particular. Se os encargos tornaram-se mas elevados porque o particular atuou mal, não fará jus à alteração de sua remuneração.

Caracteriza-se uma modalidade de atuação culposa quando o evento causador da maior onerosidade era previsível e o particular não o levou em conta. Tal como ocorre nas hipóteses de força maior, a ausência de previsão de evento previsível prejudica o particular. Cabia-lhe o dever de formular proposta tomando em consideração todas as circunstâncias previsíveis. Presume-se que assim tenha atuado. Logo, sua omissão acarretou prejuízos que deverão ser por ele arcados. Rigorosamente, nessa situação inexistente rompimento do equilíbrio econômico-financeiro da contratação. Se a ocorrência ela previsível, estava já abrangida no conceito de "encargos". Mas devem ser considerados excluídos os eventos cuja previsibilidade não envolvia certeza de concretização. Quando nenhum conhecimento científico ou experiência profissional produziu certeza acerca da concretização do evento, não se poderia aludir a imprevisão culposa. Embora exista uma parcela de álea em toda contratação, não se pode transformar a aleatoriedade em essência do contrato, como regras.

[...]

10.7) Motivos que não justificam o reequilíbrio econômico-financeiro

Uma vez verificado o rompimento do equilíbrio econômico-financeiro, o particular deve provocar a Administração para adoção das providências adequadas. Inexistente discricionariedade. A Administração pode recusar o restabelecimento da equação apenas mediante invocação da ausência dos pressupostos necessários. Poderá invocar:

- ausência de elevação dos encargos do particular;*
- ocorrência do evento antes da formulação das propostas;*
- ausência de vínculo de causalidade entre o evento ocorrido e a majoração dos encargos do contratado;*
- culpa do contratado pela majoração dos seus encargos (o que inclui a previsibilidade da ocorrência do evento)*

Não é suficiente alegar que o contratado possuiria margens de lucro suficientemente elevadas para arcar com o prejuízo. Nem caberia argumentar que o contratado, em ocasiões anteriores, obteve grandes vantagens em contratações administrativas ou que, diante de eventos semelhantes, não pleiteou recomposição do equilíbrio econômico-financeiro da contratação. Todos esses argumentos são impertinentes. Se a proposta consignava margem de lucro muito elevada, a administração poderia tê-la desclassificado por ser excessiva. Se não o fez e homologou o resultado, reconheceu formalmente a vantajosidade dela. Os eventos passados e atinentes a outras contratações não interferem sobre o contrato afetado pelo desequilíbrio.

Deverá examinar-se a situação originária (à época da apresentação das propostas) e posterior. Verificar-se-á se a relação original entre encargos e remuneração foi afetada. Em caso positivo, deverá alterar-se a remuneração do contratado proporcionalmente à modificação dos encargos.

Portanto, o rompimento do equilíbrio econômico-financeiro da contratação tanto poderá derivar de fatos imputáveis à Administração como de eventos a ela estranhos. A Administração poderá ampliar os encargos do contratado, unilateralmente, para melhor atender às suas necessidades, por exemplo. Ou poderá fazer-se necessária redução de prazos

de fornecimento; ou a Administração poderá alterar a composição química de produtos alimentares, para aumentar suas quantidades nutritivas. Mas o rompimento do equilíbrio econômico-financeiro poderá decorrer de outros fatos, totalmente alheios à Administração.

A alínea d admitiu expressamente o direito ao restabelecimento da equação econômico-financeira do contrato, mesmo quando a ruptura derivar de eventos "previsíveis", desde que imprevisíveis sejam sua decorrências. A amplitude da redação consagrada abrange as diversas manifestações de caso fortuito e força maior, na mais ampla extensão adotada para tais institutos pela doutrina e pela jurisprudência.

Existe direito do contrato de exigir o restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, se e quando vier a ser rompido. Se os encargos forem ampliados quantitativamente ou tornarem mais onerosos qualitativamente, a situação inicial estará modificada. O mesmo se passará quando atenuamos ou amenizados os encargos do contrato. Porém, essa hipótese é menos frequente e será tratada como excepcional nestes comentários.

Significa que a Administração tem o dever de ampliar a remuneração devida ao particular proporcionalmente à majoração dos encargos verificada. Deve-se restaurar a situação originariamente prevista. Ampliados os encargos, deve-se ampliar proporcionalmente a remuneração. A regra foi expressamente consagrada no art. 58, §2º, a propósito de modificação unilateral do contrato, mas aplica-se a qualquer evento que afete a equação econômico-financeira. (destacou-se)

*Outrossim, sobre os conceitos de álea ordinária e extraordinária, cito **Guilherme Ferreira Gomes Luna 6***

A álea empresarial ordinária persiste consubstanciada, em especial, na assunção dos seguintes riscos: (a) dever de entrega do objeto contratual nas especificações e nos prazos contratados; (b) compra e fornecimento de insumos que comporão o escopo contratual; (c) gerenciamento de equipe de trabalho (mão de obra aplicada de forma geral); (d) contingenciamento de riscos; (e) obrigação de antecipação e previsão de todos os custos possíveis de serem mensurados à época da proposta, que cubram todos esses riscos.

Além da álea ordinária, comum na maioria dos contratos privados, as contratações administrativas, especificamente àquelas calcadas no regime da Lei nº 8.666/93, impõem a assunção de outros riscos típicos na contratação pública. Citem-se como exemplo: (a) atraso da Administração (até 90 dias) no pagamento das faturas não passível de rescisão; (b) atraso ilegítimo da Administração quando ultrapassado o prazo de 90 dias aludido acima, sem o recebimento de pagamentos, o que, infelizmente, é uma realidade que não se pode presumir, mas notória e inelutável na Administração Pública brasileira, com a qual o contratado deve se precaver; (c) alta probabilidade de recebimento de parcelas contratuais (com custos já absorvidos pelo contratado) somente pela via judicial, evidentemente mais morosa, sujeitando-se, ainda, na maior parte dos casos, quando exitoso, ao sistema de pagamento por precatórios; (d) sujeição a cláusulas exorbitantes, que podem demandar alteração na metodologia de execução do contrato (alteração de cronogramas, programação financeira e logística do contratado), bem como a assunção de obrigações não previstas com a antecipação de custos operacionais para seu cumprimento.

[...] Sem prejuízo de outros mais detectáveis conforme seja a hipótese concreta. Sobre o tema, ainda que no âmbito do contrato de concessão, confira-se a exemplificação dada por Antônio Carlos Cintrado Amaral que, quando cabível, também se aplica aos casos dos contratos celebrados sob a vigência da Lei nº 8.666/93: “A partir dessa distinção entre os conceitos

econômico e jurídico de desequilíbrio da equação econômico-financeira inicial, é possível enumerar alguns fatos que se incluem no risco do negócio, ou seja, na álea ordinária. Fatos que podem ser supervenientes, provocar o desequilíbrio do contrato, mas não são imprevisíveis (ou previsíveis, mas de conseqüências incalculáveis) e, sobretudo, não são extraordinários. São exemplos: a) ganhos (ou perdas) de produtividade; b) aumentos ou reduções dos custos da concessionária que não decorram de Fato da Administração, Fato do Príncipe ou Teoria da Imprevisão; c) alterações do cenário econômico; d) alteração no volume do tráfego ou mudança na sua composição; e) custos de obtenção dos financiamentos previstos; f) insolvência da concessionária” (CINTRA DO AMARAL, 2009, p. 28).

[...]

Estabelecidos os riscos assumidos pelo contratado particular, a título de álea comercial ordinária ou na qualidade específica de contratado público (mas, de igual modo, ordinária), resta fora desse círculo de obrigações a chamada álea extraordinária. Por álea extraordinária compreendem-se no seu âmago os ditames da “teoria da imprevisão”, refletida, sobretudo, nos arts. 57, 58 e 65 da Lei nº 8.666/93, em que o ponto distintivo mais importante se concentra na separação entre os riscos passíveis de serem mensurados à época da contratação com as circunstâncias disponíveis, daqueles imprevisíveis e, de forma mais ampla, daqueles simplesmente oriundos de conduta alheia ao particular.

[...]

Quanto à manutenção da equação econômico-financeira contratual, não há dúvida ou receio de que esta se constitui num direito subjetivo do contratado consistente na confiança legítima de que serão mantidas as condições efetivas da proposta; no entanto, em relação ao lucro contratual, à rentabilidade da execução material contratada, não existe certeza da sua obtenção ou do seu quantum, a não ser uma mera e justa expectativa. (destacou-se)

As características peculiares da pandemia do COVID19, como capacidades de transmissão e percentual de internação de pacientes com sintomas médios a leves, levaram a uma necessidade de posicionamento mais firme dos diversos governos mundiais a fim de evitar/postergar/mitigar o colapsos dos sistemas de saúde.

Ao contrário do que ocorreu em pandemias anteriores, houve a decretação de estado de calamidade pública nacional, nos Estados e Municípios de federação foi determinada a suspensão de atividades de empresas que não prestam serviços essenciais, bem como massiva propaganda em favor da recomendação de isolamento social. Inclusive, diversas repartições públicas, entre as quais a Justiça Federal, determinou a realização compulsória de teletrabalho pela imensa maioria dos seus servidores.

Há todo um esforço social para a paralisação das pessoas, com o intuito de diminuir a curva de contaminação; todo esse processo levou a desaceleração da economia e fechamento de setores. Todo esse cenário que define a 'calamidade pública' levou à suspensão por tempo indeterminado das atividades da parte autora no espaço conquistado nas dependências do Aeroporto Afonso Pena.

Nos moldes em que supra explicado, a equação econômico-financeira de uma contrato administrativo possui dois grandes pesos: remuneração e encargos; e como no cenário atual a remuneração da concessionária é nula, para a manutenção do equilíbrio da mesma proporção devem ser reduzidos os encargos.

(...).

O mesmo entendimento deve ser aplicado ao caso concreto.

Os relatórios elaborados pela própria INFRAERO (evento 1, OUT13) comprovam a queda significativa do movimento (embarques e desembarques) no Aeroporto Afonso Pena a partir de março/2020. Mesmo permanecendo pequena movimentação de pessoas, pelo estado de pânico criado desde o reconhecimento pela OMS da condição de pandemia da infecção pela COVID19, é possível presumir que essas raras pessoas que não estão obedecendo a ordem de isolamento social horizontal ao passarem pelas instalações do aeroporto não vão permanecer tempo suficiente para consumir os serviços e produtos oferecidos pela autora.

Para as hipóteses de suspensão da execução do contrato em razão da calamidade pública, o próprio contrato prevê que será assegurado ao concessionário a suspensão de suas obrigações até que a situação esteja normalizada, conforme item 30.17 da cláusula VIII (evento 1, OUT5, p. 17):

30.17. A suspensão de sua execução, por ordem escrita da CONCEDENTE, por prazo superior a 120 (cento e vinte) dias, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, ou ainda por repetidas suspensões que

totalizem o mesmo prazo, independentemente do pagamento obrigatório de indenizações pelas sucessivas e contratualmente imprevistas, desmobilizações e mobilizações e outras previstas, assegurado ao CONCESSIONÁRIO, nesses casos, o direito de optar pela suspensão do cumprimento das obrigações assumidas até que seja normalizada a situação;

A única proposta de acordo aceita pela INFRAERO para minimizar os efeitos econômicos da crise (Ofício Circular SBCT-OFC2020/00011 - evento 1, RESPOSTA10) não atende à faculdade da concessionária expressamente prevista no contrato administrativo:

OFÍCIO CIRCULAR Nº SBCT-OFC-2020/00012

São José dos Pinhais, 01 de abril de 2020.

Aos
Concessionários do Aeroporto Internacional de Curitiba - Afonso Pena

Assunto: Contraproposta às medidas anunciadas pela Infraero

Prezado (a) Representante,

1. Em resposta à carta enviada, na qual Vossa Senhoria apresenta contraproposta às medidas anunciadas pela Infraero no auxílio ao combate da crise do novo Coronavírus, informamos que as ações desta empresa foram devidamente aprovadas pela Diretoria Executiva, estando as mesmas em consonância com as diretrizes do Governo Federal.
2. Vale lembrar que as medidas são isonômicas e abrangem todos os concessionários comerciais de nossos aeroportos.
3. Assim, visam preservar transparência e imparcialidade nas nossas ações, bem como no estrito cumprimento das orientações fixadas pela Diretoria Executiva da Infraero, **informamos que o pleito dessa empresa não poderá ser atendido, permanecendo as medidas contingenciais na forma como foram divulgadas.**
4. Por fim, reafirmamos nossa solidariedade com a situação ora vivenciada - seguros que, juntos, iremos superar este momento.

A postura da INFRAERO não pode ser considerada de acordo com a lei e a situação que ocorre no momento.

Conforme os próprios termos do contrato, a autora possui o direito subjetivo à suspensão de suas obrigações, notoriamente pagamento do aluguel mensal, desde a data da decretação da calamidade pública pelo Congresso Nacional (20/03/2020). Acaso essa não seja interpretação almejada pela INFRAERO ao redigir a citada cláusula geral, o mesmo resultado pode ser objetivo analisando as possibilidade de alteração de contrato administrativo em razão do desequilíbrio econômico financeiro.

Segundo exposto na decisão transcrita, a equação econômico-financeira de uma contrato administrativo possui dois grandes pesos: remuneração e encargos; e como no cenário atual a remuneração da concessionária é nula, para a manutenção do equilíbrio da mesma proporção devem ser reduzidos os encargos.

Sem dúvidas a autora está inserida no conjunto de empresas com maior vulnerabilidade financeira diante da paralisação forçada da economia como ora ocorre. As microempresas possuem relativamente pequeno capital de giro e fluxo de caixa com pequena autonomia para funcionamento sem receitas.

A mera postergação do tempo para pagamento dos alugueres mínimos proposta pela INFRAERO tem grande probabilidade de levar à falência todas as empresas que no Aeroporto Afonso Pena desenvolvem suas atividades, de modo que após a superação da crise sanitária não haverá lojas e restaurantes funcionando no aeroporto para os primeiros corajosos a voltarem a utilizar do avião como meio de transporte.

Dessa forma, igualmente sob a perspectiva do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, em especial considerando que a concessionária é microempresa, entendo que o contrato administrativo deve permanecer suspenso até o encerramento do estado de calamidade pública.

*No que tange ao aluguel de março/2020, embora o o faturamento da autora tenha sido reduzido de forma expressiva no referido mês, a previsão do pagamento do 15% sobre o faturamento tinha pré-requisito um valor mínimo que deveria ser pago. Assim, fixado o marco temporal, o preço mínimo mensal de R\$ 16.000,00 deve ser proporcional aos dias que a autora pôde funcionar regularmente, o que representa R\$ 9.806,45 (16.000,00 *20/31).*

Analisarei os pedidos referentes ao período posterior ao isolamento após a oitiva da parte contrária, que pode propor um acordo.

Desse modo, verifico a existência da probabilidade do direito.

Quanto ao perigo de dano, entendo igualmente presente, pois a não concessão da medida deferida neste momento causará prejuízos à autora, que poderão levá-la ao processo de recuperação judicial ou falência.

III. Diante do exposto, com base no art. 300 do CPC, defiro o pedido de tutela provisória de urgência, para o fim de: a) no que tange ao pagamento do preço mínimo mensal, determinar a suspensão do contrato administrativo TC 02.2016.007.0055 a partir de 20/03/2020 até o reconhecimento pelo Congresso Nacional do fim do estado de calamidade pública previsto no Decreto Legislativo nº 06, de 20/03/2020; b) autorizar a parte autora a efetuar o pagamento do preço mínimo do aluguel referente ao mês de março/2020 proporcional a quantidade de dias em funcionamento, o que representa R\$ 9.800,45 (Nove mil, oitocentos reais e quarenta e cinco centavos), devendo a parte autora comprovar o depósito até o dia 10/04/2020 (sexta-feira santa).

A parte agravante (ré INFRAERO) pede a reforma da decisão, alegando que:

(a) reconhecendo a excepcionalidade da situação atual e com intuito de compartilhar prejuízos entre as partes, a INFRAERO lançou "*pacote comercial emergencial*" para conferir tratamento isonômico entre os atores envolvidos, mitigando prejuízos enquanto durar as restrições de funcionamento por decisões governamentais. Entre as medidas estão a redução temporária da garantia mínima, o diferimento dos pagamentos e acréscimo de três meses na vigência original do contrato. Com relação ao Aeroporto Interacional Afonso Pena haveria prorrogação até 10/09 para pagamento do boleto com vencimento em 10/04 e redução de 50% da garantia mínima com vencimento em 10/05, prorrogada até 10/10;

(b) trata-se de situação inédita e a aplicação do art. 54 da Lei nº 8.666/93, de forma isolada e dissociada de uma interpretação sistemática, é incapaz de resolver adequadamente a relação jurídica contratual. Nesse sentido, a Lei de Liberdade Econômica estabelece os princípios da paridade e simetria como norteadores das relações contratuais, sendo a revisão excepcional e justificada em casos extremos;

(c) a suspensão do ajuste nos termos da decisão agravada não estabelece equilíbrio financeiro, mas impõe à INFRAERO o prejuízo decorrente da paralização do setor aéreo nacional. Aduz haver dano inverso, na medida em que subtrai fonte de receita em momento de necessidade;

(d) a cláusula contratual utilizada como fundamento, 30.17, não versa sobre a impossibilidade de realização da atividade empresarial pelo concessionário por fato alheio à relação contratual, mas para hipótese de a gestora aeroportuária determinar a suspensão das atividades de forma unilateral;

(e) a situação atual afeta em maior medida o operador aeroportuário, porque deve arcar com os custos da infraestrutura, enquanto as receitas advêm da concessão de uso de área e das tarifas aeroportuárias. Não obstante, tal infraestrutura deve ser mantida operacional, inclusive na atual situação;

(f) conclui não haver probabilidade do direito;

(g) a proposta comercial apresentada pela INFRAERO é razoável e distribui os prejuízos, observando a função social do contrato. Sustenta que deve ser preservada a relação jurídica. Argumenta que o Governo Federal anunciou medidas mitigadoras e auxílios financeiros e fiscais aos empresários para amenizar os impactos econômicos do surto. Da mesma forma, há mecanismos trabalhistas, contudo, não estendidas às empresas estatais. Conclui que a regra tradicional do reequilíbrio econômico não é capaz de dar solução definitiva;

(h) quanto ao efeito suspensivo, a suspensão do contrato administrativo a partir de 20/03/2020 até o fim do estado de calamidade pública é ruínosa, pois transfere à sociedade ônus injusto. A INFRAERO precisa garantir a integração nacional para tutelar a saúde e a vida de todos.

Pede a concessão de efeito suspensivo e, ao final, o provimento do agravo de instrumento para reformar a decisão agravada e cassar a tutela de urgência deferida pelo juízo de origem.

Relatei. Decido.

Trata-se de agravo de instrumento em que concessionário de uso de área (quiosques) de aeroporto administrado pela INFRAERO postula, contra a concedente, que: (a) seja suspenso o contrato de concessão enquanto perdurar o estado de calamidade decorrente da pandemia pelo coronavírus; (b) fique suspensa a cobrança de aluguéis e encargos nesse período; (c) seja afastada a incidência de encargos moratórios ou penalidades contratuais no período; (d) sejam repactuados, após esses períodos, os valores acertados no contrato de concessão quanto a preços, valores e prazos, nas condições que especifica.

O juízo deferiu parcialmente a tutela antecipada para: "*(a) no que tange ao pagamento do preço mínimo*

mensal, determinar a suspensão do contrato administrativo TC 02.2016.007.0055 a partir de 20/03/2020 até o reconhecimento pelo Congresso Nacional do fim do estado de calamidade pública previsto no Decreto Legislativo nº 06, de 20/03/2020; (b) autorizar a parte autora a efetuar o pagamento do preço mínimo do aluguel referente ao mês de março/2020 proporcional a quantidade de dias em funcionamento, o que representa R\$ 9.800,45 (Nove mil, oitocentos reais e quarenta e cinco centavos), devendo a parte autora comprovar o depósito até o dia 10/04/2020 (sexta-feira santa)".

A INFRAERO interpôs este agravo de instrumento, pedindo atribuição de efeito suspensivo para imediatamente suspender a tutela de urgência deferida pelo juízo e para restabelecer a vigência do contrato de concessão em todos os seus termos.

Para enfrentamento das questões postas neste agravo de instrumento, especialmente quanto à atribuição de efeito suspensivo, foi preciso que este relator examinasse as seguintes questões: **(a)** o que a legislação prevê sobre o contrato celebrado entre as partes; **(b)** o que o respectivo contrato dispôs; **(c)** qual a situação fática atual comprovada pelas partes; **(d)** quais os efeitos jurídicos decorrentes desta situação fática para o contrato vigente entre as partes; **(e)** quais provimentos recursais devem ser deferidos por este relator neste momento inicial.

Com o exame que fez destas questões, conforme abaixo explicita, este relator concluiu que estão presentes motivos que justificam a imediata suspensão da decisão agravada, mediante efeito suspensivo que agora atribuiu ao recurso, pelos seguintes motivos:

PRIMEIRO, porque **a legislação que rege o contrato firmado pelas partes é a Lei 8.666/93, que disciplina com minúcias o contrato administrativo e aparentemente não ampara a pretensão do concessionário em suspender aquele contrato administrativo.**

É importante mencionar que o negócio discutida não é contrato particular entre partes privadas, mas contrato administrativo regido pela Lei 8.666/93 e que tem como contratante empresa pública federal, submetida a regime específico de contratação, o que desde já afasta qualquer comparação com situações que envolvam contratos tipicamente privados, como por exemplo a relação entre lojistas e administradora de shopping center, ou entre inquilinos e proprietários de imóveis privados locados.

Ao contrário, temos contrato administrativo celebrado entre a empresa pública federal que administra e explora o serviço público de infraestrutura aeroportuária brasileira (Leis 5.862/72 e 12.462/11) e o empresário (privado) que aceitou o contrato de concessão de uso de área a ser explorada em aeroporto nacional, com este objeto e finalidade: "*Concessão de uso de áreas destinadas à exploração comercial de castanhas e amêndoas glaceadas através de quiosques, no Aeroporto Internacional de Curitiba - Afonso Pena, em São José dos Pinhais/PR*" (OUT5 do evento 1 do processo originário).

Por se tratar de contrato administrativo, essa contratação necessariamente conta com cláusulas exorbitantes,

que lhe são próprias e colocam a administração (concedente) em posição de vantagem em relação ao administrado (concessionário). Nisso não há ilegalidade nem excesso, e isso é próprio e característico desse tipo de negócio.

A vontade livre do concessionário é protegida porque ele tinha liberdade de aderir ou não aos termos da proposta de contratação e à sua equação econômico-financeira ("*mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei*" - artigo 37-XXI da Constituição). O concessionário não foi forçado a contratar nem foi obrigado concorrer para contratar. Participou da seleção por sua livre e espontânea vontade, e assim ficou vinculado aos termos contratados, ainda que sabedor da posição mais favorecida da administração decorrente das cláusulas exorbitantes necessárias dessa contratação.

Então, uma vez que o contrato foi celebrado, o administrado aderiu a ele e doravante fica aos seus termos submetido e obrigado, especialmente quanto às condições de alteração, prorrogação e rescisão que dependem sempre de legalidade estrita e buscam a continuidade de prestação do respectivo serviço público, que não pode ser interrompido unilateralmente pelo concessionário.

Essa posição de desvantagem do particular frente à administração se justifica porque assim se instrumentaliza a proteção de um valor maior, que é o interesse público da coletividade, que é protegido quando o serviço público é prestado de forma contínua e sem interrupções. É pelo bem de todos (interesse público no serviço público de infraestrutura aeroportuária) que a contratação administrativa é feita com cláusulas exorbitantes, que não se pode dizer prejudiquem o particular que contrata porque ele de antemão as conhece e, principalmente, porque ele tem constitucionalmente garantido o equilíbrio econômico-financeiro daquela contratação a que adere (artigo 37-XXI da Constituição).

Então, numa contratação administrativa, os direitos e os deveres das partes não devem ser interpretados apenas considerando seus interesses particulares, mas sempre devem ser lidos à luz da posição de prevalência da administração, da garantia de continuidade do serviço público e da preservação do equilíbrio econômico-financeiro.

Ainda que tenhamos situação de calamidade pública, de grave perturbação da ordem interna ou de guerra externa, ainda que tenhamos situação de força maior, de caso fortuito ou fato do príncipe, as posições contratuais das partes não são disponíveis a elas nem ao julgador, mas dependem de regime de legalidade estrita: são situações regradas e legalmente disciplinadas.

Em outras palavras, a possibilidade de ocorrer situação imprevisível no contrato é paradoxalmente prevista na própria legislação regente do contrato, que inclusive estabelece e regra o que deve acontecer nessas situações de impossibilidade da prestação decorrentes de força maior ou caso fortuito.

SEGUNDO, porque as cláusulas do contrato discutido não autorizam a pretendida suspensão do

contrato pelo concessionário. A ocorrência de força maior impeditiva da execução do contrato e decorrente de calamidade pública talvez possa autorizar a rescisão do contrato, mas não obriga que a administração aceite nem permite que o concessionário opte pela suspensão de seu cumprimento.

Aqui é importante examinar, no texto do contrato administrativo firmado pelas partes, como elas dispuseram sobre as situações decorrentes de força maior e calamidade pública.

Temos no contrato administrativo duas cláusulas específicas (OUT5 do evento 1 do processo originário), que precisam ser lidas e interpretadas em conformidade com a legislação.

Estas cláusulas 30.17 e 30.18 dizem o seguinte:

VII - DA INEXECUÇÃO E DA RESCISÃO

29. A inexecução total ou parcial do contrato enseja a sua rescisão, com as consequências contratuais e as previstas em lei ou no Regulamento de Licitações e Contratos da Concedente.

30. Constituem motivo para rescisão do contrato:

(...)

*30.17 - A suspensão de sua execução, por ordem escrita da Concedente, por prazo superior a 120 dias, **salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra**, ou ainda por repetidas suspensões que totalizem o mesmo prazo, independentemente do pagamento obrigatório de indenizações pelas sucessivas e contratualmente imprevistas, desmobilizações e mobilizações e outras previstas, **assegurado ao Concessionário, nesses casos, o direito de optar pela suspensão do cumprimento das obrigações assumidas até que seja normalizada a situação;***

*30.18 - A não liberação, por parte da Concedente, de área, local ou objeto para execução de adequação, serviço ou fornecimento ou concessão de uso de áreas, instalações e equipamentos aeroportuários, nos prazos contratuais, bem como das fontes de materiais naturais especificadas no projeto; **A ocorrência de caso fortuito ou de força maior, regulamentarmente comprovada, impeditiva da execução do contrato;** (sic)*

(...)

Como se verifica da transcrição acima e pode ser conferido na íntegra do instrumento contratual (OUT5 do evento 1 do processo originário), houve pequeno defeito na redação dessa cláusula 30.18, porque ali constam dois motivos distintos de rescisão.

Esse defeito na redação da cláusula contratual de forma alguma impede ou dificulta sua compreensão, porque

basta lermos as demais subcláusulas constantes da cláusula 30 do contrato para concluirmos que na subcláusula 30.18 temos duas situações distintas, ambas capazes de autorizar por si a rescisão do contrato, sendo que o contrato deve ser assim lido, naquelas cláusulas que interessam ao julgamento deste agravo de instrumento:

30. Constituem motivo para rescisão do contrato:

(...)

30.17 - A suspensão de sua execução, por ordem escrita da Concedente, por prazo superior a 120 dias, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, ou ainda por repetidas suspensões que totalizem o mesmo prazo, independentemente do pagamento obrigatório de indenizações pelas sucessivas e contratualmente imprevistas, desmobilizações e mobilizações e outras previstas, assegurado ao Concessionário, nesses casos, o direito de optar pela suspensão do cumprimento das obrigações assumidas até que seja normalizada a situação;

30.18 (1a parte) - A não liberação, por parte da Concedente, de área, local ou objeto para execução de adequação, serviço ou fornecimento ou concessão de uso de áreas, instalações e equipamentos aeroportuários, nos prazos contratuais, bem como das fontes de materiais naturais especificadas no projeto;

30.18 (2a parte) - A ocorrência de caso fortuito ou de força maior, regulamentarmente comprovada, impeditiva da execução do contrato;

Além da leitura sistemática da cláusula conduzir a essa leitura autônoma da força maior impeditiva como causa de rescisão do contrato, também a redação clara do artigo 78-XVII da Lei 8.666/93 afastaria qualquer dúvida quanto àquele motivo independente de rescisão, porque os termos da lei foram praticamente repetidos no contrato, nestes termos:

Da Inexecução e da Rescisão dos Contratos

Art. 77 - A inexecução total ou parcial do contrato enseja a suas rescisã, com as consequências contratuais e as previstas em lei ou regulamento.

Art. 78 - Constituem motivo para rescisão do contrato:

(...)

XIV - a suspensão de sua execução, por ordem escrita da Administração, por prazo superior a 120 (cento e vinte) dias, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, ou ainda por repetidas suspensões que totalizem o mesmo prazo, independentemente do pagamento obrigatório de indenizações pelas sucessivas e contratualmente imprevistas desmobilizações e mobilizações e outras previstas, assegurado ao contratado, nesses casos, o direito de optar pela suspensão do cumprimento das obrigações assumidas até que seja normalizada a situação;

XV - o atraso superior a 90 (noventa) dias dos pagamentos devidos pela Administração decorrentes de obras, serviços ou fornecimento, ou parcelas destes, já recebidos ou executados, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, assegurado ao contratado o direito de optar pela suspensão do cumprimento de suas obrigações até que seja normalizada a situação;

XVI - a não liberação, por parte da Administração, de área, local ou objeto para execução de obra, serviço ou fornecimento, nos prazos contratuais, bem como das fontes de materiais naturais especificadas no projeto;

XVII - a ocorrência de caso fortuito ou de força maior, regularmente comprovada, impeditiva da execução do contrato.

Como se vê, o contrato praticamente copiou como motivos de rescisão os incisos do artigo 78 da Lei 8.666/93, não havendo dúvida de que as situações que envolvem caso fortuito ou força maior, quando impeditivas da execução do contrato, autorizam rescisão do contrato.

Portanto, separando as diversas situações contidas nos incisos XIV e XVII do artigo 78 da Lei 8.666/93 e nas cláusulas 30.17 e 30.18 do contrato administrativo discutido, temos as seguintes possibilidades quanto àquilo que é discutido nos autos:

(1) se a INFRAERO suspende a execução do contrato por prazo igual ou inferior a 120 dias, o concessionário não pode ainda pedir a rescisão, apenas buscar as reparações cabíveis;

(2) se a INFRAERO suspende a execução do contrato por prazo superior a 120 dias (dias contínuos), o concessionário pode pedir a rescisão judicial do contrato (amparado na cláusula 30.17 e na primeira parte do artigo 78-XIV da Lei 8.666/93), mas não pode pedir sua suspensão (não há base legal para isso);

(3) se a INFRAERO suspende a execução do contrato por períodos descontínuos que superem 120 dias (dias descontínuos), o concessionário pode pedir a rescisão judicial do contrato (amparado na cláusula 30.17 e na segunda parte do artigo 78-XIV da Lei 8.666/93), ou pode ainda optar por pedir sua suspensão (parte final do artigo 78-XIV);

(4) se ocorrer situação de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, isso somente autoriza a rescisão do contrato se também constituir "*ocorrência de caso fortuito ou de força maior, regularmente comprovada, impeditiva da execução do contrato*" (amparado na cláusula 30.18, na ressalva do artigo 78-XIV e na previsão específica do artigo 78-XVII da Lei 8.666/93). Mas aqui não há autorização da suspensão do contrato administrativo (que só existe na situação anterior do artigo 78-XIV ou na situação do artigo 78-XV da Lei 8.666/93). O contrato pode ser rescindido, mas não há opção pela suspensão.

TERCEIRO, porque a leitura que faço dos motivos de rescisão do contrato em decorrência de

calamidade pública é diferente daquela pretendida pela parte autora (concessionário), que alega que a calamidade pública autoriza que ele pudesse optar também pela suspensão do cumprimento das obrigações assumidas até que seja normalizada a situação (valendo-se da ressalva e da parte final do artigo 78-XIV da Lei 8.666/93).

Isso porque a leitura que faço isola e excepciona ("*salvo em caso de...*") as hipóteses "*de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra*", como não autorizando a rescisão do artigo 78 da Lei 8.666/93. Ou seja, a rescisão é cabível no caso de "*suspensão de sua execução (do contrato), por ordem escrita da Administração, por prazo superior a 120 dias*" quando isso não for decorrente de calamidade pública, perturbação interna ou guerra. Se a suspensão decorrer desses motivos, então não está autorizada a rescisão do contrato. Não há hipótese para rescisão por esse motivo, já que a parte final do artigo 78-XIV (que permite a opção pela suspensão) está ligada apenas às suspensões descontínuas ("*... ou **ainda** por repetidas suspensões que totalizem o mesmo prazo, independentemente do pagamento obrigatório de indenizações pelas sucessivas e contratualmente imprevistas desmobilizações e mobilizações e outras previstas, assegurado ao contratado, **nesses casos**, o direito de optar pela suspensão do cumprimento das obrigações assumidas até que seja normalizada a situação*"). A calamidade pública somente vai interessar ao contrato específico quando a ele se referir e nele interferir, não pela calamidade pública em si (artigo 78-XIV), mas pela força maior impeditiva (artigo 78-XVII).

Ainda que o legislador não tenha primado pela clareza, a menção ao "*ainda*" antes grifado me parece deixar marcado que não está se referindo a situações de calamidade, perturbação ou guerra, mas apenas às situações contínuas ordinárias (antes do "*salvo em caso de ...*"). Quando diz "*nesses casos*", refere-se apenas à parte final que trata das suspensões descontínuas, que permitem que o administrado escolha entre a rescisão e a suspensão do contrato, desde que isso não seja decorrente de calamidade pública, perturbação da ordem interna, ou guerra.

Dito de outra forma, as suspensões da execução do contrato que decorrem de calamidade, perturbação ou guerra não autorizam aquela específica hipótese de rescisão do contrato (estão excluídas na primeira parte do artigo 78-XIV da Lei 8.666/93), e muito menos a suspensão do contrato (não estão alcançados pelo "*ainda*" ou pelo "*nesses casos*" da parte final do artigo 78-XIV da Lei 8.666/93).

É razoável que assim seja porque justamente se está a tratar de serviço público e de contrato administrativo, com suas cláusulas exorbitantes feitas para proteger o interesse público e assegurar a continuidade do serviço público.

Numa situação de calamidade pública, de grave perturbação da ordem interna ou de guerra, o que se espera do serviço público é que continue funcionando, não havendo portanto surpresa em essas situações estarem excepcionadas das hipóteses de rescisão previstas no artigo 78-XIV da Lei 8.666/93.

Isso não quer dizer que o concessionário fique desprotegido e tenha que prestar o que não poderia prestar, uma vez que então teremos o motivo específico do artigo 78-XVII da Lei 8.666/93, que autoriza a rescisão do contrato por "*a ocorrência de caso fortuito ou de força maior, regularmente comprovada, impeditiva da execução do contrato*".

Então, se a calamidade pública, a perturbação interna ou a guerra vierem a constituir caso fortuito ou força maior que impeça a execução do contrato, então será possível a respectiva rescisão por aquele motivo específico do artigo 78-XVII.

Mas por motivo distinto e autônomo daquele previsto no artigo 78-XIV da Lei 8.666/93.

Nessas situações de caso fortuito ou força maior (inclusive as decorrentes de calamidade pública), teremos então hipótese de rescisão contratual (artigo 78-XIV da Lei 8.666/93) se elas forem fortes o suficiente para impedir a execução do contrato. Ou então teremos hipótese que permite alteração de encargos contratados ou da retribuição prevista, incidindo então a previsão específica do artigo 65-II-d da Lei 8.666/93, que vai permitir proteger a posição inicialmente contratada pelo concessionário, mantendo-se o equilíbrio econômico-financeiro da contratação, nestes termos:

Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

(...)

II - por acordo das partes:

(...)

d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de conseqüências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual

Portanto, esta me parece ser a leitura correta do disposto nos incisos XIV e XVII do artigo 78 da Lei 8.666/93, que não autorizam a suspensão do contrato administrativo por opção do concessionário quando ocorra calamidade pública, embora autorizem sua rescisão em decorrência de caso fortuito ou força maior que impeçam a execução contratual.

QUARTO, porque é preciso considerar também a posição fática da INFRAERO. Ela não está passiva, mas se mostra proativa e colaborativa, em conduta compatível com a boa-fé e a função social dos contratos (no caso, protegendo a continuidade do serviço público e a liberdade econômica do empresário-concessionário), uma vez que a INFRAERO antecipou-se para oferecer solução amigável e negociada para disciplinar as turbulências havidas na relação contratual em decorrência da pandemia que se avizinha.

Isso é relevante face ao disposto no artigo 65-II-d da Lei 8.666/93, que prevê a possibilidade de alteração por acordo entre as partes diante de álea econômica extraordinária e extracontratual que venha configurar caso de força maior ou caso fortuito.

Realmente, ainda que não tenhamos nesse momento condições de aferir o que isso representa diante da equação econômico-financeira daquele contrato (o que será examinado no tópico seguinte por este relator), é relevante considerar que a INFRAERO apresentou a todos seus concessionários proposta que parece razoável para acordo (RESPOSTA10 do evento 1 do processo originário; OFIC4 do evento 1 do agravo), que envolvem o seguinte:

1. *Prorrogação para 10/09 do boleto com vencimento em 10/04 (competência março);*
2. *Redução de 50% no valor da garantia mínima do boleto com vencimento em 10/05 (competência abril), contemplando ainda a prorrogação do vencimento para 10/10*

Então se a alegação do concessionário-autor é a impossibilidade de fazer frente às despesas ordinárias em razão da redução de faturamento no período da calamidade pública decorrente da pandemia, parece que se mostra bastante razoável essa proposta que prorroga para setembro o vencimento da prestação de abril, e ainda prorroga para outubro o pagamento de metade da prestação que venceria em maio.

Destaco que ainda se está num momento muito inicial da pandemia e da calamidade pública no Brasil, não tendo ainda as autoridades federais, estaduais e municipais sequer conseguido chegar a um consenso sobre o tamanho das medidas preventivas que devem adotar ou prever as consequências sociais e econômicas que disso poderão advir para o país.

É de destacar, inclusive, que o Poder Legislativo se mostra atuante, existindo grande debate no Parlamento brasileiro sobre medidas constitucionais e legais que poderão ser adotadas para disciplinar as relações jurídicas durante o estado de calamidade pública, sendo o Parlamento o espaço democrático apropriado para esse tipo de debate para o qual o Judiciário não se mostra aparelhado nem vocacionado.

Seja como for, é importante destacar que não há iminência de despejo do concessionário, não se tratando aqui de impedir reintegração na posse ou efetivação de despejo do concessionário. O que ele pretende é ser autorizado a fechar as portas, durante a calamidade pública, dos quiosques que explora e administra dentro do aeroporto, permanecendo com o direito de exploração do serviço público que lhe foi concedido (uso da área específica dentro do aeroporto) quando a situação sem normalizar, sem que tenha de pagar qualquer valor, prestação ou aluguel quanto a isso, tudo sem previsão contratual nem autorização legal.

Realmente, a intenção da INFRAERO em buscar solução conciliatória com todos seus concessionários em todos os aeroportos que administra é conduta que deve ser valorada positivamente no sentido de se manterem as posições contratuais das partes, caso não aconteça o acordo, e assim evitar uma prematura intervenção judicial nessa questão.

QUINTO, porque **a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro e das condições inicialmente**

contratadas pelas partes é fundamental quando se pretende alterar judicialmente cláusulas e condições contratadas pelas partes. Mas nada disso foi trazido de forma concreta aos autos pelas partes, que se limitaram a apresentar alegações abstratas e genéricas, sequer demonstrando o concessionário sua efetiva situação financeira e as repercussões que a situação presente traria à toda contratação.

Realmente, quando se busca na argumentação da parte autora ou na documentação constante dos autos o que significa a contratação em questão para a empresa-concessionária, pouco encontramos.

Creio que os únicos dados concretos existentes nos autos são os termos do contrato (OUT5 do evento 1 do processo originário), constando do instrumento contratual suas especificações:

I- OBJETO E FINALIDADE: Concessão de uso de áreas destinadas à exploração comercial de castanhas e amêndoas galceadas através de quiosques, no Aeroporto Internacional de Curitiba - Afonso Pensa, em São José dos Pinhais/PR.

II - NATUREZA: ATP: 58,71m2 III - UTILIZAÇÃO: COMERCIAL - COM IV

- PREÇO ESPECÍFICO:

BÁSICO MENSAL: R\$ 39.000,00

MENSAL: Mínimo: R\$ 16.000

Variável Adicional: 15% sobre o faturamento bruto mensal

GLOBAL: R\$ 999.000,00

V- PRAZO: 60 meses, de 01/01/2017 a 31/12/2021

Além disso, esse relator encontrou num dos documentos juntados pela parte autora (OUT6 do evento 1 do processo originário), de forma incidental, o faturamento aparentemente dos seus três quiosques ("portas"?) entre os dias 17 e 22 de março de 2020, dando conta do faturamento nesses período (que teria sofrido redução de 56% do período normal), a saber:

Em razão da "pandemia" e necessidade de contê-la o mais rapidamente possível, considerando as medidas implementadas pelas autoridades Municipais, Estadual e Federal, amplamente divulgadas nos meios de comunicação, os constantes cancelamentos de voos, o declínio acentuado de números de passageiros, para evitar provável contágio de nossos funcionários e ou passageiros, que todos estes itens inviabilizam a atividade, venho através desta solicitar autorização para o "fechamento imediato", temporariamente, das três unidades Nutty Bavarian em operação nesse Aeroporto.

As vendas a partir do momento que ocorreram as primeiras divulgações das providências a serem tomadas, na semana de 15 a 21/03, caíram em média 56% nas três unidades com tendência a 100% conforme abaixo. A saber:

ACOMPANHAMENTO VENDAS

Dia	Porta A	Porta B	Portão 8
17/mar	R\$409	R\$730	R\$720
18/mar	R\$627	R\$645	R\$728
19/mar	R\$264	R\$405	R\$706
20/mar	R\$247	R\$511	R\$495
21/mar	R\$332	R\$170	R\$431
22/mar	R\$214	R\$95	R\$118
23/mar	R\$25	R\$20	R\$30

As vendas desde a abertura do dia 23 ocorridas até as 14:40 horas, com ocorrência de venda no período da manhã.

Ora, ainda que constituindo cálculo grosseiro, podemos ter ideia superficial do faturamento médio de seis dias do concessionário (de 17 a 22 de março, já que o dia 23 de março está incompleto e deve ser desconsiderado). Fazendo a média desses valores (R\$ 409 + 730 + 720 + 627 + 645 + 728 + 264 + 405 + 706 + 247 + 511 + 495 + 332 + 170 + 431 + 214 + 95 + 118 = R\$ 7.847), teremos R\$ 1.307,83 por dia (R\$ 7.847 dividido por 6 dias), o que resultaria então em faturamento bruto mensal de R\$ 39.235 (R\$ 1.307,83 x 30 dias).

Como esse valor corresponde a uma semana "ruim", com 56% do período normal (palavras do próprio concessionário no documento do OUT6 do evento 1), podemos presumir que o faturamento mensal corresponda a R\$ 70.062,50 num período normal (56% de R\$ 70.062,50 corresponde a R\$ 39.235).

Esse contrato tem prazo de duração de 60 meses (OUT5 do evento 1 do processo originário), calculando-se então um faturamento bruto global de R\$ 4.203.750,00 (R\$ 70.062,50 x 60).

Desse valor, deveríamos descontar a remuneração prevista pelo contrato para ser paga à INFRAERO durante toda a contratualidade, que corresponde ao valor mínimo de R\$ 16.000 por mês (R\$ 16.000 x 60 meses = R\$ 960.000), acrescido dos R\$ 39.000 que constitui o pagamento do primeiro mês, totalizando R\$ 999.000,00 como remuneração estimada no contrato para toda a contratualidade (remuneração global estimada).

Do total grosseiramente calculado como faturamento bruto (R\$ 4.203.750,00), descontaríamos a remuneração

básica global (R\$ 999.000), resultando R\$ 3.204.750 (R\$ 4.203.750 - R\$ 999.000) que deveriam sofrer a remuneração adicional de 15%, resultando a remuneração adicional de R\$ 480.712,50 a ser paga a INFRAERO durante toda a contratualidade e restando como faturamento bruto global já descontada a remuneração da INFRAERO a importância global de R\$ 2.724.037,50 (R\$ 4.203.750 - R\$ 999.000 - R\$ 480.712,50) ou R\$ 45.400,62 por mês (R\$ 2.724.037,50 dividido por 60 meses).

Ou seja, é possível estimar que a remuneração mensal que a concessionária pague à INFRAERO corresponda a R\$ 24.661,87 (R\$ 999.000 + R\$ 480.712,50 dividido por 60 meses) e o restante do faturamento bruto mensal da concessionária seja R\$ 45.400,62 (de onde deve descontar suas demais despesas de operação).

Provavelmente os cálculos grosseiros feitos por este relator estejam errados e o concessionário possa facilmente demonstrar que os valores mensais e globais do negócio acertado com a INFRAERO não correspondem a essas somas e a essas médias. Haverá espaço na instrução para isso.

Mas o que se quis demonstrar com esses cálculos é que com os poucos elementos trazidos aos autos pelo próprio concessionário (OUT5 e OUT6 do evento 1) esse é o pouco que se consegue para justificar eventual quebra do equilíbrio econômico-financeiro do contrato durante os poucos meses em que vai durar a calamidade pública decorrente da pandemia.

Ainda, considerando que mesmo nesse período é possível que os aeroportos continuem abertos, porque o serviço público que prestam é essencial, então fica difícil nesse momento inicial da ação ordinária concluir que as alegações genéricas e abstratas até agora desenvolvidas pelas partes possam justificar uma intervenção judicial forte a ponto de suspender contrato administrativo sem a suficiente previsão legal e com base fática tão escassa e pobre.

Devemos recordar que a lei civil estabelece que "*o caso fortuito ou de força maior verifica-se no fato necessário, cujos efeitos não era possível evitar ou impedir*" (parágrafo único do artigo 393 do Código Civil). Mas pela lei administrativa não basta sua presença para rescindir ou alterar o contrato administrativo, exigindo-se também que sua ocorrência seja "*impeditiva da execução do contrato*" (artigo 78-XVII da Lei 8.666/93) ou configure "*álea econômica extraordinária e extracontratual*" (artigo 65-II-d da Lei 8.666/93).

Essa demonstração ainda não foi feita e, com certeza, será objeto da instrução probatória na ação ordinária, com perícia técnica especializada, capaz de cálculos mais sofisticados que aquelas médias grosseiras arbitradas por este relator com base nos documentos e alegações do concessionário (OUT5 e OUT6 do evento 1 do processo originário).

Enquanto isso, entretanto, não se pode dizer que temos situação de ruptura do equilíbrio contratual estabelecido pelas partes quando pactuaram por 60 meses, nem situação que autorizasse, fora do acordo entre as partes, uma intervenção judicial incisiva em momento inicial da pandemia.

SEXTO, porque não se tem ainda perfeitamente definida a situação de calamidade pública que

afete especificamente a posição contratual discutida e, principalmente, venha romper significativamente a equação econômico-financeira.

É preciso esclarecer e contextualizar esse fundamento deste relator: não se está dizendo que a pandemia não seja grave, que não cause prejuízos à vida econômica e social, que não inspire preocupação e atenção das autoridades públicas e dos agentes econômicos envolvidos. Não é isso que se diz, porque o que se afirma agora é que nesse processo, nesse momento inicial da ação, ainda em fase de tutela provisória e sem mínima instrução probatória que esclareça sobre a situação econômico-financeira do concessionário-autor, não é possível que se lhe defira a gravosa intervenção judicial que suspendesse unilateral e totalmente o contrato celebrado pelas partes e que vinha sendo cumprido há tantos meses.

Por exemplo, e isso aqui parece muito importante para que não fiquemos conjecturando sobre hipóteses genéricas abstratamente deduzidas pelas partes, esse relator não encontrou nos autos a demonstração do ato que determinou o fechamento e o impedimento total das atividades do concessionário-autor no aeroporto administrado pela INFRAERO.

Houve determinação da INFRAERO para que as portas do negócio fossem fechadas? Houve interdição de funcionamento dos quiosques determinado pela autoridade competente? O negócio efetivamente está fechado por ordem do Poder Público (fato do príncipe) ou da própria INFRAERO (fato da administração)?

Esse relator ainda não encontrou resposta a essas dúvidas. Mas encontrou nos autos (OUT6 e OUT7 do evento 1 do processo originário) solicitações do concessionário-autor, dirigidas à INFRAERO, dando conta de redução do faturamento, afastamento de funcionário do quiosque por licença e intenção de prevenir contágio, e requerendo autorização para suspensão temporária das três unidades de quiosque em operação no aeroporto, a saber:

No OUT6 do evento 1:

Em razão da "pandemia" e necessidade de contê-la o mais rapidamente possível, considerando as medidas implementadas pelas autoridades Municipais, Estadual e Federal, amplamente divulgadas nos meios de comunicação, os constantes cancelamentos de voos, o declínio acentuado de números de passageiros, para evitar provável contágio de nossos funcionários e ou passageiros, que todos estes itens inviabilizam a atividade, venho através desta solicitar autorização para o "fechamento imediato", temporariamente, das três unidades Nutty Bavarian em operação nesse Aeroporto.

Além do fechamento, para que possamos manter a viabilidade do funcionamento da empresa, a geração de empregos formais e ainda o pagamento de benefícios e salários enquanto as atividades estiverem paralisadas, solicitamos também que o valor de aluguel referente ao mês de março não seja cobrado e uma vez fechada as operações o mesmo ocorra nos meses subsequentes, cobrando apenas as despesas de manutenção.

Registramos que uma de nossas funcionárias está afastada por 11 dias, conforme anexo.

Esperando compreensão para o momento especial que vivemos, aguardo manifestação o mais breve possível.

No OUT7 do evento 1:

Em razão da "pandemia" e necessidade de contê-la o mais rapidamente possível, considerando as medidas implementadas pelas autoridades Municipais, Estadual e Federal, amplamente divulgadas nos meios de comunicação, os constantes cancelamentos de voos, o declínio acentuado de números de passageiros, para evitar provável contágio de nossos funcionários e ou passageiros, que todos estes itens inviabilizam a atividade, venho através desta solicitar suspensão imediata do contrato **02.2016.007.0055** e assim o fechamento, temporário, das três unidades Nutty Bavarian em operação nesse Aeroporto. Além do fechamento, para que possamos manter a viabilidade do funcionamento da empresa, a geração de empregos formais e ainda o pagamento de benefícios e salários enquanto as atividades estiverem paralisadas, solicitamos também que o valor de aluguel referente ao mês de março seja cobrado proporcionalmente.

Ainda que diversas notícias da imprensa tenham sido trazidas, não foi aqui ainda indicado o ato concreto do Poder Público que determinou o fechamento do estabelecimento do concessionário dentro do aeroporto nem foi comprovado que esse estabelecimento não estivesse dentre aqueles ressalvados como "essenciais", que estavam autorizados a continuarem a funcionar mesmo durante a situação de pandemia, enquanto não se determinasse *lockdown* total.

O próprio funcionamento dos aeroportos já foi objeto de controvérsia entre as esferas da Federação, estando o transporte de passageiros incluído entre serviços públicos e atividades essenciais que não podem ser interrompidos sem prejuízo à população (artigo 3º-VI do Decreto 10.282/20), e que inclusive somente podem sofrer restrições excepcionais e temporárias com cautelas específicas (artigo 3º-VI da Lei 13.979/20, na redação da MP 926/20).

Portanto, esse relator não encontra nos autos a indicação precisa do ato que ordenou o fechamento dos quiosques ou a interdição dos estabelecimentos do concessionário naquele aeroporto. Ao contrário, encontrou apenas solicitação do próprio concessionário dirigido à INFRAERO para que fosse autorizado a fechar suas portas durante a pandemia e nesse período ficasse temporariamente suspensa a contratação (o pagamento da contraprestação pelo uso da área específica concedida para a exploração comercial), o que não parece nesse momento ser suficiente para autorizar a grave intervenção judicial que o concessionário requereu.

Acrescento ainda que seria relevante demonstração inequívoca da origem do ato concreto de interdição e fechamento do estabelecimento, porque isso pode ser relevante para definir responsabilidades e culpa pela interrupção do serviço concedido. Realmente, os efeitos são diferentes se o fechamento foi determinado por autoridade pública (terceiro em relação ao contrato, fato do príncipe), pelo concedente (Infraero, fato da administração), ou pelo próprio concessionário (conveniência do negócio).

Assim evidenciada a verossimilhança do que alegou a INFRAERO, verifico também presente o risco de prejuízos de difícil reparação à INFRAERO se não for deferido o efeito suspensivo, uma vez que assim o contrato estaria suspenso sem base legal e sem a adequada remuneração, inclusive com risco para a arrecadação da INFRAERO e, principalmente, para o próprio serviço público de infraestrutura portuária, seja pelo efeito multiplicador que tais demandas

podem representar, seja pelo efeito que o fechamento do estabelecimento concessionário pode trazer ao funcionamento do aeroporto e aos passageiros que dele necessitam ou utilizam.

EM CONCLUSÃO, a partir do pouco que foi trazido até agora pelas partes, em tutela provisória de urgência, pareceu a este relator que: **(a)** o concessionário-autor talvez pudesse, em tese, ter direito a rescindir unilateralmente (artigo 78-XVII da Lei 8.666/93) ou alterar consensualmente (artigo 65-II-d da Lei 8.666/93) o contrato firmado com a INFRAERO, desde que comprovasse situação concreta de força maior que impedisse a execução do contrato ou rompesse seu equilíbrio econômico-financeiro; **(b)** não existem ainda nos autos elementos que permitam concluir por ocorrência de força maior decorrente de calamidade pública que impedisse a execução do contrato; **(c)** a INFRAERO ofereceu acordo e buscou solução consensual para tentar superar as dificuldades; **(d)** ainda não estão perfeitamente delimitadas as consequências da pandemia e a força maior quanto ao contrato, uma vez que as consequências da calamidade pública decretada ainda são indeterminadas; **(e)** não estão ainda razoavelmente demonstrados pelo concessionário os termos da equação do contrato nem evidenciada a ruptura do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, que não pode considerar algumas semanas da concessão, mas deve considerar o período global contratado (no caso, 60 meses); **(f)** a administração contrata numa posição mais favorável (cláusulas exorbitantes que caracterizam o contrato administrativo), buscando assegurar a continuidade do serviço público e atender ao interesse público, e somente em circunstâncias excepcionais estando autorizada a intervenção judicial nas cláusulas contratadas; **(g)** tanto a legislação regente quanto as cláusulas do contrato aparentemente não amparam a posição pretendida pelo concessionário-autor (não há direito à suspensão do contrato) nem lhe conferem as vantagens que postula (manutenção do contrato com dispensa do pagamento de aluguéis e remuneração no período da suspensão); **(h)** é mais prudente manter a posição originária contratada e acordada pelas partes, ao menos até que os fatos sejam melhor esclarecidos na instrução probatória e durante o andamento do processo perante o juízo de origem, tudo sem prejuízo de ficar reservado ao juízo de origem novamente apreciar a tutela provisória se novos fatos surgirem ou a instrução probatória apontar sentido distinto daquele precariamente examinado por este relator nesta decisão.

Apenas deixo ressalvado e assegurado ao concessionário-autor a possibilidade de, se assim o desejar, aderir à proposta de acordo que foi oferecida pela INFRAERO a todos os demais concessionários, ficando desde já ordenado à INFRAERO que, se assim o manifestar o concessionário e estiverem presentes os demais requisitos (dispensado o prazo de anuência até 30/03/2020, desde que se manifeste à INFRAERO em até 72 horas após a intimação desta decisão), possa se valer da proposta anteriormente apresentada para dar conta do vencimento de suas obrigações nos meses de abril e maio de 2020, conforme constou do Ofício-Circular SBCT-OFC-2020/00011 da INFRAERO (OFIC4 do evento 1 deste recurso).

Ante o exposto, **DEFIRO EFEITO SUSPENSIVO AO AGRAVO DE INSTRUMENTO**, com base no art. 1.019-I do CPC, para suspender os efeitos da decisão agravada, mas ficando ressalvado ao concessionário-autor a possibilidade de aderir à proposta de acordo ofertada anteriormente pela INFRAERO, nos termos antes examinados.

Intimem-se as partes, inclusive a parte agravada para contrarrazões.

Dispensando as informações. Se necessário, comunique-se ao juízo de origem.

Após, adotem-se as providências necessárias para julgamento (intimação do MPF e dos interessados; inclusão em pauta; etc).

Documento eletrônico assinado por **CÂNDIDO ALFREDO SILVA LEAL JUNIOR, Desembargador Federal Relator**, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Resolução TRF 4ª Região nº 17, de 26 de março de 2010. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <http://www.trf4.jus.br/trf4/processos/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **40001731571v52** e do código CRC **294bb735**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): CÂNDIDO ALFREDO SILVA LEAL JUNIOR

Data e Hora: 13/4/2020, às 23:27:2

5013483-62.2020.4.04.0000

40001731571 .V52