

Covid-19. Estado não quer indemnizar empresas com contratos públicos e advogados avisam que vem aí uma 'chuva' de processos

URL:

<https://expresso.pt/coronavirus/2020-04-30-Covid-19.-Estado-nao-quer-Indemnizar-empresas-com-contratos-publicos-e-advogados-avisam-que-vem-ai-uma-chuva-de-processos>

Juristas não têm dúvidas que está aberta a porta para 'guerras judiciais', que podem chegar às instâncias internacionais, com a nova lei que limita o direito dos privados a serem indemnizados pelo Estado por causa do impacto da pandemia nos contratos públicos em vigor. Há dúvidas sobre a constitucionalidade do diploma que foi promulgado pelo Presidente da República e do qual se aguarda a publicação, a qualquer momento, em Diário da República. Estão em causa, por exemplo, concessões rodoviárias, parcerias público-privadas hospitalares e o fornecimento de serviços de alimentação, segurança ou limpeza

Pandemia vai levar a um aumento da litigância nos contratos públicos que estão em vigor, avisa grupo de advogados, académicos e de juristas de grandes empresas em carta enviada ao Governo. É pedida a flexibilização nas futuras negociações de compensações, bem como o recurso à arbitragem para a resolução dos desacordos

Mário Centeno avançou, no Parlamento, que o Governo está a legislar no sentido de evitar ter que pagar às empresas que detêm concessões de autoestradas, nos moldes definidos pelos atuais contratos de parceria. Valores em cima da mesa são ainda desconhecidos

A palavra 'pandemia' não consta nos contratos de parceria-público privada (PPP) dos hospitais de Loures, de Cascais e de Vila Franca de Xira, porém os juristas ouvidos pelo Expresso não têm dúvidas de que a atual situação se enquadra na cláusula dos eventos de 'força maior', que podem dar origem a um reequilíbrio financeiro a favor da sociedade gestora destas unidades de saúde. Para isso acontecer - ou seja, o Estado indemnizar os privados - o tratamento dos doentes infetados tem que representar custos substanciais

Ainda não se conhecem os detalhes da nova lei que vai limitar o direito de reequilíbrio financeiro, ou seja, a uma indemnização por parte dos privados com contratos público duradouros com o Estado - onde se incluem as parcerias público-privadas -, por causa da pandemia de covid-19, mas antecipam-se conflitos por causa da mudança das regras 'a meio do jogo'. As dúvidas e alertas vão desde se a Constituição está a ser respeitada, até ao risco de os investidores passarem a olhar com desconfiança as contratações com o Estado. E antecipa-se muitas divergências que podem chegar às instâncias internacionais.

O diploma do Governo foi promulgado ontem, quarta-feira, pelo Presidente da República, Marcelo Rebelo de Sousa, segundo uma nota que consta no site da Presidência que fala na "necessidade do esforço e contribuição de todos" para ultrapassar a atual situação de crise de saúde pública.

Também o ministro da Finanças, Mário Centeno, por ocasião de uma audição parlamentar falou na necessidade do "esforço de todos" a propósito das concessionárias de autoestradas. "É verdade que a Constituição não está suspensa, mas é verdade também que há determinado tipo de pagamentos que são normais em reequilíbrios financeiros e em reposições por perda de tráfego, com encargos para o Estado que não vão ser feitos", sublinhou o governante.

Daquilo que já se sabe, via comunicações do Governo e de uma nota do Conselho de Ministros sobre a

aprovação do decreto-lei com as alterações, é aos olhos dos especialistas em direito público contactados pelo Expresso, muito discutível e vai dar azo a litigância.

Aliás, numa carta enviada recentemente ao Governo, um grupo de quase sessenta advogados, professores universitários da área da contratação pública e da arbitragem e alguns diretores jurídicos de empresas alertaram para o aumento dos conflitos nesta área. As medidas no âmbito do estado de emergência estão a gerar perdas em múltiplas empresas que prestam serviços ao Estado e a impedir o cumprimento do que havia sido contratado e antecipam-se centenas de negociações com os prestadores e serviços a organismos públicos, em particular, das áreas de alimentação, segurança e limpezas. O que coloca em cima da mesa o mecanismo de reequilíbrio financeiro, que o Executivo se prepara para condicionar.

As PPP, sejam hospitalares, rodoviárias, de água e saneamento e, eventualmente, outras, como a concessão da Metro Sul do Tejo ou a concessão da Lusoponte também serão visadas na nova lei.

Dúvidas de âmbito constitucional

Para Pedro Melo, sócio na Miranda onde atua na área de Direito Público e Regulatório, a razão para o Governo querer limitar o direito de reequilíbrio financeiro é "simples". "A pandemia configura indiscutivelmente um caso de força maior e os casos de força maior são passíveis de originar direito a reequilíbrio financeiro", faz notar, salvaguardando que "depende de uma análise casuística, mas, em abstrato, em face de um caso de força maior, ainda para mais, de média ou longa duração, há esse direito".

E explica que quando isso acontece o passo seguinte é chegar a um acordo, numa negociação em que "no essencial" se discute "o valor do reequilíbrio e a forma ou modalidade de o satisfazer". E há várias possibilidades de o fazer, "o pagamento direto em dinheiro, a extensão do prazo dos contratos (prorrogação contratual) ou revisão de tarifas".

E o que já se sabe é que o Governo pretende limitar uma eventual compensação à modalidade de prorrogação contratual, "evitando desembolsar somas, por regra, significativas e ou rever o tarifário pago pelos utentes, que acarreta sempre um custo social".

Para o jurista é "muito criticável" que o Governo "se socorra de um diploma legal para impor um objetivo que poderia atingir na via negocial". E tem dúvidas sobre a "constitucionalidade" da futura lei já que "se a expressão 'Estado de Direito' não é uma mera proclamação retórica, então, há que respeitar contratos de longo prazo celebrados com os particulares, em homenagem ao princípio da tutela da confiança, que o mesmo é dizer, por uma questão de boa fé contratual". E afirma ainda que "o estado de emergência não é nenhuma panaceia para um problema desta natureza. Acaso a Constituição foi suspensa?", enquanto sinaliza que "uma medida desta natureza tem um efeito pernicioso associado de curto e médio prazo: a quebra de confiança dos investidores nacionais e estrangeiros nas contratações com o Estado Português".

"O pior que nos poderia acontecer é passarmos a ter 'risco político', próprio de países em vias de desenvolvimento. Já deveríamos ter passado essa fase", lamenta Pedro Melo.

O combate à covid-19 depende de congelar este direito?

Para Diogo Duarte Campos, sócio-coordenador da área de Público da PLMJ, embora "há muito que quer os Tribunais quer os principais autores reconhecem que o Estado tem o poder de modificação unilateral dos contratos públicos mediante ato administrativo", também é verdade que "todos são também unânimes no sentido de que tais alterações implicam o direito do contraente privado a ser compensado pela alteração introduzida".

"O Estado não pode, unilateralmente, determinar que, afinal, as alterações que introduzidas não implicam o dever de compensar", sustenta o advogado.

Sobre se estado de emergência permite este tipo de alterações à lei, no que refere, nomeadamente a PPP, Diogo Duarte Campos diz que tem "as maiores reservas, desde logo, à possibilidade de alteração de contratos por lei (e não por ato administrativo), como tenho as maiores reservas da legalidade da supressão total de um direito, mesmo com base no estado de emergência". E considera ainda que "o estado de emergência tem em vista um determinado fim e, neste caso, parece-me difícil que se possa dizer que a supressão deste direito é essencial ao combate à covid-19".

Antecipa que haverá "disputas", mas quer a acreditar que "não haja litigância e que as questões possam ser resolvidas consensualmente (que era o mais importante para o interesse público)". É que não estão em causa "só concessionárias ou gestoras de infraestruturas, mas todo um conjunto de contratantes com o Estado (empreiteiros, prestadores de serviços e fornecedores)". Para o advogado, uma grande parte dos casos podem resolver-se com a prorrogação do prazo de execução das prestações e ou contratos e a não aplicação de multas contratuais. Mas nas situações em que se coloque "em cima da mesa a necessidade de também haver uma compensação financeira poderão ser mais complexos".

Conflitos podem chegar às instâncias internacionais

A este respeito, José Moreira da Silva, sócio responsável pelos departamentos administrativo, ambiente, transportes e marítimo da SRS Advogados, salienta que "caso não seja possível atingir-se um acordo caso a caso, penso que estará aberta a litigância arbitral e com possível ida a Tribunal Constitucional e instâncias internacionais", até com o fundamento de se tratar de "uma expropriação/nacionalização sem o pagamento de justa indemnização (o que é um confisco, expressamente proibido pela Constituição e pelo Direito Internacional)".

A limitação ao direito de compensação por parte dos privados nos contratos públicos, "é uma situação de exceção que normalmente não seria permitida. Um contrato só pode ser modificado por acordo das partes ou com atribuição de justa indemnização. Agora pretende-se alterar esta regra, o que não me parece evidente, mesmo com estado de exceção", diz o especialista da SRS Advogados.

E enquadra que o primeiro decreto do Presidente da República a estabelecer o estado de emergência não continha qualquer limitação a este respeito, enquanto o segundo já abrange as concessões e o terceiro veio abarcar, além das concessões, também as prestações de serviço. Tendo em conta este 'histórico' "um decreto-lei do Governo terá de ter em conta esta evolução e não pode pura e simplesmente abranger todo o período do estado de emergência, mas apenas o autorizado pelos sucessivos decretos do Presidente da República".

É, na sua opinião, "uma situação muito discutível, pois a situação de exceção está manifesta e objetivamente demonstrada e dificilmente se vê uma razão materialmente justificada para o contratante privado ter de arcar em exclusivo com o dano resultante de facto a que não deu causa, alterando-se assim o equilíbrio económico do contrato", mas a análise terá de ser feita caso a caso.

Pedro Melo e Diogo Duarte Campos representam concessionárias rodoviárias com contratos com o Estado e José Moreira da Silva também tem clientes com contratos celebrados com o Estado, sobretudo, no sector portuário.

Ana Sofia Santos