

AFINAL, QUAL A NATUREZA JURÍDICA DA COVID19 (CORONAVÍRUS)?

Qualificação jurídica do tema e efeitos nos contratos administrativos

Juliano Heinen¹

Sumário

Introdução; 1 Cumpra-se o que foi pactuado; 2 Direito ao reequilíbrio econômico-financeiro – análise das possibilidades legais; 3 Mutabilidade dos contratos administrativos; 4 *Teoria do fato do príncipe*; 5 *Teoria da quebra base do negócio jurídico*; 6 *Teoria da onerosidade excessiva*; 7 *Teoria da imprevisão*; Conclusões; Referências.

Introdução

A pandemia causada pela *Covid19 (Coronavírus)* afeou profundamente a execução dos contratos administrativos. E todas as partes envolvidas no ajuste passaram a fazer uma série de perguntas, todas elas concatenadas: “Quais são os efeitos da pandemia nos contratos administrativos?”; “É permitido o reequilíbrio econômico-financeiro?”; “Se positiva a resposta, em que termos?”; “Os atos estatais de contenção da *Covid19*, como interdição de atividades etc., podem se configurar fato bastante para o pedido do mencionado reequilíbrio?”..

Antes de responder a todos esses pertinentes questionamentos, intérprete tem de fazer outra pergunta: “qual a qualificação jurídica a ser dada a (1) pandemia em si – como acontecimento em si prejudica a execução do contrato administrativo; (2) e aos atos estatais que, para conter o *Coronavírus*, afetaram a execução dos contratos?”. A partir do momento em que se consegue “qualificar” tais fatos no âmbito do sistema jurídico-normativo, quase que automaticamente se consegue extrair os efeitos jurídicos incidentes. No jargão jurídico, dir-se-ia que se deve “juridicizar” esses acontecimentos.

¹ Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Professor titular de Direito Administrativo da Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP). Professor de Pós-Graduação e Direito (UNIRITTER *Laurent University*, Universidade de Caxias do Sul e UNISC). Professor da Escola Superior da Magistratura Federal (ESMAFE), da Escola da Magistratura do Estado Rio Grande do Sul (AJURIS), da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ), da Escola Superior de Direito Municipal (ESDM), entre outras. É Procurador do Estado do Rio Grande do Sul. Acesse: www.julianoheinen.com.br.

Então, em um primeiro momento, pensou-se em qualificar tal conjuntura a partir dos institutos já conhecidos do direito. A pandemia poderia ser considerada típico caso de *fato do príncipe*, ou se aplicaria aqui as *teorias da imprevisão, da onerosidade excessiva, da quebra da base objetiva* etc.? A rigor, este raciocínio aproximaria os efeitos econômicos e sociais causados pelo *Coronavírus* de institutos conhecidos e já bastante estudados pelo Direito. Em um segundo momento, poder-se-ia compreender que tal conjuntura deveria ser qualificada como uma categoria jurídica inédita, e que nada do que a dogmática jurídica produziu até hoje seria suficientemente abrangente para responder satisfatoriamente às perguntas feitas logo antes.

Sendo assim, pretende-se, de modo dedutivo, dispor uma metodologia teórico-dogmática para responder às perguntas antes citadas e, principalmente, dar qualificação jurídica à pandemia. A partir dessa construção jurídica, intenta-se entregar ao leitor um “caminho” que, se percorrido, pode responder a uma questão bastante pragmática e que é o cerne de tudo o que se está a debater no País em relação ao tema: “o contratado pela Administração Pública tem ou não direito a uma compensação pelos ônus que está a suportar devido à *Covid19*?”.

Para tanto, serão analisadas as fontes interpretativas no assunto a partir de sua aplicação, ou melhor, por meio de uma *metodologia sucessiva eventual*. Derradeiramente, tem-se por meta, então, responder às perguntas-problema citadas logo no início da exposição.

1 Cumpra-se o que foi pactuado

Antes de mais nada, os contratos administrativos, como as demais categorias de contrato, são regidos por um *princípio geral* que impõe *força obrigatória àquilo que foi pactuado*². Tanto é verdade, que a Administração Pública e o particular dispõem de meios bastante fortes para fazer cumprir a execução dos contratos, por conta de que as leis que tutelam o tema permitem, em maior ou menor medida, a implementação concreta das obrigações pactuadas³.

² UBAUD-BERGERON, Marion. *Droit des contrats administratifs*. Paris: LexisNexis, 2015, p. 312.

³ É certo que o Estado possui maiores prerrogativas nesse sentido, a saber: art. 58 (trata das prerrogativas contratuais do Estado); art. 78 (lista as possibilidades de rescisão por ambas as partes); arts. 86 e seguintes (tratam das sanções contratuais).

Assim como a lei, o contrato vincula as partes, mas por um tempo determinado. Então, essa é a primeira premissa a ser percebida. Antes de tudo, a interpretação do tema deve partir daquilo que foi pactuado, para só então se pensar em reequilíbrio econômico-financeiro, porque as cláusulas contratuais são a fonte primária da interpretação do tema⁴.

A rigor, antes de se procurar pretender a aplicação de institutos jurídicos oriundos da dogmática para responder acerca da possibilidade ou não de readequação das cláusulas econômico-financeiras, há a necessidade de se voltar ao conteúdo daquilo que foi pactuado, para visualizar se não há cláusula que tutele o tema, ainda que indiretamente. Por exemplo, os contratos podem contar com cláusulas ou com um anexo que discipline a responsabilidade de cada parte por eventos que ocorram e que perturbem o sinalagma do negócio durante a execução do pacto. Trata-se do que comumente se chama de “matriz de riscos”. O contrato ainda pode *ter valor provisionado* para eventos dessa natureza.

Assim, antes de tudo, deve-se pesquisar se os eventos oriundos da *Covid19* e que causaram onerosidade aos contratantes estão compreendidos nas *modelagens financeiras dos pactos*. Pode se ter, inclusive, uma linha de custo decorrente *Taxa Interna de Retorno* (TIR). Se as cláusulas contratuais ou a matriz de risco tratam ainda que indiretamente do tema, as pretensões compensatórias decorrentes dos danos econômicos causados pela pandemia devem ser tuteladas por essa modelagem jurídica.

Até porque, caso forem atendidas as condições do contrato, considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro (*cf.* art. 10 da Lei nº 8.987/95 – *Lei Geral de Concessões e Permissões*). Pretender algo diverso daquilo que está pactuado é romper com a lógica basilar dos negócios jurídico-administrativos no sentido de que há força obrigatória nas convenções. Esse seria o primeiro ponto a ser destacado.

E se há lacuna contratual a respeito do tema? Ou melhor, os contratos administrativos firmados não trataram de situações assemelhadas à pandemia que se vivencia?

⁴ *Cf.* RICHER, Laurent. *Droit des contrats administratifs*. Paris: LGDJ, 2014, p. 207; LANGELEER, Elise. *L'office du juge administratif et le contrat administratif*. LGDJ, 2012, p. 507 e ss. Na jurisprudência francesa, conferir: CE, 8 nov. 2000, RIVP.

Em tese, então, ter-se-ia de buscar autorização à readequação da equação econômico-financeira. Por meio do sistema de equilíbrio econômico-financeiro é que se fazem as compensações às partes por terem sofrido as consequências de eventos cujos riscos são atribuídos à outra parte pelo contrato ou pela lei. Sendo assim, as onerosidades advindas da *Covid19* devem ser compensadas se presentes os requisitos para tanto – ponto a ser explorado a seguir. Caso se pudesse atribuir tais onerosidades somente ao contratado, contrariar-se-ia a *segurança das relações jurídicas* e a *boa-fé*⁵. Até porque, isto seria um completo desestímulo aos agentes do mercado virem contratar com o Poder Público⁶. De outro lado, é impossível que as mesmas circunstâncias vivenciadas no âmbito normal da livre iniciativa (*álea econômica*) pudessem ser cobradas do Estado, pelo mesmo fundamento do enriquecimento sem causa.

Mas isso *deve ser visto de maneira concreta e casuística*. Quer-se dizer, com isto, que nem todos os fatores serão hábeis e suficientes, *a priori* e de antemão, à revisão dos contratos. Então, a primeira tarefa do contratado consiste em comprovar existente a *efetiva onerosidade*, devendo ela estar *derivada diretamente da Covid19* ou *de eventos que ela gerou e que causaram abalo no sinalagma do contrato*. Esse nexo causal é condição imprescindível à pretensão compensatória. Em termos objetivos, onerosidades anteriores à pandemia ou não decorrentes dela devem ser consideradas em outro contexto e serem tutelados por outra qualificação jurídica.

2 Direito ao reequilíbrio econômico-financeiro – análise das possibilidades legais

O direito ao reequilíbrio econômico-financeiro é garantido constitucionalmente na parte final inciso XXI do art. 37. Contudo, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88) não prescreve maiores elementos de aplicação do instituto, ou seja, deixa a cargo da legislação ordinária e das disposições inseridas nos contratos públicos a tarefa de dispor sobre o tema. Exemplificativamente, veja como determinadas legislações trataram desse instituto:

⁵ PÉQUIGNOT, Georges. *Théorie générale du contract administratif*. Paris: A. Pédone, 1945, p. 433-434.

⁶ BÉNOIT, Francis-Paul. *Le droit administratif français*. Paris: Dalloz, 1968, p. 588.

- *Contratos de fornecimento*: a Lei nº 8.666/93 determinou que se reestabelecesse a equação econômico-financeira quando a Administração Pública:
 - altera os prazos de início de etapas de execução, de conclusão e de entrega do objeto contratado (art. 57, § 1º);
 - modifica a cláusula de serviço dos contratos (art. 58, § 2º);
 - cria, altera ou extingue tributos ou encargos legais, bem como quando há a superveniência de disposições legais, quando ocorridas após a data da apresentação da proposta, de comprovada repercussão nos preços contratados (art. 65, § 5º);
 - altera unilateralmente o contrato, o que faz com se se aumente os encargos do contratado (art. 65, § 6º);
 - aplica cláusula de reajuste do valor contratual para fazer frente à variação de preços prevista no próprio contrato, ou diante das atualizações, compensações ou penalizações financeiras decorrentes das condições de pagamento nele previstas (art. 65, § 8º);
 - acordada com o contratado (modificação bilateral), pretende 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, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências 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 (art. 65, inciso II, alínea “b”).
- *Contratos de concessão comum*: a Lei nº 8.987/95 determinou que se reestabelecesse a equação econômica financeira:
 - por meio de previsões expressas no contrato (art. 9º, § 2º);
 - quando a Administração Pública altera unilateralmente a cláusula de serviço (art. 9º, § 4º).

Veja que o panorama legislativo da mesma forma pouco contribui com a resolução do problema concreto aqui enfrentado. O detalhamento normativo

maior foi feito em relação à incidência da *teoria do fato do príncipe* (art. 65, § 5º, da *Lei Geral de Licitações e Contratos*) e em relação às mudanças acordadas (art. 65, inciso II, alínea “b”, da mesma legislação).

Contudo, em relação à pandemia, que é típica força maior⁷, como a legislação enfrenta o tema? Na hipótese de o ajuste nada dizer (como, ao que parece, é o caso de todos os contratos administrativos), a Lei nº 8.666/93 prescreve expressamente alguns caminhos a serem trilhados:

(a) Pode-se tentar estabelecer um *consenso com os contratados*, aplicando-se a redução proporcional à diminuição das prestações na forma do art. 65, inciso II, alínea “d”, da Lei nº 8.666/93; em caso de reequilíbrio, o aumento dos encargos fica condicionado aos limites legais do mesmo art. 65;

(b) Caso não concorde ou não se consiga a anuência – até por conta da própria pandemia –, a *redução do objeto do contrato pode ser feita unilateralmente*, na forma do art. 65, inciso I, da Lei nº 8.666/93. Mas, aqui, temos um *limitador de 25% de redução*;

(c) Ainda, a Administração Pública poderá *rescindir os contratos*, caso a hipótese “(a)” não se viabilize, ou seja, o *contratado não aceite a redução acima de vinte e cinco por cento*, na forma do art. 78, inciso XVII, da mesma lei geral de licitações e contratos públicos⁸.

Em muitos casos, a premência do tempo, a gravidade das circunstâncias, a ausência de recursos disponíveis, a inviabilidade de soluções alternativas – o elenco é meramente exemplificativo – poderão *impor ao agente administrativo que adote atos jurídicos e materiais não conformes, de modo perfeito e exato, às normas legais*. Tais atos deverão ser qualificados como juridicamente perfeitos. A Administração Pública tem o *dever de antecipar a efetiva consumação das variáveis indicadas*⁹.

⁷ Tratar-se-á a “força maior” como sinônimo de “caso fortuito”. Ambos devem advir de um evento natural, imprevisível, exterior e irresistível (CE, 11 dez. 1991, SONEXA).

⁸ Não se pode deixar de citar, ainda, que cabe aplicar, aqui, o disposto no caput e no § 1º da *Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB)*: “Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados. § 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente”.

⁹ Tratamos do tema em: HEINEN, Juliano. *Curso de direito administrativo*. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 1.066.

Assim, a situação excepcional que se vive reclama interpretações condizentes. Frente à *clara ausência de condições de economicidade para a manutenção da mesma força de trabalho pelo particular*, especialmente diante de casos em que sequer se pode acessar prédios públicos ou exercer as atividades, pode-se *determinar a suspensão temporária e parcial da execução contratual*. Essa providência vem justamente a garantir desde já a recomposição de equação econômico-financeira do contrato em curso¹⁰.

Veja que o próprio art. 78, inciso XIV, da *Lei Geral de Licitações e Contratos Públicos* dispõe que é possível a *suspensão de sua execução, por ordem escrita da Administração, especialmente em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra*. E, em caso de impedimento, ordem de paralisação ou suspensão do contrato, o cronograma de execução será prorrogado automaticamente pelo tempo correspondente, *anotadas tais circunstâncias mediante simples apostila*. Assim, não há necessidade de se perfazer aditivo ao contrato. Lembrando que o apostilamento justamente serve para inserir, alterar ou suprimir informações ou dados do ajuste, sem comprometer substancialmente as obrigações pactuadas.

Muitas vezes, obstáculos podem ser percebidos, os quais, inclusive, são involuntários e incontroláveis. Exemplo: greve dos transportadores de mercadorias que afeta a entrega de material à obra; eventos meteorológicos que afetam a possibilidade de se acessar o campo de obras ou de prestar o serviço (v.g. chuvas sucessivas atrasam o serviço de pintura externa de um prédio) etc. E, no caso, está-se a viver uma situação de proporções mundiais e que atingiu drasticamente as relações humanas mais comecinhas.

Ainda que se visualizem situações em que o contratado tenha direito à extinção do contrato, nos casos de (1) suspensão de sua execução, por ordem escrita da Administração Pública, por prazo superior a três meses; (2) repetidas suspensões que totalizem 120 (cento e vinte) dias úteis, independentemente do pagamento obrigatório de indenização pelas sucessivas e contratualmente previstas desmobilizações e mobilizações e outras previstas, elas *não serão*

¹⁰ PEQUIGNOT, Georges. *Théorie générale du contract administratif*. Paris: A. Pedone, 1945, p. 374. Essa garantia foi rígida ainda em 1910, para preservar a continuidade do contrato administrativo com a *Cie. Générale Française des Tramways*. Mas o caso emblemático da aplicação da *teoria da imprevisão nos contratos administrativos* pode ser conferido em CE, 30 mar. 1916, *Cie. générale d'éclairage de Bourdeaux*, o conhecido "caso do gas de Bourdeaux".

admitidas em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, bem como quando decorrerem de ato ou fato que tenha praticado, do qual tenha participado ou para o qual tenha contribuído o contratado (art. 78, inciso XIV, da Lei nº 8.666/93)¹¹.

Perceba que a *Lei Geral de Licitações e Contratos Públicos* determinou que essas situações citadas, que criam direito subjetivo à extinção do ajuste por parte do contratado *não possam ser por ele alegadas, ou seja, o referido direito não existe*. E é razoável, *porque se tratam de casos invencíveis às partes* (v.g. guerra, perturbação grave à ordem pública etc.), ou de situações em que o próprio contratado tenha contribuído para o atraso. Vamos dar um exemplo hipotético: cabia ao particular, conforme os termos do negócio jurídico, a indenização de imóveis eventualmente sujeitos à desapropriação, para a execução de uma obra pública. Contudo, nada foi pago, o que impediu ultimar a expropriação, sendo que o contratado contribuiu ao atraso e, então, não pode se valer do direito de extinguir o ajuste unilateralmente¹².

Logo, a lei foi inteligente ao prover solução que *representa alternativa à rescisão*, “[...] com a cautela de impor-lhe limite temporal; prorroga-se o cronograma por tempo igual àquele previsto; esgotado tal prazo, que duplica o tempo originariamente estabelecido para a execução, estará o contratado liberado do esforço de salvação do contrato e promoverá as medidas tendentes à sua rescisão.”¹³. Eis o espírito da paralisação, que faz todo o sentido no tempo em que se vive. Não se pode deixar de considerar a hipótese de que, *dando causa à suspensão do contrato, a Administração Pública concorre para por bom termo à avença*¹⁴. A boa-fé implica o dever de adotar providências preventivas e

¹¹ Aliás, o art. 57, da mesma legislação, que trata da duração dos contratos administrativo, no § 1.º dispõe que: “Os prazos de início de etapas de execução, de conclusão e de entrega admitem prorrogação, mantidas as demais cláusulas do contrato e assegurada a manutenção de seu equilíbrio econômico-financeiro, desde que ocorra algum dos seguintes motivos, devidamente autuados em processo: [...] III – interrupção da execução do contrato ou diminuição do ritmo de trabalho por ordem e no interesse da Administração”. No mesmo sentido: TCU, Acórdão nº 314/98, Plenário. Assim: “Art. 79, § 5º - Ocorrendo impedimento, paralisação ou sustação do contrato, o cronograma de execução será prorrogado automaticamente por igual tempo.” – todos da Lei nº 8.666/93. Julgando o tema: TCU, Processo n. TC 008.151/94-6. TCU. Plenário. DOU de 15.10.1996. Pág. 20931.

¹² JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. São Paulo: Dialética, 2009. p. 821-822.

¹³ PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 530. No mesmo sentido: MOTTA, Carlos Pinho Coelho. *Eficiência nas licitações e contratos*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 294.

¹⁴ TCU, Processo n. TC 008.151/94-6. TCU. Plenário. DOU de 15.10.1996. Pág. 20931.

mitigadoras de efeitos danosos quanto à execução do contrato administrativo. Isso envolve a previsão quanto à necessidade de modificação das condições contratuais, inclusive para alterar o modo de execução do objeto¹⁵.

Mas, e se o contrato gerar maior onerosidade ao contratado? A resposta a esta pergunta será disposta nos tópicos que seguem.

3 Mutabilidade dos contratos administrativos

Ainda que esta seja uma visão mais “filosófica” do tema, é certo que, em última análise, os mecanismos de reequilíbrio dos contratos possuem como finalidade recompor uma realidade alterada pelo tempo. E, para tanto, quando o direito atua sobre o tempo – tentando vencer sua lógica e sua adequação natural –, deve se valer da “força”¹⁶. Então, tais mecanismos pretendem, também em uma análise finalística, conferir previsibilidade e segurança às relações negociais¹⁷.

Os contratos vivem um paradoxo: ao mesmo tempo que se fazem pactos para se ter certeza do que acontecerá no futuro, este mesmo ajuste “é lançado”¹⁸ em um mundo de incertezas, porque não se sabe como este mundo se comportará em relação a eles. Assim, é uma ilusão pensar que esta estabilidade será fixa. O que se deve ter são bases estruturadas para que se possa dar flexibilidade aos câmbios futuros da realidade. Os próprios contratantes não querem esta inflexibilidade, porque, se assim fosse, estar-se-ia aniquilando a autonomia da vontade.

A fim de permitir essa adaptabilidade dos pactos às modificações que se processam depois de firmado o ajuste, a legislação permitiu uma série de possibilidades neste sentido. O Estado, por exemplo, possui a prerrogativa de alterar unilateralmente os contratos administrativos, nos limites fixados na lei, notadamente no art. 65 da Lei nº 8.666/93. Esse poder unilateral de alteração foi

¹⁵ CAGNASSO, Oreste. *Appalto e sopravvenienza contrattuale*. Milano: Giuffrè, 1979, p. 17.

¹⁶ Uma explicação bastante didática sobre esta relação entre o “tempo”, o “direito” e a “força” pode ser conferida a partir da relação feita por François Ost (*O tempo do direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 1999, p. 9-10) para com o “mito de Cronos”.

¹⁷ Afinal, não é outra senão uma das finalidades do direito, qual seja, conferir previsão, o que é ínsito em relação ao contrato. Logo, as partes contratantes logram em aceitar uma promessa de que as coisas sejam cumpridas de determinada maneira em certo tempo.

¹⁸ “Alea iacta est”: a frase atribuída a Júlio César ao decidir cruzar com suas tropas o Rio Rubicão tem pleno paralelo com os contratos, pois, por melhor e mais ampla que sejam as previsões contratuais, nem todos os âmbitos serão cobertos e todo o contrato estará sujeito a riscos em alguma medida.

construído a partir da “*teoria de mutabilidade do contrato administrativo*”, tendo, na França, caráter puramente pretoriano¹⁹. Em outras palavras, há mais de um Século, duas decisões importantes produzidas pelo Conselho de Estado²⁰ foram essenciais nesta evolução²¹.

No final do Século XIX, a cidade de Deville-les-Rouen decidiu delegar o serviço de iluminação pública das ruas a uma empresa privada, a qual passaria a operar e explorar o sistema. Tal concessão foi concretizada pelo prazo de noventa e nove anos. Tempos depois, a referida municipalidade alterou unilateralmente o contrato, exigindo que tal iluminação passasse a ser elétrica, sendo demandada a mencionada concessionária neste sentido, a qual se recusou a implementar o desejo do município francês. Para tanto, interpôs recurso para o Conselho de Estado, o qual admitiu que a Administração Pública tem um *poder unilateral de alteração*, julgando, portanto, lícita a exigência feita²².

No entanto, tal corte considerou que este poder existe somente sob certas condições:

- (a) Em primeiro lugar, as *necessidades do serviço público* devem exigir este câmbio;
- (b) Por conseguinte, é imprescindível que *as alterações não excedam determinados limites*, definidos especialmente na lei;
- (c) Por fim, é preciso que o *equilíbrio econômico-financeiro do contrato seja respeitado*.

A partir desses julgamentos, o Conselho de Estado passou a entender que a mutabilidade é *uma das regras gerais aplicáveis aos contratos administrativos*. E, ainda, que este *poder unilateral de alteração pode ser exercido em todos os contratos administrativos de qualquer natureza, ainda que*

¹⁹ Na verdade, ao longo dos tempos, a França enfrentou o tema de modo dissonante, por vezes aceitando que o Estado detinha o poder de modificar unilateralmente o contrato, outras vezes não. Essa dicotomia, candente em contratos de concessão, pode ser percebida nas compreensões diferentes de Georges Péquignot (*Op. Cit.*, p. 306), para quem tal poder é pleno, e de Francis-Paul Bénoit (*Op. Cit.*, nº 1.161 e ss.), para quem esse poder é mínimo, senão inexistente. A jurisprudência francesa cria uma espécie de “regra geral” sobre o assunto, ao decidir que os poderes de modificação unilateral de um contrato vão depender das disposições próprias de cada delegação (CE, 21 dez. 2012, *Commune de Douai*).

²⁰ CE, 10 jan. 1902, *Compagnie nouvelle du gaz de Deville-lès-Rouen*; CE 21 mar. 1910, *Compagnie générale française des tramways*.

²¹ Tratou-se disso com mais detalhes na obra: HEINEN, Juliano. *Curso de direito administrativo*. Salvador: Juspodivm, 2020, p 1.059.

²² Esta possibilidade de alteração unilateral foi reafirmada no julgamento: CE, 02 fev. 1983, *Union des transports publics*.

não previsto expressamente. E, por fim, que o exercício unilateral desta mutabilidade possui *limites*. Essas premissas podem bem ser aplicadas no Brasil, diante do regime jurídico dos contratos administrativos atualmente vigente²³.

A mutabilidade existente nos contratos públicos passou a ser aplicada a partir das disposições legais que materializaram teorias e institutos muito conhecidos no direito administrativo. Para responder às perguntas feitas logo no início da exposição, passa-se a analisar se alguma delas pode ser útil à solução jurídica das questões.

4 Teoria do fato do príncipe

Muitas empresas, profissionais autônomos etc. deixaram de executar contratos por conta de que atos administrativos ablativos suspenderam as atividades de inúmeros setores, a fim de garantir o isolamento social. Serviços públicos deixaram de ser prestados, ou o próprio isolamento determinado pelo Estado gerou a queda abrupta das receitas de concessionárias, por exemplo. Esses atos e essa situação poderiam ser considerados “fato do príncipe”, o que permitiria que se pretendesse que o Estado compensasse os onerados por prejuízos sofridos?

Na sua origem, a *Teoria do fato do príncipe*²⁴ (*Fait du Prince*) surgiu atrelada principalmente aos contratos de concessão de serviço público, sendo expandida, posteriormente, aos demais negócios jurídicos feitos pelo Estado. Nos primórdios²⁵, tal teoria era aplicada para justificar o *ressarcimento* dos contratados por qualquer *ação unilateral feita pelo Estado*, ligada diretamente ou não ao negócio jurídico estabelecido com a entidade pública.

A teoria é aplicada no momento em que a Administração Pública contratante usa seu poder e toma uma ação que *não se relaciona diretamente* para com o contrato em si, mas que o afeta, enfim, *gera efeitos sobre ele*, operando uma *maior onerosidade*. Há, assim, um “fato do príncipe”.

Caso presentes os pressupostos da teoria, *há o dever de compensação financeira ainda que o fato do príncipe provenha de uma medida administrativa*

²³ HEINEN, Juliano. *Op. Cit.*, p. 1.060.

²⁴ No caso, o termo “príncipe” refere-se a Estado, Administração Pública, Poder Público.

²⁵ Falo aqui do começo do Século XX.

geral. Neste caso, a parte contratada tem direito à indenização. E isto ficará ainda mais evidente se o ato estatal afetar especialmente o particular contratante, mais do que outros indivíduos não contratantes. De qualquer sorte, *em ambos os casos ele será compensado pelo custo extra*²⁶.

Contemporaneamente, esta noção foi alterada, porque abrangeria apenas *as medidas de ordem geral não relacionadas diretamente ao contrato, mas que se refletem nele, causando uma maior onerosidade ao contratado*²⁷. Pode-se apoiar o *fato do príncipe*, de outro lado, na *teoria da reparação equitativa do dano causado por iniciativa alheia, a partir das situações ulteriores que geram um agravamento na situação de um dos contratantes*, cabe a quem dá causa – no caso o Estado – ressarcir o prejudicado.

O Conselho de Estado francês, quando enfrentou o tema, apesar da divergência doutrinária existente à época, adotou o entendimento de Francis-Paul Bénoit²⁸, reclamando que a medida estatal que atinge e onera o contratado seja tomada *pela autoridade pública que faz parte do contrato*. Então, na França, se outra entidade pública toma uma medida legal ou administrativa que atinge o negócio alheio, ou seja, do qual a Administração Pública contratante não faz parte, não estamos diante de verdadeiro *fato do príncipe*²⁹.

Com a ascensão da pandemia, as esferas de governo em todo o País, em maior ou menor medida, passaram a editar atos administrativos em caráter geral, e que podem ter impactos na execução dos contratos administrativos. Exemplos não faltam: a determinação de que as pessoas não circulem e fiquem em casa fez com que se diminuísse o uso do transporte público, afetando a arrecadação tarifária das concessionárias no setor – a mesma lógica pode ser aplicada a outras delegações de serviço público. Os atos que determinaram o fechamento compulsório do comércio e da indústria seguem a mesma linha de raciocínio.

²⁶ Há julgados do Conselho de Estado francês que admitem a indenização (ou as medidas compensatórias) apenas para os casos de ações estatais específicas, e não gerais (CE, 8 nov. 1957, *Société Chimique*).

²⁷ ARAÚJO, Edmir Netto. *Contrato administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 735; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 189.

²⁸ BÉNOIT, Francis-Paul. *Op. Cit.*, p. 238. No mesmo sentido: CHAPUS, René. *Droit administratif général*. Paris: Montchrestien, 2001, p. 1.210.

²⁹ CE, 11 mar. 1910, *Cie française des tramways*; CE, 20 out. 1971, *Compagnie du chemin de fer de Bayonne à Biarritz*; CE, 29 dez. 1997, *Soc. Civ. Des Néo-Polders*.

Então, afinal, sendo esses atos eventos causados pelo Estado e externos à relação contratual, poderiam ser qualificados como *fato do príncipe*?

Entende-se que não. Não se poderia pensar que se está diante de *fato do príncipe*, por conta de que os atos estatais têm uma *causa inevitável*. A rigor, o Estado não teve opção senão tomar as medidas de isolamento com lastro técnico. E estas medidas oneraram o próprio ente público, que amargou problemas econômicos e fiscais gravíssimos. Tal situação difere dos casos de “fato do príncipe”, como o clássico aumento de tributos que atingem a cláusula de serviço de contratos administrativos. Nesta situação, o Estado está a se beneficiar pelo ato, e o aumento de tributos estava, bem ou mal, na esfera da sua discricionariedade.

Mas se entende que essa não seja a mesma situação que decorre da pandemia, porque tais medidas foram necessárias e até mesmo prejudicaram o Estado contratante. Então, a situação de pandemia deve ser encarada como verdadeiro *fortuito para todas as partes contratantes*.

A *excepcionalidade da ocorrência e a gravidade de seus efeitos* impedem a invocação de argumentos relacionados à “ordinariedade” do risco. De modo que se compreende que não há cabimento em afirmar que o surgimento de um vírus, com efeitos nocivos relevantes, e a sua difusão na sociedade são eventos “possíveis” de serem previstos e evitáveis. Ao contrário. E, no caso, *há causalidade entre a ocorrência da pandemia e do fechamento do comércio etc.*

Assim, a situação em apreço, ou seja, a causa de tudo, é típica *força maior*, a gerar problemas não só aos agentes de mercado, mas também ao Estado, que amarga prejuízos vultosos em todos os campos: humano, fiscal, orçamentário etc. São típicos casos da “*álea econômica*”, e não administrativa. Como já se disse na nossa obra sobre o tema: “[...] são situações derivadas de circunstâncias imprevisíveis, ou previsíveis, mas de consequências imprevisíveis, sendo elas excepcionais e inevitáveis.”³⁰. De modo que o acontecimento fortuito é que deve balizar a atuação do Estado³¹.

³⁰ HEINEN, Juliano. *Curso de direito administrativo*. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 1.061.

³¹ “Nos contratos agrícolas de venda para entrega futura, o risco é inerente ao negócio. Nele não se cogita em imprevisão.” (STJ, AgRg no REsp. nº 884.066-GO, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, Terceira Turma, j. 06/12/2007).

5 Teoria da quebra base do negócio jurídico

A *teoria da quebra base do negócio jurídico* começa a ser estruturada no final do século XIX, e é desenvolvida com mais ênfase até meados do século XX³². Apesar disto, pode-se ver uma aplicação interessante dela ainda no Século XVII, na Inglaterra, no caso *Paradine v. Jane* (1647), no qual Paradine é locador de Jane, e propõe ação judicial alegando o não pagamento de alugueres por três anos. Em sua defesa, a locatária alega que não utilizou o bem neste período, por conta da ocupação dele pelas forças inimigas do Rei Carlos I³³, durante a Guerra Civil inglesa (1642-1649). A Corte britânica não acolheu a defesa de Jane, por conta de que a locatária também deveria suportar os lucros ou prejuízos inesperados.

Na Alemanha, a *teoria da quebra da base objetiva do negócio* também se mostrou presente na resolução de determinadas controvérsias. Em 28 de novembro de 1923, o Tribunal Superior Alemão debatia a questão da distribuição dos prejuízos em caso de negócio jurídico atingido pela inflação. A corte decidiu que as partes eram, conjuntamente, credor e devedor, e, por isso, deveriam ambas arcar com os prejuízos ocasionados pela inflação, baseando sua sentença no §242 do Código Civil germânico (v.g. BGB)³⁴.

A *teoria da quebra base objetiva do negócio*: desenvolvida por Karl Larenz³⁵, deixa de dar ênfase ao motivo, para focar nas *circunstâncias* do negócio. De modo bastante sintético, elencam-se os elementos dogmáticos da *teoria da quebra da base objetiva* em itens, a seguir dispostos³⁶:

- (a) Há de ocorrer um *evento extraordinário*. Logo, é sensível ao caso a natureza das circunstâncias supervenientes;
- (b) O evento mencionado deve ter causado uma *maior onerosidade* a um dos contratantes, ou seja, deve-se perguntar se houve alteração significativa na economia contratual;

³² Não se confunde com os institutos da *frustration*, que é bem mais amplo, porque ligada à *finalidade* do contrato (*propouse*), e nem com a *impossibility*.

³³ O governo do Rei Carlos I durou de 1625 a 1649.

³⁴³⁴ Para a interpretação atual do §242 do BGB, ver: WESTERMAN, Harm Peter; GRÜNEWALD, Barbara; MAIER-REIMER, Georg. *Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar*. Köln: Dr. Otto Schmidt, 2011.

³⁵ LARENZ, Karl. *Base del negocio jurídico y cumplimiento de RJLB*. Albolote (Granada): Comares, 2002.

³⁶ SILVA, Luis Renato Ferreira. *Reciprocidade e contrato*. A Teoria da Causa e sua aplicação nos contratos e nas relações “paracontratuais”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013, p. 140-142.

(c) A base negocial deve ter sido realmente atingida;

Atualmente, o Código Civil germânico prevê a possibilidade de alegar a quebra da base a partir de previsão expressa em seu texto, conforme alterações feitas pela *Schuldrechtsmodernisierungsgesetz* (lei para a modernização do direito das obrigações), conforme dispõe o § 313 do BGB. Tal dispositivo permite a revisão contratual quando se perceber “perturbação da base do negócio”, desde que ela seja grave (*schwerwiegend*) em três situações (de acordo com os três itens do dispositivo). No Brasil, a *teoria da quebra da base objetiva do negócio* foi incorporada pelo *Código de Defesa do Consumidor* (Lei nº 8.078/90), no art. 6º, inciso V³⁷.

Aplicando o instituto analisado à situação causada pela *Covid19*, pode-se perceber que a pandemia não afetou somente uma das partes do contrato, mas as duas. A pergunta é: tanto o Poder Público, quanto o contratado privado foram atingidos pelos efeitos econômico-sociais causados pelo *Coronavírus*? Se essa resposta é verdadeira, a quebra da base do negócio ocorreu para ambas as partes, por conta de que tanto o Estado como os particulares sofreram com os efeitos econômicos deletérios oriundos do *Coronavírus*. Sendo assim, entende-se que a *Teoria da quebra da base objetiva do negócio* não é bem adaptada a resolver a situação.

6 Teoria da onerosidade excessiva

A *Teoria da onerosidade excessiva* possui como antecedente histórico o direito romano antigo, a partir da concepção da *laesio enormis*. Ela é retomada pelo direito italiano no final do Século XIX, ainda que o Código Civil italiano de 1896 determinasse o respeito rígido ao *pacta sun servanda*.

Naquela época, ocorreu incêndio grave de um imóvel em Messena e Regio Calabria. Tal teoria foi aplicada, com fundamento na cláusula *rebus sic stantibus*, para que as pessoas prejudicadas pelo fortuito pudessem receber os seguros³⁸.

³⁷ CDC, art. 6º: “São direitos básicos do consumidor: (...) V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas.”

³⁸ BARLETTA, Fabiana Rodrigues. Apontamentos para um estudo comparado da revisão contratual por excessiva onerosidade nos direitos brasileiro, português e italiano. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Padma, v. 24, p. 247-272, out/dez, 2005.

A partir de então, a *Teoria da onerosidade excessiva* ganhou contornos próprios que a diferenciaram de institutos similares, como a *teoria da imprevisão* ou *da quebra da base objetiva do negócio* etc. Com a edição do Código Civil italiano de 1942, tal teoria foi positivada expressamente nos arts. 1.467 e 1.468³⁹.

No Brasil, a *Teoria da onerosidade excessiva* foi aplicada primeiro no âmbito dos contratos públicos que tinham por objeto a construção de obra pública, isto já no ano de 1963⁴⁰. A partir desse manancial de informações, pode-se elencar os seguintes elementos dogmáticos à aplicação da teoria:

- (a) Há de se estar diante de um *evento extraordinário e posterior à constituição do negócio*. E não há dúvidas de que a pandemia se enquadra nessa categoria, de acordo com aquilo que aqui já foi indicado;
- (b) Tal evento deve ter causado uma *onerosidade* a uma das partes, sendo que, claro, ela não pode ter sido causada por uma das partes. No tema, já se indicou que ambas as partes do contrato foram oneradas. Mas o caso concreto pode revelar uma maior ou menor onerosidade a uma das partes contratadas, ou seja, ainda que ambos os polos da relação negocial sofram efeitos deletérios oriundos da *pandemia*, uma das partes pode ter sido onerada ainda mais. Contudo, essa é uma questão a ser resolvida concretamente, ou seja, caso a caso;
- (c) De outro lado, o mesmo evento deve gerar uma maior *vantagem* para uma das partes contratantes. Duas pressuposições. Primeiro, trata-se de mais uma questão a ser visualizada no caso concreto. De outro lado, compreende-se que a *Covid19* é típico evento que não atribui vantagem para ninguém – ao contrário;
- (d) O evento a ser considerado e que perturbou o equilíbrio contratual deve ser *imprevisível* ou *previsível, mas de consequências imprevisíveis*. Isto porque, se uma das partes podia considerar razoavelmente possível de ocorrer no futuro tal situação, deveria ter a considerado quando fez o

³⁹ Deve ser observado, por oportuno, que o Código Civil italiano de 1942 exclui a possibilidade de aplicar a *teoria da onerosidade excessiva* aos contratos aleatórios.

⁴⁰ MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil: do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 5, t. 1, 2005, p. 237.

negócio, cabendo, pois, suportar os ônus desta deficiência na avaliação inicial⁴¹.

Sendo assim, parece difícil perceber o tema a partir a *teoria da onerosidade excessiva*. De modo que se passa à análise de mais um instituto pertinente ao problema enfrentado.

7 Teoria da imprevisão

A *teoria da imprevisão* já era conhecida e aplicada no direito canônico⁴², mas foi esquecida no auge do liberalismo (individualismo). Será retomada no final do século XIX e início do XX, no “Caso da companhia de gás de Bourdeaux”, julgado pelo Conselho de Estado francês.

Antes de se falar do caso citado, a referida Corte francesa já dava mostras de aplicar tal teoria ainda em 1910, para preservar a continuidade do contrato administrativo com a *Cie. Générale française des Tramways*. Mas o caso emblemático da aplicação da *teoria da imprevisão nos contratos administrativos* pode ser conferido no citado caso da empresa de Bourdeaux⁴³. É uma das teorias mais notórias do direito administrativo na matéria de contratos de direito público⁴⁴. Ela *nasce da necessidade de manter a continuidade dos serviços públicos*. Então, passou a ser aplicada a todos os contratos de longa duração e que reclamavam a manutenção da sua prestação por questões sociais. A “teoria das situações imprevisíveis” surge quando dificuldades materiais atingem a execução do contrato, presentes uma característica excepcional e imprevista, e não causada por nenhuma das partes contratuais⁴⁵.

É curioso notar que o desenvolvimento teórico-dogmático da *teoria da imprevisão* se mostra latente nos contratos de direito público, sendo que o direito privado francês demora a incorporar esta teoria, mantendo a rigidez da *pacta sun servanda*. Mesmo a *Lei de Falliot* (de 1912), que permitia a resolução de contratos cujas prestações, em consequência da guerra, tornaram-se

⁴¹ Há quem não diferencie os elementos dogmáticos das teorias apresentadas. Por todos: RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. *Revisão judicial dos contratos*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 156.

⁴² Muito embora a *teoria da imprevisão* já tenha reminiscências históricas no *Código de Hamurabi*.

⁴³ CE, 30 mar. 1916, *Cie. Générale d'Éclairage de Bourdeaux*, o conhecido “caso do gás de Bourdeaux”.

⁴⁴ CHAPUS, René. *Op. Cit.*, p. 1.211.

⁴⁵ RICHER, Laurent. *Op. Cit.*, p. 245. Conferir, ainda: CE, 30 jul. 2003, *Commune de Lens*.

demasiadamente onerosas aos contratantes, apesar de fazer previsão expressa da possibilidade de revisão contratual, era basicamente episódica. Este fato revela a dificuldade do direito privado em incorporar tal substrato dogmático. Tanto que Ripert dizia que a *Lei de Falliot* era um atentado contra a autonomia da vontade e contra os redatores do código civil napoleônico⁴⁶.

Assim, enquanto que o direito público incorporou plenamente a mencionada teoria, o direito privado a previu, expressamente, em legislações específicas e muitas vezes casuísticas, como a Lei de 1919, que tratava sobre seguros; a Lei de 1924, que disciplinava o arrendamento; a Lei de 1925, que tutelava preços de alugueis. Todas elas são normativas emergenciais, sem que se produzisse uma “regra geral” sobre o tema.

No Brasil, a teoria não passou despercebida. Com base na dogmática francesa sobre o tema, passou-se a aplica-la a quando se estivesse diante de fatos imprevistos, ou previsíveis, mas de consequências imprevisíveis, enfim, ocorridos após a constituição do contrato, e alheios à vontade das partes, resultando em um *ambiente econômico diverso*⁴⁷. A definição da teoria pode bem partir da dicção do art. 317 do Código Civil brasileiro: “Art. 317. Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação.”⁴⁸. Esse dispositivo deve ser conjugado com o art. 478 do mesmo código: “Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.”. Enfim, trata-se da soma de um *fato superveniente*, com a ocorrência de *uma onerosidade excessiva*⁴⁹.

⁴⁶ RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis*. Campinas: Bookseller, 2000, p. 145.

⁴⁷ Sobre a *teoria da imprevisão* no direito administrativo, consultar a obra de Maria Sylvia Zanella Di Pietro (*Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2015, p. 329).

⁴⁸ Uma análise muito perspicaz sobre o tema foi feita em: ROCHA, Flávia Baldotto da; TRENTINI, Flávia. A possibilidade de revisão judicial das obrigações: art. 317 do código civil e o impacto da teoria da imprevisão no direito civil brasileiro. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, v. 106, n. 407, p. 547-557, jan./fev. 2010.

⁴⁹ Nas relações de consumo, a teoria foi adaptada no art. 6º inciso, V do CDC, que dispensa a prova do fato imprevisível (diferentemente do que ocorre nas relações civis comuns, reguladas pelo CC). Assim, é suficiente a existência de um acontecimento superveniente que gere o desequilíbrio negocial: “São direitos básicos do consumidor: (...) V - a modificação das cláusulas

Para tanto, uma soma de condições deve estar presente para que o contratante prejudicado possa pleitear *medidas compensatórias*⁵⁰:

(a) O *risco (álea)* deve ser independente da vontade das partes e *imprevisível*, como no caso de guerra, grave crise econômica, desvalorização da moeda etc. Enfim, deve-se estar diante de acontecimento dificilmente resistível. Sendo assim, a causa da recomposição deve ser considerada *imprevisível, ou previsível, mas de consequências imprevisíveis*⁵¹;

(b) A *onerosidade* deve existir⁵², mas não pode ser absoluta⁵³, e deverá ter um caráter temporário, causando uma *desproporção no sinalagma contratual*⁵⁴;

(c) A parte contratada deverá *continuar a execução do ajuste*, apesar das dificuldades⁵⁵.

É claro que o instituto ora abordado se aplica somente a contratos com *execução diferida ou continuada (trato sucessivo), comutativo e oneroso*. Assim, a *Teoria da imprevisão* não se aplica, em regra, aos negócios instantâneos ou de execução imediata. Tanto que o *fundamento da teoria da imprevisão* é a cláusula *rebus sic stantibus*, que é considerada *implícita* em qualquer contrato de trato sucessivo.

Partindo dessas premissas, as medidas compensatórias serão fixadas amigável ou judicialmente, a fim de cobrir parte do *déficit* que o contratado sofreu. O “estado de imprevisão”, sempre temporário, vai intentar restabelecer o

contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;” – Lei nº 8.078/90.

⁵⁰ BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Teoria da imprevisão: sentido atual. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 679, p. 18-29, maio 1992.

⁵¹ “Nos contratos agrícolas de venda para entrega futura, o risco é inerente ao negócio. Nele não se cogita em imprevisão.” (STF, AgRg no REsp. nº 884.066-GO, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, Terceira Turma, j. 06/12/2007).

⁵² AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Comentários ao Novo Código Civil: da extinção do contrato*. Rio de Janeiro: Forense, v. VI, t. II, 2011, p. 900.

⁵³ “A conversão da moeda em URV de que trata a Lei n. 8.880/94 não se apresenta como extorsiva ou exorbitante a justificar a excepcionalidade da Teoria da Imprevisão.” (STJ, REsp. nº 650.613-SP, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Segunda Turma, j. 23/10/2007).

⁵⁴ Os franceses usam uma expressão interessante. Há de se ter uma “*bouleversement de l'économie du contrat*” ou seja, uma “*oneração na economia contratual*” (tradução livre) – CHAPUS, René. *Op. Cit.*, p. 1.212. Conferir, ainda: CE, 19 fev. 1992, *SA Dragages et travaux publics*.

⁵⁵ CE, 5 nov. 1982, *Société Propétrol*.

equilíbrio do contrato. Do contrário, as partes deverão partir para a *rescisão do negócio*.

No setor público, a teoria foi aplicada aos contratos administrativos durante a Primeira Guerra Mundial (1914-1918), notadamente nos contratos de concessão de transporte ferroviário. À época, o Conselho de Estado francês entendeu que o caso deveria ser tratado de acordo com as “intensões das partes”, que fizeram um negócio em tempos de paz, e agora devem dirigir sua avença de acordo com as circunstâncias vivenciadas⁵⁶. Mas o caos se alastrou, e atingiu as companhias de gás, que também pretenderam a adaptação do seu contrato de concessão na época da guerra. E, neste caso, a corte francesa exara um acórdão que se tornou referência no mundo, *não exigindo que se levasse em conta a “intensão das partes”*⁵⁷. Contemporaneamente, contudo, raras são as decisões do Conselho de Estado que aplicam tal teoria, até porque os contratos protegem adequadamente às empresas em relação aos eventos imprevisíveis e às variações de preços⁵⁸. Como se diz na doutrina, a *teoria da imprevisão* “perdeu seu brilho original”⁵⁹.

Fazendo um juízo de subsunção da *teoria da imprevisão* à conjuntura causada pela *Covid19* nos contratos administrativos, percebe-se uma aproximação, senão uma plena adaptabilidade. De modo que tal instituto parece ser bastante adequado a resolver o tema. Não há dúvidas, repetindo o que já se expos, que a *Covid19* gerou um “estado de coisas” (1) oneroso e (2) imprevisível para as partes.

Fixada essa premissa, ter-se-ia de averiguar quais seriam os efeitos jurídicos derivados. Novamente, a doutrina e a jurisprudência francesas fornecem importantes subsídios. Primeiro, é de se dizer que a aplicação da *teoria da imprevisão não libera as partes contratadas de cumprirem com as obrigações pactuadas*. Elas deverão continuar a executar o contrato, *adaptando-se sua execução ao “estado de imprevisão”*⁶⁰. Exemplifica-se: as obrigações contratuais podem ser reduzidas proporcionalmente, adequando-se ao estado de onerosidade causado pela pandemia.

⁵⁶ CE, Avis de 8 ago. 1915, *Compagnie de Train*.

⁵⁷ Foi o CE, 16 mar. 1916, *Cie. générale d'éclairage de Bourdeaux*.

⁵⁸ RICHER, Laurent. *Op. Cit.*, p. 249.

⁵⁹ “*A perdu son éclat initial*” (tradução livre) – cf. CHAPUS, René. *Op. Cit.*, p. 1.214.

⁶⁰ CHAPUS, René. *Op. Cit.*, p. 1.213.

*Somente se essa tentativa não for frutífera é que se pode pensar em medidas compensatórias, por meio de indenizações*⁶¹. E, neste caso, quando há a evidência da situação de *imprevisão*, *há de se repartir a onerosidade entre as partes do contrato*⁶². Essa distribuição equitativa das cargas tem total coerência com a ideia de *contrato equitativo* ou de *sinagma do negócio jurídico*, típico dos contratos de direito público. De outro lado, caberá ao magistrado perceber como se deve proceder em relação à distribuição dos riscos, conforme o conteúdo do contrato⁶³.

De outro lado e por fim, não há dúvidas que a força maior causada pelo *Coronavírus* pode exonerar as partes de atribuição da culpa pela inexecução dos contratos, desde que o obstáculo à manutenção do negócio tenha nexos causal com a pandemia. Isso é pertinente ao que dispõe o art. 78, inciso XVII, combinado com o art. 79, § 2º, ambos da Lei nº 8.666/93. Neste caso, será o contratado ressarcido dos prejuízos regularmente comprovados que houver sofrido, tendo ainda direito a “I - devolução de garantia; II - pagamentos devidos pela execução do contrato até a data da rescisão; III - pagamento do custo da desmobilização.”⁶⁴.

Conclusões

A exposição até aqui desenvolvida pretendeu oferecer ao leitor um panorama acerca dos vários institutos que podem dizer se e como se daria o reequilíbrio econômico-financeiro derivado da pandemia causada pelo *Coronavírus*. É incontroverso, nesse contexto, que a *Covid19* gerou uma série de efeitos deletérios na sociedade e na economia, o que se refletiu nos contratos administrativos. Paralelamente, não há dúvidas de que se trata de um caso fortuito ou força maior, ou seja, de um evento *imprevisível e alheio à vontade dos contratantes*.

A partir dessas premissas, passou-se a analisar se os atos administrativos afilivos que têm por meta combater a doença de larga escala (*v.g.* suspensão dos contratos; suspensão do exercício de atividades comerciais; etc.), e que

⁶¹ CE, 9 dez. 1932, *Cie. des tramways des Cherbourg*.

⁶² RICHER, Laurent. *Op. Cit.*, p. 261.

⁶³ CE, 25 jun. 1971, *Soc. Établissements Marius Sérès*.

⁶⁴ A jurisprudência francesa também admite a exoneração da culpa em caso de força maior. Por todos: CE, 9 jan. 1929, *Compagnie des messageries maritimes*.

impactaram nos contratados poderiam ser considerados eventos bastantes para se pretender o reequilíbrio econômico-financeiro. Considerou-se que os atos estatais não poderiam ser categorizados como “fato do príncipe”, por conta de que (1) foram praticados por força da pandemia, ou seja, de modo alheio à vontade do Estado e (2) vieram em prejuízo do próprio Estado.

Por fim, para a resposta ao pedido de reequilíbrio econômico-financeiro derivado dos efeitos da pandemia, formulou-se a seguinte metodologia que pode auxiliar as partes contratantes:

(a) O contrato administrativo regula como deve ser resolvido casos fortuitos, seja em suas cláusulas, seja em sua matriz de risco? Se positiva a resposta, o intérprete deve ser valer dessa fonte jurídica para resolver o tema, e distribuir os ônus e responsabilidades a partir do que foi pactuado. Em outros termos, *caso exista previsão expressa no contrato*, ou seja, o negócio jurídico *trate expressamente de situações de caso fortuito ou de força maior*, devem tais cláusulas regerem o assunto;

(b) Caso o contrato administrativo não tutele o tema, deve o contratado, por primeiro:

(b1) provar que a *Covid19* gerou *efetiva onerosidade na execução do contrato*;

(b2) e que a onerosidade *derivou diretamente da Covid19* – nexó causal;

(c) É possível aplicar a *Teoria a imprevisão* para os contratos administrativos atingidos pela *Covid19*, porque o evento é *imprevisível e independente risco (álea) do negócio*. Mas as partes devem continuar executando o contrato.

(d) Aplicando tal teoria:

(d1) primeiramente, deve-se tentar adaptar o pacto ao “estado de imprevisão”, por exemplo, reduzindo-se proporcionalmente as obrigações das partes contratadas;

(d2) caso isso não seja possível, as compensações devem ser distribuídas entres as partes contratantes, na medida do grau de responsabilidade e do grau de onerosidade – incidência, aqui, do *princípio da proporcionalidade*.

Referências

- AGUIAR JÚNIOR, Ruy Rosado de. *Comentários ao Novo Código Civil: da extinção do contrato*. Rio de Janeiro: Forense, v. VI, t. II, 2011
- ARAÚJO, Edmir Netto. *Contrato administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987
- BARLETTA, Fabiana Rodrigues. Apontamentos para um estudo comparado da revisão contratual por excessiva onerosidade nos direitos brasileiro, português e italiano. *Revista Trimestral de Direito Civil*. Rio de Janeiro: Padma, v. 24, p. 247-272, out/dez, 2005
- BÉNOIT, Francis-Paul. *Le droit administratif français*. Paris: Dalloz, 1968
- BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Teoria da imprevisão: sentido atual. *Revista dos Tribunais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 679, p. 18-29, maio 1992.
- CAGNASSO, Oreste. *Appalto e sopravvenienza contrattuale*. Milano: Giuffrè, 1979
- CHAPUS, René. *Droit administratif général*. Paris: Montchrestien, 2001
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di Pietro. *Direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2015
- HEINEN, Juliano. *Curso de direito administrativo*. Salvador: Juspodivm, 2020, p. 1.066.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. São Paulo: Dialética, 2009.
- LANGELER, Elise. *L'office du juge administratif et le contract administratif*. LGDJ, 2012
- LARENZ, Karl. *Base del negocio jurídico y cumplimiento de RJLB*. Albolote (Granada): Comares, 2002
- MARTINS-COSTA, Judith. *Comentários ao Novo Código Civil: do direito das obrigações, do adimplemento e da extinção das obrigações*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, v. 5, t. I, 2005
- MOREIRA NETO. Diogo de Figueiredo. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2014
- MOTTA, Carlos Pinho Coelho. *Eficácia nas licitações e contratos*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998
- OST, François. *O tempo do direito*. Lisboa: Instituto Piaget, 1999
- PÉQUIGNOT, Georges. *Théorie générale du contract administratif*. Paris: A. Pédone, 1945
- PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997
- RICHER, Laurent. *Droit des contrats administratifs*. Paris: LGDJ, 2014
- RIPERT, Georges. *A regra moral nas obrigações civis*. Campinas: Bookseller, 2000

ROCHA, Flávia Baldotto da; TRENTINI, Flávia. A possibilidade de revisão judicial das obrigações: art. 317 do código civil e o impacto da teoria da imprevisão no direito civil brasileiro. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, v. 106, n. 407, p. 547-557, jan./fev. 2010.

RODRIGUES JÚNIOR, Otávio Luiz. *Revisão judicial dos contratos*. São Paulo: Atlas, 2006

SILVA, Luis Renato Ferreira. *Reciprocidade e contrato*. A Teoria da Causa e sua aplicação nos contratos e nas relações “paracontratuais”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013

UBAUD-BERGERON, Marion. *Droit des contrats administratifs*. Paris: LexisNexis, 2015.

WESTERMAN, Harm Peter; GRÜNEWALD, Barbara; MAIER-REIMER, Georg. *Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar*. Köln: Dr. Otto Schmidt, 2011