

Pandemias e outros eventos – seus efeitos nos contratos – impacto nos contratos administrativos

Edite Hupsel

Procuradora do Estado da Bahia aposentada. Professora de Direito Administrativo. Mestre em Direito Administrativo pela Universidade de Coimbra. Coautora da obra *Comentários à Lei de Licitações e Contratações do Estado da Bahia – Lei nº 9.433, de 01 de março de 2005*, Editora Fórum. Autora da obra *Parcerias Público-Privadas à luz de seus fundamentos teóricos e da legislação brasileira*, Editora Juruá, 2014.

Resumo: Pandemia e outros eventos – seus efeitos nos contratos – afastamento da força obrigatória – aplicação da teoria da imprevisão – Código Civil brasileiro e o amparo à teoria: resolução ou modificação do contrato – da aplicação da teoria da imprevisão aos contratos administrativos – princípio geral de direito administrativo – contratos administrativos em geral – amparo no art. 65, II, “d”, da Lei nº 8.666, de 1993: sobrevivência de “fatos imprevisíveis” – sua distinção de “força maior” e “caso fortuito” – rescisão ou revisão dos ajustes – contratos de concessão comuns ou de parcerias público-privadas – efeitos diversos da pandemia – previsão da repartição dos riscos da Lei nº 11.079 de 2004 e as suas consequências – conclusões e sugestões quanto ao tema.

Palavras-chave: Pandemia. Teoria da imprevisão. Código Civil e leis administrativas. Reequilíbrio econômico-financeiro. Efeitos. Contratos administrativos.

Sumário: **1** Teoria da imprevisão e os contratos administrativos em geral – **2** Teoria da imprevisão e os contratos de concessão comum e de parceria público-privada

Neste tempo de pandemia, muitos têm falado e escrito sobre seus efeitos em diversas áreas do direito. Para acomodar e minorar os seus impactos, diversas normas foram editadas regulando novas situações. Diversos atos de poder de polícia administrativa foram praticados pelos chefes dos poderes executivos, fixando proibições, com vistas a evitar ou diminuir a propagação da doença. Também muitas requisições de bens e serviços com a finalidade de melhor cuidar da saúde pública neste período foram feitas.

No trato de inúmeras questões que foram surgindo, o direito tem sido revisitado por juristas que buscam dele extrair lições há muito dadas pela doutrina pátria e alienígena.

O tema dos contratos interessa sobremaneira, e soluções compatíveis com o ordenamento jurídico já posto e com as novas regras recentemente editadas não que ser dadas.

Aprendemos que nem sempre o que foi pactuado entre as partes pode prevalecer como obrigação inafastável.

Circunstâncias existem que afastam a força obrigatória dos contratos, na sua compreensão anterior; afastam o “dogma da vontade” em cujo rastro pontificou o *pacta sunt servanda*, princípio antes tão defendido como manto protetor da florescente burguesia pós-revolução francesa.

Com a ocorrência dos conflitos mundiais do século que passou, novamente veio a ganhar vulto a teoria da imprevisão e, no seu trilho, a defesa da resolução e da revisão dos contratos. O princípio do respeito rigoroso aos compromissos assumidos se relativizou para amparar situações imprevistas e imprevisíveis pelas partes no momento da celebração do ajuste.

No nosso ordenamento jurídico, o Código Civil traz, expressamente, amparo à resolução do contrato ou à sua alteração em ocorrendo, no seu curso, acontecimentos extraordinários e imprevisíveis. Assim, dispõe em seus artigos:

Art. 478. 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.

Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar eqüitativamente as condições do contrato.

Ninguém é obrigado a cumprir um contrato que se tornou ruinoso ou impossível de ser cumprido em face da alteração das circunstâncias.

Bem colocada a compreensão segundo a qual cláusula contratual não é clausura. É que a força obrigatória das cláusulas se há de investigar a partir da gênese do contrato e com os critérios de sua interpretação associada à concepção que se nutre com relação ao direito, ao se reconhecer que a vontade é elemento propulsor do negócio jurídico e que o negócio jurídico se interpreta unindo a declaração da vontade à intenção das partes.¹

¹ HUPSEL, Francisco. *Autonomia privada na dimensão civil-constitucional: o negócio jurídico, a pessoa concreta e suas escolhas existenciais*. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 167-168.

Se a balança desequilibra, o desequilíbrio anormal distorce a vontade emitida pela parte contratante eis que esta foi declarada diante de uma realidade alterada profundamente e não dirigida para a realidade posterior e imprevisível.

Vivificadas essas noções, pode-se mesmo afirmar que não foi mitigada ou flexibilizada a força obrigatória dos contratos, mas, sim, a sua compreensão e leitura, que se desprenderam do dogma da intangibilidade e passaram a vestir roupagens que buscam manter a justiça contratual.

No caso do impacto da pandemia – que ora atinge a humanidade como um todo – sobre os contratos, em muitas das situações cabe a invocação da teoria da imprevisão a amparar a resolução ou a alteração dos ajustes. Em inúmeros casos, tem essa teoria aplicação.

Para os ajustes em geral, o Código Civil brasileiro ampara a resolução do contrato ou a sua alteração em ocorrendo, no seu curso, acontecimentos extraordinários e imprevisíveis. Ele positiva, no seu texto, essa teoria da imprevisão.

Cabe aos civilistas tratar dos efeitos da pandemia sobre os ajustes em geral.

A despeito da similaridade do tema, interessa-nos, especificamente, os seus efeitos nos contratos administrativos como um todo.

1 Teoria da imprevisão e os contratos administrativos em geral

Sem uma longa digressão sobre a aplicação da teoria da imprevisão sobre os contratos dessa espécie, basta a conclusão segundo a qual se trata de um princípio geral de direito administrativo.

Com o prof. Marcelo Caetano:

O facto de, embora por diplomas legais diversos e em diferentes épocas, terem sido abrangidos todos os contratos administrativos em que a solução da imprevisão se impunha, e de as regras adoptadas se fundarem na necessidade social de assegurar a justiça comutativa nos contratos a longo prazo cuja execução seja perturbada por casos imprevisos, revela que estamos perante um princípio geral de Direito Administrativo.²

Como princípio geral de direito administrativo, este deve ser respeitado e observado pelos aplicadores do direito.

² CAETANO *apud* CARVALHO FERNANDES, Luisa. *A Teoria da Imprevisão no Direito Civil Português*. Lisboa: Quid Juris?, 2001. p. 235.

Como espécie do gênero contrato, o contrato de direito público abrange os ajustes internacionais e aqueles denominados de administrativos. Esses últimos, foco do assunto a ser tratado, também importam em acordos de vontades geradores de direitos e obrigações recíprocos. Porém, tendo especificidades, é exatamente a derrogação parcial do direito privado que lhes dá os contornos próprios.

São as “famosas” cláusulas exorbitantes que tipificam os ajustes denominados de administrativos.

Define, a melhor doutrina,³ essas cláusulas como aquelas que não são comuns ou que seriam ilícitas, nos contratos entre particulares, por encerrarem prerrogativas ou privilégios de uma das partes em relação à outra. Essas prerrogativas existem, independente mesmo de previsão expressa no ajuste, pois decorrem da lei, eis que são indispensáveis para assegurar a posição de supremacia da administração pública sobre a parte contratada e a prevalência do interesse público.

Relembradas as peculiaridades do contrato administrativo em face dos contratos em geral, cabe buscar no nosso ordenamento jurídico o fundamento legal para a aplicação da teoria da imprevisão nesses ajustes.

No Código Civil, para os contratos em geral.

Nas leis administrativas, para as espécies de contratos administrativos.

No nosso direito pátrio, para os contratos administrativos em geral, está essa teoria positivada na Lei Geral de Licitações e Contratos – Lei nº 8.666, de 1993 – no artigo que disciplina as alterações contratuais. É no artigo 65, inciso II, do citado diploma, especificamente na sua alínea “d”, que ela se encontra.⁴

Ressalvados os prejuízos que possam advir da má gestão da própria empresa, de fatos imputáveis à contratada, os demais eventos desequilibradores daquela equação inicial devem ser considerados pela administração contratante como fundamento e motivo para a revisão do ajuste. Chamamos a atenção que, dentre esses eventos, menciona a lei os “fatos imprevisíveis”.

Como visto, prejuízos outros que não sejam imputáveis à própria contratada, decorrentes de eventos ocorridos posteriormente à apresentação das propostas devem ser assumidos pela administração contratante e servem de fundamento

³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 31. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 343.

⁴ 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.

para a revisão dos contratos. Assim determina a lei para contratos administrativos em geral.

A justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato é assegurada pelo mencionado dispositivo, que trata dos ajustes administrativos em geral.

Disciplinando nesse sentido, buscou o legislador criar uma proteção para os cofres públicos, desestimulando a apresentação de propostas que trouxessem sobrepreços nas quais restassem embutidas previsões da ocorrência de fatos tais como greves, excessos pluviométricos, aumento de impostos e outros e, até mesmo, dissídios coletivos. Buscou, assim, assegurar aos interessados na contratação que os prejuízos advindos de fatos posteriores à apresentação das propostas, desde que não imputáveis ao contratado, seriam assumidos pela administração contratante com a revisão do contrato para reequilibrar a sua festejada equação econômico-financeira.

Dentre as situações elencadas no citado artigo da Lei Geral de Licitações e Contratos, tem a pandemia, perfeito enquadramento em “fato imprevisível”. Tem enquadramento na teoria da imprevisão “que consiste no reconhecimento de que eventos novos, imprevisos e imprevisíveis pelas partes e a elas não imputáveis, refletindo sobre a economia ou a execução do contrato, autorizam a sua revisão para ajustá-los às circunstâncias supervenientes”.⁵ A imprevisibilidade da pandemia, a excepcionalidade da álea e o desequilíbrio entre as prestações são os pressupostos de incidência dessa teoria.

Contratos de obras, de serviços e de fornecimentos que tenham sofrido impacto com essa pandemia e tenham tido sua equação econômico-financeira desequilibrada devem ser revistos pela administração, com fundamento no dispositivo legal acima mencionado, no artigo 65, inciso II, alínea “d”, da Lei nº 8.666, de 2004. Essa revisão é uma garantia de âmbito restrito, pois não abrange todas as modalidades de contratos da administração.⁶

A manutenção dos ganhos do contratado, com os lucros a serem auferidos com o contrato, também deve ser conservada.

⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 13. ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 197.

⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 31. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. p. 328.

2 Teoria da imprevisão e os contratos de concessão comum e de parceria público-privada

Já quanto aos contratos de concessão de obras e serviços públicos, é na Lei nº 8.987, de 1995, que trata sobre o seu regime jurídico,⁷ que se tem a proteção do princípio da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do ajuste. No art. 9º do citado diploma consta a disciplina sobre a revisão das tarifas e derredor do reequilíbrio em face da alteração unilateral do contrato pelo poder concedente. Algumas situações de desequilíbrio por criação ou alteração de tributos têm expressa previsão na lei, como fundamento para revisão das tarifas.

Diversamente dos demais ajustes administrativos, nos quais somente os prejuízos causados por eventos imputáveis aos contratados são pelos mesmos assumidos, nos contratos de concessão outros riscos são assumidos pelos concessionários. Existe a previsão legal da exploração dos serviços “por conta e risco” do concessionário – art. 2º, inciso II, da Lei Geral de Concessão.

No que diz respeito às parcerias público-privadas, também não se aplica a disciplina do art. 65, inc. II, alínea “d”, da Lei nº 8.666, de 1993. Assim pensamos.

A previsão, na Lei nº 11.079, de 2004, da repartição dos riscos nos casos de caso fortuito, força maior, fato do príncipe e áleas econômicas extraordinárias – art. 5º, inciso III – tem o condão de afastar desses contratos a incidência daquelas disposições do art. 65 da Lei nº 8.666, de 1993. Assim, ou o Poder Público contratante, quando se trata de contratos administrativos em geral, assume totalmente esses riscos – da ocorrência de fatos imprevisíveis ou previsíveis de consequências incalculáveis, de caso fortuito, força maior, configuradores de álea extraordinária e extracontratual – ou, na forma da lei de PPPs, os riscos são repartidos entre os contratantes. Ou uma coisa, ou outra. Melhor dizendo, a disciplina de uma lei afasta a disciplina do outro diploma. Por expressa incompatibilidade, lei especial afasta a aplicação de lei geral, quando dispõe de forma diversa.

Na esteira da melhor doutrina:⁸

⁷ Art. 9º A tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta Lei, no edital e no contrato.

§2º Os contratos poderão prever mecanismos de revisão das tarifas, a fim de manter-se o equilíbrio econômico-financeiro.

§3º Ressalvados os impostos sobre a renda, a criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, após a apresentação da proposta, quando comprovado seu impacto, implicará a revisão da tarifa, para mais ou para menos, conforme o caso.

§4º Em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo.

Art. 10. Sempre que forem atendidas as condições do contrato, considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro.

⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 329.

Não se pode esquecer que a solução adotada na Lei nº 8.666 para o reequilíbrio do contrato não se aplica aos contratos de parceria público-privadas, disciplinados na Lei nº 11.079/04, tendo em vista que seu art. 5º, III, prevê, repetindo mais uma vez, a repartição dos riscos nos casos de caso fortuito, força maior, fato do príncipe e âles econômicas extraordinárias.

Não se há de falar em pandemia como caso fortuito, definido este como evento da natureza que, por sua imprevisibilidade e inevitabilidade, cria para o contratado impossibilidade intransponível de regular execução do contrato. Sequer como força maior, entendida como evento humano que, por sua imprevisibilidade e inevitabilidade, cria para o contratado impossibilidade intransponível de regular execução do contrato. Com grande administrativista aprendemos essas lições.⁹

Similar ao evento “guerra”, seu enquadramento se faz na teoria da imprevisão, eis que se trata de fato totalmente imprevisível na ocasião da assinatura dos contratos, estranho à vontade das partes contratantes, inevitável e causador de grande desequilíbrio nos contratos.

Não se aplicando aos contratos de concessão comum, administrativa ou patrocinada, o art. 65, II, “d”, da Lei Geral de Licitações, não se pode imputar, nesses contratos, ao Poder concedente todos os prejuízos sofridos pelos contratantes em razão da atual pandemia.

E quanto aos efeitos da aplicação das disposições da Lei nº 11.079, de 2004, certamente nos riscos assumidos pelo poder concedente não constaram fatos enquadráveis na teoria da imprevisão.

Quando pactuada uma repartição de riscos entre a administração contratante e o contratado sem referência expressa a fatos imprevisíveis, grandes reflexões merecem ser feitas, buscando soluções que sejam de interesse público, na continuidade da prestação dos serviços concedidos, e de justiça entre as partes.

Nessa hipótese, quando pactuada essa repartição de riscos na contratação integrada oriunda do Regime Diferenciado de Contratação (RDC),¹⁰ nos contratos de obra e serviços celebrados por empresas públicas e sociedades de economia

⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 13. ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais. p. 198.

¹⁰ Lei nº 12.462 de 2011: “Art. 9º – Nas licitações de obras e serviços de engenharia, no âmbito do RDC, poderá ser utilizada a contratação integrada, desde que técnica e economicamente justificada e cujo objeto envolva, pelo menos, uma das seguintes condições: §2º No caso de contratação integrada: ... §5º Se o anteprojeto contemplar matriz de alocação de riscos entre a administração pública e o contratado, o valor estimado da contratação poderá considerar taxa de risco compatível com o objeto da licitação e as contingências atribuídas ao contratado, de acordo com metodologia predefinida pela entidade contratante”.

mista¹¹ e naqueles ajustes que têm com objeto uma concessão comum, administrativa ou patrocinada, não vemos como a ocorrência da pandemia, desestruturadora da própria execução das obras ou da prestação dos serviços objeto do contrato, possa ser considerada um risco a ser automaticamente suportado por qualquer das partes contratantes, se silenciou o ajuste quanto ao tema.

Enormes reflexões cabem sobre o assunto.

Impossível para a parte contratada ter previsto e ter precificado a assunção desse risco à ocasião da apresentação de sua proposta, na licitação. Também a administração não assumiu o risco de pandemia, se o contrato não fez menção expressa a “fatos imprevisíveis” como um risco assumindo pelo concedente.

E em muitos desses contratos não só ocorreram prejuízos oriundos do fato imprevisível, mas, sim, uma verdadeira quebra, por inteiro, do próprio ajuste.

Concessões de rodovias, quando o desaparecimento da demanda veio a ocorrer em razão da pandemia; concessões de transportes, aéreo e terrestre, lembrando os aviões, ônibus, metrô que rodam vazios; concessões de obras de estádios, com a suspensão de jogos e eventos neles realizados e muitos outros contratos foram literalmente rasgados com a ocorrência da pandemia.

Mesmo tratando-se a concessão de uma atividade com risco econômico – a lei fala em “*por sua conta e risco*” –, nesses contratos e no caso da atual pandemia não podem os concessionários assumir todos os prejuízos.

O dever do poder contratante de repartir com os concessionários e parceiros privados os prejuízos ocorridos, nesses ajustes, advindos desta pandemia, se impõe. O princípio da justiça contratual somado ao princípio da continuidade da prestação de serviços públicos assim determina.

Cada solução há que ser disciplinada no caso em concreto, em cada ajuste, analisados os reais impactos do evento nos contratos e repartidos os prejuízos entre as partes e/ou adotadas soluções outras, como prorrogação de prazos ou outras medidas que minorem os prejuízos sofridos pelos contratados.

Cabe ao Poder Público e aos órgãos de controle se desprender de tudo quanto antes existente sobre a questão de recomposição e revisão dos contratos para construir soluções extracontratuais com vistas à manutenção das obras e dos serviços concedidos. Criatividade e responsabilidade são os vetores a serem seguidos em tal caminho. A repartição dos prejuízos há que ser providenciada.

¹¹ Lei nº 13.303, de 2016: “Art. 42. Na licitação e na contratação de obras e serviços por empresas públicas e sociedades de economia mista, serão observadas as seguintes definições: X – matriz de riscos: cláusula contratual definidora de riscos e responsabilidades entre as partes e caracterizadora do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, em termos de ônus financeiro decorrente de eventos supervenientes à contratação, contendo, no mínimo, as seguintes informações: ...”.

Devem caminhar sem medo, com seriedade e focados nos princípios da continuidade e da eficiência que devem nortear a prestação dos serviços públicos.

Abstract: Pandemic and other events – Its effects on contracts – Removal of mandatory force – Application of the Principle of Unpredictability – Brazilian Civil Code and support for the theory: resolution or modification of the contract – From the application of the Unforeseen Theory to administrative contracts – General principle of law administrative – Administrative contracts in general – Support in art. 65, II, “d” of Law nº 8.666, of 1993: arising from “unpredictable facts” – Its distinction between “force majeure” and “fortuitous event” – Termination or revision of the adjustments – Common concession contracts or public-companies – Different effects of the pandemic – Forecasting the risk distribution of Law 11.079 of 2004 and its consequences – Conclusions and suggestions on the topic.

Keywords: Pandemic. Principle of unpredictability. Civil Code and administrative laws. Economic-financial adjustments. Effects. Administrative contracts.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

HUPSEL, Edite. Pandemias e outros eventos – seus efeitos nos contratos – impacto nos contratos administrativos. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 18, n. 69, p. 57-65, abr./jun. 2020.
