

Título : EPIDEMIAS E PANDEMIAS – EFEITOS NOS CONTRATOS – IMPACTO NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Autor : Edite Hupsel

EPIDEMIAS E PANDEMIAS – EFEITOS NOS CONTRATOS – IMPACTO NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

EDITE HUPSEL

Procuradora do Estado da Bahia aposentada. Professora de Direito Administrativo.

Alguns juristas vêm manifestar-se sobre questões que dizem respeito aos efeitos de tristes eventos, como epidemias, pandemias e outros males, nos contratos como um todo. A atualidade deste tema os tem levado a revisitar o direito e a dele extrair lições há muito dadas pela doutrina pátria e alienígena.

Alguns artigos atuais estão tratando do tema.

Como profissional da área do direito, especialmente da área do direito administrativo, também não resistimos à ideia de escrever sobre o tema, com reflexões feitas no decorrer da vida profissional.

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

Hoje, mais do que pacificado está que circunstâncias existem que afastam a força obrigatória dos contratos, em 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.

Como dizia Heráclito de Éfeso: “tudo flui enquanto resultado da tensão contínua dos opostos”.

Ganhou vulto a teoria da imprevisão e, em seu trilha, veio a defesa da resolução e da revisão dos contratos. O princípio do respeito rigoroso aos compromissos assumidos relativizou-se para amparar situações imprevistas e imprevisíveis pelas partes no momento da celebração do contrato.

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 equitativamente as condições do contrato.

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

Bem colocada a compreensão segundo a qual cláusula contratual não é clausura, 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, ao se destacar que é a igualdade substancial que

preside a relação contratual e ao se defender que, nos contratos sinalagmáticos, o equilíbrio lhes é inerente e pode-se anunciar que o princípio da força obrigatória há de se conformar com a vontade, com a igualdade e com o equilíbrio (HUPSEL, 2016).

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, não dirigida para a realidade posterior e imprevisível.

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

Com esses nortes, debruçar-se sobre os efeitos de epidemias, pandemias e outros eventos imprevisíveis nos contratos administrativos passa a ser o objetivo deste artigo. Que os civilistas cuidem dos demais contratos, a despeito da similaridade entre esses temas.

TEORIA DA IMPREVISÃO E OS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Lembrar as especificidades dos contratos administrativos parece de utilidade antes de enfrentar o tema proposto.

Como espécie do gênero contrato, o contrato de direito público abrange os ajustes internacionais e aqueles denominados de administrativos.

Estes últimos, foco do assunto a ser tratado, também importam em acordos de vontades geradores de direitos e obrigações recíprocos. Tendo, porém, especificidades, é exatamente a derivação parcial do direito privado que lhes dá os contornos próprios.

São as “famosas” cláusulas exorbitantes, pois que tipificam os ajustes denominados de administrativos. Define, a melhor doutrina, 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 (DI PIETRO, 2018). Essas prerrogativas existem, independentemente 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 face aos contratos em geral, apontar, no nosso ordenamento jurídico, o fundamento legal para a teoria da imprevisão tanto para esses primeiros quanto para os ajustes administrativos parece de utilidade.

Se, para os ajustes de um modo geral, a teoria da imprevisão se encontra positivada no Código Civil, especificamente em seus arts. 478 e 479, também no mesmo direito pátrio e para os contratos administrativos, a teoria está positivada na Lei Geral de Licitações e Contratos – Lei nº 8.666/1993 – no artigo que disciplina as alterações contratuais.

Para os ajustes administrativos em geral é no art. 65, inc. II, do citado diploma, especificamente em suas alíneas “c” e “d”, que ela se encontra ¹. A justa remuneração da obra, do serviço ou do fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, é assegurada pelo referido dispositivo, que nada mais faz que dar concretude ao comando constitucional de “manutenção das condições efetivas das propostas” ².

É no momento da apresentação da proposta que se firma a equação econômico-financeira que deve ser preservada e mantida durante toda a execução do contrato. Nesse momento, é como se uma fotografia houvesse sido tirada devendo ser preservada a imagem nela constante. A partir dessa ocasião, a equação está protegida pelo direito.

Para os contratos de concessão de obras e serviços públicos, é na Lei nº 8.987/1995, que trata

sobre seu regime jurídico, que se tem a proteção, em diversos dispositivos, do princípio da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato. Princípio que, para todos os contratos administrativos, como é por demais sabido, tem assento no art. 37, inc. XXI, da Lei Maior Federal, que impõe a manutenção das condições efetivas das propostas nos ajustes firmados pelo Poder Público.

Trata-se, pois, de um princípio constitucional.

Negar o cumprimento desse princípio insculpido na Constituição e descumprir os dispositivos legais já mencionados, é agir contra a lei e contra o interesse público, propiciando a “quebra” de contratos, de empresas e da confiança daqueles que apresentaram suas propostas nos certames licitatórios, na certeza de que seriam mantidas as condições naquele momento existentes, naquele momento apresentadas.

Todos os efeitos gerados pelas epidemias e pandemias nos contratos administrativos devem ser considerados pelo Poder Público para fins de revisão desses ajustes.

Fatos totalmente imprevisíveis pelas partes no momento da apresentação das propostas, a revisão ou a alteração do contrato tem amparo na teoria da previsão, como também sua rescisão.

Nos contratos administrativos em geral e na maioria das situações, parece-nos mais fácil identificar os valores e as formas de operacionalizar e dar concretude a esse princípio constitucional. As contas dos prejuízos e dos gastos dos contratantes para executar o objeto do contrato podem ser apresentadas à Administração contratante, com vistas à revisão do contrato ou mesmo de pagamento de indenização pelos prejuízos suportados.

Na renegociação com o Poder Público, há de se buscar o realinhamento, a repactuação, a revisão e a prorrogação dos contratos, desconsiderando-se, inclusive, os limites de alteração quantitativa impostos em lei.

Cabe a cada contratado, em cada contrato, demonstrar o impacto financeiro e as dificuldades operacionais trazidas pela epidemia ou pandemia na execução das obrigações ajustadas e pleitear a revisão de seus preços e/ou a prorrogação de seu prazo. Esses direitos decorrem da lei e independem de previsão contratual.

Em contratos outros, porém, nos quais se encontra pactuada uma repartição de riscos entre a Administração contratante e o contratado, maiores reflexões merecem ser feitas, reflexões estas que não se revestem de qualquer singeleza.

Quando pactuada essa repartição de riscos na contratação integrada oriunda do Regime Diferenciado de Contratação (RDC)⁴, nos contratos de obra e serviços celebrados por empresas públicas e sociedades de economia mista⁵ e naqueles ajustes que têm como objeto uma concessão comum ou patrocinada, não vemos como a ocorrência de epidemia ou pandemia, desestruturadoras 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.

Enormes reflexões cabem sobre o tema.

Impossível para a parte contratada ter previsto e ter precificado a assunção desse risco à ocasião da apresentação de sua proposta na licitação.

E devem ser “mantidas as condições efetivas das propostas”, pois esse é o comando constitucional (art. 37, inc. XXI, da CF). Vale seja lembrado.

Em muitos desses contratos pactuados com repartição de riscos, não só ocorreu um desequilíbrio da equação econômico-financeira, oriundo de fatos imprevisíveis, mas também uma verdadeira quebra, por inteiro, do próprio ajuste, que não será resolvida com uma simples revisão do contrato, como previsto na Lei Geral de Licitações (art. 65, inc. II, alínea “d”).

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 da concessão de uma atividade com risco econômico – a lei fala em “por sua conta e risco” –, nesses contratos e no caso da atual pandemia, acreditamos que sequer a configuração da ocorrência de risco econômico extraordinário vem a indicar as saídas para a solução dos problemas ora surgidos.

As soluções apontadas na lei e nos próprios ajustes não são caminhos a serem trilhados na ocorrência de “quebra” total dos contratos e de sua equação econômico-financeira; não bastam para assegurar a continuidade da prestação dos serviços concedidos.

Nesses casos, na adoção de soluções pelos Poderes Públicos, devem ser esquecidas as fórmulas padrões de revisão de contratos, devem ser afastadas as fórmulas pactuadas entre as partes na repartição dos riscos nos contratos.

Cabe ao Poder Público e aos órgãos de controle se desprender de tudo quanto antes existente sobre a questão de 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.

Caminhar sem medo, com seriedade e focado nos princípios da continuidade e da eficiência é o que deve nortear a prestação dos serviços públicos!

REFERÊNCIAS

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 31. ed. rev. atual. e ampl. Rio de Janeiro. Forense, 2018.

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

[1] “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 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.”

[2] Constituição Federal, art. 37, inc. XXI: “ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, **mantidas as condições efetivas da proposta**, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.” (Grifamos)

[3] “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.”

[4] Lei nº 12.462/2011: “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”.

[5] Lei nº 13.303/2016: “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: [...]”.

Como citar este texto:

HUPSEL, Edite. Epidemias e pandemias – Efeitos nos contratos – Impacto nos contratos administrativos. *Zênite Fácil*, categoria Doutrina, 09 abr. 2020. Disponível em: <http://www.zenitefacil.com.br>. Acesso em: dd mmm. aaaa.