

Juliano Heinen: Não há o dever de negociar — Parte 1

A pandemia da Covid-19 gerou múltiplas interpretações sobre a sua natureza jurídica e os seus efeitos [\[1\]](#), uma vez que o impacto que ela causou em inúmeros setores foi por deveras intenso, especialmente no âmbito dos contratos administrativos. E não faltaram vozes a dar uma interpretação sobre o tema, "negociar com o contratado". Não entendemos assim.



A pandemia posta é típica força maior e desconheço quem

duvide desta interpretação, até porque, até o momento, infelizmente ninguém conseguiu conter em definitivo o vírus. E ele onerou sensivelmente os contratos administrativos. Como resolver essa situação?

Vamos voltar ao princípio das coisas. Primeiro, desde o Direito romano antigo, os contratos possuem duas fontes: a lei e as suas cláusulas. Logo, antes de mais nada, as partes contratantes devem avaliar se o próprio pacto não resolve a situação — essa é a primeira providência antes de qualquer outra compreensão que se queira a dar ao tema. E isso fica claro a partir da dicção do artigo 54, caput, da Lei nº 8.666/93 (Lei Geral de Licitações e Contratos Públicos), o qual coloca como fonte primária da interpretação dos negócios jurídico-administrativos as suas cláusulas. Por exemplo: muitos contratos (normalmente de concessão de serviço público) possuem matriz de risco que é a disposição negocial que, sinteticamente, distribui entre os contratantes os ônus que ocorrem depois de assinado o negócio. Logo, ali pode desde já estar a resposta à pergunta: quem suporta os prejuízos decorrentes da Covid-19?

Meu contrato não fala nada sobre isso... (O que nos parece natural, e é a realidade da maioria dos pactos feitos pela Administração Pública). A partir daqui, devemos necessária e imprescindivelmente perceber de qual espécie de contrato estamos diante: se de fornecimento, regido pela Lei nº 8.666/93; se de concessão comum, regido pela Lei nº 8.987/95; se de parceria público-privada, regido pela Lei nº 11.079/04; etc. Cada qual possui um regime jurídico diverso que trata do tema (lembra? Uma das suas fontes jurídicas que disciplinam o tema desde a Roma antiga).

Nos contratos de fornecimento, Lei nº 8.666/93, diz-se que o artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal disciplinaria o equilíbrio econômico-financeiro. Eu não leio isso: ele fala em manter "*mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei*". Então, quem dita a forma de reequilíbrio, nos contratos desse tipo, em que o Poder Público "adquire" bens, serviços ou obras dos particulares, é a Lei nº 8.666/93. Vamos a ela:



— O artigo 57, §1º, inciso II, "cai como uma luva": "*Os prazos de início de etapas de execução, de conclusão e de entrega admitem prorrogação, (...) desde que ocorra: (...) superveniência de fato excepcional ou imprevisível, estranho à vontade das partes, que altere fundamentalmente as condições de execução do contrato*". Então, o reequilíbrio pode ser feito — não há uma determinação. A lei não o impõe. Pensar diferente é colocar palavras ou compreensões não abarcáveis pela regra citada. E mais, o dispositivo admite somente e tão somente uma readequação quanto à prorrogação de prazos do contrato, não falando nada em relação a uma compensação financeira.

— Depois, a Lei nº 8.666/93 vai tratar do tema no artigo 65, inciso II, alíneas "c" e "d", especialmente. Contudo, em ambos os casos, a lei não deixa dúvidas: a modificação somente pode ser feita por "acordo das partes" (sic). Tanto é verdade que as modificações unilaterais, listadas no inciso anterior, sequer falam no tema do reequilíbrio por caso fortuito ou força maior — objeto da nossa análise.

— E os §§5º e 6º complementam o manancial de regras do artigo 65. Contudo, tais disposições não tratam de força maior. Disciplinam casos de fato do príncipe (quando por ação externa ao contrato o poder público causa uma maior onerosidade ao particular — exemplo: majoração de tributos que impactam na prestação pactuada); ou quando o Estado contratante modifica unilateralmente o contrato (exemplo: decide não construir mais uma escola com dez salas de aula, como originalmente pactuado, mas sim com 12).

— A Lei Geral de Licitações e Contratos Públicos confere ao contratado um único direito da ocorrência de caso fortuito ou de força maior, regularmente comprovada, impeditiva da execução do contrato: a) de rescisão do pacto (artigo 78, inciso XVII); b) de não ser penalizado pela inexecução; c) caso exista rescisão, o contratado tem direito à devolução de garantia, pagamentos devidos pela execução do contrato até a data da rescisão e pagamento do custo da desmobilização (artigo 79, §2º).

Portanto, não precisamos sequer buscar uma interpretação histórica para provar que não há o dever de negociar. A interpretação sistemática das normas constitucionais e legais dá conta de provar que este dever de negociar e este direito subjetivo ao reequilíbrio econômico-financeiro não estão previstos na lei, quando derivados de caso fortuito ou força maior. Eles existem para outras situações.

Aliás, para não deixar passar, uma interpretação histórica do tema, retomando o julgamento do caso da companhia que abastecia a iluminação pública de Bourdeaux (*Cie. générale d'éclairage de Bourdeaux*), decidido em 30 março 1916, pelo Conselho de Estado francês, o conhecido "caso do gás de Bourdeaux", que é a referência mundial no tema, seria contrária à tese de que há o dever de negociar — podemos tratar disso em outro momento.

De mais a mais, a pandemia da Covid-19 gerou uma onerosidade para ambos os contratantes. Em assim sendo, a aplicação de qualquer teoria, seja da quebra da base objetiva, da imprevisão etc. deverá perceber que os ônus foram suportados tanto pelo particular quanto pelo Estado. Logo, não vemos um desequilíbrio contratual para uma só das partes, porque ambas perderam com a pandemia. E esse fator parece ser esquecido por muitos daqueles que advogam o dever de reequilíbrio em contratos de fornecimento.

Por fim, faço três destaques. Primeiro, todo contrato possui risco, ou, como se diz, possui "álea econômica". E esse risco é típico do mercado e assumido por quem contrata. Segundo, nada impede que o Estado subsidie financeiramente certos setores, auxiliando na sua recuperação, como aconteceu com o setor da distribuição de energia elétrica, recentemente. Mas isso não é reequilíbrio econômico-financeiro, mas, sim, política pública.



— coisas bem diversas. Terceiro, no próximo artigo, trataremos de analisar como as leis que tratam das concessões de serviço público tutelam o reequilíbrio.

[1] Nós mesmos já nos posicionamos sobre o tema: <https://ceri.fgv.br/blog/afinal-qual-natureza-juridica-da-covid-19>

Date Created

08/06/2020