

Recebido em: 10/10/2022

Aprovado em: 10/10/2022

A TEORIA DA IMPREVISÃO: UMA RELEITURA PARA AS ARBITRAGENS EM TEMPOS DE GUERRA

*THE THEORY OF UNPREDICTABILITY: A RE-READING FOR
ARBITRATIONS IN TIMES OF WAR*

Luciano de Souza Godoy

*Advogado; professor da FGV Direito SP nos cursos de graduação e pós graduação;
Doutor em Direito pela USP; foi visiting scholar na Columbia Law School; foi também
juiz federal e procurador do Estado de São Paulo.*

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Evolução e consolidação da teoria da imprevisão no Brasil: considerações gerais e contratos com a Administração Pública. 3. A teoria da imprevisão em contexto global. 4. A teoria da imprevisão diante da Guerra da Ucrânia e da Pandemia de COVID-19: algo muda nas arbitragens?. 5. Conclusão. 6. Referências.

RESUMO: O presente artigo tem por objeto a análise da teoria da imprevisão. A partir de uma breve explicação do conceito jurídico, pretendemos compreender as possibilidades de aplicação do revisionismo das prestações contratuais em decorrência de circunstância não previstas pelas partes, considerando o desequilíbrio econômico financeiro ocasionado. Analisamos a possibilidade de aplicação da teoria em contexto global, nas arbitragens e no momento atual, considerando a pandemia da COVID-19 e a Guerra da Ucrânia. Concluímos que a teoria da imprevisão não pode ser aplicada indiscriminadamente por eventos externos à relação das partes, mesmo em casos tão dramáticos, mas depende da análise pormenorizada do caso e do impacto das circunstâncias ao efetivo equilíbrio das prestações.

PALAVRAS-CHAVE: Direito contratual. Teoria da Imprevisão. Arbitragem. COVID-19. Guerra da Ucrânia.

ABSTRACT: This article aims to analyze the theory of unpredictability. From a brief explanation of the legal concept, we intend to understand the possibilities for applying the revisionism of contractual benefits due to circumstances not foreseen by the parties, considering the economic and financial imbalance caused. We analyze the possibility of applying the theory in a global context, in arbitrations and in the current moment, considering the COVID-19 pandemic and the Ukraine War. We conclude that the principle of unpredictability cannot be applied indiscriminately due to events external to the parties' relationship, even in such dramatic scenarios, but depends on a detailed analysis of the case and the impact of the circumstances on the effective balance of contractual performance.

KEYWORDS: Contractual law. Theory of Unpredictability. Arbitration Law. COVID-19. Ukraine War.

1. INTRODUÇÃO

Gostaria inicialmente de agradecer às organizadoras e organizadores deste livro pela iniciativa de recolher escritos e estudos sobre Arbitragem, explorando suas possibilidades, limites e potencialidades quando passa a abarcar, em seu leque de resolução de conflitos, disputas envolvendo a Administração Pública.

Qualquer advogado ou árbitro reconhece o peso e a delicadeza inerentes a qualquer conflito que, ao ter como parte a Administração Pública, envolve princípios e valores tão caros ao ideal de república e civilização que buscamos alcançar, tais como o interesse público, a impessoalidade e a moralidade.

Por acreditar no avanço do instituto e no potencial da Arbitragem no Brasil e por reconhecer o desafio de seu envolvimento com questões de direito público, agradeço o convite que, aqui, me permite tecer breves contribuições ao debate, na esperança de participar do fortalecimento dessa agenda na resolução de conflitos no nosso país.

2. CONSOLIDAÇÃO DA TEORIA DA IMPREVISÃO NO BRASIL: CONSIDERAÇÕES GERAIS E CONTRATOS COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A teoria da imprevisão, superveniência ou onerosidade excessiva foi desenvolvida para permitir que contratos e pactos firmados entre particulares possam ser alterados e revistos caso eventos futuros não esperados pelas partes afetem excessivamente a relação e a proporção entre as prestações estabelecidas.

Tal teoria, como se pode imaginar pelo impacto que possui em temas politicamente sensíveis como a liberdade de contratar e a autonomia privada, já foi objeto de diversos estudos e pesquisas pelo Brasil e pelo mundo, especialmente de tradição jurídica romano-germânica. Toda uma biblioteca provavelmente poderia ser formada apenas com livros e artigos que trataram desse e outros assuntos correlatos.

As causas sociais e econômicas que permitiram o renascimento da cláusula *rebus sic stantibus* sob o manto da imprevisão se relacionam primordialmente com os períodos pós-guerras mundiais, em que a compreensão do Direito iniciava um afastamento do positivismo estrito e passava a se preocupar com as consequências sociais das normas, incorporando não só outras previsões legais de interferência nos pactos privados, mas também formas de interpretação que pudessem amenizar seus efeitos considerados socialmente negativos (TEPEDINO, 2021).

Segundo BITTAR (1992), a cláusula *rebus sic stantibus*, idealizada originalmente no Direito Canônico, ressurgiu a fim de servir de apoio para “justificar as exceções ao princípio da força obrigatória dos contratos” (*pacta sunt servanda*) em contratos de duração ou execução diferida. Contudo, apenas a utilização da cláusula nos moldes como foi criada era considerada muito rigorosa e “não considerava a impossibilidade de se prever a mudança do estado de fato” após o momento do contrato pactuado entre as partes.¹

Se atribui a Windscheid a primeira teoria a tentar atualizar a cláusula *rebus sic stantibus*, chamada Teoria da Pressuposição. De acordo com os tratados de Pontes de Miranda (MIRANDA, 1983), a teoria:

tentou mostrar poder haver restrição da vontade negocial, de jeito que, tendo-se admitido que exista, apareça ou persista determinada circunstância, posto que não haja considerado condição, a falha torna inadequadas à verdadeira vontade as consequências jurídicas.

A partir daí diversas outras teorias foram desenvolvidas, sendo as mais importantes a teoria da quebra da base subjetiva dos contratos, de Paul Oertmann, que tenta incluir as representações mentais das partes sobre circunstâncias do contrato em sua base; e a teoria da quebra da base objetiva dos contratos, de Karl Larenz, segundo a qual as condições contextuais em que se firmou o contrato compõem sua base objetiva e, por isso, “são levadas em consideração na persecução do escopo do contrato, na distribuição de riscos e na ponderação de seus interesses, gerando vinculação à conjuntura social, bem como o reconhecimento de sua mutabilidade” (TEPEDINO, 2021).

No Brasil, apenas o Código Civil de 2002 previu a possibilidade de modificação ou resolução contratual por alteração das prestações por eventos “extraordinários e imprevisíveis”, nos artigos 478 a 480. Segundo o artigo 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.

Conforme apontam Tepedino, Konder e Bandeira, a jurisprudência aplica a teoria da imprevisão ou onerosidade excessiva também com

1 BITTAR, Carlos Alberto. Teoria da imprevisão: sentido atual. *Revista de informação legislativa*, v. 29, n. 114, p. 263-282, abr./jun. 1992.

base no artigo 317 do Código Civil,² que, apesar de tratar de correção e atualização monetária, vem sendo interpretado como permissivo da revisão dos contratos por desproporção entre as prestações decorrentes de “motivos imprevisíveis”.

A aplicação da teoria da imprevisão se dá, teoricamente, em toda sorte de contratos regulados pelo Direito Privado, mas a depender das partes contratantes, pode haver modificações por influência de outros valores e princípios, próprio de ramos do direito diversos. É o que ocorre, por exemplo, nos contratos celebrados com a Administração Pública.

Os contratos administrativos devem obedecer a princípios próprios do Direito Administrativo, como o interesse público, a publicidade, a legalidade, a moralidade e a eficiência.

Importante lembrar que, segundo Maria Sylvia Zanella di Pietro, uma das características dos contratos administrativos, em relação a outros tipos de contrato, é sua mutabilidade. Diversas são as cláusulas exorbitantes que permitem à Administração Pública, em prol do interesse público, alterar os contratos firmados.

As áleas, por exemplo, são riscos que o particular corre ao contratar com o Poder Público. Ainda segundo a autora, podem ser (i) álea ordinária ou empresarial, presente em qualquer contrato e caracterizado pelo risco natural decorrente da lógica instável do mercado; (ii) álea administrativa, subdividida em outras três - a alteração unilateral do contrato pela Administração Pública por motivo de interesse público, o fato do príncipe e o fato da Administração; e (iii) a álea econômica, caracterizada por circunstâncias “imprevisíveis, excepcionais, inevitáveis, que causam desequilíbrio muito grande no contrato”, a qual atrai, por sua vez, a aplicação da teoria da imprevisão (DI PIETRO, 2020, p. 606.).

A despeito da semelhança, as áleas administrativas e a álea econômica se diferenciam no que tange à responsabilização da parte pelo reequilíbrio do contrato. Na primeira, é o poder público sozinho que responde pela paridade posterior das prestações, já na segunda, o ônus da alteração recai sobre ambas as partes. Em ambas, o art. 37, XXI, da Constituição Federal garante ao contratado o direito ao reequilíbrio financeiro dos contratos e como ressalta a autora, apesar da diferença, a responsabilidade por promover este reequilíbrio acaba recaindo, de qualquer forma, para a Administração Pública (DI PIETRO, 2020, p. 606.).

² 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.

A teoria da imprevisão no âmbito dos contratos administrativos é também prevista na Lei 8666/93, pela inclusão da alínea d, inc. II, no art. 65 da referida lei, através da Lei 8883/94:

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.

Importa acrescentar, ainda, o entendimento de que nos contratos administrativos de concessão de serviços públicos, por abrangerem um maior número de variáveis, o equilíbrio econômico-financeiro assumiria um perfil mais complexo:

Enquanto na empreitada habitual o equilíbrio se verifica na singela equação encargos remuneração, na concessão ele terá que ser aferido levando em conta muitas outras variáveis, tais como montante estimado de investimento, fluxo de caixa projetado, cronograma de desembolsos, variações de receita, custo de remuneração do capital (para fixação do qual concorrem outros tantos fatores, inclusive o risco político enredado no negócio) etc. (MARQUES NETO, 2002, p. 107)

Em remate, bom mencionar que cada caso concreto possui suas peculiaridades de fato e quanto à alocação de riscos do contrato, a ser avaliada especificamente a partir da interpretação de cada relação contratual.

3. A TEORIA DA IMPREVISÃO EM CONTEXTO GLOBAL

O estudo da teoria da imprevisão, em especial em cenários globalmente interconectados como é regra na atualidade, demanda que também voltemos nosso olhar para o tratamento dado ao tema por outras jurisdições.

Como já dito, os primeiros registros da aplicação da teoria da imprevisão surgem, na França, no período posterior a um evento de dimensões e impactos históricos: a primeira guerra mundial.

Naquele contexto, frente a um continente destruído por cinco anos de batalhas, era natural que os países envolvidos no conflito encontrassem dificuldades para se reconstruir e que os contratos celebrados antes da guerra tivessem o seu cumprimento posto em cheque.

O cenário, como explica Álvaro Villaça Azevedo, a quem faz referência Paulo Magalhães Nasser, motivou o Conselho de Estado da França a acolher a aplicação da teoria da imprevisão para a revisão de preços de um contrato administrativo, culminando na posterior edição de lei que acolheu a resolução de contratos afetados pela guerra:

Álvaro Villaça Azevedo consigna que a teoria da imprevisão foi sedimentada e acolhida pelo Conselho de Estado da França, durante a Primeira Guerra Mundial, em 1916, no bojo de questão envolvendo a *Compagnie Générale d'Éclairage de Bordeaux* e a Cidade de Bordeaux. Na ocasião, o cerne era a revisão de preços em um contrato administrativo, em razão da alta do carvão, decorrente de transtornos da guerra. Posteriormente, editou-se a *Lei Faillot*, em 1918, acolhendose, temporariamente, a resolução de contratos que tivessem sido afetados pela guerra, por fatos que excedessem a previsibilidade ordinária (NASSER, 2011).

Desde então, a teoria da imprevisão evoluiu e se consolidou em âmbito internacional, tendo hoje a sua aplicação reconhecida em diversos sistemas jurídicos.

Nesse sentido, Klaus Peter Berger e Daniel Behin, juristas alemães, defendem que a ocorrência de um evento de força maior pode ser considerada um gatilho para a revisão das obrigações contratadas pelas partes, mencionando expressamente a legislação alemã como “*adaptation-friendly*” no que concerne à possibilidade de revisão contratual e mostrando a admissão da modificação de contratos com base em fatos imprevisíveis como admitida em diversos países, inclusive em sede arbitral, com expressa referência, como exemplo, do atual momento de enfrentamento da pandemia de COVID-19:

The adaptation of contract by arbitrators is admitted by legal and contractual provisions under certain conditions. Arbitrators are allowed to intervene in contracts when circumstances impact contract performance and alter substantially its equilibrium. ...ensuring contract performance has been recognized as part of contributing to its stability. Thus reflects the need of maintaining the contract if external circumstances modify contract conditions rendering its

execution always possible but at excessively imbalanced conditions. (...) In cases of such extraordinary occurrences like the COVID-19 pandemic, they must bear in mind that these events are so exceptional and extraneous to the contract that, absent a specific risk assumption in the contract, neither party shall bear the full risk emanating from such crisis, but that this risk must be shared by the parties. (BERGER; BEHN, 2019-2020)

A esse respeito, os autores explicam que a teoria da imprevisão se tornou verdadeiro princípio legal transnacional, parte da nova *lex mercatoria*, tendo as regras transnacionais e a prática internacional levado à aplicação da teoria da imprevisão diante de quatro requisitos: (i) externalidade: o evento imprevisível deve ser externo à relação entre as partes, sem que elas tenham assumido o risco da sua ocorrência; (ii) inevitabilidade: a ocorrência do evento estava fora da esfera de controle da parte; (iii) imprevisibilidade: o evento e as suas consequências não poderiam ser razoavelmente evitados pela parte; e (iv) nexa causal: o descumprimento contratual é consequência direta do evento, e não culpa da parte.

O representante da Corte Permanente de Arbitragem na Argentina, Julián Bordaçar, também trata da aplicação da teoria da imprevisão em arbitragens e ressalta de que tal aplicação se dá de forma frequente, sendo medida de efetividade da arbitragem como meio de solução de controvérsias – efetividade que poderia ser colocada em risco caso se entendesse pela impossibilidade de revisão contratual em sede arbitral:

...the IBA debate revealed a feeling among practitioners that whether expressly or impliedly, or directly or indirectly, arbitrators frequently adapt contracts to meet the needs and intentions of disputing parties, and by doing so, they contribute to the rule of law. Were the tribunal not to do this, the dispute resolution procedure would not be fully effective. (BORDAÇAR, 2018).

Sobre esse mesmo tema, vale também destacar um dos precedentes da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional – CCI, tratando da possibilidade de revisão contratual com base na teoria da imprevisão e na adoção do princípio *rebus sic stantibus*:³

Moreover, from the covenant of good faith and fair dealing which is implied in each contract follows that in a case in which the circumstances

3 Final Award in Case 7365 (Extract). Publicado em: ICC International Court of Arbitration Bulletin, Vol. 15, N. 2.

to a contract undergo said fundamental changes in an unforeseeable way, a party is precluded from invoking the binding effect of the contract. The idea that a change in circumstances may affect the binding force of a contract is known under the maxim *clausula rebus sic stantibus*: the contract remains binding provided that things remain unchanged. It is understood, however, that due to the fundamental principle of *pacta sunt servanda* not any change of circumstances can be sufficient. Due to its exceptional character, its application is only justified if the change in circumstances was fundamental and unforeseeable. In such restrictive and narrow form this concept has been incorporated into so many legal systems that it is widely regarded a general principle of law. As such, it would be applicable in the instant arbitration even if it did not form part of [State X] law...

Fica claro, assim, que a aplicação da teoria da imprevisão é tema consolidado em âmbito internacional, com reconhecido uso em arbitragens.

4. A TEORIA DA IMPREVISÃO DIANTE DA GUERRA DA UCRÂNIA E DA PANDEMIA DE COVID-19: ALGO MUDA NAS ARBITRAGENS?

4.1. A guerra da Ucrânia

A eclosão do conflito entre Ucrânia e Rússia em meados de 2022, com seus efeitos micro e macroeconômicos, tem afetado a consecução de muitas contratações ao redor do mundo, incluindo-se o Brasil. Além de levar à frustração de contratos firmados diretamente com as nações em conflito, a guerra também repercute de maneiras diversas nos contratos domésticos.

A alta no valor do barril de petróleo enseja altas inflacionárias com consequências generalizadas nos negócios nacionais. A variação cambial e os impactos econômicos do conflito, por exemplo, nos setores de energia, transporte e commodities agrícolas, possivelmente terão reflexo nas demandas arbitrais do país.

Os efeitos da guerra poderão se evidenciar não apenas em demandas arbitrais de menor e maior complexidade entre partes privadas, mas também nas arbitragens com a administração pública. Sabe-se que a utilização da via arbitral tem sido expressiva, por exemplo, nos contratos administrativos de infraestrutura e energia, de longa duração, entre outros que compreendem concessões e parcerias público-privadas de grande relevância econômica.

A título de ilustração, no caso de concessões precedidas de obras públicas, tanto o aumento direto no valor dos insumos necessários à

obra, quanto as variações nos preços em toda cadeia de produção, podem implicar dificuldades na manutenção dos elementos do projeto básico que caracteriza o contrato.⁴ Contratos expostos a taxas de câmbio, que envolvem importações de equipamentos e produtos indexados em moeda estrangeira, também podem ver comprometida sua execução conforme os preços originalmente acordados.

Além disso, obstáculos associados às importações e exportações de bens, e questões logísticas afetadas pelo conflito, podem prolongar o tempo necessário à execução das obrigações contratuais (ou mesmo frustrá-las por completo), gerando custos indiretos adicionais.

Esta somatória de fatores a que se sujeitam, especialmente, os contratos que se prolongam no tempo, abre margem à evocação da teoria da imprevisão; e do princípio do equilíbrio econômico-financeiro no contrato administrativo.

O contratante poderá alegar que, com as repentinas e elevadas variações nos custos que compõem o contrato, a relação entre os encargos e vantagens tal como assumidos no momento da celebração do instrumento contratual não foi preservada, gerando um desbalanceamento da equação econômico-financeira. Nesse cenário, de um lado haveria visíveis prejuízos a uma parte; enquanto, de outro lado, a contraparte incorreria em enriquecimento ilícito.

Nos contratos administrativos, sendo a intangibilidade da equação econômico-financeira prevista legalmente,⁵ e mesmo revestida de proteção constitucional,⁶ é possível que tanto entes particulares quanto entes públicos venham a demandar a repactuação dos termos do contrato, ou ainda ressarcimento e indenizações por eventuais prejuízos causados pelo desequilíbrio de suas contratações, em discussões de alta complexidade que, muitas vezes, são submetidas à via arbitral.

4 Nesse sentido, tem-se o Art. 18, XV da Lei 8.987: "O edital de licitação será elaborado pelo poder concedente, observados, no que couber, os critérios e as normas gerais da legislação própria sobre licitações e contratos e conterà, especialmente: XV - nos casos de concessão de serviços públicos precedida da execução de obra pública, os dados relativos à obra, dentre os quais os elementos do projeto básico que permitam sua plena caracterização, bem assim as garantias exigidas para essa parte específica do contrato, adequadas a cada caso e limitadas ao valor da obra."

5 A Lei 8.666/93, no art. 65, II reportando-se aos contratos administrativos em geral e licitações. No mesmo sentido, o art. 124 do mesmo diploma se reporta a contratos de permissão e concessão de serviços públicos.

6 Constituição Federal, Art. 37: "A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...) 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."

Há de se notar, por fim, que os efeitos econômicos do conflito podem, em tese, tanto repercutir na capacidade de execução dos encargos que são atribuídos ao contratado, quanto nos termos da retribuição em pagamento por parte da Administração Pública, a qual também poderá sofrer redução de receitas e aumentos de gastos no contexto atípico vivenciado.

4.2. A pandemia

Com consequências semelhantes àquelas acima narradas, tem-se o caso da pandemia de COVID-19, equiparável a uma “guerra sanitária”. As medidas de restrição de circulação de bens e pessoas, decretadas por autoridades diversas no país e no mundo, representaram a suspensão de inúmeros contratos, ou mesmo sua terminação.

O comprometimento na realização de pagamentos e serviços, na entrega de produtos e na execução de obrigações diversas, além de um aumento geral de custos, diante de um evento sem precedentes, levaram e ainda têm levado contratantes a evocar a força maior ou a onerosidade excessiva no bojo de demandas judiciais e arbitrais, incluindo-se nas contratações com a administração pública – as quais, importa lembrar, podem se valer também da teoria geral dos contratos.

Nos contratos de concessão de infraestrutura de transportes, os efeitos jurídicos da pandemia foram objeto de análise da Advocacia-Geral da União (AGU) em importante Parecer⁷. O setor em questão se mostrou um dos mais afetados pelas restrições da pandemia, tendo em vista as expressivas quedas na demanda de voos nacionais e internacionais, e seu impacto no fluxo de veículos e no transporte rodoviário de passageiros, por exemplo. Como chega a ser expressamente citado no Parecer em questão, há estimativa de que noventa por cento do setor de transporte sofreu impactos negativos pela pandemia⁸.

4.3. Efeitos da guerra da Ucrânia e da pandemia nos contratos: como interpretá-los?

A despeito da abrangência e do caráter extraordinário que podem ser atribuídos tanto à pandemia quanto à guerra da Ucrânia, tais eventos não significam a invocação automática do inadimplemento por caso fortuito

7 Parecer N° 261/2020/Conjur-MInfra/CGU/AGU de 15/04/2020. Disponível em: <https://licitacao.paginas.ufsc.br/files/2020/03/Parecer-AGU-Concessão-Transportes-Recomposição.pdf> Último acesso em 24 ago 2022.

8 Conforme levantamento feito pela Confederação Nacional de Transportes – CNT –, denominado “Pesquisa de Impacto no Transporte-COVID-19”. Disponível em: <https://cdn.ent.org.br/diretorioVirtualPrd/d8bc805d-58c7-4cd0-9e1f-0653bfd6b263.pdf>. Os dados da pesquisa foram coletados de 1º a 03/04/2020.

ou força maior; da teoria da imprevisão como justificativa à suspensão, revisão ou resolução contratual; ou uma indiscutível necessidade de se promover o reequilíbrio econômico-financeiro no âmbito dos contratos administrativos.

Os efeitos de tais circunstâncias devem ser interpretados à luz das peculiaridades de cada relação contratual, caso a caso. E os elementos que demonstrem o nexo de causalidade entre a pandemia ou a guerra, e sua repercussão econômica no contrato, devem ser evidenciados.

Com relação à hipótese de caso fortuito ou força maior, deverá ser comprovado que o evento da guerra ou da pandemia não se associa aos riscos inerentes às atividades exercidas pelos contratantes. Será relevante, nesta análise, a distinção entre o fortuito interno e o fortuito externo.

A jurisprudência pátria tem manifestado o entendimento de que a força maior e o caso fortuito são espécies do gênero fortuito externo, em que se enquadra a culpa exclusiva de terceiros, sendo o fato imprevisível e inevitável alheio à organização da empresa. De forma diversa, ainda que também seja concebido como um evento imprevisível e inevitável, o fortuito interno estaria associado aos riscos da atividade, inserido na estrutura do negócio.⁹

Será relevante, portanto, voltar-se às características próprias de cada atividade exercida. Mais do que isso, é também crucial que se proceda ao cauteloso exame das cláusulas contratuais a fim de se identificar a atribuição de responsabilidades pactuada pelas partes. O Código Civil estipula que os devedores não respondem pelos prejuízos de caso fortuito ou força maior se não houverem se responsabilizado expressamente.¹⁰

A alocação dos riscos das atividades exercidas pelos contratantes tal como pactuada no contrato, e a hipótese de atribuição expressa de responsabilidade por prejuízos de caso fortuito ou de força maior, devem ser analisados. A depender do resultado deste exame, poderão ser afastadas, de plano, potenciais demandas que associem os efeitos da pandemia ou da guerra à impossibilidade de execução do contrato.

O mesmo exame casuístico deve ser realizado ao se evocar a teoria da imprevisão e a onerosidade excessiva como fundamento à suspensão, revisão, ou rescisão dos contratos, seja nos contratos entre particulares ou naqueles em que a Administração Pública é parte.

A despeito das transformações fáticas de grande abrangência que os eventos da guerra da Ucrânia e da pandemia têm ensejado, seus impactos não serão concebidos como circunstâncias imprevisíveis em todo e qualquer

9 STJ, Recurso Especial n. 1.450.434 – SP, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, J. 18/09/2018.

10 Código Civil, art. 393, caput.

negócio. E mesmo quando recepcionada a imprevisibilidade destes eventos, tal aspecto não tem o condão, por si só, de atingir o cumprimento das obrigações.

Uma conjugação de circunstâncias deve ser verificada diante do cenário de alterações econômicas provocadas pela pandemia e pela guerra. Em consonância com o que leciona Marçal Justen Filho, reportando-se aos contratos administrativos, além do caráter imprevisível desses eventos, da incalculabilidade de seus efeitos, e da inimputabilidade do ocorrido às partes, para que a teoria da imprevisão se sustente é preciso que uma grave modificação das condições contratuais se comprove, bem como a ausência de impedimento absoluto (JUSTEN FILHO, 2014).

Ao cabo, o tema passa a ser um vista sob uma ótica da peculiaridade do caso e da prova dos efeitos sobre a relação contratual.

Assim como os efeitos de pandemia e de guerra não geram impossibilidade absoluta de execução em todo contrato, nem sempre seus efeitos implicarão excessiva onerosidade ao contratante. Em alusão à pandemia – porém em assertiva também cabível ao contexto da guerra entre Rússia e Ucrânia – Rogério Donnini ilustra a necessidade de comprovação da inevitabilidade e da onerosidade excessiva para a incidência da teoria da imprevisão, ao reconhecer que:

...existem setores que não suportaram ou sentiram perdas consideráveis capazes de justificar o inadimplemento contratual, a resolução ou revisão contratual, bem como os contratos aleatórios, cujo risco é ínsito à sua natureza, o que inviabiliza qualquer pretensão nessa direção.(DONNINI, 2021)

Esta posição também ressoa no Parecer produzido pela AGU, no qual se reconheceu que a pandemia poderia, em tese, dar ensejo ao reequilíbrio econômico-financeiro nas concessões de infraestrutura de transportes. O Parecer, inicialmente, destaca que os contratos de concessão permitem “discriminar com maior precisão os riscos assumidos por cada parte, inclusive alterando a tradicional repartição de riscos em face das características específicas de cada caso.”¹¹

Assim, ainda que reconheça a pandemia como um evento apto a levar ao reequilíbrio nestes contratos administrativos, caracterizando álea extraordinária, salienta que apenas nos contratos de concessão em que há assunção dos riscos pelos eventos extraordinários por parte da Administração Pública será cabível invocar a teoria da imprevisão. Mais

11 Parecer N° 261/2020/Conjur-MInfra/CGU/AGU de 15/04/2020. Item 23.

que isso, os impactos efetivos do evento devem ser identificados no caso concreto:

(...) parece-me muito claro que a pandemia do novo coronavírus (SARS-CoV-2) é evento que caracteriza “álea extraordinária”, capaz de justificar a aplicação da teoria da imprevisão.

73. Porém, é importante ressaltar que esse reconhecimento em *tese não significa necessariamente que os contratos de concessão deverão ser reequilibrados. Primeiro porque é possível que algum contrato tenha estabelecido uma alocação de riscos diferente da divisão tradicional entre riscos ordinários e extraordinários. Segundo, porque é necessário avaliar se a pandemia teve efetivo impacto sobre as receitas ou despesas do concessionário. É possível que, em determinados casos, não tenha ocorrido impacto significativo. Esses elementos deverão ser devidamente examinados para que se possa concluir se um determinado contrato deve ser reequilibrado.*¹² (g.n.)

Deste modo, a anormalidade do ambiente econômico atual, seja em razão da pandemia, ou das repercussões globais decorrentes do conflito entre Rússia e Ucrânia, não se traduz em uma solução jurídica padronizada no universo dos contratos. As demandas arbitrais imersas neste cenário, conseqüentemente, deverão receber soluções individualizadas, extremamente atentas às características das relações contratuais inicialmente estabelecidas, bem como preocupadas em identificar a materialidade dos eventos atípicos na base dos contratos.

5. CONCLUSÃO

A despeito da notoriedade que a teoria da imprevisão assume no cenário atual – diante da pandemia de COVID-19 e, mais recentemente, da Guerra da Ucrânia – as premissas teóricas nas quais se lastreia se mantêm. E, enquanto o direito atual não traz novas construções específicas à realidade que vem sendo enfrentada, é fundamental que o olhar das partes e julgadores se volte ao caso concreto.

Apesar da expressiva abrangência global dos eventos aludidos, a análise dos impactos da pandemia e da guerra exige um exame sobretudo casuístico. Primeiramente, a alteração nas obrigações assumidas pelas partes somente deverá ter lugar com a identificação de umnexo causal entre a circunstância imprevista e seus impactos no contrato. Para além

¹² Parecer N° 261/2020/Conjur-MInfra/CGU/AGU de 15/04/2020. Itens 72 e 73.

disso, será crucial o exame da matriz de risco assumida em cada relação contratual, não apenas nas contratações entre particulares, mas também nos contratos com a Administração Pública.

As circunstâncias que efetivamente compreendem a álea econômica devem ser distinguidas daquelas que perpassam pela álea ordinária do negócio; e é preciso identificar com clareza a forma como a alocação de responsabilidades foi prevista entre os contratantes em cada situação, para além da legislação aplicável. Por fim, há também de se questionar quais os impactos efetivos destes eventos na base do negócio.

Ao que nos parece, a base da teoria da imprevisão permanece aplicável, seja diante da guerra ou mesmo da pandemia. Contudo, há de se reconhecer que esta análise assume, na prática, elevado grau de complexidade e tecnicidade; em discussões que, certamente, tomarão espaço e relevância na seara arbitral.¹³

6. REFERÊNCIAS

BERGER, Klaus Peter; BEHN, Daniel. Force majeure and hardship: a historical and comparative study. *McGill Journal of Dispute Resolution*. Vol. 6 (2019-2020), number 4.

BITTAR, Carlos Alberto. Teoria da imprevisão: sentido atual. *Revista de informação legislativa*, v. 29, n. 114, p. 263-282, abr./jun. 1992.

BORDAÇAHAR, Julián. The Rule of Law As Created by Arbitrators – *An Update on the Discussions At The Recent IBA Arbitration Day in Buenos Aires*. Kluwer Arbitration Blog, 8 de abril de 2018. Disponível em: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2018/04/08/iba-buenos-aires-report/>. Acesso em 19 de agosto de 2022.

BRASIL. *Advocacia Geral da União*. Parecer N° 261/2020/Conjur-MInfra/CGU/AGU de 15/04/2020. Disponível em: <https://licitacao.paginas.ufsc.br/files/2020/03/Parecer-AGU-Concessão-Transportes-Recomposição.pdf>.

CNT (Confederação Nacional de Transportes), *Pesquisa de Impacto no Transporte, COVID-19 6ª rodada*. CNT, 2021. Disponível em: <https://cdn.cnt.org.br/diretorioVirtualPrd/d8bc805d-58c7-4cd0-9e1f-0653bfd6b263.pdf>.

¹³ Este texto foi concluído em 20 de agosto de 2022. Contou com a colaboração para pesquisa e revisão das advogadas Ana Carolina do Amaral Gurgel e Paula Pagliari de Braud e do advogado Gustavo Bosoni, a quem, desde já, merecem efusivos agradecimentos e os faço com o sentimento de que terão um largo futuro na pesquisa aplicada em Direito.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

DONNINI, Rogério. Pandemia, Caso Fortuito e Imprevisão. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. Vol. 27, pp 33-43, 2021.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 10a ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MIRANDA, Ponte de. *Tratado de Direito Privado*. 4ª ed. São Paulo: RT, 1983. t. XXV.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Breves considerações sobre o equilíbrio econômico nas concessões. *Revista de Direito Administrativo*, vol. 227, jan./mar. 2002.

NASSER, Paulo Magalhães. *Onerosidade excessiva no contrato civil*. São Paulo: Saraiva, 2011.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA - STJ, *Recurso Especial n. 1.450.434 – SP*, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, J. 18/09/2018.

TEPEDINO, Gustavo, Carlos Konder e Paula Bandeira. *Fundamentos do Direito Civil*, vol. 3. Rio de Janeiro: Forense, 2021.