

REVISTA DE DIREITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

ISSN 2595-5667



REVISTA DE DIREITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

ANO Nº 04 – VOLUME Nº 01 – EDIÇÃO Nº 01 - JAN/JUN 2019

ISSN 2595-5667

Rio de Janeiro,
2019.

REVISTA DE DIREITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

LAW JOURNAL OF PUBLIC ADMINISTRATION

Conselho Editorial Internacional:

Sr. Alexander Espinosa Rausseo, Universidad Central de Venezuela, Venezuela
Sr. Erik Francesc Obiol, Universidad Nacional de Trujillo, Trujillo, Peru, Peru
Sr. Horacio Capel, Universidad de Barcelona, Barcelona, Espanha.
Sra. Isa Filipa António, Universidade do Minho, Braga, Portugal, Portugal
Sra. Maria de Los Angeles Fernandez Scagliusi, Universidad de Sevilla, Sevilha, Espanha.
Sr. Luis Guillermo Palacios Sanabria, Universidad Austral de Chile (UACH), Valdivia, Chile.
Sra. Mónica Vanderleia Alves de Sousa Jardim, Universidade de Coimbra, UC, Portugal.
Sr. Mustafa Avci, University of Anadolu, Turquia

Conselho Editorial Nacional:

Sr. Adilson Abreu Dallari, Pontificia Universidade Católica, PUC/SP, Brasil.
Sr. Alexandre Santos de Aragão, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, RJ, Brasil.
Sr. Alexandre Veronese, Universidade de Brasília, UNB, Brasil.
Sr. André Saddy, Universidade Federal Fluminense, UFF, Brasil.
Sr. Carlos Ari Sundfeld, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, Brasil.
Sra. Cristiana Fortini, Universidade Federal de Minas Gerais, UFMG, Brasil.
Sra. Cynara Monteiro Mariano, Universidade Federal do Ceará, UFC, Brasil.
Sr. Daniel Wunder Hachem, Universidade Federal do Paraná, UFPR, Brasil.
Sr. Eduardo Manuel Val, Universidade Federal Fluminense, UFF, Brasil.
Sr. Fabio de Oliveira, Universidade Federal do Rio de Janeiro, UFRJ, Rio de Janeiro, RJ, Brasil.
Sr. Flávio Garcia Cabral, Escola de Direito do Mato Grosso do Sul, Mato Grosso do Sul., Brasil
Sr. Henrique Ribeiro Cardoso, Universidade Federal de Sergipe, UFS, Brasil.
Sr. Jacintho Silveira Dias de Arruda Câmara, Pontificia Universidade Católica, São Paulo, Brasil.
Sra. Jéssica Teles de Almeida, Universidade Estadual do Piauí, UESPI, Piri-piri, PI, Brasil., Brasil
Sr. José Carlos Buzanello, Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, RJ, Brasil.
Sr. José Vicente Santos de Mendonça, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, Brasil.
Georges Louis Hage Humbert, Unijorge, Brasil
Sra. Maria Sylvia Zanella di Pietro, Universidade de São Paulo, USP, Brasil.
Sra. Marina Rúbia Mendonça Lôbo, Pontificia Universidade Católica de Goiás, Goiás, Brasil.
Monica Sousa, Universidade Federal do Maranhão
Sr. Mauricio Jorge Pereira da Mota, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, Brasil.
Sra. Monica Teresa Costa Sousa, Universidade Federal do Maranhão, UFMA, Maranhão, Brasil.
Sra. Patricia Ferreira Baptista, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, Brasil.
Sr. Paulo Ricardo Schier, Complexo de Ensino Superior do Brasil LTDA, UNIBRASIL, Brasil.
Sr. Vladimir França, Universidade Federal do Rio Grande do Norte, UFRN, Brasil.
Sr. Thiago Marrara, Universidade de São Paulo, USP, Brasil.
Sr. Wilson Levy Braga da Silva Neto, Universidade Nove de Julho, UNINOVE, Brasil.

REVISTA DE DIREITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

LAW JOURNAL OF PUBLIC ADMINISTRATION

Avaliadores:

Sr. André Beirão, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, Brasil.
Sr. Bruno Teixeira Marcelos, Universidade Cândido Mendes, Rio de Janeiro, Brasil.
Sra. Cristiana Fortini, Universidade Federal de Minas Gerais, UFMG, Brasil.
Sra. Debora Sotto, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, PUC-SP, Brasil, Brasil
Sr. Eduardo Fortunato Bim, Universidade de São Paulo, USP, Brasil, Brasil
Sr. Emerson Affonso da Costa Moura, Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Brasil.
Sr. Eric Santos de Andrade, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, RJ, Brasil.
Sr. Fabio de Oliveira, Universidade Federal do Rio de Janeiro, UFRJ, Rio de Janeiro, RJ, Brasil.
Sr. Henrique Ribeiro Cardoso, Universidade Federal de Sergipe, UFS, Brasil.
Sra. Irene Nohana, Faculdade Presbiteriana Mackenzie, Mackenzie, Brasil.
Sr. José Carlos Buzanello, Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, RJ, Brasil.
Sra. Maria Isabel Santana Pomaroli, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, Brasil.
Sra. Monica Teresa Costa Sousa, Universidade Federal do Maranhão, UFMA, Maranhão, Brasil.
Sr. Phillip Gil França, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, PUC-RS, Brasil.
Sr. Rodrigo Chauvet, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, PUCRIO, Brasil.
Sr. Rodrigo Gava, Empresa de Pesquisa Energética, EPE, Brasil., Brasil
Sr. Wilson Levy Braga da Silva Neto, Universidade Nove de Julho, UNINOVE, Brasil.

Editor-Chefe:

Prof. Dr. Emerson Affonso da Costa Moura, Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Brasil.

Co-Editor-Chefe:

Sr. Eduardo Manuel Val, Universidade Federal Fluminense, UFF, Brasil.

Editores:

Sra. Amanda Pinheiro Nascimento, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, RJ, Brasil.
Sra. Camila Pontes da Silva, Universidade Federal Fluminense, UFF, Niterói, RJ, Brasil.
Sr. Eric Santos de Andrade, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, RJ, Brasil.
Sra. Gabriela Rabelo Vasconcelos, Universidade Federal Fluminense, UFF, Brasil.
Sr. Jonathan Mariano, Pontifícia Universidade Católica, PUCRJ, Rio de Janeiro, Brasil.
Sra. Natalia Costa Polastri Lima, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, UERJ, Brasil.
Sr. Thiago Freire Allemão Santos, IEP-MPRJ, Rio de Janeiro Brasil

Diagramação e Layout:

Prof. Dr. Emerson Affonso da Costa Moura, Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Brasil.

SUMÁRIO

Apresentação	006
Emerson Affonso da Costa Moura	
Agentes públicos de linha de frente: a ponta criadora do Direito Administrativo	007
Public agents of front line: the creator of administrative law	033
Juliana Bonacorsi de Palma	
Fato do príncipe e teoria da imprevisão entre o Brasil e a França	057
Leonardo Antonacci Barone Santos	
Raízes da regulação no Brasil	087
Jacintho Arruda Câmara e Filipe Natal De Gaspari	
Federalismo cooperativo e medidas alternativas à prisão: cumprimento da pena de prestação de serviços na Administração Pública municipal em Caçapava do Sul, RS	113
Vinicius Nahan dos Santos	
Repartindo o pão alheio: As consequências em Royalties aos Municípios em função dos tipos de contratos de Exploração de petróleo	134
André Pano Beirão e Gabriela Nichols	
Fomento público e suas formas de manifestação: uma análise sob a perspectiva do direito econômico	162
Lucas Ramiro Vedoin	
Das funções urbanas às dimensões básicas dos sistemas urbanos	185
From urban functions to the basic dimensions of urban systems	220
Horacio Capel	
Qual a natureza exercida pelo Tribunal de Contas da União?	253
Flávio Garcia Cabral	
Os deveres das agências reguladoras	273
Georges Louis Hage Humbert e Diego Castro Barbosa	

**FATO DO PRÍNCIPE E TEORIA DA IMPREVISÃO ENTRE O BRASIL E A
FRANÇA**
**PRINCE'S FACT AND THEORY OF IMPREVISION BETWEEN BRAZIL AND
FRANCE**

**LEONARDO ANTONACCI BARONE
SANTOS**

Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (2018), tendo realizado Intercâmbio por Mobilidade-Livre na Universidade Paris I, Panthéon-Sorbonne (2016-2017).

RESUMO: O artigo critica e revê a influência francesa sobre a teoria do fato do príncipe e a teoria da imprevisão no Brasil por meio da hipótese de que, nesses institutos, não houve completa assimilação da tradição francesa, de tal forma que o direito brasileiro consagrou regime jurídico mais favorável ao particular. Para isso, compara as disciplinas jurídicas de ambos os países e se conclui não só pela existência de relevantes diferenças entre os regimes jurídicos, mas também entre as culturas jurídicas.

PALAVRAS-CHAVES: Direito Comparado; Contrato Administrativo; Fato do Príncipe; Teoria da Imprevisão, Equilíbrio Econômico-Financeiro.

ABSTRACT: The article criticizes and revisits the french influence on the theory of the fact of the prince and the theory of the unpredictability in Brazil through the hypothesis that, in these institutes, there was not a complete assimilation of the French tradition, in such a way that the Brazilian law has a legal regime more favorable to the individual. To do so, it compares the legal disciplines of both countries and concludes not only because of the existence of relevant differences between legal regimes but also between legal cultures.

KEYWORDS: Comparative law; Administrative Agreement; Fact of the Prince; Theory of Imprevisión, Economic-Financial Equilibrium.

I. INTRODUÇÃO

A doutrina brasileira entende explícita e implicitamente que o nosso direito administrativo é definitivamente marcado pela influência do direito francês⁸³, o que teria determinado toda a estruturação de nossa dogmática, desde os grandes princípios até em miscelâneas normativas. É ensinada exaustivamente nos bancos das escolas de Direito de ambos os países, ora servindo para explicar as linhas gerais do direito brasileiro, ora servindo para vangloriar conquistas da nação francesa.

De fato, desde a formação do Direito Administrativo brasileiro no Império, os (poucos) doutrinadores elogiavam à êxtase o desenvolvimento da disciplina na França, vendo nela um grande passo civilizatório e democrático que deveria ser incorporado ao nosso direito (NETTO, 2000). Por isso, os tratados de Direito Administrativo à época mais pareciam grandes resenhas sobre a doutrina francesa do que explicações dos institutos existentes no Brasil, o que, em boa dose, se repete até a atualidade (TÁCITO, 1977).

Nesse movimento, o Brasil teria importado não só definições conceituais, mas também toda a filosofia e axiologia que fundamentam o direito administrativo francês. A cultura estatalista francesa encontrou no Brasil solo fértil para se estabelecer, em função de seus primórdios coloniais e monarquistas que inclinaram as instituições políticas brasileiras a tendências centralizadoras, enfocadas no poder do Estado com boa dose autoritarismo e patrimonialismo, além da permanência das prerrogativas estatais (MOURA, 2014).

Refere-se, assim, como se verá mais a frente, ao *ethos* ou à *mentalidade* estatalista que incide sobre o direito para fazê-lo pressupor que há uma desigualdade valorativa entre o Estado e a Sociedade, com prevalência sempre do primeiro, o que fundamentou institutos como supremacia do interesse público, a autoexecutoriedade dos atos administrativos e a teoria dos contratos administrativos.

A respeito dos contratos administrativos, é igualmente inconteste que eles refletem a cultura jurídica francesa e sua influência no Brasil. Verifica-se a distinção entre contratos administrativos e privados quanto a seu conceito e regime, dando àqueles um regime

⁸³ Ressalte-se, de outro lado, que a França não foi o único país a influenciar o desenvolvimento do Direito Administrativo brasileiro. Tantos outros como Itália, Alemanha, Portugal e Estados Unidos participaram desse processo. Mais adiante, nas *Considerações Finais*, fazemos um breve questionamento da influência americana nos institutos aqui estudados, mas deixamos de abordá-la neste momento em função de limitações temporais e temáticas subjacentes ao trabalho. Sobre essas e outras influências no direito brasileiro, recomendamos: DI PIETRO, M. S. Z. O direito administrativo brasileiro sob influência dos sistemas de base romanística e da common law. **Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico**, 2007. p. 9–30. TÁCITO, C. Presença norte-americana no Direito Administrativo brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, 1977. n. 129, p. 21–33.

exorbitante e marcado pelo exercício de prerrogativas do Estado fundadas em sua desigualdade frente ao contratante privado.

Nesse contexto, as teorias da imprevisão e do fato do príncipe aparecem como elementos integrantes dessa cultura jurídica. Nesses institutos, cabe à Administração indenizar o particular diante de ônus sofridos em sua contratação com o Estado, sem qualquer perquisição de culpa, o que, no direito privado, não ensejaria ensejo à reparação. Exemplificam, assim, o *ethos* estatalista, no qual o Estado arroga para si deveres e obrigações por imperativos de interesse geral e serviço público, e os implementa por um regime exorbitante.

Diante da aceita influência francesa no direito brasileiro, seria razoável supor que este tenha incorporado integralmente também esses institutos franceses, seus regimes e todos seus reflexos para a cultura jurídica nacional, especialmente tendo em vista que doutrina brasileira reitera essa influência nesses institutos. É o que faz a doutrina brasileira, que lê transmite os institutos franceses de forma pouco crítica e adaptada ao direito positivo (GIACOMMUZI, 2011)⁸⁴. Para a teoria da imprevisão, citam e estudam a decisão *Gaz de Bordeaux* como se tivesse ela mesma normatividade no direito nacional, ao passo que não citam importantes decisões do STJ ou STF na matéria. Quanto à teoria do fato do príncipe, veja-se que primeiro relevante estudo a respeito, que é de José Cretella Júnior em 1964⁸⁵, não cita sequer uma decisão judicial ou livro nacional, enquanto que são inúmeras as referências no corpo do texto ou em rodapé para os administrativistas franceses.

Destoando desta linha, porém, e em que pese reconhecermos a forte influência francesa sobre o direito brasileiro, parece-nos que o ordenamento brasileiro, ao acolher a teoria da imprevisão e a teoria do fato do príncipe, consagrou regime com significativas diferenças frente ao modelo francês. A doutrina, por sua vez, não haveria assimilado perfeitamente estas mutações estes regimes e continuaria a reiterar lições francesas para o direito brasileiro, sem que lhe sejam aplicáveis.

Dessa forma, questionaremos qual foi o seu efetivo conteúdo e impacto da influência francesa nos institutos sob estudo, não só no nível das normas e da dogmática, mas na sutileza da cultura jurídica brasileira, em comparação à francesa, para além do afã doutrinário acima comentado. Isso importará também questionar se as diferenças dogmáticas encontradas nestas

⁸⁴ Bandeira de Mello desenvolve todo o conceito de fato do príncipe a partir da exclusiva referência à Francis-Paul Benoît e explica o equilíbrio econômico-financeiro das concessões por assimilação do direito francês. (MELLO, 2014)(MELLO, 2014, p. 660 *et seq*)

⁸⁵ CRETILLA JÚNIOR, J. Teoria do Fato do Príncipe. **Revista de Direito Administrativo**, 1964. n. 75, p. 23–30.

teorias entre o Brasil e a França refletem diferenças em seus fundamentos valorativos em cada um dos países.

Se defenderá que no tocante aos institutos da teoria do fato do príncipe e da teoria da imprevisão, não houve completa incorporação do direito francês, o que levou o direito brasileiro a consagrá-los com um regime mais igualitário, mais favorável ao particular, com consequências (ou causas) em seu fundamento axiológico. Entendimento esse, porém, que não descarta que esta influência também ofereceu as bases axiológicas e epistemológicas de nosso direito administrativo: desigualdade Estado-particular, direito exorbitante, supremacia do interesse público, dicotomia público-privado.

A fim de demonstrar esta tese, em primeiro lugar se fará uma incursão pelo direito francês, levantando os principais aspectos dogmáticos – especialmente os jurisprudenciais – dos dois institutos em estudo, combinando estes dados com elementos culturais e históricos no intuito de compreender seus fundamentos axiológicos. Depois, as atenções se voltam ao direito brasileiro, no intuito maior de especificar como ele se diferencia do francês e como é, objetivamente, a positivação das mencionadas teorias no ordenamento e quais seriam seus fundamentos axiológicos – claro, evitando-se recair no erro encontrado na doutrina de se repetir as lições francesas.

II. DIREITO FRANCÊS: FATO DO PRÍNCIPE, TEORIA DA IMPREVISÃO E SEUS FUNDAMENTOS

O fundo da concepção sobre o *fato do príncipe* remete, desde o Absolutismo, à soberania, à ordem, uma injunção dada pelo soberano baseada em seu poder coercitivo e arbitrário (BADAUI, 1955). Em um Estado de Direito, essa ideia não desaparece dada a existência da soberania e da autoridade do Estado sobre os cidadãos, muito embora os contornos do conceito tenham de ser revistos para se compatibilizarem e se limitarem em relação aos direitos fundamentais.

Dentro da dogmática dos contratos administrativos, a doutrina francesa levanta três linhas de definições para o que seja o fato do príncipe. Em primeiro lugar, mais amplamente, toda medida tomada pelo poder público que imponha agravo à execução de um contrato. O outro conceito seria de todo ato tomado pelo poder público contratante, quer agindo diretamente sobre as cláusulas do contrato (modificação unilateral), quer sobre as condições externas à sua execução. Por fim, em *strictissimo sensu*, seriam apenas as medidas tomadas pela autoridade

contratante em outra qualidade que não a de parte no contrato (CHAPUS, 2001; HOEPFFNER, 2016; LAUBADÈRE; GAUDEMET; VENEZIA, 1994). A jurisprudência, por sua vez, adota o conceito intermediário, em que o fato do príncipe se configura na atuação, contratual ou extracontratual, da autoridade pública contratante, sendo este último o verdadeiro elemento distintivo da teoria.

Para fins deste estudo, adota-se conceito de trabalho segundo o qual *a teoria do fato do príncipe institui a responsabilidade da Administração por seus atos lícitos que tornaram mais onerosa a execução de um contrato em que ela seja parte*. Ou seja, tratar-se-á apenas da responsabilização do Estado em virtude de atos tomados pela autoridade contratante no exercício de competências estranhas ao contrato. Metodologicamente, deve-se recortar da dogmática francesa exatamente aquilo que se pretende comparar com o direito brasileiro, para que não se discutam coisas diversas em cada um dos sistemas.⁸⁶

Dentro deste conceito trata-se de responsabilidade contratual sem falta do Estado, isto é, *contratual*, porque depende da existência de um contrato com a Administração autora da medida danosa, e *sem falta*, porque o ato é lícito, não podendo se invocar culpa pelo regular exercício de competência dada aos órgãos públicos (GIACOMMUZI, 2011; LAUBADÈRE; GAUDEMET; VENEZIA, 1994; TERNEYRE, 1989).

Ocorre que o pressuposto lógico esperado, em se tratando de atos lícitos e soberanos, é que a eles não gerem responsabilização da Administração. É esta a tese de Badaoui (1955, p. 207), para quem vige o princípio da irresponsabilidade frente a atos lícitos tomados na competência normativa do Estado e oponíveis a todos os cidadãos. Assim, o conceito de fato do príncipe, por engajar a responsabilização, só se dá em caráter excepcional e na presença de algumas condições trilhadas pela jurisprudência do Conselho de Estado ao redor do último século, cujo estudo ainda encontra dificuldades em virtude de decisões contraditórias e ausência de consenso doutrinário.

A primeira condição para a invocação da teoria do fato do príncipe é que a medida causadora do dano seja imprevisível ao tempo de formação do contrato, o que é bastante evidente e comum no direito contratual civil. De um ponto de vista pragmático, o evento tem de ser imprevisto para que não haja “duplo pagamento” ao contratado, que já teria previsto os impactos de tal medida em sua composição de preços constantes em contrato (LAUBADÈRE,

⁸⁶ Nesse sentido, seria pouco profícuo discorrer aqui sobre a correção de cada um desses conceitos encontrados na doutrina francesa. Não vemos pertinência, para esta pesquisa, debater se a modificação unilateral do contrato integra ou não o conceito de fato do príncipe, se, no Brasil, são conceitos apartados e que não serão ambos estudados. Por isto, se evitará o debate (infundável) sobre um conceito hermético de fato do príncipe no direito francês.

1956). Considerando as práticas contratuais mais recentes, é de se ver que a contratualização de riscos, onde já se ponderam e se precificam os eventos danosos, nesse sentido, encerra a possibilidade de futura compensação a título de fato do príncipe (RUELLAN; HUGÉ, 2006).

A segunda condição é de que a medida causadora de dano tenha sido emanada pelo mesmo ente público contratante. Se o ato provier de outro ente da Administração Pública que não aquele parte no contrato, o particular não terá direito a nenhuma indenização por fato do príncipe. Essa identidade entre autor da medida e parte contratual é essencial para a configuração da presente teoria.

Esta condição se estabeleceu definitivamente na jurisprudência e na doutrina a partir de 1924, na decisão *Ville de Toulon* (CE, 4 de maio de 1924)⁸⁷ e recebeu tratamento mais claro e afirmativo apenas em *Cie du chemin de fer de Bayonne à Biarritz* (CE 20 de outubro de 1971). Neste julgado, discutiam-se perdas tarifárias decorrentes de ordem para o embarque de tropas nos trens da companhia durante a segunda guerra e a Corte negou indenização à empresa por entender que a medida não provinha do Prefeito daquela região (o réu), mas das autoridades da ocupação nazista em território francês, não se perfazendo a supradita condição para a teoria do fato do príncipe (GIACOMMUZI, 2011).

Interessante notar que, apesar de estar afastada a configuração do fato do princípio, o Conselho de Estado ressaltou que ainda haveria a possibilidade de se invocar da teoria da imprevisão, ao dizer “que a companhia concessionária poderia apenas, caso estimasse devido, apresentar um pedido de indenização baseado na existência de um fato imprevisível que provocou um déficit de exploração de tal forma a causar um transtorno da economia do contrato de concessão”⁸⁸. Nesses termos, se colocou que a origem do ato causador do dano foi (e é) fundamental para a distinção entre a imprevisão e fato do príncipe.

Por fim, a terceira condição também é critério fundamental de distinção da teoria do fato do príncipe: a existência de um prejuízo especial (*préjudice spécial*) ao cocontratante, o que levará à configuração justamente de exceção ao princípio da irresponsabilidade da Administração.

⁸⁷ Esta condição, porém, nem sempre foi exigida pela jurisdição administrativa francesa. Houve decisões do Conselho de Estado na primeira metade do Século XX (CE 20 de maio de 1904, *Cie Marseillaise de Navigation* e CE, 28 de novembro de 1924, *Tanti*) que reconheceram a possibilidade de indenização de contratantes da Administração a título de danos sofridos por fato do príncipe proveniente de outro ente da Administração Pública que não o ente contratante.

⁸⁸ Tradução livre do seguinte trecho da decisão *Cie du Chemin de Fer de Bayonne à Biarritz* (CE 20 de outubro de 1971): « Que la compagnie concessionnaire pouvait seulement, si elle s'y estimait fondée, présenter une demande d'indemnité basée sur l'existence d'un fait imprévisible ayant provoqué un déficit d'exploitation de nature a entraîner un bouleversement de l'économie du contrat de concession. »

O exame desta condição deve ser feito comparativamente aos demais particulares concernidos pela medida causadora de dano. Segundo ressalta Badaoui (1955), primeiro doutrinador deste requisito, verifica-se um prejuízo especial a partir (a) do *número de pessoas atingidas* pela medida, quando se trata de uma ou poucas pessoas e (b) da *intensidade do prejuízo*, quando um determinado grupo de pessoas é atingido pela medida de forma muito mais significativa do que o resto da coletividade⁸⁹. Destarte, não é qualquer medida que imponha agravo aos particulares ou aos cocontratantes da Administração que dará direito à indenização via teoria do fato do príncipe, devendo existir uma nítida distinção dos encargos suportados pelas vítimas frente aos outros atingidos e demais cidadãos.

Quando se percebe um prejuízo especial, a indenização é medida de direito do contratado. No caso *Cie Générale des Ile Kerguelen, Saint Paul et Amsterdam* (CE, 22 de outubro de 1937), um concessionário de pesca teve seus direitos restringidos por um decreto que criou um parque nacional dedicado à proteção de certas espécies de peixes, exatamente em sua área de atuação, e, por esta modificação legislativa, o Conselho de Estado lhe reconheceu o direito à indenização. O prejuízo especial, logo, configurava a hipótese (a) acima tratada, em que apenas um ou alguns poucos particulares haviam sido afetados pela medida legislativa.

Portanto, configura-se a teoria do fato do príncipe quando o cocontratante da Administração comprovar a presença de um prejuízo especial sofrido em razão de medida imprevista tomada pelo ente público com quem contrata, abrindo para ele o direito de pleitear o ressarcimento *integral* pelos danos percebidos, por via graciosa ou contenciosa. Frise-se que a reparação é da integralidade dos prejuízos, aspecto esse que diferenciará a teoria do fato do príncipe da teoria da imprevisão, cuja reparação é apenas parcial.

O que se vê deste breve levantamento do regime jurídico da teoria do fato do príncipe no direito francês é que sua invocabilidade é bastante restrita. Sendo o princípio o da irresponsabilidade da Administração por seus atos soberanos, a teoria serve como estreita via que, ao mesmo tempo, possibilita e limita a reparação dos danos sofridos.

A teoria da imprevisão tem sua origem na decisão *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*, de 30 de março de 1916, onde se formaram conceitos e condições essenciais para o estabelecimento da teoria e sua adoção como um dos mais importantes institutos do direito dos contratos administrativos.

⁸⁹ Importante adiantar que este critério encontra fundamento na axiologia do direito administrativo francês condensada no princípio da *égalité devant les charges publiques*, a qual será trazida mais adiante.

Neste caso, a empresa concessionária exigia que o município de Bordeaux suportasse o preço do carvão que havia quintuplicado entre janeiro de 1915 e março de 1916, em razão da primeira guerra mundial. O Conselho de Estado começa a decisão por relembrar que o contrato de concessão rege de forma definitiva as obrigações de suas partes e que é normal, em seu seio, que haja áleas aos contratantes. Todavia, naquele particular, havia se constituído uma situação especial em função da guerra – com ocupações nas principais regiões produtoras da matéria-prima e dificuldades consideráveis em seu comércio e transporte.

Dessa forma, o preço do carvão atingiu uma proporção “excepcional” e que “certamente ultrapassava os limites extremos de aumentos que poderiam ter sido imaginados pelas partes”. Considerou o Conselho que, se de um lado, não se deveria exonerar o concessionário de suas obrigações, também não se poderia aplicar *tout court* o caderno de encargos e o cumprimento das obrigações previstas. Exigia-se uma inovadora solução da Corte diante de tamanha anormalidade que ela mesma reconhecia.

Era preciso, portanto, “procurar pôr fim às dificuldades temporárias, [com] uma solução que levasse em conta ao mesmo tempo o interesse geral, o qual exige a continuidade do serviço pela companhia através de seus meios de produção, e as condições especiais que não permitem o contrato ter sua normal aplicação”⁹⁰. Decidiu-se, assim, que a contratada seria obrigada a continuar a executar o serviço concedido e, simultaneamente, teria direito a indenização no montante dos prejuízos percebidos por aquela circunstância imprevista.

A partir desta decisão, claramente se estabeleceu que seria devida a compensação ao contratado que tivesse a economia de seu contrato transtornada⁹¹ por situações imprevistas que tornassem a execução do acordo extremamente custosa. Assim, ela vem sendo usada ciclicamente, com importantes aparições quando dos conflitos mundiais, da crise petróleo nos anos 1970 e da crise do aço nos anos 2000 (HOEPFFNER, 2016; MELLERAY; GONOD; YOLKA, 2017).

Perceba-se que as condições para configuração da teoria da imprevisão e da concretização do direito à compensação estão postas desde já em *Compagnie générale*

⁹⁰ Tradução livre do seguinte trecho da decisão *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*, CE, 30 de março de 1916: “qu'il importe au contraire, de rechercher pour mettre fin à des difficultés temporaires, une solution qui tienne compte tout à la fois de l'intérêt général, lequel exige la continuation du service par la compagnie à l'aide de tous ses moyens de production, et des conditions spéciales qui ne permettent pas au contrat de recevoir son application normale.”

⁹¹ A doutrina francesa, na esteira da decisão *Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux*, adotou unanimemente a expressão “*bouleversement de l'économie du contrat*”, isto é, o transtorno, a convulsão das premissas que orientam a equação financeira do contrato e que constitui critério para a verificação da ocorrência da imprevisão. Neste trabalho, adotaremos sempre a palavra “transtorno” e suas variantes para traduzir esta ideia.

d'éclairage de Bordeaux, tendo sido apenas dilapidadas e confirmadas nas decisões posteriores (LAUBADÈRE, 1956).

Em primeiro lugar, exige-se que o evento fosse imprevisto à época da conclusão do contrato, assim como na teoria do fato do príncipe. É a concretização de riscos que sequer poderiam ter sido previstos à época de formação do contrato, configurando a álea extraordinária (JÈZE, 1950). Na decisão do *Gaz de Bordeaux*, dizia a corte que o ocorrido “frustr[ava] todos os cálculos” que poderiam ser previstos pelas partes quando da conclusão do contrato.

Em uma segunda condição, também se estabeleceu ser necessário que o evento imprevisto seja de tal gravidade a gerar um transtorno da economia do contrato, com o colapso de suas premissas financeiras iniciais. Isso se constitui num déficit de exploração do empreendimento (no caso de concessões públicas, tal qual na decisão *Gaz de Bordeaux*) e na ultrapassagem dos preços máximos que podiam ser previstos, colocando, a partir daí, as partes em uma situação extracontratual, pois que não prevista ou regida pelo acordo inicial.

Por fim, este fato imprevisível deve ser completamente externo às partes e elas não devem ter contribuído para ele com sua ação ou omissão (JÈZE, 1950). Em primeiro lugar, este elemento é importante para se diferenciar a imprevisão do cometimento de ilícitos contratuais, cuja responsabilização será diversa; ademais, ele também importa para a distinção entre esta teoria e a teoria do fato do príncipe, quando o fato lesivo emana da própria Administração contratante, por sua vontade (TÁCITO, 1961a)⁹². Neste sentido, o precedente *Ville d'Elbeuf* (CE, 15 de julho de 1949) confirma que quando o fato causador de dano provier de outra pessoa pública que não a contratante, o particular não poderá invocar a ocorrência de fato do príncipe, mas terá direito a reparação pela teoria da imprevisão⁹³.

Configurados os requisitos da teoria da imprevisão, nasce o direito para o contratado de obter reparação sobre os prejuízos percebidos. Via de regra, a Administração será responsável por 90% dos prejuízos sofridos pelo particular, montante que ainda pode variar segundo a situação financeira da empresa, os serviços executados e sua diligência em atuar contra as dificuldades encontradas (HOEPFFNER, 2016). Em todo caso, é imperativo que o

⁹² Precisa, aliás, Laubadère (LAUBADÈRE, 1956)(1956) que o fato deve ser externo apenas ao contratante particular, posto ser possível invocar a teoria da imprevisão quando o ato lesivo emanar da autoridade contratante e, por ventura, não estiverem configurados os demais requisitos da teoria do fato do príncipe (notadamente o prejuízo especial). Nesse sentido, cf. CE, 8 de dezembro de 1944, *Société l'Énergie Industrielle*.

⁹³ Laubadère (LAUBADÈRE, 1956)(1956, p. 80) anota que esta decisão seria uma tentativa do Conselho de Estado de melhor definir a aplicação de ambas as teorias. Em tempos de economia dirigida, as políticas econômicas que, eventualmente, transtornassem o contrato poderiam ser tidas como fato do príncipe, de tal forma que se questionaria a distinção teórica. Assim, a Corte esclareceu que a diferenciação se daria a partir do critério da “autoridade contratante versus autoridade que emanou o ato lesivo”.

cocontratante mantenha a execução do objeto contratual, como estabeleceu o precedente estudado.

A compensação, assim, é parcial, e não integral como na teoria do fato do príncipe, o que marca importante diferença entre esses regimes jurídicos. Evidentemente, favorece-se a busca por pleitos pela teoria do fato do príncipe que, apesar de mais dificultosa comprovação, oferta um prêmio superior.

A teoria da imprevisão, nesse sentido, aparece como uma opção subsidiária ao fato do príncipe quando o cocontratante pretende buscar alguma reparação por prejuízos sofridos na execução de um contrato administrativo. É mais abrangente e menos exigente, a começar pela desnecessidade de comprovação de um prejuízo especial (em relação ao resto da sociedade), bastando que o prejuízo seja apto a transtornar o contrato⁹⁴.

Para a compreensão do que alicerça não só as teorias do fato do príncipe e da imprevisão, mas essencialmente todo direito administrativo francês, é preciso enfocar no *estatalismo* sempre marcante nesta cultura jurídica. Por estatalismo, quer se designar uma característica segundo a qual o Estado, do ponto de vista filosófico e material, tem forte predominância na cultura e no direito positivo, através de prerrogativas especiais e da imposição de seus privilégios sob justificativa do interesse geral.

De uma perspectiva histórica, é possível ligar o estatalismo francês à sua organização política na Idade Média e Moderna. A França era o modelo *par excellence* do absolutismo moderno tendo ali sido consagrado por conjunturas políticas, sociais e econômicas como em nenhum outro país da Europa continental (VAN CAENEGEM, 2009). Nesse contexto, as noções de direito público giravam em torno do rei e de seus poderes. Os publicistas dos séculos XVI e XVII buscavam, assim, defender a supremacia do Estado frente a sociedade, do interesse geral frente ao particular, além de sustentar os direitos do príncipe sobre as pessoas e a propriedade (BURDEAU, 1995).

Hoje, ao se colocar o Direito Administrativo no divã⁹⁵, é possível analisar que a Revolução de 1789 não enterrou essa cultura estatalista do Antigo Regime. Aliás, Tocqueville (1997) já no Séc. XIX, encontrava resquícios e reflexos de institutos absolutistas no direito administrativo contemporâneo, a exemplo da centralização do Estado, da tutela administrativa

⁹⁴Porém, o Conselho de Estado já negou reparação a um contratado que, por fato imprevisto, teve seu contrato prejudicado em apenas 2% do valor total (CE, 2 de julho de 1982, *Sté Routière Colas*) ou apenas na diminuição do lucro esperado (CE, 15 de junho de 1928, *Cne de la Courtine*).

⁹⁵Com referência ao livro de Vasco Pereira da Silva (“O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise”, Ed. Almedina) que usa de metáforas psicanalíticas para buscar na história algumas explicações e críticas para problemas atuais do direito administrativo. A mesma linha metafórica é usada por Binenbojm (“Uma teoria do Direito Administrativo”, Ed. Renovar).

e da justiça administrativa. Também é possível traçar estes resquícios nos contratos administrativos que, por bom tempo após a Revolução, mantiveram regramentos do Antigo Regime e, até hoje, são marcados pela exorbitância e sujeição do particular à Administração (BURDEAU, 1995; ESTORNINHO, 2003).

Há, portanto, uma continuidade entre as instituições e, especialmente, entre as culturas jurídicas do *Ancien Régime* e da França pós-revolucionária⁹⁶. Como assevera poeticamente Giacomuzzi (2011, p. 178), “ninguém esvazia o espírito humano por decreto; e golpes de guilhotina, se separam brutalmente a cabeça do corpo, não são suficientes para separar os hábitos mentais de várias gerações”.

Diante de todo este contexto, não por menos a França desenvolveu um sistema de direito público com notável e aceito desequilíbrio entre o Estado e os particulares, no qual ele é concebido como portador do interesse geral e, por isso, detentor de prerrogativas incomuns ao direito civil (LAUBADÈRE; GAUDEMET; VENEZIA, 1994).

Vê-se, então, que esta específica concepção de um Estado forte e presente na sociedade vem acompanhando a cultura jurídica francesa desde o medievo e se inseriu na doutrina administrativista no Antigo Regime e, mesmo muito recentemente, na Escola da *Puissance Publique* de Maurice Hauriou. Tem-se, assim, uma característica marcante do direito francês e que nos servirá de fundamento para leitura dos institutos do fato do príncipe e da teoria da imprevisão.

Ao lado disso, deve-se ainda observar que a cultura jurídica francesa é marcada por um “ethos social” que decorre e complementa o estatalismo acima narrado (GIACOMMUZI, 2011). Esse ethos acrescenta à cultura francesa a ideia de que o Estado forte tem uma missão de promoção da vida coletiva e da solidariedade social através de instituições e institutos que requeiram a fruição de bens e serviços comuns e o compartilhamento de riscos e prejuízos, em completo oposto ao individualismo que vige, por exemplo, em culturas jurídicas anglo-saxãs.

Segundo a tradicional concepção narrada por Léon Duguit, o direito francês contém uma determinada noção de “solidarismo”, que parte do pressuposto de que a interdependência dos homens que inexoravelmente vivem em sociedade seria uma realidade a vincular o Estado e o direito. Nesse sentido, eles seriam frutos desta realidade social – e não da força ou soberania – e deveriam estar direcionados à realização e à manutenção desta interdependência social.

⁹⁶ Isso não significa, contudo, que o direito administrativo contemporâneo seja inequivocamente autoritário, mas sim que ele tem assento histórico e filosófico na figura de um Estado forte. Com efeito, o desenvolvimento do Direito Administrativo no Século XIX se deu pela introdução de conceitos como a separação de poderes e a legalidade, centrados na ideia do Estado de Direito e na garantia de direitos fundamentais, sem que isso representasse o fim da axiologia estatalista.

Na concepção de Duguit, isso se daria através dos serviços públicos, tidos como atividades essenciais para a manutenção da solidariedade social, que não poderiam ser exercidos senão pelo Estado. Assim, o Estado é visto em uma função coletiva, que nasce da sociedade e que tem suas atividades voltadas para o cuidado dela (DUGUIT, 1923; MELLO, 2017). Por estas razões, o *serviço público* (em sentido material e ideológico) assume o eixo central da teoria de Duguit.

O serviço público ocupou tamanha a centralidade que se tornou um “mito”, uma “imagem fundadora” de uma determinada noção sobre o Estado, para além da noção jurídica, como “princípio axiológico” para justificar a gestão pública e esculpir uma ideia de um Estado forte, atuante, criador de serviços e atencioso ao bem-estar geral (CHEVALLIER, 2015).

Neste ponto, parece-nos que o estatalismo e o solidarismo são complementares porque comungam a filosofia de uma visão positiva sobre o Estado, que passa a ter, de um lado, prerrogativas e poderes e, de outro, dever de usá-las em prol de serviços e prestações para a sociedade. Assim, é curioso como o destino tenha exposto, na dogmática jurídica, duas características complementares através de duas escolas antagonistas, cujos líderes – Duguit e Hauriou – tanto rivalizavam⁹⁷.

Portanto, todas essas linhas doutrinárias que formaram o Direito Administrativo contemporâneo e estabeleceram suas bases teóricas foram, a seu turno, formadas por construções históricas que já carregavam valores e culturas. Assim, o estatalismo ele mesmo embarcou na doutrina francesa, através de mentalidades e pré-compreensões que determinaram as grandes linhas do direito público (RIVERO, 1953).

Estas considerações sobre a cultura jurídica francesa encontram ressonância no instituto do fato do príncipe e na teoria da imprevisão, que de nenhuma forma estariam isentos a estas influências e cujos fundamentos refletem esta axiologia e justificam seu regime jurídico. Fosse outra a cultura jurídica, seriam outras as condições e os princípios, como é o caso do Estados Unidos, que desconhece teoria neste sentido (GIACOMMUZI, 2011). Assim, este instituto trata-se de uma resposta do estatalismo e do solidarismo francês que buscou viabilizar algum ressarcimento pelos danos sofridos pelos cocontratantes diante da atuação lícita da Administração. Laubadère (1956) ressalta que existem duas linhas doutrinárias que buscam

⁹⁷ Léon Duguit e Maurice Hauriou, apesar de terem sistemas teóricos completamente opostos, guardaram laços e caminhos comuns. Nasceram com três anos de diferença, morreram com três meses de intervalo, fizeram o mesmo concurso para a docência no direito público (*agrégation*), tendo cada um seguido a carreira em uma grande cidade do sudoeste francês (Bordeaux e Toulouse, respectivamente) e ali se tornando diretores das Faculdades de Direito. Como se não bastasse, ainda tiveram de escutar os comentaristas oporem seus temperamentos e personalidades, além de teorias e concepções (BURDEAU, 1995)(BURDEAU, 1995).

fundamento jurídico direto desta teoria. A primeira assevera ser o *equilíbrio financeiro do contrato* a razão pela qual se outorga o ressarcimento quando um fato do príncipe desequilibra a equação contratual, não sendo nada além de uma hipótese de aplicação desse princípio usual aos contratos públicos. A segunda linha aponta que a teoria se trata de um caso de *responsabilidade contratual objetiva do Estado* que abre direito à indenização, como na responsabilidade extracontratual.

Nesse sentido, continua Laubadère, o que uniria as duas linhas doutrinárias é que se a responsabilidade contratual é a técnica pela qual se realiza a indenização do cocontratante, o equilíbrio financeiro do contrato funciona como a razão para que esta responsabilidade seja objetiva no caso da teoria do fato do príncipe.

Para isso, o autor constrói um paralelo entre a responsabilidade extracontratual do Estado e a teoria do fato do príncipe. Faz-se referência ao princípio da *égalité devant les charges publiques* que historicamente ditou o regime jurídico da responsabilização objetiva do Estado e segundo o qual os custos e sacrifícios impostos pela atuação da Administração Pública devem ser igualmente suportados por todos os cidadãos, ao invés de serem atribuídos com maior ou menor peso a um determinado grupo. Dessa forma, em caso de prejuízo excessivo a um particular, este custo não deve restar às expensas desta única pessoa, mas deve ser repartido entre todos os cidadãos por meio da indenização paga pelo Poder Público, independente da aferição de culpa, apenas em função do dano e da causalidade (VEDDEL, 1973).

Nesse passo, a tese de Laubadère (1956) é que o princípio da *égalité devant les charges publiques* encontra tradução, para a seara contratual, no equilíbrio econômico-financeiro. Uma vez que ocorre um fato do príncipe, o contratado tem de ser indenizado pelos prejuízos sofridos, de forma a se reestabelecer o equilíbrio de seu contrato, havendo ou não culpa do contratante público. Assim, ambos têm o papel de justificar o uso da técnica da responsabilidade sem culpa com base nesse mesmo axioma (TERNEYRE, 1989).

É neste momento que se vê a importância do *prejuízo especial*, acima tratado como condição da teoria do fato do príncipe, na medida em que ele será utilizado para caracterização da anormalidade do dano frente ao resto da sociedade, assim, permitindo verificar a ruptura da igualdade diante dos encargos públicos, sem a qual não se poderia indenizar o particular que sofreu com o fato do príncipe.

Então, a questão é essencialmente principiológica: se há uma missão estatal, um serviço público sendo cumprido, e o contratado faz parte dessa missão, não seria justo que ele

suportasse sozinho os custos e prejuízos de algo que aproveita a toda a comunidade, tanto na responsabilidade contratual quanto na extracontratual.

Isso retoma a ideia do solidarismo presente no direito francês, no sentido de evitar a desagregação social provocada pela oneração excessiva de um particular em função de uma atividade pública (FRIER; PETIT, 2015). É como anota Giacomuzzi (2011, p. 259) sobre essa relação: “o Estado se baseia na solidariedade social e deve prover o cidadão com serviços públicos, deve, então, haver uma espécie de ‘seguro social’ a fim de proteger eventuais perdas que o indivíduo possa sofrer quando utiliza os serviços públicos”.

No que concerne à teoria da imprevisão, o fundamento do serviço público e o pressuposto estatalista também se fazem presentes na própria natureza da quantia outorgada ao particular pela teoria.

Os autores mais tradicionais como Jèze (1950, p. 8) diziam que, para bom funcionamento dos serviços públicos, “importa que a Administração *ajude o contratante* na medida do possível”, e as doutrinas modernas como Melleray et. al. (2017, p. 252) reiteram o apreço pela teoria por obrigar a Administração “a *ajudar financeiramente seu cocontratante* a executar o contrato após o transtorno de sua economia”. Isto é, a teoria da imprevisão é tratada como um auxílio do Estado para o particular para que ele mantenha a execução do contrato e dos serviços públicos.

Isso repassa, evidentemente, uma ideia de superioridade, de supremacia do Estado que, se colocando distante do particular, lhe oferece a mão para garantir a prestação de serviços públicos (novamente o *serviço público*). A impressão que se carrega da teoria, assim, é que ela não é tratada como responsabilidade ou uma divisão de riscos contratuais, mas como um ato benevolente, ainda que obrigado pelo direito administrativo.

A razão para esta “ajuda” do Estado, assim, é a garantia da continuidade dos serviços públicos, tida como um desdobramento do interesse geral que o Estado visa assegurar, o que reforça o solidarismo através do serviço público e da comunhão dos riscos dele decorrentes. O fundamento, assim, é dado em função do público, da comunidade que ajuda o particular em benefício da prestação de seus próprios serviços, e não exatamente em função de um algum direito a ele garantido.

Em que pese este fundamento coletivista amplamente aceito, a doutrina mais recente tem apontado que existe também um fundamento “individualista” ou “garantista” para a teoria da imprevisão baseado na boa-fé, na equidade e no equilíbrio financeiro do contrato. Isso se evidencia na aplicação da teoria em contratos que não regem serviços públicos ou quando a

indenização é outorgada após o fim do contrato, de tal forma que a continuidade do serviço público não seria o fundamento único da teoria. Nesses casos, o fundamento seria a responsabilidade baseada no desequilíbrio contratual (CHAPUS, 2001).

Quer se admita o fundamento da continuidade do serviço público (coletivista) ou da manutenção do equilíbrio contratual (garantista), há de se convir que sempre se mantém uma “determinada ideia de Estado, um Estado que provê os serviços públicos e que, por isso, não pode deixar seus colaboradores – os contratados – sem auxílio quando isso for necessário para manter a execução dos serviços públicos” (GIACOMMUZI, 2011, p. 290).

Por fim, uma última consideração precisa ser feita sobre o fundamento axiológico da teoria da imprevisão: ela parte, essencialmente, da distinção entre direito público e direito privado, o que reitera a axiologia estatista presente na cultura francesa ao se distinguir o direito do Estado, o qual será especial e derogatório, frente àquele aplicável ao resto da sociedade, o direito dito comum⁹⁸.

No direito privado, sabe-se que impera o *pacta sunt servanda* sem possibilidade de sua atenuação pela revisão de termos e preços contratuais diante de eventos imprevistos. É o que a doutrina francesa chama de “síndrome do *Canal de Craponne*”, com referência à decisão homônima de 1876, em que a Corte de Cassação consagrou a rejeição à teoria da imprevisão nos contratos privados (HOEPFFNER, 2016). Neste regramento está imbuída uma ideia individualista de autonomia da vontade, onde cada contratante arca por si com os riscos daquela atividade sem qualquer compartilhamento de prejuízos em casos extraordinário e inclusive com afastamento do judiciário de se imiscuir no conteúdo e termos do contrato, tido como questões privadas.

Todavia, a cultura que governa o direito público é diferente. Nos contratos administrativos, a força obrigatória dos contratos – um pilar jusprivado – perde relevância frente ao interesse geral e à continuidade dos serviços públicos, possibilitando a revisão do contrato. Por isso mesmo, a teoria da imprevisão consagrou-se “um dos mais belos símbolos da especificidade do contrato administrativo” (MELLERAY; GONOD; YOLKA, 2017, p. 251)

Assim, a partir da *summa divisio* e da pré-compreensão cultural estatista de que os contratos administrativos e privados serão guiado por valores e institutos diferentes, é possível conceber que eles divergirão e os primeiros admitirão a teoria da imprevisão, e os últimos não.

⁹⁸ Em suma, se se parte de uma igualdade entre Estado e Sociedade, como é no direito anglo-saxão, não existe razão para a dicotomia público-privado, só havendo o “direito” aplicável indistintamente a todos. No entanto, se a cultura jurídica concebe a diferenciação entre o Estado e a Sociedade, há sim uma distinção entre o direito aplicável a cada um deles, posto que desiguais. Nesse sentido, Cf. GIACOMMUZI, 2011, p. 112-146.

Perceba-se que já se havia negado em *Canal de Craponne* (1876)⁹⁹ a teoria da imprevisão e, ainda assim, conseguiu-se aplicá-la em *Gaz de Bordeaux* (1920).

Portanto, arrematando estas considerações à guisa de conclusão, nos parece que a lógica dos valores que embasam as teorias do fato do príncipe e da imprevisão coloca-se do ponto de vista coletivo, do Estado, e não do indivíduo contratado por ele.

A primeira teoria ressarce o particular por prejuízos causados pela atuação lícita da Administração, em função de uma determinada visão que se tem sobre o Estado, uma visão solidarista que almeja garantir a coesão social e a igual divisão dos custos dos serviços estatais. Por sua vez, a teoria da imprevisão ainda reitera essa influência coletivista porque, como visto, se fundamenta na continuidade do serviço público e não no ressarcimento do particular pelos danos sofridos.

Ambas as teorias trabalhadas, assim, encontram suas bases axiológicas no estatualismo e no ethos social presentes no direito público francês, subsídios determinantes para a compreensão desses institutos e seus regimes jurídicos, que não são obras do acaso. As razões que fundamentam estas teorias, enquanto elementos da cultura francesa, servirão para sua comparação com o direito brasileiro e, em alguma medida, para se questionar a influência que a França teve em nosso direito.

III. DIREITO BRASILEIRO: INTANGIBILIDADE DA EQUAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA

A doutrina é marcante em tentar demonstrar a influência francesa no direito administrativo brasileiro, trazendo para cá institutos e culturas jurídicas. A presunção, assim, seria de que as teorias francesas do fato do príncipe e da imprevisão tivessem sido adotadas integralmente no direito pátrio. No entanto, nos parece que o direito brasileiro assimilou essas teorias francesas de forma um tanto divergente, como foi levantado ao final da subparte anterior.

Ao nosso ver, a doutrina tem sido vacilante na leitura do direito brasileiro justamente por não se posicionar definitivamente entre a influência francesa e a legislação brasileira (GIACOMMUZI, 2011). Os autores tendem a enxergar na legislação diferenciações existentes na França e que não se reproduzem aqui; ou, então, a confundir conceitos que estão clarificados

⁹⁹ Importante anotar que com a reforma do direito dos contratos de 2016, o Código Civil francês (ainda napoleônico, agora recortado) em seu artigo 1195 passou a admitir a teoria da imprevisão nos contratos privados, permitindo que as partes negociem suas novas condições ou que um juiz as determine, bem como que se resolva o contrato. Desde 2005, porém, a Corte de Cassação aplica a teoria da imprevisão por critérios de boa-fé contratual (Cass Civ, 1re, Pourvoi 01-15804).

na própria doutrina francesa¹⁰⁰. Em boa medida, precisa-se ter consciência da origem francesa destes institutos, mas conseguir escrever e analisar o ordenamento nacional de forma objetiva e sem redundar em lugar-comum trazido pela doutrina nacional há anos.

Nesse sentido, tenta-se clarificar qual é (e qual *não é*) o regime *brasileiro* para o fato do príncipe e imprevisão, tratando especialmente das diferenças entre este e o regime francês. Isso importa, a nosso ver, em perceber que as divergências brasileiras estão sempre no sentido de dispor e inovar um regime jurídico que é *mais favorável ao particular*, reduzindo os riscos associados à execução do contrato administrativo, seja em função de áleas administrativas ou econômicas.

Em primeiro lugar, a diferença mais relevante entre os dois sistemas jurídico decorre diretamente da unicidade das teorias do fato do príncipe e da imprevisão e refere-se à unificação dos efeitos jurídicos delas. Como havíamos dito, a teoria francesa distingue nitidamente cada um dos dois institutos ao dispor que o primeiro deles concederá ressarcimento integral dos danos sofridos pelo particular, enquanto que no segundo o ressarcimento é apenas parcial.

No sistema brasileiro, no entanto, não há disposição que faça crer que deva haver uma diferenciação entre o ressarcimento outorgado em cada uma das teorias. Aliás, a doutrina reitera que “em todos os casos, a Administração Pública responde sozinha pela recomposição do equilíbrio econômico-financeiro” (DI PIETRO, 2012, p. 287). Pelo art. 65 da Lei 8.666/93, almeja-se sempre restabelecer “a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração”, sem que ela seja reestabelecida apenas parcialmente em caso de álea econômica.

Outra característica essencial aos institutos franceses aqui trabalhados e que encontra inovação no direito brasileiro é com relação à identidade entre a Administração contratante e a Administração autora do ato causador de dano, para fins de ressarcimento via teoria do fato do príncipe.

Neste quesito, existe ainda alguma divergência na doutrina: para uns, como Caio Tácito (1961) e Maria Sylvia Di Pietro (2012, p. 288), fortes da influência francesa, a identidade é um requisito necessário e que, no Brasil, deriva do regime federalista. Ao mesmo passo, para Justen Filho (2016) e Carvalho Filho (2012, p. 211), “o ‘príncipe’ é o Estado ou qualquer de suas

¹⁰⁰ Nesse caso, veja-se Sonia Tanaka (TANAKA, 2007)(2007, p. 171) que diz: “a **teoria da imprevisão se configurará** nos seguintes casos: motivo de força maior, caso fortuito, **fato do príncipe** (...)” (grifos nossos). Ao arripio do jurista francês, a respeitada autora entende que o fato do príncipe é uma hipótese da teoria da imprevisão. Compartilhamos desta crítica com Giacomuzzi (GIACOMMUZI, 2011)(2011, p. 317).

manifestações internas”, de forma que qualquer entidade pública pode causar danos que ensejam enquadramento na teoria.

Parece-nos que a teoria do fato do príncipe no Brasil não exige que a autoridade autora do ato danoso seja a mesma autoridade contratante. É preciso sempre relembrar que este requisito não está presente no texto legal supramencionado que disciplina o contrato administrativo. Aliás, o parágrafo 5º, ao dispor o caso clássico de fato do príncipe, fala em *quaisquer* tributos criados ou em *superveniência de disposições legais*, sem fazer constar ressalvas quanto à origem da medida.

Isso demonstra, é preciso reiterar, a presença de um regime mais favorável ao particular que contrata com a Administração. Em um ambiente em que no mesmo território atuam três esferas de governo, aumenta o risco de se sofrer um fato do príncipe por qualquer uma delas. Por exemplo, no caso de majoração de tributos, imagine-se um contratado de um município que não poderia pleitear reparação via fato do príncipe por aumento de sua carga tributária que é notadamente imposta pela União e pelo Estado-Membro. Assim, em nome da proteção da equação financeira, impera que haja a ampliação do escopo do fato do príncipe.

A partir da exclusão desse critério a inexistência dessa distinção entre as administrações (contratante e autora do dano), tal qual aconteceu na França no meio do Século XX, põe-se em dúvida a própria distinção entre as teorias do fato do príncipe e da imprevisão. Nesse sentido, parece que a própria distinção entre as duas teorias se desfaz porquanto suas hipóteses de cabimento serão muito próximas (ambas servem para qualquer autoridade que causar dano), bem como porque não fará sentido perquirir entre uma hipótese ou outra porque terão os mesmos efeitos de reparação integral.

Ademais, outra diferença importante que o sistema brasileiro traz para a regulamentação da teoria da imprevisão é a possibilidade de sua invocação diante de fatos “previsíveis, porém de *consequências incalculáveis*”. Segundo Sônia Tanaka (2007), neste caso ocorre o abrandamento do requisito da imprevisibilidade exigido para a configuração da teoria e do direito de ressarcimento. A imprevisibilidade, neste caso, recairá apenas sobre o *quantum* a ser indenizado, ainda que sua ocorrência seja certa ao momento da apresentação das propostas (ARAÚJO, 2003).

Trata-se de hipótese inexistente na doutrina tradicional do direito francês, e na qual “percebe-se que a intenção do legislador foi [mais uma vez] assegurar a efetiva manutenção do contrato administrativo, *garantindo ao particular contratado a outorga da justa e perene*

contraprestação, sem riscos diante de tais fatos, que, na ocasião, até seriam previsíveis, mas não em sua magnitude” (TANAKA, 2007, p. 181. Grifos nossos).

Também é de destacar uma divergência brasileira na teoria do fato do príncipe sobre um aspecto que lhe é fundamental na configuração francesa. Não nos parece ser exigido no Brasil que a medida geral tenha gerado um *prejuízo especial* ao contratado que pleiteia reparação, tal qual é feito na França. Em se tratando de tributação, o inciso V do artigo 65 possibilita a reparação em função de qualquer tributo que tenha comprovada repercussão nos custos contratuais, sem que se exija qualquer sobrecarga do particular.

Naquele país, como foi demonstrado, este requisito é essencial à configuração da teoria porque ele impede qualquer tipo de favorecimento às empresas que contratam com o Estado, que terão de arcar com os mesmos custos públicos que qualquer outro particular. Este requisito relaciona-se intimamente com o princípio da *égalité devant les charges publiques*, fazendo dele um reflexo da axiologia francesa para este instituto.

Essas considerações levam-nos a concluir por uma inovação presente no ordenamento brasileiro. Pelo que se demonstrou, não há no Brasil, como há na França, rígidas distinções entre os institutos do fato do príncipe e da imprevisão (assim como caso fortuito e força maior), uma vez que se elidem as distinções da reparação integral ou parcial, da identidade ou não da Administração autora do dano e contratante e da necessidade de prejuízo especial.

Como bem observou Bandeira de Mello, mesmo carregado da influência francesa:

É que não se pode extrapolar integralmente para o direito brasileiro as soluções francesas, pois não se ajustam de modo completo ao nosso direito positivo. Este, como se verá a seguir, orientou-se de maneira a oferecer ao concessionário uma garantia mais ampla do que a que lhe é dispensada na França (MELLO, 2014, p. 765).

De ponto de vista sistemático, o Brasil diferenciou-se da França ao implementar uma *unicidade* de regime entre todas as hipóteses fáticas que causam o rompimento da equação econômico-financeira (JUSTEN FILHO, 2003). Isto é, os institutos do fato do príncipe e da imprevisão, além do caso fortuito e força maior, encontram-se regulados em um mesmo tipo legislativo, de tal forma a se harmonizar seus regimes jurídicos.

Em boa medida, a concretização dessa unicidade se deu na Lei n. 8.666/1993, que disciplina os contratos administrativos em todo o país. Seu artigo 65 dispõe sobre as alterações

do contrato, sendo que o inciso II, alínea “d” e o parágrafo quinto referem-se diretamente aos temas aqui tratados e merecem destaque:

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. (...)

§ 5º Quaisquer tributos ou encargos legais criados, alterados ou extintos, bem como a superveniência de disposições legais, quando ocorridas após a data da apresentação da proposta, de comprovada repercussão nos preços contratados, implicarão a revisão destes para mais ou para menos, conforme o caso. (BRASIL, 1993)

Como se vê, a unicidade de regimes fica evidente na alínea “d”, que indica a um só tempo a teoria da imprevisão, do fato do príncipe, caso fortuito, força maior, todos com o mesmo o objetivo de possibilitar o reequilíbrio contratual. A par da previsão expressa do “fato do príncipe” na alínea, o parágrafo quinto descreve as hipóteses clássicas desse mesmo instituto (majoração tributária e superveniência legislativa), dando-lhes a mesma consequência de revisão de preços para o equilíbrio financeiro.

No mesmo sentido, veja-se o artigo 10º da Lei 8.987/95, sobre concessões comuns, ao dizer: “sempre que forem atendidas as condições do contrato, considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro” (BRASIL, 1995). Aqui, igualmente não se faz distinção entre as hipóteses ensejadoras de prejuízo ao contratado, assim, *a contrario sensu*, basta que sejam alteradas as condições do contrato para que se tenha direito ao reequilíbrio, seja qual for o motivo dessa alteração.

Portanto, não se encontra uma clara diferenciação legislativa entre cada um destes institutos. Ainda que se possa cogitar de algumas particularidades entre cada uma das hipóteses, sua oposição perde relevância no direito brasileiro, em última instância, porque o efeito de todos eles é sempre o imperioso reequilíbrio da equação contratual.

Dessarte, a nosso ver, o que o direito brasileiro verdadeiramente consagra é o instituto ou o princípio da *intangibilidade da equação econômico-financeira*, que organiza dentro de si todas essas hipóteses e eventos que abrem direito ao particular de demandar o reequilíbrio contratual (JUSTEN FILHO, 2003). Por este princípio, ter-se-ia direito ao reequilíbrio do contrato sempre que condições imprevisíveis ou previstas de efeitos imprevisíveis dificultassem a execução do contrato e se configurasse uma álea extraordinária e cujo risco não pertencesse ao particular. As diferenciações entre cada hipótese servem apenas para oferecer a subsunção e o enquadramento jurídico da realidade fática que levará à compensação pelos danos, muito mais do que regular institutos autônomos (DI PIETRO, 2012).

Nesse passo, demonstra-se que o direito brasileiro consagra um regime jurídico mais favorável ao particular se comparado ao direito francês, do qual importou inicialmente estas teorias. A influência francesa assim, apesar de presente em todo o direito administrativo e até mesmo nestes institutos, encontra termo em alguns de seus aspectos.

Acontece que estes institutos têm relevância para a cultura jurídica de seu país. A exemplo da inexigência de *prejudice spécial*, as mudanças vistas no regime brasileiro não se fazem ao acaso e também não são sem impactos na cultura jurídica nacional. O fato de o Brasil ter consagrado um regime mais favorável ao particular no instituto da intangibilidade da equação econômico-financeira indica, ao nosso ver, que existem diferenças significativas também na axiologia que o fundamenta, e que também diferenciaria o sistema brasileiro do francês.

Segundo tentou-se demonstrar, o Brasil consagrou regime jurídico nitidamente mais benéfico ao particular quanto ao tratamento do fato do príncipe e da imprevisão e que isso, conjura-se, traz indícios sobre a cultura jurídica brasileira.

Nesse sentido, é preciso anotar que conforma-se no direito brasileiro o direito fundamental do particular de exigir, inclusive judicialmente, a manutenção do equilíbrio do econômico-financeiro do contrato administrativo em que seja parte, com a devida alteração de preços e disposições contratuais para que se mantenha a equivalência ente encargos e benefícios segundo as condições previstas na apresentação da proposta.

Este direito fundamental, a nosso ver, encontra-se textualmente no artigo 37, inciso XXI da Constituição Federal¹⁰¹, o qual é dedicado à Administração Pública e dispõe para ela e para

¹⁰¹ Esta disposição da atual Constituição não é inovadora. A Constituição de 1967, mesmo após a EC 01/69, continha previsão semelhante em seu artigo 167 que o regime das empresas concessionárias de serviços públicos estabelecerá “tarifas que permitam a justa remuneração do capital, o melhoramento e a expansão dos serviços e assegurem o *equilíbrio econômico e financeiro do contrato*” (BRASIL, 1969)

a legislação ordinária a obrigatoriedade de se manter as condições financeiras em que se deu a contratação do particular:

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. (BRASIL, 1988. Grifos nossos.)

Além desta disposição expressa, o direito fundamental ao equilíbrio da equação econômico-financeira decorre acessoriamente também de outros direitos e princípios fundamentais, além de valores constitucionalmente consagrados. Ainda que não houvesse a referida alusão ao equilíbrio contratual no texto constitucional, seria possível inferir sua existência e aplicação a partir de outros dispositivos (MAROLLA, 2011).

Em primeiro lugar, parece-nos que a proteção à equação financeira em contratos administrativos é conexa ao direito individual à propriedade privada (art. 5º, inciso XXII da CR/88). Quando o particular engaja-se em um contrato com a Administração, não o faz por inclinação ao serviço público, ou pelo atendimento do interesse público – que certamente cabem ao Estado –, mas por seu desiderato de persecução do lucro e da atividade empresarial.

Nessa empreitada contratual, o particular empenha sua propriedade atual com ativos tangíveis e intangíveis no aguardo de retorno financeiro inicialmente acordado, o qual cobrirá os custos e oferecerá o excedente pelo serviço prestado. No entanto, se ocorre o rompimento da equação financeira por fatos imprevisíveis ou culpáveis à Administração e esta se recusa a restabelecer-lhe o equilíbrio, ver-se-ia uma situação em que o Estado se aproveita da propriedade privada na consecução de benefícios em seu favor – obra, serviço, produtos ou a prestação de um serviço público – sem a justa remuneração da empresa contratada (JUSTEN FILHO, 2003; 2016).

Nesse mesmo sentido, importante salientar que Caio Tácito fundava o equilíbrio financeiro das concessões na proibição do confisco da propriedade (art. 141, § 16º da Constituição de 1946) e na “justa remuneração do capital do concessionário” (art. 151). Ou seja, sem se falar diretamente na legislação em equação contratual, se pretendia proteger a

propriedade do particular contra desequilíbrios que lhe retirassem a remuneração esperada. (TÁCITO, 1961b, p. 20).

Simultaneamente encontra-se ferido o princípio da moralidade administrativa (art. 37, *caput*), que está a orientar a atuação dos poderes públicos segundo os valores morais constantes no próprio direito (MELLO, 2014). Dentre eles, está o corolário da boa-fé objetiva e a vedação ao enriquecimento sem causa da Administração, extraíveis do Código Civil, bem como das leis administrativas. Seria contrário, portanto, ao direito e à sua moralidade que a Administração aproveitasse de um abalo econômico nos preços contratuais para obrigar o contratado a prestar um serviço público com clara desvantagem e onerosidade contratual. A atuação de boa-fé, nesse sentido, é o restabelecimento do equilíbrio contratual, para que nenhum das duas partes se locuplete às custas da outra (LIMA, 2007).

Cite-se, ainda, que a (proteção à) equação econômico-financeira é abrigada pelo princípio da segurança jurídica, que a consolida como um direito adquirido ao particular (MAROLLA, 2011). O que se considera como adquirido e permanente é a *equação financeira* de acordo com as condições da contratação, e não o lucro esperado ou as condições regulamentares de execução da obra ou serviço público¹⁰². Nesse sentido, seria contrário ao princípio que uma disposição legislativa ou regulamentar atribuísse maiores encargos ao contratado sem a devida remuneração, de tal forma a reverter toda a estabilidade esperada na execução contratual.

Deve-se atentar também que a manutenção da equação financeira é um imperativo do interesse público e não um favorecimento do interesse privado. Ao observador incauto, pode parecer que o aumento da contraprestação pública a título de reequilíbrio contratual é um prejuízo ao interesse público que perderá em suas reservas. Todavia, sabe-se também que a impossibilidade institucional do reequilíbrio faria com que os preços dos contratos administrativos aumentassem diante dos riscos e da insegurança atribuída ao particular, oportunidade na qual seria novamente prejudicado o interesse público secundário (ARAÚJO, 2003).

A par disso, a própria existência e conceituação de “interesse público secundário” é criticável, porque não é admissível que a Administração aja em causa própria e desconsiderando

¹⁰² Aqui, pressupõe-se a distinção entre as cláusulas regulamentares e cláusulas financeiras nos contratos administrativos, especialmente nas concessões de serviço público. As primeiras, na verdade, teriam natureza de regulamento administrativo, sendo de ordem pública e modificáveis pela Administração segundo critério discricionário. Apenas as últimas teriam natureza propriamente contratual e protegidas pela segurança jurídica contra modificações do poder público. Assim, diante de alteração nas cláusulas regulamentares, poderia o contratado reclamar reequilíbrio contratual para manutenção das cláusulas financeiras (CHAPUS, 2001; TÁCITO, 1961b)(CHAPUS, 2001; TÁCITO, 1961b).

o interesse público “primário” que aproveita à sociedade (ARAÚJO, 2003; BINENBOJM, 2014; MELLO, 2014). Nesse sentido, o interesse público (sem adjetivos) sempre é a recomposição do equilíbrio contratual, porque beneficia a prestação dos serviços públicos e, especialmente, porque concretiza direito fundamental do particular, não sendo outra a orientação do Estado de Direito.

Acontece que a alocação da equação econômico-financeira dos contratos como um direito fundamental previsto e extraído da Constituição, além de ser representação da compreensão que se tem sobre o Estado, extrapola a elucubração teórica e gera importantes consequências práticas e dogmáticas.

Estando o direito à manutenção da equação financeira garantido na Constituição, ele se apodera de sua força normativa e se instrumentaliza através dos meios de garantia da própria Constituição. Isso significa que esta norma contém aplicabilidade imediata e direta, sem que dependa de disposição legislativa para alcance sua plena eficácia (BARROSO, 2011). Nesse sentido, tem estatura suficiente para sustentar a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo da Administração que a contrarie ou limite de forma desproporcional, de tal forma que entrega ao particular, na via difusa, e à sociedade civil e à Administração, na via concentrada, mais uma forma de garantir o direito subjetivo e objetivo à intangibilidade da equação financeira.

Para muito além das possibilidades dogmáticas que a inserção do equilíbrio econômico-financeiro no rol dos direitos fundamentais comporta, é preciso também enxergar o que isso representa pela ótica da Teoria do Estado e da Constituição. Intitular o particular com o direito constitucional ao equilíbrio nos contratos administrativo certamente indica um traço diferente (e positivo) na relação Estado-Sociedade, nos poderes exorbitantes da Administração e na ideia de interesse público.

IV. CONCLUSÃO

O presente trabalho tentou formular uma crítica ao pressuposto generalizado da influência francesa sobre o direito administrativo brasileiro, especialmente no que tange aos institutos da teoria do fato do príncipe ou da teoria da imprevisão, relativamente ao seu regime e sua axiologia.

A partir da argumentação comparativa com o direito francês, comprovou-se a hipótese inicialmente aventada para o trabalho, segundo a qual *não houve completa incorporação desses*

institutos no direito brasileiro, que acabou por consagrar um regime ainda mais favorável ao particular, apesar de toda a influência francesa no direito brasileiro.

Parece-nos que o regime jurídico aqui adotado para os institutos do fato do príncipe e da teoria da imprevisão diverge substancialmente do regime francês, de tal forma que enseja o questionamento, também, sobre o significado dessas divergências para a axiologia desses institutos no nosso país.

Deve-se observar que todas essas divergências brasileiras apontam para o caminho do favorecimento e garantia do particular que contrata com o Estado – isso dito de um ponto de vista dogmático. A observação mais filosófica e valorativa do regime brasileiro demonstra, por sua vez, que as alterações aqui empreendidas reverterem ou afastam os elementos diretamente ligados à axiologia desses institutos na França.

Uma primeira indicação neste sentido é a inexigência de *préjudice spécial* para a configuração da teoria do fato do príncipe no Brasil. Como demonstrado, no direito pátrio, basta que se perceba o prejuízo imprevisto do contratado diante de ato do poder público para que lhe se outorgado o direito à compensação.

Nesse sentido, perde-se a correlação entre a indenização e o princípio da *égalité devant les charges publiques*, porque não importará que a situação do contratado pelo Estado seja mais gravosa do que aquela percebida pelo conjunto dos outros cidadãos. Todos os demais particulares podem ter sido tocados da mesma forma, mas apenas o contratado da Administração terá direito à indenização. A bem da verdade, o ressarcimento do contratado sem o prejuízo especial quebra o princípio da igualdade diante dos encargos públicos, porque permite que um único setor da sociedade tenha seus encargos públicos reduzidos¹⁰³. Nestes termos, parece que o fato do príncipe não mais se trata de uma obrigação da sociedade de ressarcir aquele que sofre em demasia pelos atos do poder público.

O fato do príncipe, então, resta ligado a um direito individual do contratado à manutenção da equação financeira diante de medidas públicas que agravam seus encargos naquele contrato administrativo. Isso porque o contratado sempre terá direito à reparação, independente do peso do novo gravame que foi imposto ou da especialidade de sua situação frente aos demais particulares. Perde-se o nexos coletivista que visava garantir que ninguém

¹⁰³ Vale ressaltar o entendimento de Renata Faria Silva Lima (2007), que liga expressamente a manutenção do equilíbrio contratual à igualdade diante dos encargos públicos. Ainda que possamos admitir este fundamento para a responsabilidade objetiva do Estado (art. 37, §8º da Constituição), no que se refere à teoria do fato do príncipe, a ligação entre o princípio e a indenização é feita pelo *préjudice spécial*, cuja inexigência afasta uma pretensão de manutenção desta igualdade e reitera o direito (individual) à manutenção do equilíbrio, tendo o contratado suportado ônus excessivos ou não, em comparação com a sociedade.

seria sobrecarregado pelo Estado em prol da integração social. O fundamento, então, é revertido de um múnus público coletivista – associado a uma eventual desigualdade entre particulares – para uma obrigação da Administração frente àquele com quem contrata em função de direito individual.

Ademais, é possível obter a mesma sorte de entendimento da atribuição de reparação integral nos casos de álea econômica, além dos casos de álea administrativa. A teoria da imprevisão não se configura como uma ajuda (e, por isso, apenas parcial) do Estado ao particular que resulta do princípio da continuidade dos serviços públicos, tal qual é na França, mas, novamente, de um direito do contratado à estabilidade das condições financeiras da contratação.

A partir destas e outras diferenças no regime brasileiro, portanto, o que sobressai é que a axiologia francesa talvez não encontre completa absorção e respaldo nos regimes jurídicos do fato do príncipe e da teoria da imprevisão. O que se vê é que as justificativas coletivistas e estatistas importantes para estes institutos na França – como a igualdade diante dos encargos públicos – perdem sentido no direito brasileiro. Neste, o regime é mais centrado em direito subjetivo do particular e na preocupação da manutenção da equação financeira do que propriamente no solidarismo francês.

Dessa forma e visto este contexto, ainda que em ambos os países seja reconhecido o direito ao equilíbrio da equação contratual, parece-nos que *esta garantia tem maior peso axiológico dentro da cultura jurídica brasileira do que na cultura francesa*. Todo o regime jurídico e as justificativas valorativas para seus contornos se dão em função deste direito subjetivo, diferentemente do que é feito alhures.

Acontece que a previsão da manutenção do equilíbrio contratual como um direito fundamental tem o condão não só de influenciar os contornos dos regimes destes institutos, mas também é sintoma significativo de aspectos teóricos e filosóficos a respeito do Estado e de seu direito.

A Constituição e os direitos fundamentais, não só por sua teoria clássica, mas também por sua origem histórica, representam um movimento de difusão de poder, na qual se entrega ao cidadão uma posição juridicamente oponível contra o Estado¹⁰⁴. Nesse sentido, indica-se qual e como deve ser a relação entre o Estado e o particular, se baseada na força e no autoritarismo ou na contenção pelo Direito.

¹⁰⁴ Nesse sentido, utilizamo-nos dos argumentos desenvolvidos em “ANTONACCI, L.; ALMEIDA, I. O. De. Estado de Direito, Difusão e Diferenciação: a tentativa de uma teoria geral. **Revista Alethes**, 2014. v. 1, n. 4, p. 181–202.”.

Então, a nosso sentir, a disposição constitucional do direito à manutenção da equação financeira em contratos administrativos remete a uma atribuição de *status* de defesa e proteção do particular contra o Poder Público, o qual poderia, injustamente, querer lhe obrigar à execução do contrato mesmo diante de seu evidente desequilíbrio e onerosidade.

A partir destas evidências, entende-se por questionada, senão mesmo redimensionada, a suposta influência da axiologia francesa sobre os institutos do fato do príncipe e da teoria da imprevisão no Brasil. Se os regimes jurídicos dos institutos divergem em pontos importantes entre os dois países, não se pode afirmar que o nosso país adota prontamente a axiologia francesa nesse tema, sendo as alterações no regime jurídico o sintoma dessa mudança axiológica.

Entre nós, esta axiologia perde força em prol de uma visão mais igualitária e individualista. Isto é, sem subentender intimamente a desigualdade entre Estado e particular e sem usar pretextos coletivistas para outorgar a compensação em caso de desequilíbrio contratual. Nesse sentido, o equilíbrio contratual é fundado em direito com sede constitucional e por meio de regime favorável ao particular, onde se acoberta integralmente uma variedade de riscos em prol da equação financeira.

Cremos que o estudo da cultura jurídica brasileira – que aqui tentamos fazer – exige bastante cuidado e esforço. Em primeiro lugar, porque nossa matriz cultural não é tão delimitada e estudada quanto as matrizes francesa, alemã ou anglo-saxã e, ao revés, é uma amálgama de todas essas culturas, em um sincretismo autônomo e inédito. Ademais, a doutrina brasileira não tem se dedicado com tanto afínco ao estudo da própria cultura pátria, ora se voltando à importação e à exaltação acrítica de institutos estrangeiros, ora se voltando para a dogmática rasa, dos manuais que se contentam à letra do código.

Veja-se como evidência disso a tese de livre docência de Caio Tácito¹⁰⁵, em que ele analisa o regime brasileiro do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, concluindo pela influência francesa nas linhas gerais do Direito Administrativo e notada influência americana no tocante às concessões públicas. Aliás, a influência americana serve bem à explicação da axiologia igualitária e individualista aqui levantada. A tese, porém, foi publicada em 1961 pela Revista de Direito Administrativo e desde então é citada como referência, sendo poucos os trabalhos que aperfeiçoam ou atualizam a análise por ele feita¹⁰⁶.

¹⁰⁵ TÁCITO, C. Equilíbrio Financeiro na Concessão de Serviço Público - I. Revista de Direito Administrativo, 1961. n. 63, p. 1–15.

¹⁰⁶ Giacomuzzi (GIACOMMUZI, 2011)(2011, p. 317) faz o mesmo alerta ao examinar o texto de Tácito, de que “a doutrina brasileira pouco evoluiu na análise das teorias do fato do príncipe e da imprevisão desde então”.

Como quer que seja, o regime jurídico do Brasil para o fato do príncipe e para a imprevisão ou, melhor ainda, para intangibilidade da equação econômico-financeira é favorável ao particular e isso é positivo em nosso direito administrativo. Os levantamentos aqui feitos levam à consideração de que é preciso repensar a estrutura lógica e axiológica presente nos contratos administrativos, revendo as prerrogativas da Administração e as justificativas oferecidas para estes poderes, para garantir que serão sempre democráticos e voltados para o interesse público.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, F. D. De. Equilíbrio econômico-financeiro nos contratos administrativos: caso dos reajustes salariais. In: FERRAZ, L.; MOTTA, F. (Org.). **Direito Público Moderno. Homenagem especial ao Professor Paulo Neves de Carvalho**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2003, p. 477–497.

BADAOUI, S. **Le Fait du prince dans le contrats administratifs en droit français et en droit égyptien**. Paris: LGDJ, 1955.

BARROSO, L. R. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo**. São Paulo: Saraiva, 2011.

BINENBOJM, G. **Uma Teoria do Direito Administrativo**. 3. ed. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2014.

BRASIL. Emenda Constitucional nº 1, de 17 de Outubro de 1969. . 1969.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil. . 1988.

_____. Lei Federal n. 8.666 de 21 de Junho de 1993. . 1993.

_____. Lei Federal n. 8.987, de 13 fevereiro de 1995. . 1995.

BURDEAU, F. **Histoire du Droit Administratif**. Paris: Presse Universitaire de France, 1995.

CAENEGEM, R. C. Van. **Uma introdução histórica ao direito constitucional ocidental**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.

CARVALHO FILHO, J. Dos S. **Manual de Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

CHAPUS, R. **Droit Administratif Général**. 15. ed. Paris: Montchrestien, 2001.

CHEVALLIER, J. **Le service public**. Paris: Presse Universitaire de France, 2015.

DUGUIT, L. **Manuel de Droit Constitutionnel**. Paris: Fontemoing et Cie, 1923.

ESTORNINHO, M. J. **Requiem pelo Contrato Administrativo**. Coimbra: Almedina, 2003.

FRIER, P.-L.; PETIT, J. **Droit Administratif**. 9. ed. Paris: LGDJ, 2015.

GIACOMMUZI, J. G. **Estado e Contrato**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

HOEPFFNER, H. **Droit des contrats administratifs**. Paris: Dalloz, 2016.

JÈZE, G. **Principios Generales del Derecho Administrativo - Vol. 5**. Buenos Aires: Editorial Depalma, 1950.

JUSTEN FILHO, M. **Teoria Geral das Concessões de Serviço Público**. São Paulo: Dialética, 2003.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 12. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

LAUBADÈRE, A. De. **Traité Théorique et Pratique des Contrats Administratif - Tome III**. Paris: LGDJ, 1956.

_____; GAUDEMET, Y.; VENEZIA, J.-C. **Traité de Droit Administratif - Tome I**. Paris: LGDJ, 1994.

LIMA, R. F. S. **Equilíbrio econômico-financeiro contratual: no direito administrativo e no direito civil**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2007.

MAROLLA, E. C. C. **Concessões de Serviço Público: a equação econômico-financeira dos contratos**. 1. ed. São Paulo: Editora Verbatim, 2011.

MELLERAY, F.; GONOD, P.; YOLKA, P. **Traité de droit administratif - Tome 2**. Paris: Dalloz, 2017.

MELLO, C. A. B. De. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2014.

_____. **Serviço Público e Concessão de Serviço Público**. São Paulo: Malheiros, 2017.

MOURA, E. A. Da C. **Um fundamento do regime administrativo: O princípio da prossecução do interesse público**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

NETTO, E. O direito administrativo e sua história. **Revista da Faculdade de Direito da USP**, 2000. n. 95, p. 147–166.

PIETRO, M. S. Z. DI. **Direito Administrativo**. São Paulo: Editora Atlas, 2012.

RIVERO, J. Existe-t-il un critère du droit administratif? **Revue de Droit Public et de la Science Politique**, 1953. v. 2, p. 279–296.

RUELLAN, A.; HUGÉ, A. Le partage des risques et la portée matérielle des théories de la force majeure, du fait du prince et de l'imprévision. **Actualité Juridique Droit Administratif - AJDA**, 2006. p. 1597.

TÁCITO, C. Equilíbrio Financeiro na Concessão de Serviço Público - I. **Revista de Direito Administrativo**, 1961a. n. 63, p. 1–15.

_____. Equilíbrio Financeiro na Concessão de Serviço Público - III. **Revista de Direito Administrativo**, 1961b. n. 65, p. 1–25.

_____. Presença norte-americana no Direito Administrativo brasileiro. **Revista de Direito Administrativo**, 1977. n. 129, p. 21–33.

TANAKA, S. Y. **Concepção dos Contratos Administrativos**. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. 351.712.2 T161c 2007.

TERNEYRE, P. **La responsabilité contractuelle des personnes publiques en droit administratif**. Paris: Economica, 1989. 351.712.032 T321r 1989.

TOCQUEVILLE, A. De. **O Antigo Regime e a Revolução**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1997.

VEDDEL, G. **Droit Administratif**. Paris: Presse Universitaire de France, 1973.