

TEORIA DO “FATO DO PRÍNCIPE”

JOSÉ CRETELLA JÚNIOR

Professor na Faculdade de Direito do Vale da Paraíba

SUMÁRIO: *Contratos administrativos. O factum principis. Restrições de âmbito da noção. Medidas tomadas pela própria autoridade contratante ou por outra autoridade. Obrigação de indenizar. As teorias da imprevisão e do factum principis. Conclusões.*

1. Os *contratos administrativos* são, antes de tudo, *contratos*, subordinando-se, pois, em suas linhas gerais, a êsse instituto básico delineado pela teoria geral do direito. No entanto, vários traços típicos distinguem o contrato administrativo, extremado-o, muito embora sem desfigurar-lhe a natureza, do congêneres correspondente do direito privado.¹

Os característicos contratuais privatísticos experimentam profundas transformações nos tempos modernos com o advento do *dirigismo contratual* e da *publicização do contrato*. Por outro lado, a liberdade das partes contratantes, efeito imediato do princípio da autonomia da vontade, não existe no contrato administrativo.

Não tem a Administração pública nem liberdade para escolher a pessoa daquele com quem celebra contratos, nem para escolher o tipo de formas em que será vazada a convenção. Assumindo, via de regra, a forma de *contratos de adesão*, os contratos administrativos apresentam outros caracte-

1. Bibliografia: — Jean Rouvière, *Les contrats administratifs*, Paris, 1930; Idem, *A quels signes reconnaître les contrats administratifs*, Paris, 1930 (tese); G. Pequignot, *Théorie générale du contrat administratif*, 1945; Idem, *Des contrats administratifs*, Paris, 1953; Miguel Ángel Berçaitz, *Teoría general de los contratos administrativos*, Buenos Aires, 1952; Maurice Hauriou, *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, 11.ª ed., Paris, 1927, pág. 306; Marcel Waline, *Traité*, 6.ª ed., 1952, pág. 560; *Droit Administratif*, 9.ª ed., Paris, 1963, pág. 620 e 728; André de Laubadère, *Traité*, Paris, 1953, pág. 450; *Du pouvoir de l'administration d'imposer unilatéralement des changements aux dispositions des contrats administratifs*, in *Revue du Droit Public*, 1954, pág. 36; Idem, *Manuel*, 4.ª ed., Paris, 1955, pág. 220; Paul Duez e Guy Debeyre, *Traité*, Paris, 1952, pág. 570; José Cretella Júnior, *Direito Administrativo do Brasil*, vol. III, S. Paulo, 1961, pág. 311. Saroit Badaqui, *Le fait du prince dans les contrats administratifs*, Paris, 1955, Furtuna, *Le fait du prince*, Paris, 1924.

rísticos evidentes: a *desigualdade jurídica* das partes. Com efeito, tutelando o interesse público, tem a Administração mesmo de erigir-se num plano superior para, sendo o caso, agir unilateralmente e jogar com seu *imperium* a fim de *modificar, executar compulsivamente* ou mesmo *rescindir* o pactuado, quando entram em risco os altos interesses da coletividade.

Afastando-se da relativa rigidez que caracteriza as celebrações privatísticas, o contrato administrativo tem de flexionar-se às necessidades públicas, sempre que as condições sociais o exijam.

2. Dêsse modo, a influência de fatos novos na execução dos contratos administrativos assume papel de primordial importância nos tempos modernos.

Qual a função da Administração quando, no decorrer da execução do contrato administrativo, surgem fatos novos que impedem ou dificultam, isto é, alteram as condições executórias? Tem a Administração o direito de impor unilateralmente ao outro contratante modificações ulteriores no contrato administrativo? Constitui êsse direito uma prerrogativa típica de seu regime jurídico?

3. A Administração serve o público (*salus populi, suprema lex esto*), não podendo, pois, eximir-se do dever de investigar sempre os mais perfeitos processos técnicos e os mais adequados meios materiais e jurídicos para a salvaguarda do interesse coletivo. Adaptando-se, sempre que necessário, às exigências ditadas pelo interesse público do momento, a Administração celebra pacto contratual com o particular mas tal ajuste de vontades traz implícita a sujeição dêste aos altos imperativos daquela.

Sem dúvida, como nos contratos de direito privado, os contratos administrativos têm força obrigatória. Sustentar o contrário seria contrariar a evidência. Seria introduzir nas relações contratuais em que a Administração figura como parte um princípio contrário à boa-fé e, em última análise, fazer obra que traria para a Administração tantos dissabores como para os particulares. Afirmada, porém, com veemência a força obrigatória dos contratos administrativos, é necessário fazer concessões a tal obrigatoriedade, que recebe atenuações e admite derrogações² de molde a possibilitar, em nossos dias, que se estructure uma *teoria da mutabilidade dos contratos administrativos*.³

2 Péquignot, *Des contrats administratifs*, fasc. 511, pág. 2, § 179.

3 Péquignot, *Des contrats administratifs*, fasc. 511, pág. 2, § 180.

Fatos supervenientes, oriundos ou de circunstâncias exteriores ou da própria Administração, interferem na execução do contrato administrativo, dando nascimento a teorias relevantes no campo do direito público: a teoria da *fôrça maior*, a teoria da *imprevisão*, a teoria do *fato do príncipe*. Tais teorias procuram explicar quais as conseqüências jurídicas dos fatos novos relativamente às obrigações do contratante frente à Administração, respondendo às seguintes perguntas: em que casos o fato nôvo isenta o particular contratante de sua obrigação de executar? Em que casos dão direito à indenização? Nosso estudo recairá apenas sôbre uma dessas teorias: a *teoria do fato do príncipe*.

4. Chama-se *factum principis* ou *fato do príncipe* ou ainda *fato da Administração*,⁴ *lato sensu*, tôda e qualquer providência da iniciativa dos poderes públicos que torna mais onerosa a situação daquele que contrata com a Administração.⁵

Ao passo que a *teoria da imprevisão* está subordinada a fatos *independentes* da vontade da Administração e do concessionário e que originam a *álea econômica*, o *fato do príncipe* pressupõe um ato voluntário da Administração e que nos coloca em face da *álea administrativa*.⁶

Lato sensu, entende-se por *álea* tôda ocorrência futura que influi na economia dos contratos administrativos. Dividem-se em *econômicas* e *administrativas*,⁷ interessando-nos estas últimas, que são introduzidas na execução dos contratos administrativos por iniciativa dos poderes públicos.

4 Assim denominado por alguns arestos franceses. Cf. Maurice Hauriou, *Précis de Droit Administratif*, 11.ª ed., 1927, pág. 306, nota 2.

5 Cf. *Direito Administrativo do Brasil*, vol. III, pág. 311. Marcel Waline define: "ato da autoridade pública que sobrecarrega, sem culpa, a situação dum contratante duma coletividade pública" (*Traité de Droit Administratif*, 6.ª ed., 1952, na parte final (*mise à jour*), pág. 38). Maurice Hauriou esclarece: "medidas do poder público que, rompendo o equilíbrio do contrato em que a Administração é parte, podem dar origem a responsabilidades pecuniárias para esta" (*Précis*, pág. 306). André de Laubadère: "Em sentido amplo, fato do príncipe é tôda medida tomada pelos poderes públicos e que tem por efeito tornar mais difícil e onerosa a execução do contrato pelo contratante" (*Traité*, pág. 451). Relativamente à concessão de serviço público, "é a medida tomada pelo Estado e que passa a agravar a situação do concessionário, como, por exemplo, no caso em que a lei eleva os direitos alfandegários e torna mais cara a matéria-prima utiilzada pelo serviço" (Laubadère, *Manuel*, 4.ª ed., 1955, pág. 220). Duez e Debeyre, definindo também o *fato do príncipe*, no caso das concessões, escrevem: "A autoridade pública, não importando se se trata da própria autoridade concedente ou de outra, toma providências regulares, mas cuja conseqüência é onerar direta ou indiretamente os encargos do concessionário" (*Traité*, pág. 570).

6 Duez e Debeyre, *Traité*, 1952, pág. 572.

7 Chamam-se *áleas ordinárias* os acontecimentos desfavoráveis que as partes assumiram o risco de correr por ocasião do contrato. Chamam-se *áleas extraordinárias* os acontecimentos que desafiam todos os cálculos que as partes puderam fazer por ocasião do contrato. *Conselho de Estado francês*, 3 de dezembro de

A introdução das *áleas administrativas* é fato da Administração, drástico, comparável, num paralelo histórico à imagem do célebre gesto do guerreiro gaulês que atira a espada na balança,⁸ desequilibrando os pratos e ordenando que a parte contrária restaure o nível anterior.

5. O fato do príncipe supõe três condições para que se verifique:

1.º um contrato em que a Administração seja parte;

2.º medida de poder público (lei, regulamento, decisão executória especial), cujo efeito rompe o equilíbrio do contrato;

3.º elemento de imprevisão, entendido no sentido seguinte: se a medida de poder público intercorrente estivesse nas previsões das partes, no ato de contratar, não há possibilidades de indenização, no momento em que se realiza.⁹

6. Poder-se-ia citar também, como faz ilustre autor francês, o que se poderia denominar de “fato do príncipe negativo”¹⁰ e que consiste num gravame trazido ao contrato por motivo da ab-rogação ou da não aplicação de texto legislativo ou regulamentar com a aplicação do qual contava o cocontratante.

O caso *Cidade de Dieppe* (Conselho de Estado, 12 de dezembro de 1924, in *Revue de Droit Public*, 1925, pág. 62, apud Péquignot, *op. cit.*, págs. 16-17, fasc. 511) ilustra o chamado “fato do príncipe negativo”: a cidade concedera a um particular o serviço de limpeza e transporte do lixo residencial, publicando, nesse sentido, um regulamento de polícia que impunha aos habitantes obrigações que iriam permitir o funcionamento normal do serviço. A Administração, entretanto, deixa de obrigar o cumprimento das normas estatuídas, que passam a letra morta. Por êsse motivo, o rendimento da empresa é inferior àquilo com que contava o cocontratante.¹¹

7. Complexa é a noção jurisprudencial francesa do “fato do príncipe”, parecendo ter havido um estreitamento de sentido no que se entende por aquela designação. Tal fato se deve a que inúmeras situações enquadráveis,

1928. Gaston Jèze define: “Álea extraordinária é o evento que frustra todos os cálculos que as partes puderam fazer no momento do contrato e excede os limites extremos que puderam levar em conta ao celebrarem o contrato, a circunstância que transtorna sua economia” (*Principios generales del Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1950, vol. V, pág. 44).

8 Cf. Gaston Jèze, *Principios generales del Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 1950, vol. V, págs. 36-37, nota 55. Exemplo desta imagem se encontra igualmente em Waline, *Droit Administratif*, 9.ª ed., 1963., pág. 621.

9 Maurice Hauriou, *Précis de Droit Administratif*, 11.ª ed., 1927, pág. 306.

10 George Péquignot, *Des contrats administratifs*, 1953, fasc. 511, pág. 16, § 280.

11 George Péquignot, *Des contrats administratifs*, 1953, fasc. 511, págs. 16-17.

antes, na *teoria do fato do príncipe*, ficam atualmente fora do âmbito desta teoria para integrarem o campo da *teoria da imprevisão*, o que é de capital importância porque o direito do contratante à indenização difere em uma e outra teorias.¹²

Com efeito, enquanto que na *teoria da imprevisão* o direito de indenizar surge apenas quando a situação do particular contratante sofreu verdadeiro “transtôrno”, tornando-se insustentável, pela *teoria do fato do príncipe* o direito à indenização existe quase sempre. Por outro lado, ao passo que o *fato do príncipe* gera direito a uma *reparação integral*, a *imprevisão* dá origem apenas a uma participação nos novos encargos.¹³

8. Qual o campo preciso de aplicação da teoria do fato do príncipe? Em virtude de seu *jus imperii*, qual o *quantum* de poder conferido à autoridade administrativa para modificar, unilateralmente, o que pactuou?

Neste particular, duas hipóteses serão levadas em conta, hipóteses que configuram dois casos distintos, que ocorrem na prática diária administrativa, a saber: medidas que promanam da própria autoridade que celebrou o contrato e medidas que promanam de autoridade diversa daquela que concluiu o contrato.

O primeiro caso, que é o mais simples, diz respeito às hipóteses em que, tendo uma autoridade administrativa celebrado um contrato com um particular, em que proporção as medidas, tomadas futuramente por essa mesma autoridade, dão direito à parte contraente, onerada, ressarcir-se dos prejuízos advindos com a mudança verificada?

Este caso, em princípio, é resolvido de modo satisfatório pela aplicação pura e simples da teoria do fato do príncipe, com tôdas suas conseqüências, na ordem patrimonial afetada.

A mesma teoria, aliás, tem aplicação plena nos casos em que a Administração contratante onera sobremaneira a situação do particular contratante, não de modo direto, mas de modo indireto através de medidas que passam a afetá-lo mediante *refrangemento* ou *refração*.

Accepta-se aqui a *teoria do fato do príncipe* tão-sòmente se ficar demonstrado o nexo causal entre a medida tomada e a perturbação da economia do contrato, como também que a perturbação experimentada foi de molde a tornar impossível o que se pactuou.

12 André de Laubadère, *Traité de Droit Administratif*, 1953, pág. 451.

13 André de Laubadère, *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, 1953, pág. 451.

9. O segundo caso é configurado pela repercussão que possam ter, sobre a situação do contratante, medidas de ordem legislativa ou regulamentar de caráter geral, mas que afetam a economia do contrato celebrado, visto que ao entrarem em vigor tornam impossível a manutenção do pactuado.

Por três fases bem distintas passou o Conselho de Estado francês, quando chamado a manifestar-se em casos semelhantes. Na primeira fase, firmou-se jurisprudência no sentido de deixar o particular contrante desprotegido do direito de indenização, em virtude do princípio perfilhado por aquela Côrte de que o Estado é irresponsável pelas conseqüências dos atos legislativos. Na segunda fase, orientou-se a jurisprudência em conceder agasalho à teoria do fato do príncipe, desde que os elementos modificados (preço, impôsto, salários, etc.), tivessem assumido, no espírito do contratante, um *papel decisivo no momento do contrato* ou que a modificação verificada tivesse chegado a *perturbar a economia do contrato*.¹⁴ Na terceira fase, que é a atual, inclina-se o Conselho de Estado francês para a tese de que, no caso, não tem aplicação a *teoria do fato do príncipe*, mas a *teoria da imprevisão*. O *factum principis* só pode ser invocado quando as medidas tomadas são de iniciativa da própria Administração signatária do contrato.¹⁵

10. Qual a natureza jurídica da obrigação de indenizar? Por que motivo o *factum principis* confere ao que contrata com a Administração o direito de total indenização pelos prejuízos sofridos. Qual o fundamento jurídico da obrigação de indenizar?

Os administrativistas têm procurado responder de modo satisfatório a tão importante pergunta. Maurice Hauriou procura fundamentar na noção do *enriquecimento sem causa*¹⁶ a obrigatoriedade de indenizar, mas, como observa moderno e conceituado autor francês, a noção do *enriquecimento sem causa* parece muito restrita para explicar integralmente as conseqüências pecuniárias do *fato do príncipe*.¹⁷

Procura-se também justificar a obrigação indenizatória na idéia de uma *responsabilidade sem culpa* da Administração. Nesse caso, porém, é preciso esclarecer que se trata duma responsabilidade *contratual*.¹⁸

14 André de Laubadère, *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, 1953, pág. 452.

15 André de Laubadère, *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, 1953, pág. 453.

16 Cf. Hauriou, *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, 11.^a ed., 1927, pág. 307, nota 1 (Caso *Zeilabadine*), citado por Laubadère, *Traité*, 1953, pág. 543, nota 1.

17 André de Laubadère, *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, 1953, pág. 453, nota 1.

18 André de Laubadère, *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, 1953, pág. 453.

Na realidade, o direito à indenização que está presente, neste caso, constitui a mais importante aplicação da teoria do *equilíbrio financeiro* ou *equação financeira*,¹⁹ que consiste em considerar o contrato administrativo como um todo, no qual os interesses das partes se condicionam. Ora, se o equilíbrio inicialmente mantido é alterado, prejudicando o particular contratante, tem éste o direito a uma indenização pecuniária para que se restabeleça o equilíbrio violado.

Esta regra de equilíbrio é considerada como conseqüência da *intenção comum entre as partes*, ou seja, como uma verdadeira cláusula contratual e, se tal cláusula não tiver sido estipulada expressamente, para todos os efeitos é como se o tivesse. Está subentendida. É uma cláusula implícita.

11. Teóricos franceses e o próprio Conselho de Estado, inadvertidamente, chegaram a identificar, em alguns casos, a *imprevisão* e o *fato do príncipe*.

Na *teoria da imprevisão* o evento imprevisto é uma circunstância ou conjunto de circunstâncias *econômicas* extraordinárias, *independentes da vontade das partes contratantes*, como, por exemplo, a elevação do preço da matéria-prima e dos salários, que se verifica no transcurso ou como conseqüência de grandes crises políticas, sociais ou internacionais (guerra).²⁰

A *teoria da imprevisão* tem por finalidade fazer com que a Administração participe, até certo ponto e *temporariamente*, dos *prejuízos* sofridos pelo contratante. *Não tem por objetivo reparar um dano.*

O *fato do príncipe*, ao contrário, tem por escopo, quando influi sobre a situação econômica do contratante, outorgar-lhe o direito de exigir a *reparação definitiva* do prejuízo causado pela Administração, sob o aspecto de uma supletivação de preço. Exige a equidade que o contratante *não sofra prejuízo, nem mesmo uma diminuição de sua renda*, em conseqüência de medida tomada pela Administração.²¹

O *fato do príncipe* é uma aplicação da teoria geral da *reparação equitativa do dano* causado por iniciativa alheia.²²

19 André de Laubadère, *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, 1953, págs. 445-446-453.

20 Gaston Jèze, *Principios generales del Derecho Administrativo*, 1950, ed. argentina, vol. V, 2.^a parte, pág. 36.

21 Gaston Jèze, *Principios generales del Derecho Administrativo*, 1950, ed. argentina, vol. V, 2.^a parte, pág. 38.

22 Gaston Jèze, *Principios generales del Derecho Administrativo*, 1950, ed. argentina, vol. V, 2.^a parte, pág. 39.

12. De tudo que expusemos, tiramos as conclusões seguintes:

a) os contratos administrativos diferem dos contratos privatísticos em muitos pontos, principalmente no *quantum* de sua imutabilidade;

b) estando em jôgo os altos interêsses da coletividade, tem a Administração a faculdade de impor unilateralmente ao particular contratante modificações posteriores, que alteram o que de início se pactuou, ou seja, a mutabilidade dos contratos administrativos é permitida;

c) a *teoria jurídica* que procura explicar em que se fundamenta a responsabilidade pecuniária da Administração quando, em virtude de medidas por esta tomadas e que oneram sobremaneira a execução do contrato por parte do particular, está o Estado obrigado a indenizar, *recebe o nome de teoria do fato do príncipe*;

d) o direito à indenização, sempre possível quando ocorre o fato do príncipe, constitui a mais importante aplicação da conhecida *teoria da equação financeira*, que explica o equilíbrio econômico que deve reinar entre as partes contratantes e sua conseqüente restauração, quando alterado, momentaneamente.