

FACULDADE DE ADMINISTRAÇÃO E NEGÓCIOS DE SERGIPE – FANESE

FERNANDO MOTA SANTOS

**A TEORIA DA IMPREVISÃO APLICADA AOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS:
UMA ANÁLISE DOS REQUISITOS DE APLICAÇÃO.**

ARACAJU

2017

FERNANDO MOTA SANTOS

**A TEORIA DA IMPREVISÃO APLICADA AOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS:
UMA ANÁLISE DOS REQUISITOS DE APLICAÇÃO.**

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe, como requisito parcial para a conclusão do curso de Bacharelado em Direito.

ORIENTADOR: Prof. Dr. Pedro Durão.

**ARACAJU
2017**

Ficha catalográfica

S237t SANTOS, Fernando Mota.

A Teoria Da Imprevisão Aplicada Aos Contratos De Concessão Pública: uma análise dos requisitos de aplicação / Fernando Mota Santos. Aracaju, 2017. 51 f.

Monografia (Graduação) – Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe. Coordenação de Direito.

Orientador: Dr. Pedro Durão

1. Teoria da Imprevisão 2. Equilíbrio Econômico-financeiro do Contrato 3. Concessões Públicas I. TÍTULO.

CDU 347.440.32(813.7)

Elaborada pela Bibliotecária Lícia de Oliveira CRB-5/1255

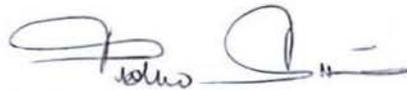
FERNANDO MOTA SANTOS

A TEORIA DA IMPREVISÃO APLICADA AOS CONTRATOS DE CONCESSÃO: UMA ANÁLISE DOS REQUISITOS DE APLICAÇÃO.

Monografia apresentada à Banca Examinadora da Faculdade de Administração e Negócios de Sergipe, como requisito parcial para a conclusão do curso de Bacharelado em Direito.

Aprovada em 5 / 12 /2017

BANCA EXAMINADORA



Prof. Dr. Pedro Durão
Faculdade de Administração e
Negócios de Sergipe – FANESE



Prof. Me. Marcel Figueiredo Ramos
Faculdade de Administração e
Negócios de Sergipe – FANESE



Prof. Esp. Diogo Dória Pinto
Faculdade de Administração e
Negócios de Sergipe – FANESE

À meus pais, Laércio e Valdileide, pelos ensinamentos, e por e mostrar e me dar a oportunidade de trilhar meu caminho através da educação para viver todos meus sonhos objetivos.

AGRADECIMENTOS

A Aqueles que contribuíram de maneira direta ou indireta para a realização desta monografia, cumpro neste espaço a satisfação de agradecê-los.

Primeiro, a Deus, meu guia e protetor, ao qual nada posso fazer.

A minha mãe, Valideleide Andrade Mota, mulher que mais que me deu à luz, me deu sabedoria e educação, e que com sua ternura me ajuda nesta jornada para vencermos juntos. Ao meu pai, Laércio dos Santos, que me dar confiança e lições de perseverança pra sempre querer o melhor. A vocês tenho muita gratidão!

Aos meus irmãos, Laércio Filho e Biatriz Mota, companheiros diários e que ajudam a tornar os meus dias melhores e mais alegres.

A Renata Luiza, que me apoia sempre, com seu carinho e muito amor, me incentiva e me apoia, qualquer que seja o momento. Somos amigos antes de tudo!

Ao Professor Pedro Durão, profissional que me inspira e que enriquece a todos. Agradeço pela oportunidade e disposição.

Agradeço também aos colegas da Turma Recursal do Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe, pelo aprendizado, incentivo e apoio.

Bem como, aproveito para agradecer a todos os colegas de graduação, fico feliz pelas amizades. E em especial aos amigos Derick Franqueta, Helder Correia, Vinicius Gonçalves, Davi Matheus, Isabela Torquato e Lucas Yuri, que caminharam comigo na realização deste trabalho.

Por fim, todos que contribuem para meu crescimento profissional, intelectual e me tornam mais felizes de alguma maneira.

Agradeço a todos.

Tudo posso naquele que me fortalece.
Filipenses 4, 13 (Bíblia Sagrada)

RESUMO

O trabalho aqui apresentado trata de uma problemática de aplicação da teoria da imprevisão nos contratos administrativos de Concessão Pública. O contrato administrativo é regido por regras e princípios que o diferencia do contrato pactuado entre particulares, dessa forma, precisa de cuidados, e que não haja onerosidade excessiva para um dos polos. É imprescindível observar que em determinadas situações, aquilo que foi pactuado não pode mais ser cumprido, existindo aí a exceção do contrato não cumprido através da cláusula *rebus sic standibus*. O que se requer não é desonerar o particular de cumprir as obrigações adquiridas a partir do avençado no contrato administrativo, ou particularmente das Concessões Públicas firmadas, mas sim buscar meios de não permitir que seja onerado de forma excessiva. Diante da situação em que se apresente deverá o Poder Judiciário ou órgãos reguladores, quando provocados, utilizar-se dos seus aparatos, meios, não se esquecendo dos princípios que norteiam o arcabouço jurídico pátrio, e que assim possam proporcionar o equilíbrio-financeiro do contrato e a continuidade do serviço público.

Palavras-chave: Teoria da Imprevisão. Equilíbrio Econômico-financeiro do contrato. Concessões Públicas.

ABSTRACT

The work here is a problem of the application of the law of unpredictability in the administrative contracts of Public Concession. The administrative contract is governed by rules and principles which is the difference of the contract agreed between individuals, in this way, needs care, and there is an excess of charges to one of the poles. It is essential to observe in more common situations, what has been agreed can no longer be fulfilled, and there is the exception of the contract not fulfilled through the clause *rebus sic standibus*. What is an applicant is not to exempt the private from complying as a bank guarantee, or particularly from the Public Concessions signed, but to seek ways to not allow it to be overcharged. In the face of the situation in which the good Judiciary or regulatory agencies, when provoked, use their own apparatus, means, do not avoid the principles that guide the legal framework of the country, and that as well as what is the financial balance of the contract and continuity of the public service.

Keywords: Theory of Unpredictability. Economic-financial balance of the contract.
Public Concessions.

SUMÁRIO

1 Introdução.....	11
2 REGIME JURÍDICO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.....	14
2.1 Conceito.....	14
2.2 Cláusulas exorbitantes.....	15
2.3 Alterações contratuais.....	17
2.3.1 Alteração contratual pela administração pública.....	17
2.3.2 Alteração contratual bilateral.....	19
2.4 Equilíbrio Econômico-Financeiro Do Contrato Administrativo.....	20
2.5 Rescisão Contratual.....	21
3. CONTRATO DE CONCESSÃO PÚBLICA.....	23
3.1 Serviços Públicos.....	24
3.2 Transferências Da Titularidade Do Serviço (Execução Do Serviço).....	26
3.3 Conceito de Contrato De Concessão.....	26
3.4 As Espécies De Concessão.....	30
3.5 As Formas De Modificação Dos Contratos De Concessão.....	31
4 TEORIA GERAL DOS CONTRATOS.....	33
4.1 princípios Contratuais.....	34
4.1.1 princípio Da Autonomia Da Vontade.....	34
4.1.2 Princípio Da Função Social Do Contrato.....	35
4.1.3 Princípio Da Força Obrigatória Do Contrato.....	36
4.1.4 Princípio Da Boa-Fé Objetiva.....	36
4.1.5 Princípio Da Relatividade Dos Efeitos Contratuais.....	37
4.2 Elementos E Requisitos Essenciais Do Contrato.....	38
4.3 Formas De Extinção Dos Contratos.....	39
4.3.1 Extinção Normal Do Contrato.....	39
4.3.2 Extinção Por Fatos Anteriores À Celebração Do Contrato.....	40
4.3.3 Extinção Por Fatos Posteriores À Celebração Do Contrato.....	40
4.3.4 Resilição Contratual.....	40
4.3.5 Resolução Contratual.....	41
4.3.6 Inexecução Voluntária.....	41
4.3.7 Inexecução Involuntária.....	42

4.3.8 Cláusula Resolutiva Tácita.....	42
5. A TEORIA DA IMPREVISÃO NOS CONTRATOS DE CONCESSÃO.....	43
5.1 Equilíbrio Econômico Nos Contratos.....	41
5.1.2 Desequilíbrio Econômico-Financeiro Causado Pela Álea Ordinária.....	44
5.1.3 Desequilíbrio Econômico-Financeiro Causado Pela Álea Administrativa.....	45
5.1.4 Desequilíbrio Econômico-Financeiro Causado Pela Álea Econômica.....	46
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	48

INTRODUÇÃO

A política econômica adotada pelo Brasil a partir do início dos anos 90, com a adoção de transferências para a iniciativa privada de serviços antes promovidos e desenvolvidos pelo Estado, fazem parte de um momento histórico mundial e o Brasil adotando tais medidas.

Assim, estabelece-se então uma “Reengenharia do Estado”, mudando o paradigma de prestação das obrigações dos entes para com o cidadão, esta que se refletem principalmente nos serviços públicos. Afastando então da seara estatal as atividades empresariais.

E um dos meios utilizados pelo Estado foi o da adoção das Concessões Públicas, transferindo para o particular a atribuição de prestação de alguns serviços públicos, desde que não sejam de prestação exclusiva do Estado.

Porém, como é comum nos contratos de prestação continuada ocorrerem acontecimentos que interferem de maneira exacerbada no cumprimento das obrigações, tornando-os impossíveis de serem cumpridos da forma como foram pactuados inicialmente.

Desta maneira surge a Teoria da Imprevisão baseada na aplicação da cláusula *rebus sic standibus*, que tem regras de aplicação diferentes para os contratos administrativos e privados, fazendo-se necessário analisar como se dar a sua aplicação no caso em concreto.

Diante do exposto, esta discussão é orientada pelo seguinte problema: Diante do regime administrativo público, e pontualmente nos contratos de concessão, como se dar a aplicação da à teoria da imprevisão?

Com base nesta questão central, a discussão foi desenvolvida tendo em vista as seguintes questões norteadoras: (1) Como se dá regime jurídico dos Contratos Administrativos? (2) O que são os contratos de concessão? (3) O que é a teoria da imprevisão? (4) Como se Teoria da imprevisão nos contratos de concessão?

Desta maneira, dado os aspectos peculiares do dos Contratos de Concessão, bem como, com os riscos da atividade empresária suportado tanto pelo particular, como

pela Administração Pública, é mister esclarecer a aplicação da referida teoria nesta espécie contratual.

Portanto, este estudo teve como finalidade analisar do ponto de vista técnico jurídico, amparado pela doutrina, estudos e jurisprudência a forma e reflexos da *rebus sic standibus* nos Contratos de Concessão.

Assim, o presente trabalho tem como objetivos específicos: (1) Demonstrar os pontos mais importantes na formação dos contratos administrativos; (2)) Descrever os contratos de concessão e suas peculiaridades; (3)) Analisar a razão de existência e o que seria a teoria da imprevisão, e sua aplicação nos contratos administrativos; (4); (5) Analisar e expor a aplicação da teoria da imprevisão nos contratos administrativos aos contratos de concessão pública.

Em virtude das questões e dos objetivos desta pesquisa, decidiu-se por uma abordagem metodológica de natureza qualitativa descritiva para a investigação e o relato analítico de experiências realizadas. Na pesquisa descritiva realizou-se o estudo, a análise e a interpretação dos fatos em questão sem a interferência do pesquisador, com a finalidade de observar, registrar e analisar os fenômenos, sem, contudo, entrar no mérito dos conteúdos.

Por fim, o presente trabalho está estruturado em cinco capítulos.

No Capítulo I é apresentado o regime jurídico dos contratos administrativos expondo os elementos caracterizadores, as suas formas de alteração, prerrogativas e as suas cláusulas exorbitantes, demonstrando as prerrogativas da Administração Pública e sua interferência. Bem como, a relação de equilíbrio econômico-financeiro nos contratos administrativos, demonstrando que esta é uma garantia constitucional e que deve sempre ser preservada no decorrer da execução contratual

Já o Capítulo II expõe Concessões Públicas, iniciando pelo conceito de serviço público, este que varia conforme a sociedade elege como serviço essencial ou que deva ser garantido pela Administração Pública. Fora analisado também as formas de transferência da execução destes serviços, seja para outro ente (descentralização) ou para o particular, com a entrega tão somente da execução do serviço, ao contrário da descentralização em que se transfere a titularidade. Ainda no capítulo dos contratos de

Concessão, foram demonstradas as formas de alteração e as espécies de Concessões existentes no ordenamento jurídico pátrio.

No Capítulo III é realizado o estudo dos contratos em geral, dentro da teoria geral dos contratos, foram analisados os princípios – autonomia, função social, boa-fé objetiva, força vinculativa dos contratos – e sua influência na formação, interpretação e execução dos contratos. Posteriormente, foi apontado os elementos e requisitos essenciais formadores dos contratos e por fim, as formas de extinção contratual, que podem ser por fatos anteriores e posteriores, além da rescisão e resolução contratual, as causas de inexecução voluntária e involuntária.

Por fim, o Capítulo IV é analisado a aplicação da Teoria da Imprevisão aos Contratos de Concessão Pública, partindo do necessário equilíbrio econômico também inerente a esta espécie contratual. Neste toar, explorando o conceito e espécies de álea, administrativa e econômica, que são os riscos inerentes aos contratos administrativos.

2 REGIME JURÍDICO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

2.1 Conceito

O contrato, instrumento tipicamente utilizado para firmar pactos entre particulares, é tanto utilizado em sua forma privada, quanto com grande influência do direito público.

Entretanto, é primordial esclarecer a distinção entre os vocábulos de “Contrato Administrativo” e “Contrato da Administração”. O primeiro designa os contratos firmados sob a égide do direito público, conferindo todas as prerrogativas à Administração Pública frente ao outro contraente, seja particular ou outro ente público.

Já o contrato da Administração, é utilizado quando firmado sob a égide do direito privado, afastando-se assim, as prerrogativas da Administração Pública. Importante ressaltar também, que este último pode determinar, como gênero, todos os ajustes bilaterais formados pela administração.

Ao passo que nos contratos privados fica clara a liberdade de contratar, apenas limitando-se a critério das proibições impostas por lei, a Administração Pública está adstrita a formas e conteúdos previstos em lei, entretanto, dispõe de privilégios administrativos.¹

Destarte, partindo do breve conceito, importante se faz dispor sobre a mais importante característica para definição dos contratos administrativos, qual seja, o tratamento desigual entre a Administração e o contraente, esta decorrente das prerrogativas daquele, fato que impõe determinadas particularidades a estas avenças.

Essas prerrogativas estão dispostas inicialmente no art. 58 da lei 8.666/93², as quais são aplicadas sempre atreladas ao dever de resguardar o interesse público, e

¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 230.

² Veja-se: Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de: I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado; II - rescindi-los, unilateralmente, nos casos especificados no inciso I do art. 79 desta Lei; III - fiscalizar-lhes a execução; IV - aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste; V - nos casos de serviços essenciais, ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, na hipótese da necessidade de acautelamento administrativo de faltas contratuais pelo contratado, bem como na hipótese de rescisão do contrato administrativo.[...]

mesmo que não estejam expressamente nos instrumentos contratuais são sempre aplicáveis.

Dessa maneira, derivam do dever de atendimento ao interesse público, fim maior da avença, conforme lição de Bandeira de Mello:

Exatamente por isso, a relação em causa governa-se por princípios específicos – de Direito Administrativo – e se submete a regra da mesma espécie. Tais preceitos visam a garantir a satisfação do interesse público, de tal modo que assujeitam peculiarmente o vínculo ao cabal cumprimento deste desiderato, o que, de resto, como ao diante se verá, em nada compromete os interesses do particular substanciados no ajuste. Conferem à Administração prerrogativas de supremacia, enquanto instrumentais à realização da finalidade pública e na medida em que o sejam, do mesmo passo em que lhe irrogam sujeições típicas, umas e outras armadas ao propósito de acautelar o interesse público.³

Entretanto, ao contrário do que acontece nos Contratos Administrativos, nos Contratos da Administração é necessária a existência expressa das cláusulas exorbitantes para que se garanta qualquer prerrogativa. Cabendo aqui ressaltar que o art. 62, §3º da lei 8.666/93 determina alguns privilégios necessários mesmo nos contratos de direito privado, a exemplo dos contratos em que a Administração for usuária de serviço público, contrato de seguro, de financiamento e de locação, demonstrando que quase nunca os Entes Públicos se despem totalmente de suas vantagens em nome da proteção necessária à coisa pública.

Importante se faz apontar que o papel do direito privado é de supletivamente atuar como norma orientadora do que é avençado, não derogando o direito público nesta espécie contratual.⁴ Neste diapasão, esta característica é nomeada pela doutrina como verticalidade nas relações contratuais com a Administração.

2.2 Cláusulas exorbitantes

As cláusulas exorbitantes são aquelas que ultrapassam o comum acordo dos contratos em geral, transformando uma relação que deveria ser de paridade em uma relação verticalizada, como dito anteriormente, colocando a Administração em vantagem sobre o particular.

³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 640.

⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 231.

No tocante a verticalização das relações, merece destaque a origem do princípio da supremacia do interesse público, corolário dessa maneira de se relacionar entre o Estado e o Particular. Hely Lopes Meirelles desta que “a primazia do interesse público sobre o privado é inerente à atuação estatal e domina-a, na medida em que a existência do Estado justifica-se pela busca do interesse geral, ou seja, da coletividade.”⁵

Neste sentido, o rol que aponta quais são as vantagens contratuais da administração pública está disposto no art. 58 da lei 8.666/93, e traz as seguintes possibilidades: de modificação unilateral do contrato, rescisão unilateral por parte da Administração, fiscalização, aplicação de penalidades e a ocupação provisória de bens contratados. Estas situações são pormenorizadas pelo diploma citado e pela jurisprudência pátria sendo ponto essencial de análise para a execução de contratos administrativos.

Importante é discorrer especificamente sobre a aplicação ou não da cláusula do *exceptio non adimpleti contractus* a “exceção do contrato não cumprido” aos contratos administrativos.

Assim, a exceção do contrato não cumprido estabelece a não exigibilidade da parte que inadimplente, ou seja, a parte que não cumpriu com sua obrigação pactuada não poderá exigir lá do outro.

O art. 78, XV, da lei de licitações estabelece os critérios para o uso do mecanismo contratual, senão vejamos:

Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:

[...]

XV - o atraso superior a 90 (noventa) dias dos pagamentos devidos pela Administração decorrentes de obras, serviços ou fornecimento, ou parcelas destes, já recebidos ou executados, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, assegurado ao contratado o direito de optar pela suspensão do cumprimento de suas obrigações até que seja normalizada a situação;⁶

Todavia, no caso em que a Administração pública for inadimplente por noventa (90) dias o particular pode tão somente suspender a execução do serviço, pois, a

⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 110.

⁶ BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 22 jun. 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666compilado.htm>. Acesso em: 10 jul. 2017.

rescisão unilateral contratual, como já explicado, é cláusula contratual exorbitante não podendo ser usado pelo particular. Já para rescisão do contrato o particular deve acionar o poder judiciário para romper o pactuado, tendo em vista o princípio da continuidade dos serviços públicos.

2.3 Alterações contratuais

Visando o melhor interesse público e sempre o equilíbrio contratual, há a possibilidade de modificação contratual tanto pelas partes, quanto unilateralmente pela administração pública. Neste sentido, explicam-se os requisitos e formas em que a lei autoriza as alterações contratuais.

2.3.1 Alteração contratual pela administração pública

Ante as possibilidades de alteração unilateralmente, pelo ente público, se faz mister lembrar que há de ser lembrado que o *pacta sunt servanda* e princípios como a vinculação ao instrumento convocatório, quando for o caso, e é claro, o interesse público, são norteadores e delimitadores das ações pela administração, ainda que realizadas sob o crivo da discricionariedade e do mérito administrativo.

Diante da existência de procedimento licitatório prévio, que dentro dos critérios preestabelecidos escolheu a melhor forma de contratar, se faz necessária uma situação nova, superveniente que traga um motivo justificador da alteração, não bastando que aparente, dentro da competência discricionária administrativa, o melhor interesse público, pois este perpassa pela obrigação negativa de não tornar o contrato oneroso ou gravosa as condições de execução contratual, visando sempre o respeito ao princípio da isonomia.⁷

Por iguais razões, a Administração pública tem como possibilidade de alteração as hipóteses elencadas no art. 65, I, da lei 8.666/93, o qual estabelece apenas duas situações possíveis, quando necessário for modificar do projeto ou suas especificações e quando ocorrerem mudanças no valor do contrato aumentando ou diminuindo.

⁷ MARINELA, Fernanda. **Direito administrativo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. ___.

Sem embargo, não pode haver a alteração do objeto contratual em decorrência da vinculação ao instrumento convocatório, considerado uma burla ao certame licitatório.

Ressalta-se que na alteração do projeto deve estar fundado no interesse público, devendo a Administração justificar a razão da readequação para se atender aos fins desejados.

Ademais, no tocante ao valor, a lei define que a Administração Pública pode alterar o *quantum* inicialmente pactuado em até 25%, podendo este índice ser de acréscimos ou supressões, independentemente de concordância do particular. Neste ponto, se faz lembrar da exceção existente para os contratos de que tratam de equipamentos ou de edifícios, pois nestes, no que tocante aos acréscimos, a variação pode ser de até cinquenta por cento (50%) do valor inicial, sendo que as supressões continuam respeitando o valor de regra geral, qual seja, 25%.

Desta forma, se faz mister ressaltar que ainda que estas alterações ocorram unilateralmente pela Administração o equilíbrio econômico-financeiro não pode ser maculado, devendo sempre ser respeitado a margem de lucro do particular, que não sofrerá surpresas nestes contratos.

Com efeito, a lei 8.666/93 dispõe em seu art. 65, §4º que em casos de despesas já feitas pelo particular para aquele contrato que sofrer supressão, há o direito de indenização, senão vejamos:

Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

[...]

§ 4º No caso de supressão de obras, bens ou serviços, se o contratado já houver adquirido os materiais e posto no local dos trabalhos, estes deverão ser pagos pela Administração pelos custos de aquisição regularmente comprovados e monetariamente corrigidos, podendo caber indenização por outros danos eventualmente decorrentes da supressão, desde que regularmente comprovados.

[...]º⁸

Portanto, nos contratos em geral, não haverá prejuízo para o contratante em observância constante do equilíbrio econômico.

⁸ BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 22 jun. 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666compilado.htm> . Acesso em: 10 jul. 2017.

Por fim, cabe salientar que o Tribunal de Contas da União, tem entendimento firmado no através na decisão 215/99⁹ no qual estabelece que os mesmos limites para as alterações quantitativas e qualitativas na forma do artigo citado da lei de licitações, porém, já admitiu o seu afastamento em peculiaridades ante caso concreto¹⁰. Assim, as alterações qualitativas, ou seja, aquelas que ocorrem no projeto em si, também são limitadas da mesma maneira que as quantitativas.

2.3.2 Alteração contratual bilateral

Além dos casos de possibilidade de alteração unilateralmente pela administração pública, conforme demonstrado acima, há ainda a possibilidade de alteração bilateral em hipóteses restritas, que em geral buscam, com já dito, o reequilíbrio econômico do que fora avençado.

A doutrina, com base na lei, aponta as seguintes hipóteses¹¹:

- a) Quando o particular julgar inconveniente a substituição da garantia de execução do contrato e desde que, essa modificação não enseje prejuízos ao ente público.
- b) Quando necessária a modificação do regime de execução da obra ou serviço, como do modo de fornecimento, em face de verificação técnica de inaplicabilidade dos termos contratuais originários.
- c) Quando necessária a modificação da forma de pagamento, por imposição de circunstâncias supervenientes, mantido o valor inicial atualizado, vedada a antecipação do pagamento, com relação ao cronograma financeiro fixado, sem a correspondente contraprestação de fornecimento de bens ou execução de obra ou serviço. Com efeito, a Administração Pública não admite pagar o serviço que ainda não foi prestado pelo particular, no entanto, a alteração de cronograma financeiro poderá ser ajustada pelas 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 sobrevierem fatos imprevisíveis, ou previsíveis, porém de consequências incalculáveis, retardados ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica

⁹ BRASIL. **Tribunal de contas da união**. Decisão nº 215/99. Plenário. Relator: Ministro: ADHEMAR PALADINI GHISI. Disponível em: http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/SIDOC/geradoSIDOC_DC02151899P.pdf. Acesso em: 25 nov. 2017.

¹⁰ Veja-se acordo 448/2011.

¹¹ CARVALHO, Matheus. **Manual de direito administrativo**. 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador. JusPODIVM, 2017. p.555 e 556.

extraordinária e extracontratual. São as hipóteses de **teoria da imprevisão**, que ensejam a necessidade de revisão contratual, como forma de se evitar prejuízos ao particular contratado.”(Grifo do autor).

Portanto, dentro da garantia da margem de lucro inicialmente pactuada, as situações previstas em lei servem para recompor os prejuízos sofridos pelo particular.

2.4 Equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo

O equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos é o tema central para que a partir dele se busque levantar as discussões aqui propostas e apontar suas soluções.

Desta maneira, a equação econômico-financeira é o ponto de igualdade na relação formada entre as obrigações formadas pelo contratante e contraente, este compensando financeiramente aquele.¹²

O lucro visado pelo particular que contrata com a Administração deve ser mantido durante toda execução contratual, há neste sentido, a observância das regras de alterações contratuais, tanto unilateralmente quanto por ambas as partes, conforme acima explicitado, bem como o acenamento da cláusula do *rebus sic standibus* a qual desemboca na aplicação da teoria do imprevisão para recompor os valores inicialmente acordados.

Neste ponto, a relação *encargo-remuneração* deve ser preservada durante todo o contrato, não reduzindo o lucro que a empresa obtinha no ponto inicial do ajuste. Desta maneira, a Administração Pública ao usar de suas prerrogativas para alterar as cláusulas regulamentares não pode violar a equação financeira originalmente pactuada, assim, usando de mecanismos (reajustes) para restabelecer o equilíbrio financeiro.¹³

Para ilustrar essa garantia do equilíbrio econômico contratual, há a previsão de mudanças na execução dos contratos nos art. 37, XXI, da Constituição Federal e artigos 57, § 1º, 58, I, §§ 1º e 2º, e 65, II, “d”, e §§ 5º e 6º da lei 8.666/93.

Por fim, cabe salientar que esta busca pelo equilíbrio pactuado no contrato visa beneficiar a própria Administração Pública, conquanto sirva para protegê-la do repasse

¹² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2015. P.660

¹³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 234.

de propostas mais onerosas feita pelos particulares em face da possibilidade de arcarem com custos de eventos imprevistos. Bem como, assegura-se ao particular que a Administração irá arcar com eventuais acréscimos decorrentes de infortúnios que possam ocorrer. Desta maneira, afastam-se os custos da Administração de acontecimentos eventuais.¹⁴

2.5 Rescisão contratual

No tocante as formas de extinção contratual, estas decorrem da lei ou da própria execução do contrato e põe fim ao pactuado entre o poder público e o particular contratado.

De início, a primeira hipótese é a da “extinção natural” do avençado após a total execução do objeto contratado ou encerramento do seu prazo, sem que haja prorrogação.

Em segunda hipótese ante irregularidades no feito de contratação, que pode ser de ilegalidade no contrato ou no procedimento licitatório, há a anulação contratual, que tem efeitos jurídicos retroativos à data de início da vigência do acordo.¹⁵

Interessante é apontar que mesmos nestes casos de ilegalidade do contrato administrativo, há o direito de indenização para o particular que de boa-fé cumpriu com o pactuado, ainda que de forma fracionada, pois, de forma contrária a Administração incorreria em enriquecimento sem causa. É o que dispõe o art. 59, § único da lei de licitações e contratos (Lei 8.666/93). Observe-se:

Art. 59. A declaração de nulidade do contrato administrativo opera retroativamente impedindo os efeitos jurídicos que ele, ordinariamente, deveria produzir, além de desconstituir os já produzidos.

Parágrafo único. A nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa.¹⁶

¹⁴ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 10. ed.. São Paulo: Dialética, 2004. p. 529.

¹⁵ CARVALHO, Matheus. **Manual de direito administrativo**. 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador. JusPODIVM, 2017. p. 570.

¹⁶ BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.

Entretanto, Celso Bandeira de Mello aponta para que a Administração promova a indenização contratual nestes casos mesmo quando o particular haja de má fé, neste sentido aduz:

[...] Salvo conluio com a Administração na ilegalidade, até nos casos que tenha havido má fé não sendo possível repor o status quo ante, em nome do princípio que veda o enriquecimento sem causa, terá que ser acobertado pelas despesas que fez em seu proveito.¹⁷

Ademais, há ainda, as hipóteses de rescisão contratual, algumas já apresentadas mais acima. Sendo elas: Rescisão unilateral¹⁸; Rescisão judicial; Rescisão bilateral; Rescisão de pleno direito.

No que toca a forma de desfazimento unilateral, merece destaque as duas motivações para que seja desfeito o pacto contratual: o inadimplemento do particular ou interesse público devidamente justificado. Sendo que nesta última hipótese há possibilidade de indenização por eventuais danos e investimentos não amortizados.¹⁹

E, a guisa de conclusão, nos Contratos de Concessão, as formas de extinção recebem a nomenclatura de Caducidade e Encampação, representando respectivamente, as hipóteses de desfazimento por inadimplemento do particular e interesse público.

Diário Oficial da União, Brasília, DF, 22 jun. 1993. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666compilado.htm> . Acesso em: 20 out. 2017.

¹⁷ MELLO, Antônio Celso Bandeira de, **Curso de Direito Administrativo**. 34 ed. São Paulo: Malheiros 2010. p. 661.

¹⁹ CARVALHO, Matheus. **Manual de direito administrativo**. 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017. p. 550.

3 CONTRATO DE CONCESSÃO PÚBLICA

Após a análise do regime jurídico dos contratos administrativos passa-se ao estudo das concessões públicas.

A título de introdução, importante é ter em mente que a política econômica adotada pelo Brasil a partir do início dos anos 90, com a adoção de transferências para a iniciativa privada de serviços antes promovidos e desenvolvidos pelo Estado, fazem parte de um momento histórico mundial e o Brasil adotando tais medidas.

Assim, estabelece-se então uma “Reengenharia do Estado”, mudando o paradigma de prestação das obrigações dos entes para com o cidadão, esta que se reflete principalmente nos serviços públicos. Afastando então da seara estatal as atividades empresariais.²⁰

Neste sentido escreveu o estudioso Sergio Diniz²¹:

O fim do modelo de gestão pública reinante no período do *Welfare State*, no qual o Estado exerceu o papel de provedor direto dos bens e serviços públicos demandados pela Sociedade, é uma verdade inexorável. Propostas de novos paradigmas tendem a flexibilizar as relações entre a Administração Pública e seus administrados, conferindo à iniciativa privada um papel mais atuante no tocante ao fornecimento de bens e na prestação de serviços públicos à população. No contexto que se vislumbra, as atuações governamentais em conjunto com agentes da iniciativa privada serão cada vez mais frequentes, e a expressão *público-privado* tornar-se-á lugar-comum. Embora esta seja a tendência, na maioria das vezes, porém, será preferível não começar um negócio em parceria a começar e interrompê-lo antes de seu prazo de duração esperado. [...]

Adota-se, portanto, um modelo em que o Estado figura apenas como garantidor de serviço satisfatório e do alcance da coletividade.

Porém, antes de se falar propriamente de concessões públicas, é necessário contextualizar o objeto deste tipo de contrato, qual seja, o serviço público. Outrossim, é

²⁰ SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito administrativo das concessões**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.p 4.

²¹ ROCHA, Sergio Diniz. Revisão bibliografica.In: **O equilíbrio econômico-financeiro nas parcerias público-privadas**. Rio de Janeiro. 2º Concurso de Monografia STN. p. 6-16.

mister apontar como se dá e a razão da transferência da execução do serviço público para o particular.

3.1 Serviços públicos

O conceito de serviço público deve ser orientado pelas necessidades da coletividade, desta forma, não se tornando estática, variando assim, conforme a sociedade ou época²².

Dinorá Grotti averba em sua obra, o Serviço Público e a Constituição de 1988, que:

Cada povo diz que o que é serviço público em seu sistema jurídico. A qualificação de uma dada atividade como serviço público remete ao plano da concepção do Estado sobre seu papel. É o plano da escolha política, que pode estar fixada na Constituição do país, na lei, na jurisprudência e nos costumes vigentes em um dado tempo histórico.²³

No tocante aos elementos de definição do serviço público, Maria Sylvia Zanella Di Pietro aponta uma distinção entre elementos formais e materiais. No primeiro, está definido o regime jurídico por meio da lei, que segundo a autora, para os serviços não comerciais e industriais deve ser o de direito público. Desta forma, os agentes devem ser estatutários, os bens públicos, as decisões apresentarão todos os atributos de ato administrativo, com a aplicação da responsabilidade objetiva e os contratos regidos, preponderantemente, pelo direito administrativo, admitindo-se exceções.²⁴

Já no tocante aos serviços públicos comerciais e industriais, a autora aponta o regime de direito privado, com afetação do direito público. No que diz respeito ao pessoal, estes se submetem ao regime de emprego público, os bens são regidos pelo direito privado, com exceção dos afetados pela prestação do serviço público que são considerados bens públicos de uso especial; no tocante a responsabilidade esta também é objetiva conforme art. 37, §6º da Constituição Federal de 1988. E por fim, a

²² CARVALHO, Matheus. **Manual de direito administrativo**. 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2017. p. 631

²³ *Apud*, Celso de Mello. p. 695

²⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 140.

relação entre o ente político e a entidade prestadora do serviço é regida pelo direito público.²⁵

Na lição de Celso de Mello serviço Público, serviço público é “toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mais fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e restrições especiais -, instituído em favor de interesses definidos como públicos no sistema normativo.”²⁶

Já para Hely Lopes Meireles, o serviço público é “todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniências do Estado.”²⁷

No que tange a execução do serviço público, as atividades podem ser exercidas tanto pelo Estado, quanto pelo cidadão, por meio da iniciativa privada, através da delegação, tendo-se em vista que a natureza jurídica desses serviços são privativos ou exclusivos do Poder Público.²⁸ Desta forma, os serviços públicos podem ser prestados direta ou indiretamente, por meio da descentralização²⁹, pelo Estado ou pelos particulares, através dos institutos da delegação, permissão e autorização.

E neste toar, Hely Lopes Meirelles aduz que a distribuição de serviços públicos deve atender a critérios jurídicos, técnicos e econômicos, norteados por alguns princípios da prestação desses serviços, que são a legitimidade, eficiência e economicidade.³⁰ Assim, “Sendo o serviço Público, ‘o princípio da livre iniciativa (art. 170, *caput*, da CF) não se expressa como faculdade de criar e explorar atividade

²⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 141.

²⁶ Celso de mello. p.

²⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 390.

²⁸ Observe-se: Art. 21. Compete à União: [...] XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais; [...] XXIII - explorar os serviços e instalações nucleares de qualquer natureza e exercer monopólio estatal sobre a pesquisa, a lavra, o enriquecimento e reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios nucleares e seus derivados, atendidos os seguintes princípios e condições: [...]

²⁹

³⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2013. p.388.

econômica a título privado' (STF, ADI 845-AP, rel. Min. Eros Grau), embora possa ser delegado.”.³¹

3.2 Transferências da titularidade do serviço (execução do serviço)

A prestação do serviço público pode ser feita de forma concentrada (direta) ou descentralizada. Na forma centralizada o Poder Público o presta através de seus órgãos, tendo inteira responsabilidade por sua execução. Nestes casos, o Ente público torna-se o titular e prestador do serviço público.³²

Entretanto, na prestação descentralizada é transferida a titularidade da execução do serviço público, passando para a administração indireta ou para um particular.

No caso da transferência para as entidades da administração pública indireta, a sua criação e determinação quanto aos serviços prestados se dar pelo diploma legal que as cria, com substrato na carta magna. E no que tange a prestação pelo particular, o instrumento utilizado é o contrato administrativo de concessão ou permissão.

Desta forma, há outorga quando o Estado cria um novo ente para transferi-lo, já quando o particular assume a prestação do serviço, por meio de concessão há a chamada *delegação*.

3.3 Conceito de contrato de concessão

De início, se faz uma breve análise do contexto socioeconômico a que estão inseridos os contratos de Concessão Pública, levando-se em conta que a política de Concessões cada vez mais é utilizada pelos entes federativos em face da necessidade de dar continuidade aos serviços públicos e ampliá-los.

Em verdade, a utilização desta forma de delegação que é ostentada na Constituição Federal e que vem sofrendo inúmeros aperfeiçoamentos ao longo dos últimos 20 anos.

³¹ *Ibid.* p.388.

³² *Ibid.* p. 404.

A previsão dos contratos de Concessão é anterior a Constituição Federal de 1988, as Concessões Públicas já tinham previsão, a exemplo, no art. 167 da Constituição Federal de 1967, a qual dispunha de texto semelhante ao do art. 175 da atual carta magna, demonstrando assim, que a política de desestatização e transferência de serviços públicos ao particular é não é tão recente.

A concessão é uma das alternativas de que dispõe o Estado para formalizar essa comunhão entre os diversos segmentos da Sociedade, especificamente no tocante à prestação de utilidades necessárias à satisfação imediata da dignidade humana.³³

No tocante ao cerne jurídico, os contratos de concessão tem sua base jurídica no artigo 175³⁴ da Constituição Federal, a qual estabelece que o Estado possa prestar serviços públicos diretamente ou através de delegação na forma de concessão ou permissão, observando a forma da lei e sempre precedido da licitação.

Assim, ante a norma constitucional de caráter limitado, fora editada a lei 8.987/95, tratando dos contratos e demais pormenores das permissões e concessões de serviços públicos.

Sobre os contratos de concessão expõe o jurista Eurico de Andrade Azevedo³⁵:

A concessão é um contrato especial, que não se confunde com os contratos regulados pela Lei 8.666/93: obras, serviços e compras (fornecimentos). Estes são produtos de natureza instrumental, realizados por particulares para a Administração, para o exercício de suas atividades-meio. A concessão não. A concessão tem por objeto a transferência a um particular da prestação de um serviço público. Não é simplesmente a entrega de um produto à Administração, cessando a responsabilidade do contratado com o seu recebimento. Na concessão, o particular assume a prestação, por sua conta e risco, embora sob garantia contratual de um equilíbrio econômico-financeiro, remunerando-se pela própria exploração do serviço, através da tarifa cobrada dos usuários. Por isso mesmo, não se pode dar à concessão o mesmo tratamento que se dá aos demais contratos administrativos de obras, serviços e compras. A concessão

³³ JUSTEN FILHO, Marçal. **As Diversas Configurações da Concessão de Serviço Público**. Artigo publicado em Revista de Direito Público da Economia, Belo Horizonte, Editora Fórum, n.1, p.95- 136, jan./mar. 2003. Acessado em <<http://justenfilho.com.br/wp-content/uploads/2008/12/mjf60.pdf>> acesso em 7 de outubro de 17, às 19:25h.

³⁴ Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. Parágrafo único. A lei disporá sobre: I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão; [...]

³⁵ AZEVEDO, Eurico de Andrade. **Legislação Brasileira Sobre Garantias Para As Concessões**. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/47273/45344>, acessado em 10 de junho de 2017, às 19:28h.

sempre mereceu referência especial nas últimas Constituições. E o atual art. 175 menciona expressamente o caráter especial do seu contrato.

Ao revés, minoritária é a posição de Bandeira de Mello³⁶, o qual vê a Concessão de Serviço Público como um instituto pelo qual a Administração faz a transferência do serviço ao particular.

É o instituto através do qual o Estado atribui o exercício de um serviço público a alguém que aceita prestá-lo em nome próprio, por sua conta e risco, nas condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Poder Público, mas sob garantia contratual de um equilíbrio econômico-financeiro, remunerando-se pela própria exploração de serviço, em geral e basicamente mediante tarifas cobradas diretamente dos usuários de serviço.

Já para Villela Souto, o contrato de concessão é:

São contratos de natureza tipicamente administrativa, através dos quais a Administração – poder concedente- transfere a um particular – concessionário – a realização e exploração, por sua conta e risco, de uma obra ou serviço público, cabendo a este o direito de remunerar-se através da cobrança de uma tarifa, paga pelo usuário do serviço, sendo o valor fixado pelo concedente de acordo com a proposta vencedora da licitação (Lei nº 8.987/95).³⁷

Neste toar, a Lei 8.987/85 traz em seu bojo dois conceitos em seu art. 2º, mais precisamente em seus incisos II e III, referindo-se respectivamente as modalidades de Concessão não precedida de obra pública e da Concessão precedida de obra pública, modalidades que serão pormenorizadas a seguir:

Art. 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se:³⁸:

[...]

II - concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado.

III - concessão de serviço público precedida da execução de obra pública: a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegada pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para a sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado;

Visto o conceito de Concessão de Pública passa-se ao estudo de suas espécies.

³⁶ MELLO, Antônio Celso Bandeira de, **Curso de direito administrativo**. 34 ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 726 e 727.

³⁷ SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito administrativo das concessões**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 26.

³⁸ BRASIL. **Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995**. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Brasília, DF, 13 de fevereiro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987cons.htm>. Acessado em: 15 de ago. de 2017.

3.4 As espécies de concessão

Com a edição da lei 8.987/95, estabelecendo um regime geral para os entes federativos – união, estado e município – formalizarem as transferências da execução do serviço público. O mencionado diploma separa as formas de concessão em precedida de obra pública e não precedida de obra pública.

No referido diploma, expõe-se a sobre as concessões comuns, estas subdivididas em: Concessão Comum de serviços públicos (art. 2º, II) e Concessão comum de serviços públicos precedidos de obras públicas (art. 2º, III). Bem como, da Permissão (art. 2, IV) e Autorização de serviços públicos.

Posteriormente, fora editada a lei 9.074/99 tratando das concessões no que atine ao serviço de fornecimento de energia elétrica. E mais recentemente por meio da 11.079/04, visando serviços públicos de caráter especial, fora criada a chamada Parceria Pública Privada (PPP's) ou Concessões Especiais, estas que se subdividem em: Concessão Patrocinada (art. 2º, §1º) e Concessão Administrativa (art. 2º, § 2º).

Por conseguinte, as espécies de delegação se dão na forma de: Concessão, permissão ou autorização e as PPP's. Tratando o presente trabalho tão somente da primeira espécie citada.

No tocante as espécies, importante é a lição de Meireles³⁹ acerca das formas de prestação do serviço público e sua transferência para outro ente ou particular: “A administração pública ao transferir a execução dos serviços públicos pode escolher por transferir tão somente a sua execução, ou totalmente a sua titularidade. Neste sentido, na espécie da transferência da titularidade, em respeito aos ditames da legalidade, é feita tão somente por lei e conseqüentemente, respeitando o paralelismo de formas, apenas por lei pode ser modificada. Já quanto a transferência da execução dos serviços públicos esta pode ser feita apenas por ato administrativo, e assim, ficando sob o crivo do mérito administrativo.”

O conceito de delegação do serviço público perpassa pelas diferenças da chamada titularidade do serviço público e da titularidade da prestação do serviço. Na

³⁹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2013.p. 451.

transferência dos serviços públicos, o Estado pode transferir-lhes a titularidade ou somente a execução dos mesmos, sendo a Delegação a forma de trespasse da execução dos serviços para o particular.⁴⁰

3.5 As formas de modificação dos contratos de concessão

Neste ponto, a legislação dispõe das hipóteses de modificação atinentes aos contratos administrativos em geral, com as ressalvas feitas pela própria em lei em casos estritos.

Desta forma, a modificação bilateral dos contratos administrativos pode ocorrer em algumas situações, desde que seja acordada por ambas as partes e apenas nas quatro hipóteses já discorridas no presente trabalho no atinente as formas de alteração dos contratos administrativos em geral.

Aduz o professor Matheus Carvalho: “As hipóteses de fatos supervenientes que ensejam esta necessidade de revisão contratual se dividem em situações de caso fortuito, força maior, interferências imprevistas, além das hipóteses de fato da administração e fato do príncipe a caracterizar uma situação excepcional que ameaça a manutenção do equilíbrio financeiro do contrato.”⁴¹

Assim, compreende-se que a margem de lucro inicialmente pactuada deve ser mantida diante de fatos não previstos pelas partes no decorrer da prestação, sendo esta garantia respeito à vinculação à proposta vencedora.

Por derradeiro, a lei 8.987/85 derroga ao poder concedente em seu art. 20⁴² a possibilidade de alteração unilateral das cláusulas regulamentares. Dando ao poder público a possibilidade de alterar as formas de condições do funcionamento do serviço, a maneira como esta o funcionamento e o desfrute pelos usuários, incluindo aí as tarifas a serem cobradas. Não cabendo qualquer formato de resistência do concessionário, tendo tão somente o direito ao ressarcimento pelo desequilíbrio

⁴⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2013.p. 450.

⁴¹ CARVALHO, Matheus. **Manual de direito administrativo**. 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador. JusPODIVM, 2017. p. 547.

⁴² Observe-se: “Art. 29. Incumbe ao poder concedente: [...] III - intervir na prestação do serviço, nos casos e condições previstos em lei;”

econômico causados por eventuais mudanças, conforme dispõe o § 4º do art. 9º da lei 8.987/95.⁴³

E por fim, é importante destacar que no tocante ao prazo de duração dos Contratos de Concessão, necessário se ter em ⁴⁴mente que não havendo dispêndio de recursos públicos para sua manutenção na integralidade ou em quota alguma, não é observado o prazo de 01(hum) ano indicado na lei de licitações em seu art. 25, e desta forma, não havendo prazo determinado, cabendo ao interesse público e instrumentos contratuais determinarem.

⁴³ MELLO, Antônio Celso Bandeira de, **Curso de direito administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 754.

⁴⁴ CARVALHO, Matheus. **Manual de direito administrativo**. 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador. JusPODIVM, 2017. p. 659.

4 TEORIA GERAL DOS CONTRATOS

Após a análise da Concessão de serviços públicos, para que se chegue ao ponto central da discussão proposta é necessário explanar acerca da formação dos contratos, instrumentos que formalizam o instituto das Concessões.

Para se conceituar o instituto do Contrato se destaca sempre a presença de dois elementos: Conteúdo patrimonial e a presença de duas pessoas.⁴⁵ E portanto é espécie bilateral ou multilateral de negócio jurídico, que aperfeiçoa-se através do mútuo consenso.⁴⁶

Assim, o contrato pode ser conceituado como “um acordo de vontades, na conformidade da lei, e com a finalidade de adquirir, resguardar, transferir, conservar e modificar ou extinguir direitos.”⁴⁷

Ante a constitucionalidade do Direito Civil, deixando de ser o ramo central do ordenamento jurídico em face da constituição federal, há também conceitos mais modernos como o de Paulo Nalin que reza ponta que “o contrato constitui a relação jurídica subjetiva, nucleada na solidariedade constitucional, destinada à produção de efeitos jurídicos existenciais e patrimoniais, não só entre os titulares subjetivos da relação, como também perante terceiros.”⁴⁸

Com base nesse movimento de leitura do texto do Código Civil à luz da Constituição Federal, é notório o papel de importância assumido pelos princípios na interpretação e aplicação do Códex, tantos constitucionais, quanto os trazidos pelo diploma civilista de 2002.⁴⁹

Neste passo, importante é analisar alguns princípios norteadores dos contratos em geral e os elementos essenciais para a formalização do contrato.

4.1 Princípios contratuais

⁴⁵ TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014. p. 553.

⁴⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 3: contratos e atos unilaterais**. 8. ed.. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 22.

⁴⁷ Caio Mário da Silva Pereira. **Instituições do direito civil**, v. III, p 7, *Apud* Carlos Roberto Gonçalves.

⁴⁸ NALIM, Paulo. *Apud* Tartuce. p. 552.

⁴⁹ *Ibid.* p. 563.

4.1.1 Princípio da autonomia da vontade

O princípio da autonomia da vontade tem sua origem no direito romano partindo da ampla liberdade do indivíduo para contratar, e tendo seu apogeu após a revolução francesa. A influência romana deixou como maior herança a força obrigacional dos contratos, cobrando sempre o respeito ao que fora avençado. No código civil francês, em seu art. 1.134⁵⁰, ganhou redação estabelecendo que o contrato tivesse força de lei entre as partes.⁵¹

Essa liberdade contratual é segundo Flávio Tartuce inerente à própria concepção da pessoa humana, estabelecendo um direito advindo do princípio da liberdade e dividindo-se em uma dupla de princípio que se confundem, porém são distintos: a liberdade de contratar e a liberdade contratual. O primeiro diz respeito ao sujeito ou sujeitos com quem se contrata, já o segundo, refere-se ao conteúdo do negócio jurídico realizado.⁵²

Assim, o princípio da autonomia da vontade ou princípio da autonomia privada, é o corolário da própria liberdade do indivíduo de firmar obrigações de sem qualquer interferência, ainda que esteja limitado em determinados casos a própria lei, a exemplo do art 104 do Código Civil que estabelece os requisitos para a realização de um negócio jurídico.⁵³

4.1.2 Princípio da função social do contrato

Ante a liberdade de contratar, explicitado acima, há a função social do contrato que nos dias atuais, substitui a autonomia da vontade, sob o crivo do interesse social.⁵⁴

⁵⁰ Leia-se: “*se font extr’eux une loi d’exécuter ce qu’ils promettent*”. (“os contraentes estabelecem entre si uma lei de executar o que prometem”) (tradução do autor).

⁵¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**, v. 3: contratos e atos unilaterais. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 41.

⁵² Ibid. Tartuce. p.567.

⁵³ Veja-se: “Art. 104. A validade do negócio jurídico requer: I - agente capaz; II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III - forma prescrita ou não defesa em lei.”

⁵⁴ VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil**: Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 364.

A função social deve ser interpretada como um princípio mitigador ou relativizador da força obrigatória das obrigações (*pacta sunt servanda*). Neste sentido, a realidade social deve ser levada em conta frente ao que fora pactuado no instrumento do contrato, mas observando-se a realidade social como norteador para se atender os interesses da pessoa humana.⁵⁵

Neste sentido determinar o parágrafo único do art. 2.035 do Código Civil:

A validade dos negócios e demais atos jurídicos, constituídos antes da entrada em vigor deste Código, obedece ao disposto nas leis anteriores, referidas no art. 2.045, mas os seus efeitos, produzidos após a vigência deste Código, aos preceitos dele se subordinam, salvo se houver sido prevista pelas partes determinada forma de execução.

Parágrafo único. Nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código para assegurar a função social da propriedade e dos contratos.⁵⁶

Portanto, neste íterim tem-se o princípio da função social do contrato como basilar na interpretação e execução dos contratos levando-se em consideração a realidade social em detrimento do cumprimento rígido do que fora pactuado.

4.1.3 Princípio da força obrigatória do contrato

O princípio da obrigatoriedade contratual representa a força vinculativa dos contratos, ante a liberdade de contratar na qual nenhum indivíduo se obriga a contratar, exercendo a sua liberdade individual sem qualquer interferência ou limitação, ao contrário, este princípio determina a não reversibilidade do que fora pactuado.⁵⁷

Esse princípio já tinha aplicação no direito romano determinando a aplicação da *pacta sunt servanda*, desta forma, tornando obrigatório o pacto firmado para que se mantivesse a segurança jurídica das relações travadas, com exceção de razão plausível para a extinção ou alteração contratual.⁵⁸

⁵⁵ TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014. p. 572

⁵⁶ BRASIL, Lei 10.406/2002. **Código Civil**. Brasília, DF, Out. 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 26 out. 2017.

⁵⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, v. 3: contratos e atos unilaterais**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 48

⁵⁸ TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014. p. 580.

Neste passo, o princípio da obrigatoriedade ou também chamado de princípio do consensualismo⁵⁹, é uma restrição da liberdade, esta se limitando a partir do pactuado.

Sem embargo, este princípio tornou-se secundário ante a função social do contrato, acima explanada, sendo mitigado ou relativizado. Neste ínterim, a conservação dos contratos deve ser mantida, porém a rigidez com que se executa as obrigações firmadas são objetos de ponderação ante a nova realidade do direito contemporâneo.

4.1.4 Princípio da Boa-fé Objetiva

O princípio da boa-fé objetiva colocado expressamente⁶⁰ no Código civil de 2002 como novidade, e anteriormente já havia sido inserido no art. 4º, III, do Código de Defesa do Consumidor.

Esse princípio está relacionado com a conduta dos contraentes, sendo uma exigência necessária a todos os contratos, independentemente de previsão expressa, e havendo a sua quebra estar-se diante da violação positiva do contrato.⁶¹

Desta forma, é uma cláusula geral que na busca pela solução de eventuais conflitos usa de fatores metajurídicos e princípios jurídicos gerais, e leva-se em conta outros elementos como a probidade, expresso no artigo 422 do Código Civil, sendo um desdobramento do próprio princípio da boa-fé objetiva.⁶²

Configura-se, portanto, um modelo jurídico, que requer das partes de um contrato condutas baseadas na honestidade, retidão, lealdade e neste toar segue como

⁵⁹GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, volume 3: contratos e atos unilaterais**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 46

⁶⁰ Como exemplo: art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé. [...] Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração. Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

⁶¹ *Ibid.* Tartuço, p. 582.

⁶² *Ibid.*, Gonçalves. p. 55 e 56.

uma norma sem conteúdo fixado rigidamente e aplicável a diversas situações não previsíveis.⁶³

4.1.5 Princípio da relatividade dos efeitos contratuais

O contrato é firmado entre as partes que o pactuaram, não podendo prejudicar, nem aproveitar terceiros, em regra. No entanto, devido a ser coisa palpável, tangível tem sua percepção por outros atores. E neste ponto, pode gerar efeitos a terceiros, chamados de efeitos externos.⁶⁴

A visão clássica de contrato, com objetivo exclusivo de satisfação de necessidades individuais, e que desta maneira, somente produzia efeitos entre os celebrantes, é afastado perante a função social do contrato, apregoado no Código Civil de 2002, razão pela qual os efeitos podem aproveitar terceiros, sendo um abrandamento da relatividade dos efeitos contratuais.⁶⁵

Como exemplo de exceções a este princípio, há a estipulação em favor de terceiro (arts. 436 a 438 do Código Civil); A promessa de fato de terceiro (arts. 439 e 440); O contrato com pessoa a declarar ou com cláusula *pro amico elegendo* (art. 467 a 471 do Código Civil); A tutela externa do crédito ou eficácia externa da função social do contrato (art. 421 do Código Civil).

Deste modo, a máxima romana que diz que o contrato é *res inter alios acta, aliis neque nocet neque potest*,⁶⁶ é mitigada em nome da dinâmica das relações humanas que não mais se contenta com a visão clássica dos pactos.

4.2 Elementos e requisitos essenciais do contrato

⁶³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, v. 3**: contratos e atos unilaterais. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 59.

⁶⁴ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil**: Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 361

⁶⁵ *Ibid.* Gonçalves. p. 47 e 48.

⁶⁶ Em tradução livre: “A coisa julgada não pode aproveitar nem prejudicar senão as próprias partes”.

Os elementos que formam a teoria geral dos negócios jurídicos aplicam-se aos contratos, pois este se insere totalmente nesta categoria.⁶⁷ E dividem-se em elementos naturais e acidentais.

Aduz Sílvio de Salvo Venosa:

São elementos naturais os decorrentes da própria razão de ser, da essência ou natureza do negócio, sem que haja necessidade de menção expressa na contratação. São, por exemplo, elementos naturais da compra e venda a garantia que presta o devedor pelos vícios redibitórios (art. 441) e pelos riscos da evicção (art.477).

Os elementos acidentais dos contratos são os que se acrescentam aos negócios para modificar alguma ou algumas de suas características naturais. No Código, estão presentes a condição, termo ou encargo. No entanto, fique assente que, quando uma condição, termo ou encargo é apostado num negócio jurídico, passa a ser elemento integrante da avença. O elemento é tratado como acidental apenas porque às partes é dado inseri-lo ou não no contrato. Uma vez que estipulados, devem ser obedecidos. *Pacta sunt servanda*.⁶⁸

Dentre os elementos há os requisitos que são divididos em: Objetivos, subjetivos e formais. O requisito objetivo diz respeito ao objeto do contrato que deve ser lícito, possível, determinado ou determinável. (art. 104, II do Código Civil). E embora não expresse, a doutrina exige outro requisito para a validade contratual que é o valor econômico do objeto.⁶⁹

Quanto aos requisitos subjetivos referem-se na manifestação de duas ou mais vontades e capacidade genérica dos contraentes, na aptidão específica para contratar e no consentimento.

Por fim, o requisito formal refere-se ao modo que é revelada a vontade das partes, ou seja, ao instrumento utilizado que deve ser prescrito ou não defeso em lei. Com efeito, dispõe o artigo 107 do Código Civil: “A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir.”⁷⁰

Desta maneira, os elementos e requisitos que compõem os contratos em geral estão dispostos.

4.3 Formas de extinção dos contratos

⁶⁷ Ibid. Venosa. p. 419.

⁶⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 420.

⁶⁹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, v. 3: contratos e atos unilaterais**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 38.

⁷⁰ BRASIL, Lei 10.406/2002. **Código Civil**. Brasília, DF, Out. 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 26 out. 2017.

No que atine as formas de extinção contratual o Código Civil de 2002 sistematizou, entre os artigos. 472 a 480, da seguinte forma: I) Extinção normal do contrato; II) Extinção por fatos anteriores à celebração; III) Extinção por fatos posteriores à celebração; IV) Extinção por morte.

4.3.1 Extinção normal do contrato

A extinção normal do contrato se dá pelo ciclo natural das obrigações, tendo o seu exaurimento juntamente com o fim de seus efeitos.

Neste caso a execução da prestação obrigacional esvai juntamente com o próprio contrato que não tem mais um de seus requisitos de existência, qual seja o seu objeto.⁷¹

Humberto Theodoro Júnior assinala que:

Ao contrário dos direitos reais, que tendem à perpetuidade, os direitos obrigacionais gerados pelo contrato caracterizam-se pela temporalidade. Não há contrato eterno. O vínculo contratual é, por natureza, passageiro e deve desaparecer, naturalmente, tão logo o devedor cumpra a prestação prometida ao credor.⁷²

4.3.2 Extinção por fatos anteriores à celebração do contrato

A segunda forma de extinção dos contratos irá acontecer em três casos. A primeira é no caso de inviabilidade contratual, já a segunda nos casos da existência de Cláusula de arrependimento e por fim quando houver cláusula resolutiva expressa.

4.3.3 Extinção por fatos posteriores à celebração do contrato

Nesta forma de extinção os fatos originadores do rompimento surgem após o pactuado, gerando prejuízos a uma das partes. Neste ponto, a rescisão contratual é gênero que se divide nas espécies de: resolução, que é originada por descumprimento

⁷¹ Vide tópico dos elementos e requisitos do contrato.

⁷² *Apud.* Gonçalves. p. 178.

e resilição, fundada na dissolução por vontade de uma ou ambas as partes, quando admitido de forma expressa ou implícita.⁷³

4.3.4 Resilição contratual

Sobre a resilição, esta admitida tanto na exigência de uma das partes ou ambas, (unilateralmente ou bilateralmente). A primeira hipótese esta prevista no art. 472⁷⁴ do Código Civil, demonstrando que o fim do negócio celebrado é realizado com o firmamento de um novo, forma que também se aplica ao distrato, veja-se: “Art. 472. O distrato faz-se pela mesma forma exigida para o contrato.”

Já na resilição de forma unilateral, é admitida quando permitir-se a dissolução por apenas simples declaração, permissão esta que se dar por lei, levando-se em consideração a clara influência do princípio da boa-fé objetiva e função social do contrato. Nesta forma há o exercício de um direito protestativo, indo contra a situação de sujeição.⁷⁵

Esta espécie só é admitida de forma excepcional, como por exemplo, nos contratos de locação, mandato, comodato ou prestação de serviço, tendo previsão no art. 473 do Código Civil. Veja-se: “Art. 473. A resilição unilateral, nos casos em que a lei expressa ou implicitamente o permita, opera mediante denúncia notificada à outra parte.”⁷⁶

4.3.5 Resolução contratual

⁷³ TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014. p. 639 e 640.

⁷⁴ BRASIL, Lei 10.406/2002. **Código Civil**. Brasília, DF, Out. 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 26 out. 2017.

⁷⁵ TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014. p. 649.

⁷⁶ BRASIL, Lei 10.406/2002. **Código Civil**. Brasília, DF, Out. 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 26 out. 2017.

Esta espécie se aplica nas situações que obstam o cumprimento do avençado, na lição de Orlando Gomes é “um remédio concedido à parte para romper o vínculo contratual mediante ação judicial”.⁷⁷

No caso da resolução, esta inserida em quatro hipóteses: Inexecução voluntária, inexecução involuntária, cláusula resolutiva tácita e resolução por onerosidade excessiva.

4.3.6 Inexecução voluntária

A resolução por inexecução voluntária se faz presente na impossibilidade do cumprimento da avença por culpa ou dolo do devedor, e ocorre nas obrigações de fazer, não fazer e de dar. Neste toar, a inexecução voluntária resultara para o inadimplente a obrigação de ressarcimento por perdas e danos, conforme artigos 389 e 390 do Código Civil.

4.3.7 Inexecução involuntária

Nas situações de descumprimento contratual em razão de fatos alheios à vontade dos contratantes caracteriza-se a inexecução voluntária, sendo estas situações o caso fortuito ou de força maior. Importante salientar que não há nesta hipótese direito a perdas e danos para a outra parte existe tão somente a obrigação de devolver tudo o que fora pago, restaurando a situação original de antes da formação do contrato.⁷⁸

4.3.8 Cláusula resolutiva tácita

A extinção do contrato por meio da cláusula resolutiva tácita é caracterizada em decorrência de evento futuro e incerto, necessitando de previsão legal. E desta maneira obrigatório é a interposição de lide judicial para a sua aplicação, conforme art. 474 do Código Civil.

⁷⁷ *Apud.* Gonçalves p. 190

⁷⁸ TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014. p 641.

5. A TEORIA DA IMPREVISÃO NOS CONTRATOS DE CONCESSÃO

5.1 Equilíbrio econômico nos contratos

O ressurgimento da Teoria da imprevisão, através da aplicação da cláusula *rebus sic standibus*, se deu com a Primeira Guerra Mundial, momento histórico em que não comportava o rigor formalístico contratual⁷⁹. Por este motivo, os autores comumente recorrem a doutrina francesa que discrimina os riscos contratuais, chamado de álea ordinária para corresponder ao risco comum da atividade, áleas extraordinárias administrativas e álea extraordinária econômica.⁸⁰

No mesmo sentido Aduz Marçal Justen Filho:

Por influência da doutrina francesa, costumam ser arroladas inúmeras categorias de eventos cuja ocorrência pode produzir a quebra da equação econômico financeira. Destaque-se que a diferenciação entre eles é relevante no direito francês, pois cada espécie de situação gera efeitos diversos. Apenas para tornar mais clara a compreensão da questão, cabe lembrar que, no direito francês, os efeitos jurídicos da aplicação da teoria do fato do príncipe e da teoria da imprevisão são distintos. Configurado o fato do príncipe, o particular tem direito a ser indenizado integralmente. Se for aplicada a teoria da imprevisão, os efeitos onerosos serão distribuídos entre as partes (ainda que a parcela mais significativa dos encargos sejam atribuídos à Administração Pública).⁸¹

A aplicação da *rebus sic standibus* é a forma de se refazer a situação originária em que foi firmado o contrato pactuado, assim, busca-se distinguir as situações em que há ou não a aplicação da referida cláusula, tendo por base critério legais e doutrinários que apontam determinadas situações e a respectiva medida a ser adotada ou não.

Na lição de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Há uma necessária relação entre os encargos fixados no ato concessivo e o lucro então ensejado ao concessionário. Uns e outro, segundo os termos compostos na época, como pesos distribuídos entre dois pratos da balança, fixam uma igualdade de equilíbrio. É este equilíbrio que o Estado não só não pode romper unilateralmente mas deve, ainda, procurar preservar.⁸²

⁷⁹ MELLO, Antônio Celso Bandeira de, **Curso de direito administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 671.

⁸⁰ *Ibid.* p.763.

⁸¹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo [Livro eletrônico]**. 4 ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2016. p. 607.

⁸² MELLO, Antônio Celso Bandeira de, **Curso de direito administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2014. p. 762.

A obrigação de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro contratual decorre de expressa previsão constitucional no art. 37, XXI da Constituição Federal de 1988, quando determina que serão mantidas as condições efetivas da proposta”.⁸³

Para se falar no equilíbrio econômico contratual, é essencial explicar acerca dos riscos cobertos e assumidos por cada uma das partes (poder concedente e concessionário), as chamadas Áleas econômicas.

5.1.2 Desequilíbrio econômico-financeiro Causado Pela Álea Ordinária

A álea econômica ordinária, também chamada de empresarial consiste no risco do próprio negócio, são situações decorrentes da própria atividade empresarial e devem ser suportadas pelo concessionário.⁸⁴

Na lição de Wald⁸⁵:

No fundo, podemos afirmar que, ao concessionário da obra cabem os riscos técnicos, comerciais e econômicos. O risco técnico é o da construção, o comercial é o decorrente da boa operação do serviço e o econômico pressupõe a adequada rentabilidade do empreendimento, nos termos em que foi contratualmente concebido.

Entretanto, alguns aspectos são excluídos da álea ordinária, como a variação do preço dos insumos que formam a tarifa, agravos econômicos oriundos de medidas gerais do Poder Público que tenham grande impacto sobre a tarifa, medidas previstas na lei de Concessões.⁸⁶

5.1.3 Desequilíbrio Econômico-financeiro Causado Pela Álea Administrativa

Maria Sylvia Zanella Di Pietro discorre que a álea administrativa abrange três modalidades:

⁸³ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 10 ed. São Paulo: Dialética, 2004.p. 524.

⁸⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 323

⁸⁵ WALD, Arnold. **Renascimento do instituto da concessão**. Revista de direito Administrativo da FGV: Rio de Janeiro. Disponível em: < <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45695/44034> >Acessado em 29 de out. 2017.

⁸⁶ MELLO, Antônio Celso Bandeira de, **Curso de direito administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2014p. 766.

- a) uma decorrente do poder de alteração unilateral do contrato administrativo, para atendimento do interesse público; por ela responde a Administração, incumbindo-lhe a obrigação de restabelecer o equilíbrio voluntariamente rompido;
- b) a outra corresponde ao chamado fato do príncipe, que seria um ato de autoridade, não diretamente relacionado com o contrato, mas que repercute indiretamente sobre ele; nesse caso, a Administração também responde pelo restabelecimento do equilíbrio rompido;
- c) A terceira constitui o fato da Administração, entendido como “toda conduta ou comportamento desta que torne impossível, para o cocontratante, a execução do contrato.” Ou de forma mais completa, é “toda ação ou omissão do Poder Público que, incidindo direta e especificamente sobre o contrato, retarda, agrava ou impede a sua execução.”[...]

Neste interim, conforme discorrido no capítulo atinente ao regime jurídico dos contratos administrativos, as alterações unilaterais realizadas pelo ente público são limitadas por lei e sempre que gerarem prejuízo ao particular, aquele deve ser ressarcido.

Por derradeiro, ante a possibilidade de confusão entre o Fato do Príncipe e a Teoria da Imprevisão, estas teorias têm aplicações distintas, porém, conforme o art. 65, II, *d* da lei 8.666/93, causam efeitos idênticos sobre a relação contratual.⁸⁷

5.1.4 Desequilíbrio Econômico-financeiro Causado Pela Álea Econômica

E como visto acima, o fato da administração que onera torna impossível a execução do contrato dar-se o nome de Teoria da Imprevisão. Sendo todo acontecimento externo ao contrato, de não consentimento das partes, não previsível ou evitável, que cause um enorme desequilíbrio econômico, impossibilitando a continuação da relação contratual.⁸⁸

⁸⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo [Livro eletrônico]**. 4 ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2016. .p 607

⁸⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 329.

Nesta feita, a quebra da equação financeira consiste na alteração do resultado econômico, obtido por meio da comparação entre a realidade do contrato inicial pactuado e a realidade em que se encontra após determinado acontecimento.⁸⁹

Para a aplicação da Teoria da Imprevisão, são necessários os seguintes requisitos: Imprevisão das consequências ou dos seus efeitos; estranho a vontade das partes; inevitável; causa de desequilíbrio muito grande no contrato.

Se o fato não causar desequilíbrio exacerbado, não há a caracterização da álea extraordinária, sendo tão somente uma álea ordinária, ou seja, decorrente da própria atividade, afastando também o critério imprevisibilidade.

Bem como, não há a aplicação da referida teoria quando o fato for em decorrência das vontades das partes, pois, se decorrente da vontade do particular, este arcará solitariamente com as consequência, e sendo gerado pela Administração Pública, irá haver a aplicação das regras da álea administrativa (teoria do fato do príncipe e alteração unilateral).⁹⁰

Para ilustrar a aplicação do referido instituto, veja-se julgado do TCU⁹¹:

ACÓRDÃO Nº 2927/2011 – TCU – Plenário

1. Processo nº TC 026.335/2007-4.

2. Grupo I – Classe VII – Assunto: Representação

3. Interessado(s): Associação Brasileira das Concessionárias de Rodovias – ABCR (01.435.491/0001-66); Concessionária da Rodovia Presidente Dutra (NovaDutra), Companhia de Concessão Rodoviária Juiz de Fora-Rio (Concer), Concessionária Rio-Terezópolis S.A. (CRT), Concessionária da Ponte Rio-Niterói S.A. (Ponte); Concessionária da Rodovia Osório-Porto Alegre (Concepa);

4. Órgão/Entidade: Agência Nacional de Transportes Terrestres - ANTT.

5. Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues.

6. Representante do Ministério Público: não atuou.

7. Unidade: Sec. de Fiscalização de Desestatização e Regulação 1 (Sefid-1).

8. Advogados constituídos nos autos: Mário Menezes (OAB/DF 2.876), Henrique Vieira (OAB/DF nº 12.378), Giselle Reis e Rios (OAB/DF 16.061), Paula Cardoso Pires (OAB/DF 23.668), Guilherme Augusto Fregapani (OAB/DF 34.406), [...]

9. Acórdão:

⁸⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo [Livro eletrônico]**. 4 ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2016. p. 607.

⁹⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 331.

⁹¹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2927/2011. Plenário. Relator: Ministro: Walton Alencar Rodrigues. Sessão de 9/11/2011. Disponível em: https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=9&ved=0ahUKEwjelc6BzJvXAhUCEZAKHfvyCQIQFghYMAg&url=http%3A%2F%2Fwww.tcu.gov.br%2FConsultas%2FJuris%2FDocs%2Fjudoc%2FAcord%2F20111114%2FAC_2927_49_11_P.doc&usg=AOvVaw0r_-m1G_T1M7G4OiFZsgLT. Acesso em: 28 out. 2017.

VISTOS, relatados e discutidos os presentes autos de Representação ofertada pela Secretaria de Fiscalização de Desestatização em virtude de alegado desequilíbrio econômico-financeiro nos contratos de concessão decorrentes da 1ª Etapa do Programa de Concessões de Rodovias Federais, ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em sessão plenária, ante as razões expostas pelo Relator, em:

9.1. determinar à Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT, com fulcro no art. 43, inciso I, da Lei nº 8.443, de 1992, referente aos contratos de concessão celebrados com a Concessionária da Rodovia Presidente Dutra (NovaDutra), Companhia de Concessão Rodoviária Juiz de Fora-Rio (Concer), Concessionária Rio-Terezópolis S.A. (CRT), Concessionária da Ponte Rio-Niterói S.A. (Ponte) e Concessionária da Rodovia Osório-Porto Alegre (Concepa), que:

9.1.1. adote, nas recomposições do equilíbrio econômico-financeiro desses contratos, a metodologia aprovada na Resolução ANTT 3.651/2011, ou outra que entender mais adequada, para os eventos decorrentes de inserções de investimentos não previstos originalmente nos encargos das concessionárias, e do remanejamento ou adequação, com aumento de valor, de investimentos previstos originalmente, assegurando a todos os interessados o direito de manifestação, mediante audiências e/ou consultas públicas, com base nos art. 6º, § 1º, 9º, § 2º, 23, inciso IV, e 29, inciso V, da Lei 8.987/1995 c/c art. 6º, inciso IX, 40, inciso X, e 43, inciso IV, da Lei 8.666/1993, e em conformidade com o art. 24, inciso VII, da Lei 10.233/2001;

9.1.2. adote, no prazo de cento e vinte dias, as medidas necessárias para inserir cláusula de revisão periódica da tarifa de pedágio nos contratos de concessão em vigor, assegurando a todos os interessados o direito de manifestação, mediante audiências e/ou consultas públicas;

9.2. determinar à Sefid que autue processo de monitoramento, como prevê o art. 4º, inciso III, da Portaria Segecex nº 27, de 19 de outubro de 2009, para que verifique o cumprimento da presente deliberação;[...].(Grifado).

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A presente monografia abordou o regime jurídico dos contratos administrativos expondo os elementos caracterizadores, as suas formas de alteração, prerrogativas e as suas cláusulas exorbitantes, demonstrando as prerrogativas da Administração Pública e sua interferência.

Abordou-se a relação de equilíbrio econômico-financeiro nos contratos administrativos, demonstrando que esta é uma garantia constitucional e que deve sempre ser preservada no decorrer da execução contratual.

Avançando na análise, adentrou-se no estudo das Concessões Públicas, iniciando pelo conceito de serviço público, este que varia conforme a sociedade elege como serviço essencial ou que deva ser garantido pela Administração Pública. Fora analisado também as formas de transferência da execução destes serviços, seja para outro ente (descentralização) ou para o particular, com a entrega tão somente da execução do serviço, ao contrário da descentralização em que se transfere a titularidade. Ainda no capítulo dos contratos de Concessão, foram demonstradas as formas de alteração e as espécies de Concessões existentes no ordenamento jurídico pátrio.

No estudo dos contratos em geral, dentro da teoria geral dos contratos, foram analisados os princípios – autonomia, função social, boa-fé objetiva, força vinculativa dos contratos – e sua influência na formação, interpretação e execução dos contratos. Posteriormente, foi apontado os elementos e requisitos essenciais formadores dos contratos e por fim, as formas de extinção contratual, que podem ser por fatos anteriores e posteriores, além da rescisão e resolução contratual, as causas de inexecução voluntária e involuntária.

Esta última forma de extinção contratual, involuntária é que dar azo ao surgimento da Teoria da imprevisão, aplicação da cláusula *rebus sic standibus*, que serve para romper obrigações pactuadas ou reequilibrá-las.

Por fim, é analisada a aplicação da Teoria da Imprevisão aos Contratos de Concessão Pública, partindo do necessário equilíbrio econômico também inerente a esta espécie contratual.

Explorando o conceito e espécies de álea, administrativa e econômica, que são os riscos inerentes aos contratos administrativos. Estas que tiveram origem na França pós Primeira Guerra Mundial, e resgatou-se a aplicação da Teoria da Imprevisão face ao momento de caos vivido.

Desta forma, ante as três espécies de álea econômica existente, a teoria da Imprevisão está inserida na álea econômica, conquanto surja fato imprevisível, externo a atividade e que onera demasiadamente o equilíbrio-financeiro do contrato.

E respondendo a principal indagação do presente trabalho, é aplicável aos contratos de Concessão, seguindo estes critérios acima expostos e tendo os mesmos efeitos do fato do príncipe (álea administrativa), conforme inciso II do art. 65 da lei 8.666/93.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Eurico de Andrade. **Legislação brasileira sobre garantias para as concessões**. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/47273/45344>>, acessado em 10 de junho de 2017, às 19:28h.

BRASIL, Lei 10.406/2002. **Código civil**. Brasília, DF, Out. 2017. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 26 out. 2017.

BRASIL. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências**. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 22 jun. 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666compilado.htm> . Acesso em: 10 jul. 2017.

BRASIL. **Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995**. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Brasília, DF, 13 de fevereiro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987cons.htm>. Acessado em: 15 de ago. de 2017.

BRASIL. **Tribunal de contas da união**. Acórdão nº 2927/2011. Plenário. Relator: Ministro: Walton Alencar Rodrigues. Sessão de 9/11/2011. Disponível em: https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=9&ved=0ahUK Ewjelc6BzJvXAhUCEZAKHfvyCQIQFghYMAg&url=http%3A%2F%2Fwww.tcu.gov.br%2FConsultas%2FJuris%2FDocs%2Fjudoc%2FACord%2F20111114%2FAC_2927_49_11_P.doc&usg=AOvVaw0r_-m1G_T1M7G4OiFZsgLT. Acesso em: 28 out. 2017.

BRASIL. **Tribunal de contas da união**. Decisão nº 215/99. Plenário. Relator: Ministro: ADHEMAR PALADINI GHISI. Disponível em: http://www.tcu.gov.br/Consultas/Juris/Docs/judoc/SIDOC/geradoSIDOC_DC02151899P.pdf. Acesso em: 25 nov. 2017.

CARVALHO, Matheus. **Manual de direito administrativo**. 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador. JusPODIVM, 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 29. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

DURÃO, Pedro. **Licitación pública**. Juruá: Curitiba, 2015.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro, v. 3: contratos e atos unilaterais**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2011

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo [Livro eletrônico]**. 4 ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2016.

_____. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 10 ed. São Paulo: Dialética, 2004.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2013.

MELLO, Antônio Celso Bandeira de, **Curso de direito administrativo**. 32. ed. São Paulo: São Paulo, 2014.

SUNDFELD, Carlos Ari. **O Direito e as parcerias empresariais e contratuais entre estado e particulares**. Cadernos FGV Projetos. Edição sobre Parcerias Público-Privadas no Brasil. Rio de Janeiro: FGV, ano 09, n.º 23, p. 54-60, jan., 2014.

Retirado da internet:

https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/224598/mod_resource/content/1/Sundfeld%20-%20Parcerias%20societ%C3%A1rias%20e%20contratuais.pdf . Acessado em 15 de dezembro de 2016.

SOUTO, Marcos Juruena Villela. **Direito administrativo das concessões**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: Teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

WALD, Arnold. **Renascimento do instituto da concessão**. Revista de direito Administrativo da FGV: Rio de Janeiro. Disponível em: < <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/45695/44034> >Acessado em 29 de out. 2017.