

UNIVERSIDADE DE MARÍLIA

TIAGO NUNES DA SILVA

**A IMPORTÂNCIA DA TEORIA DAS ÁLEAS NA LEI Nº 8.666/1993 COMO
GARANTIA DA CONTINUIDADE DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO**

MARÍLIA

2018

TIAGO NUNES DA SILVA

**A IMPORTÂNCIA DA TEORIA DAS ÁLEAS NA LEI Nº 8.666/1993 COMO
GARANTIA DA CONTINUIDADE DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em
Direito da Universidade de Marília como requisito
parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito,
sob a orientação do Prof. Dr. Daniel Barile da Silveira.

MARÍLIA
2018

Silva, Tiago Nunes da

A importância da teoria das áreas na Lei n. 8.666/1993 como garantia da continuidade da Prestação do Serviço Público / Tiago Nunes da Silva - Marília: UNIMAR, 2018.

95f.

Dissertação (Mestrado em Direito - Empreendimentos Econômicos, Desenvolvimento e Mudança Social) – Universidade de Marília, Marília, 2018.

Orientação: Prof. Dr. Daniel Barile da Silveira

1. Contratos Administrativos 2. Regime Jurídico Administrativo 3. Serviços Públicos I. Silva, Tiago Nunes da

CDD – 341.201

TIAGO NUNES DA SILVA

**A IMPORTÂNCIA DA TEORIA DAS ÁLEAS NA LEI Nº 8.666/1993 COMO
GARANTIA DA CONTINUIDADE DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO**

Dissertação apresentada ao Programa de Mestrado em Direito da Universidade de Marília, área de concentração Empreendimentos Econômicos, Desenvolvimento e Mudança Social, sob a orientação do Prof. Dr. Daniel Barile da Silveira.

Aprovado pela Banca Examinadora em 23/03/2018.

Prof. Dr. Daniel Barile da Silveira
Orientador
Presidente

Prof. Dr. Jefferson Aparecido Dias

Prof. Dr. Luiz Carlos Figueira de Melo

"Tudo tem o seu tempo determinado, e há tempo para todo o propósito debaixo do céu". (Eclesiastes, Cap. 3:1)

Gostaria de agradecer, primeiramente, a Deus, por mais esta conquista, visto que este trabalho é a trilha para a realização do sonho de me tornar Mestre em Direito. Ao meu orientador, Professor Dr. Daniel Barile, pela constante disposição de ajudar e por ter-me norteado na produção deste trabalho, sobretudo, com muita elegância em suas considerações. À minha esposa e aos meus familiares, por me acompanharem nestes dois anos de aprendizado e pelas inesquecíveis experiências adquiridas. A todos vocês, o meu muito obrigado!

A IMPORTÂNCIA DA TEORIA DAS ÁLEAS NA LEI Nº 8.666/1993 COMO GARANTIA DA CONTINUIDADE DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO

RESUMO: A presente pesquisa tem por objetivo analisar a Teoria das Áleas na Lei de Licitações e Contratos Administrativos – Lei nº 8.666/1993, a fim de verificar se a forma pela qual está posta na referida Lei é capaz de garantir a continuidade da prestação do serviço público diante de acontecimentos supervenientes que proporcionam, de tal modo, dificuldades para a manutenção daquela prestação, no que se refere à parte econômico-financeira do contrato. Analisa-se uma nova perspectiva em relação à Teoria das Áleas, especificamente sobre a temática do serviço público, posto que o paradigma atual que dela se extrai parece não corroborar com preceitos considerados imprescindíveis, como a segurança jurídica, a eficiência, a legalidade e, por fim, a não interrupção do serviço público, devido à percepção de alguns pontos considerados frágeis ou até mesmo omissos, no que se refere a critérios objetivos na aplicabilidade da referida Teoria. Desse modo, entende-se ser necessária a reformulação da Teoria das Áleas, bem como o amadurecimento acerca do assunto, a fim de se propor um novo olhar, direcionado aos Contratos Administrativos sob a ótica da consensualidade. O desenvolvimento do tema deu-se por meio de pesquisa bibliográfica nacional e estrangeira principalmente de Portugal, utilizando-se o método dedutivo, com o objetivo de responder à problemática lançada e alcançar o resultado esperado, propondo-se uma nova visão em relação à Teoria das Áleas, para que assim, a prestação do serviço público seja sempre mantida, entretanto, com mais segurança jurídica e obediência aos princípios da eficiência e legalidade.

Palavras-chave: Contratos administrativos. Regime jurídico administrativo. Serviços públicos.

THE IMPORTANCE OF THE ALEAS THEORY IN LAW Nr. 8.666 / 1993 AS A
GUARANTEE OF THE CONTINUITY IN PUBLIC SERVICE PROVISION

ABSTRACT: The present research aims to analyze the Theory of Alleys in the Law of Tenders and Administrative Contracts - Law nr. 8.666 / 1993, in order to verify that the manner in which it is laid down in said Law is able to guarantee the continuity of the public service rendering in the event of supervening events that, consequently, is capable of hindering the maintenance of that benefit in the economic-financial part of the contract. It is analyzed a new perspective on the Theory of Alleys, specifically on the subject of the public service, since the current paradigm extracted from it does not seem to corroborate with precepts considered essential such as legal certainty, efficiency, legality and, and finally, non-interruption of the public service, due to the perception of some points considered fragile or even, omitted as regards objective criteria in the applicability of the said theory. Thus, it is understood that it is necessary to reformulate the Theory of Alleys, as well as, the maturation on the subject, in order to conceive a new look, directed to the Administrative Contracts from the point of view of consensuality. The development of the theme took the form of a national and foreign bibliographic research mainly of Portugal, using the deductive method with the objective of responding to the problematic launched and achieving the expected result, proposing a new vision in relation to Theory of Aleas, so that the provision of the public service is always maintained, however, with greater legal certainty and obedience to the principles of efficiency and legality.

Keywords: Administrative contracts. Administrative legal regime. Public service.

LISTA DE ABREVIATURAS E DE SIGLAS

AgRg	Agravo Regimental
Art.	Artigo
CF	Constituição Federal
Dje	Diário da Justiça Eletrônico
EC	Emenda constitucional
Rel	Relator
REsp	Recurso Especial
STJ	Superior Tribunal de Justiça
UNIMAR	Universidade de Marília

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1 O CONCEITO DE SERVIÇO PÚBLICO..	13
1.1 CLASSIFICAÇÃO E FORMAS DE PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO.....	18
1.2 A PREVISÃO CONSTITUCIONAL PARA A PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO	20
1.3 A PRINCIPIOLOGIA DO SERVIÇO PÚBLICO.....	25
1.4 O SERVIÇO PÚBLICO NA ORDEM ECONÔMICA	28
2 CONTRATOS ADMINISTRATIVOS	35
2.1 CONCEITO	35
2.2 A VISÃO ATUAL DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS NO BRASIL.....	37
2.3 CONTRATOS ADMINISTRATIVOS NA LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA.....	40
2.4 OS DOIS POSTULADOS DO REGIME JURÍDICO ADMINISTRATIVO	42
2.4.1 A Supremacia do Interesse Público	43
2.4.2 Indisponibilidade do interesse público.....	49
2.5 AS CLÁUSULAS EXORBITANTES NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS SOB A ÓTICA DA PROPORCIONALIDADE.....	51
3 AS HIPÓTESES DE DESEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO NO CURSO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO NA LEI Nº 8.666/1993.....	55
3.1 O DESEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DECORRENTE DA ÁLEA ORDINÁRIA E ADMINISTRATIVA	55
3.2 A ÁLEA ECONÔMICA E ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE A TEORIA DA IMPREVISÃO.....	62
3.3 A NECESSIDADE DA REFORMULAÇÃO DA TEORIA DAS ÁLEAS NA LEI Nº 8.666/1993 SOB A PERSPECTIVA DA CONSENSUALIDADE ENTRE O INTERESSE PÚBLICO E PRIVADO	68
3.4 <i>EXCEPTION NON ADIMPLETI CONTRACTUS</i> : O REFLEXO DO AUTORITARISMO NO CONTRATO ADMINISTRATIVO	77

3.5 O REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO SOB A ÓTICA DOS MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS	82
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	87
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	92

INTRODUÇÃO

Após a Constituição de 1988, a Lei de Licitações e Contratos Administrativos – Lei nº 8.666/1993 — logrou relevante destaque, no que se refere à observância do critério de fomentar a mais ampla participação de todos os interessados, a fim de prestigiar o importante princípio da isonomia. Nesse contexto, a conduta da Administração Pública justifica-se, a fim de escolher a proposta mais vantajosa.

De outra parte, necessariamente, surge como instrumento jurídico designado para estabelecer o vínculo jurídico entre a Administração Pública e a particular, atualmente, denominado como Contrato Administrativo com incidência predominantemente do Regime Jurídico Administrativo.

Do referido Contrato Administrativo é possível vislumbrar todos os poderes considerados como indispensáveis à proteção e à promoção do interesse público, que, indubitavelmente, serão consignados como garantias inerentes à Administração Pública. Noutras palavras, as conhecidas e polêmicas cláusulas exorbitantes, jamais aplicadas no contrato regido pelo Regime Jurídico de Direito Privado.

Com efeito, o escopo considerado como de maior relevância deste trabalho constitui-se na análise de superveniência de eventos previsíveis e imprevisíveis de ordem econômica, que, conseqüentemente, afetem a natureza econômica, alheios ou não à vontade das partes, ensejando, de tal modo, gravoso resultado a despeito do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Demais disso, a grande problemática se constitui em verificar se a Teoria das Áleas, como atualmente está posta no plano normativo, e a forma pela qual vem sendo exposta no campo doutrinário é suficientemente capaz de promover a segurança e a permanência da prestação do Serviço Público no curso do Contrato Administrativo, caso sobrevenham situações de graves impactos econômicos.

A justificativa da pesquisa deriva-se da constatação de que a forma pela qual vem sendo aplicada a Teoria das Áleas no Brasil, infelizmente, não se apresenta como instrumento seguro, padecendo de critérios objetivos a fim de garantir a segurança jurídica, a observância dos princípios da eficiência e legalidade, e, principalmente a não interrupção da prestação do serviço público.

Feitas essas considerações iniciais que se apresentam como justificativas da presente pesquisa, cronologicamente, no primeiro capítulo, aborda-se a temática concernente a Serviços Públicos, sob a ótica de aspectos conceituais, de classificação e de formas. Anota-se, também, a abordagem do referido assunto, de acordo com a Constituição Federal, consignando-se, por fim, a parte inerente aos princípios e a ordem econômica.

Logo adiante, no segundo capítulo, o estudo apresenta aspectos importantes, no que se refere aos Contratos Administrativos nos moldes da Lei de Licitações e Contratos Administrativos – Lei nº 8.666/1993, tal como a visão hodierna no Brasil acerca da mencionada temática.

A respeito do último capítulo, tem como principal objetivo responder à indagação de se há ou não a urgência de reformulação da Teoria das Áleas para a segurança e permanência da prestação do serviço público, em prol do interesse não só primário, mas também, a preservação do interesse secundário.

Pela relevância do assunto, no bojo do último capítulo, ainda se propôs uma nova visão acerca da urgência em se aplicar a consensualidade nos Contratos Administrativos, não se cogitando, de nenhum modo, no afastamento do Regime Jurídico Administrativo, mas, sim, no chamamento da ponderação, visando a todo o tempo, à preservação do interesse da coletividade.

Em face das cláusulas exorbitantes, principalmente em relação à obrigatoriedade de se manter a prestação do serviço, mesmo diante do não pagamento, por um prazo de até 90 (noventa) dias, averbou-se a inaceitável permanência da gravosa prerrogativa da Administração Pública.

Por fim, como embasamento, trata-se de pesquisa na consulta de leis e bibliografias. Como método, utiliza-se, o dedutivo (do geral para o particular), envolvendo especificamente o Direito Administrativo e o Direito Constitucional.

1 O CONCEITO DE SERVIÇO PÚBLICO

Inicialmente, faz-se necessário justificar que não é fácil a tarefa de conceituar, com precisão, o que realmente seja serviço público. Tem-se observado a constante mudança da noção de serviço público sob a própria ótica do paradigma hodierno no Brasil.

Como dito, conceituar serviço público é trilhar pelo caminho da incerteza, posto que o seu alto grau de complexidade é reconhecido até mesmo pela doutrina clássica e enfrentado da mesma forma pelos pesquisadores contemporâneos. Por essa via de entendimento, ainda que de forma breve, é necessário perpassar a abordagem histórica a despeito do serviço público, para quiçá alcançar melhor compreensão do instituto na era hodierna.

Sobre a nacionalidade do Direito Administrativo, como é sabido, teve sua gênese na França. A partir de então, a referida matéria assumiu o encargo de disciplinar diversos institutos de interesse predominantemente estatal. Assim, em relação ao serviço público, tornou-se tão relevante, que passou a ser compreendido como principal justificativa para a existência do Estado, ensejando, ademais, dificuldades na análise mais apurada da distinção entre Estado e serviço público. Para se compreender sua notável importância à época, fora batizado e reconhecido como “pedra de toque” de todo o Direito Administrativo.¹

Por essa concepção, só haveria que se falar em Estado quando perceptível a noção de serviços públicos, no sentido de organização, de controle e de efetividade, ou seja, prestado pelo próprio ente. A partir dessa amplitude envolvendo Estado e serviço público, Daniel Barile da Silveira, em pesquisa sobre o tema, deixou o seu entendimento:

Assim, serviço público, nesta visão, engloba uma noção extremamente ampla na medida em que qualquer serviço prestado pelo Estado estaria envolto nesta concepção, podendo-se apenas reclassificá-lo a partir de sua natureza, ou seja, como sendo uma atividade de cariz legislativo, executivo ou judicial.

E mais adiante, conclui:

Por esta via entendimento, Duguit permite uma transformação na doutrina publicística francesa (e contemporânea como um todo), na medida em que substitui a noção de serviço público como *poder* do Estado sobre o indivíduo pela ideia de *serviços* prestados aos administrados, remodelando o enfoque e inclusive as funções desse Estado. [...].²

¹ DUGUIT, Leon. **Les transformations du droit public**. Paris: Éditions da Mémoire du Droit, 1999.

² SILVEIRA, Daniel Barile da. **O fim do serviço público: a crise no conceito de serviço público e seu desenvolvimento**. Ensaio Sobre Políticas Públicas. Birigui: Boreal, 2016, p. 392-393.

Feitos esses esclarecimentos, a grande questão consigna-se em se definir que, outrora, o serviço público fora acampado pela concepção de atividade típica do Estado, lastreado por regras jurídicas próprias de aplicabilidade a todo Direito Administrativo guiado pelo dogma da facilitação do progresso, bem como da execução de atividades consideradas de interesse geral, surgindo então, outro tema polêmico que, à época, já dava guarida àquela atuação, ou seja, interesse público *versus* interesse particular.

Modernamente, portanto, a Constituição Federal foi responsável por ditar, inicialmente, os contornos no que diz respeito à noção de serviço público nos aspectos subjetivo e objetivo. Diante disso, para melhor elucidar a matéria, é imprescindível consignar os ensinamentos da professora Dinorá Adelaide Musetti Grott, que tem sido citada em todos os trabalhos sobre serviços públicos, por se tornar referência nacional e internacional sobre o tema:

Trata-se de atividades de titularidade do Poder Público, que não se desnatura quando sua execução é delegada a particulares, pois a Constituição fixa um vínculo orgânico com a Administração, ao dispor, no *caput* do art. 175, que incumbe ao Poder Público a prestação de serviços públicos, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão.³

José dos Santos Carvalho Filho, com muita lucidez, também averbou a complexidade de conceituar serviço público:

Constitui traço de unanimidade na doutrina a dificuldade de definir, com precisão, serviços públicos. Trata-se, na verdade, de expressão que admite mais de um sentido, e de conceito que, sobre ter variado em decorrência da evolução do tema relativo às funções do Estado, apresenta vários aspectos diferentes entre os elementos que o compõem. [...]

Por força dessas dificuldades é que varia o conceito de serviço público entre os estudiosos da matéria, nacionais e estrangeiros.⁴

Alexandre Santos de Aragão, em sua obra específica sobre Direitos dos Serviços Públicos, a fim de despertar sobre a dificuldade concernente em se definir o conceito de serviço público, também deixou o seu registro.

Preliminarmente, faz se mister justificar o título e o objeto do Capítulo III – “Noção”, e não “Conceito” de serviços públicos.

³ GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 89.

⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 337.

A nomenclatura adotada decorre da dificuldade, pelo menos neste momento expositivo ainda propedêutico, de um fenômeno tão multifacetado e dinâmico como os serviços públicos ser apreendido em um conceito, o que pressupõe uma delimitação factual em princípio atemporal e permanente. Já a “noção” evolui de acordo com as contradições a ela inerentes, sendo mais adequada para tratarmos do tema sob uma perspectiva inicial necessariamente mais abrangente, impedindo o seu enclausuramento *a priori* em apenas uma concepção.⁵ (Itálico do autor).

Nesse sentido, ainda convém destacar o entendimento do jurista Antônio Carlos Cintra do Amaral.

Páginas e páginas têm sido escritas na tentativa de identificar a essência ou a natureza do serviço público. Mera perda de tempo. O conceito de serviço público é um conceito jurídico positivo. Serviço público é o que o ordenamento jurídico de um lado diz que é. No Brasil serviço público é o que o Direito Brasileiro define como tal.⁶

Reiterando a emblemática de se conceituar serviço público, Aragão filiou-se ao entendimento de trabalhar com o tema serviço público, a partir da concepção de “noção” e não de “conceito”. Segundo o referido autor, por ser a temática ora abordada um conteúdo considerado tão multifacetado, ou seja, tão amplo, não seria prudente trabalhar com aquele serviço sob o enfoque de “conceito”, pelo fato de ser incompatível, já que o serviço público se apresenta com muito dinamismo e pode variar no tempo.

Simplificando, noutras palavras, o serviço público não pode ser estudado como instituto permanente, motivo pelo qual o autor adotou trabalhar com “noção”, para não incorrer no risco de enclausurar o estudo sobre serviço público.

Quanto à questão referente a “noção” e “conceito” de serviço público, por força dessas dificuldades no âmbito doutrinário e com vistas a valorar a melhor didática, é importante ressaltar, desde já, que, neste trabalho, o tema será pontuado pela expressão conceito e não “noção”, já que aquela tem sido utilizada majoritariamente pela doutrina.

Por outro lado, faz-se necessário, ainda que de forma breve, dar enfoque à origem do serviço público começando pela França, como dito por muitos autores, berço do Direito Administrativo.⁷

Para dar concretude a todas essas premissas em relação ao serviço público e visando a abordar a sua origem na França, impende dar relevo ao conhecido conceito por Léon Duguit, que assim registrou serviço público:

⁵ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 75.

⁶ AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. **Concessão de Serviço Público**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 17.

⁷ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 76.

É toda atividade cujo cumprimento deve ser regulado, assegurado e fiscalizado pelos governantes, por ser indispensável à realização e ao desenvolvimento da interdependência social, e de tal natureza que só possa ser assegurado plenamente pela intervenção do governante. (...). Dizer que um serviço é um serviço público quer dizer que esse serviço é organizado pelos governantes, funcionamento sob a sua intervenção e devendo ter por eles assegurado o seu funcionamento sem interrupção.⁸

Ademais, ainda sobre as concepções de Duguit no que tange ao serviço público, Alexandre Santos de Aragão pontuou:

Outra característica marcante da Teoria de DUGUIT é que ele dá um sentido latíssimo aos serviços públicos, equiparando-os a todas as atividades estatais: legislativas, jurisdicionais, administrativas e todas as outras que se possa imaginar. Denotando o papel fundamental que o serviço público desempenhava na sua Teoria geral do Estado, ele simplesmente viria a definir o próprio Estado como um conjunto de serviços públicos, aspecto da sua Teoria que é criticado por fazer com que a noção de serviço público abrangesse atividades tão díspares a ponto de perder toda a utilidade.

Outro ponto de grande importância é que, para o autor, o serviço público era a atividade de relevância social que deveria ser assegurada pelo Estado para que atingisse os seus fins, não importando se era exercida em regime de Direito Público ou Privado.⁹

Vale a pena observar, entretanto, que o Francês Duguit já defendia que, independente do regime jurídico, ou seja, público ou privado, o serviço público deveria ser resguardado pelo Estado. Não é dispensável, todavia, acentuar que, após várias décadas, o Estado passou a permitir que o serviço público fosse prestado por meio das autarquias, prevalecendo por completo o regime jurídico de Direito Público.

De outro lado, o serviço público no Brasil começou a ter o devido tratamento, após a mudança de paradigma do Estado liberal para o social, em que se estabeleceu a figura de um Estado não mais controlador e, sim, prestador de serviços.

Nas Constituições passadas, as classificações, concernentes ao serviço público foram objeto de muitas variações. A nomenclatura “serviço público” fora inaugurada pela Constituição de 1934. O tema foi também objeto de abordagem pelas Constituições seguintes. Não é difícil perceber que o contorno abordado pelas Constituições finda por proporcionar conceitos díspares em relação ao serviço público. Por esse motivo, como subsídio, faz-se necessário apontar o conceito de alguns autores.

⁸ DUGUIT, Léon. **Las Transformaciones Generales del Derecho**. (trad. Adolfo G. Posada e Ramón Jaén), , Buenos Aires: Heliasta, 2001, p. 39-40.

⁹ ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 85.

Celso Antônio Bandeira de Mello conceitua essa espécie de atividade estatal da seguinte maneira:

Serviço Público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas 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 de restrições especiais — , instituídos em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo. (Itálico do autor).¹⁰

O serviço público traduz-se em atividade administrativa, prestada pelo Estado ou por particulares, por meio do instituto da delegação que se deriva do próprio Estado. Nesse sentido, não seria por demais dizer que o serviço público deve exprimir a noção de satisfação, com vistas a atender as necessidades oriundas dos indivíduos.

Na lição de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, serviço público é conceituado como “Toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob o regime jurídico total ou parcialmente público”.¹¹

Hely Lopes Meirelles conceitua o serviço público como “[...] 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”¹²

Nesse contexto, os serviços públicos são aqueles prestados sob o regime jurídico especial, ou seja, sob normas de direito público, cabendo ressaltar a possibilidade de aquele regime jurídico, em parte, ser derogado por regras de Direito privado.¹³

Ainda, a despeito de serviço público, é inegável afirmar que, hodiernamente, tal serviço deve ser regido sob a indisponibilidade dos direitos fundamentais, pois esse diálogo, no Direito moderno se torna necessário. Nesse passo, o serviço público deve avultar a concretude máxima em prol da dignidade humana, sendo esse princípio consagrado como base suprema do Estado Democrático de Direito.

¹⁰ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 695.

¹¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 107.

¹² MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 319.

¹³ Alguns autores têm cogitado em serviços públicos prestados sob regime de direito privado, o que se traduziu concretamente na regulação dos serviços de telecomunicação. Rigorosamente, serviço público sob regime de Direito Privado é uma contradição em termos. A aplicação do regime de Direito Privado desnatura o serviço público (Marçal Justen Filho, 2012, p. 690-691).

1.1 CLASSIFICAÇÃO E FORMAS DE PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO

Frequentemente, discorrer sobre a classificação dos serviços públicos possibilita afirmar que há diversos critérios elencados pela doutrina pesquisadora do Direito Administrativo. Por esse motivo, o tema tem suscitado distintas abordagens, ensejando, de tal modo, o que pode ser chamado de pluralidade paradigmática acerca da classificação e formas de prestação do serviço público.

Ademais, diante das variáveis sobre o tema, parece ser difícil adotar uma classificação mais abalizada segundo a doutrina. Diante do impasse acerca da classificação sobre o instituto, ressalte-se que, na presente pesquisa, o estudo partiu dos ensinamentos do jurista Matheus Carvalho.

Primeiramente, quanto aos destinatários, os serviços públicos podem ser classificados em serviços *uti singuli* ou *uti universi*. Matheus Carvalho, assim conceituou tais expressões:

Serviços *uti singuli*: são aqueles serviços prestados a toda coletividade, nos quais, o poder público pode individualizar a utilização. [...]. No entanto, na prestação de tais serviços, é possível mensurar quanto cada usuário dele usufrui e, por isso, a cobrança pode ser feita mediante o pagamento de taxas ou tarifas. Podem ser citados, como exemplo, os de energia elétrica, telefonia e transporte público. [...].

Serviços *uti universi* são os serviços que não podem ser divididos em sua utilização, ou seja, não é possível saber o quanto cada usuário utilizou destes serviços. [...]. Citem-se como exemplo os serviços de Iluminação Pública e de Limpeza Pública. [...].¹⁴

Advirta-se, por oportuno, que o escopo aqui é tão somente identificar a extensão do serviço público que cada cidadão usufrui. De uma ou de outra forma, contudo, ainda sobre tais expressões encampadas na primeira classificação, tradicionalmente são também intituladas pela doutrina como serviços divisíveis¹⁵ e serviços indivisíveis. Neste, não há a possibilidade de mensurar o valor da prestação, em se valendo do critério da utilização.

¹⁴ CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. 3. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 609-610.

¹⁵ Matheus Carvalho averbou “[...] que os serviços públicos divisíveis podem ser classificados em compulsórios e facultativos. Os serviços compulsórios são essenciais à coletividade de forma que não podem ser abdicados pelos destinatários, devendo ser feita a cobrança pelo poder público, somente em decorrência de ter colocado o serviço à disposição”. E finaliza ensinando “[...] que os serviços facultativos são prestados visando os interesses da coletividade, todavia, podem ou não ser utilizados pelos usuários”. (2016, p. 610-611).

Diferentemente, naquele, já é perfeitamente possível averiguar o quanto cada usuário utilizou do serviço prestado.

No que tange às formas de prestação do serviço público, convém destacar que o serviço poderá ser prestado pelo Estado de forma direta (União, Estados, Municípios e Distrito Federal). Outro modelo se apresenta por meio da Administração Pública Indireta¹⁶. Noutras palavras, é quando a Administração Pública Direta vislumbra a viabilidade e a conveniência de descentralizar a prestação de determinado serviço.

Deve-se considerar, ainda, que não pode ser totalmente permissivo que todos os serviços públicos sejam delegados, existindo, de tal modo, alguns limites com vistas a resguardar o interesse da coletividade. Sendo assim, é possível identificar, de acordo com a doutrina, os serviços públicos exclusivos que não são delegáveis. Sobre esses serviços, colhe-se, por oportuna, a lição de Matheus Carvalho:

São aqueles serviços que somente podem ser prestados diretamente pelo Estado, não se admitindo a transferência a particulares. A Constituição Federal expressamente prevê dois deles, quais sejam, o serviço postal e o correio aéreo nacional, dispostos no art. 21, X, do texto constitucional.¹⁷

Contudo, as dificuldades não se exaurem na demarcação da classificação e formas de prestação de serviço público. Mesmo após a exposição, conforme fora consignado no início, é perfeitamente possível encontrar outras tantas abordagens distintas em relação a esta.

Na verdade, vale destacar que se a Administração Pública decide transferir a execução do serviço público para particulares, nesse caso, cabe à Administração deixar-se guiar pela legalidade, pela eficiência e pela especialidade, para valorizar critérios que reúnam as melhores condições para a execução do serviço público.

Por último, diante do sistema hodierno, que prevê as diversas formas para a prestação do serviço público, importa ressaltar que, independentemente de quem presta ou irá prestar determinado serviço público, o objetivo deve ser sempre único: a preservação da boa qualidade na prestação do serviço público, a fim de sempre atender à necessidade dos usuários.

¹⁶ De acordo com o art. 4º, II, do Decreto-lei nº 200/67, a Administração Indireta compreende as seguintes categorias de entidades, dotadas, como faz questão de consignar a lei, de personalidade jurídica própria: a) as autarquias; b) as empresas públicas; c) as sociedades de economia mista; e d) as fundações públicas.

¹⁷ CARVALHO, Matheus, **Manual de Direito Administrativo**. 3. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016, p. 608.

1.2 A PREVISÃO CONSTITUCIONAL PARA A PRESTAÇÃO DO SERVIÇO PÚBLICO

Em primeiro lugar, urge aqui dizer que enveredar para a interpretação literal do art. 21 da Constituição Federal, certamente conduziria a resultados, por assim dizer, impossíveis de defesa, pela alta complexidade da matéria.

Mesmo reconhecendo a natureza complexa da matéria disciplinada pelo referido dispositivo no âmbito constitucional, a interpretação do inciso XII, do art. 21 do texto Constitucional¹⁸, a partir de agora, torna-se imprescindível para o bom andamento do presente estudo.

Vê-se, ademais, que o inciso XII, do art. 21 da atual Constituição abarcou duas matérias distintas, ou seja, a primeira sobre a titularidade da União para a prestação de determinados serviços e atividades; e a segunda, sobre a competência para delegar por autorização, concessão ou permissão a execução daquelas atividades. O estudo desses três institutos permite compreender as diversas formas de delegação para a prestação do serviço público, ou, por assim dizer, de certas atividades.

Deve-se destacar, em primeiro lugar, o conceito de autorização de serviço público, a fim de elucidar as diversas formas para a prestação do serviço público. O administrativista Diogenes Gasparini conceitua a autorização de serviço público como:

[...] é o ato administrativo discricionário e precário mediante o qual a Administração Pública competente investe, por prazo indeterminado, alguém, que para isso tenha demonstrado interesse, na execução e exploração de certo serviço público. [...].¹⁹

Ressalte-se, no entanto, que há autores que afirmam que, além da autorização estar revestida de discricionariedade, também pode ser possível vislumbrar o instituto com características de ato vinculado. Nesse sentido, é o entendimento de Almiro do Couto e Silva, quando assevera que cabe “[...] portanto, ao legislador ordinário a tarefa de atribuir ao

¹⁸ “Art. 21. Compete à União: [...] XII – explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão”. [...].

¹⁹ GASPARINI, Diogenes. **Direito Administrativo**. 17. ed. Atualizada por Fabrício Mota – São Paulo: Saraiva, 2012, p. 467.

conceito de ‘autorização’ contornos mais definidos, os quais tanto poderão caracterizá-los como ato discricionário quanto como ato vinculado, e, pois, como licença.²⁰

A par disso, cabe esclarecer as divergências sobre o tema da autorização, no que concerne à discricionariedade e à vinculação. Todavia, cabe a seguinte indagação: Tal divergência possui utilidade prática? O autor André Luiz Freire esclarece as divergências e averba seus ensinamentos no sentido de não haver nenhuma utilidade prática. Veja-se:

Com efeito, a atribuição da característica da *discricionariedade* à autorização existe apenas para diferenciá-la da licença, que seria vinculada. Embora cientificamente correta, o fato é que a importância da distinção – a identificação da natureza da competência para permitir o exercício da atividade material – não possui utilidade prática. O que se verifica é que o legislador ora usa a expressão “autorização” como ato vinculado, ora como discricionário.

E assim conclui:

Aliás, a distinção fundada na natureza da competência tem, em verdade, prejudicado a aplicação do instituto nas situações concretas. Por vezes, apesar da denominação “autorização”, a lei não confere discricionariedade à Administração. Apesar disso, há aplicadores que pretendem revogar essas “autorizações”, sem indenização, sob o argumento de que são de natureza desse ato a discricionariedade e a precariedade.²¹

Por tais elementos é que, com base no texto constitucional, este trabalho reconhece a utilização da autorização como forma a prestação de serviços públicos conforme dispõem os artigos 21, XI e XII, e 223 da CF/88, ainda que, hodiernamente, para a prestação do serviço público, o modelo utilizado tenha sido pela via da concessão e da permissão por força da redação do art. 175 da CF/88.²²

É de se reconhecer, contudo, que a autorização de serviços públicos só é concedida nas hipóteses consignadas pelo art. 21, XI e XII, da CF/88; insta salientar que todos aqueles serviços, principalmente os previstos no rol do inciso XII, são de titularidade da União. Pensar ao revés seria ampliar os institutos previstos no art. 175, CF/88, o que não seria razoável, para não incorrer na supressão ou na ampliação da vontade subjetiva do legislador.

²⁰ COUTO E SILVA, Almiro do. Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares. Serviço público à brasileira? *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul*, 27/233, n. 57, Porto Alegre, 2004.

²¹ FREIRE, André Luiz. **O regime de Direito Público na prestação de serviços públicos por pessoas privadas**. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 394.

²² “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”.

Após algumas reflexões sobre o instituto da autorização de serviço público, faz-se mister o estudo de outros dois institutos que também preveem a prestação daquele serviço, que foram intitulados como concessão e permissão.

No plano Constitucional, a concessão e a permissão aparecem conforme já destacado no art. 175. A Constituição vigente, no entanto, traçou novo paradigma para prestação do serviço público. Noutras palavras, pode-se afirmar que deu origem ao fenômeno da delegação e/ou descentralização das atividades que derivam da Administração Pública, no tocante à prestação do serviço público.

O citado art. 175, da CF/88, depois de longa espera, deu ensejo a Lei nº 8.987 de 1995, que passou a regulamentar a concessão e a permissão de serviços públicos. Para a correta percepção de ambos os institutos, é necessário tecer algumas considerações. À oportunidade, Floriano De Azevedo Marques Neto, em sua obra específica sobre concessão, assim conceituou o instituto:

A concessão, na acepção aqui adotada, implica a conferência, pela administração, de direitos ao particular, os quais podem corresponder à prestação de um serviço público, à implantação e à exploração de uma obra pública, ao exercício de uma atividade econômica (industrial ou comercial), à exploração de recursos naturais ou ao uso de bens públicos.²³

Vale a pena observar, por oportuno, que a concessão pode ser classificada sob distintas modalidades. A saber, conhecidas como concessão comum²⁴ e a concessão de serviço público precedida da execução de obra pública²⁵. No que concerne a ambas, é necessário que fique claro que são formas de delegação para a prestação de serviço público, mas com efeitos completamente diferentes.

Diversa, no entanto, é a concessão de serviço público precedida da execução de obra pública. De plano, é possível vislumbrar sobre esse instituto, algo bem diferente da concessão comum. É fácil perceber que, na comum, não há que falar em construção de determinada obra para contemplar os anseios da coletividade, ao passo que, naquela, pode-se dizer que sim,

²³ MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões**. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 121.

²⁴ Art. 2º, II, da Lei 8.987/1995: “[...] 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”.

²⁵ Art. 2º, III, da Lei 8.987/1995: “[...] 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 concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para 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”.

porque, para que ocorra a exploração de determinado serviço público, apresenta-se a necessidade primária da construção de determinada obra.

Vários são os requisitos exigíveis pela Lei de concessões. Por esse motivo, o estudo de cada um dos requisitos de forma pormenorizada conduziria o presente trabalho a outro caminho diferente do tema ora proposto. Diante do que fora esposado, ainda assim, vale destacar alguns pontos para não passar em branco.

A despeito das partes na concessão, deve consignar-se, todavia, que é composta pelo poder concedente ²⁶ (União, Estado, Município e Distrito Federal), pela concessionária ²⁷ (entidade prestadora do serviço público), e, por fim, pelo cidadão, também intitulado como usuário. Esse teve seus direitos e obrigações, registradas no Capítulo III, da Lei nº 8.987/1995, precisamente no rol dos incisos, do art. 7º.

Aspecto que merece destaque diz respeito à natureza jurídica, ou seja, o caráter contratual da concessão e da permissão de serviço público. Sobre esta temática, o Supremo Tribunal Federal ²⁸ manifestou-se acerca da matéria, no julgamento de medida cautelar, ainda pendente de julgamento final, e considerou que ambos os institutos têm natureza jurídica de contrato administrativo.

É importante analisar outra hipótese, qual seja aquela em que se discute com maior profundidade a distinção de concessão e de permissão, ainda sobre a sua natureza jurídica. A propósito, indaga-se: Quais seriam as consequências jurídicas de se considerar a permissão de serviço público como ato administrativo e não como contrato administrativo?

A celeuma acerca da matéria fora concebida, infelizmente, pela própria Lei nº 8.987/1995, precisamente em dois dispositivos: o art. 2º, IV e o art. 40, que deram tratamento ao instituto da permissão sob duas vertentes. O primeiro tratou da permissão como título precário, noutras palavras, nos mesmos moldes de ato discricionário administrativo, o que conseqüentemente insurge em muitas conseqüências de acordo com a indagação acima. Já o segundo dispositivo, conferiu roupagem de contrato administrativo.

Como se pode observar, afinal, a matéria foi levada para ser julgada pela Corte, a quem restou o entendimento de que a permissão deve ser revestida juridicamente pela relação contratual e não precária. Respondendo à indagação acima, se o instituto da permissão fosse

²⁶ É pertinente, porém, assinalar neste passo que, a Lei nº. 8.987/1995 trouxe a previsão dos encargos do poder concedente no (art. 29).

²⁷ Da mesma, a mencionada Lei, também reservou espaço para disciplinar sobre os encargos da concessionária no (art. 31).

²⁸ ADI MC 1.491-DF, rel. Min. Carlos Veloso, j. 1.7.1998.

aceito como ato precário art. 2º, IV, seria possível vislumbrar algumas consequências jurídicas, podendo apontar, por exemplo, dificuldades, no que se refere ao pleito para indenização após revogação do ato por conveniência e oportunidade, sem falar da tamanha insegurança jurídica que seria flagrante em uma relação que depreende alto custo para o permissionário de serviço público.

A Lei nº 8.987/1995 averbou algumas diferenças sobre a concessão e a permissão. Em relação a esta, admite outras modalidades de licitação, dependendo do valor do contrato, ao passo que, na concessão, só admite licitação na modalidade concorrência. Outro traço marcante é que a concessão poderá ser celebrada somente com Pessoas Jurídicas ou com consórcios de empresa, já a permissão, admite a celebração com pessoa natural além das Pessoas Jurídicas.

Importante frisar que, sobre a natureza jurídica da concessão e permissão, vê-se que a própria Lei nº 8.987/1995, que disciplinou a matéria, deixou claro em seu art. 23, *caput*²⁹, ainda que tenha mencionado somente a concessão, mas que se aplica também a permissão, que se trata de contrato e não de ato administrativo.

Em face da exigência legal, é sabido que toda relação jurídica avençada entre o Poder Público e o particular deve observar o prazo atinente, no que se refere àquela relação. Desse modo, a Lei nº 8.987/1995 trouxe a previsão normativa da obrigatoriedade de prazo determinado nas relações jurídicas disciplinadas pela mencionada Lei, especificamente no art. 2º, II,³⁰, art. 18, I³¹ e no art. 23, I³².

Pela via das concessões e das permissões de serviços públicos, importa consignar que se transfere, apenas, a execução de determinado serviço ao particular para que possa prestá-lo de acordo com normas específicas do regime jurídico administrativo e, o mais relevante, o permanente controle estatal.

Outro aspecto que merece ênfase é que, na maioria das vezes em que o Poder Público se vale da delegação do serviço público, ele busca desonerar-se da prestação de determinado serviço que é de sua titularidade, basicamente por duas razões: a primeira, por questões

²⁹ “Art. 23. São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas”.

³⁰ “Art. 2º. Para os fins do disposto nesta lei, considera-se: [...] 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”.

³¹ “Art. 18. O edital de licitação será elaborado pelo poder concedente, observados, no que couber, os critérios e as normas gerais da legislação própria sobre licitações e contratos e conterà, especialmente: I – o objeto, metas e prazo da concessão”.

³² “Art. 23. São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas. I – ao objeto, à área e o prazo da concessão”.

orçamentárias e, por fim, por razões de conveniência e de oportunidade, valendo ressaltar que, mesmo estando sob a segunda justificativa, ao Estado cabe, sempre, o dever de apresentar plausíveis justificativas, noutras palavras, a devida motivação.

Em relação a essa motivação, é importante que haja a prevalência e alcance do princípio da eficiência no sentido da boa prestação do serviço público, princípio esse inserido no bojo do regime jurídico administrativo no *caput* do art. 37 da Constituição Federal.

Cuida-se, enfim, conforme fora demonstrado por meio da Lei nº. 8.987/1995, ainda que singelamente, os contornos que disciplinam a concessão e permissão de serviço público. Ademais, hodiernamente, é possível também vislumbrar a prestação de serviços públicos por outras vias, a título de exemplo, a Parceria Pública Privada, disciplinada pela Lei nº 11.079 de 2004.

Por fim, deve-se considerar que o objetivo da instituição de diversas formas para a prestação do serviço público não mais diretamente prestado somente pelo Estado, paulatinamente vem sepultando os velhos dogmas da Administração Pública, no que tange à sua organização administrativa.

Todavia, o que não se pode perder de vista é que, diante de novas técnicas e instrumentos, não se podem valorar somente os interesses da Administração Pública interesse público secundário, todavia, é necessário resguardar os anseios da coletividade, interesse público primário, para que não haja o desvio de finalidade, ou seja, o atendimento de interesses que não seja o público.

1.3 A PRINCIPIOLOGIA DO SERVIÇO PÚBLICO

No que concerne à prestação dos serviços públicos, ainda que realizada pela Administração Pública Direta ou Indireta, e, também, por terceiros, seus concessionários e permissionários, a finalidade primordial daquelas pessoas deve ser garantir a prestação dos diversos serviços públicos, de modo a garantir o atendimento das necessidades dos usuários.

Entretanto, é preciso dar relevo também ao fato de que abordar a temática do serviço público exige separar determinado espaço, para que seja feito o estudo sobre a principiologia

inerente ao assunto. Sobre os princípios, diga-se de passagem, a própria Lei nº 8.987/1995³³ consignou o núcleo principiológico que deve ser observado nas atividades voltadas para a prestação de todos os serviços públicos.

No tema sob enfoque, vale a pena fazer referência, ainda que sucintamente, a algumas noções básicas a despeito dos princípios. De início, é importante consignar que não se tem a intenção de realizar a análise de forma pormenorizada no que concerne aos conceitos e valores discutidos pela doutrina acerca de princípios, devido à percepção do elevado grau de aguçadas dissonâncias. Nesse sentido, outro fator que majora a dificuldade de explorar o conceito de princípios é o seu elevado grau de abstração e de generalidade.

É sabido que todo e qualquer conhecimento, ainda que seja teórico ou prático, deriva da existência de um princípio. Note-se, portanto, que, em relação aos princípios, seria inegável afirmar que eles não detêm valores normativos. Dessa forma, a atual Constituição da República, em seu texto normativo, valorou determinados institutos, basicamente sob o viés principiológico. Em face disso, os princípios são normas gerais e abstratas do ordenamento jurídico e são de crucial importância para o estudo e aplicação do Direito.

Buscando o conceito, para o jurista Marcelo Hager princípios:

São normas positivadas ou implícitas no ordenamento jurídico, com um grau de generalidade e abstração elevada e que, em virtude disso, não possuem hipóteses de aplicação pré-determinadas, embora exerçam um papel de preponderância em relação às demais regras, que não podem contrariá-los, por serem as vigas mestras do ordenamento jurídico e representam os valores positivados fundamentais da sociedade.³⁴

Em razão da tamanha relevância dada aos princípios, atualmente, é impossível se conceber uma Constituição, norma primeira do Estado, sem princípios. Na Carta Maior é que se delinea o núcleo principiológico básico que conferirá unidade ao sistema jurídico.

Para bem se compreender o valor dos princípios no ordenamento jurídico, há de se partir da observação de que, nos Estados contemporâneos, a lei é um ato de vontade emanado pelos cidadãos, por intermédio dos órgãos aos quais é confiada a tarefa legislativa. Feitas essas considerações gerais sobre o estudo que ora se propõe, ressoa evidente a necessidade de

³³ Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

§ 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de *regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia* na sua prestação e *modicidade* das tarifas.

³⁴ HARGER, Marcelo. **Princípios Constitucionais do Processo Administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 16.

trazer à baila, alguns comentários dos princípios consignados no § 1º, do art. 6º, da Lei n. 8.987/1995.

Seguindo a ordem do referido parágrafo, sobre o princípio da regularidade, significa dizer que os serviços devem ser prestados sob condições estabelecidas pela Administração Pública, no que toca ao critério de qualidade do serviço. Devem-se observar, ainda, as constantes mudanças que derivam pela própria natureza do serviço e das constantes alterações da forma de sua prestação.

A despeito do princípio da continuidade, em regra, a execução do serviço público não pode ser paralisada e/ou interrompida. Dito isto, o assunto carece de ser examinado sob dois ângulos, ou seja, primeiro diante da legalidade e, segundo, da ilegalidade da interrupção de determinado serviço público.

De acordo com Lei Nº 8.987/1995 no § 3º, I e II, do art. 6º ³⁵, estão previstos os casos que dão ensejo a possível interrupção de determinado serviço (legalidade). Falando sobre a ilegalidade, pode ocorrer por inadimplência do usuário. Nesses casos, a lei exigiu que o aviso ocorra de forma anterior ao ato que emana do poder de polícia.

É tamanha a necessidade do prévio-aviso que, caso não seja observado tal mandamento, ainda que diante da inadimplência do usuário, o ato deverá ser considerado nulo, tudo isso, para resguardar a garantia constitucional da ampla defesa e do contraditório.

Continuando, concernente ao princípio da eficiência, constitui-se de fundamental relevância sua efetividade, ainda que, lamentavelmente, nos tempos atuais no Brasil, não tenha sido possível vislumbrá-lo. Sobretudo, vale ressaltar que, com base no princípio da eficiência, Administração Pública fica incumbida do dever de produzir resultados satisfatórios que contemplem a satisfação de cada usuário do serviço público.

É tão importante o princípio em destaque na atuação da Administração Pública, que a EC nº. 19/98 o inseriu na redação do art. 37, *caput*, da CF/88 ³⁶, dispositivo que versa sobre a base inicial do regime jurídico administrativo, sem prejuízo de outros princípios norteadores do Direito Administrativo.

A devida segurança ao usuário em relação ao serviço público também faz parte do rol dos princípios inerentes à prestação daquele serviço. Importante frisar que a segurança

³⁵ § 3º Não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio-aviso, quando:

- I – motivada por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações; e
- II – por inadimplemento do usuário, considerando o interesse da coletividade.

³⁶ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

deve abarcar não somente os usuários, mas também o terceiro não usuário do serviço ³⁷, e caso ocorra dano contra este, a depender da situação, ele deverá ser indenizado. Soma-se, ainda, o princípio da atualidade, que expressa o dever da Administração Pública de primar pela modernidade e pela melhoria dos serviços públicos.

No que toca ao princípio da generalidade que, está intimamente em constante diálogo, ou ao menos deveria estar, com o princípio da igualdade, art. 5º, da CF/88. Indiscutível, portanto, que todos os cidadãos devem ser tratados com a máxima impessoalidade possível. De outro lado, a despeito do princípio da cortesia, é possível extrair a noção de que ao agente público incumbe-se o dever de tratar o usuário com a mais ampla e sensível urbanidade.

Por último, o princípio da modicidade tem como primeiro objetivo garantir que as tarifas cobradas para os usuários em regra sejam razoáveis, visando sempre a ampliar o alcance da prestação do serviço público a toda coletividade. Em outra vertente, é pertinente assinalar que a modicidade tem como segundo primado garantir que os serviços públicos sejam prestados, porém, sem prejuízos, de forma a compatibilizar ambos os interesses, ou seja, do prestador que visa ao lucro e do usuário que necessita do serviço.

1.4 O SERVIÇO PÚBLICO NA ORDEM ECONÔMICA

O estudo que se propõe nestas linhas introdutórias versa sobre o serviço público na ordem econômica brasileira. Essa abordagem sobre a ordem econômica constitucional apresenta-se indispensável, com vistas a identificar o paradigma adotado pelo Estado na condição de interventor na Economia.

Feitas essas considerações sobre o Estado na condição de interventor, caberia a seguinte indagação: Qual o conceito do vocábulo intervenção? O professor André Ramos Tavares, assim conceitua:

O sentido do termo intervenção pode ser compreendido como a “atuação em área de outrem”. Transparece, pois, a ideia de que a atuação na Economia é concebida como uma atividade característica da iniciativa privada, sendo

³⁷ A pessoa jurídica de direito privado, prestadora de serviço público, ostenta responsabilidade objetiva em relação a terceiros usuários ou não usuários do serviço público, nos termos da jurisprudência fixada pelo Plenário desta Corte no julgamento do RE 591.874-RG, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Plenário, DJe de 18/12/2009.

presença do Estado, nesse segmento, reconhecida como uma espécie de “invasão”, uma interferência na área própria de outrem.³⁸

Imprescindível, por outro lado, a distinção do emprego dos vocábulos “atuação” e “intervenção” do Estado na ordem econômica, segundo a lição do jurista Eros Roberto Grau:

O Estado não pratica *intervenção* quando presta serviço público ou regula a prestação do serviço público. Atua, no caso, em área de sua própria titularidade, na esfera pública. Por isso mesmo dir-se-á que o vocábulo *intervenção* é, no contexto, mais correto do que a expressão *atuação estatal*: *intervenção* expressa atuação estatal em área de titularidade do setor privado; *atuação estatal*, simplesmente, expressa significado mais amplo. Pois é certo que essa expressão, quando não qualificada, conota inclusive atuação na esfera do público.³⁹

Registre-se, no entanto, que há autores que não compartilham da definição ora apresentada e afirmam que o vocábulo “intervenção”, hodiernamente, afigura-se deslocado. É o pensamento de Fábio Nusdeo:

[...] a figura mesma do Estado intervencionista se supera, pois a palavra intervenção traz em si o signo da transitoriedade, conota uma arremetida seguida de retirada, traz, em suma, uma situação excepcional, anormal. Não é essa, porém, a nova realidade. O Estado não mais intervém no sistema econômico. Integra-o. Torna-se um se agente e habitual partícipe de suas decisões. O intrometimento e posterior retirada poderão ocorrer neste ou naquele setor, nesta ou naquela atividade. Jamais no conjunto.⁴⁰

Nesse contexto, o vocábulo “intervenção”, atualmente, parece ser vago e de difícil inteligência. Ao que parece, sob o viés de Estados predominantemente liberais, no que concerne aos particulares atuando na Economia, sempre haverá alguma intervenção do Estado, necessária para evitar graves abusos e disparidades da ordem econômica, visando sempre a preservar a segurança jurídica na relação Estado e particular, bem como na relação existente entre particulares.

Conforme ora proposto no início deste trabalho, faz-se necessário averbar a classificação teórica da Ordem Econômica e Financeira consignada na atual Constituição no Título VII, a partir do Art. 170, *caput*⁴¹, segundo o conceito ora registrado por alguns autores. O administrativista Caio Tácito, assim registrou:

³⁸ TAVARES. André Ramos. **Direito constitucional econômico**. 2. ed. São Paulo: Método, 2006, p. 54.

³⁹ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 122-123.

⁴⁰ NUSDEO, Fábio. **Curso de economia**: introdução ao Direito Econômico. 3. ed. São Paulo: RT, 2001, p. 186.

⁴¹ Art. 170. “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios”.

A ordem constitucional econômica deve ser interpretada através de exegese construtiva, integrando a livre iniciativa com a valorização do trabalho, as noções do planejamento estatal e da liberdade de mercado, visando o equilíbrio harmônico entre a liberdade da empresa e a regulamentação da atividade econômica. À luz dessa ambivalência devem ser entendidas e interpretadas as linhas mestras da ordem econômica na vigente Constituição.⁴²

Destaque-se, também, o conceito segundo Uadi Lammêgo Bulos:

Ordem econômica e financeira nos parâmetros fixados pelo constituinte significa organização de elementos ligados à distribuição efetiva de bens, serviços, circulação de riquezas, uso da propriedade, evidenciando, também, aquelas relações de cunho monetário, travadas entre indivíduos e destes com o Estado.⁴³

Entre alguns dos objetivos da ordem econômica, é relevante destacar que se apresenta como instrumento essencial no campo jurídico para o desenvolvimento de uma Economia segura e, ainda, deve fomentar condições para o seu constante equilíbrio nas relações com a atividade privada.

A intervenção do Estado no domínio econômico ainda deve estabelecer, como objetivo, a preservação e a garantia da estabilidade, no que concerne à manutenção da função social à propriedade e à constante redução das desigualdades sociais, pois só assim, as conquistas provenientes do liberalismo econômico estarão seguras.⁴⁴

No que respeita ao tema sob enfoque, é importante fazer referência à livre concorrência e à livre iniciativa. Advirta-se, todavia, que, ao passar pelo estudo do desenvolvimento econômico, não há como deixar de lado os princípios apontados, que, sem sombra de dúvida, são considerados como elementos indispensáveis e norteadores para o desdobramento do estudo no que concerne ao aspecto econômico. Ademais, é válido consignar, ainda que amplamente, o quanto a Constituição Federal fez menção à matéria.⁴⁵

⁴² TÁCITO, Caio. **Temas de direito público**: estudos e pareceres. V.2. Rio de Janeiro: Renovar, 1997, p. 1135.

⁴³ BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal anotada**. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1.258.

⁴⁴ FONSECA, João Bosco Leopoldino de. **Direito econômico**. São Paulo: Forense, 2005. p. 241. Nesse ponto, o referido autor expõe o seguinte entendimento sobre as razões que fizeram o Estado moderno a intervir no domínio econômico: “A segunda razão consiste nos critérios de equidade na distribuição. Ante a insuficiência dos puros e naturais critérios econômicos-capitalistas, torna-se necessária a intervenção estatal para se eliminarem as desigualdades. O Estado assume o compromisso de atuar na justiça distributiva, buscando uma justa distribuição da renda”.

⁴⁵ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I – a soberania; II – a cidadania; III – a dignidade da pessoa humana; IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V – o pluralismo político. [...] Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Art. 5º [...] XIII – é

Para melhor elucidação sobre a livre concorrência, José Afonso da Silva assim conceitua:

A livre concorrência está configurada no art. 170, IV, como um dos princípios da ordem econômica. Ele é uma manifestação da liberdade de iniciativa e, para garanti-la, a Constituição estatui que a lei reprimirá o abuso de poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros. Os dois dispositivos se complementam no mesmo objetivo. Visam tutelar o sistema de mercado e, especialmente, proteger a livre concorrência contra a tendência açambarcadora da concentração capitalista. A Constituição reconhece a existência do poder econômico. Este não é, pois, condenado pelo regime constitucional. Não raro esse poder econômico é exercido de maneira antissocial. Cabe, então, ao Estado coibir este abuso.⁴⁶

A partir do conceito exposto, depreende-se que esse princípio tem por finalidade resguardar a concorrência de mercados econômicos, no sentido de impor balizas aos agentes econômicos, para que busquem desenvolver suas operações empresariais com equidade, juntamente com os demais setores de sua atividade empresarial. Desse modo, Isabel Vaz ensina que a concorrência pressupõe:

Uma ação desenvolvida por um grande número de competidores, atuando livremente no mercado de um mesmo produto, de maneira que a oferta e a procura provenham de compradores ou vendedores cuja igualdade de condições os impeça de influir, de modo permanente e duradouro, nos preços de bens ou serviços.⁴⁷

Para se compreender a relevância do princípio da livre concorrência, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula 646 que dispõe: “Ofende o princípio da livre concorrência lei municipal que impede a instalação de estabelecimentos comerciais do mesmo ramo em determinada área”. Fernando Facury Scaff traz pontuações acerca da livre concorrência, que merecem destaque:

livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer; [...] Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I – soberania nacional; II – propriedade privada; III – função social da propriedade; IV – livre concorrência; V – defesa do consumidor; VI – defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII – redução das desigualdades regionais e sociais; VIII – busca do pleno emprego; IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

⁴⁶ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 876.

⁴⁷ VAZ, Isabel. **Direito econômico da concorrência**. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 27.

[...] Já a livre-concorrência funda-se primordialmente na isonomia, e não na liberdade (a qual, embora não esteja afastada, não é primordial). Busca-se criar as condições para que se realize um sistema de concorrência perfeita, dentro dos objetivos propostos pela Constituição da República em seu art. 3º, e respeitando os princípios da ordem econômica. Para que possa existir livre concorrência é imperioso que haja isonomia entre os contendores na arena do mercado. A livre-concorrência repudia os monopólios, pois eles são sua antítese, sua negação. Cabe ao Estado criar condições para que haja livre concorrência, não apenas com sua inação (exercício da liberdade), mas com ações concretas, reprimindo o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.⁴⁸

Como se refere o *caput* do art. 170, ele se insere em ordem econômica que é “fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa” e que tem por fim “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”.

Maria de Fátima Ribeiro, sobre livre concorrência, em uma de suas obras, assim averbou:

A livre concorrência significa a garantia de que tais atividades econômicas serão exercidas de modo a que as habilidades de cada um determinem o seu êxito ou o seu insucesso, não podendo o Estado, em princípio, favorecer ou desfavorecer artificialmente este ou aquele agente econômico. É importante destacar que a livre concorrência não permite uma concorrência ilimitada e desregrada entre os diferentes agentes econômicos.⁴⁹

Importa, pois, salientar que a livre iniciativa deve ser guiada por regras impostas pelo Estado, para que, dessa forma, possa haver sempre a possibilidade de as empresas competirem de forma justa e leal. É interessante observar, nesse passo, que a referida autora destaca, de forma solar, qual o escopo que deva ter a livre concorrência.

Deve, no entanto, ter como objetivo, um equilíbrio que deve se prestar, segundo a Constituição, de instrumento para o alcance de outros valores, destacando-se que deve assegurar a existência digna de todos, os valores sociais da justiça social com base no trabalho humano e na livre iniciativa.

[...]

Tal princípio só tem lugar onde houver um sistema de Economia de mercado, vez que sua finalidade é garantir manutenção do justo equilíbrio entre a oferta e a procura, garantindo assim a liberdade de ação do mercado, sem interferências do Estado.

⁴⁸ SCAFF, Fernando Facury. Efeitos da Coisa Julgada em Matéria Tributária e Livre-concorrência. In: **Coisa Julgada, Constitucionalidade e Legalidade em Matéria Tributária**. coord. Hugo de Brito Machado. São Paulo: Dialética; e Fortaleza: ICET, 2006, p. 110-111.

⁴⁹ RIBEIRO, Maria de Fátima. **Novos Horizontes da Tributação: um diálogo luso-brasileiro**. Coimbra: Almedina, 2012, p. 259.

Pode-se afirmar, no entanto, que a adoção da Economia de mercado e a consagração da livre concorrência como princípio constitucional econômico não conflitam com a intervenção na Economia. Ao contrário, complementam-se, porque o Estado atua justamente para assegurar a concorrência.

[...]

Ocorrendo, no entanto, o desequilíbrio ou falhas no mecanismo de mercado, a intervenção econômica é necessária para assegurar a manutenção da concorrência cabendo ao Estado intervir conforme as disposições pertinentes.⁵⁰

É pertinente, porém, assinalar, neste passo que há autores que tecem severas considerações sobre o modo pelo qual a livre concorrência, bem como a livre iniciativa, têm sido aplicadas no Brasil atualmente. Sobre o tema, vale a pena destacar as palavras do professor Otacílio dos Santos Silveira Neto:

A despeito de a Constituição Federal estabelecê-las amplamente, inclusive mais de uma vez ao longo do corpo do texto, na prática, tanto a livre concorrência como a livre-iniciativa no Brasil são institutos extremamente mitigados tanto pela ausência (quando deveria agir e não age, como nitidamente é da defesa econômica) quanto pela presença excessiva do Estado brasileiro no campo econômico (como é o caso da tributação excessiva sobre a propriedade e os entraves burocráticos no comércio).⁵¹

Uma vez qualificadas e apontadas as críticas à aplicabilidade da livre concorrência e a livre iniciativa, ainda se faz mister aventar outras questões. É ineludível que o constituinte, de modo claro, deixou registrado o seu interesse por um ordenamento econômico dualista ou também conhecido como composto.

Como se pode observar, afinal, a ordem econômica prevista na Constituição de 1988 está estribada nos princípios e soluções contraditórios. Desde já, contudo, cabe uma advertência: é possível perceber que ainda paira uma abertura para a influência preponderante de um capitalismo neoliberal *versus* um intervencionismo sistemático. Ou seja, ora o Estado age na defensiva, ora age impondo deveres que, conseqüentemente, dificultam o livre desenvolvimento econômico.

De outro ângulo, o princípio da livre concorrência não se atrela ao abuso do poder econômico. Entretanto, o seu uso descomedido e contra a ética social enseja a rápida intervenção do Estado para coibir excessos. A despeito da livre iniciativa, comumente é tida como instrumento que vela pela liberdade não apenas da atividade empresarial, mas prima

⁵⁰ RIBEIRO, Maria de Fátima. **Novos Horizontes da Tributação**: um diálogo luso-brasileiro. Coimbra: Almedina, 2012, p. 263-264.

⁵¹ NETO, Otacílio dos Santos Silveira. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**. Belo Horizonte, ano 11, n. 42, p. 123-140, abr./jun. 2013.

também pelo trabalho. Sob outra vertente, a livre iniciativa é a expressão do trabalho e, por tal motivo, sempre deve preservar a busca pelo trabalho livre. Todavia, importa ressaltar que a Constituição só não preservou a livre iniciativa, nas atividades consideradas de iniciativa do Estado.

Advirta-se, por oportuno, que mesmo diante de certas atividades serem de iniciativa do Estado, não significa dizer que tal atividade deva ser prestada pela Administração Pública direta. Por essa razão, se dá origem ao surgimento da concessão e da permissão de serviços públicos⁵² no plano constitucional, conforme dispõe o Art. 175: “Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob o regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos”.

A vigente Constituição adotou, dessa feita, a possibilidade da concessão e da permissão de serviços públicos a empresas particulares. A propósito, ainda cabe destacar a participação do Estado na atividade econômica, conforme estabelecido pela Constituição Federal em seu Art. 173, § 1º.

A despeito dos princípios da livre concorrência e da livre iniciativa, restou demonstrado a sua importância axiológica para toda a base da ordem econômica brasileira, a fim de coibir abusos e garantir liberdade. Todavia, é necessário atentar que, sendo o Estado gestor do interesse primário, ele não se pode valer de suas prerrogativas e comodidades para aviltar interesses que não abarquem o interesse coletivo.

É de se compreender também que, nas relações econômicas modernas, o Estado delegue ao particular, por via legal a prestação de determinados serviços públicos, o que urge dizer que, por delegar, não há que se falar em descaracterização do serviço como público.

O certo é que, no Direito moderno, é compreensível a participação do Estado nas relações econômicas. Antes, porém, deve anotar-se que ao Estado cabe sempre o dever de resguardar a livre concorrência bem como a livre iniciativa, para que haja constante equilíbrio na relação econômica entre particulares e no Estado empresarial.

⁵² Regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos tem previsão no art. 175 da Constituição Federal e fora regulamentado pela Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995.

2 CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Convém advertir, desde logo, a conveniência em observar que o escopo do presente estudo se constitui na abordagem sobre os “Contratos Administrativos”, disciplinado pela Lei nº 8.666/1993 conhecida como Lei de Licitações e Contratos Administrativos.

2.1 CONCEITO

Para melhor compreensão do conceito legal de Contratos Administrativos, é necessário tecer algumas considerações preliminares. Iniciando pelo aspecto normativo, durante um bom lapso temporal, urge consignar que, em relação aos Contratos Administrativos e Licitações, ambos os institutos eram disciplinados pelo Decreto-Lei nº 2.300/1986, que foi revogado pela Lei de Licitações e Contratos Administrativos, no ano de 1993.

Com advento da nova lei de licitações e contratos, deu-se ensejo a algumas consequências em relação aos procedimentos licitatórios e das contratações. Ademais, a consequência mais relevante para este estudo ocorreu por força do art. 2º, § único⁵³ da referida Lei, que trouxe a definição de contratos e, conseqüentemente, proporcionou rápida e ampla repercussão no regime jurídico dos Contratos Administrativos.⁵⁴

No que tange ao conceito de Contratos Administrativos, vários foram formulados pela doutrina. Nota-se que alguns deles apontam para certo elemento e, de modo diverso, há o apontamento de inúmeros elementos. A propósito, vale destacar que as expressões “certo elemento” ou “inúmeros elementos” serão abordadas na próxima seção, cujo conteúdo centrar-se-á na evolução dos Contratos Administrativos.

Verificadas, no entanto, ainda que singelamente, tais noções preliminares sob o ponto de vista normativo, faz-se mister apresentar alguns conceitos clássicos. A despeito dos contratos públicos, Edmir Neto de Araújo deixou o seu registro:

⁵³ Redação: “Para fins desta Lei, considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontade para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada”.

⁵⁴ ROCHA, Fernando Antônio Dusi. **Regime Jurídico dos Contratos Administrativos**. 2. ed. Brasília. Brasília Jurídica, 2000, p. 25.

Os contratos públicos possuem regime próprio e especial, porque especial é a relação entre os interesses em jogo: de um lado, o interesse do particular em prestar o serviço ou desempenhar a atividade, auferindo rendimento por isso; de outro, o interesse do Estado no cumprimento de uma finalidade pública, que se sobreleva ao interesse privado, gerando uma posição de supremacia estatal que, em nosso entendimento, não desvirtua, em absoluto, a figura do contrato, mas, antes, a tipifica como contrato de direito público.⁵⁵

Nesse ponto, importa consignar a lição de José dos Santos Carvalho Filho,⁵⁶ que conceitua Contrato Administrativo como o “[...] ajuste firmado entre a Administração Pública e um particular, regulado basicamente pelo direito público, e tendo por objetivo uma atividade que, de alguma forma, traduza o interesse público”.

Merece ser averbado, ainda, o conceito de Contratos Administrativos sob a concepção em sentido estrito, segundo a lição do Professor Carlos Ari Sunfeld. Veja-se:

Assim, definimos o contrato administrativo em sentido estrito como o contrato (isto é, o vínculo sinalagmático e obrigatório, consensualmente estabelecido) administrativo (isto é, submetido ao sistema de direito administrativo) celebrado entre a Administração – ou de quem lhe faça às vezes [...].⁵⁷

Esposados tais conceitos, é necessário fazer algumas observações. Parece restar claro, com base nos conceitos, que, para a identificação dos Contratos Administrativos, é necessário vislumbrar o elemento finalidade, ou seja, a natureza contratual deverá sempre contemplar o interesse da coletividade e, por último, a incidência total do regime jurídico administrativo.

Conceituar Contratos Administrativos, há tempos, apresenta-se como uma questão tormentosa, em decorrência da definição prevista no parágrafo único, do art. 2º, da Lei de Licitações e Contratos Administrativos, que, para determinado fim, consignou tão somente, a exigência de órgãos ou entidades da Administração Pública em um dos polos da relação.

Diante disso, surge a seguinte indagação: Toda relação jurídica estabelecida pela via contratual que envolva órgãos ou entidades da Administração Pública direta e indireta, será regida pelo regime jurídico administrativo? De plano, neste trabalho, a resposta é negativa.

Não é possível sustentar a tese, no sentido de que sempre haverá incidência única do referido regime. Aliás, é importante observar que o interesse público, que se divide em primário e secundário, em tese, frise-se, será atendido pela via contratual.

⁵⁵ ARAÚJO, Edmir Neto de. **Contratos Administrativos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 35.

⁵⁶ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

⁵⁷ SUNDFELD, Carlos Ari. **Licitação e Contrato administrativo**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 124.

Todavia, é necessário alcançar o entendimento de que há interesses da Administração Pública, que serão preponderantemente disciplinados pelo Direito privado, como, por exemplo, a locação de determinado imóvel para cumprimento de suas atividades. Outro exemplo de fácil compreensão é a locação de determinado espaço particular, para a proteção da frota de determinado Município.

Sob tal ponto de vista, é evidente que, em tese, não haverá aplicabilidade das chamadas cláusulas exorbitantes naqueles contratos. Sendo assim, resta clara a aceitação de duas espécies de contratos para contemplar o interesse da Administração Pública. Esse aspecto será detalhado com maior abrangência nas próximas seções.

2.2 A VISÃO ATUAL DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS NO BRASIL

No Direito Administrativo, não é recente, por parte da doutrina, o interesse pela abordagem no que diz respeito à distinção sobre Contratos Administrativos e Contratos Privados da Administração.⁵⁸

Como se sabe, a expressão “Contratos Administrativos” é compreendida sob o ponto de vista de que, por meio deles, instrumentalizam-se os interesses da Administração Pública. Nesse sentido, é importante consignar a possibilidade de incidência das normas de Regime Jurídico de Direito Público (Contrato Administrativo) e de Direito Privado (Contrato Privado da Administração).

Das lições da Professora Di Pietro⁵⁹, é possível extrair algumas concepções no campo doutrinário, acerca da classificação dos Contratos Administrativos. Segundo a referida autora, há pelo menos, três correntes.

A primeira corrente, à época liderada pelo Osvaldo Aranha Bandeira de Mello⁶⁰, não concordava com a existência de Contrato Administrativo, devido à ausência das características essenciais à formação do contrato. Nesse sentido, o autor se referia à não possibilidade de se vislumbrar a igualdade entre as partes, a autonomia da vontade e, por fim, a força obrigatória das convenções entre as partes.

⁵⁸ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 524.

⁵⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 263.

⁶⁰ MELLO, Osvaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais do Direito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 684.

A despeito do primeiro, não assiste mesmo tal possibilidade para o Contrato Administrativo, em virtude do postulado da supremacia do interesse público, que proporciona ampla vantagem e, ao mesmo tempo, restrição para a Administração Pública.

No que concerne à autonomia da vontade, de fato, não é possível vislumbrar, e jamais poderá existir nas relações em que a Administração Pública seja parte. A negativa tem como fundamento o princípio da legalidade (CF, art. 37, *caput*), sendo esse de aplicabilidade direta para a Administração Pública, no sentido de coibir a escolha de atuar ou não, fora das imposições legais.

Por último, no que tange à força obrigatória das convenções, de plano, resta afastada nos contratos regidos pelo regime jurídico administrativo. A justificativa é simples. Considerando que a Administração Pública só atua nos termos da Lei, ela encontra amparo, para, em face do particular, exigir novas obrigações além daquelas previstas inicialmente, vez que tais exigências estão definidas na Lei de Licitações e Contratos.

Mesmo não sendo perceptíveis todas aquelas características no Contrato Administrativo, não é o entendimento adotado neste trabalho. Hodiernamente, ainda que não seja possível vislumbrar aquelas características próprias do Direito Contratual Privado, por esse motivo, não assiste razão para afastar a existência do Contrato Administrativo, o que, conseqüentemente, daria ensejo ao afastamento do regime jurídico administrativo.

Para finalizar, com fundamento na concepção moderna do Direito Administrativo, alegações apresentadas que venham a causar qualquer alteração jurídica contratual entre Público e Particular, tendo como fundamento o interesse público, não bastam. Para tanto, apresenta-se como imprescindível a exposição das razões de fato e de direito. Essa obrigatoriedade de trazer a devida fundamentação e/ou motivação das decisões judiciais e administrativas decorre da exigência consignada na Constituição Federal.

A despeito da segunda corrente, representada pelo jurista José Roberto Dromi ⁶¹, o entendimento é de que todo contrato realizado pela Administração Pública é administrativo. Diante de tal afirmativa do referido jurista, faz-se necessário registrar, também, que não é o entendimento a ser aceito no presente estudo pelas razões a seguir.

Sendo bem objetivo, a tese defendida pelo autor, que parte da concepção de que, em todas as avenças realizadas pela Administração Pública sempre haverá total interferência do regime jurídico administrativo, merece algumas reflexões, não havendo, portanto, segundo o

⁶¹ DROMI, José Roberto. **La licitación pública**. Buenos Aires: Astrea, 1975, p. 16 - 18.

referido jurista, contratos privados da Administração. Para proporcionar sustento à mencionada tese, o referido autor invoca os elementos que compõe o ato administrativo.⁶²

Pela importância do assunto, vale deixar o registro. No que se refere ao instituto do ato administrativo é de extrema relevância observar se estão presentes os elementos que o compõe, tanto no ato vinculado como no ato discricionário. Dito isto, é necessário tecer alguns contrapontos a despeito da tese apresentada pelo jurista.

Não parece lógico, valorar somente os elementos do ato administrativo, para celebrar um contrato de locação de imóvel particular, por exemplo, para o desempenho de atividades inerentes à atuação da Administração Pública direta ou indireta em suas diversas funções.

Ainda que bem observados os elementos do ato, tais como competência, forma, procedimento e finalidade, para a validade daquele instrumento de locação, não serão suficientes. Indo mais adiante, não se pode manusear, do ponto de vista teórico ou prático, atos e contratos como institutos semelhantes.

À vista do que foi dito, pode-se afirmar que não se afasta a necessidade da observância dos elementos componentes do ato administrativo, para a celebração de um contrato de locação que tem por escopo atender o interesse da Administração Pública. Noutras palavras, aquela observância se constitui como “ato primário”, para análise da validade do contrato.

Ainda vale advertir que, sob o aspecto jurídico, considerando a existência de instrumento específico para a prática de determinado ato jurídico, substituir um em face de outro, ou seja, do ato pelo contrato, não seria legal. Como dito, frise-se, desde os primórdios, o instituto de locação sempre se materializou pela via contratual, com plena incidência das normas advindas do Direito Privado.

Portanto, conclui-se que, a depender da necessidade da Administração Pública para atender o interesse público, a relação jurídica composta pelo Público e Particular será regida pelo Direito Privado, não perdendo de vista o elemento finalidade, ou seja, o interesse da coletividade.

De sobra, no tocante à terceira corrente, ressalte-se, aceita pelos administrativistas no Brasil⁶³ e no exterior⁶⁴, não persiste situação capaz de dar ensejo a polêmicas discussões no

⁶² A título de esclarecimento, sobre os elementos do ato administrativo, estão previstos no art. 2º, da Lei n. 4.717/1965, intitulada como Lei da Ação Popular. Diga-se de passagem, lamentavelmente, pouco conhecida e estuda no Brasil.

⁶³ Edmir Ferreira de Araújo em sua obra intitulada “Contrato Administrativo” (1987, p. 34), cita como exemplo alguns autores do porte de Masagão, Brandão Cavalcanti, J. Guimarães Menegale, Tito Prates da Fonseca, Lafayette Pondé, e, principalmente Cretella Jr.

âmbito doutrinário. Nesse ponto, é pacífica a aceitação do Contrato Administrativo e o Contrato Privado da Administração, sobre este, não incidindo a prevalência das normas publicistas.

Por outro lado, talvez a questão mais peculiar, no que tange aos Contratos Administrativos, seja a seguinte indagação: Qual a principal distinção do Contrato Administrativo em relação ao Contrato Privado da Administração?

Revela especial atenção para o fato de que o elemento divisor, a despeito dos contratos, sejam eles, públicos ou privados, não reside apenas na posição de supremacia em que o Estado ou de quem lhe faça as vezes se encontra. A questão vai mais além.

Há que se considerar, também, que a grande diferença, a despeito dos Contratos Administrativos e dos Contratos Privados da Administração, reflete-se nas cláusulas exorbitantes, sendo estas a garantia de amplas prerrogativas do Público *versus* Particular, que, conseqüentemente, viola brutalmente o princípio da igualdade das partes no contrato.

Sobre a dualidade dos contratos aqui apresentada, não se nega a existência nem tampouco a incidência de regimes jurídicos distintos. No entanto, no Direito brasileiro, hodiernamente, é pacífico o entendimento no sentido de haver o Contrato Administrativo regido pelo regime jurídico administrativo, conforme se depreende da própria lei.

2.3 CONTRATOS ADMINISTRATIVOS NA LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA

No Brasil, o estudo sobre os Contratos Administrativos sempre foi considerado tema polêmico que enseja muitas críticas, sendo o motivo principal a ausência da igualdade entre as partes na relação travada entre Público *versus* Particular. A respeito do tema, não há uniformidade de pensamento por parte da doutrina estrangeira, situação que parece ser idêntica no Brasil, entre os autores do Direito Administrativo.

Em que pese a relevância do tema para o Direito Administrativo, poucos são os autores que se têm debruçado sobre a temática dos Contratos Administrativos. Nesse sentido, merece destaque a obra publicada por Fernando Dias Menezes de Almeida ⁶⁵, que faz a

⁶⁴ O referido autor na mesma obra, ano e página cita, entre muitos outros, Laband, Fritz Fleinear, Savigny, Jellinek, Gendin, Rouvière, Bielsa, Berçaitz, Yorodzu Oda, Benoit.

⁶⁵ MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. **Contrato Administrativo**. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

abordagem específica sobre o referido tema, trazendo notas peculiares em relação ao modelo francês.

O estudo que aqui se propõe, ainda que, em breves notas, é exposto com base no estudo publicado pela Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, intitulado “Ainda existem os chamados contratos administrativos?”.⁶⁶

Segundo Di Pietro, na Alemanha, raras são as hipóteses de contratos que sofrem incidência de Direito Público. No referido País, o entendimento aponta no sentido de que, se a Administração tiver que exercer prerrogativas públicas sobre o particular, definitivamente, não se poderá valer do contrato. Para tanto, ela recorreu aos ensinamentos do jurista alemão Ernest Forsthoff, que ademais, consignou:

[...] Quando as autoridades receberam da lei prerrogativas de poder público para cumprir sua missão, hesita-se em lhes deixar a escolha entre o exercício de suas prerrogativas e o recurso à técnica contratual. A lei que concedeu esses poderes de comando não determina somente sua natureza e sua extensão de maneira imperativa, mas também obriga a não utilizar senão os meios que ela previu e nenhum outro. Isso limita consideravelmente o emprego do contrato de direito público.⁶⁷

A justificativa da tese defendida pelo jurista alemão aponta no sentido de não haver harmonia na relação contratual, na qual se verifica, de um lado, a presença de muitas prerrogativas públicas e, antagonicamente, de outro lado, o princípio da igualdade entre as partes, restando claro, portanto, que o entendimento do jurista é que, em havendo incidência de prerrogativas, utilizar-se-ão decisões unilaterais e não por meio de contratos.

Ainda no plano internacional, Di Pietro também registrou a lição no italiano Renato Alessi:

Em conclusão, portanto, se é certo que o conceito de contrato não parece inconciliável com o Direito Público, porque parece admissível um conceito de contrato de Direito público, a admissibilidade de tal categoria parece que deve estar rigorosamente limitada às relações entre entes públicos, aparecendo inconciliável com as relações entre público e particulares.⁶⁸

A despeito do entendimento de Renato Alessi, a professora Di Pietro, no referido artigo, entende que ele não nega que a Administração possa celebrar contratos com o particular; só que, se o fizer “[...]se coloca em um plano de igualdade com o particular,

⁶⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 398-411.

⁶⁷ FORSTHOFF, Ernst. **Traité de droit administratif allemand**. Bruxelas: Établissements Émile Bruylant, 1966, p. 420.

⁶⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. **Supremacia do Interesse Público e Outros Temas Relevantes do Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 398 – 411.

fazendo uso de meios de caráter privado postos pelo ordenamento à disposição de qualquer sujeito jurídico como tal”.

E, por último, no sistema francês, não há distinção do modelo atual brasileiro, ou seja, em havendo relação contratual por parte da Administração, ali estarão presentes as prerrogativas, noutras palavras, as conhecidas cláusulas exorbitantes.

Conforme se depreende do que fora esposado, sendo mais claro, especificamente às cláusulas exorbitantes, na Alemanha e Itália, seu uso tem sido motivo de contestação, por não se compatibilizar com o princípio da igualdade, tido como base nas relações contratuais.

Consequentemente, tal entendimento, provoca a seguinte indagação: Qual seria então o instrumento legal? Havendo incidência das cláusulas exorbitantes, ambos, defendem a ideia de ato unilateral e, jamais, o contrato.

No que se refere ao modelo francês, persiste o mesmo paradigma aplicado no Brasil, nas relações contratuais entre Público e Particular, ou seja, há plena incidência das cláusulas exorbitantes.

Importa deixar registrado que, diante do impasse de aplicar ou não as polêmicas cláusulas, entende-se que é indispensável avaliar o objeto do contrato. Ainda que seja para atender o interesse público, se o objeto for, por exemplo, locação, a contratação de seguro para a frota de determinado Município, neste caso, certamente haverá o afastamento daquelas cláusulas.

Em sentido contrário, por exemplo, sendo o objeto uma obra pública, determinadas cláusulas podem ser invocadas, mas com reservas, não se admitindo jamais o enriquecimento ilícito da Administração Pública, quando deixa de cumprir com o dever de pagar e, ainda assim, continua a exigir a execução da obra, sob pena de sanções administrativas.

Para concluir, o mais importante, segundo as lições extraídas da pós-modernidade em relação ao Direito Administrativo, não é mais admissível a defesa de uma atuação administrativa distante da proporcionalidade e/ou da razoabilidade e, principalmente, uma atuação que continuamente afaste a incidência de direitos e de garantias fundamentais.

2.4 OS DOIS POSTULADOS DO REGIME JURÍDICO ADMINISTRATIVO

Antes de discorrer sobre as cláusulas exorbitantes com forte incidência nos Contratos Administrativos, faz-se necessária a abordagem de dois postulados que norteiam todo o

regime jurídico administrativo, conhecidos como princípios da supremacia do interesse público e da indisponibilidade do interesse público. Ademais, insta salientar, que o referido regime proporciona privilégios e superioridades que jamais serão vistas na relação jurídica entre particulares.

2.4.1 A Supremacia do Interesse Público

O tema da supremacia do interesse público teve sua discussão reavivada na literatura jurídica nacional, em trabalhos recentes, com o principal objetivo de relativizar a concepção ultrapassada e autoritária de que a supremacia do interesse público deve ser tida como "base fundamental" do Direito Administrativo.

A doutrina clássica de Direito Administrativo sempre afirmou que o princípio da supremacia do interesse público encontra-se na posição de um princípio geral "supremo", que possibilita imposições, pela Administração Pública, de condutas vantajosas em relação aos particulares.

A ideia que se tem do princípio da supremacia do interesse público, assim, é apresentada por Celso Antônio Bandeira de Mello, um dos mais ferrenhos defensores do princípio em questão.

Trata-se de um verdadeiro axioma reconhecível no moderno Direito Público. Proclama a superioridade do interesse da coletividade, firmando a prevalência dele sobre o particular, como condição até mesmo da sobrevivência e asseguramento deste último. É pressuposto de uma ordem social estável, em que todos e cada um possam sentir-se garantidos e resguardados.⁶⁹

Nesse sentido, veja-se que o princípio em comento é tido como fundamento para dar sustento aos atos da Administração Pública, que se estriba pela então supremacia do interesse público e pela indisponibilidade do interesse público, que se encontram assentados em um elevadíssimo grau de prevalência.

⁶⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 60.

É mister, pois, assinalar que a doutrina nacional frequentemente alude ao princípio da supremacia do interesse público sobre o particular atribuindo-lhe total relevância, no que concerne à definição do regime jurídico-administrativo.

Não é difícil perceber que tal princípio sempre fora empregado com o escopo de justificar a vasta gama de prerrogativas associadas à Administração Pública, que defende ser necessário atuar de tal modo para tutelar os interesses da coletividade, mas o faz mediante atos de imperatividade, ensejando desequilíbrio que sempre tem pendido em favor do Estado.

O debate teórico acerca do princípio da supremacia do interesse público está pautado por inúmeras indagações, entre elas, a doutrina tem buscado esclarecer o fundamento da posição privilegiada da Administração Pública nas relações com os particulares.

O paradigma culminado pela supremacia do interesse público sobre o interesse privado relembra os moldes de um governo autoritário, revestido de um poder desenfreado “para manter o controle dos seus súditos”.

Imperioso ressaltar que o modo pelo qual a Administração Pública desenvolve suas ações, justificando ser necessário se utilizar de tal forma para atender ao interesse público, relembra atos de um Estado ditatorial, em que os atos não eram fundados no direito, mas, sim, na sua própria vontade ou de quem o representava, o que, lastimavelmente, parece não ser diferente nos dias atuais.

Assentadas tais premissas, vale ressaltar que, após a mudança de um Estado não mais controlador e, sim, prestador, vislumbra-se um modelo estatal que novamente sacrifica o interesse privado em detrimento do que “se diz ser interesse público”, não valorando princípios de suma relevância, como o princípio da igualdade, tido como base do Estado Democrático de Direito.

É forçoso admitir que o grande problema que se vislumbra, após séculos, é o fato de um Estado Democrático de Direito atuar nos moldes de um Estado ditatorial, conforme dito. O que se percebe pelos atos da Administração Pública é tão somente a mitigação de conquistas valiosas para a sociedade, a exemplo, os direitos fundamentais inseridos na Magna Carta de 1988.

Nesse sentido, não há como conciliar no ordenamento jurídico brasileiro, um princípio que, de plano, já preestabeleça que a melhor solução no caso concreto se consubstancia na “vitória” do interesse público, sacrificando em todo tempo o interesse privado.

Nas palavras de Gustavo Binbenbim:

Na esteira da incompatibilidade conceitual, cumpre ressaltar que o "princípio da supremacia do interesse público" também não encontra respaldo normativo, por três razões tratadas pelo autor: primeira, por não decorrer da análise sistemática do ordenamento jurídico; segunda, por não admitir a dissociação do interesse privado, colocando-se em xeque o conflito pressuposto pelo "princípio"; e terceira, por demonstrar-se incompatível com os preceitos normativos erigidos pela ordem constitucional.⁷⁰

No que tange à legalidade do princípio da supremacia do interesse público, os conceitos esposados pela doutrina e pela jurisprudência versam sobre dois aspectos: para a sua própria sobrevivência e para a manutenção da ordem social a fim de mantê-la sempre estável.

Segundo Fábio Medina Osório⁷¹ “[...]evidentemente que a superioridade do interesse público sobre o privado não pode ser deduzida de princípios exclusivamente morais ou políticos, pois carece de uma recondução à normatividade própria da Constituição Federal”.

Dessa forma, não é difícil constatar por que a ideia de uma prioridade absoluta do coletivo sobre o individual (do público sobre o privado) é incompatível com o Estado Democrático de Direito.

Não se pode olvidar que o princípio da supremacia do interesse público tem sido aplicado de forma desvincilhada do princípio da proporcionalidade. Nas demandas em que a Administração Pública é parte, não se tem buscado atender à ponderação entre o interesse público e o interesse privado, de forma a valorar ambos. No entanto, ao tentar justificar sua forma de atuação estribada somente na supremacia do interesse público, o Estado não é convincente, pois o que se percebe, nos casos concretos, é a existência de elevado grau de vantagem e/ou prevalência em favor da Administração Pública, que age em desconformidade com o que apregoa o princípio da proporcionalidade.

Outro ponto a destacar é que, em algumas situações, a supremacia do interesse público afronta outros princípios da Carta Democrática de 1988, até mesmo aqueles expressos no rol dos direitos fundamentais, tais como o contraditório e a ampla defesa, face à enorme dificuldade existente em se produzirem provas em demandas das quais a Administração Pública seja parte, principalmente em relação aos atos que derivam do exercício do poder de polícia.

Independentemente do que seja o conceito do princípio da supremacia do interesse público, não é aceitável afirmar que, nos casos concretos, ele sempre prevalecerá sobre o interesse privado. Ora, um princípio que se presta a afirmar que o interesse público sempre

⁷⁰ BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo, direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2008, p. 95.

⁷¹ OSÓRIO, Fábio Medina. Existe uma Supremacia do Interesse Público sobre o Privado no Direito Administrativo Brasileiro. **Revista de Direito Administrativo** n. 220, abril/junho. 2000, p. 84.

prevalecerá sobre o interesse privado fere letalmente o Estado Democrático de Direito e representa nítido regresso.

Portanto, resta frisar que, em um Estado Constitucional, o ideal é que a ordem jurídica não aplique o princípio da supremacia de forma desenfreada, estribando-se em critérios subjetivos, com ampla discricionariedade do agente que desempenha a função estatal, pois, dessa forma, disseminará arbitrariedades tamanhas que nem sempre são estampadas.

A doutrina brasileira, especificamente nas searas do Direito Administrativo e do Direito Constitucional, encontra-se dividida acerca do fundamento do princípio basilar do Direito Administrativo: a supremacia do interesse público. Após vários estudos a respeito desse princípio, há na doutrina mais atualizada dois entendimentos distintos. A primeira diferença entre estas correntes doutrinárias é que existem aqueles que defendem a desconstrução do princípio da supremacia do interesse público, como Humberto Ávila ⁷², e aqueles que advogam com veemência a necessidade de sua reconstrução, como Luís Roberto Barroso ⁷³.

É tema aberto à discussão, nos dias atuais, o que a doutrina tem chamado de “desconstrução e reconstrução do princípio da supremacia do interesse público”. Entretanto, nessa altura, é prudente consignar a proposta de reconstrução do princípio em comento.

De plano, urge consignar que não há divergência entre as correntes retromencionadas. no sentido de que o princípio da supremacia do interesse público não vislumbra consistência teórica. Em outro ponto, a doutrina também não discorda no que diz respeito à incompatibilidade do princípio da supremacia do interesse público com o sistema constitucional dos direitos fundamentais.

Importa, neste momento, frisar que o Estado tem como objetivo essencial a defesa do interesse público, devendo canalizar suas ações em prol do atendimento dos interesses da coletividade, com vistas a resguardar uma das premissas do Estado Democrático de Direito.

Desde os primórdios, os indivíduos, a fim de facilitar a obtenção de moradia, alimento, bem-estar e segurança, viram-se compelidos a se reestruturar nos moldes de uma sociedade para se protegerem de ataques de animais e até mesmo de outros indivíduos.

Assim, a imposição de limitações aos interesses individuais em benefício da coletividade teve a sua gênese no momento em que os indivíduos passaram a enxergar a

⁷² ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

⁷³ BARROSO, Luís Roberto. **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

necessidade de viver em grupos, ou seja, em sociedade, objetivando, a partir de então, a convivência social.

Sem embargo, dentro dessa ordem de ideias, enfatize-se que, hodiernamente, a despeito do convívio em sociedade, não há que se olvidar a extrema necessidade da imposição de limitação da vontade alheia, para atender o interesse coletivo.

A imposição de limitação alcançou robustez no momento em que o Estado foi instituído como administrador e representante do povo, passando a tutelar conforme o interesse público, a fim de preservar a harmonia e o interesse da sociedade. Pode-se dizer, então, que essa imposição de limitação passou a ser exteriorizada mediante a atuação do Estado.

A problemática maior dessa exteriorização encontra-se exatamente no modo pelo qual se tem aplicado a imposição de limitações, visto que o Estado tem atuado e manifestado suas vontades de forma arbitrária, “assentado num vantajoso trono de superioridade”, cada vez mais distante dos ditames da proporcionalidade.

O Estado tem-se valido do princípio da supremacia do interesse público como alicerce e justificativa de todos os seus atos e, na maioria das vezes, tem “atropelado” os indivíduos e seus direitos fundamentais.

Nas palavras de Bastos:

A supremacia do interesse público não existe tão somente para esmagar o indivíduo sob uma jurisdição consagrada de privilégios injustificáveis. Essa supremacia do interesse coletivo tem que encarnar privilégios legítimos. Vale dizer, recursos jurídicos que o direito administrativo dispõe e que são absolutamente indispensáveis para o atingimento dos fins coletivos, mediante o menor custo possível para o cidadão.⁷⁴

Nas relações do Estado com seus administrados, passou-se a vislumbrar atos truncados com características do autoritarismo, atos de superioridade, tais como o de organizar, de punir e de fiscalizar, situação em que o Estado passou a ser a “cabeça” dessa relação.

O Direito moderno vincula-se às fontes de integração social, com vistas a desrespeitar minimamente os interesses públicos e particulares, valorando-os ponderadamente. Noutras palavras, não sobeja afirmar que a supremacia do interesse público não pode servir de alicerce para o interesse individual do Estado, tampouco para o interesse egoístico do agente público, servindo de manto para cobrir as arbitrariedades.

⁷⁴ BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 29.

Nem por isso, contudo, há de ser desprezado o conteúdo do princípio da supremacia do interesse público, que tem sido duramente criticado neste trabalho. Nessa altura, já é de se considerar que o Direito Administrativo não pode ser mais explicado a partir de um postulado de supremacia, divorciado de outros pilares, como o da proporcionalidade.

O Estado Democrático de Direito instituído pela Constituição Federal de 1988 elegeu o princípio da proporcionalidade, que deve ser aplicado com o escopo de impedir restrições a determinado direito fundamental ou um conflito entre distintos princípios constitucionais, de modo a exigir que se estabeleça o peso relativo de cada um dos princípios em busca da melhor solução.

Com efeito, o princípio da supremacia do interesse público não coaduna com as nuances do Estado Democrático de Direito, devido a tamanha negligência em não valorar os mandamentos consagrados constitucionalmente. Tudo isso implica a proposta de “reconstrução da supremacia do interesse público” sob a ótica da proporcionalidade.

Firmados esses pontos, impende observar que o princípio da supremacia do interesse público deve-se guiar pelo postulado da proporcionalidade, avaliando os meios utilizados para melhor adequação à promoção do resultado fim, com o fito de desrespeitar, o mínimo possível, os interesses particulares.

Note-se bem: não se nega a relevância do princípio da supremacia do interesse público enquanto instrumento essencial para alcançar interesses essenciais a toda sociedade, que devem ser tutelados pelo próprio Estado, já que este fora instituído como administrador da coisa pública e representante do povo.

Enfim, distante da pretensão de ser exaustivo, o princípio da supremacia do interesse público tem sido reconhecido desde os primórdios, como exigência para a manutenção da vida em sociedade, visando ao bem-estar de todos.

O fato é que, com o advento do Estado Democrático de Direito, a vantagem que outrora fora concedida à Administração Pública, e que ainda permanece em relação ao particular, já não pode mais ser vista e aceita de forma absoluta, o que logo implica a relativização das “vontades do Estado” segundo a ótica da proporcionalidade.

O que se está a afirmar é que o interesse público deve ser aplicado com a máxima cautela e prudência e crucialmente sob o mandamento da proporcionalidade, pois, não raras vezes, o interesse público se depara com interesses individuais e até mesmo coletivos.

2.4.2 Indisponibilidade do interesse público

A literatura do Direito Administrativo tem evoluído constantemente com o passar dos anos. Além das monografias concebidas, têm sido publicadas obras de grande relevo acerca da disciplina, tentando romper os paradigmas culminados pelo interesse público.

Acerca do Direito Administrativo, convém aduzir que ele sempre foi construído sobre dois pilares básicos: a supremacia do interesse público sobre o privado e a indisponibilidade do interesse público. Assim, não é novidade que sua estrutura se assente sobre esses dois pilares: de um lado, as chamadas prerrogativas e, de outro, as sujeições, que dão identidade ao conteúdo da atividade administrativa. Mas, afinal, o que constitui exatamente o tão polêmico e invocado “interesse público”, cujo papel se mostra tão relevante? Alice Maria Gonzales Borges assim o define:

1. O interesse público é um somatório de interesses individuais coincidentes em torno de um bem da vida que lhes significa um valor, proveito ou utilidade de ordem moral ou material, que cada pessoa deseja adquirir, conservar ou manter em sua própria esfera de valores.
2. Esse interesse passa a ser público, quando dele participam e compartilham um tal número de pessoas, componentes de uma comunidade determinada, que o mesmo passa a ser também identificado como interesse de todo o grupo, pelos menos, como um querer valorativo predominante da comunidade.⁷⁵

A partir do conceito exposto, depreende-se que ainda se encontra distante a possibilidade de se determinar com clareza o conceito seguro do que seja interesse público. Ademais, o interesse público seria, então, o que a doutrina chama de “conceito indeterminado”? Para Eros Roberto Grau:

São indeterminados os conceitos cujos termos são ambíguos ou imprecisos - especialmente imprecisos, - razão pela qual necessitam ser completados por quem os aplique. Neste sentido, talvez pudéssemos referi-los como conceitos carentes de preenchimento com dados extraídos da realidade.

[...] os parâmetros para tal preenchimento - quando se trate de conceito aberto por imprecisão - devem ser buscados na realidade, inclusive na consideração das concepções políticas predominantes, concepções, essas, que variam conforme a situação das forças sociais.⁷⁶

⁷⁵ BORGES, Alice Maria Gonzales. **Temas do Direito Administrativo atual** (Estudos e Pareceres). Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 198.

⁷⁶ GRAU, Eros Roberto. Direito, Conceitos e Normas Jurídicas. **Revista dos Tribunais**, 1988, p. 72.

É próprio das leis que suprimem institutos jurídicos, ou que lhes mudam a substância, prescrever-lhes novo regime ou novos efeitos. Ora, é intuitivo crer que, devido ao grau de abstração e pelo fato de ser indeterminado, o interesse público “deságua” ao alvedrio da Administração Pública, para ser aplicado, surgindo uma emblemática que, ao que parece, está longe de ser dirimida.

Deveras, numerosos são os postulados que regem a atividade impositiva do Estado. Do ponto de vista legislativo, o que se vislumbra é a imprecisão no que tange a inúmeros conceitos abertos e plurissignificativos, como, por exemplo, as expressões “interesse público”, “utilidade pública”, “ordem pública” e “segurança nacional”.

É bem verdade que a missão de esclarecer esses conceitos absolutamente abertos recai sobre a doutrina. Isso enseja outro problema, pois faz com que o intérprete ou o aplicador da lei nem sempre encontre o conceito adequado a ser aplicado no caso concreto, em virtude do elevadíssimo grau de conceitos jurídicos indeterminados existentes em nosso ordenamento.

É de bom alvitre salientar que persiste a preocupação acerca da interpretação teórica de conceitos indeterminados tidos como postulados pela Administração Pública, pois dependendo da interpretação adotada, torna-se possível, ou não, conter atos pautados em excesso e abuso.

Fixados esses pontos, é fácil perceber que a natureza do interesse público alcança uma amplitude que não se consegue mensurar, o que logo resulta em um descompasso entre atos praticados pela Administração Pública que atendem a interesses estranhos aos interesses realmente públicos, divorciando-se cada vez mais do efetivo atendimento à coletividade.

Nesse sentido Robertônio Pessoa postula:

Em termos concretos, um interesse passa a ser público quando dele participam e compartilham um tal número de pessoas, componentes de uma coletividade determinada (bairro, distrito, região metropolitana, município, Estado, região, União), que o mesmo passa a ser identificado como interesse de toda comunidade, qualquer que seja sua dimensão.⁷⁷

Hoje, em um Estado Democrático de Direito, o conceito de “interesse público” não pode mais suscitar dúvidas quanto ao seu conteúdo e aplicabilidade, visto que se encontra entrelaçado aos direitos fundamentais.

As considerações expostas realçam a importância e a necessidade inexorável de se fixar o conteúdo do que realmente seja interesse público. Ora, tal interesse não pode servir de

⁷⁷ PESSOA, Robertônio. **Curso de Direito Administrativo**. Brasília: Consulex, 2000, p. 88.

justificativa para que a Administração sustente atos autoritários e abusivos. Sustentar essa tese seria mitigar os preceitos mandamentais dos direitos fundamentais.

Feitos esses esclarecimentos, pode-se perceber que, muitas vezes, os atos ora praticados pela Administração Pública derivam de diversas prerrogativas decorrentes da abstração e da indeterminabilidade do conceito de “interesse público”, pelo qual se deveria estabelecer a justa medida de prevalência, fato esse que, obviamente, tem causado imenso desconforto e insegurança para os cidadãos.

2.5 AS CLÁUSULAS EXORBITANTES NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS SOB A ÓTICA DA PROPORCIONALIDADE

Não é recente a discussão acerca da evolução do Direito Administrativo, por consequência, vislumbra-se, a importante necessidade de mudanças em relação ao seu modo de agir, ainda que pautado na legalidade, para compreender a importância do tema e a necessidade de rever a aplicabilidade do Direito Administrativo, pois, comumente, não se afasta a possibilidade de um ato externado pela Administração ser considerado “legal”, no entanto, capaz de provocar lesão a direitos fundamentais, situação essa que colide com nova visão que se tem de Estado.⁷⁸

A par disto, surge a seguinte indagação: As cláusulas exorbitantes⁷⁹ que compõem os Contratos Administrativos, que subsistem por força do princípio da supremacia do interesse público assumem posição de destaque em relação aos direitos fundamentais?

⁷⁸ Nesse sentido, é importante registrar a lição de Maria Paula Dallari Bucci: [...] “Nesse processo de redefinição do papel do Estado, voluntário ou imposto pelas circunstâncias, fez-se necessário redefinir também o papel da Administração Pública, a máquina que o faz funcionar, o aparelho que realiza ou executa a atividade material no seu âmbito interno” (BUCCI, 2002, p. 2).

⁷⁹ As cláusulas exorbitantes de mais destaque encontram-se na legislação relativa à licitações e contratos (Lei federal 8.666/1993), no seu art. 58, in litteris:

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 acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, bem como na hipótese de rescisão do contrato administrativo.

Em relação às cláusulas exorbitantes, é importante anotar que elas não se esgotam no art. 58 da Lei 8.666/1993. O rol é mais amplo, como, por exemplo, a exigência de garantia, conforme se depreende do § 1º, do art. 56 da referida Lei. Por esse motivo, o entendimento no presente trabalho é o de não abordar todas as cláusulas por uma única razão: há cláusulas que são predominantemente aplicadas à fase de execução obras públicas, podendo citar novamente, como exemplo, a exigência de garantia.

Feitos esses esclarecimentos preliminares, passa-se, neste momento, ainda que sucintamente, à abordagem de algumas das cláusulas contidas no art. 58 e incisos da Lei. 8.666/1993.

A despeito da possibilidade de modificação das cláusulas unilateralmente nele contidas, o inciso I versa sobre desempenho das atividades contidas no contrato. No entanto, cabe ressaltar que o § 1º⁸⁰, do art. 58 da referida Lei, de modo expresso, limitou a liberdade de atuação da Administração Pública no que se refere às cláusulas econômico-financeiras.

Em relação à rescisão unilateral, conforme dispõe o inciso II, o art. 79 trouxe as possibilidades. Todavia, o mais importante é destacar que, em prol da segurança jurídica, deve garantir ao interessado a possibilidade de se manifestar em audiência, a fim de preservar a ampla defesa.

A fiscalização, conforme dispõe o inciso III, prevê o dever e não a mera faculdade, assim entende-se, neste trabalho, de procedimentos fiscalizatórios para o bom andamento, por exemplo, de determinada obra pública. Nesse sentido, insta salientar que o ato fiscalizatório não pode incorrer em prejudicar o prestador de serviço, para que não ocorra o desvio de finalidade. Enfim, convém deixar registrado: o que se espera desse ato fiscalizatório é que seja aplicado da forma o mais isonômica possível.

No que tange à aplicação de sanções previstas no inciso IV, as espécies estão previstas no art. 87 da Lei 8.666/1993. Diferentemente do que se verifica nos contratos entre particulares, a Administração Pública, apoiada pelo instituto da autoexecutoriedade, diante da real necessidade poderá impor e executar as sanções cabíveis em virtude do inadimplemento contratual.

Por último, o inciso V, em consonância com art. 80, II, trouxe a previsão da ocupação de instalações. Ademais, os referidos dispositivos deram legitimidade e legalidade

⁸⁰ § 1º As cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos administrativos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado.

de apossamento provisório de bens móveis e imóveis e a utilização de pessoas e serviços ao objeto do contrato.⁸¹

Seguindo a concepção pós-moderna, no sentido de valorizar os direitos e garantias fundamentais no centro de toda relação jurídica, ainda que a relação jurídica seja constituída por Público e Particular, não se nega a necessidade de prerrogativas ao Estado, que ampliam, cada vez mais, o seu poderio naquela relação.

Nesse sentido, há décadas, já era o entendimento da Ministra Carmem Lúcia Antunes Rocha:

O princípio da proporcionalidade tem fonte mais antiga, sendo encontrado como diretriz de interpretação de leis muito antes do advento do constitucionalismo moderno. Sendo a Constituição um sistema de normas conjugadas e afinadas, que se condicionam e se complementam para assegurar a unidade que o caracteriza, há que se observar a vinculação e as condicionantes existentes entre eles e em que medida eles se complementam para se conhecer a sua correta interpretação e consequente aplicação. Não pode existir conflito entre princípios constitucionais [...] porquanto isso implicaria em implosão do sistema jurídico normativo.⁸²

Assentadas tais premissas, importa ressaltar que, hodiernamente, no Brasil, à luz da doutrina e jurisprudência⁸³, o denominado princípio da proporcionalidade tem tido aplicabilidade como sinônimo do princípio da razoabilidade, a depender da origem do autor. Veja-se que os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade estão intimamente ligados à proibição de excessos, com o intuito de evitar que a Administração Pública exorbite seus poderes (as prerrogativas que lhe são atribuídas) e fazer com que seja mantida uma relação mais harmoniosa entre os fins que pretende alcançar (o interesse público) e os meios de que irá valer-se para tanto.

⁸¹ A título de conhecimento, a Lei nº 8.987 de 1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, assim consignou em seu art. 37: “Considera-se encampação a retomada do serviço pelo poder concedente durante o prazo da concessão, por motivo de interesse público, mediante lei autorizativa específica e após prévio pagamento da indenização, na forma do artigo anterior”. Perceba a incidência de institutos idênticos, disciplinados por regramento distintos. Como resultado, parece não restar dúvidas, que a Lei 8.987 de 1995 proporcionou o enfraquecimento do inciso ora em estudo.

⁸² ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais de administração pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994, p. 52 - 53.

⁸³ Quanto à sua primeira aplicabilidade, que ocorreu no Supremo Tribunal Federal, tendo sido o referido Tribunal o precursor a invocar o princípio mencionado para a solução de conflitos de grau constitucional. Nesse sentido, colhe-se, por oportuna, a lição de Gisela Maria Bester: “A primeira decisão do STF deu-se em 1953, após outra de destaque em 1986 e uma terceira em 1984, até chegar à quarta, de 1993, justamente apontada pelo então Ministro Gilmar Mendes como sinalizadora do desenvolvimento do princípio da proporcionalidade e da razoabilidade como postulado constitucional autônomo”. (BESTER, Gisela Maria. **Direito Constitucional: Fundamentos Teóricos**. v.1. São Paulo: Manole, 2005, p.312).

Sem embargo, é importante destacar que o princípio da proporcionalidade constitui instrumento de grande relevância para conter atos estatais agasalhados pela nocividade, tendo como crucial dever a proteção dos bens jurídicos tutelados pelo Estado Democrático de Direito, por exemplo, preservar a legalidade em todos os seus atos, e sempre, velar pela finalidade, ou seja, o interesse da coletividade.

Ademais, não é difícil perceber que o princípio da proporcionalidade se trata de um mecanismo de controle dos atos do Judiciário, do Legislativo e do Executivo, primordialmente na esfera administrativa. Por intermédio dele, o exegeta elimina as distorções, as anomalias e os absurdos provenientes do arbítrio e do uso desregulado de poder por parte da Administração Pública, em decorrência da atuação imprecisa do legislador.

De todo o exposto até aqui, em relação ao princípio da proporcionalidade, espera-se ter ficado suficientemente evidenciada a grande autoridade que há no referido princípio, pelo qual abriga diversas garantias processuais de índole constitucional e possui íntima conexão com o princípio do devido processo legal, em relação a este último, pouco respeitado nos atos praticados pela Administração Pública.

3 AS HIPÓTESES DE DESEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO NO CURSO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO NA LEI Nº 8.666/1993

De plano, insta salientar que o estudo concernente à matéria de Contratos Administrativos e seus impactos econômicos foi analisado pelos contornos traçados na Lei 8.666 de 1993. Nesse sentido, advirta-se, desde já, que outras espécies de Contratos Administrativos, como, por exemplo, os previstos na Lei de Parceria Público-Privada, Lei nº 11.079 de 2004, e na Lei de Concessão e Permissão da prestação de serviços públicos, Lei nº 8.987 de 1995 e outras legislações pertinentes sobre a matéria, não será dispensável para o estudo que ora se propõe.

Não é dos tempos atuais o entendimento de que o serviço público deve ser prestado ininterruptamente, a fim de preservar o interesse da coletividade. Nesse sentido, o estudo, no presente capítulo, se constitui na análise da possibilidade da interrupção do serviço público, por condutas advindas pela Administração Pública, pelo contratado ou até mesmo por fatos naturais, que sejam capazes de afetar brutalmente a estrutura econômica do contrato e ensejar dificuldades na manutenção da prestação do serviço público.

3.1 O DESEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DECORRENTE DA ÁLEA ORDINÁRIA E ADMINISTRATIVA

No que concerne às contratações públicas, ramo específico do Direito Administrativo, apresenta-se, como elemento primordial, a necessidade do estudo a despeito da Teoria das Áleas, que tem como objetivo principal garantir o reequilíbrio econômico-financeiro, nos casos previstos na Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Lei nº 8.666/1993.

Verifica-se, atualmente, que a Teoria das Áleas pode ser compreendida sob três distintas perspectivas. Sendo elas: álea ordinária e/ou empresarial, álea administrativa e, por último, álea econômica. Vale mencionar, ainda, que o termo pode sofrer alteração a depender do autor.⁸⁴ No tocante ao conteúdo, insta salientar que não persistem interpretações distintas.

⁸⁴ Conforme salientado, frise-se, o termo pode mudar de acordo com o estilo de cada autor. No entanto, em relação ao conteúdo, não há variação. Para se compreender, a professora Di Pietro, adota a seguinte expressão: “álea ordinária ou empresarial, álea administrativa e álea econômica”. (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27. ed., p. 290). Em sentido diferente, em recente obra lançada, assim intitulada “A regeneração da Administração Pública Brasileira”, os autores Rodrigo Pironti Aguirre de Castreo e Fernando Menagat, tiveram a oportunidade de publicar o texto intitulado: “O Estatuto das estatais e a matriz de riscos

Conforme assinalado anteriormente, faz-se necessário tecer algumas considerações, sobre cada uma das distintas espécies das Áleas.

Segundo Di Pietro (2013, p. 290), “[...] está presente em qualquer tipo de negócio; é um risco que todo empresário corre, como resultado da própria flutuação do mercado; sendo previsível, por ele responde o particular”. Nesse sentido, é o entendimento adotado neste trabalho, pois defender o contrário, logo, significa dizer que, se tais riscos não são previsíveis, a álea perde sua roupagem de ordinária passando a assumir outro tipo de risco.

Há que se observar, ainda, as demais espécies de áleas. No que toca à segunda, conhecida como álea administrativa, é classificada como alteração unilateral, Fato do Príncipe e fato da Administração.

A seguir, analisa-se cada uma das circunstâncias suficientemente capazes de provocar mutabilidade nos contratos administrativos, principalmente no aspecto econômico do contrato, que constitui o objeto principal do presente estudo.

No caso da alteração unilateral, o mais importante, desde já, é entender que há limites. Noutras palavras, existe discricionariedade, todavia, nos moldes estabelecidos pela própria Lei nº 8.888/1993. Segundo Edmir Netto de Araújo, deve haver limites:

Esse poder da Administração não tem a extensão que, à primeira vista, pode apresentar, pois ele é delimitado por dois princípios básicos que não pode o Poder Público desconhecer ou infringir, quando for exercitar a faculdade de alterar: a variação do interesse público e o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.⁸⁵

O limite mencionado pelo referido jurista, encontra-se na Lei nº 8.666/1993 - art. 58, I e art. 65, § 1º, evitando, pois, arbitrariedades por parte do agente público. No que toca à modificação unilateral, entende-se, neste trabalho, que o limite surge como elemento primordial para conter a prevalência ilegal da vontade subjetiva do agente, bem como para que fique evidente que tal modificação pode ocorrer desde que seja comprovado o interesse da coletividade.

Sobre a forma de alteração, o entendimento adotado no presente trabalho, aponta no sentido da necessidade de haver as razões de fato e de direito que ensejem a alteração. Noutras palavras, aquele processo se apresenta como instrumento de garantia do princípio da motivação, e porque não dizer também, da publicidade dos atos da Administração Pública.

nos contratos públicos: breve ensaio sobre o rompimento da ‘Teoria das Áleas’ no Direito Administrativo”, onde consignaram o termo “áleas ordinárias, extraordinária e administrativa”. (PONTES FILHO, Valmir; MOTTA, Fabrício; GABARDO, Emerson (Coord.). A regeneração da administração pública: **Livro do XXX Congresso Brasileiro de Direito Administrativo**. Curitiba: Íthala, 2017, p. 109).

⁸⁵ ARAÚJO, Edmir Netto de. **Contrato Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 130-131.

Sobre a motivação, ainda que de forma breve, permita-se tecer algumas considerações. Com propriedade, é válida, hodiernamente, a advertência no sentido de que, na decisão administrativa, quer seja vinculada ou discricionária, obrigatoriamente deve estar presente a motivação tal qual ensejou a decisão.

Persiste certa desordem de conceito, no que diz respeito à discricionariedade, que tem sido causa e efeito de decisões arbitrárias da Administração Pública, devido à omissão, no que tange à justificação dos atos praticados. Nesse prisma, vale ressaltar que a discricionariedade não deve ser tida como uma ordem de pagamento a ser preenchida ao bel-prazer da Administração Pública.

O princípio da motivação tem imensa importância no que diz respeito ao controle dos atos e decisões do Judiciário, do Executivo e do Legislativo. A motivação é a garantia constitucional de que os atos administrativos em geral e, conseqüentemente, os atos administrativos de aplicação disciplinar, por exemplo, devem ter seus motivos explicitados. Dessa forma, é possível compreender a importância do referido princípio.

Do exposto, a despeito da motivação, resta evidente que toda decisão emanada do administrador público que seja desproporcional e sem motivação deve ser anulada, devido à não observância da adequação entre os meios empregados e o fim almejado pela Administração Pública, sob pena de violação ao devido processo legal.

Enfim, no que tange à alteração unilateral, é importante averbar também que, quanto ao objeto, não poderá sofrer alteração por força do princípio da vinculação ao instrumento convocatório. Sob o enfoque da temática da segurança jurídica e da moralidade administrativa, não é aceitável que, depois de praticados todos os procedimentos inerentes ao certame, passem a ser comuns reiteradas alterações no bojo do contrato. Indaga-se: Por qual razão? A resposta é bastante simples, ou seja, cancelar a ideia de reiteradas alterações sem o devido limite é reconhecer que a atividade licitatória se torna totalmente desnecessária.

Seguindo adiante, reputa-se por necessária a abordagem sobre o Fato do Príncipe, que também se constitui como elemento inerente à álea administrativa. No Direito Administrativo, o Fato do Príncipe é considerado como instituto capaz de proporcionar mutabilidade nos Contratos Administrativos no aspecto econômico. Dessa forma, o Fato do Príncipe, segundo a jurista portuguesa Maria João Estorninho⁸⁶, pode ser classificado como gênero do poder de modificação unilateral no bojo do Contrato Administrativo e alteração das circunstâncias.

⁸⁶ ESTORNINHO, Maria João. **Réquiem pelo contrato administrativo**. Coimbra: Almedina, 1990, 134.

Contudo, o mais relevante dentro dessa ordem de ideias é compreender que o Fato do Príncipe e a alteração unilateral se apresentam como institutos completamente distintos, mas suficientemente capazes de provocar mutabilidade econômica no Contrato Administrativo.

Nesse sentido é o entendimento da professora Marcela Campos Jabôr, que assim averbou:

Assim, o Fato do Príncipe é instituto autônomo que representa uma das hipóteses de desequilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo, mas que não se confunde nem com o poder de modificação unilateral, nem com a alteração das circunstâncias.⁸⁷

A notável diferença se apresenta pelo limite estabelecido conforme anteriormente já mencionado neste trabalho, nos moldes da Lei 8.666/1993 - art. 58, I e art. 65, §1º, na alteração unilateral, ao passo que, a despeito do Fato do Príncipe, não há que falar em limites na função administrativa, a qual, depois de exaurida, possa causar reflexo na parte econômica do contrato.

A par dessas considerações, para maior embasamento, é necessário consignar o conceito do instituto ora denominado como Fato do Príncipe. Na lição de Carmen Rodrigues de Riviera Domingo, pode ser conceituado como:

O Fato do Príncipe é uma medida de caráter imperativo, imprevisível e geral, que apesar de não incidir sobre o objeto contratual produz efeitos sobre ele, tornando-o mais oneroso para o co-contratante particular, que deve, por isso, ser compensado economicamente.⁸⁸

É interessante notar que, no que se refere ao Fato do Príncipe, poderá haver consideráveis alterações na relação contratual composta entre contratado e Poder Público. Todavia, convém advertir que tais alterações sempre serão advindas de fatos externos que, obviamente, ensejarão reflexo no sentido econômico e podem colocar em risco a continuidade da prestação de determinado serviço público.

Frente a esse cenário, pretende-se, a seguir, trazer alguns exemplos, para melhor clarificar a Teoria do Fato do Príncipe. Um bom exemplo ressalte-se, e não raro de acontecer, seria a contratação de determinada empresa para realizar o transporte de servidores pela Administração Pública Federal e, em um lapso temporal curtíssimo, a alíquota de determinado tributo que incide sobre o combustível é elevada três vezes em relação ao seu valor hodierno.

⁸⁷ JABÔR, Marcela Campos. **Repartição de riscos na execução dos contratos administrativos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 83.

⁸⁸ GARRANZO, Javier Vázquez (coord.), DOMINGO, Carmen Rodrigues de Riviera. **Comentarios a la ley de contratos del sector público**. Barcelona: Bosch, 2009, p. 1.809.

Por essa e por outras razões, haverá a necessidade de adequação ao valor do contrato, tendo como causa, o aumento da alíquota.

No âmbito municipal, um bom exemplo se dá diante da contratação de determinada empresa para a prestação de serviço de transporte público. Ocorre que, após a formalização do contrato, o Município edita uma Lei que concede ampla benesse a determinada classe específica de pessoas, como, por exemplo, estudantes.

O resultado é simples de se compreender e, ao mesmo tempo, trágico para a empresa. Ou seja, haverá flagrante desequilíbrio econômico e prejuízo para o contratado, ensejando, pois, a célere necessidade de recomposição dos preços das tarifas ora avençadas.

Ainda sobre o Fato do Príncipe, há uma questão que tem gerado intenso debate entre os estudiosos do Direito Administrativo, relacionada à seguinte questão: O Fato do Príncipe deve emanar somente do ente contratante ou deve ser compreendido sob uma concepção mais ampla? Diante da seguinte indagação, vê-se a necessidade de registrar o entendimento de alguns estudiosos.

A doutrina espanhola, representada pela jurista Concepción Horgué Baena,⁸⁹ entende que, no que tange ao Fato do Príncipe, independe se o ato fora emanado pelo ente contratante ou não. Desse modo, a referida jurista parece adotar uma concepção mais ampla.

Em Portugal, o professor Mário Aroso de Almeida⁹⁰ também averbou o seu entendimento acerca do Fato do Príncipe, de modo a discordar da jurista Baena. Segundo ele, seguindo uma perspectiva moderna do instituto, não seria aceitável imputar, por exemplo, encargos a determinada autarquia de pequeno porte, em virtude de alterações impostas por outra Administração Pública e até mesmo pelo próprio legislador.

No Brasil, da mesma forma, persiste divergência acerca da consequência do Fato do Príncipe. O administrativista José dos Santos Carvalho Filho⁹¹ entende que, uma vez sendo “príncipe” o próprio Estado, por exemplo, um ato oriundo da União Federal atingir um particular que tenha que tenha contratado com um Estado-membro, cabe aplicar a teoria do Fato do Príncipe.

⁸⁹ BAENA, Concepción Horgué. **La modificación del contrato administrativo de obra: el ius variandi**. Madrid: Marcial Pons – Ediciones Jurídicas y Sociales S.A, 1997, p. 33

⁹⁰ ALMEIDA, Mário Aroso de. Contratos Administrativos e Regime de sua Modificação no Novo Código dos Contratos Públicos. In: **Estudos em Homenagem ao Professor Sérvulo Correia**. V. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 811-846.

⁹¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 213-214.

Outro pensamento, no entanto, é defendido pela professora Di Pietro⁹², que advoga o entendimento de que o Fato do Príncipe somente poderá ser aplicado depois de observado se a autoridade responsável pelo fato estiver vinculada à mesma esfera do governo a que pertence o ente público contratante (União, Estado e Municípios), caso não, o impasse seria dirimido nos termos da Teoria da Imprevisão, e não pela Teoria do Fato do Príncipe.

Conforme se depreende das doutrinas estrangeira e nacional, a Teoria do Fato do Príncipe, que tem sido frequentemente discutida, ainda se apresenta de forma muito confusa. Tal afirmativa justifica-se, pela falta de critérios legais que ensejem, de tal modo, vários entendimentos no âmbito da doutrina.

Cabe observar, ainda, os efeitos da aplicação do Fato do Príncipe. Normalmente, após a medida imposta por via estatal, que resulta em dificuldade para a manutenção do cumprimento ora avençado, nesse caso, caberá ao particular o exercício da tutela à revisão do preço para que seja estabelecido o reequilíbrio econômico no contrato.

Outra situação pode ser classificada quando o fato seja suficientemente impeditivo de manter a prestação das obrigações. Nesse caso, uma vez comprovado que o contratado não deu causa a determinado fato, a relação resolver-se-á pela via da indenização pelos serviços ora prestados, sob pena de enriquecimento ilícito por parte da Administração Pública, ensejando, caso necessário, responsabilidades nos âmbitos administrativo e judicial, para a devida reparação.

Assinale-se, por fim, que o entendimento a ser adotado no presente trabalho acerca do alcance do Fato do Príncipe se amolda às lições de José dos Santos Carvalho Filho, ou seja, sendo o “Príncipe” a própria figura do Estado, independe se a medida causadora de prejuízo econômico adveio da União, do Estado ou do Município. Ocorrendo tais situações, rompe-se o equilíbrio contratual.

Observe-se, que, em rompendo o equilíbrio econômico contratual, e cabendo averiguar se o contratado não tenha dado causa para tanto, não restam dúvidas de aqui advogar a tese no sentido de que a parte prejudicada não terá o ônus de levar avante o cumprimento das obrigações, devendo pleitear medida para que haja o reajustamento do preço ora anteriormente avençado.

A terceira, e última, classificação da Álea Administrativa se constitui como Fato da Administração, que é analisada a seguir. Sebastião Edilson Gomes, conceitua o referido instituto como:

⁹² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, p. 292.

O fato da administração se dá por **ação ou omissão** da Administração, o que impede ou retarda a execução do contrato, provocando desequilíbrio econômico. Por exemplo, se o Poder Público não desapropria uma área que deveria, tal fato impossibilita a execução do objeto do contrato pelo contratado. (Negrito do autor).⁹³

A despeito das causas que poderão dar ensejo à aplicação da Teoria do Fato da Administração, são encontradas na Lei de Licitações e Contratos, no art. 78, XIX, XV e XVI.⁹⁴

Nota-se que, no que diz respeito às consequências que decorrem do Fato da Administração, é plenamente possível que haja a suspensão da execução do contrato, em caráter temporário, podendo ocorrer também uma paralisação definitiva. Diante de tais barreiras, a responsabilidade do contratado deve ser afastada, e mais, não há que falar em medidas sancionatórias administrativas.

E, por fim, restando comprovado o desequilíbrio econômico-financeiro, o contratado poderá pleitear a devida e necessária recomposição, por se constituir como garantia inerente a ele, vez que o fato que alterou toda a relação jurídica fora praticado pela Administração Pública. Assim sendo, cabe à Administração Pública a responsabilidade pela recomposição do equilíbrio econômico-financeiro.

⁹³ GOMES, Sebastião Edilson. **Manual de Direito Administrativo**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2016, 432.

⁹⁴ Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:

XIV - a suspensão de sua execução, por ordem escrita da Administração, por prazo superior a 120 (cento e vinte) dias, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, ou ainda por repetidas suspensões que totalizem o mesmo prazo, independentemente do pagamento obrigatório de indenizações pelas sucessivas e contratualmente imprevistas desmobilizações e mobilizações e outras previstas, assegurado ao contratado, nesses casos, o direito de optar pela suspensão do cumprimento das obrigações assumidas até que seja normalizada a situação;

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;

XVI - a não liberação, por parte da Administração, de área, local ou objeto para execução de obra, serviço ou fornecimento, nos prazos contratuais, bem como das fontes de materiais naturais especificadas no projeto;

3.2 A ÁLEA ECONÔMICA E ALGUMAS CONSIDERAÇÕES SOBRE A TEORIA DA IMPREVISÃO

A Lei nº 8.666 de 1993, responsável por disciplinar o assunto concernente a Licitações e Contratos Administrativos, trouxe a possibilidade de alteração dos instrumentos regidos pelo referido Estatuto, no que concerne ao aspecto econômico.

Para fins didáticos, a fim de afastar interpretações inequívocas, o instituto da Álea Econômica é abordado com a referida Teoria da Imprevisão, isso porque, segundo as lições da Professora Di Pietro ⁹⁵, a “[...] álea econômica, que dá lugar à aplicação da teoria da imprevisão” sendo essa conceituada por ela como “[...] todo acontecimento externo ao contrato, estranho à vontade das partes, imprevisível e inevitável, que causa um desequilíbrio muito grande, tornando a execução do contrato excessivamente onerosa”.

A despeito da álea econômica, para melhor compreensão, é importante registrar sua principal característica, segundo a lição do administrativista Caio Tácito.

A álea econômica é, por natureza, extraordinária, excedente aos riscos normais admitidos pela natureza do negócio. Os fenômenos da instabilidade econômica ou social (guerras, crises econômicas, desvalorização da moeda) são as causas principais do esta de imprevisão, tanto pela importância do impacto de seus efeitos, como pela imprevisibilidade de suas consequências.
⁹⁶

Hodiernamente, no Brasil, não persiste tanta falta de consenso no campo da doutrina e da jurisprudência a respeito do tema, motivo pelo qual a conhecida Teoria da Imprevisão se encontra totalmente consolidada para a sua aplicabilidade aos contratos privados, ⁹⁷ bem como nos contratos públicos, sendo este o eixo de estudo central a ser abordado no presente tópico.

De forma simples, é possível afirmar que o fundamento principal para que a mencionada teoria seja aplicada reside na proibição do enriquecimento sem causa, valendo ressaltar, também, que, a depender da situação fática, necessário se faz, caso seja possível, dar nova roupagem para o contrato, em vez de extingui-lo, tudo isto, visando ao interesse público. Sob outra perspectiva, a intenção também sempre deverá manter vistas à preservação da segurança econômica bem como à segurança jurídica entre as partes.

⁹⁵ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 295.

⁹⁶ TÁCITO, Caio. **Direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1975, p. 210.

⁹⁷ Assim prevê o art. 478 do Código Civil: Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema desvantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

Nesse sentido, mostra-se oportuna a lição de Diogo de Figueiredo:

A revisão contratual incidirá sobre quaisquer cláusulas contratuais como as que ajustem objeto, prazo e outras condições, sempre que, um insuportável ônus acrescido para uma das partes e um correspondente enriquecimento sem causa para a outra, decorram de eventos imprevisíveis, qual alteram os pressupostos de fato de relevância econômica então existente quando na formação do contrato. Assim, a revisão pode comprometer qualquer cláusula contratual, para o fim de reequilibrá-lo.⁹⁸

Para facilitar o estudo acerca da Teoria da Imprevisão, é mister compreender que ela opera, primordialmente, para a correção de fatos supervenientes que, na maioria das vezes, afetam a parte econômica do contrato ensejando, de tal modo, a necessidade de adequação às cláusulas contratuais.

Registre-se, por oportuno, que é necessário observar atentamente alguns pontos para a aplicabilidade da Teoria da Imprevisão. Nesse sentido, destacam-se três elementos absolutamente indispensáveis: a superveniência de circunstância imprevisível pelas partes; “[...] imprevisível quanto à sua ocorrência e consequências; estranho à vontade das partes; inevitável e que seja causador de desequilíbrio muito grande no contrato”.⁹⁹

Na atualidade, esclareça-se, é absolutamente aceitável que seja feito o reequilíbrio econômico no bojo do contrato, para que a prestação de determinado serviço público não seja comprometida. Ainda, sobre esse mérito, emerge outra situação que não pode ser aceitável, ou seja, de um lado, a obtenção de vantagem descometida por parte da Administração Pública, de outro, a não obrigatoriedade de o contratado de continuar a arcar com prejuízos aos quais não tenha dado causa. Sobre tal afirmativa, cabe observar, a lição de José dos Santos Carvalho Filho:

O efeito da teoria da imprevisão calca-se em duas vertentes. Se a parte prejudicada não puder cumprir, de nenhum modo, as obrigações contratuais, dar-se á a rescisão sem atribuição de culpa. Se o cumprimento for possível, mas acarretar ônus para a parte terá esta direito à revisão do preço para restaurar o equilíbrio rompido.¹⁰⁰

⁹⁸ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 189.

⁹⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 297.

¹⁰⁰ CARVALHO FILHO. José dos Santos. op. cit., p. 220 e 221.

A despeito do fundamento legal para adoção da Teoria da Imprevisão, por oportuno, cabe observar sua previsão na Constituição Federal em seu art. 37, XXI,¹⁰¹ e na própria Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Lei Nº 8.666/1993 em seus diversos dispositivos.

Em vista disso, razão assiste para destacar alguns dispositivos para melhor elucidação. Entretanto, antes de demonstrar, vale ressaltar que alguns artigos dão regramento à execução de obra e não à prestação do serviço público. Advirta-se que o propósito é trazer à baila a certeza líquida e certa da garantia do reequilíbrio econômico no contrato, independentemente do estágio em que se encontra.

Dando início pelo art. 57, § 1º, II,¹⁰² da Lei de Licitações, admite-se a prorrogação dos prazos em três etapas: na execução, na conclusão e na entrega. Com efeito, caso haja a ocorrência de fato superveniente, estranho à vontade do contratado e da Administração Pública, que afete o equilíbrio econômico-financeiro, a manutenção deverá ser assegurada, lembrando sempre da necessidade da previsão do processo de justificativa, a fim de preservar o princípio da motivação.

Noutro ponto, o art. 65, II, “c”¹⁰³, da Lei de Licitações, prevê a possibilidade de alteração na parte econômica quando decorrer de situações supervenientes, bem como, pela consensualidade entre as partes.

Como se observa, a Teoria da Imprevisão se encontra bem positivada na Lei de Licitações e Contratos Administrativos. Todavia, conforme já consignado, repete-se: sua

¹⁰¹ XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

¹⁰² Art. 57. A duração dos contratos regidos por esta Lei ficará adstrita à vigência dos respectivos créditos orçamentários, exceto quanto aos relativos:

[...]

§ 1º Os prazos de início de etapas de execução, de conclusão e de entrega admitem prorrogação, mantidas as demais cláusulas do contrato e assegurada a manutenção de seu equilíbrio econômico-financeiro, desde que ocorra algum dos seguintes motivos, devidamente autuados em processo:

[...]

II - superveniência de fato excepcional ou imprevisível, estranho à vontade das partes, que altere fundamentalmente as condições de execução do contrato.

¹⁰³ Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

[...]

II - por acordo das partes:

[...]

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;

aplicação sempre deverá ser precedida da observação da superveniência de circunstância imprevisível pelas partes; a majoração exorbitante capaz de provocar grave alteração na base econômica do contrato e, por último, a demonstração do nexo causal em relação àquele fato que, conseqüentemente, ocasiona onerosidade excessiva.

Com base no que fora esposado, cabe observar que, sendo o fato previsível e de resultados calculáveis, o contratado deverá arcar com o ônus e lhe cabe aplicar, nessa situação, a álea ordinária.

Com relação à alteração unilateral e Teoria do Fato do Príncipe, necessário se faz verificar se ato que ensejou a mutabilidade se deu pela própria vontade da Administração; assim sendo, a fundamentação terá como base a álea administrativa, que também abarca a Teoria do Fato da Administração.

A despeito da álea econômica, que propiciará a aplicabilidade da Teoria da Imprevisão, o que deve ser observado pormenorizadamente diante de cada caso, diz respeito a se a superveniência dos fatos ocorridos que contribuíram para o desequilíbrio econômico no contrato decorreu de situações externas ao contrato, tais como imprevisibilidade, inevitabilidade e, principalmente, que seja oponível à vontade das partes.

Distintamente dos reflexos da álea econômica, também é necessário destacar outras duas situações que, de acordo com a Lei de Licitações¹⁰⁴, poderão afetar a relação contratual administrativa. São elas: caso fortuito e força maior. Esses institutos, para o Direito Administrativo, segundo José dos Santos Carvalho Filho, podem ser conceituados como:

Caso fortuito e força maior são situações que redundam na impossibilidade de serem cumpridas as obrigações contratuais. O primeiro decorre de eventos da natureza, como catástrofes, ciclones, tempestades anormais, e o segundo é resultado de um fato causado, de alguma forma, pela vontade humana, como é o clássico exemplo de greve.¹⁰⁵

Ocorrendo tais situações, em consequência, estar-se-á diante do rompimento do equilíbrio contratual. Em resumo, significa dizer que não pode ser aceitável que uma das partes continue a suportar o excessivo peso do fardo inerente às cláusulas exorbitantes amparadas pelo Regime Jurídico Administrativo.

¹⁰⁴ Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:

[...]

XVII - a ocorrência de **caso fortuito ou de força maior**, regularmente comprovada, impeditiva da execução do contrato. (Negritou-se).

¹⁰⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 214.

Uma vez, todavia, diante de tais situações, a referida Lei consignou a hipótese de rescisão contratual. A par disso, o entendimento apontado neste trabalho é no sentido de haver a obrigatoriedade da instauração do “Processo de Justificativa”, com o escopo de apurar e, ao final, averbar as razões de fato e de direito em documento próprio e específico para tal finalidade, que certamente, dará causa à rescisão contratual. Tudo isso em homenagem à publicidade dos atos e, maiormente, para instrumento seguro de verificação da legalidade.

É importante ressaltar que, conforme se depreende da Lei de Licitações, todo trabalho realizado pelo contratado, até a data dos fatos impeditivos de continuar a prestação, deverá ser pago pela Administração contratante.¹⁰⁶

Sob outra perspectiva, para melhor compreender a problemática do assunto em questão, conforme já destacado neste trabalho, não se pode olvidar a aceitabilidade da Teoria da Imprevisão nos contratos administrativos. No entanto, em relação a determinados fatos específicos que podem ocorrer na vigência dos contratos, tem havido discordância âmbito do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

A par disso, destaca-se, a partir de agora, o emblemático caso de elevação dos encargos trabalhistas provenientes por convenções e dissídios coletivos. A pergunta é: Aplica-se, ou não, a Teoria da Imprevisão diante de tal circunstância?

Em face do art. 65, II, “d”, da Lei 8.666/1993, a resposta é sim. No entanto, lamentavelmente, a compreensão e aplicabilidade se apresenta totalmente o contrário por parte do STJ. A não consideração da aplicabilidade da Teoria da Imprevisão no caso em tela, no entendimento do STJ tem como justificativa que, o dissídio das categorias profissionais, se constitui fato mais do que previsível, não cabendo, portanto, como fundamento para recomposição econômica do contrato.¹⁰⁷

No contexto jurisprudencial, algumas decisões, segundo a lição do administrativista Marçal Justen Filho:

1. É pacífico o entendimento desta Corte Superior no sentido de que eventual aumento de salário proveniente de dissídio coletivo não autoriza a revisão o contrato administrativo para fins de reequilíbrio econômico-financeiro, uma

¹⁰⁶ Art. 79. A rescisão do contrato poderá ser:

[...]

§ 2º Quando a rescisão ocorrer com base nos incisos XII a XVII do artigo anterior, sem que haja culpa do contratado, será este ressarcido dos prejuízos regularmente comprovados que houver sofrido, tendo ainda direito a:

[...]

¹⁰⁷ O professor de Direito Administrativo, Lucas Rocha Furtado da UNB, em sua recente obra, averbou o mesmo entendimento. (curso de Direito Administrativo, 5. ed., p. 324).

vez que não se trata de fato imprevisível – o que afasta, portanto, a incidência do art. 65, II, d, da Lei 8.666/1993. Precedentes. 2. A retroatividade do dissídio coletivo em relação aos contratos administrativos não o descaracteriza como pura e simples álea econômica. 3. Agravo regimental não provido (AgRg no REsp 957.999/PE, 2.ª T., rel. Mauro Campbell Marques, j. em 22.06.2010, Dje de 05.08.2010).

No mesmo sentido:

1. A questão sob exame não é nova nesta Corte Superior, tratando da aplicação da teoria da imprevisão a contratos administrativos, para fins de restaurar o equilíbrio econômico-financeiro da avença, em razão dos aumentos da carga tributária e de despesas com empregados (este derivado de acordo coletivo). (...) 3. Já no que tange ao aumento das despesas com empregados, consagrou-se o entendimento, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, que se trata de ato previsível se a elevação dos encargos trabalhistas resultar de acordo coletivo. 4. Essa é a lógica aplicada para aumentos de salários e, com muito mais razão, deveria ser aqui aplicada, porque se trata de simples elevação do quantitativo de vales-alimentação (o que por óbvio, causa menor impacto econômico-financeiro do que o aumento de salário) (REsp 776.790/AC, 2.ª T., rel. Min. Mauro Campbel Marques, J. em 15.10.2009, DJe de 28.10.2009).¹⁰⁸

Tal como exposto, o entendimento do referido Tribunal não se amolda com a redação do art. 65, II, “d”, da Lei 8.666/1993. No caso em tela, é necessário compreender que a quebra da equação econômico-financeira decorre de fatos considerados imprevisíveis, não podendo afastar, portanto, a tese no sentido de que, ainda que previsíveis, há situações em que os efeitos serão impossíveis de serem mensurados.

Para adotar interpretação razoável, deve ter-se em vista que necessário se faz a busca pela preservação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo, para que determinado serviço público não seja interrompido e se preserve o interesse da coletividade.

Sabe-se que, como regra, a Teoria da Imprevisão não pode ser invocada sem que sejam expostas as razões que lhe deram causa. Ou seja, as justificativas devem estar de acordo com o que dispõe a redação do já mencionado art. 65, II, “d”, da Lei 8.666/1993, devendo ser afastadas, de plano, justificativas vazias ou imprecisas como a de crise econômica.

No presente estudo, entende-se perfeitamente que, em qualquer situação, não se admitirá invocar a Teoria da Imprevisão, uma vez não comprovada a demonstração do fato imprevisível. Todavia, é preciso considerar que, mesmo estando diante de fato que seja previsível, é possível se esbarrar na dificuldade de chegar a cálculos precisos. Frente a essa situação, a Teoria da Imprevisão deve ser aplicada.

¹⁰⁸ JUSTEM FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 64 e 65.

Por fim, uma vez constatado o rompimento do equilíbrio econômico-financeiro no contrato administrativo, o interessado deve dar ciência à Administração Pública para que, o quanto antes, sejam adotadas medidas adequadas para que ocorra o reequilíbrio econômico.

3.3 A NECESSIDADE DA REFORMULAÇÃO DA TEORIA DAS ÁLEAS NA LEI Nº 8.666/1993 SOB A PERSPECTIVA DA CONSENSUALIDADE ENTRE O INTERESSE PÚBLICO E PRIVADO

No Direito Administrativo brasileiro, a temática concernente à Teoria das Áleas, consagrada na Lei nº 8.666/1993, sempre fora considerada como responsável por disciplinar a busca pelo reequilíbrio econômico-financeiro no curso do contrato administrativo, quando necessário.

Acerca da classificação referente à Teoria das Áleas, a despeito da alteração unilateral do contrato, Fato do Príncipe e fato da administração (Álea administrativa), além da Álea Ordinária e, por último, a Teoria da Imprevisão (Álea Econômica), necessário se faz, tecer alguns apontamentos.

Todavia, impõe-se uma observação a despeito das aludidas áleas. Sendo bem objetivo, não há, ainda, disciplina detalhada sobre a questão, principalmente em relação ao Fato do Príncipe, sendo esse o tema de maior enfoque deste estudo, o que não significa que as outras áleas, não tenham sido objeto de estudo.

Em que pese estar diante de um instituto que não é recente para o Direito Administrativo e com base no que está posto na Lei de Licitações, não se pode olvidar que os resultados poderão ser classificados no sentido de ineficiência na execução de contratos administrativos, conseqüentemente, grave violação ao princípio da eficiência e, principalmente, a preservação do interesse da coletividade na prestação do serviço público. Isso devido à possibilidade de fatos supervenientes, que, por falta de clareza e de objetividade na Teoria das Áleas, poderão colocar a continuidade da prestação do serviço público em risco.

No que se refere, especificamente, à positivação da Teoria das Áleas, insurge-se a primeira problemática, ou seja, ainda que distintas, foram plasmadas em um único artigo da

Lei de Licitações, como se não houvesse classificações e resultados completamente diferentes.¹⁰⁹

Em termos práticos, a problemática, vai muito além da positivação. O correto seria que cada uma das espécies das áleas tivesse sido positivada no Estatuto, separadamente e, o mais importante, com critérios objetivos estabelecidos para aplicação quando necessário, por exemplo, como se consignou, na Lei de Parceria Público-Privada - Lei nº 11.079/2004, em seu art. 5, III.¹¹⁰

Há, porém, outras dificuldades, no que tange à Teoria das Áleas. No caso da necessidade de distinguir cada uma delas com critérios objetivos na fase da formalização do contrato, corrobora no sentido de afastar riscos averbados aleatoriamente pela Administração Pública e evita, de tal modo, riscos na fase da prestação do serviço público.

No caso, vale assinalar que se faz necessária, na fase de formalização contratual, a máxima previsão de riscos oriundos da relação jurídica estabelecida e, conseqüentemente, o meio de resolução estabelecido com base em critérios objetivos, que ainda não constem na Lei, e de forma mais eficiente possível, evitando até mesmo que o impasse seja levado ao Poder Judiciário.

Em virtude disso, nessas linhas introdutórias, parece clarividente a necessidade da reformulação da Teoria das Áleas, que padece de maior clareza e de critérios objetivos, no que concerne à repartição de riscos no curso do contrato administrativo.

É tanta a necessidade da reformulação da Teoria das Áleas que, por se constituir assunto de elevada amplitude e complexidade, no intuito de respeitar os limites impostos pelo que se propõe a presente pesquisa, entende-se que, para prestigiar a didática, o ponto crítico

¹⁰⁹ Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos:

[...]

II - por acordo das partes:

[...]

d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de conseqüências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.

¹¹⁰ Art. 5º As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no art. 23 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever:

[...]

III – a repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária;

[...]

desse estudo foi mais delineado, repete-se, ao Fato do Príncipe, não no que se refere a conceito, mas, em quais situações a referida teoria poderia ser aplicada e o que precisa de melhoramento.

Advirta-se, desde já, que talvez o fato mais importante a despeito do Fato do Príncipe diga respeito à omissão do ponto de vista normativo e a algumas divergências no campo doutrinário, em se definir a quem incumbe a responsabilidade quando ocorre a oneração na fase da execução contratual proveniente de atos exauridos pela União, ou decorrente de atos praticados pelos Estados membros.

A despeito do impasse, é possível extrair a seguinte indagação: Existe critério objetivo para dirimir a constante polêmica do ato emanado pela autoridade pública contratante, ou, quando proveniente de autoridade a qual não detém relação jurídica com o contratado, e ainda assim, o ato será causador de graves reflexos no aspecto econômico? A resposta é simples: Não. Com base na Lei de licitações, infelizmente, não existe.

A conclusão não pode ser outra, senão, a percepção de fatores como insegurança jurídica, ineficiência e total risco à preservação do interesse público, no que se refere à manutenção da prestação do serviço público. Feitas essas considerações, faz-se necessária a abordagem da Teoria do Fato do Príncipe segundo o entendimento da doutrina.

No Brasil, ainda persistem enormes divergências acerca da Teoria do Fato do Príncipe. O ponto mais polêmico diz respeito a quem fica incumbido da responsabilidade por ato praticado, capaz de afetar a parte econômica do contrato. Assim sendo, vale consignar o entendimento de José dos Santos Carvalho Filho, que assim entende:

Com a devida vênia, entendemos que o “príncipe” é o Estado ou qualquer de suas manifestações internas, de modo que nos parece aplicável a teoria se, por exemplo, um ato oriundo da União Federal atingir um particular que tenha contratado com um Estado-membro.¹¹¹

Difere do entendimento do Professor Carvalho Filho, que parece adotar uma concepção mais ampla, a lição da Professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro, a qual averbou sua concepção, claramente, mais restrita:

No Direito brasileiro, de regime federativo, a teoria do Fato do Príncipe somente se aplica se a autoridade responsável pelo Fato do Príncipe for da mesma esfera de governo em que se celebrou o contrato (União, Estados e Municípios); se for de outra esfera, aplica-se a teoria da imprevisão.¹¹²

¹¹¹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 213-214.

¹¹² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 292.

Na França, boa parte da doutrina tem firmado o entendimento no sentido de enaltecer o Fato do Príncipe somente na oneração derivada de ato praticado pela própria Administração Pública contratante.¹¹³

Desse modo, não pairam dúvidas, no tocante aos efeitos do ato praticado por autoridade francesa, de que não seja a contratante. Nesse sentido, pode-se afirmar que, frente à necessidade da resolução do impasse, quando provocado pelo contratado, parece ser possível identificar o chamamento da Teoria da Imprevisão.

Em Portugal, há outra linha de pensamento, sobre o Fato do Príncipe e o poder de modificação unilateral, que merece destaque. Carla Amado Gomes entende que o Fato Príncipe deve ser aplicado somente a questões advindas de outro ente público, mais precisamente, do Poder Legislativo. No tocante às demais situações, o enquadramento seria com base no poder de modificação unilateral.¹¹⁴

O entendimento da jurista portuguesa parece suscitar alguma controvérsia, no que se refere à aplicabilidade do Fato do Príncipe, somente aos atos emanados pelo Poder Legislativo, que, conseqüentemente, sejam capazes de afetar a parte econômica do contrato. Noutras palavras, repete-se, limitar somente ao Poder Legislativo seria restringir por demais a aplicabilidade da referida teoria.

Outra corrente, no entanto, advoga o entendimento da reclassificação da ideia desenvolvida, por Carla Amado Gomes. Dedicada à pesquisa no campo do Direito Administrativo, em Portugal, Marcela Campos Jabôr apresenta a proposta de modificação unilateral sob duas vertentes:

a) Poder de modificação unilateral *stricto sensu*, aqui compreendido como aquele a que a maioria da doutrina entende como poder de modificação unilateral, isto é, o ato administrativo baseado numa reavaliação estratégica do contrato ou em virtude de uma circunstância superveniente que obriga ao Poder Público alterar o ajuste, de modo a adequá-lo à mudança do interesse público por ele perseguido com o objeto contratual; (Negritou-se).

E continua:

b) Poder de modificação unilateral *latu sensu*: qualquer outra hipótese, emanada pela Administração Pública contratante, fundada em situação que não poderia ser prevista quando da celebração do contrato, que não discorre

¹¹³ MORAND-DEVILLER, Jacqueline. **Cours de droit administratif**. 6. ed. Paris: Montchrestien, 1999, p. 423.

¹¹⁴ GOMES, Carla Amado. **A conformação da relação contratual no código dos contratos públicos**. In: **Estudos de Contratações Públicas I**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 535-537.

necessariamente sobre o conteúdo do contrato administrativo, mas que acaba por onerar sobremaneira a sua execução.¹¹⁵ (Negritou-se).

É interessante observar, nesse passo, que, como regra, o critério definidor para distinguir o Fato do Príncipe e a modificação unilateral, segundo a lição da jurista Marcela Campos, é a observação da imputabilidade do ato.

Para melhor entendimento, no que tange à proposta de distinção entre Fato do Príncipe e modificação unilateral do contrato, Marcela Campos¹¹⁶, em sua obra, averbou a lição de Mário Aroso de Almeida¹¹⁷, de que “[...] o Fato do Príncipe, portanto, englobaria ato (administrativo ou legislativo, concreto ou abstrato) emanado de outro ente público que não a Administração contratante”. [...].

Com base na proposta apresentada, de uma nova roupagem, acerca da Teoria das Áreas no contrato administrativo, não se pode deixar de reconhecer, em consequência, que os critérios estabelecidos para distinguir o Fato do Príncipe *versus* modificação unilateral parecem deixar transparecer diversas propostas.

Nesse contexto, cumpre-se, dentro do propósito deste trabalho, ressaltar algumas questões com base nas lições extraídas da doutrina de Portugal, fazendo um breve paralelo com o modelo atual posto no Brasil acerca do Fato do Príncipe.

O modelo implantado pelo Direito Administrativo tradicional, acerca dos contratos administrativos na Lei de Licitações e Contratos Administrativos – Lei 8.666/1993, já não coaduna mais com o Direito Administrativo contemporâneo, o qual tem proposto uma discussão profunda acerca de seus alicerces, infelizmente, ainda calcada na relação de súditos e império.

Nesse sentido, é o entendimento do jurista Pedro Miguel Matias Pereira.

O ponto de partida para a nossa análise é a nova percepção da Administração Pública, em atendimento moderno e mais feminino de uma Administração que ultrapassou a necessidade de se afirmar autoritariamente, diversificando as formas de agir administrativo, nomeadamente, com o crescente recurso à contratualização, ao pacto como alternativa à estatuição. Ultrapassou a necessidade constante de afirmação autoritária mas não prescindiu dos seus poderes públicos, pois a prossecução do interesse público exige que, ainda que contratualize em vez de ditar um comando, não perca a administratividade da sua actuação: a quadratura deste círculo é o que

¹¹⁵ JABÔR, Marcela Campos. **Repartição de riscos na execução do contrato administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 89-90.

¹¹⁶ Idem Ibidem, p. 91.

¹¹⁷ ALMEIDA, Mário Aroso de. **Contratos Administrativos e Regime de sua Modificação no Novo Código dos Contratos Públicos**. In: **Estudos em Homenagem ao Professor Sérvulo Correia**. V. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 811-846.

permite a emancipação (e o recurso crescente) à figura do contrato administrativo.¹¹⁸

A adoção de um novo modelo do regime jurídico administrativo brasileiro, no que tange aos contratos administrativos, se faz necessária. Nesse sentido, defende-se, não a abolição das prerrogativas inerentes à Administração Pública, mas, sim, maior permissão de negociação, sempre a fim de preservar a prestação e a garantia do interesse público primário.

Noutras palavras, o que se está a afirmar é a moderna e necessária adoção da Administração Pública consensual, que, lentamente, vem sendo implantada, como por exemplo, o regime jurídico dos contratos de parceria pública privada na Lei nº 11.079/ 2004, que trouxe uma nova concepção, se comparada com a Lei. nº 8.666/1993.

As dificuldades acerca do regime jurídico dos contratos administrativos também foram diagnosticadas pelo Professor Romeu Felipe Barcellar Filho, que sustenta a tese no sentido de que a predominância da autoridade inflexível que se deriva do Direito Administrativo, fez com que o “negócio” fosse expressamente proibido, estabelecendo, portanto, a dura prática do ato administrativo como “sacralização do poder estatal”; dessa forma, tem proporcionado de tal modo sérias dificuldades para a adoção necessária de uma Administração Pública pautada pela busca constante do consenso.¹¹⁹

Diante desse cenário, não se pode olvidar da necessidade e a urgência de suscitar novas discussões sobre o paradigma atual estabelecido pelo regime jurídico acerca dos contratos administrativos, para que se encontrem novas alternativas a fim de prestigiar o consensualismo.

O que se nota, no entanto, é a ausência de um procedimento capaz de instrumentalizar a regulação dos contratos administrativos na Lei nº 8.666/1993, no que se refere a fatos que poderão dar causa à mutabilidade econômica, que se deriva das diferentes espécies de áleas, principalmente em relação ao Fato do Príncipe (álea administrativa).

A importância da fixação de procedimentos passa a ser de notável importância, quando se alcança a compreensão da necessidade no que tange à preservação dos interesses públicos específicos da coletividade, que, necessariamente, devem ser atendidos pela Administração Pública por meio da relação contratual.

Em razão disso, torna-se necessário compreender que o Regime Jurídico Administrativo, que tem por finalidade nortear toda a atuação da Administração Pública, não

¹¹⁸ PEREIRA, Pedro Miguel Matias. **Os Poderes do contraente público no código dos contratos públicos**. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. p. 9.

¹¹⁹ BARCELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo e o Novo Código Civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p. 192-193.

pode permanecer apresentando-se como o grande causador de colisão entre interesses públicos e privados. Nesse contexto, para que seja evitado conflito em relação àqueles interesses, faz-se necessária a substituição da Administração Pública autoritária por uma Administração que prime pelo equilíbrio dos interesses jurídicos contrapostos.

Nesse ponto, percebe-se que a relação entre particular e Administração Pública sempre foi calcada no sentimento do antagonismo que, como consequência, tem trazido cada vez mais o afastamento de possível estreitamente na relação entre privado e público.

Noutras palavras, mesmo após décadas do nascimento do Direito Administrativo, o que se percebe, ainda nos dias atuais, é a predominância de um ranço dicotômico de vários embates tais como: “Administração Pública *versus* cidadão, interesse público *versus* privado, Administração agressiva *versus* Administração de prestação”.¹²⁰

Ademais, parece não pairarem mais dúvidas quanto à urgência no que se refere à necessidade de um novo modelo de Administração Pública contratual mais democrática, visando sempre à importância e, conseqüentemente, ao uso da técnica da ponderação no momento em que se depara com interesses contrapostos.

É inegável, portanto, a urgência da reflexão concernente ao tema da autoridade e consenso nos contratos administrativos sob a ótica da Teoria das Áleas. Desse modo, em relação ao Contrato Administrativo, apresenta-se como imprescindível a rediscussão da necessidade de valorizar o interesse público e privado, mas sem afastar o consenso na negociação, para que haja a manutenção do interesse público primário, no que tange à boa prestação de serviços públicos.

Em última análise, não se cogita, em hipótese nenhuma, para garantir a ideia do consensualismo, em afastar por completo o regime jurídico administrativo, para que assim, haja maior incidência do direito privado na relação entre público e privado.

A crítica que ora se expõe diz respeito à necessidade de um olhar diferente aos contratos administrativos que têm como objeto a prestação de serviços públicos, principalmente quando se tratar de um grande número de pessoas, pois, nesse caso, estar-se-á diante da efetivação dos direitos sociais.

Nesse sentido, no que se refere aos direitos sociais, não pode ser aceitável a interrupção, por causas que derivem de excesso de burocracia, omissão acerca de determinadas matérias, e muito mais, pela ausência de critérios objetivos a despeito da emblemática Teoria do Fato do Príncipe, quando houver majoração no contrato por conduta

¹²⁰ MARQUES, Francisco Paes. **As relações jurídicas administrativas multipolares** – contributo para a sua compreensão substitutiva. Coimbra: Almeida, 2011, p. 30.

do Ente público que faz da relação contratual, ou, diversamente, por conduta daquele que é considerado estranho na relação contratual.

A par dessas singelas considerações, fica clara, portanto, a imperiosa necessidade de reconhecer que a Lei de Licitações padece de procedimento seguro e específico, no que se refere à alteração contratual capaz de afetar o equilíbrio econômico-financeiro.

Destaca-se que a fragilidade acerca da referida temática é tanta, que todo o conteúdo responsável por atingir o aspecto econômico contratual fora plasmado em um único dispositivo da Lei nº 8.666/1993, repete-se, em seu (art. 65, II, “d”). Além disso, especificamente, diante das diversas possibilidades de alteração contratual, vendo o cenário atual, é possível contemplar uma verdadeira balbúrdia no que tange a ausência de procedimentos específicos e seguros.

Diante disso, é necessário que se compreenda que, a depender do motivo da alteração, o procedimento pode variar também, no que se refere à busca do reequilíbrio econômico-financeiro no contrato.

Desse modo, diante da obscuridade normativa acerca da procedimentalização concernente à Teoria das Áleas e, considerando o possível resultado nocivo e suas consequências, por exemplo, a interrupção do serviço público, a essa altura, resta clara a necessidade de se propor a reformulação da temática aqui exposta.

Em virtude da notável importância do Contrato Administrativo, cuja matéria seja a prestação de serviço público, no que se refere especificamente à Teoria do Fato do Príncipe e modificação unilateral do contrato, há, porém, dificuldade criada na Lei nº 8.666/1993 e se faz necessário, portanto, tecer algumas observações.

Em síntese, para concluir o raciocínio, cabe observar que cabe à Administração Pública contratante ou não, a observância de dimensionar o impacto por ato praticado, capaz de surtir efeitos no contrato, ainda que seja para atender o interesse público. Na sua essência, tal interesse não pode servir de justificativa para condutas duvidosas. Certo é que, uma vez tendo praticado ato que causou dificuldades na continuidade da prestação do serviço público, a Administração Pública deve ser responsável.

Nessa senda, importa destacar que o entendimento adotado neste trabalho parte da concepção da verificação da imputabilidade do ato praticado. Reafirma-se, para tanto, que, no presente estudo, o embasamento parte das lições da professora Marcela Campos Jabôr¹²¹, que entende que, pouco importa se a modificação fora realizada por medidas genéricas ou

¹²¹ JABÔR, Marcela Campos. **Repartição de riscos na execução dos contratos administrativos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 90.

concretas, sendo o ato imputável à entidade contratante, será sempre classificado como modificação unilateral do contrato administrativo.

Nesse caso, não há dúvidas de que, diante da alteração unilateral praticada pelo Ente contratante, resta claro o dever da adoção de medidas indenizatórias, sob pena de locupletação indevida, que, conseqüentemente, afrontaria parte do núcleo central do Regime Jurídico Administrativo (legalidade, moralidade e eficiência).

Por outro lado, também com amparo na doutrina representada pelo jurista de Portugal, Mário Aroso de Almeida¹²², que ora se menciona novamente, seria o Fato do Príncipe, somente atos legislativos e administrativos emanados por Ente Público totalmente fora da relação contratual, mas que, de alguma forma sejam suficientemente capazes de afetar as condições estabelecidas na fase inicial.

Verifica-se, portanto, como resultado, uma vez constatada a onerosidade que, como consequência, seja capaz de colocar em risco, no presente caso aqui defendido, a prestação do serviço público ou de tantas outras matérias, e constatada a não imputabilidade das partes no que tange às modificações, vislumbra-se, de forma cristalina, a incidência da Teoria da Imprevisão, servindo esta como esteio na busca do reequilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Diante da falta de consenso a respeito do tema, que há tempos perdura no seio da doutrina brasileira, parece possível a plena adoção, como conclusão neste trabalho, de uma nova concepção acerca da Teoria do Fato do Príncipe, e, conseqüentemente, da Teoria das Áleas.

Para concluir, não há dúvidas de que, atreladas ao Fato do Príncipe, situações enquadradas nos moldes de caso fortuito e força maior, passam a se constituir como causas objetivas de modificação na relação contratual. Como consequência, tais situações haveriam de se valer da Teoria da Imprevisão, para o devido e necessário pleito, em prol da busca do reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, não podendo afastar, de todo modo, a possibilidade de repartição dos prejuízos, em decorrência de fatos estranhos à vontade das partes.

¹²² ALMEIDA, Mário Aroso de. Contratos administrativos e regime de sua modificação no Novo Código dos Contratos Públicos. In: **Estudos em Homenagem ao Professor Sérvulo Correia**. V. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 811-846, p. 827.

3.4 *EXCEPTION NON ADIMPLETI CONTRACTUS*: O REFLEXO DO AUTORITARISMO NO CONTRATO ADMINISTRATIVO

Atualmente, a exceção de contrato não cumprido (*exceptio non adimpleti*) está prevista no Código Civil, em seu art. 476 que assim dispõe: “Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro”.

Em relação ao intuito da norma, segundo a lição de José dos Santos Carvalho Filho¹²³, “[...] significa que uma parte contratante não pode exigir da outra o cumprimento de sua obrigação sem que ela mesma não tenha cumprido a sua”.

É de se notar que, a despeito do teor da presente temática, logo, acerca de sua compreensão, persistem algumas dificuldades, especificamente no campo dos contratos privados. Tal efeito se apresenta de forma amplamente emblemática, em relação à exceção, no tocante à sua aplicabilidade ou não, nos Contratos Administrativos regidos pela Lei de Licitações e Contratos Administrativos – Lei nº 8.666/1993.

Advirta-se, desde já, que a referida exceção, que se deriva do Direito Civil, há tempos tem proporcionado polêmica em relação a sua aplicação nos Contratos Administrativos, no sentido da possibilidade do particular se valer do referido instituto, em face da Administração Pública, especificamente, diante da falta do cumprimento da obrigação de adimplemento econômico. Noutras palavras, quando deixou de pagar. E com base nesta situação, a pergunta se pretende responder é: mesmo diante da falta de pagamento por parte da Administração Pública, o particular ainda assim se mantém obrigado a continuar a prestação de determinado serviço público?

De início, com o firme propósito de expor os fundamentos para inaplicabilidade da referida exceção nos Contratos Administrativos, tais fundamentos sempre se estribaram na continuidade do serviço público e na supremacia do interesse público sobre o interesse privado.

No entanto, no amplo rol das infindáveis prerrogativas inerente à Administração Pública, em relação à que ora se aborda, tem sido questionada devido à enorme possibilidade de proporcionar ao particular contratado sérias consequências econômicas.

Em análise da Lei de Licitações, para melhor compreensão do presente estudo, bem como para já consignar alguns argumentos favoráveis à plena aplicação da referida exceção, é

¹²³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 197.

importante consignar o art. 7º, § 2º, II e III, da Lei 8.666/1993, que consignou a exigência à previsão orçamentária prévia, no que se refere ao ato da contratação de obra ou serviço:

Art. 7º As licitações para a execução de obras e para a prestação de serviços obedecerão ao disposto neste artigo e, em particular, à seguinte sequência:

[...]

§ 2º As obras e os serviços somente poderão ser licitados quando:

[...]

II - existir orçamento detalhado em planilhas que expressem a composição de todos os seus custos unitários;

III - houver previsão de recursos orçamentários que assegurem o pagamento das obrigações decorrentes de obras ou serviços a serem executadas no exercício financeiro em curso, de acordo com o respectivo cronograma;

O dispositivo, como se vê, não permite diversas interpretações. Nesse sentido, é importante destacar que ele não traçou a observância do ato prévio, como discricionária, mas pelo contrário, quis o legislador averbar que a conduta a ser seguida pelo agente público, que representa o querer da Administração Pública, fosse inteiramente considerada como uma conduta nos moldes da atuação vinculada, não comportando, para tanto, outra conduta.

É interessante observar que o Estatuto vigente previu certa mitigação ao inaceitável privilégio, em seu art. 78, XV ¹²⁴, consignando que, após o esgotamento do prazo de 90 (noventa) dias, só assim, passa a se constituir direito do particular optar pela suspensão da prestação do serviço.

A par do que fora exposto, ainda que o referido Estatuto reconheça como legal a suspensão por parte do particular, somente após o exaurimento do prazo supramencionado, o assunto tem rendido algumas divergências.

Dito isto, tem-se o entendimento de Antônio Carlos Cintra do Amaral:

Um outro tipo de problema o decorrente do descumprimento, pela contratante, de obrigação contratual. Pagar em atraso é o caso típico. Se o cronograma financeiro não é cumprido, o cronograma físico deve ser revisto. Aplica-se, neste ponto, a *exceptio non adimpleti contractu* (exceção do

¹²⁴ 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.

contrato não cumprido). Traduzindo: uma parte não pode, se não cumpriu sua obrigação, exigir da outra o cumprimento do que lhe incumbe.¹²⁵

Necessariamente, considerando a observação, no que diz respeito à dotação orçamentária prévia para a contratualização e excluindo as hipóteses de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, o que se verifica, portanto, é o descumprimento contratual diante da ausência do cumprimento das obrigações, principalmente, no caso aqui em questão, a inadimplência econômica, o que, em resumo, deve ser considerado como ato ilegal.

No entanto, há autores, como o jurista Dirley da Cunha Junior¹²⁶, que ainda insistem em afirmar que o contratado não se pode valer da exceção, antes do exaurimento do prazo de 90 (noventa) dias.

Com o devido respeito, aos que comungam da obrigatoriedade de se observar o esgotamento do lapso temporal, que ora se aborda, para suspender a prestação da obrigação avençada com a Administração Pública, ou seja, em virtude da ausência de pagamento, é absurdo e afrontoso, especificamente em relação aos princípios da eficiência e da legalidade.

Para identificar as consequências, de Contratos Administrativos que não são devidamente cumpridos, por parte da Administração Pública, colhe-se, por oportuna, a feliz reflexão do jurista Joel de Menezes Niebuhr:

Portanto, para evitar a corrupção e a ineficiência administrativa, é de fundamental importância que os contratos disponham de instrumentos jurídicos hábeis que garantam efetivamente o adimplemento da Administração Pública. A falta de tais instrumentos ou o pouco uso de que se tem feito dos tímidos instrumentos atualmente existentes incute na Administração Pública a sensação de onipotência: pagará os contratados quando quiser e se quiser. Ela acredita que não haja nada que possa obrigá-la a realizar os pagamentos. Sem embargo, volta-se a insistir que, depois dos contratados, a grande prejudicada com tal estado de coisas é a própria Administração.¹²⁷

Desse modo, conforme dispõe Niebuhr, a Administração Pública deve atentar para a valorização da eficiência em toda sua atuação, pois, agindo de modo contrário, além de causar graves prejuízos ao interesse primário, o interesse secundário também é afetado, ao passo que, a depender dos prejuízos, será classificada como ineficiente.

¹²⁵ AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. **Licitação e contrato administrativo** – estudos, pareceres e comentários. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 224.

¹²⁶ CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Administrativo**. 4. ed. Salvador: JusPODIVM, 2006, p. 453.

¹²⁷ NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. Curitiba: Zênite, 2008, p. 502-503.

Nesse sentido, é o entendimento de Jefferson Aparecido Dias:

Partindo destas concepções, a eficiência deve ter como parâmetro a Superioridade de Pareto, devendo a Administração Pública atuar de forma a obter uma situação na qual pelo menos uma pessoa seja beneficiada e nenhuma prejudicada, buscando, assim, o ótimo. Se a Administração, ao contrário, adota posturas que prejudicam pelo menos uma pessoa que não é indenizada em seus prejuízos, será classificada como ineficiente.¹²⁸

Feitas essas considerações acerca do princípio da eficiência, ainda que de forma breve, faz-se necessária, nos mesmos moldes, a abordagem do princípio da legalidade em relação à presente temática.

Ademais, vale ressaltar que tal abordagem não será meramente conceitual acerca do referido princípio e, sim, sob a ótica de uma visão mais prática em relação à falta de pagamento por parte da Administração Pública e da obrigatoriedade do particular em continuar a manter o serviço dentro do prazo de 90 (noventa) dias.

Para bem demonstrar a importância do diálogo do princípio da legalidade, em face de conduta ilegal da Administração Pública, no momento em que se encontra inadimplente, torna-se necessário compreender que tal conduta deve ser considerada como a mais grave afronta ao Estado de Direito.

Indiscutível, todavia, que a Administração Pública, no momento em que manifestar o seu interesse em contratar, a ela cabe atentar, de forma pormenorizada para as formalidades prévias. Desse modo, a Administração Pública não dispõe da faculdade, e sim, do dever de avaliar, logo na primeira oportunidade a necessidade da contratação e, principalmente, a apuração e a certeza da existência de recursos orçamentários.

Verifica-se, portanto, que a ausência de recursos para o devido pagamento se apresenta como um verdadeiro contrassenso, que, de maneira nenhuma, pode ser justificável e ocorre nesse caso, clara violação ao princípio da legalidade, sendo mais específico, violação à Lei orçamentária.

Como consequência é de se notar o entendimento de Marçal Justen Filho, em relação à inadimplência da Administração Pública e o inevitável reflexo no que tange ao princípio da legalidade.

É destituído de razoabilidade afirmar que o inadimplemento da Administração não acarreta qualquer consequência. Isso representa negar eficácia do princípio da legalidade e liberar a Administração para adotar condutas arbitrárias. É incompatível com o Estado de Direito. Além das

¹²⁸ DIAS, Jefferson Aparecido. **Princípio da eficiência & moralidade administrativa**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2009, p. 77.

severas punições aos agentes administrativos responsáveis pela infringência à lei, a Administração está obrigada a reparar estritamente todas as consequências de sua inadimplência.¹²⁹

Ainda em relação às consequências, é importante consignar algumas observações. A despeito do atraso no pagamento, não se pode olvidar que incumbe à Administração Pública o dever de recompor o equilíbrio econômico-financeiro, e caso haja necessidade de possível indenização pelos danos sofridos pelo particular, a este, é perfeitamente legal o exercício do direito de reavê-los.

Outro ponto que merece destaque é que, caso haja a rescisão contratual, conforme dito, a Administração Pública não estará livre da responsabilidade de assumir todos os encargos pendentes e tantos outros que poderão surgir, desde que, estejam vinculados ao objeto do contrato. Em relação ao particular, também assumirá responsabilidades tais como o dever de reparar defeitos dos serviços prestados.

Na realidade, importa ressaltar que, uma vez constatado o inadimplemento contratual, a consequência é capaz de afetar o interesse público primário e secundário, em relação a este, pela elevação dos custos, e certamente a incidência de multas e indenizações ao contratado. A despeito da afetação ao interesse primário, caso haja suspensão de determinado serviço público, certamente, a coletividade será prejudicada.

Verifica-se, portanto, que a discussão não está centrada na aplicabilidade ou não da *exceptio non adimpleti contractus*; o que se defende aqui é a continuidade da prestação do serviço público para atender aos anseios da coletividade.

No entanto, diante da inadimplência da Administração Pública, no que se refere ao pagamento, é obvio que a referida exceção deve ser aplicada, sem haver a necessidade do esgotamento do lapso temporal de 90 (noventa), dias pelos seguintes motivos:

É necessário compreender que, em se tratando, por exemplo, de um particular que assumiu o compromisso de prestar o transporte público na zona rural de crianças, o conhecido “perueiro”, frente à inadimplência da Administração Pública, pode ocorrer que o particular não tenha condições de manter o serviço, em virtude da ausência do cumprimento de deveres para com os fornecedores (combustível). Desse modo, em decorrência, o particular estaria impossibilitado de manter o serviço.

Além disso, não se pode afastar o argumento no sentido de que, diante da inadimplência, a Administração Pública, estaria obtendo vantagem indevida a partir

¹²⁹ JUSTEM FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 1.110.

constatação do atraso em adimplir suas obrigações e, mesmo assim, apoiada em suas prerrogativas, exigindo do particular a manutenção da prestação do serviço público.

Por derradeiro, conforme fora demonstrado, talvez a maior consequência danosa. Noutras palavras, a irreparável violação dos princípios da eficiência e da legalidade, cabendo averbar, também, a violação em face dos ditames do Estado de Direito.

Assim sendo, consagra-se evidente que, frente à inércia da Administração Pública em cumprir com suas obrigações pecuniárias, o particular não pode, em tese, suportar os prejuízos aos quais não tenha dado causa. E mais, valer-se de suas prerrogativas que derivam do Regime Jurídico de Direito Público, já não é mais aceitável para tal finalidade, restando, portanto, a aplicação da justa medida em homenagem ao equilíbrio que se extrai da proporcionalidade.

3.5 O REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO SOB A ÓTICA DOS MEIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

O objetivo da presente seção se constitui na abordagem dos meios alternativos de resolução de conflitos, dos quais a Administração Pública direta ou indireta seja parte, sem que haja a necessidade de uma sentença judicial.

Ressalte-se, pois, desde logo, que não foi abordado o procedimento específico das referidas formas alternativas de conflito, cabendo, tão somente, a exposição de uma nova visão acerca do Direito Administrativo, no que se refere à relativização do princípio da supremacia do interesse público e da indisponibilidade do interesse público.

Feitas essas considerações, é importante destacar que, do mesmo modo em que é possível vislumbrar conflitos em uma relação jurídica entre particulares, é sabido que os órgãos da Administração Pública constantemente se envolvem em conflitos. Nesse sentido, tais conflitos podem ser com particulares, situação bastante comum, e sob outro ângulo, entre órgãos da própria Administração Pública, por exemplo, dois órgãos disputando a posse de um imóvel.

Comumente, pela visão clássica do Direito Administrativo, uma vez instaurado determinado conflito, em que seja possível verificar a Pessoa Jurídica de Direito Público ocupando um dos polos, tal conflito, em tese, deverá ser resolvido por meio de sentença judicial.

Para melhor compreensão, é essencial relembrar que como fundamento, para a defesa da sentença judicial, apresenta-se o princípio da indisponibilidade do interesse público, pelo qual a Administração Pública estaria impedida de submeter seus litígios aos institutos da conciliação, de mediação ou de arbitragem. Felizmente, essa visão antiga foi superada.

À vista disso, é importante consignar, que o § 1º¹³⁰ do art. 1º da Lei nº 9.307/1996 – Lei da Arbitragem, após a redação dada pela Lei nº 13.129/2015 cancelou a possibilidade de a Administração Pública direta e indireta se valer da arbitragem como meio extrajudicial, a fim de dirimir eventuais conflitos.

Ainda, sobre a arbitragem na Administração Pública, vale lembrar que a Lei nº 11.079/2004 – Lei da Parceria Público-Privada, também averbou no inciso III¹³¹, do art. 11, a possibilidade de sua aplicabilidade, com o propósito de resolver eventuais litígios. Ao que parece, é inegável, atualmente, a incidência da arbitragem nos conflitos de que a Administração Pública seja parte.

Por outro lado, a Lei nº 13.140/2015 – Lei da Mediação e Autocomposição, e o recente Código de Processo Civil alterado pela Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, trouxeram a possibilidade de resolução de conflitos dos quais a Administração Pública seja parte, afastando, portanto, a necessidade da sentença judicial para pôr fim a determinado conflito.

Com efeito, após a adoção da Conciliação no âmbito da Administração Pública, já não pode persistir mais o entendimento no sentido de violação ao princípio da legalidade ou da indisponibilidade do interesse público. Nesse sentido, ainda que tardiamente, percebe-se a contraposição da prevalência do princípio da supremacia do interesse público em face do interesse privado.

No âmbito doutrinário, não é recente a posição de Romeu Felipe Barcellar Filho, no sentido da admissão da possibilidade de a Administração Pública celebrar acordos e transacionar:

A Administração Pública pode celebrar acordos e transacionar a fim de evitar litígios despropositados que somente prejudicam o bom andamento de suas atividades. A transação pressupõe a existência de um espaço de conformação que a lei outorga ao administrador (em outras palavras, discricionariedade) para valorar, no caso concreto, as medidas necessárias

¹³⁰ Redação do § 1º - A administração pública direta e indireta poderá se valer da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis.

¹³¹ Redação do inciso III – o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato.

para a proteção do interesse público. Transacionar não importa abrir mão do interesse público, sem excluir a participação dos particulares interessados na solução da contenda.¹³²

É essencial reconhecer a necessidade da inserção de um novo paradigma, sob a ótica da bilateralidade e, principalmente, do consenso, no que se refere aos atos de imperatividade praticados pela Administração Pública. Em face da necessidade de um novo modelo, é possível que haja maior garantia da preservação do interesse da coletividade, devendo existir, para tanto, o fomento no que concerne ao consenso.

Hodiernamente, no que tange à temática da consensualidade, é possível encontrar vários fundamentos normativos. Nessa linha de pensamento, o art. 43¹³³ da Lei de Mediação, facultou aos órgãos da Administração Pública a criar câmaras para a resolução de conflitos, e ao mesmo tempo proporcionou regulamentação ao art. 174¹³⁴ do Código de Processo Civil.

Em suma, pode-se afirmar a notável urgência da ruptura, no que se refere à concepção clássica do Direito Administrativo, especificamente, a despeito da substituição do seu “poder estatal”, em face da consensualidade. O Direito Administrativo não pode continuar a se perpetuar calcado no autoritarismo, com a ideia absurda de prevalência, privilégios e superioridades, tendo como fundamento conceitos classificados como indeterminados, por exemplo, a própria supremacia do interesse público e o interesse público.

Noutras palavras, a tendência será a internacionalização da Autocomposição e da heterocomposição abarcando de tal modo, a Administração Pública quando estiver em um dos polos da relação jurídica controvertida. Tanto é verdade tal afirmativa, que a própria Lei nº 9.784/1999 – Lei do Processo Administrativo Federal estabeleceu condições plausíveis, para a manutenção do diálogo por meio da consulta pública e da audiência pública.

Dessas noções elementares, acerca dos meios alternativos de resolução de conflitos, resulta a principal pergunta, que se apresenta como eixo central não só do presente tópico, mas de todo o trabalho esposado: A discussão sobre equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos foi abarcada pela Lei da Mediação? A resposta é sim! O art. 32, em seu § 5º da referida Lei, consignou com muita clareza a possibilidade de solução sobre a matéria:

¹³² BARCELAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo e o Novo Código Civil**. Belo Horizonte: Fórum. 2007, p. 192.

¹³³ Redação do art. 43 – Os órgãos e entidades da administração pública poderão criar câmaras para a resolução de conflitos entre particulares, que versem sobre atividades por eles reguladas supervisionadas.

¹³⁴ Redação do art. 174 – A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarão câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo tais como [...]

Art. 32. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão criar câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos, no âmbito dos respectivos órgãos da Advocacia Pública, onde houver, com competência para:

[...]

§ 5º. Compreendem-se na competência das câmaras de que trata o *caput* a prevenção e a resolução de conflitos que envolvam **equilíbrio econômico-financeiro** de contratos celebrados com particulares. (Negritou-se).

Finalmente, deve-se considerar o avanço, no que se refere à aplicabilidade de formas alternativas de resolução de conflitos, nas relações controvertidas que envolvam o interesse público em face do interesse particular.

Desse modo, é perfeitamente possível que a discussão sobre equilíbrio econômico-financeiro de contratos administrativos seja resolvida por meio de acordo (Autocomposição), passando a ser dispensável, portanto, a busca direta pelo Poder Judiciário.

Outro ponto que merece destaque diz respeito à Mediação coletiva de conflitos envolvendo prestação de serviços públicos. Imagine-se a seguinte situação. Após várias reclamações, foi constatado que centenas de moradores estão com problemas no serviço municipal de coleta de lixo domiciliar; diante de tal situação, indaga-se: a fim de evitar que inúmeras ações judiciais sejam propostas em face do Município, a Procuradoria Geral do Município pode instaurar, na câmara de mediação administrativa, a mediação coletiva para dirimir conflitos relacionados com a prestação do serviço de coleta de lixo domiciliar? Sim, de acordo com o parágrafo único¹³⁵, do art. 33 da Lei de Mediação.

Diante da novidade em relação à Mediação coletiva, em se tratando de serviços públicos, é possível verificar algumas vantagens tais como: a) a solução de problemas que contemplam o interesse da coletividade de forma mais célere; b) a diminuição de inúmeras ações judiciais, e por fim, c) a abertura da participação de determinadas associações pela busca da solução consensual em prol dos destinatários do serviço público.

Pode-se deduzir com base no que foi exposto, a urgência da iniciativa da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, no que se refere à criação de câmaras para resolução de conflito. Ressalte-se, que a Lei nº 13.140/2015 estabeleceu regras gerais sobre a câmara de mediação administrativa cabendo, portanto, a regulamentação de cada Ente segundo suas realidades regionais e locais.

¹³⁵ Redação do parágrafo único: A Advocacia Pública da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, onde houver, poderá instaurar, de ofício ou mediante provocação, procedimento de mediação coletiva de conflitos relacionados à prestação de serviços públicos.

Como visto, apesar de não ser recente, da Teoria das Áleas, ainda é possível extrair inúmeras incertezas, a despeito da necessidade do reequilíbrio econômico-financeiro do contato administrativo pelas razões que já foram expostas.

Assim, tem especial relevância para os contratos administrativos, portanto, a aplicabilidade da mediação administrativa às questões inerentes ao reequilíbrio econômico, principalmente, quando a matéria versar sobre serviço público. Isto porque, não se afirma, no presente trabalho, que o serviço público não pode ser interrompido, todavia, incumbe à Administração Pública o dever de evitar a interrupção do serviço público, valendo-se de todos os meios previstos na ordem jurídica.

Por fim, a partir do momento em que a Administração Pública se nega a se valer de formas alternativas para a resolução de conflitos, o entendimento é um só, ou seja, a violação do princípio da continuidade do serviço público, por parte da própria Administração Pública.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante de todo o exposto, observou-se, no primeiro capítulo, a importância da temática do Serviço Público. Nesse contexto, foram demonstradas diversas previsões normativas de cunho regulamentário, não só por via da Lei nº 8.666/1993, mas também pela Lei nº 8.987/1995 que disciplina a concessão e permissão de serviço público. Na sequência, verificou-se também a prestação de serviços públicos, pela Parceria Pública Privada, disciplinada pela Lei nº 11.079 de 2004.

Nesse contexto, constatou-se que o Serviço Público assume papel de extrema relevância, por assegurar a preponderância do interesse da coletividade. Desse modo, o referido Serviço Público deve ser tido como atividade material, que o próprio Estado assume, a fim de satisfazer as necessidades públicas de toda a coletividade, noutras palavras, sempre voltado para o atendimento do interesse primário.

Além disso, faz-se necessário distinguir a titularidade do Serviço Público com a titularidade da prestação de determinado serviço. É necessário compreender que o fato do Estado (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), ser considerado como titular do Serviço Público, não significa dizer que deva ser o prestador direto de todos os serviços.

Assim, convém destacar que ao Estado incumbe a prerrogativa de prestar o serviço diretamente ou por entidade suas, e por fim, poderá valer-se também da permissão ou da concessão de serviços públicos.

Posteriormente, no segundo capítulo, verificou-se que o Contrato Administrativo assume a posição de contrato, por não haver a possibilidade da negativa, no que se refere às diversas imposições atribuídas às partes. Tanto é verdade, que a produção dos efeitos estará condicionada à anuência das referidas partes.

A fim de evitar eventuais dúvidas, não se está a afirmar que ao particular vigore a possibilidade de discutir determinada cláusula. No entanto, o entendimento é no sentido de ocorrer a anuência tácita, ou seja, uma vez assinado determinado contrato pelo particular, tornou-se possível vislumbrar o ato de anuir. Todavia, o entendimento no presente trabalho é no sentido de não haver como comparar o contrato de Direito Privado, de igual modo com o Contrato Administrativo, pelo motivo da notável diferença de regime jurídico.

Em relação às diversas prerrogativas inerentes aos Contratos Administrativos, convém destacar alguns fundamentos. Há tempos, concebeu-se a forte e/ou quase imutável concepção acerca do Regime Jurídico Administrativo, que se apresenta na clássica visão como base para a manutenção do princípio da “supremacia do interesse público”, para em

toda a atuação finalística da Administração Pública, justificando ser assim, em prol do interesse público. Ademais sendo, nos Contratos Administrativos, especificamente em relação às cláusulas exorbitantes, não se apresenta de modo diferente.

O princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, sempre fora visto como mandamento, ou seja, tido como exigência para o convívio natural da vida em sociedade, estribando-se na premissa de que, afastada a supremacia, o Estado estaria totalmente desprovido da capacidade de zelar pelo bem-estar comum.

É forçoso reconhecer a necessidade de uma nova proposta em relação à aplicabilidade do princípio da supremacia do interesse público, sob o fundamento das inovações plasmadas no bojo da Carta Política de 1988. Nesse sentido, não é o caso de aventar a possibilidade de destruição do princípio em comento, mas, ao revés, de reconstrução.

Mostra-se absolutamente aceitável a reconstrução do princípio da supremacia do interesse público sobre o dever de ponderação no que concerne aos interesses em conflito. Ao fixar diretrizes sob a ótica de ponderação, no que concerne à supremacia do interesse público, a Administração Pública passa a atuar de forma a valorizar os direitos fundamentais, que são valores primordiais da ordem constitucional interna do Estado, inerentes à ideia de dignidade da pessoa humana, evitando, assim, os desmandos e privilégios da Administração Pública.

A par dessas considerações, não cabe olvidar que a temática concernente aos Contratos Administrativos na Lei de Licitações - Lei nº 8.666/1993, em constante diálogo com outra importante temática, ou seja, do Serviço Público, necessita de urgente reformulação (reconstrução).

No terceiro capítulo, verificou-se que, em relação ao objeto da presente investigação, ou seja, da Teoria das Áleas, que foi abarcada na temática concernente aos Contratos Administrativos, necessita de reformulação, por não se apresentar como instrumento seguro, a fim de garantir a não interrupção do serviço público.

Inicialmente, fale-se da necessidade da reformulação da Teoria das Áleas, pelas razões que ora foram expostas. Verificou-se, na presente pesquisa, que não é aceitável partir da concepção no sentido de que independentemente da espécie da Álea, sempre haverá o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato. Pensar de tal modo é inequívoco.

No que se refere à Álea Ordinária ou Empresarial, não é possível defender que sempre haverá o reequilíbrio econômico. É necessário compreender, nesse contexto, que os riscos sempre estarão presentes em qualquer tipo de negócio, por uma questão óbvia, ou seja, pois constitui um risco que se deriva da flutuação do mercado. Neste caso, diante da

previsibilidade, ao particular incumbe toda a responsabilidade, pois pensar de modo contrário significa excluir a mencionada Álea com o argumento da não previsibilidade dos riscos.

A respeito da Álea Administrativa, apresenta três classificações. A Administração Pública conta com a prerrogativa de alterar unilateralmente a execução de seus contratos, independentemente da anuência ou não do Poder Judiciário, passando a impor o cumprimento imediato por parte do particular.

Assim, verificou-se também que, a despeito do poder de modificação unilateralmente, faz-se necessário atentar que deverá ocorrer sempre em situações de extrema excepcionalidade. Noutras palavras, enxergar de modo comum o instituto da alteração seria afirmar que de nada valeu o processo de seleção para a contratação.

Contudo, não é conveniente afirmar que a modificação não externe pontos positivos. Chegar ao extremo da proibição, no sentido de haver um novo certame para uma nova contratação, diante de fatos supervenientes da relação entre o particular e a Administração, caracterizaria grave violação aos princípios da eficiência e da economicidade.

Diante da modificação, o que se defende no presente trabalho é o dever da instauração de um “Processo de Justificativa”, que pode ser compreendido na exigência da exposição das razões de fato e de direito que deram origem à modificação. Seguindo a ideia da justificativa, acredita-se, no afastamento de decisões tendo como fundamento o interesse público, conceito que, há tempos, se apresenta como indeterminado e inseguro. Assim, para concluir, uma vez atendida a exigência de tal justificativa, os princípios da legalidade, moralidade e da transparência pública passam a ser totalmente valorados.

Sobre o Fato do Príncipe, a questão de maior controvérsia ainda paira sobre o ato emanado pelo ente contratante, ou não, e que, de todo modo, mesmo não havendo relação jurídica com o contratante, ainda assim, proporciona impacto no aspecto econômico do contrato.

Ademais, sobre tal controvérsia, conclui-se que o Fato do Príncipe é ato emanado de Ente público, todavia, que não tenha nenhuma relação jurídica com o contratante e, mesmo assim, o ato praticado proporciona impacto no contrato administrativo. Desse modo, entende-se no presente trabalho que ato praticado por Ente público contratante, capaz de surtir efeitos na parte econômica do contrato, na verdade, se trata de modificação unilateral.

Como fundamento, apresenta-se a justificativa, no sentido de haver a previsibilidade no tocante ao resultado na relação jurídica já estabelecida. Nesse sentido, pode-se concluir que, diante dessa proposta, o contratante estaria certo ao acionar pela busca do reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, vez que, do panorama traçado hodiernamente sobre a

matéria, infelizmente, sob o ponto de vista normativo não existe absolutamente nenhuma regulamentação na Lei nº 8.666/1993.

Após, sobre o fato da administração que também abarca a Teoria da Álea Administrativa, vislumbrou-se o comportamento irregular por parte da Administração Pública, proporcionando de tal modo, violação aos direitos do contratado.

Em resumo, conclui-se, portanto, que neste caso não se cogita a busca pelo reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, devido ao fato de nem sempre ser possível identificar impacto no aspecto econômico em adimplementos futuros. Assim, entende-se aventar a possibilidade de uma possível indenização pelos prejuízos causados por ato advindo da própria Administração.

Verificou-se, também, que a respeito da Teoria das Áleas, a falta de organização sob o ponto de vista da matéria no plano normativo. Conforme fora destacado, todo o conteúdo fora consignado em um único dispositivo da Lei de Licitações (art. 65, II, “d”), não havendo qualquer especificação capaz de estabelecer procedimentos, como consequência, da forma em que está, não é possível vislumbrar segurança jurídica principalmente, para o particular.

No que tange à obrigação do particular conforme dispõe o art. 78, XV, da Lei de Licitações, em manter a prestação do serviço público, até o prazo de 90 (noventa) dias, sem o devido pagamento, o entendimento é no sentido de que não aventa a possibilidade de se invocar a *exceptio non adimpleti contractus*, sob a justificativa da continuidade do serviço público e da supremacia do interesse público. A essa altura, não se justifica mais, sendo, portanto inaceitável.

Nesse caso, é preciso lembrar que há a necessidade do estudo prévio acerca da viabilidade da contratação e, principalmente, sob o ponto de vista econômico, em respeito à Lei Orçamentária. A partir do momento em que se fomenta a ideia da permanência da prerrogativa do prazo, ocorre flagrante desrespeito ao princípio da legalidade e da eficiência, por afetar a própria Administração e, muito mais, o interesse primário.

Conclui-se, portanto, que, pela relevância da matéria acerca do serviço público, o Contrato Administrativo previsto na Lei nº 8.666/1993 necessita, urgentemente, de uma ampla reformulação, em relação à Teoria das Áleas e parte do conteúdo gravoso das Cláusulas Exorbitantes, cabendo destacar, também, a importância de criar mecanismos para que haja consensualidade, pois, dessa forma, o interesse público primário estaria mais protegido.

No que se refere à teoria da imprevisão constitui, pois, como fundamento do dever de indenização pelas hipóteses traçadas pela Lei nº 8.666/1993, ou seja, nos casos de força maior

e casos fortuitos. Assim, vale ressaltar que haverá a divisão de prejuízos, devido a esse prejuízo ser proveniente de evento imprevisível, ensejando a modificação contratual.

Ocorre, contudo, o dever de analisar a probabilidade de manter ou não o contrato. Não havendo tal possibilidade, acredita-se ser possível o pleito pela rescisão, devendo haver, de forma expressa, a anuência das partes.

Sobre a temática da consensualidade, insurge-se a Mediação Administrativa. Por este mecanismo, foi possível verificar verdadeira inovação acerca do Direito Administrativo, que há tempos se tornou conhecido por externar o seu querer de forma unilateral, não permitindo, por tanto, a abertura da manifestação prévia dos interessados em significativa maioria da exteriorização de seus atos.

Nesse sentido, a Mediação Administrativa se apresenta como instrumento capaz de dar efetividade ao princípio da continuidade da prestação do serviço público, vez que haverá uma reunião de esforços de ambas as partes, ou seja, particular e Administração Pública, para a não interrupção de determinado serviço público.

Por derradeiro, após o estudo do serviço público sob a ótica da Lei nº 8.666/1993 – Lei de Licitações e Contratos administrativos, o entendimento é que a referida lei não apresenta critérios objetivos seguros de modo a garantir a não interrupção do serviço público. Por essas e outras razões, têm-se multiplicado, no Brasil, os defensores que militam pela exclusão dos serviços públicos da Lei de Licitações. A par dessas noções, advoga-se não pela exclusão, mas pela reformulação da Teoria das Áleas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABNT Associação Brasileira de Normas Técnicas. **NBR 14.724, de 17.03.2011**. Informação e documentação, trabalhos acadêmicos, apresentação. Válida a partir de 17.04.2011. Rio de Janeiro, 2011.

ALMEIDA, Mário Aroso de. Contratos Administrativos e Regime de sua Modificação no Novo Código dos Contratos Públicos. In: **Estudos em Homenagem ao Professor Sérvulo Correia**. V. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. **Concessão de Serviço Público**. 2. ed. São Paulo. Malheiros, 2002.

_____. **Licitação e contrato administrativo** – estudos, pareceres e comentários. Belo Horizonte: Fórum, 2006

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito dos serviços públicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

ARAÚJO, Edmir Netto de. **Contrato Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos Princípios da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

BAENA, Concepción Horgué. *La modificación del contrato administrativo de obra: el ius variandi*. Madrid: Marcial Pons – Ediciones Jurídicas y Sociales S.A, 1997.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

BARCELLAR FILHO, Romeu Felipe. **Direito Administrativo e o Novo Código Civil**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. **A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1994

BESTER, Gisela Maria. **Direito Constitucional: fundamentos teóricos**. v.1. São Paulo: Manole, 2005.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo Direitos Fundamentais, Democracia e Constitucionalização**. 2. ed. São Paulo: Renovar, 2008.

BORGES, Alice Maria Gonzales. **Temas do Direito Administrativo atual** (Estudos e Pareceres). Belo Horizonte: Fórum, 2004.

BUCCI, Maria Paula Dalarri. **Direito administrativo e políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2002.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Constituição Federal anotada**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

_____. **Manual de Direito Administrativo**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. 3. ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

COUTO E SILVA, Almiro do. Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares. Serviço público 'à brasileira'? **Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul**, 27/233, n. 57, Porto Alegre, 2004.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Administrativo**. 4. ed. Salvador: JusPODIVM, 2006.

DIAS, Jefferson Aparecido. **Princípio da eficiência & moralidade administrativa**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010.

DUGUIT, Leon. **Les transformations du droit public**. Paris: Éditions da Mémoire du Droit, 1999.

_____. **Las Transformaciones Generales del Derecho**. (trad. Adolfo G. Posada e Ramón Jaén), Buenos Aires: Heliasta, 2001.

DROMI, José Roberto. **La licitación pública**. Buenos Aires: Astrea, 1975.

ESTORNINHO, Maria João. **Réquiem pelo contrato administrativo**. Coimbra: Almedina, 1990.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. **Curso de Direito Administrativo**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

FONSECA, João Bosco Leopoldino de. **Direito Econômico**. São Paulo: Forense, 2005.

FORSTHOFF, Ernst. **Traité de droit administratif allemand**. Bruxelas: Établissements Émile Bruylant, 1966.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de direito administrativo**. 5. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

FREIRE, André Luiz. **O regime de Direito Público na prestação de serviços públicos por pessoas privadas**. São Paulo: Malheiros, 2014.

GARRANZO, Javier Vázquez (coord.), DOMINGO, Carmen Rodrigues de Riviera. **Comentarios a la ley de contratos del sector público**. Barcelona: Bosch, 2009.

GASPARINE, Diogenes. **Direito Administrativo**. 17. ed. Atualizada por Fabrício Mota – São Paulo: Saraiva, 2012.

GOMES, Carla Amado. A conformação da relação contratual no código dos contratos públicos. In: **Estudos de Contratações Públicas I**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

GOMES, Sebastião Edilson. **Manual de Direito Administrativo**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

GRAU, Eros Roberto. **Direito, Conceitos e Normas Jurídicas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **O Serviço Público e a Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Malheiros, 2003.

HARGER, Marcelo. **Princípios constitucionais do processo administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

JABÔR, Marcela Campos. **Repartição de riscos na execução dos contratos administrativos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

JUSTEM FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARQUES, Francisco Paes. **As Relações Jurídicas Administrativas Multipolares – Contributo para a sua compreensão substitutiva**. Coimbra: Almeida, 2011.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Concessões**. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2003.

MELLO, Osvaldo Aranha Bandeira de. **Princípios gerais do Direito Administrativo**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. **Contrato administrativo**. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

MORAND-DEVILLER, Jacqueline. **Cours de droit administratif**. 6. ed. Paris: Montchrestien, 1999.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

NUSDEO, Fábio. **Curso de Economia: introdução ao direito econômico**. 3. ed. São Paulo: RT, 2001.

OSÓRIO, Fábio Medina. Existe uma Supremacia do Interesse Público sobre o Privado no Direito Administrativo Brasileiro. **Revista de Direito Administrativo** n. 220, abril/junho. 2000.

PEREIRA, Pedro Miguel Matias. **Os poderes do contraente público no código dos contratos públicos**. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

PONTES FILHO, Valmir; MOTTA, Fabrício; GABARDO, Emerson (Coord.). **A regeneração da administração pública**: Livro do XXX Congresso Brasileiro de Direito Administrativo. Curitiba: Íthala, 2017.

RIBEIRO, Maria de Fátima. **Novos horizontes da tributação**: um diálogo luso-brasileiro. Coimbra: Almedina, 2012.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **Princípios constitucionais de administração pública**. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

ROCHA, Fernando Antônio Dusi. **Regime jurídico dos contratos administrativos**. 2. ed. Brasília. Brasília Jurídica, 2000.

SCAFF, Fernando Facury. Efeitos da Coisa Julgada em Matéria Tributária e Livre-concorrência. In: **Coisa julgada, constitucionalidade e legalidade em matéria tributária**. coord. Hugo de Brito Machado. São Paulo: Dialética; e Fortaleza: ICET, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 15. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

SILVEIRA, Daniel Barile da. O fim do serviço público: a crise no conceito de serviço público e seu desenvolvimento. **Ensaio sobre políticas públicas**. Birigui: Boreal, 2016.

SILVEIRA NETO, Otacílio dos Santos Silveira. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**. Belo Horizonte, ano 11, n. 42, abr./jun. 2013.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Licitação e contrato administrativo**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

TÁCITO, Caio. **Direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1975.

_____. **Temas de direito público: estudos e pareceres**. V.2. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

TAVARES, André Ramos. **Direito constitucional econômico**. 2. ed. São Paulo: Método, 2006.

UNIMAR, Universidade de Marília. **Manual de metodologia da pesquisa jurídica científica**. Orientações quanto à elaboração e apresentação gráfica do Projeto de Pesquisa e da Dissertação. Marília-SP: Unimar, 2012.