

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO**

MAYARA KUPINSKI MATOS

**A APLICABILIDADE DA TEORIA DA IMPREVISÃO AOS
CONTRATOS DE CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS:
A CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS* COMO INSTRUMENTO
DA MANUTENÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-
FINANCEIRO**

Florianópolis

2014

MAYARA KUPINSKI MATOS

**A APLICABILIDADE DA TEORIA DA IMPREVISÃO AOS
CONTRATOS DE CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS:
A CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS* COMO INSTRUMENTO
DA MANUTENÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-
FINANCEIRO**

Trabalho de conclusão de curso
submetido ao Curso de Graduação de
Direito da Universidade Federal de
Santa Catarina, como requisito parcial
para a obtenção do grau de bacharel
em direito.

Orientador: Prof. Luiz Henrique
Urquhart Cademartori, Dr.

Florianópolis

2014

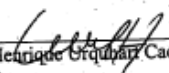



Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Ciências Jurídicas
Colegiado do Curso de Graduação em Direito


TERMO DE APROVAÇÃO

A presente monografia, intitulada "A APLICABILIDADE DA TEORIA DA IMPREVISÃO AOS CONTRATOS DE CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS: A CLÁUSULA *REBUS SIC STANTIBUS* COMO INSTRUMENTO DA MANUTENÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÓMICO-FINANCEIRO", elaborada pelo acadêmico Mayára Kupinski Matos defendida nesta data e aprovada pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10 (dez), sendo julgada adequada para o cumprimento do requisito legal previsto no art. 9º da Portaria nº 1886/94/MEC, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução n. 003/95/CEPE, bem como, pela Res. CNE/CES/09/2004.

Florianópolis, 03/07/2014.


Luiz Henrique Orquhar Cademartori


Mônica Medeiros Gaspar de Souza


Bernardo Wildi Lins

A aprovação da presente monografia não significará o endosso do Professor Orientador, da Banca Examinadora e do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina às ideias, às opiniões e à ideologia que a fundamentam ou que nela são expostas.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, inicialmente, a Deus, por ter me concedido o dom da vida e me guiado desde então.

A minha família, e, em especial a meus pais, Ailson Rogério da Rosa Matos e Maria Bernadete Kupinski Matos, pelo exemplo de honestidade e perseverança a mim passados.

A minha irmã, Bárbara Kupinski Matos, pela amizade de sempre.

Ao meu namorado e companheiro de todas as horas, Guido Rosso Guedin, pelo incentivo e apoio em todos os momentos.

Aos mestres, em especial a meu orientador Luiz Henrique Urquhart Cademartori pela gentileza e orientação que dispensou a mim.

À Universidade Federal de Santa Catarina, que me proporcionou um estudo gratuito e de excelência, colaborando, em muito, com minha formação profissional.

RESUMO

A presente monografia tem como escopo investigar a aplicabilidade da Teoria da Imprevisão aos contratos de concessão de serviço público, observadas suas peculiaridades. No primeiro capítulo, traçam-se breves considerações acerca da formação histórica do contrato, definindo-o enquanto instituto de Direito Civil. Analisam-se, ainda, os princípios informativos do Direito Contratual, bem como os elementos do contrato e seu processo de formação e extinção. A seguir, no segundo capítulo, busca-se explicitar as peculiaridades dos contratos administrativos, diferenciando-os dos contratos de Direito Privado, tecendo observações acerca do contrato de concessão de serviços públicos. No terceiro capítulo, explora-se a Teoria da Imprevisão na ordem jurídica pátria, dissertando acerca de seus requisitos de aplicabilidade. Por fim, ainda neste último capítulo, demonstra-se, a partir do estudo da intangibilidade da equação econômico-financeira do contrato de concessão de serviço público, a necessidade de sua revisão quando ocorrerem fatos extraordinários e supervenientes que venham a desestabilizar tal equação, por meio da aplicação da Teoria da Imprevisão.

Palavras-chave: Contrato. Concessão de serviço público. Direito Administrativo. Teoria da Imprevisão.

LISTA DE FIGURAS

1.Figura - Cláusulas exorbitantes	55
2.Figura - Cláusula de modificação unilateral do contrato administrativo	56
3.Figura - Áleas.....	72

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 TEORIA GERAL DOS CONTRATOS	12
1.1 DEFINIÇÃO DE CONTRATO	12
1.2 PRINCÍPIOS INFORMATIVOS DO DIREITO CONTRATUAL	16
1.2.1 Princípio da autonomia da vontade	17
1.2.2 Princípio da obrigatoriedade dos contratos	19
1.2.3 Princípio da relatividade dos efeitos do contrato	20
1.2.4 Princípio da boa-fé objetiva	21
1.2.5 Princípio da função social dos contratos	23
1.3 ELEMENTOS ESSENCIAIS DO CONTRATO	24
1.3.1 Capacidade das partes	25
1.3.2 Objeto	25
1.3.3 Forma	26
1.4 FORMAÇÃO DOS CONTRATOS	27
1.4.1 Fase de negociações preliminares	27
1.4.2 Fase de proposta	28
1.4.3 Fase de contrato preliminar	30
1.4.4 Fase de contrato definitivo	31
1.5 EXTINÇÃO DOS CONTRATOS	33
2 TEORIA GERAL DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS	35
2.1 REGIME JURÍDICO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS	36
2.1.1 Obrigatoriedade de licitação prévia	37
2.1.2 Possibilidade de exigência de garantia a ser prestada pelo contratado.....	38
2.1.3 Requisitos para a formalização do contrato	39
2.1.4 Cláusulas essenciais.....	40
2.1.5 Cláusulas exorbitantes	41
2.1.6 Prazo.....	46
2.1.7 <i>Exceptio non adimpleti contractus</i>	47
2.1.8 Possibilidade de subcontratação	47
2.1.9 Extinção contratual.....	48
2.2 CONTRATO DE CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS	49
2.2.1 Regime jurídico aplicável	50
2.2.2 Traços característicos da concessão de serviço público	51

3	A TEORIA DA IMPREVISÃO E OS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS	56
3.1	EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS	56
3.1.1	Desequilíbrio econômico-financeiro em decorrência de álea ordinária.....	60
3.1.2	Desequilíbrio econômico-financeiro em decorrência de álea extraordinária administrativa.....	60
3.1.3	Desequilíbrio econômico-financeiro em decorrência de álea extraordinária econômica.....	63
3.2	TEORIA DA IMPREVISÃO	63
3.2.1	Histórico	64
3.2.2	A teoria da imprevisão ordenamento jurídico brasileiro.....	66
3.3	APLICABILIDADE DA TEORIA DA IMPREVISÃO AOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS	75
3.3.1	Recomposição do equilíbrio econômico-financeiro das concessões de serviço público mediante a aplicação da Teoria da Imprevisão	77
4	CONCLUSÕES.....	81
5	LISTA DE REFERÊNCIAS	83

INTRODUÇÃO

Tão antigo como o próprio ser humano é o conceito de contrato, que nasceu a partir do momento em que as pessoas passaram a se relacionar e a viver em sociedade. A própria palavra sociedade traz a ideia de contrato, de composição entre as partes com a finalidade de promover uma convivência pacífica (TARTUCE, 2014).

A Administração Pública, desde logo, reconheceu a utilidade desse instrumento para a satisfação do interesse público. Todavia, sua interveniência no campo dos contratos gerou grande perplexidade na doutrina, fundamentalmente pela aparente incompatibilidade entre os princípios que regem o Direito Civil e o Direito Público (BASTOS, 1994).

Contemporaneamente, a Administração utiliza-se, por diversas vezes, da concessão de serviços públicos, transferindo a particulares a realização de determinados serviços. Neste viés, a concessão se apresenta como uma ferramenta de gestão, materializada por meio de contrato, que possibilita redução de custos e especialização em sua prestação.

A concessão de serviço público pode ser definida como contrato administrativo por meio do qual o poder concedente – ente público – delega à pessoa jurídica ou consórcio de empresas a execução de um serviço público, para que o execute em seu próprio nome, por sua conta e risco, sendo este remunerado, em regra, mediante tarifa paga pelo usuário.

Logo, enquanto espécie de contrato administrativo, a concessão de serviços públicos observa um regime jurídico próprio, instituído pelo Direito Administrativo, regido pelo princípio da supremacia do interesse público, e substancialmente delineado pelas Leis n. 8.987/1995 e n. 8.666/1993, nas quais se conferem prerrogativas à Administração Pública.

É do Direito Civil que o Direito Administrativo extrai as bases da teoria dos atos e contratos administrativos. Mas, como é evidente, não obstante serem as bases idênticas, o Direito Administrativo se orienta pelo interesse público, enquanto o Direito Civil segue orientação diversa, calcada nos interesses privados (FIUZA, 1999).

Os contratos administrativos de concessão de serviços públicos, assim como aqueles regidos pelo Direito Privado, devem possuir equivalência entre o objeto contratado e seu preço, desde sua celebração até o seu término.

Ocorre que, devido a fatores supervenientes, a equação econômico-financeira do contrato administrativo pode ser comprometida, onerando excessivamente uma das partes. Em meio ao cenário econômico vigente, emerge, então, a discussão acerca da execução destes contratos administrativos e da necessidade de manutenção de seu equilíbrio econômico-financeiro.

Neste ínterim, a presente monografia tem por escopo compilar os ditames legais e a produção doutrinária referentes à aplicabilidade da Teoria da Imprevisão aos contratos administrativos de concessão de serviço público, tendo em vista suas peculiaridades, em face da obrigatoriedade de observância do princípio da modicidade da tarifa.

Neste trabalho, utilizar-se-á o método dedutivo de abordagem – partindo-se de argumentos gerais para, então, proceder-se ao desenvolvimento de raciocínio em torno da hipótese firmada – aliado ao procedimento de estudo bibliográfico.

1 TEORIA GERAL DOS CONTRATOS

A palavra contrato compõe-se de dois elementos: o pré-verbo *con*, que significa “junto de”, e o substantivo *tractus* que, embora tenha sentido primeiro de “ação de arrastar”, encerra a ideia, contida em seu elemento radical, de confiança, fidelidade, sinceridade. Assim sendo, em sua acepção etimológica, contrato significa “arrastamento simultâneo baseado na confiança recíproca”, situação de tal ordem que impele duas vontades oriundas de pontos diversos caminhando para o mesmo objetivo, cruzando-se, atingindo-o, e, ao final, partindo novamente em direções opostas (CRETILLA JÚNIOR, 1997).

Já nas sociedades mais primitivas se fazia presente a prática de acertar-se entre dois ou mais indivíduos o cumprimento de determinados comportamentos recíprocos. Entretanto, o caráter singelo da ordem jurídica não permitia, ainda, sancionar o descumprimento dessas avenças, o que só se tornou possível com o Direito Romano (BASTOS, 1994).

Desde então, a ideia de contrato vem sendo moldada, tendo sempre como base as práticas sociais, a moral e o modelo econômico da época (MARQUES, 1999). Com as recentes inovações legislativas e com a sensível evolução da sociedade brasileira, não há como desvincular o contrato da atual realidade nacional, surgindo a necessidade de dirigir os pactos para a consecução de finalidades que atendam aos interesses da coletividade (TARTUCE, 2014).

Ante a grande disputa entre os doutrinadores acerca da existência e do conceito de contratos administrativos, exige-se, para uma correta abordagem ao problema – possibilidade e requisitos de aplicação da Teoria da Imprevisão aos contratos de concessão de serviços públicos –, uma incursão sobre a Teoria Geral do Direito.

Isto porque, segundo Justen Filho (1997), o instituto do contrato não teve sua origem no Direito Público, mas sim desenvolveu-se no âmbito do Direito Privado, motivo pelo qual os caracteres fundamentais e peculiares à figura contratual foram sistematizados por tal ramo do Direito.

1.1 DEFINIÇÃO DE CONTRATO

Consoante Monteiro, Maluf e Silva (2010), a definição romana de contrato, formulada por Ulpiano, apesar de concisa, era extremamente

correta: *est pacto duorum pluriumve in idem placitum consensus*, isto é, o mútuo consenso de duas ou mais pessoas sobre o mesmo objeto.

No Direito Romano primitivo, segundo Venosa (2012), os contratos possuíam caráter rigoroso e sacramental, encontrando-se a intenção das partes, à época da Lei das XII Tábuas, materializada nas palavras corretamente pronunciadas.

O termo convenção (*pacto conventio*), no Direito Romano Clássico, era empregado com o significado amplo de contrato, considerado gênero, eis que abarcava todas as espécies de acordo de vontades, que resultassem ou não em obrigações; e o termo contrato (*contractus*), espécie daquele, era a relação jurídica constituída por obrigações exigíveis mediante ações cíveis (RIZZARDO, 2010).

Dado o caráter personalíssimo da *obligatio* no Direito Romano, a ligação se estabelecia entre as pessoas dos contratantes, prendendo-os (*nexum*) e sujeitando seus próprios corpos. Só muito mais tarde foi possível desbordar a execução que incidia sobre a pessoa do devedor para seus bens (PEREIRA, 2009).

Consoante Roppo (2009), o contrato, à época, requeria sempre forma específica e tipificação legal. Respeitava-se o direito alheio não só pelo temor à ira divina, mas também pela existência de penas extremamente cruéis. Em outras palavras, não era a forma, mas sim o temor reverencial o instrumento que conferia obrigatoriedade ao pactuado.

Após a queda do domínio romano, o Direito Contratual, tendo em vista a influência germânica, encontrava-se dominado pelo simbolismo, havendo a necessidade de se realizar um ritual para a perfectibilização do contrato. Esse procedimento simbólico conservou-se até a Alta Idade Média (VENOSA, 2012).

O conceito moderno de contrato, nos dizeres de Gomes (1998), formou-se em consequência de diversas correntes de pensamento, principalmente a dos canonistas e da escola do Direito Natural.

Firmou-se na Idade Média, por influência do direito canônico, o conceito de contrato como acordo de vontades, por meio do qual os indivíduos instauram uma relação jurídica, valorizando-se o consensualismo em detrimento da forma. Os canonistas alçaram a vontade à condição de elemento essencial do contrato, fundando-se, entretanto, em razões teocráticas para o cumprimento da vontade manifestada (SANTIAGO, 2005).

Foi concedido, de um modo geral, um certo caráter religioso à palavra empenhada pelas partes, cujo não cumprimento importava em pecado e em falta contra a fê jurada. Os Canonistas destacaram de tal

forma o consentimento como elemento do contrato, que concluíram identificando o contrato com o próprio consentimento (GOMES, 2002).

O respeito à palavra dada e o dever da veracidade impostos pelo Direito Canônico justificaram a necessidade de cumprimento das obrigações pactuadas, independentemente da forma do pacto, tornando necessária a adoção de regras jurídicas que assegurassem sua força obrigatória (GOMES, 1998). Em outras palavras, além de assegurar à vontade humana a possibilidade de criar direitos e obrigações, os canonistas colaboraram para o surgimento do princípio *pacta sunt servanda* (RIZZARDO, 2010).

Por sua vez, a escola de Direito Natural, racionalista e individualista, influenciou na formação histórica do contrato ao defender a concepção de que o fundamento racional do nascimento das obrigações se encontrava na vontade livre dos contratantes (GOMES, 1998). O contrato passou a não mais se limitar à criação de obrigações, sendo capaz de criar, modificar ou extinguir, inclusive, os direitos reais (RIZZARDO, 2010).

A partir da revolução burguesa do início do séc. XIX, o contrato passou a ter grande relevância na realização dos ideais de aquisição da propriedade e para os fins da Revolução Industrial (RANGEL, 2009). Nesta perspectiva, liberdade de contratar significava livre possibilidade, para a burguesia empreendedora, de adquirir os bens das classes antigas, detentoras improdutivas da riqueza, e livre possibilidade de fazê-los frutificar com o comércio e a indústria (ROPPO, 2009).

No auge do liberalismo econômico do século XIX, a Teoria do Direito, segundo Marques (1999), deu forma conceitual ao individualismo econômico vigente à época, trazendo a lume a concepção tradicional de contrato, traduzindo em seu bojo os imperativos da liberdade individual e do dogma máximo da autonomia da vontade.

Esta definição, em princípio simples, tem grande valor para a nossa análise, pois nela já podemos encontrar os elementos básicos que caracterizarão a concepção tradicional de contrato até os nossos dias: (1) vontade (2) do indivíduo (3) livre (4) definindo, criando direitos e obrigações protegidos e reconhecidos pelo direito. Em outras palavras, na teoria do direito, a concepção clássica de contrato está diretamente ligada à doutrina da autonomia da vontade e ao seu reflexo mais importante, qual seja, o dogma da liberdade contratual (p. 42).

Existiriam, portanto, dois elementos essenciais para a formação do instituto: um estrutural, constituído pela alteridade presente no conceito de negócio jurídico; e outro funcional, formado pela composição de interesses contrapostos, mas harmonizáveis.

O conceito clássico é alvo de críticas por diversos doutrinadores. Tartuce (2014), por exemplo, critica-o porquanto este exija um conteúdo patrimonial. Considerando-se tal conceito, o casamento, por exemplo, não seria um contrato, eis que seu conteúdo é mais do que patrimonial, é afetivo, visando a uma comunhão plena de vida, como se extrai do art. 1.511 do Código Civil.

Pois bem, diante das profundas alterações estruturais e funcionais pelas quais vem passando o instituto, alguns juristas, como Paulo Nalin, propõem um conceito pós-moderno ou contemporâneo de contrato. Para o doutrinador paranaense, o contrato constitui-se em uma relação jurídica subjetiva, nucleada na solidariedade constitucional, destinada à produção de efeitos jurídicos existenciais e patrimoniais, não só entre os titulares subjetivos da relação, como também perante terceiros (NALIN, 2005).

Neste viés, o contrato pode ser definido, consoante Pereira (2009), como sendo um acordo de vontades, na conformidade da lei, e com a finalidade de adquirir, resguardar, transferir, conservar, modificar ou extinguir direitos, ou, em outras palavras, com a finalidade de produzir efeitos jurídicos.

Coelho (2012) destaca que, até o ano de 1991, o Direito Privado pátrio dos contratos segmentava-se em dois regimes jurídicos diferentes. De um lado, o Civil, aplicável à generalidade dos contratos entre particulares, exceto os trabalhistas, e, de outro, o Comercial, relacionado aos contratos próprios do comércio. Com o advento do Código de Defesa do Consumidor, o tema foi revigorado pela criação de mais um regime no direito privado dos contratos: o Consumerista. Por uma fórmula bastante genérica, e ainda um tanto imprecisa, o regime jurídico aplicável passou a variar conforme o contrato vinculasse empresário a empresário – Direito Comercial –, empresário a não empresário – Direito do Consumidor – ou não empresário a não empresário – Direito Civil.

Não obstante a referida tripartição dos contratos de Direito Privado no ordenamento jurídico brasileiro, a definição de contrato permanece como aquela apontada por Nalin e Pereira.

1.2 PRINCÍPIOS INFORMATIVOS DO DIREITO CONTRATUAL

Um dos mais importantes instrumentos de tempero de racionalidade econômica e valores de justiça que cerca os conflitos de interesses entre as partes de um contrato são os princípios do Direito Contratual. Trata-se de normas de grande generalidade, expressas, ou então explícitas, nos dispositivos legais que auxiliam os operadores do Direito na apreciação de demandas que versem acerca da existência, validade e cumprimento dos contratos (COELHO, 2012).

Cardeais em tema de contratação privada, tais postulados encontram-se identificados nas codificações que, assim como a brasileira, se encartam no sistema ocidental, de tradição romano-cristã. São princípios ordenadores, ou informativos, de toda a temática contratual, que delineiam contornos às manifestações de vontade tendentes à efetivação dos contratos (BITTAR, 1994).

Nesse sentido, repise-se que os princípios são regramentos básicos aplicáveis a um determinado instituto jurídico, no caso em questão, aos contratos. Os princípios são abstraídos das normas, dos costumes, da doutrina, da jurisprudência e de aspectos políticos, econômicos e sociais (TARTUCE, 2014).

Da concepção clássica de contrato, advieram diversos princípios ordenadores do Direito Contratual, tais como, os princípios da autonomia da vontade, da obrigatoriedade dos contratos e da relatividade de seus efeitos.

Bierwagen (2007) ressalta que o atual Código Civil, afastando-se do espírito individualista e pragmático do modelo clássico de contrato, propõe uma renovação destes princípios:

A crise social gerada pela conjugação do individualismo jurídico e o liberalismo econômico do século XIX e início do XX ensejou uma reformulação dos seus princípios basilares tendentes à maior *socialidade* e publicização do direito das obrigações: o *princípio da autonomia da vontade*, cedendo parte de seu espaço para o dirigismo contratual, buscava resgatar a igualdade das partes perdida com o fenômeno da massificação das relações contratuais; o *princípio da obrigatoriedade* foi amenizado para admitir a inexecução dos contratos pelo desequilíbrio contratual decorrente de acontecimento

imprevisível e extraordinário; o *princípio da relatividade dos efeitos* foi remodelado por força do reconhecimento da função social dos contratos [...] (p. 75).

Conclui-se, portanto, que há no ordenamento jurídico pátrio uma flexibilização dos princípios clássicos, somada à positivação de princípios modernos, como o da boa-fé objetiva e função social do contrato.

1.2.1 Princípio da autonomia da vontade

Tradicionalmente, desde o Direito Romano, as pessoas são livres para contratar. Essa liberdade abrange o direito de contratar se quiserem, com quem quiserem e sobre o que quiserem – ou seja, o direito de contratar e de não contratar, de escolher a pessoa com quem fazê-lo e de estabelecer o conteúdo do contrato (GONÇALVES, 2009). Tal liberdade encontra amparo no princípio da autonomia da vontade.

Considerado o princípio nuclear do universo contratual, a autonomia da vontade representa, pois, o poder de auto-regulamentação de interesses privados, diante dos pressupostos de liberdade e de igualdade entre os titulares de direitos, por meio do qual as partes livremente se obrigam em torno de determinado negócio ou deixam de vincular-se, fixando as condições para a regência de seu relacionamento (BITTAR, 1993).

Conforme leciona Coelho (2012), o princípio da autonomia da vontade, nuclear no regime privado do direito dos contratos, desdobra-se em postulados como os seguintes:

a) Todos são livres para contratar ou não. Ninguém está obrigado a celebrar contrato contra a sua vontade. Assim, o sujeito de direito motiva-se a contratar exclusivamente pelo interesse que identifica, segundo seus próprios e subjetivos critérios, no resultado da troca em negociação. Se por qualquer motivo, ainda que emocional, irracional ou intuitivo, a pessoa não considera vantajoso o negócio (porque toma a obrigação que assumiria por menos interessante que a prestação prometida pelo outro contratante ou simplesmente porque não o deseja), não há como obrigá-la a contratar.

Mesmo quando se encontra compromissado a celebrar o contrato, em virtude de um contrato preliminar, é a vontade do sujeito (manifestada no

primeiro negócio) que o obriga. Outra decorrência do primado da liberdade de contratar é a instabilidade dos vínculos contratuais por prazo indeterminado. O contratante pode rescindir unilateralmente os contratos sem prazo, a qualquer tempo: se ninguém é obrigado a contratar, também não pode ser obrigado a ficar vinculado ao contrato para sempre.

b) Todos são livres para escolher com quem contratar. Em razão do princípio da autonomia da vontade, ninguém pode ser obrigado a contratar com quem não quer. De novo, os motivos que se levam em conta para afastar a hipótese de contrato com determinado sujeito podem ser irracionais, emocionais ou intuitivos, não interessa; se alguém simplesmente não quer vincular-se a certa pessoa, nada o pode forçar. Em decorrência do primado da liberdade de escolha do contratante, o sujeito vinculado a contrato não pode substituir-se no vínculo por ato unilateral de vontade. Caso o instrumento contratual não autorize expressamente a sub-rogação ou cessão do contrato, essas operações não são válidas sem o consentimento dos demais participantes.

c) Os contratantes têm ampla liberdade para estipular, de comum acordo, as cláusulas do contrato. Como os sujeitos são livres para contratar ou não e para escolher com quem contratam, é consequência lógica dessa ampla liberdade a possibilidade de as partes definirem, de comum acordo, os termos e condições do contrato, sem nenhuma restrição externa ao encontro de vontades.

Em consequência do primado da liberdade de estipular as cláusulas do contrato, a lei atinente à matéria contratual desdobra-se em dispositivos na sua maioria de natureza supletiva, isto é, são normas aplicáveis na hipótese de omissão das partes, quanto à composição de determinado interesse comum, no contexto do contrato. Somente se as partes se omitiram de detalhar certo aspecto do negócio entabulado, incide a lei para suprir a falta, definindo os direitos e obrigações dos contratantes (p. 17-18).

Ocorre que a soberania da liberdade de contratar, oriunda do individualismo jurídico que teve sua materialização plena no Código de Napoleão, esconde em suas malhas a opressão real com que, veladamente, a classe dominante abroquelou seus interesses materiais. Em verdade, “a liberdade de contratar é liberdade para o que possui esse poder; para aquele contra quem se insurge é, ao contrário, impotência. Não tem liberdade, não pode tê-la, quem possui como bem único a sua força-trabalho” (WOLKMER, 2003, p. 31).

Como se vê a paridade jurídica entre os contratantes elencada a nível de princípio norteador dos contratos privados nem sempre encontra respaldo na realidade dos fatos.

Não por outro motivo, na formação do contrato, muitas vezes, percebe-se a mitigação da liberdade contratual mediante a imposição de cláusulas pela lei ou pelo Estado. Como exemplo dessa ingerência estatal ou legal, pode-se citar o Código de Defesa do Consumidor e mesmo o Código Civil de 2002, que igualmente determina a nulidade absoluta de cláusulas tidas como abusivas (TARTUCE, 2014).

1.2.2 Princípio da obrigatoriedade dos contratos

A ordem jurídica oferece a cada um a possibilidade de contratar, e dá-lhe a liberdade de escolher os termos da avença, segundo as suas preferências. Concluída a convenção, recebe da ordem jurídica o condão de sujeitar, em definitivo, os agentes. Uma vez celebrado com observância dos requisitos de validade, o contrato tem plena eficácia, no sentido de que se impõe a cada um dos participantes, que não mais têm a liberdade de se forrarem as suas consequências, a não ser com a cooperação anuente do outro (PEREIRA, 2009).

De acordo com Bittar (1993), o princípio da obrigatoriedade dos contratos, que deriva da máxima *pacta sunt servanda*, impõe às partes o adimplemento, sob pena de sanções previstas para a hipótese. A ideia ética de honra à palavra dada embasa também a formulação em causa, em razão da segurança necessária ao comércio jurídico. Significa, portanto, que, empenhada a palavra em torno da operação visada, as partes devem cumprir as obrigações assumidas e exatamente na satisfação dos interesses postos na contratação.

A vinculação das partes ao contrato, consoante o aludido autor, é importante não somente do ponto de vista moral, de cumprimento da palavra empenhada, porquanto se trata de princípio que corresponde a elemento estrutural da economia. Cada sujeito de direito planeja suas

ações no pressuposto de integral cumprimento dos contratos. Esse pressuposto é pertinente, porque a expressiva maioria das obrigações contratuais é de fato adimplida no tempo e lugar ajustados. Aquele contratante que deixa de entregar, no vencimento, a prestação por que se obrigara desencadeia, em graus variados, um movimento de frustração dos planejamentos dos demais sujeitos.

Depois de celebrar o contrato de locação, com a definição do valor e prazo do aluguel devido pelo locatário, o locador pode assumir compromissos com terceiros, contando com esses recursos; pode, inclusive, financiar a aquisição de um automóvel. Se o locatário falha no pagamento do aluguel no valor e prazo contratados, o locador não disporá dos recursos correspondentes para o pontual adimplemento de sua obrigação com a financiadora. Se não tiver dinheiro economizado para emergências ou não conseguir emprestá-lo de amigos ou parentes, irá atrasar a prestação do carro. Ainda que, posteriormente, os devedores inadimplentes indenizem os credores, a frustração do adimplemento de um contrato repercute em outros do ponto de vista econômico (COELHO, 2012).

Decorre desse princípio a intangibilidade do contrato, ante a qual é vedado às partes alterar unilateralmente o conteúdo do contrato e ao magistrado, em regra, intervir em seu conteúdo – regra que, por óbvio, comporta temperamentos (VENOSA, 2012).

1.2.3 Princípio da relatividade dos efeitos do contrato

Doutra parte, rege o Direito Contratual o princípio da relatividade dos efeitos do contrato, que, segundo Gonçalves (2009), se funda na ideia de que tais efeitos só se produzem em relação às partes, que manifestaram sua vontade, vinculando-as a seu conteúdo, não afetando terceiros nem seu patrimônio. De fato o contrato reúne e vincula apenas os contraentes e, sob o aspecto objetivo, restringe-se ao conteúdo e aos bens que envolve, com a exceção da posição dos herdeiros (BITTAR, 1993).

O mencionado princípio mostra-se coerente com o modelo clássico de contrato, que objetivava exclusivamente a satisfação das necessidades individuais. Essa visão, no entanto, foi abalada pelo advento do Código Civil de 2002, que reconheceu a função social dos contratos. Contemporaneamente, não resta dúvida de que o princípio da relatividade dos efeitos do contrato, malgrado subsista, foi atenuado pelo reconhecimento de que as cláusulas gerais, por conterem normas de ordem pública, não se destinam a proteger unicamente os direitos

individuais das partes, mas sim a tutelar o interesse da coletividade (GONÇALVES, 2009).

1.2.4 Princípio da boa-fé objetiva

Dispõe o art. 422 do Código Civil que “os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”.

A boa-fé objetiva, adotada pelo Código Civil brasileiro e também pelos principais ordenamentos jurídicos, pode ser definida como um princípio que exprime uma regra de conduta que todo homem médio deve seguir. Trata-se de um *standard* de conduta, e, por se tratar de norma de ordem pública, deve ser aplicada pelo juiz independentemente do requerimento das partes, podendo ser alegada a qualquer tempo e grau de jurisdição (BERALDO, 2011). Trata-se da concreção do princípio da eticidade, informador do Código Civil vigente, aos negócios jurídicos.

O mencionado princípio possui como paradigma o respeito de deveres anexos identificados pelo operador do direito em cada caso concreto segundo um padrão de conduta comum exigido do homem médio e que se identifica de acordo com os aspectos sociais e econômicos visados com o negócio jurídico celebrado. Distingue-se, portanto, da até então consagrada boa-fé subjetiva que se limita à aferição do grau de conhecimento que possui o contratante a respeito do negócio celebrado (SAMPAIO, 2004).

A boa-fé objetiva não cria apenas deveres negativos, como o faz a boa-fé subjetiva. Ela cria também deveres positivos, já que exige que as partes tudo façam para que o contrato seja cumprido conforme previsto e para que ambas obtenham o proveito objetivado. Assim, o dever de simples abstenção de prejudicar, característico da boa-fé subjetiva, se transforma na boa-fé objetiva em dever de cooperar (PEREIRA, 2009).

Analisando-se o Código Civil vigente, pode-se verificar que o princípio da boa-fé objetiva possui três funções: interpretativa, de integração, e de controle, reproduzidas nos arts. 113, 422 e 187 do referido código, respectivamente, conforme lição de Tartuce (2014):

1.º) Função de interpretação (art. 113 do CC) – eis que os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar da sua celebração. Nesse dispositivo, a boa-fé é consagrada como meio auxiliar do aplicador do

direito para a interpretação dos negócios, da maneira mais favorável a quem esteja de boa-fé.

2.º) Função de controle (art. 187 do CC) – uma vez que aquele que contraria a boa-fé objetiva comete abuso de direito (“Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”). Vale mais uma vez lembrar que, segundo o Enunciado n. 37 CJP/STJ, aprovado na I Jornada de Direito Civil, a responsabilidade civil que decorre do abuso de direito é objetiva, isto é, não depende de culpa, uma vez que o art. 187 do CC adotou o critério objetivo-finalístico. Dessa forma, a quebra ou desrespeito à boa-fé objetiva conduz ao caminho sem volta da responsabilidade independentemente de culpa, seja pelo Enunciado n. 24 ou pelo Enunciado n. 37, ambos da I Jornada de Direito Civil. Não se olvide que o abuso de direito também pode estar configurado em sede de autonomia privada, pela presença de cláusulas abusivas.

3.º) Função de integração (art. 422 do CC) – segundo o qual: “Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato, como em sua execução, os princípios de probidade e boa-fé”. Relativamente à aplicação da boa-fé em todas as fases negociais, foram aprovados dois enunciados doutrinários pelo Conselho da Justiça Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça. De acordo com o Enunciado n. 25 CJP/STJ, da I Jornada, “o art. 422 do Código Civil não inviabiliza a aplicação, pelo julgador, do princípio da boa-fé nas fases pré e pós-contratual”. Nos termos do Enunciado n. 170 da III Jornada, “A boa-fé objetiva deve ser observada pelas partes na fase de negociações preliminares e após a execução do contrato, quando tal exigência decorrer da natureza do contrato”. Apesar de serem parecidos, os enunciados têm conteúdos diversos, pois o primeiro é dirigido ao juiz, ao aplicador da norma no caso concreto, e o segundo é dirigido às partes do negócio jurídico. (p. 442-443).

Segundo Theodoro Júnior (1999), um dos grandes efeitos do princípio da boa-fé no campo dos contratos se traduz na vedação de que a parte venha a observar conduta incoerente com seus próprios atos anteriores. A ninguém é lícito fazer valer um direito em contradição com sua anterior conduta interpretada objetivamente segundo a lei, os bons costumes e a boa-fé.

Trata-se da proibição de *venire contra factum proprium*. O *factum proprium*, conforme observa Schreiber (2007) é a conduta humana inicial. Esta conduta, todavia, não é juridicamente vinculante, pois, se fosse, estaria dispensada a análise da confiança e far-se-ia uso automático das disposições civis específicas. A vinculação irá ocorrer somente no momento em que a confiança alheia for despertada, obrigando, por isso, o sujeito à manutenção do comportamento inicial.

Nas palavras do autor, para a caracterização da inadmissibilidade do comportamento contraditório é essencial a reunião de alguns requisitos, quais sejam: o *factum proprium*, a legítima confiança, a contradição ao *factum proprium* e a ocorrência de dano efetivo ou potencial.

Assim, por exemplo, o credor que, durante a execução de contrato de prestações periódicas, acordou com o pagamento em lugar ou tempo diverso do convencionado não pode surpreender o devedor com a exigência de cumprimento literal do contrato. Do mesmo modo, aquele que vende um estabelecimento comercial e auxilia, por alguns dias, o comprador, inclusive preenchendo pedidos e novas encomendas com seu próprio número de inscrição fiscal, não pode, posteriormente, cancelar tais pedidos, sob a alegação de uso indevido de sua inscrição (GONÇALVES, 2009).

1.2.5 Princípio da função social dos contratos

Modernamente, o Direito Contratual deve ser encarado como um dos meios pelo qual o homem procura o seu desenvolvimento e gera distribuição de oportunidades e riquezas, com o escopo de atingir o bem comum (BEGALLI, 2006). Foi neste íterim que o legislador civilista de 2002 elevou a função social à estatura de direito positivo, inserindo no art. 421 do Código Civil disposição prevendo que a liberdade de contratar deve ser exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

Theodoro Júnior (2008, p. 31) preceitua que a função social do contrato “consiste em abordar a liberdade contratual em seus reflexos sobre a sociedade (terceiros) e não apenas no campo das relações entre as partes que o estipulam (contratantes)”.

Sendo assim, o supracitado dispositivo legal deve ser interpretado de forma a se manter o princípio de que a liberdade de contratar é exercida em razão da autonomia da vontade que a lei outorga às pessoas. O contrato ainda existe para que as pessoas interajam com a finalidade de satisfazer os seus interesses. A função social do contrato serve para limitar a autonomia da vontade quando tal autonomia esteja em confronto com o interesse social e este deva prevalecer, ainda que essa limitação possa atingir a própria liberdade de não contratar, como ocorre nas hipóteses de contrato obrigatório (PEREIRA, 2009).

A função social revela-se em dois níveis: intrínseco e extrínseco. Naquele, o contrato é visto como relação jurídica entre as partes negociais, buscando-se uma equivalência material entre os contratantes. Neste, o contrato é visto sob o prisma da coletividade, ou seja, sob o aspecto de seu impacto na sociedade em que fora celebrado (NALIN, 2005).

Toda situação jurídica patrimonial, integrada a uma relação contratual, deve ser considerada originariamente justificada e estruturada em razão de sua função social (TEPEDINO; BARBOZA; MORAES, 2006). Por este fundamento, quando o julgador concluir que um contrato, no todo ou em parte, desvia-se de sua função social, deverá extirpar sua eficácia ou, se for o caso, adaptá-lo às necessidades sociais, tal como faria em se tratando de cláusulas abusivas (VENOSA, 2011).

1.3 ELEMENTOS ESSENCIAIS DO CONTRATO

Na medida em que a ordem jurídica institui o negócio jurídico como fato produtor de Direito, confere aos indivíduos que lhe estão subordinados o poder de regular as suas relações mútuas, dentro dos quadros das normas gerais criadas por via legislativa ou consuetudinária através de normas criadas pela via jurídico-negocial (KELSEN, 1984). Por essa definição, percebem-se, para logo, a natureza e a essência do contrato, que é um negócio jurídico e que por isso reclama, para sua validade, em consonância com o art. 104 do Código Civil, agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei (MONTEIRO; MALUF; SILVA, 2010).

1.3.1 Capacidade das partes

Quanto às pessoas que compõe o contrato, devem ser capazes e se encontrarem legitimadas para o negócio pretendido, não podendo pesar contra elas óbice algum de caráter jurídico. Em outras palavras, faz-se necessário que se revistam de capacidade jurídica, não incidindo em nenhuma das causas de incapacidade, seja absoluta ou relativa (BITTAR, 1993).

Neste ínterim, nulo é o contrato celebrado pelas pessoas absolutamente incapazes, quais sejam, os menores de dezesseis anos, os que por enfermidade ou deficiência mental não tiverem o necessário discernimento para sua prática e os que, mesmo em virtude de causa transitória, não puderem exprimir sua vontade, conforme rol expresso no art. 3º do Código Civil. Por seu turno, no caso de incapacidade relativa, o contrato torna-se anulável, ressaltando-se que os relativamente incapazes podem contratar livremente, desde que assistidos por seus pais, tutor ou curador, que precisam consentir na realização de cada negócio jurídico (BEGALLI, 2006).

Outrossim, além da capacidade geral, Gonçalves (2009) aponta que a lei exige, para celebrar certos contratos, uma capacidade especial, mais intensa que a normal, como nos casos de doação, transação ou alienação onerosa, que exigem o poder de disposição das coisas ou dos direitos que são objeto do contrato.

Outras vezes, conforme observa o supracitado doutrinador, embora o agente não seja incapaz, há impedimentos para a realização de certos negócios, exigindo-se para tanto a outorga uxória – nos casos de alienação de bem imóvel, por exemplo – ou o consentimento dos descendentes – nos casos de venda a outros descendentes.

1.3.2 Objeto

Entende-se por objeto do contrato uma obrigação lícita e possível de ser cumprida e exigida legalmente pelo credor. O objeto contratual além de lícito, não deve atentar contra a moral, a ordem pública e os bons costumes, podendo ser objeto de um contrato, segundo tais condições, “as coisas corpóreas e incorpóreas; direitos e obrigações; bens imóveis, móveis e coisas futuras” (ALBUQUERQUE, 2004, p. 38).

O objeto do negócio jurídico deve ser, igualmente, determinado ou determinável – indeterminado relativamente ou suscetível de determinação no momento da execução. Admite-se, assim, a venda de

coisa incerta quando indicada ao menos pelo gênero e quantidade, que será determinada pela escolha (GONÇALVES, 2009).

Ademais, é necessário que o contrato verse sobre interesse economicamente apreciável, isto é, o objeto do contrato deve ter um valor econômico, capaz de transformar-se, direta ou indiretamente, em pecúnia (BEGALLI, 2006).

Imprescindível, ainda, a adequação do objeto ao fim visado pelos contraentes, caracterizando sua possibilidade jurídica. A idoneidade do objeto pode ser excluída por motivos técnicos, quando as partes se utilizam de contrato que não comporta o objeto, ou razões de política legislativa, que impedem que certos interesses sejam objeto de relação contratual (GOMES, 1998).

1.3.3 Forma

Albuquerque (2004), invocando a ensinança de Clóvis Beviláqua, afirma que:

Há formas intrínsecas ou viscerais, que constituem a parte interna e essencial dos contratos, como, por exemplo, a vontade das partes; e há formas extrínsecas que são as exterioridades, que afetam os atos jurídicos, ao se caracterizarem pela celebração, o que devem assumir para serem provados. (p. 21).

A forma intrínseca, **segundo** o autor, constitui-se na vontade das partes – elemento de maior realce na formação do contrato que, se integrando aos demais requisitos, aparece nos negócios jurídicos como fonte de direitos e obrigações. Enquanto a forma intrínseca trata da subjetividade das partes, a extrínseca enfoca o aspecto exterior dos atos jurídicos, revestindo-os com certas formalidades capazes de torná-los válidos e probativos.

A forma, segundo Rizzardo (2010), é o conjunto de solenidades a serem observadas para que o contrato alcance eficácia jurídica. Conforme destaca o autor, nos termos do art. 107 do Código Civil, a validade da declaração de vontade, em regra, não depende de forma especial, que só é exigível nos casos expressamente previstos em lei, como por exemplo, na instituição do bem de família.

1.4 FORMAÇÃO DOS CONTRATOS

Albuquerque (2004, p. 49), com base nos ensinamentos de Jefferson Daibert, acentuou que a formação dos contratos implica “desde a intenção dos contratantes – que se caracteriza pelo momento subjetivo, psicológico, interno do querer humano –, até o outro momento objetivo em que a vontade se reflete através da declaração.”

Em outras palavras, para que se forme o vínculo contratual, as partes perpassam por fases que trazem a vontade do plano psicológico interno, para a efetiva demonstração do querer, que se exterioriza por meio da declaração (BEGALLI, 2006).

Como é resultado do encontro de vontades das partes, a formação do contrato pressupõe a exteriorização destas. O primeiro contratante a manifestar sua vontade é chamado de proponente ou policitante e sua declaração de proposta, oferta ou policitação. O outro contratante, por sua vez, manifesta-se mediante aceitação e é denominado aceitante ou oblato. Em todos os contratos, mesmo nos instantaneamente constituídos e executados, podem-se divisar a proposta e o aceite (COELHO, 2012).

Consoante Tartuce (2014), o contrato nasce da conjunção de duas ou mais vontades coincidentes, sem prejuízo de outros elementos, o que consubstancia aquilo que se denomina autonomia privada. Desse modo, seria possível identificar quatro fases na formação do contrato civil: fase de negociações preliminares ou de pontuação, fase de proposta, policitação ou oblação, fase de contrato preliminar e fase de contrato definitivo ou de conclusão do contrato.

1.4.1 Fase de negociações preliminares

As negociações nada mais são do que conversações prévias, sondagens e estudos sobre os interesses de cada contratante (BEGALLI, 2006). Em verdade, nesta fase pré-contratual têm-se propostas precedentes ao contrato, com as quais os participantes, sem a intenção de se obrigar, demonstram, reciprocamente, a de contratar. Tais entendimentos preliminares, por serem meras ideias levadas ao conhecimento da outra parte para estudo, estando sujeitas a debates entre ambas, carecem de força vinculante (DINIZ, 2010).

Tartuce (2014), aderindo à doutrina majoritária, entende que a fase de debates ou negociações preliminares não vincula os participantes quanto à celebração do contrato definitivo. Entretanto, encontra-se

filiado ao entendimento segundo o qual é possível a responsabilização contratual nessa fase do negócio jurídico pela aplicação do princípio da boa-fé objetiva, que é inerente à eticidade, um dos baluartes da atual codificação privada.

A esse respeito, comenta apropriadamente Pereira (2009) que, não obstante faltar-lhe obrigatoriedade, pode surgir responsabilidade civil para os que participam das conversações preliminares, não no campo da culpa contratual, mas da aquiliana, extracontratual, no caso de um deles induzir no outro a certeza de que o contrato será celebrado, levando-o a despesas ou a não contratar com terceiro, e, depois, recuar, causando-lhe dano.

A mencionada responsabilidade pré-contratual é fundada não só no princípio de que os interessados na celebração de um contrato deverão se comportar de boa-fé – prestando informações claras e precisas sobre as condições do negócio, guardando com zelo bens ou documentos cedidos para análise, não divulgando fatos sigilosos, dentre outras condutas –, mas também nos arts. 186 e 187 do Código Civil, que dispõe que todo aquele que, por ação ou omissão, causar prejuízo a outrem fica obrigado a reparar o dano. Deste modo, o dolo, negligência ou imprudência do desistente autoriza a outra parte a exigir a reparação do dano, não podendo esta, por óbvio, exigir o cumprimento do futuro contrato, eis que a recusa de contratar constitui exercício regular de direito (DINIZ, 2010).

1.4.2 Fase de proposta

A proposta é o momento inicial da formação do contrato, por meio do qual uma das partes solicita a manifestação de vontade da outra (MONTEIRO; MALUF; SILVA, 2010). Trata-se de ato unilateral pelo qual ocorre a declaração receptícia de vontade de um dos contratantes, e é dirigida à outra pessoa com a qual se pretende celebrar o contrato. A fase de proposta não se confunde com os entendimentos preliminares, uma vez que estes são meras proposições, sem caráter obrigacional, enquanto aquela traduz uma vontade real de contratar nas bases oferecidas (BEGALLI, 2006).

O sujeito, ao exteriorizá-la, deve ser sério, abstendo-se de convidar alguém à mesa de negociação se não estiver imbuído da real intenção de contratar. A falta de seriedade na declaração configura ato ilícito, em razão de incorrer em desrespeito ao dever geral de boa-fé, podendo ser o contratante responsabilizado pelos danos que causar (COELHO, 2012).

O art. 427 do Código Civil dispõe que, em regra, a proposta de contrato obriga o proponente. Convém, neste ponto, frisar que a proposta é um vínculo obrigacional e não um contrato constituído de todos os seus elementos essenciais, não gerando consequências jurídicas para a outra parte (ALBUQUERQUE, 2004).

O mencionado dispositivo legal traz em seu bojo exceções à obrigatoriedade da proposta ao dispor que essa se aplicará “se o contrário não resultar dos termos dela, da natureza do negócio, ou das circunstâncias do caso”.

Gonçalves (2009), ao tecer comentários acerca da primeira possibilidade de não-obrigatoriedade elencada pelo art. 427 do Código Civil, relata que esta ocorre quando o próprio proponente declara que a proposta não é definitiva e se reserva o direito de retirá-la, muitas vezes utilizando-se de cláusula com os dizeres “proposta sujeita a confirmação” ou “não vale como proposta”. Neste caso, o aceitante, ao recebê-la, já tem conhecimento de sua não obrigatoriedade, e, se ainda assim a examinar e estudar, será com seu próprio risco, pois não advirá nenhuma consequência para o proponente se optar por revogá-la.

Como exemplo de proposta que não obriga o proponente em razão da natureza aberta do negócio, que deixa subentendido que a proposta não é em definitivo, Albuquerque (2004) elenca o caso das sociedades de seguros, que ao distribuir prospectos, não apresentam proposta firme de concluir o contrato de seguro com aqueles que o receberam.

E, por último, a oferta não vincula o proponente em razão das circunstâncias do caso, que se encontram mencionadas no art. 428 do mesmo diploma. A esse respeito, invoca-se a lição de Sampaio (2004), segundo a qual a proposta, embora tenha nascido com forma vinculante, deixa de ser obrigatória:

1. se, feita sem prazo a uma pessoa presente, não foi imediatamente aceita. Isto porque não se justifica a manutenção do vínculo de obrigatoriedade se o destinatário da proposta, dela imediatamente ciente, não emitir resposta. Ressalta-se, aqui, que o legislador considerou presente quem contrata por telefone ou por meio de comunicação semelhante (no código revogado, o teto apenas fazia referência à contratação por telefone);
2. se, feita sem prazo a pessoa ausente, tiver decorrido tempo suficiente para chegar a resposta ao conhecimento do proponente. Tem-se aqui o

chamado prazo moral, ou seja, aquele suficiente para o encaminhamento da resposta;

3. se, feita a pessoa ausente, não tiver sido expedida a resposta dentro do prazo dado;

4. se, antes dela, ou simultaneamente, chegar ao conhecimento da outra parte a retratação do proponente. Nesse caso, deixa de ser obrigatória, entre ausentes, quando houver a chamada retratação eficaz, ou seja, quando o arrependimento chegar ao conhecimento do destinatário, ao menos, simultaneamente à proposta. (p. 35-36).

Nas palavras de Diniz (2010), a oferta ao público, assim entendida como aquela feita, por exemplo, via on-line em sites ou em anúncio de televisão, rádio ou jornal, em que o aceitante, a princípio, não é identificado, equivale à proposta obrigatória quando contiver os elementos essenciais do contrato. Por outras palavras, deve trazer em seu conteúdo elementos tais que à outra parte só reste aceitar ou não, salvo se o contrário resultar das circunstâncias ou dos usos.

O anunciante, segundo a autora, apenas poderá revogar a oferta ao público usando o mesmo meio de divulgação, desde que ressalve essa permissão na proposta feita. Se a oferta foi feita por meio de jornal, a revogação deverá dar-se pela mesma forma. Se o ofertante não tiver ressalvado o direito de revogar e houver aceitação por terceiro, deverá cumprir a proposta, sob pena de responder pelo inadimplemento.

1.4.3 Fase de contrato preliminar

O contrato preliminar, pré-contrato ou *pactum de contrahendo*, tratado pela atual codificação privada nos arts. 462 a 466, não é fase obrigatória da formação do contrato, podendo ser dispensada pelas partes. Na prática, muitas vezes, o contrato preliminar é celebrado em compra e venda de imóvel para dar mais segurança às partes, notadamente em relação ao preço convencionado (TARTUCE, 2014).

Essa categoria abrange, desimportando a denominação, todos os acordos que antecedem a realização de outro contrato; são evidentemente negócios jurídicos e como tal devem ser tratados. Nessas avenças, podem as partes determinar com maior ou menor amplitude as cláusulas que vão constar do contrato definitivo. Terminologicamente, dizemos que, com o contrato preliminar, as partes buscam a conclusão de um contrato principal ou definitivo (VENOSA, 2011).

Para Pereira (2009), diferencia-se o contrato preliminar do principal pelo objeto, que naquele é a obrigação de concluir o outro contrato, enquanto neste é uma prestação substancial. Distingue-se, também, das negociações preliminares, em que estas não envolvem compromissos nem geram obrigações para os interessados, limitando-se a desbravar terreno e salientar conveniências e interesses, ao passo que o contrato preliminar já é positivo no sentido de precisar de parte a parte o contrato a ser celebrado futuramente.

Segundo o autor, o contrato preliminar pode ser unilateral, quando, perfeito pelo consentimento de ambas as partes, produz obrigações *ex uno latere*, ou bilateral, quando gera obrigações para ambos os contratantes, ficando desde logo programado o contrato definitivo, como dever recíproco, obrigadas ambas as partes a dar-lhe seu consentimento, e, por conseguinte, restando a cada uma delas o direito de exigir da outra o respectivo cumprimento.

Se o contratante deixar escoar o prazo contratual ou o a que se refere o art. 463 do Código Civil, sem cumprir a obrigação, será lícito ao credor pleitear judicialmente o suprimento da vontade do inadimplente, obtendo uma condenação daquele a emitir a manifestação da vontade a que se obrigou, por meio de uma sentença que, uma vez tramitada em julgado, produzirá os efeitos da declaração não emitida, conferindo caráter definitivo ao contrato preliminar, exceto se a isto se opuser a natureza da obrigação, por ser personalíssima, hipótese em que o contrato se resolverá em perdas e danos (DINIZ, 2011).

1.4.4 Fase de contrato definitivo

A última fase de formação do contrato é a fase do contrato definitivo, quando ocorre o choque ou encontro de vontades originário da liberdade contratual ou autonomia privada. A partir de então, o contrato estará aperfeiçoado, gerando todas as suas consequências como, por exemplo, aquelas advindas da responsabilidade civil contratual, retirada dos arts. 389 a 391 do Código Civil (TARTUCE, 2014). É nesta fase que a aceitação vem complementar a fase preparatória para a formação do contrato, gerando os elementos para que se concretize o negócio jurídico, caso não ocorra a volição (ALBUQUERQUE, 2004).

A aceitação é o ato de aderência à proposta feita, que deve ser puro e simples, obedecendo aos requisitos de tempestividade de forma, se houver (VENOSA, 2011).

Conforme Gonçalves (2009), a aceitação pode ser expressa, decorrente de declaração do aceitante, manifestando a sua anuência, ou tácita, advinda de sua conduta, reveladora do consentimento. As hipóteses de aceitação tácita encontram-se descritas no art. 432 do Código Civil, ao dispor que se reputa concluído o contrato, não chegando a tempo a recusa quando “o negócio for daqueles em que não seja costume a aceitação expressa” ou “o proponente a tiver dispensado”.

É preciso entender que o art. 432 do Código Civil não criou uma obrigação genérica para toda pessoa, sob pena de significar aceitação. O dispositivo contempla casos em que relações passadas entre os contratantes autorizam a conclusão de haver a citação, por falta de uma recusa expressa. É o caso, por exemplo, de um comerciante que por anos adquire certa quantidade de mercadoria de um fornecedor. O costume autoriza o fornecedor a concluir que o silêncio do comerciante significa aceitação ao fornecimento (BEGALLI, 2006, p. 189).

A aceitação, para importar a conclusão do contrato, deve ser integral e incondicional. Se a declaração do aceitante adita, restringe ou modifica as condições de negócios contidas na proposta, ela não é aceitação. Trata-se, como define a lei, de nova proposta ou, como se costuma dizer, contraproposta (art. 431 do Código Civil). Invertem-se, então, as posições: o destinatário original torna-se proponente, e o proponente original, destinatário (COELHO, 2012).

Segundo Sampaio (2004), realizada a proposta entre presentes, a aceitação deve se dar dentro do prazo estabelecido e, não havendo prazo fixado, deve se dar imediatamente, sob pena de a proposta deixar de ser obrigatória. Entre ausentes, em princípio, a aceitação deve se dar dentro do prazo marcado. Adverte Albuquerque (2004) que, tendo a parte expedido em tempo sua resposta e, por circunstâncias imprevistas, tenha esta chegado tardiamente às mãos do peticitante, não pode este quedar-se inerte. Deve o proponente advertir o aceitante de que o contrato não se ultimou, pois, sem receber este aviso, aquela pessoa continuará a crer na eficácia da avença e poderá, por conseguinte, realizar despesas ou assumir compromissos necessários para o cumprimento de um contrato que nunca chegou a existir.

É assegurado ao aceitante, assim como ao peticitante, o direito de arrepende-se, desde que sua retratação chegue ao conhecimento do proponente antes da aceitação enviada ou juntamente com ela, pois, se

chegar tardiamente a seu destino, o remetente continuará vinculado ao contrato. A retratação em tempo oportuno desobrigará o aceitante da aceitação efetivada (DINIZ, 2010).

1.5 EXTINÇÃO DOS CONTRATOS

Coelho (2012) destaca que são três os atributos do negócio jurídico e, conseqüentemente, do contrato: existência, validade e eficácia. As relações entre tais elementos são complexas e, no emaranhado dessas relações, insere-se a questão do fim do vínculo contratual.

Destaca o autor que a extinção do contrato diz respeito ao atributo da existência, possuindo como pressuposto óbvio a perfeita formação do contrato. Se sua formação não ocorreu de acordo com os parâmetros estabelecidos em lei, a rigor, ele não existe, e não pode, portanto, deixar de existir.

Os contratos, assim como os negócios jurídicos em geral, possuem um ciclo vital: nascem do consenso mútuo, produzem os efeitos acordados e extinguem-se. A extinção se dá, em regra, por sua execução, seja instantânea, diferida ou continuada. O cumprimento da prestação libera o devedor e satisfaz o credor (GONÇALVES, 2009).

Além da hipótese de extinção normal do contrato, esse pode ser extinto em razão de fatos anteriores ou posteriores a sua celebração.

No que tange aos fatores anteriores à celebração, Tartuce (2014) destaca a hipótese de invalidade contratual. Haverá invalidade nos casos envolvendo o contrato nulo – eivado de nulidade absoluta – e o contrato anulável – maculado de nulidade relativa ou anulabilidade.

Há, ainda, a possibilidade de extinção do contrato em razão da presença de cláusula resolutive, que pode ser expressa ou implícita. O primeiro caso ocorre quando os contratantes ajustam cláusula prevendo que a inexecução da prestação por qualquer um deles importe na rescisão do automática do contrato de pleno direito, sujeito o faltoso às perdas e danos, sem necessidade de interpelação judicial. A cláusula resolutive tácita, por outro lado, encontra-se subentendida em todos os contratos bilaterais ou sinalagmáticos. Nesse caso, havendo inadimplemento, o contrato não se rescinde de pleno direito, sendo necessário para sua concorrência o pronunciamento judicial (DINIZ, 2010).

Como terceira forma básica, o contrato pode ser extinto por fatos posteriores ou supervenientes à sua celebração. Toda vez em que há a extinção do contrato por fatos posteriores à celebração, tendo uma das partes sofrido prejuízo, fala-se em rescisão contratual. A rescisão (que é o gênero) possui as seguintes espécies: resolução (extinção do contrato por descumprimento) e rescisão (TARTUCE, 2014).

A rescisão consiste na dissolução do vínculo contratual, mediante atuação da vontade que a criou, podendo ser bilateral ou unilateral. Rescisão bilateral, também denominada distrato pelo art. 472 do Código, é a declaração de vontade das partes contratantes, no sentido oposto ao que havia gerado o vínculo, obtendo-se uma espécie de acordo liberatório, tendo em vista obrigações ainda não cumpridas. Rescisão unilateral, por sua vez, ocorre por meio da manifestação volitiva unilateral e tem caráter de exceção. Admite-se essa modalidade de rescisão nos contratos de comodato, o mandato e o depósito, por exemplo (PEREIRA, 2009).

2 TEORIA GERAL DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Desde logo reconheceu a Administração Pública a utilidade do instrumento do contrato para a satisfação de seus objetivos. Contudo, a sua interveniência no campo dos contratos gerou grande perplexidade na doutrina, fundamentalmente pela aparente incompatibilidade entre os princípios que regem o Direito Civil e o Direito Público. Idêntica resistência ocorreu no que tange ao reconhecimento da existência do contrato administrativo. Diversos autores preferiam ver nos acertos realizados pelo Poder Público alguma outra sorte de ato jurídico, até mesmo considerando-os uma espécie de ato-união, por meio do qual duas partes submeter-se-iam a um mesmo plexo normativo (BASTOS, 1994).

Pacificadas as questões acima, o contrato administrativo é, hodiernamente, considerado um instrumento de regulação necessário e legítimo da Administração, possibilitando uma administração flexível e moderna, que vê o cidadão não só como mero súdito, mas como sujeito de direitos independente e parte da administração, incluindo-o corresponsavelmente no sucesso administrativo (MAURER, 2006).

Grande parte da doutrina passou, assim como Meirelles (1999), a classificar os contratos celebrados pela Administração Pública (gênero) em contratos de Direito Privado, celebrados em sua pureza originária, e contratos administrativos, em que a Administração, agindo *publicae utilitatis causa*, sob a égide do Direito Público, derroga normas de Direito Privado, aplicáveis a estes contratos apenas de forma supletiva.¹

Para Medauar (2008), ao longo da elaboração da teoria do contrato administrativo emergiram suas notas características que o diferenciam do contrato de direito privado. Ressalta a autora que:

¹ Em sentido contrário, Sundfeld (1995) despreza tal distinção, considerando todos os contratos celebrados por entes públicos como administrativos. Figueiredo (2001), por sua vez, preceitua que inexistem contratos privados da Administração. A classificação proposta pela autora dispõe, de um lado, os contratos mais rigidamente alocados dentro do Direito Público – os contratos administrativos –, e, de outro, os contratos da Administração Pública, regidos basicamente pelo Direito Privado, mas, ainda, sob forte interferência do Direito Público.

Sendo o órgão estatal uma das partes do vínculo contratual, não poderiam prevalecer os mesmos preceitos aplicáveis aos contratos firmados entre particulares. Isso porque os contratos celebrados pelo poder estatal direcionam-se ao atendimento do interesse público e este prepondera sobre os interesses privados. Daí ser inaplicável aos contratos firmados pelos órgãos estatais a plena igualdade entre as partes e a imutabilidade do que foi inicialmente pactuado. A preponderância e defesa do interesse público levaram à atribuição de prerrogativas à Administração que é parte do contrato, sem sacrifício de direitos pecuniários do particular contratado. (p. 139-140).

Neste viés, conforme lição de Carvalho Filho (2011), o fato de ser o Estado sujeito na relação contratual não serve, isoladamente, para caracterizar o contrato como administrativo. O mesmo se diga quanto a seu objeto, eis que não só os contratos administrativos, mas também os contratos privados da Administração devem possuir um objetivo que traduza interesse público. Em última análise, é o regime jurídico que marca a diferença entre os contratos administrativos e os contratos privados da Administração.

Sendo assim, o contrato administrativo pode ser definido como “um acordo de vontades, de que participa o Estado, submetido a regime jurídico de direito público, informado por princípios publicísticos e contendo cláusulas exorbitantes e derogatórias de direito comum” (CRETELLA JÚNIOR, 1997, p. 331).

2.1 REGIME JURÍDICO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Nos termos do art. 22, XXVII, da Constituição Federal, com a redação da EC n. 19/98, compete privativamente à União Federal legislar sobre normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III.

Furtado (2013) ressalta que, a fim de dar cumprimento à determinação constitucional, deveriam vigorar no ordenamento jurídico pátrio dois diplomas legais, o primeiro aplicável às administrações

públicas diretas, autárquicas e fundacionais dos entes federativos e o segundo às empresas públicas e sociedades de economia mista. O escopo dessa diferenciação é estatuir para as empresas estatais que exploram serviços públicos um regime jurídico composto por regras menos rígidas que aquelas previstas na Lei n. 8.666/1993.

Segundo o autor, ante a inexistência da lei a que se refere o art. 173, § 1º, III da Carta Magna, todos os órgãos e entidades da Administração Pública, inclusas aí as empresas públicas e sociedades de economia mista, devem, em regra, seguir as normas contidas na Lei n. 8.666/1993.

O parágrafo único do art. 22 da Lei Maior prevê, ainda, a possibilidade de lei complementar federal autorizar os Estados-membros a legislares acerca de questões específicas dessa matéria.

Tal delegação de competência, segundo Mendes e Branco (2012), trata-se de mera faculdade aberta ao legislador, que, por sua vez, não poderá transferir a regulação integral de toda uma matéria, porquanto a autorização deva se restringir apenas à edição de normas referentes a questões específicas.

Conforme asseverado alhures, os contratos administrativos observam um regime jurídico próprio, substancialmente delineado pela Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993, que, regulamentando o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, instituiu normas para licitações e contratos da Administração Pública.

Antes de adentrar no estudo do referido dispositivo legal, imperioso destacar que, consoante apontado por Di Pietro (2005), apesar de este abranger todos os contratos por ele disciplinados sob a denominação de contratos administrativos (arts. 1º e 54), nem todos ali elencados possuem tal natureza.

Compulsando-se a lei, verifica-se que essa versa acerca de contratos como os de compra e venda, alienação, obras e serviços, que, ante sua natureza privada, não serão objeto desta monografia.

2.1.1 Obrigatoriedade de licitação prévia

O contrato administrativo, assim como o contrato privado, realiza-se por duas declarações de vontade concordantes carentes de recepção: uma solicitação de conclusão de contrato (proposta), e sua aceitação (MAURER, 2006).

Nos termos da Lei n. 8.666/1993, pode-se classificar os contratos administrativos, quanto a sua formação, em dois grandes grupos, conforme a lei exija, ou não, um ato-condição prévio de intuito seletivo,

com intuito de escolher, entre todos que possam dar ou fazer alguma coisa de que necessita certo ente público, os que melhores condições ofereçam – ou seja, entre aqueles precedidos ou não de licitação (MOREIRA NETO, 1992).

A regra, para os contratos administrativos, segundo o referido autor, é a obrigatoriedade da concorrência prévia, que outorga capacidade especial ao administrado para contratar com o Poder Público (art. 2º, da Lei n. 8.666/1993).

Nos dizeres de Alexandrino e Paulo (2011), o contrato administrativo enquadra-se na categoria dos denominados contratos de adesão. Em um contrato de adesão, uma das partes propõe as cláusulas e a outra parte não pode propor alterações, supressões ou acréscimos a essas. A autonomia da vontade da parte que adere ao contrato é limitada à aceitação, ou não, das condições impostas para a formação do vínculo. Tendo em vista que a minuta do futuro contrato deve integrar o ato convocatório da licitação, os interessados já conhecem as cláusulas que integrarão o contrato antes mesmo de decidirem se irão participar do procedimento licitatório, de modo que sua participação implica na aceitação dos termos ali expostos.

O procedimento de licitação, tal como previsto no ordenamento jurídico pátrio, qualifica-se como verdadeiro processo, no sentido constitucional do termo (art. 5º, LIV e LV), com garantia de contraditório e ampla defesa às partes envolvidas (ALMEIDA, 2008).

Dispensam, excepcionalmente, a concorrência, por exemplo, os contratos celebrados nos casos de urgência, nos casos de prestações personalíssimas ou que demandem técnicas ou materiais patenteados, nos casos de arrendamento de imóveis para o serviço público e nos casos de prestação de pequeno vulto.

2.1.2 Possibilidade de exigência de garantia a ser prestada pelo contratado

É inegável que o contratado pode, eventualmente, no curso da execução do contrato, causar prejuízos à Administração. É igualmente possível que no curso do contrato possa ser aplicada multa ao contratado, em decorrência de inexecução total ou parcial. Nesses casos, se não existissem garantias prestadas pelo contratado, a opção que restaria à Administração seria a cobrança em juízo das quantias devidas pelo contratado (FURTADO, 2013). Em razão disso, faculta-se à Administração Pública o direito de exigir daqueles que com ela contratam uma garantia que lhe assegure a perfeita execução do objeto

do contrato. Para tanto, esta deve indicar, durante o processo licitatório, a garantia exigida após as justificativas lavradas no referido processo. (NOHARA, 2009).

Tal exigência é ato discricionário da Administração, que não precisará impor a prestação de garantia quando inexisterem riscos de lesão ao interesse público, e, desde que exigida no ato convocatório, torna-se cláusula necessária do ajuste (SILVA, 2004).

Segundo leciona Nohara (2009), as principais garantias são caução em dinheiro ou títulos da dívida pública, seguro-garantia – ou seja, obrigação contratualmente assumida por seguradora até o montante previsto no edital, formalizando-se por meio de apólice de seguro –, e fiança bancária.

Para Justen Filho (2010), caberá ao contratado, segundo sua conveniência, optar por uma delas, estando a Administração incumbida, apenas, de verificar a idoneidade da garantia, com base em elementos objetivos.

O mencionado autor destaca, ainda, que o valor da garantia não pode exceder 5% do valor contratual, ressalvadas duas hipóteses. A primeira se passa nas contratações de obras, serviços e fornecimentos de grande vulto que envolvam alta complexidade técnica e consideráveis riscos financeiros. A segunda ocorre nos casos em que a Administração contratante entrega ao particular bens necessários à execução do contrato, hipótese em que a garantia deverá corresponder ao valor desses bens.

Reduzida ou perdida a garantia inicial, é lícito à Administração exigir sua recomposição para prosseguimento do contrato, sob pena de rescisão unilateral por inadimplência do contratado (MEIRELLES, 1999).

Tendo sido exigida a prestação de garantias e havendo débito do contratado com a Administração, desde que decorrente de multa ou de prejuízo causado pelo contratante, pode essa se apropriar diretamente da garantia prestada, independentemente da propositura de ação judicial. Caso a garantia prestada não satisfaça o valor da dívida, deverá o Poder Público adotar todos os meios de cobrança cabíveis, inclusive a via judicial (FURTADO, 2013).

2.1.3 Requisitos para a formalização do contrato

O sistema adotado pela lei para a formalização dos contratos administrativos se constitui de dois grupos. Quando o contrato for precedido por concorrência ou por tomada de preços, ou envolver

valores correspondentes a essas modalidades licitatórias, no caso de dispensa ou inexigibilidade de licitação, este deve se rotular como termo de contrato. Do contrário, pode o termo de contrato ser substituído por instrumentos considerados de menor formalismo, como a carta-contrato, a nota de empenho de despesa, a autorização de compra ou a ordem de execução do serviço, nos termos do art. 62, da Lei n. 8.666/1993 (CARVALHO FILHO, 2011).

Como regra, os contratos devem ser escritos, sendo considerados inválidos os contratos verbais, salvo para hipótese de compras de pequeno valor e pronto pagamento, com parâmetros definidos pelo art. 60, parágrafo único, da Lei n. 8.666/1993. Segundo Almeida (2008), a mencionada exceção se justifica por um dado de realidade, em nome da razoabilidade, da eficiência e economicidade.

Ainda na lição desse jurista, um extrato do contrato deve ser publicado pela imprensa oficial, o que vem a atender à exigência de publicidade, elemento essencial para um mais amplo controle exercido pela sociedade em relação à Administração (art. 61, parágrafo único, da Lei n. 8.666/1993).

Os contratos e seus aditamentos serão lavrados nas repartições interessadas, as quais manterão arquivo cronológico e registro sistemático do seu extrato, salvo os relativos a direitos reais sobre imóveis, que se formalizam por instrumento lavrado em Cartório de Notas, de tudo juntando-se cópia no processo que lhe deu origem (NOHARA, 2009).

2.1.4 Cláusulas essenciais

Constituem cláusulas essenciais dos contratos administrativos aquelas indispensáveis à validade do negócio jurídico. As cláusulas que não têm esse condão, e que variam em conformidade com a natureza do contrato, são consideradas acidentais (CARVALHO FILHO, 2011).

Deve, pois, o contrato conter necessariamente algumas cláusulas, relacionadas no art. 55 do Estatuto. Encontram-se na relação, dentre outras, a que defina o objeto e suas características, que indique o regime de execução, bem como o preço e as condições de pagamento, que demarque os prazos, que aponte os recursos, que fixe a responsabilidade das partes, que estabeleça as condições de importação, etc.

Silva (2004), todavia, calcado no princípio da razoabilidade, discorda da obrigatoriedade da presença de todas as cláusulas elencadas no referido dispositivo legal. Pondera ser essenciais apenas as cláusulas indispensáveis à segurança jurídica da contratação, sendo dispensáveis

aquelas que se mostrem mera repetição da lei de regência, como, por exemplo, aquelas que explicitam os casos de rescisão. Nestes casos, a ausência das cláusulas não implicaria em nulidade do contrato.

2.1.5 Cláusulas exorbitantes

Um dos aspectos mais relevantes abordado pela Lei n. 8.666/1993 encontra-se positivado em seu artigo 58, *verbis*:

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;

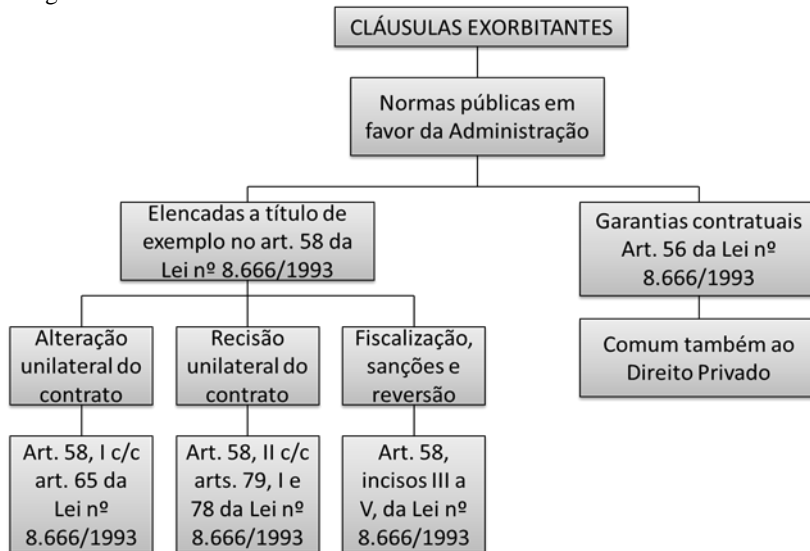
III - fiscalizar-lhes a execução;

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.

Tais incisos explicitam as chamadas, pela doutrina, de cláusulas exorbitantes, capazes de conferir a uma das partes do contrato, a Administração Pública, prerrogativas em relação a outra, colocando-a em posição de supremacia em relação ao contratado (DI PIETRO, 2005).

1.Figura – Cláusulas exorbitantes



Fonte: Madeira (2008, p. 383)

As cláusulas contratuais tidas como exorbitantes tanto podem ser colhidas nos textos que regulam a matéria objeto do contrato, quando existentes, como deduzidas dos princípios norteadores de certas atividades públicas. Isto é, ou se reputam implícitas, seja na ordenação normativa, seja no bojo do contrato, ou explícitas na lei ou em cláusula expressa daquele (MELLO, 2012).

Por meio de sua instituição, o princípio da igualdade entre as partes, que importa a regra da imutabilidade dos contratos, cede passo ao predomínio da vontade administrativa sobre a do outro contratante. (TÁCITO, 1975).

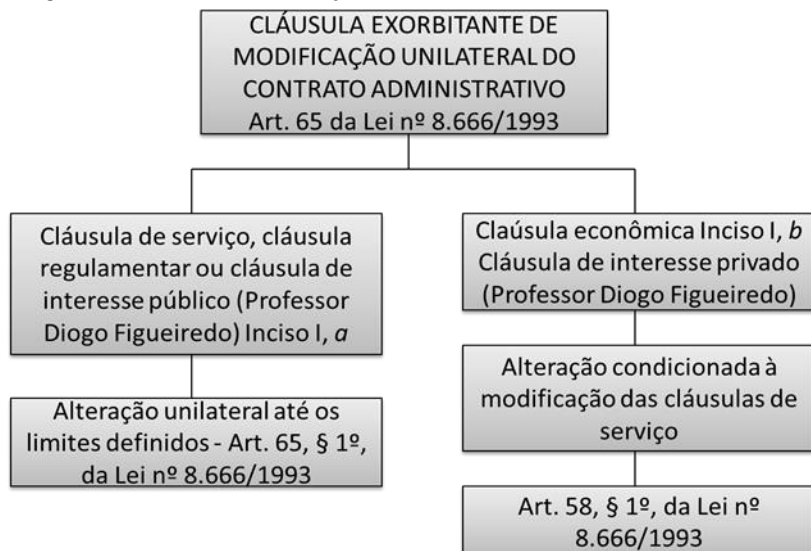
2.1.5.1 Alteração unilateral

A alteração unilateral do contrato pela Administração, hipótese inexistente nos contratos de direito privado, bem demonstra a superioridade do Poder Público em face do particular contratado.

A utilização da prerrogativa de que trata o inciso I somente será legítima se objetivar a melhor adequação às finalidades de interesse público (GASPARINI, 2011). Semelhante prerrogativa outorgada à Administração não pode ser empregada de forma arbitrária ou de modo

a retratar desvio de finalidade para causar gravame ao contratado, tendo em vista que o escopo da norma, ao possibilitar ao Poder Público alterar as cláusulas contratuais unilateralmente, foi o de admitir que o advento de novos fatos administrativos possa permitir alguma flexibilização na relação contratual. (CARVALHO FILHO, 2011).

2.Figura – Cláusula de modificação unilateral do contrato administrativo



Fonte: Madeira (2008, p. 388)

Apenas podem ser objeto de alteração independentemente de concordância do particular as cláusulas contratuais de serviço, isto é, aquelas relativas ao objeto do contrato e suas especificações, sendo vedada alteração desta natureza visando cláusula econômico-financeira e monetária – concernentes ao preço, forma de pagamento e reajuste (KNOPLOCK, 2012).

A alteração promovida unilateralmente pela Administração pode ser qualitativa, com a modificação do projeto ou das especificações, ou quantitativa, com a modificação do valor contratual como consequência de acréscimo ou diminuição do objeto (NOHARA, 2009). Frisa-se que, em nome de se alterar quantitativa ou qualitativamente o contrato, em hipótese alguma admite-se a transmutação do objeto contratado. A título exemplificativo, Furtado (2013, p. 418) explicita que “não pode ser transformada [...] a aquisição de bicicletas em compra de aviões, ou a prestação de serviços de marcenaria em serralheria”.

Conforme assevera Medauar (1998), a possibilidade de modificação unilateral deve respeitar os direitos dos contratados, observando sempre o chamado equilíbrio econômico-financeiro e os limites de acréscimo e supressão do contrato fixados em lei.

Assim, nenhum acréscimo ou supressão pode exceder os limites previstos no §1º do art. 65 da Lei n. 8.666/93, ficando o contratado, por outro lado, obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões nas obras, serviços e compras até 25% do valor inicial atualizado do contrato e, no caso de reforma de edifício ou equipamento, até 50% para seus acréscimos.

2.1.5.2 Rescisão unilateral

Além de alterar o contrato, é possível à Administração rescindi-lo unilateralmente nos casos elencados nos incisos I a XII e XVII do artigo 78 e art. 79, I, da Lei n. 8.666/1993.

Observa-se que o Poder Público não poderá desfazer contratos que tenha celebrado sem que haja fundamento legal para tanto. A Administração, bem verdade, assume posição de supremacia em face do contrato, todavia, isso não importa em conferi-la poderes ilimitados (FURTADO, 2013).

Dentre as hipóteses de rescisão unilateral encontram-se os casos em que ocorre o não cumprimento de cláusulas contratuais, especificações, projetos ou prazos; o atraso injustificado no início da obra, serviço ou fornecimento; e o cometimento reiterado de faltas na sua execução, dentre outros.

Como se vê a maioria das hipóteses autorizadoras de rescisão unilateral diz respeito a situações em que ocorre algum inadimplemento contratual inescusável pelo particular contratado. Todavia, a extensão dessa prerrogativa é tamanha que a lei admite a rescisão unilateral fundamentada, inclusive, em razões de interesse público, de alta relevância e amplo conhecimento, ou seja, sem que tenha havido qualquer descumprimento contratual por parte do particular. (ALEXANDRINO; PAULO, 2011).

A rescisão administrativa em razão do interesse público funda-se na variação específica que pode sofrer esse interesse ao longo da vigência do contrato administrativo. Com efeito, o interesse público pode alterar-se e autorizar a extinção do acordo, em face, por exemplo, da inutilidade superveniente de seu objeto (construção de um

prédio escolar pelo Município contratada pouco antes de o Estado-membro, nas proximidades, abrir concorrência para a construção de um prédio destinado ao mesmo fim) ou porque a Administração Pública tem necessidade do bem cujo uso foi transferido ao contratante particular. (GASPARINI, 2011, p. 846).

Nestes casos, a Administração fica obrigada a ressarcir o contratado dos prejuízos regularmente comprovados que houver sofrido, tendo direito, ainda, à devolução da garantia, pagamentos devidos pela execução do contrato até a data da rescisão e pagamento do custo de desmobilização (BASTOS, 1994).

Por outro lado, se o contratado der causa à rescisão unilateral realizada pela Administração, esta não deverá efetuar qualquer pagamento a título de ressarcimento. Em verdade, o contratado estará sujeito às consequências da inexecução do contrato, podendo ser responsabilizado civil ou administrativamente (FURTADO, 2013).

2.1.5.3 Fiscalização

Nos termos do art. 67, a execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, que anotará em registro próprio todas as ocorrências relacionadas com a execução do contrato, determinando o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados.

Fiscalizar a execução contratual, em suma, é verificar se os trabalhos realizados estão de acordo com o projeto ou com as exigências estabelecidas pela lei ou pela própria Administração (SILVA, 2004).

Esse poder-dever de fiscalização e acompanhamento é permanente e abrange todo o período do contrato, não excluindo ou reduzindo a responsabilidade do contratado pelos danos que, por culpa ou dolo, a execução do contrato venha causar a terceiros (ALEXANDRINO; PAULO, 2011).

Para Meirelles (1999), o acompanhamento da execução do contrato é direito e dever da Administração e compreende, além da fiscalização, a orientação, por meio do fornecimento de diretrizes, a interdição de obras e serviços realizados em desconformidade com o contratado, a aplicação de penalidades, e a intervenção.

Neste íterim, tem-se que, nos casos de serviços essenciais, a Administração poderá ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, a título de cautela

para apuração administrativa de faltas contratuais e na hipótese se rescisão do contrato (art. 58, V, da Lei n. 8.666/1993).

2.1.6 Prazo

É vedado aos entes públicos celebrar contrato administrativo com prazo de vigência indeterminado, ficando esse, em regra, adstrito à vigência dos respectivos créditos orçamentários, pois nestes é que se encontra a previsão dos recursos necessários para custeá-lo. Neste sentido, a Constituição Federal em seu art. 167, § 1º estabelece que nenhum investimento cuja execução ultrapasse um exercício financeiro poderá ser iniciado sem prévia inclusão no plano plurianual, ou sem lei que autorize a inclusão, sob pena de crime de responsabilidade (MELLO, 2012).

Outrossim, a Lei n. 8.666/1993 deixou expressamente consignado que obras e serviços só podem ser contratados se houver previsão de recursos orçamentários que assegurem o pagamento das obrigações (art. 7º, § 2º, III). Somado a isso, tem-se que a indicação do crédito pelo qual correrá a despesa constitui cláusula necessária dos contratos (art. 55, V). Desse quadro, conclui-se que, considerando que os créditos orçamentários têm a duração de um ano, os contratos, como regra geral, deverão também ter duração ânua (CARVALHO FILHO, 2011).

A primeira exceção à regra da adstrição do prazo de vigência do contrato ao da lei orçamentária, conforme Justen Filho (2010), diz respeito aos projetos de longo prazo, previstos no plano plurianual. Havendo tal previsão, admite-se contratação em período superior ao prazo de vigência do crédito, ante a presunção de que essa reflete uma avaliação meditada e planejada do Estado.

A segunda exceção, segundo o autor, refere-se aos contratos de prestação de serviços executados de forma contínua, necessários a satisfazer uma necessidade pública permanente e não extingüível. Isso se dá em razão da inconveniência, e, por vezes, impossibilidade, da suspensão da prestação desses serviços.

A terceira exceção encontra-se prevista no art. 57, IV, da Lei n. 8.666/1993, que dispõe que o aluguel de equipamentos e a utilização de programas de informática podem ser pactuados por prazo de até quarenta e oito meses.

2.1.7 *Exceptio non adimpleti contractus*

A exceção do contrato não cumprido, usualmente invocada nos ajustes de Direito Privado, não se aplica, a princípio, aos contratos administrativos quando a falta é da Administração, em razão do impeditivo imposto pelo princípio da continuidade do serviço público, que veda a paralisação da execução do contrato mesmo diante da omissão ou atraso do Poder Público no cumprimento das prestações a seu cargo (MEIRELLES, 1999).

A fórmula latina *exceptio non adimpleti contractus* traduz a possibilidade, conferida a uma parte, de invocar o descumprimento de cláusulas contratuais pela outra, para deixar de cumprir obrigações contratuais que lhe cabem. A inaplicabilidade de tal preceito aos contratos administrativos acarreta injustiças e fere direitos, prevendo a Lei n. 8.666/1993, não por outro motivo, casos em que o contratado pode invocar a exceção do contrato não cumprido, para solicitar a rescisão do contrato ou suspender seu cumprimento até a normalização da situação (MEDAUAR, 1998).

Tais casos encontram-se previstos no art. 78, XIV e XV, quais sejam: a suspensão da execução do contrato por ordem escrita da Administração, por prazo superior a cento e vinte dias, e o atraso superior a noventa dias dos pagamentos devidos pela Administração decorrentes de obras, serviços ou fornecimento já recebidos ou executados.

Cumprе ressaltar que a exceção do contrato não cumprido não é oponível, mesmo diante de atraso de pagamento superior a noventa dias, em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra (ALEXANDRINO; PAULO, 2011).

2.1.8 Possibilidade de subcontratação

Preceitua o art. 72, que o contratado, ao executar o contrato, “sem prejuízo das responsabilidades contratuais e legais, poderá subcontratar partes da obra, serviço ou fornecimento, até o limite admitido, em cada caso, pela Administração”.

Em exame mais apressado desse dispositivo, seria possível vislumbrar ofensa à obrigatoriedade de licitação prévia. Contudo, não se pode olvidar que a atividade administrativa, bem como o próprio procedimento licitatório, é orientada, também, pelo princípio da impessoalidade (SILVA, 2004).

Como se vê, em regra, a prestação necessária a satisfazer o interesse estatal não tem cunho personalíssimo. Todavia, há casos em que a situação é diversa, em razão de ter a Administração contratado com um particular em vista de suas condições diferenciadas para a execução do objeto contratual. Em tal hipótese, deve a prestação ser adimplida diretamente pelo particular contratado, ainda que por meio de pessoa jurídica, inadmitindo-se a subcontratação (JUSTEN FILHO, 2010).

Por óbvio, o que se tem aqui é apenas uma possibilidade de subcontratação, que se encontra condicionada à existência de previsão editalícia e contratual, consoante se infere do art. 78, VI.

2.1.9 Extinção contratual

A extinção do contrato administrativo pode ser natural – quando ocorrer a perfeita execução do objeto contratual, o esgotamento de seu prazo, a extinção de seu objeto ou a impossibilidade de seu cumprimento, a extinção da pessoa jurídica em contratos intransferíveis e a morte da pessoa física em contratos *intuitu personae* – ou provocada – quando houver rescisão unilateral pela Administração Pública, rescisão por conveniência e oportunidade, distrato e vício do ajuste ou da licitação (FIGUEIREDO, 1994).

O distrato, também denominado rescisão amigável, é a que decorre da manifestação bilateral dos contratantes. Nessa hipótese não há litígio entre eles, mas sim interesses comuns, sobretudo da Administração que, quanto ao desfazimento, terá discricionariedade em sua resolução (CARVALHO JÚNIOR, 2011).

O desfazimento do acordo entre as partes pressupõe a validade da contratação, a ausência do cumprimento integral pelas partes de suas obrigações e a deliberação consensual pela extinção do vínculo. Nesses casos, o particular não fará jus a indenização por eventos futuros, mas apenas por aquilo que tiver executado até a data do desfazimento amigável (JUSTEN FILHO, 2010).

Ademais, o contrato administrativo também pode ser extinto pela Administração caso se verifique que a relação contratual, quando de sua formação, se encontrava eivada dos vícios de anulabilidade e nulidade. Nesse caso, o princípio da legalidade imporá sua invalidação, se não couber convalidação, devendo a Administração fazê-lo após abertura de processo administrativo em que se possibilite o contraditório e a ampla defesa (MELLO, 2012).

Não obstante, nos termos do art. 59, parágrafo único, do Estatuto, a nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado, pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, contanto que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa.

Para Justen Filho (2010), tal dispositivo é inconstitucional, possuindo o particular o direito a ser indenizado amplamente pelas perdas e danos sofridos. Segundo o autor, a nulidade absoluta do contrato não pode ser oposta ao particular, se ele estava de boa-fé, devendo a Administração arcar com os efeitos dos atos viciados que praticou.

O contrato administrativo pode, ainda, ser rescindido judicialmente, por decisão emanada de autoridade investida na função jurisdicional. Esta modalidade de extinção do contrato, normalmente, é adotada pelos particulares contratados pela Administração quando esta, de algum modo, descumpra as obrigações pactuadas. Verificado o fato em ação judicial, a decisão decreta a rescisão do contrato e, quando requerido pelo interessado, condena o causador ao pagamento da devida indenização (CARVALHO FILHO, 2011).

2.2 CONTRATO DE CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS

Cabe, nesta oportunidade, após a análise ampla do contrato administrativo, o exame dos ajustes firmados pela Administração nos casos de concessão de serviço público.

O art. 175 da Constituição Federal prevê que incumbe ao Poder Público a prestação de serviços, seja diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre mediante licitação, devendo lei dispor acerca do regime das empresas concessionárias, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão.

Nos termos do art. 2º, II, da Lei n. 8.987/1995, a concessão de serviço público pode ser definida como o contrato administrativo por meio do qual o poder concedente delega à pessoa jurídica ou consórcio de empresas a execução de um serviço público, para que o execute em seu próprio nome, por sua conta e risco, sendo este remunerado, em regra, mediante tarifa paga pelo usuário.

Nos dizeres de Freitas (1995):

A concessão em pauta pode ser definida como delegação da prestação de serviço público - encetada pela entidade estatal (União, Estados, Distrito Federal ou Município) em cuja competência se encontre o aludido serviço -, por meio de contrato administrativo, bilateral e oneroso, precedido de licitação nas modalidades concorrência ou leilão, a pessoa jurídica ou a consórcio de empresas capazes de assumi-lo, por prazo determinado e por sua conta e risco, em harmonia com as exigências dos princípios regentes da Administração Pública, inclusive o da economicidade (p. 39).

Trata-se, pois, de processo de descentralização, formalizado por instrumento contratual (CARVALHO FILHO, 2011).

2.2.1 Regime jurídico aplicável

A concessão de serviço público apresenta as mesmas características dos demais contratos administrativos, sendo um tipo de avença travada entre a Administração e terceiros cujo regime se singulariza pela existência de cláusulas que asseguram ao concedente a alteração e extinção unilateral da relação convencional, em prol do interesse público, ressalvados os interesses patrimoniais do contratante privado, a fiscalização de sua execução e aplicação de penalidades (GROTTI, 2014).

As concessões comuns, regidas pela Lei n. 8.987/1995, têm por objeto a prestação de serviço público delegado e comportam duas modalidades: a concessão de serviços públicos simples, em que o Poder Público só delega o serviço público em si – objeto do presente estudo; e a concessão de serviços públicos precedida da execução de obra pública, cujo contrato prevê duplo objeto: a execução de obra e a prestação do serviço. Caracterizam-se, segundo Carvalho Filho (2011), pelo fato de que o concessionário não recebe qualquer contrapartida pecuniária por parte do concedente; seus recursos têm origem no pagamento das respectivas tarifas pelos usuários do serviço.

As concessões especiais, reguladas na Lei n. 11.079/2004, também encerram delegação de serviços e obras públicas, mas se sujeitam a regime jurídico específico. Conforme o aludido doutrinador, diferentemente das concessões simples, nas concessões especiais, o concessionário recebe contrapartida pecuniária por parte do poder

concedente, integralmente proveniente de aportes regulares de recursos orçamentários do poder público, no caso de concessões administrativas, ou correspondente a um adicional à tarifa cobrada dos usuários, nas concessões patrocinadas.

No que toca à legislação aplicável àquelas, imperioso destacar que a Lei n. 8.987/1995 não revoga expressamente a Lei n. 8.666/1993, não é com ela incompatível, nem regula inteiramente o procedimento licitatório das concessões, consoante lição de Amaral (1995), a saber:

[...] a Lei 8.987/95 refere-se implicitamente à aplicabilidade da Lei 8.666/93 (normas legais pertinentes ou legislação própria sobre licitações e contratos) em seus arts. 1.º, 4.º, 14 e 18. Mais ainda: a Lei 8.666/93 prevê sua aplicação a concessões e permissões (art. 2.º) e dispõe no art. 124: ‘Art. 124. Aplicam-se às licitações e aos contratos para permissão e concessão de serviços públicos os dispositivos desta Lei que não conflitem com a legislação específica sobre o assunto’.

É verdade que em junho de 1994, época em que esse artigo foi incluído na Lei 8.666/93 pela Lei 8.883/94, a legislação específica sobre concessões e permissões não era a Lei 8.987, editada em fevereiro de 1995. Nas isso não prejudica o entendimento de que a norma nele contida, por não haver sido revogada, refere-se em sentido atual, à lei específica ora em vigor. (p. 7)

2.2.2 Traços característicos da concessão de serviço público

Consoante Cretella Júnior (1997), o instituto da concessão de serviço público se apresenta com os seguintes traços típicos: O concessionário, ao invés de receber diretamente dos cofres do Estado, recebe dos usuários do serviço público as denominadas tarifas, pagas durante o prazo que dura a concessão e não alteráveis, unilateralmente, pela empresa concessionária.

O regime da concessão importa, necessariamente, a temporariedade da concessão, não se admitindo concessões eternas nem a renúncia do concedente ao poder de retomar o serviço, porquanto isto corresponderia à transformação do serviço em privado, descaracterizando a concessão, ou à alienação de competências públicas, juridicamente inexistente (JUSTEN FILHO, 2014).

O regime tradicional da concessão de serviço público, positivado entre nós, deriva da teoria clássica do contrato administrativo, e reconhece ao Estado titular do serviço ou do bem dado em concessão o poder de dispor livremente sobre as condições de prestação do serviço, e modificá-las sempre que o interesse público demandar; assim como se lhe reconhece o poder de retomar o serviço concedido sem que caiba oposição do concessionário. Em contrapartida ao reconhecimento de tais prerrogativas, ao contratado é garantido o direito ao equilíbrio econômico-financeiro (TÁCITO, 2014).

2.2.2.1 Serviço público

Serviço público é todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatal, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniências do Estado (MEIRELLES, 1999). Segundo o autor, fora dessa generalidade não se pode, doutrinariamente, indicar as atividades que constituam serviço público, porquanto variam segundo as exigências de cada povo em cada época.

O próprio texto constitucional indica alguns serviços como públicos, de competência da União (art. 21, X, XI e XII), dos Estados (art. 25, §2º) e dos Municípios (art. 30, V). Mas isto não significa que outros não possam ser elevados a esta categoria por lei ordinária, desde que não adentrem a esfera específica da iniciativa privada, à qual é reservada a exploração de atividade econômica, salvo exceções constitucionalmente previstas (AZEVEDO; ALENCAR, 1998).

Pela concessão, o poder concedente não transfere propriedade alguma ao concessionário, nem se despoja de qualquer direito ou prerrogativa pública, mas sim delega a execução do serviço, nos limites e condições legais ou contratuais, sempre sujeita a regulamentação e fiscalização do concedente. Como o serviço, apesar de concedido, continua sendo público, o poder concedente nunca se despoja do direito de explorá-lo direta ou indiretamente, por seus órgãos, suas autarquias e empresas estatais, desde que o interesse público assim o exija. Nessas condições, permanece com o poder público a faculdade de, a qualquer tempo, retomar o serviço concedido, mediante indenização ao concessionário, dos lucros cessantes e danos emergentes resultantes da encampação (MEIRELLES, 1999).

Por se tratar de prestação de serviço público, o concessionário deverá observar em sua atuação os diversos princípios administrativos que norteiam tal matéria. Destaca-se, nesse sentido, o princípio da

continuidade do serviço público e da modicidade das tarifas, de acordo com o qual, deverá o usuário pagar tarifa módica pela fruição de um serviço adequado. Salienta-se que tarifa módica não equivale necessariamente à tarifa de baixo valor patrimonial; em verdade, a modicidade da tarifa encontra-se intimamente ligada ao custo do serviço e à capacidade financeira do usuário (SANTOS, 2007)..

2.2.2.2 Remuneração do concessionário

É indispensável para a configuração da concessão de serviço público que o concessionário se remunere pela exploração do próprio serviço concedido. Isso, de regra, se faz, em regra, pela percepção de tarifas cobradas dos usuários. Entretanto, dita exploração poderia ser feita, em alguns casos, por outro meio. É o que sucede nas concessões de rádio e televisão, em que o concessionário se remunera pela divulgação de mensagens publicitárias cobradas dos anunciantes (MELLO, 2012)..

Nesse sentido, Justen Filho (1997) dispõe que a concessão de serviço público produz a exploração empresarial de um serviço público. Isso significa que o concessionário aplicará seus recursos e esforços para a prestação do serviço públicos, mas visando a obtenção de lucro. É essencial à concessão o vínculo entre a remuneração do particular e a exploração do serviço, o que significa que a remuneração será variável em vista da eficiência organizacional e do consumo dos usuários.

Ainda segundo o autor, se reputa plenamente cabível que a remuneração do concessionário seja parcialmente custeada pelo erário público, sem que isso exclua a configuração de concessão comum.

2.2.2.3 Procedimento licitatório

Conforme explicitado supra, a outorga da concessão, art. 175 da Constituição Federal, deve ser sempre precedida de licitação, estabelecendo a Lei n. 8987/1995, em seu art. 2º, II e III, que a modalidade de licitação exigida nestes casos é a concorrência. Vale notar que o termo sempre, contido no dispositivo constitucional, não significa que não se possa dispensar ou declarar inexigível a licitação em casos concretos, nos termos da Lei n. 8.666/1993 (AMARAL, 1995).

Adotando o método cada vez mais utilizado nas licitações, a Lei n. 8.987/1995 passou a admitir que o edital contemple a inversão da ordem das fases de habilitação e julgamento. Nesse caso, após a classificação das propostas, ou o oferecimento de lances, é aberto

apenas o envelope do melhor classificado, com os documentos de habilitação. Estando em ordem, será declarado vencedor. Caso seja inabilitado, a análise recairá sobre o envelope relativo ao classificado em segundo lugar, e assim sucessivamente, até que um licitante atenda às exigências do edital. Ao vitorioso será adjudicado o objeto da contratação nas condições técnicas e financeiras que tiver ofertado (CARVALHO FILHO, 2011).

2.2.2.4 Cláusulas essenciais

O contrato de concessão de serviços públicos deverá ter, entre outras cláusulas essenciais, as relativas aos bens reversíveis, ou seja, aqueles bens privados que deverão integrar-se no domínio público, ao final do contrato de concessão, sendo muito mais restrito do que o regime de reversão da concessão clássica, havendo apenas a vinculação da reversão para aqueles bens imprescindíveis à continuidade do serviço, evitando-se discussões entre o Poder Público e o concessionário ao final da concessão (GROTTI, 2014).

2.2.2.5 *Exceptio non adimpleti contractus*

É oportuno destacar que no caso dos contratos de concessão e de permissão de serviços públicos não é cabível a suspensão da execução do contrato pela concessionária ou permissionária, seja qual for o inadimplemento da administração. Nesses contratos, o descumprimento de obrigação da administração para com a concessionária ou permissionária enseja unicamente a rescisão judicial, por iniciativa do particular, e os serviços prestados não podem ser interrompidos ou paralisados, até o trânsito em julgado da decisão judicial (ALEXANDRINO; PAULO, 2011).

2.2.2.6 Obrigatoriedade da exigência de garantia

Nos contratos de concessão de serviço público precedida de execução de obra pública é obrigatória a exigência de garantia relativa a essa parte específica do contrato – a realização da obra –, adequada a cada caso e limitada ao valor da obra (ALEXANDRINO; PAULO, 2011).

2.2.2.7 Contratação com terceiros e subcontratação

A concessionária poderá contratar com terceiros o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares ao serviço concedido, bem como a implementação de projetos associados. Tais contratos serão regulados pelas normas do Direito Privado, não se estabelecendo qualquer relação jurídica entre os terceiros e o poder concedente, conforme art. 25, I e § 2º, da lei em estudo (GOMES, 2006).

Observa o mencionado autor, que, nos termos do disposto no art. 26, desde que expressamente prevista no contrato de concessão e autorizada pelo poder concedente, é admitida a subconcessão, devendo a outorga da subconcessão ser sempre precedida de concorrência, subrogando-se o subconcessionário em todos os direitos e obrigações da subconcedente dentro dos limites da subconcessão.

2.2.2.8 Alteração unilateral

O concessionário executa o serviço em seu próprio nome e corre, apenas, os riscos normais do empreendimento, fazendo jus ao recebimento de remuneração, ao equilíbrio econômico-financeiro da concessão e à inalterabilidade do objeto. Sobreleva notar que o poder público pode introduzir alterações unilaterais no contrato, mas tem que respeitar seu objeto e assegurar a manutenção do equilíbrio econômico, aumentando a tarifa ou compensando pecuniariamente o concessionário (DI PIETRO, 2005).

3 A TEORIA DA IMPREVISÃO E OS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Um dos traços característicos do contrato administrativo é sua mutabilidade, que decorre de determinadas cláusulas exorbitantes, ou seja, das que conferem à Administração o poder de, unilateralmente, alterar as cláusulas regulamentares ou rescindir o contrato antes do prazo estabelecido, por motivo de interesse público. Tal mutabilidade pode decorrer também de outras circunstâncias, que dão margem à aplicação da Teoria da Imprevisão, qual seja todo acontecimento externo ao contrato, estranho à vontade das partes, imprevisível e inevitável, que cause um desequilíbrio muito grande, tornando a execução do contrato excessivamente onerosa para o contratado (DI PIETRO, 2005).

No mesmo sentido, Meirelles (1999) dispõe que quando sobrevêm eventos novos, extraordinários, imprevisos e imprevisíveis, onerosos, retardadores ou impeditivos da execução do contrato, a parte atingida fica liberada dos encargos originários e o ajuste há que ser revisto ou rescindido, pela aplicação da Teoria da Imprevisão.

A aplicação de tal teoria, decorrente do reconhecimento do dever moral e jurídico de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, torna-se ainda mais sensível no caso dos contratos de concessão de serviços públicos, que envolvem prazos mais amplos, composição de custos mais complexa e que importam, quase sempre, em elevação das tarifas a serem pagas pelos usuários dos serviços públicos (FURTADO, 2013).

3.1 EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Como regra, o contrato administrativo produz direitos e deveres para ambas as partes – Administração contratante e particular contratado –, em situação de correspondência. Isto é, o conjunto de encargos é a contrapartida do conjunto de retribuições, de modo a caracterizar uma equação (JUSTEN FILHO, 2010).

A equação ou equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo é a relação estabelecida inicialmente pelas partes entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração para a justa remuneração do objeto do ajuste. Essa relação encargo-remuneração deve ser mantida durante toda a execução do contrato, a fim de que o

contratado não venha a sofrer indevida redução nos lucros normais do empreendimento (MEIRELLES, 1999). Quando pactuam, as partes implicitamente pretendem que seja mantido o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Desse modo, o efeito principal desse verdadeiro postulado contratual é o de propiciar às partes a oportunidade de restabelecer o equilíbrio toda vez que de alguma forma mais profunda for ele rompido ou, quando impossível o restabelecimento, ensejar a própria rescisão do contrato (CARVALHO FILHO, 2011).

No contrato de concessão de serviço público, de um lado, cabe ao particular, uma obrigação de fazer, ao passo que ao ente público cabe a obrigação de remunerar o serviço ou assegurar sua remuneração. Desse modo, pode-se dizer que o princípio do equilíbrio econômico-financeiro do contrato garante a própria continuidade da relação de concessão, de modo que sua inobservância pode tornar materialmente impossível o cumprimento das obrigações assumidas pelos contratantes (SANTOS, 2007).

O conceito de equilíbrio econômico do contrato, dessa forma, jamais poderá ser confundido com garantia de correspondência às expectativas do contratante; e a reparação deve ser feita de modo a levar em conta não só a continuidade da prestação do serviço, mas também a equação econômica que permite a sobrevivência do contratante no mercado – o que não significa necessariamente ganho (FARENA, 1990)

Nos contratos privados, que também supõem a existência de um equilíbrio financeiro, uma vez desconstituída tal equivalência, essa somente poderá ser novamente implementada por acordo entre as partes. Nos contratos administrativos, por outro lado, deve a Administração pública, sempre que possível, buscar a equivalência material das prestações (DI PIETRO, 2005).

Nesse sentido prevê o art. 37, XXI da Constituição Federal:

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

[...]

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento,

mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações. (grifou-se).

Em consequência disso, qualquer alteração unilateral que onere ou desagrave a prestação a cargo do particular, feita pela Administração, deve ser levada em conta para o restabelecimento desse equilíbrio. Tal alteração impõe ao Poder Público a imediata obrigação de promover o reajustamento correspondente, de forma que, de pronta, ocorra o reequilíbrio da avença (GASPARINI, 2011). A restauração do equilíbrio econômico-financeiro constitui-se em direito do concessionário, existente ainda que não previsto no corpo do contrato (DI PIETRO, 2011).

A consagração do princípio do equilíbrio econômico-financeiro nas relações jurídicas contratuais de concessão de serviço público atende a duas finalidades distintas, que convergem em razão da condição de parceiro que detém o particular contratante na prossecução do interesse público: do ponto de vista do particular, assegura a obtenção do resultado econômico-financeiro projetado quando da elaboração da proposta; e, do ponto de vista da Administração e da coletividade, contribui para a realização do interesse público e para a continuidade do serviço (SANTOS, 2007).

Destaca-se que a equação econômico-financeira abrange todos os aspectos econômicos relevantes para a execução da prestação das partes. Isso compreende não apenas o montante de dinheiro devido ao particular contratado, mas também o prazo estimado para pagamento, a periodicidade dos pagamentos, a abrangência do contrato e qualquer outra vantagem que a configuração da avença possa produzir (JUSTEN FILHO, 2010).

Segundo Wald (2005), embasado nas lições do economista Mário Henrique Simonsen, enquanto a equação econômica se referia à rentabilidade global do contrato, a equação financeira significava a manutenção das entradas – receitas – e saídas – desembolsos – de recursos financeiros no patrimônio do concessionário, na forma previamente estabelecida no contrato.

Tal distinção, consoante o autor, tem efeitos práticos da maior importância. Enseja, como consequência necessária, a abrangência da indenização devida, no caso de mora do Poder Público e afronta ao equilíbrio financeiro, não só dos juros legais, mas dos juros de mercado, que, regra geral, são em muito superiores.

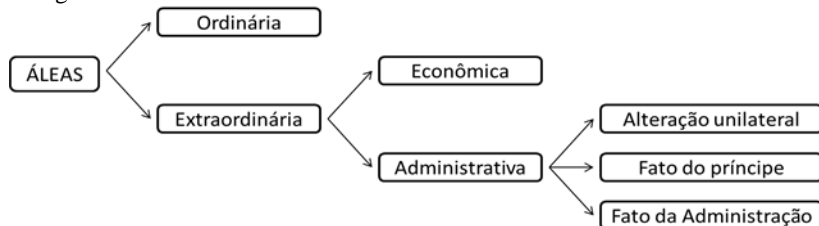
Imperioso destacar que, nos termos do art. 175, o concessionário explora o serviço por sua conta e risco. Assim, a garantia desse equilíbrio econômico deve significar maior eficiência para a Administração na prestação do serviço público, e nunca um financiamento concedido ao contratante ineficiente. Donde resulta que as alterações nessa equação e os riscos inerente à normalidade de uma economia de mercado não afetam a equação econômica do contrato, não obrigando, por via de consequência, a Administração a qualquer recomposição (CUNHA, 1995).

Tal dispositivo legal, todavia, não pode significar à imputação de todos os riscos contratuais ao concessionário. Na realidade, tem-se que conciliar duas ideias: de um lado, a de que, para o concessionário a concessão constitui um empreendimento que visa ao lucro, mas que envolve determinados riscos. De outro, a de que para a Administração, o objeto do contrato é um serviço público e, portanto, uma atividade que atende às necessidades da coletividade e que, por esse motivo, deve ser ininterrupta (DI PIETRO, 2011).

Diversos fundamentos ou critérios têm sido utilizados para servir de parâmetro para obter o reequilíbrio dos contratos administrativos. Em algumas situações, em razão da previsibilidade do desequilíbrio, o próprio contrato define mecanismos que permitirão a recomposição do que foi originalmente pactuado. Em outras situações, haverá a necessidade de serem utilizados mecanismos que igualmente irão permitir o reequilíbrio da referida equação, não obstante sua afetação tenha resultado de fatores imprevisíveis (FURTADO, 2013).

Dentre as causas que podem alterar a equação econômico-financeira do contrato tem-se por exemplo, o fato do príncipe, fato da administração, caso fortuito, força maior e interferências imprevistas – oriundos das áleas extraordinárias econômica e administrativa, que serão analisadas partindo-se do seguinte esquema que as classifica:

3. Figura - Áleas



Fonte: Madeira (2008, p. 401)

3.1.1 Desequilíbrio econômico-financeiro em decorrência de álea ordinária

A álea ordinária se encontra presente em qualquer tipo de negócio jurídico, como resultado da flutuação do mercado. Trata-se dos riscos normais do contrato, que, por serem previsíveis, por eles responde o concessionário (JUSTEN FILHO, 2010).

Para Santos (2007), o particular, quando se propõe a desenvolver uma atividade com o fito de auferir vantagem econômica ou lucro, ainda que por meio da concessão de serviço público, submete-se a situações de risco impostas pelo mercado. Logo, a mencionada álea ordinária deverá ser absorvida e assimilada pela estrutura contábil e financeira do concessionário, sem que lhe assista direito de pleitear a reparação desse prejuízo pelo concedente.

Segundo o autor, podem, igualmente, integrar a noção de álea ordinária os erros cometidos quando da elaboração de sua proposta no procedimento licitatório. Tal prejuízo, pois, deve ser suportado pelo concessionário, ficando sujeito, caso implique na eventual impossibilidade de execução do contrato, a rescisão do contrato pela Administração.

3.1.2 Desequilíbrio econômico-financeiro em decorrência de álea extraordinária administrativa

Imperioso destacar que a distinção entre ordinariiedade e extraordinariiedade se relaciona não com a mera possibilidade de ocorrência dos evento, mas sim com a probabilidade de sua ocorrência. Se assim não o fosse, todo evento possível seria, em tese, previsível, integrando a álea extraordinária somente eventos impossíveis, que, por definição, nunca viriam a ocorrer (JUSTEN FILHO, 2010).

Consoante Di Pietro (2005), a álea extraordinária administrativa abrange:

- a) uma decorrente do poder de **alteração unilateral do** contrato administrativo, para atendimento do interesse público; por ela responde a Administração, incumbindo-lhe a obrigação de restabelecer o equilíbrio voluntariamente rompido;
- b) a outra corresponde ao chamado **fato do príncipe**, que seria um ato de autoridade, não diretamente relacionado com o contrato, mas que repercute indiretamente sobre ele; nesse caso, a

Administração também responde pelo restabelecimento do equilíbrio rompido;

c) a terceira constitui o **fato da Administração**, entendido como “toda conduta ou comportamento desta que torne impossível, para o co-contratante particular, a execução do contrato” [...]. (p. 282).

3.1.2.1 Alteração unilateral do contrato

O desequilíbrio econômico-financeiro do contrato pode se dar nos casos em que a Administração Pública, utilizando-se de sua prerrogativa de alteração unilateral do contrato, o faça de modo a onerar por demais o particular contratado (SANTOS, 2007).

Essa prerrogativa da Administração faz com que o equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo seja essencialmente dinâmico, ao contrário do que ocorre nos contratos de direito privado, em que o equilíbrio é estático (DI PIETRO, 2005). Neste, o equilíbrio é do tipo $a = b$, de tal forma que, se uma das partes descumpra a sua obrigação, ela comete uma falta e o sistema contratual fica irremediavelmente rompido. Naquele, o equilíbrio é do tipo $a/b = a1/b1$. Se a Administração altera a obrigação “a” do contratado, substituindo-a pela obrigação “a1”, a remuneração devida pelo poder público passa de “b” para “b1” (TÁCITO, 1975).

Assim sendo, processada a alteração unilateral do contrato pela Administração Pública, tem o particular direito a receber as diferenças respectivas, como forma de propiciar o restabelecimento do equilíbrio contratual, rompido por força da alteração (CARVALHO FILHO, 2011).

3.1.2.2 Fato da Administração

A Administração quando realizada modificação unilateral do contrato de concessão o faz com o objetivo precípuo de promover a melhora ou a adequação do serviço ao interesse público, constituindo-se em conduta autorizada pelo regime jurídico de direito público, de modo que não se configura em falta contratual. Por outro lado, o fato da Administração constitui infração aos deveres impostos contratualmente ao concedente (SANTOS, 2007).

Mello (2012) considera como fato da Administração o comportamento irregular do contratante governamental que, nesta qualidade, viola os direitos do contratado e lhe dificulta a execução.

Para Madeira (2008), o fato da Administração é comportamento ou omissão culposa da Administração que ocasionam o agravamento da execução do contrato, podendo ocorrerem em duas hipóteses: inadimplência da Administração, capaz de levar à rescisão do contrato, e atraso da Administração, que leva à prorrogação do contrato.

Justen Filho (2010), todavia, acredita que o enquadramento do ilícito contratual da Administração Pública como causa apta a configurar a quebra do equilíbrio econômico financeiro, aplicando-se o art. 65, II, é incorreto e pode ser recusada pelo particular. Consoante o autor, o ato ilícito gera o dever de indenizar o particular por perdas e danos – solução jurídica que não se confunde com o efeito gerado pela quebra da equação econômico-financeira, que se traduz na ampliação das vantagens ou na redução dos encargos do particular.

3.1.2.3 Fato do príncipe

O fato do príncipe é um ato genérico e abstrato do Poder Público, que quebra indiretamente o equilíbrio econômico-financeiro do contrato (MADEIRA, 2008). A oneração decorrente do fato do príncipe tem origem, pois, na atuação ordinária e regulamentar da Administração, no exercício de suas competências legal e constitucionalmente previstas (SANTOS, 2007).

Nesse sentido, posiciona-se Justen Filho (2010), ao alegar que a teoria do fato do príncipe consagra o direito de indenização a um particular em vista da prática de ato lícito e regular imputável ao Estado.

Neste viés, tem-se como exemplo de fato do príncipe a previsão, contida no art. 9º, §3º, da Lei n. 8.987/1995, de que, a criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais após a apresentação da proposta, quando comprovado seu impacto, ressalvados os impostos sobre a renda, implicará a revisão da tarifa paga pelos usuários do serviço público, para mais ou para menos, conforme o caso.

Existem algumas divergências doutrinárias acerca da conceituação desse instituto. Di Pietro (2005), assim como a maior parte da doutrina, reputa que o fato do príncipe se verifica tão somente quando a execução do contrato é onerada por medida proveniente da autoridade pública contratante, mas que exercita esse poder em um campo estranho ao contrato.

Por este raciocínio, caso um município tenha celebrado contrato de concessão de serviço público precedido de obra que implique, necessariamente, na importação de determinadas mercadorias e a alíquota do imposto de importação for incrementada de tal modo que

impossibilite a realização da compra dos bens e, por conseguinte, a execução do contrato, a conduta da entidade federativa não se constituirá em fato do príncipe.

Tal hipótese, segundo a referida autora, configurar-se-ia em álea econômica, ensejando a aplicação da Teoria da Imprevisão, por meio da qual o ente público não arcaria com a totalidade do prejuízo, sendo esse compartilhado entre as partes do contrato.

Carvalho Filho (2011), por sua vez, entende que a conduta capaz de enquadrar-se na categoria de fato do príncipe pode ser aquela realizada por quaisquer das manifestações internas do Estado, de modo que considera aplicável tal teoria se, por exemplo, um ato oriundo da União atingir um particular que tenha contratado com um Estado-membro.

A recomposição do equilíbrio contratual, em se tratando de fato do príncipe e fato da Administração, exige que essa suporte sozinha os ônus daí decorrentes, compensado inteiramente o concessionário, já que a causa do desequilíbrio é imputável à Administração (DI PIETRO, 2011).

3.1.3 Desequilíbrio econômico-financeiro em decorrência de álea extraordinária econômica

A álea econômica corresponde às circunstâncias externas ao contrato, estranhas à vontade das partes, imprevisíveis, excepcionais e inevitáveis, que ocasionem um desequilíbrio muito grande no contrato, dando lugar à aplicação da Teoria da Imprevisão (DI PIETRO, 2005).

3.2 TEORIA DA IMPREVISÃO

É da essência do contrato, por se tratar de acordo de vontades entre as partes, o cumprimento integral de todas as suas cláusulas. Em outras palavras, é inerente a este tipo de negócio jurídico o princípio da obrigatoriedade dos contratos, que garante a segurança das relações obrigacionais.

Tem-se que os contratos, uma vez concluídos livremente, incorporam-se ao ordenamento jurídico, constituindo uma verdadeira norma de direito (GAMA; ROCHA; SOUZA, 2003). Todavia, a regra que determina celebrar e executar o contrato segundo o que corresponda às exigências da boa-fé pode apresentar sérias dificuldades quando, com posterioridade a sua celebração, mas antes de sua execução, sobrevêm

fatos ou circunstâncias que agravam o sacrifício exigido de uma das partes (DÍAZ, 2004).

A constatação de que os negócios jurídicos podem sofrer as consequências de modificações posteriores das circunstâncias, com quebra insuportável da equivalência, deu origem ao princípio da revisão dos contratos ou da onerosidade excessiva, permitindo-se aos contratantes recorrerem ao Poder Judiciário para obter alteração da convenção (GONÇALVES, 2009).

Por óbvio, a Teoria da Imprevisão deve ser aplicada com cautela pelo magistrado, evitando que este interfira diretamente nos contratos celebrados, substituindo a vontade das partes, livremente pactuada, pela sua (LENZ, 2005).

3.2.1 Histórico

A Teoria da Imprevisão pode ser definida como doutrina jurídica que admite, em casos graves, a possibilidade de revisão judicial dos contratos quando a superveniência de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, por ocasião da formação dos pactos, torna sumamente onerosa a relação contratual, gerando a impossibilidade subjetiva de se executarem esses contratos (DINIZ, 1998).

Trata-se da vertente moderna da cláusula *rebus sic stantibus*, abreviação da fórmula *contractus qui habent tractu sucessivum et dependendum de futuro rebus sic stantibus intelligentur*, em vernáculo: “contrato que trata de prestações futuras e condicionais deve ser interpretado segundo as circunstâncias em que se encontra na atualidade” (CALDAS, 1984, p. 64).

A formulação de preceito geral correspondente a esse valor deve-se ao Direito Canônico e aos pós-glosadores que, na Idade Média, definiram como implícito a todo contrato de execução contínua ou diferida um pacto condicionando sua eficácia à preservação das mesmas circunstâncias existentes ao tempo da celebração (COELHO, 2012).

Venosa (2012) afirma que princípios de mesma natureza foram observados em legislações anteriores, como, por exemplo, no texto do Código de Hamurabi. A Lei 48 do mencionado código admitia a imprevisão nas colheitas, preconizando que se “uma tempestade devasta o campo ou destrói a colheita, ou por falta de água não cresce o trigo no campo, ele [devedor] não deverá nesse ano dar trigo ao credor, deverá modificar sua tábua de contrato” (CUNHA, 1995, p. 35).

Conforme Rizzardo (2010), aplicou-se plenamente a cláusula *rebus sic stantibus* nos Séculos XIV e XVI, em torno da qual nasceu

copiosa literatura, perdurando seu período áureo até meados do Século XVIII, quando iniciou sua decadência, limitando-se seus casos de incidência. Coelho (2012) credita esse movimento descendente, de um lado, à pretensão racionalista de reorganizar as relações sociais que vicejou ao tempo da Revolução Francesa e, de outro, às necessidades de extrema segurança e previsibilidade do florescente capitalismo.

O pensamento da época encontra-se refletido em uma disposição do Código Civil de Montenegro, de 1888: “a pedra uma vez lançada da mão não nos volta à mão, nem a palavra à boca. [...] o verdadeiro fundamento de todas as relações e da vida social é a regra que a palavra liga os homens” (DÍAZ, 2004, p. 198).

Com nova roupagem jurídica, a cláusula *rebus sic stantibus* desponta sob a denominação de Teoria da Imprevisão após o fim da Primeira Guerra Mundial. No contexto da transição para o modelo neoliberal, difundiram-se institutos jurídicos tendentes à revisão judicial do conteúdo do contrato, afastando-se qualquer ideia de imoralidade ou ilicitude no descumprimento do contrato pelo sujeito pressionado por fatores externos a sua vontade que haviam tornado extremamente difícil ou mesmo impossível a entrega da prestação (COELHO, 2012).

Na França, expressa Venosa (2012), em decorrência da Primeira Guerra Mundial, que trouxe desequilíbrio para os contratos a longo prazo, a Teoria da Imprevisão ganhou força, sobretudo com a conhecida Lei Failliot, de 1918, que autorizou a resolução judicial dos contratos concluídos antes da guerra em razão da onerosidade de sua execução.

No Brasil, a necessidade de intervenção judicial nos contratos para correção de abusos e de distorções foi reconhecida, de uma maneira mais contundente, a partir do início do século passado. O princípio da autonomia da vontade passou a ser interpretado com ressalvas nos meios jurídicos nacionais, dadas as imprevisíveis alterações econômicas que abalaram o país após a Primeira Grande Guerra e a quebra da bolsa de Nova Iorque (PUGLIESE, 2004).

Acerca do ingresso dessa teoria ao pensamento jurídico brasileiro, Gonçalves (2009) leciona que:

Entre nós, a teoria em tela foi adaptada e difundida por Arnaldo Medeiros da Fonseca, com o nome de teoria da imprevisão, em sua obra *Caso fortuito e teoria da imprevisão*. Em razão da forte resistência oposta à teoria revisionista, o referido autor incluiu o requisito da imprevisibilidade para possibilitar sua adoção. Assim, não era mais suficiente a ocorrência de um fato extraordinário,

para justificar a alteração contratual. Passou a ser exigido que fosse também *imprevisível*. (p. 30).

De acordo com o que afirma Diniz (2010), ainda que inexistente previsão legal anterior ao Código Civil de 2002, a doutrina e Poder Judiciário vinham adotando a Teoria da Imprevisão, justificando o restabelecimento do *statu quo ante* pela cláusula *rebus sic stantibus*.

O desejo de estabelecer a Teoria da Imprevisão na legislação brasileira é bastante antigo e se manifestou em todas tentativas de reforma de legislação civil brasileira, a partir do Anteprojeto de Código de Obrigações de 1941, de lavra dos sábios Philadelphio Azevedo, Orozimbo Nonato e Hannemann Guimarães (RODRIGUES, 2002).

O Código Civil vigente disciplina no Título V, Capítulo II a Teoria da Imprevisão, em seus artigos 478, 479 e 480, sob o título “Da resolução por onerosidade excessiva”.

3.2.2 A Teoria da Imprevisão ordenamento jurídico brasileiro

Antes de adentrar no estudo dos dispositivos legais que regulam tal matéria no âmbito do Direito Privado, imperioso destacar que há controvérsias quanto à adoção da Teoria da Imprevisão pelo mencionado código:

A primeira corrente doutrinária afirma que o atual Código Civil consagrou a teoria da imprevisão, de origem francesa, que remonta à antiga cláusula *rebus sic stantibus*. Estamos filiados a essa corrente, que parece ser a majoritária, pois predomina na prática a análise do fato imprevisível a possibilitar a revisão por fato superveniente. Na jurisprudência do mesmo modo predominam as menções à teoria da imprevisão (entre os mais recentes: STJ, AgRg no Ag 1.104.095/SP, Rel. Min. Massami Uyeda, 3.^a Turma, j. 12.05.2009, DJe 27.05.2009 e STJ, AgRg no REsp 417.989/PR, Rel. Min. Herman Benjamin, 2.^a Turma, j. 05.03.2009, DJe 24.03.2009). Para uma segunda corrente, o Código Civil de 2002 adotou a teoria da onerosidade excessiva, com inspiração no Código Civil Italiano de 1942, eis que o nosso art. 478 equivale ao art. 1.467 do Codice. Deve ficar bem claro que a questão referente à teoria adotada pelo atual Código Civil no que toca à revisão contratual por fato superveniente é demais

controvertida, sendo certo que, tanto na III Jornada (2004) quanto na IV Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal (2006), não se chegou a um consenso a respeito do tema. Filia-se à primeira das visões pelo costume doutrinário e jurisprudencial, sendo certo que, de fato, o art. 478 do nosso Código Civil equivale ao art. 1.467 do Código italiano. Todavia, a lei brasileira traz o art. 317, dispositivo que cuida mais adequadamente da matéria e não tem correspondente naquela codificação estrangeira. Essa é a fundamental diferença entre os sistemas. (TARTUCE, 2014)

Pois bem, dispõe, com efeito, o art. 478 do referido diploma:

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

Nota-se que o mencionado dispositivo legal, quanto à solução aplicável aos casos em que a ocorrência de fatos extraordinários e imprevisíveis onera um dos contratantes, faz menção apenas à possibilidade de extinção do contrato. A legislação civilista não prevê, como regra geral, a hipótese de revisão do contrato, admitindo-a tão somente nos contratos unilaterais, ao dispor que no contrato em que as obrigações couberem a apenas uma das partes, “poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva” (art. 480 do Código Civil).

Ocorre que esta impossibilidade de revisão contratual em face de acontecimentos imprevistos vai de encontro, muitas vezes, ao próprio interesse das partes contratantes. Em contratos como o de financiamento de casa própria, por exemplo, é imperioso que a eventual onerosidade excessiva da prestação permita a revisão do contrato, até porque, na maioria dos casos, o contratante não pretende mudar-se para outro imóvel, sendo de seu interesse que não se opere a resolução.

Nesse sentido, coleciona-se o exemplo da lavra de Bierwagen (2007):

Assim, se alguém compra uma casa a prestações, prevendo que tal negócio compromete determinado percentual de seu orçamento e, repentinamente, tais prestações se elevam, impossibilitando-o de honrar outros compromissos mais prioritários, é evidente que a decisão de desfazer a compra da casa vincula-se não à perda de interesse no negócio (mormente se estiver prestes a terminar a execução), mas na impossibilidade de assumir a diferença imposta pelas circunstâncias (p. 72).

Sobre a matéria, tem-se defendido há tempos, amparado na melhor doutrina, que a extinção do contrato deve ser a *ultima ratio*, aplicável somente se esgotados todos os meios possíveis de revisão, diante do princípio da conservação contratual, anexo à função social dos contratos (TARTUCE, 2014).

Oliveira (1991), utilizando-se da lição de Gutierrez, opina pela revisão como meio preferencial, podendo o juiz eleger a resolução apenas se a revisão for inadmissível ao caso. Neste viés, tem-se o Enunciado n. 176 CJF/STJ, da III Jornada de Direito Civil: “Em atenção ao princípio da conservação dos negócios jurídicos, o art. 478 do Código Civil de 2002 deverá conduzir, sempre que possível, à revisão judicial dos contratos e não à resolução contratual”.

3.2.2.1 Contratos aplicáveis

3.2.2.1.1 *Contrato de execução continuada e de execução diferida*

Nos termos do Código Civil, a Teoria da Imprevisão é aplicável aos contratos de execução continuada e de execução diferida.

Consoante lição de Gomes (1998), os contratos de execução continuada ou sucessiva são aqueles que se cumprem por meio de atos reiterados e que, portanto, a prestação tem de ser cumprida durante certo período de tempo, continuamente. Os contratos de execução diferida, por sua vez, são aqueles que devem ser cumpridos em um só ato, mas em momento futuro, uma vez que a execução se portai em virtude de cláusula que a subordina a um termo – por exemplo, quando é pactuado entrega em determinada data do objeto alienado.

O mencionado autor, em consonância com o art. 48 do Código Civil, afirma que a Teoria da Imprevisão somente se opera nessas espécies de contratos.

Isso se dá em razão de que nos contratos de execução continuada e de execução diferida o fator tempo tem a possibilidade de incidir na intensidade do seu sacrifício originariamente comprometido, de modo a provocar uma variação substancial entre esse e o existente ao momento da interposição da ação (DÍAZ, 2004).

3.2.2.1.2 *Contrato comutativo ou aleatório*

Bittar (1993) pondera que não é a todos os contratos que se aplica a Teoria da Imprevisão – seu campo de incidência não é ilimitado. Com efeito, pode ser invocada essa teoria somente em se tratando de certas espécies contratuais, de acordo com os lindes traçados pela doutrina e pela jurisprudência.

De acordo com o autor, só é plenamente possível a utilização da teoria em apreço em se tratando de contratos comutativos, não se podendo cogitar sua aplicação para a resolução de contratos aleatórios, que, consoante Pereira (2009), podem ser definidos como aqueles em que a prestação de uma das partes não é precisamente conhecida e suscetível de estimativa prévia, inexistindo equivalência com a da outra parte.

Em idêntico sentido, Rodrigues (2002) ensina que o intuito da teoria é justamente evitar que nos contratos comutativos em que, por definição, há uma presumível equivalência de prestações, o tempo desequilibre a antiga igualdade, tornando a prestação de uma das partes excessivamente onerosa em relação a da outra

Por outro lado, para Coelho (2012), a revisão judicial de um contrato, fundada na Teoria da Imprevisão, tem cabimento qualquer que seja sua classificação. Também a parte de contrato aleatório pode experimentar mudança extraordinária e imprevisível em sua situação econômica que torne excessivamente onerosa a prestação por que se obrigou, não havendo razões para lhe obstar a revisão acessível aos demais contratantes.

3.2.2.2 Requisitos

Para a aplicação da Teoria da Imprevisão, a lei e a doutrina exigem o preenchimento de uma série de requisitos, como, por exemplo, que o cenário previsto para o cumprimento da prestação se altere

radicalmente, que haja extrema vantagem para a outra parte, e que a referida situação tenha se verificado pela ocorrência de fatos imprevisíveis e extraordinários, dentre outros.

3.2.2.2.1 *Extraordinariedade e imprevisibilidade*

Conforme preleciona Venosa (2012), o princípio da obrigatoriedade dos contratos não pode ser violado perante dificuldades comezinhas de cumprimento, nem por fatores externos perfeitamente previsíveis.

Pereira (2009) pondera que, admitindo-se que os contratantes, ao celebrarem a avença, tiveram em vista o ambiente econômico contemporâneo e previram razoavelmente para o futuro, o contrato, em regra, tem de ser cumprido, ainda que não proporcione às partes o benefício esperado.

Sendo assim, para a aplicação da teoria em estudo é necessária a ocorrência de fatos extraordinários e imprevisíveis que alterem o equilíbrio entre prestação e contraprestação contratuais.

Um acontecimento é extraordinário quando sua ocorrência não obedece ao curso normal ou estatisticamente comum da vida ordinária. Naturalmente, tanto pode ser um acontecimento positivo – suceder o que não costuma suceder –, quanto negativo – não acontecer o que costuma acontecer. A delimitação do acontecimento é, necessariamente, objetiva, ou seja, o fato excepcional não pode ter uma gravitação exclusivamente individual no devedor prejudicado, senão que deve afetar toda uma categoria de devedores (DÍAZ, 2004).

Eis aqui o grande problema da teoria adotada pelo Código Civil segundo Tartuce (2014), pois poucos casos são enquadrados como imprevisíveis pelos tribunais brasileiros, eis que a jurisprudência nacional sempre considerou o fato imprevisto tendo como parâmetro o mercado, o meio que envolve o contrato e não a parte contratante.

A partir dessa análise, em termos econômicos, na sociedade pós-moderna globalizada, nada é imprevisto, tudo se tornou previsível. Ilustrando, não seriam imprevisíveis o aumento do dólar, o desemprego ou a escala inflacionária quanto ao último evento. De acordo com o supracitado autor, isso seria uma espécie de função social às avessas, pois o fato que fundamenta a revisão é interpretado na interação da parte contratante com o meio, para afastar a onerosidade excessiva e manter o equilíbrio do negócio, a sua base estrutural.

A capacidade de prever deve ser determinada com referência a uma pessoa de diligência ordinária que exerça uma atividade do mesmo ramo que a do contratante que exige a resolução (DÍAZ, 2004).

Outrossim, a Teoria da Imprevisão deve ser interpretada de acordo com a realidade social e econômica do momento da celebração do contrato, ponderados os fatos e as circunstâncias supervenientes que deram origem à relação litigiosa. As características particulares e os interesses pessoais de cada uma das partes também devem ser sopesados pelo aplicador do Direito. A previsibilidade dos riscos é questão ainda mais delicada para as partes que contam com assessoria de profissionais especializados, como advogados e economistas. Nesses casos, a expectativa é de que o contrato sempre contenha as condições necessárias para a proteção dos interesses das partes contra os efeitos de eventos futuros e incertos, mas previsíveis (PUGLIESE, 2004).

Atenta-se para o fato de que, nas relações de consumo, não é necessária a comprovação da imprevisibilidade do fato superveniente que torna excessivamente onerosa a prestação do consumidor para a aplicação da Teoria da Imprevisão, eis que o Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 6º, V, indica como direito básico do consumidor a prerrogativa de obter a modificação ou revisão das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas (RODRIGUES, 2002).

3.2.2.2.2 *Superveniência*

Exige-se, também, que os acontecimentos extraordinários e imprevisíveis que caracterizam a resolubilidade ou revisão do contrato surjam após sua celebração e antes de sua execução.

Roppo (2009) sinaliza que caso se tratasse de circunstâncias pré-existentes à conclusão do contrato já não se poderia falar em desequilíbrio superveniente, e o contraente prejudicado deveria, em tese, podido tê-la em conta no momento da preparação e estipulação do negócio. Se não o fez porque o ignorava, poderá, quando muito, invocar o erro.

Pelo contrário, caso se tratasse de circunstâncias surgidas após a execução, consoante o aludido autor, elas não atingiriam um negócio que, objetivamente, se esgotou; poderiam, porventura prejudicar as expectativas de uma das partes, mas isso entraria no mundo dos motivos individuais, irrelevantes.

3.2.2.2.3 *Onerosidade*

A intervenção judicial no contrato ocorrerá quando um elemento inusitado e surpreendente, uma circunstância nova, surja no curso do contrato, colocando em situação de extrema dificuldade um dos contratantes, isto, é ocasionando uma excessiva onerosidade em sua prestação (VENOSA, 2012).

A expressão reflete a ideia de uma intensidade ou gravidade, de tal magnitude, a ponto de provocar a desnaturalização do caráter comutativo do contrato. Para apreciar o conceito não há critérios matemáticos. Não existe um limite preciso entre a simples onerosidade e a excessiva onerosidade. Em cada contrato existe uma álea normal que as partes aceitam, explícita ou implicitamente, como um risco provável e tolerável (DÍAZ, 2004).

3.2.2.2.4 *Benefício de uma das partes*

O texto do novo Código Civil foi meticuloso ao exigir que a excessiva onerosidade para uma das partes deva significar, necessariamente, extrema vantagem para a outra. Evidentemente, quis o codificador eliminar a possibilidade de resolução quando os efeitos do acontecimento extraordinário e imprevisível incidissem por igual em ambos contratantes, tirando partes das vantagens previstas tanto do devedor quanto do credor (DÍAZ, 2004).

O requisito da extrema vantagem não é encontrado na Teoria Clássica da Imprevisão ou mesmo em quaisquer textos legais ou precedentes jurisprudenciais brasileiros. Com efeito, a parte lesada por um evento imprevisível tem agora um novo e pesado ônus processual, qual seja o de produzir provas sobre benefícios econômicos auferidos pela outra parte, muitas vezes sem qualquer acesso aos documentos e informações necessários para a identificação desses benefícios.

O requisito da vantagem excessiva cria, na verdade, um novo conceito de imprevisão, na medida em que desloca o foco protetivo do instituto para o equilíbrio entre as prestações contratuais, afastando-se de sua missão original de proteção da parte que se sujeita ao cumprimento de obrigações que se tornem excessivamente onerosas. Há verdadeira barreira para a plena aplicação do instituto (PUGLIESE, 2004)

Imagine-se o caso do pequeno empreiteiro do interior que se compromete a construir um único imóvel, e que, no curso do contrato, vê-se surpreendido pela dobra do preço do cimento na região forçada pela presença de uma empreiteira que inicia a construção de um grande condomínio. A onerosidade excessiva experimentada pelo pequeno empreiteiro não se reflete em favor do dono da obra, que receberá o mesmo produto anteriormente contratado, não havendo, destarte, exagerada “vantagem”. (BIERWAGEN, 2007, p. 70).

3.2.2.2.5 *Outros requisitos*

Silva Filho (1993) acrescenta mais dois requisitos ao rol apresentado por Fonseca: a inimputabilidade e a não ocorrência de mora daquele que pretende com ela se beneficiar. Segundo o autor, é preciso que o fato extraordinário que modificou a base do negócio avençado não tenha sido provocado através da ação ou omissão daquele que o quer invocar, tendo em vista o princípio que a ninguém é lícito alegar a própria torpeza e, ainda, com ela auferir vantagens. Outrossim, aduz que a imprevisão não é aplicável aos casos em que o fato extraordinário ocorreu estando o devedor em mora, considerando que esta inscreve-se no capítulo dos atos ilícitos que não geram direito algum.

Em sentido contrário, para Tartuce (2014) a ausência de mora não é requisito para a revisão do contrato, eis que não foi imposto pela lei e que, na grande maioria das vezes, aquele que está em mora é quem mais precisa da revisão, justamente para demonstrar a abusividade contratual.

O Superior Tribunal de Justiça, inclusive, tem realizado um contraponto a respeito da mora, concluindo que a cobrança de valores abusivos por entidades bancárias descaracteriza esse inadimplemento relativo do devedor (nesse sentido: STJ, AgRg no REsp 979.132/RS, Rel. Min. Fernando Gonçalves, 4.^a Turma, j. 21.10.2008, DJe 03.11.2008). Tais julgados estão inspirados no Enunciado n. 354 CJF/STJ, da IV Jornada de Direito Civil, cuja redação é a seguinte: “a cobrança de encargos e parcelas indevidas ou abusivas impede a caracterização da mora do devedor”.

3.2.2.3 Art. 479 do Código Civil

Solicitada a resolução, poderá o réu evita-la oferecendo-se a modificar equitativamente as condições do contrato. O oferecimento não depende da vontade da contraparte. Reconhecida e declarada pelo juiz a justiça do oferecimento, nada poderá fazer o autor, a não ser aceitar as novas condições, ou desistir da ação e ficar com as antigas condições que pretendia objetar por excessividade onerosa (DÍAZ, 2004).

O art. 479 do Código Civil cria desfecho diferenciado para a aplicação da Teoria da Imprevisão, admitindo a readequação dos termos e condições do contrato. Para tanto, o juiz deverá receber manifestação expressa da parte demandada, requerendo a manutenção do contrato e sugerindo novos termos para readequação da relação jurídica. O juiz poderá rejeitar a proposta, apontando as modificações que efetivamente restabeçam o equilíbrio contratual (PUGLIESE, 2004).

3.2.2.4 Art. 317 do Código Civil

Trata-se de dispositivo destinado à manutenção do valor econômico das prestações contratuais. Basta a prova de que o valor econômico da prestação tenha se alterado de forma manifesta, sem a respectiva e proporcional alteração do valor da contraprestação, para que a parte possa requerer a revisão judicial do contrato.

O art. 317 terá aplicação, assim, para os casos em que, por exemplo, a estrutura de custo do produto ou do serviço objeto do contrato tenha sido substancialmente e imprevisivelmente alterada, ou mesmo para a compensação das perdas resultantes de processos inflacionários que, excepcionalmente, não pudessem ter sido previstos pelas partes. O art. 478, por sua vez, tem aplicação mais abrangente, adotando a Teoria da Imprevisão em toda a sua extensão. O dispositivo não indaga sobre o valor econômico ou equilíbrio entre as prestações contratuais, mas apenas sobre a onerosidade que qualquer uma delas possa significar para as partes contratantes, independentemente da variação de seu valor econômico (PUGLIESE, 2004).

3.3 APLICABILIDADE DA TEORIA DA IMPREVISÃO AOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Conforme explicitado anteriormente, o regime jurídico dos contratos da Administração compreende a regra da manutenção da equação econômico-financeira. Assim, cabe ao contratado o direito à remuneração compatível com os encargos assumidos, e à Administração o dever de rever o preço quando em decorrência de ato estatal, produzido ou não a vista da relação contratual, de fatos imprevisíveis ou da oscilação dos preços da economia, ele não mais permita a retribuição da prestação assumida pelo particular, de acordo com a equivalência estipulada pelas partes no contrato (SUNDFELD, 1995).

No âmbito da concessão de serviços públicos, a imprevisão, como teoria em si, como fundamento singular e com esta denominação, foi lançada, segundo Maia (1959), pelo Conselho de Estado da França, em 1916, durante a Primeira Guerra Mundial, pelo célebre julgado proferido na questão entre a *Compagnie Générale d'Éclairage de Bordeaux* e a cidade de *Bordeaux*.

O Conselho de Estado, não obstante reconhecer que, em princípio, o contrato celebrado entre as partes regulava de maneira definitiva suas obrigações, decidiu que, por força da alta do carvão – motivada, pela ocupação, por parte do inimigo, da maior parte das regiões mineiras, bem como pela dificuldade do transporte marítimo, tanto em razão da requisição dos navios como pelo caráter duradouro da guerra – a economia da obrigação contratual encontrava-se totalmente subvertida, devendo ocorrer a revisão das cláusulas do contrato de concessão.

A justificativa da aplicação da Teoria da Imprevisão ao contrato de concessão de serviço público repousa nas noções de interesse público – na medida em que compete ao ente concedente zelar pela continuidade do serviço – e de colaboração entre o particular e a Administração – de sorte que se a natureza da participação do concessionário é de parceiro, estaria violado o princípio da boa-fé se fosse este obrigado a suportar sozinho toda a alea econômica extraordinária (SANTOS, 2007).

A Teoria da Imprevisão tem assento constitucional e se encontra insculpida na Lei n. 8.666/1993, mas, ainda que assim não o fosse, essa seria aplicável aos contratos administrativos, eis que fundada em princípios setoriais de Direito Público, tais como os princípios da igualdade, boa-fé e continuidade dos serviços públicos (SAMPAIO, 2001).

Neste sentido, a Teoria da Imprevisão, aplicada ao Direito Administrativo, conforme Gordillo (1982, *apud* FARENA, 1990), se reveste de caráter de ordem pública, constituindo-se em cláusula inderrogável pelas partes. Caso em contrato administrativo haja renúncia prévia ao direito de invocar a Teoria da Imprevisão para o restabelecimento do equilíbrio econômico a cláusula seria nula, considerando o intuito de sua aplicação não seria somente trazer uma vantagem pecuniária ao contratante, mas, primordialmente, propiciar a continuidade do serviço público.

A teoria, segundo Medauar (2011), aplica-se aos casos em que circunstâncias que não poderiam ser previstas no momento da celebração do contrato, passam a modificar profundamente sua economia, dificultando sobremaneira sua execução e trazendo déficit ao contratado.

Tais circunstâncias imprevisas, além de serem supervenientes à celebração do contrato, devem ultrapassar a normalidade, ser excepcionais, extraordinárias, causando um desequilíbrio muito grande no contrato (DI PIETRO, 2005).

O evento danoso deverá ser independente da vontade das partes, especialmente da Administração, eis que se essa der causa ao desequilíbrio constata-se a ocorrência do fato da Administração ou do príncipe (SANTOS, 2007). Ocorre que a complexidade da economia, marcada principalmente pela intervenção do Estado por meios indiretos, como, por exemplo, a política monetária, torna difícil apurar se foi ou não o Estado o causador de uma álea econômica. Assim, por exemplo, uma conjuntura recessiva tanto pode ser provocada pela indução do Estado, como consequência de uma política anti-inflacionária, quanto ser provocada por fatores estruturais da economia ou mesmos externos (FARENA, 1990).

De modo didático, Grau e Forgioni (2005) esclarecem quais são os pressupostos necessários a autorizar o reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos:

Para que surja, em benefício do contratado, o direito ao reequilíbrio de qualquer contrato administrativo, é necessário que:

- i) o contratado seja de longa duração ou, pelo menos, a obrigação seja diferida (*tractum successivum et dependentiam de futuro*, no velho aforismo);
- ii) após a vinculação do particular, tenha ocorrido um fato que não poderia ter sido previsto inicialmente, por mais diligente que fosse a parte;

- iii) esse fato não tenha decorrido do comportamento do particular, ou seja, sua superveniência não se tenha verificado por culpa sua;
- iv) esse mesmo fato tenha gerado um desequilíbrio na equação econômico-financeira do contrato, de forma que ocorra a diminuição do retorno a ser granjeado pelo particular (p. 110-111).

Em síntese, para a configuração da Teoria da Imprevisão no âmbito dos contratos de concessão de serviço público, o fato superveniente deve ser imprevisível ou previsível, mas de consequências incalculáveis; não decorrente de culpa ou dolo do particular contratante ou da Administração Pública; e desestabilizador da equação econômico-financeira da avença que, por sua vez, deve ser de longa duração ou, ao menos, prever obrigações a serem cumpridas em momento posterior.

3.3.1 Recomposição do equilíbrio econômico-financeiro das concessões de serviço público mediante a aplicação da Teoria da Imprevisão

Para Di Pietro (2011), por não haver nexos de causalidade entre a atuação das partes e a alteração, a compensação financeira por parte da Administração nunca será integral, sendo, em verdade, partilhada com o concessionário, uma vez que, tendo assumido os riscos do contrato, não cabe à Administração garantir a mesma faixa de lucro durante toda a vigência do contrato.

Deve-se registrar que não é pacífico este entendimento, pois há quem impute responsabilidade integral à Administração (MELLO, 2012).

A despeito de autores que a defendem que indenização deve ser temporária, para o período de crise, retornando após seu término o contrato seu curso normal, Santos (2007) entende que a maior parte das alterações econômicas que se pretendem solucionar pela aplicação dessa teoria se tratam de alterações definitivas, aceitando-se a modificação definitiva do contrato em razão de evento econômico imprevisível, havendo, em caso de definitividade, a possibilidade de revisão das tarifas.

Diversa é a possibilidade de reajuste do preço, que, não obstante ter por objetivo recompor o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, é calculado segundo índices previamente estabelecidos, sendo

devido somente quando houver previsão contratual para tanto (DI PIETRO, 2005). Na revisão da tarifa, dada a irrupção de encargos excedentes dos originais, a tarifa efetivamente muda, não apenas em sua expressão numérica, mas também na qualificação do próprio valor que lhe deve corresponder para que seja mantido o equilíbrio inicial entre os encargos dantes previstos e a correspondente retribuição (MELLO, 2012).

Dessa possibilidade de revisão, surge um dos problemas regulatórios mais importantes da concessão: fixação de tarifas justas, que atendam às necessidades do empresário e possam ser suportadas pelos usuários (WALD, 2005).

O problema fica mais requintado quando se trata de concessões de serviço público de longa duração. Por haver prestação de serviço público, não se pode prejudicar o usuário com a alocação de riscos que coloque em xeque a saúde financeira da concessionária, pois isso pode implicar má prestação do serviço público e até mesmo sua descontinuidade (MAYER, 2003).

Os efeitos jurídicos de um contrato de concessão de serviço público, de modo diverso do que ocorre em outras espécies de contratos administrativos, encerram repercussões de ordem jurídica e socioeconômica que transcendem o espaço jurídico das partes contratantes. Isso ocorre porque a relação contratual da concessão, embora formalmente seja composta apenas pela Administração contratante e o particular contratado, produz efeitos em relação a um terceiro – o usuário do serviço concedido.

Neste viés, alguns autores, como, por exemplo, Justen Filho (2010), chegam, inclusive, a afirmar que o contrato de concessão é pactuado entre três partes: poder concedente, ente federativo titular da competência para prestar o serviço; o particular, concessionário; e a sociedade, personificada em instituição representativa da comunidade.

Na qualidade de detentor de legítimo interesse jurídico na relação contratual administrativa de concessão de serviço público, o usuário é titular de direitos invioláveis que se opõem à livre disposição das condições contratuais pelos contratantes, especialmente em relação aos aspectos concernentes à tarifa (SANTOS, 2007).

Ao mesmo tempo em que o Poder Público é obrigado a preservar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, deve contemplar o princípio da modicidade da tarifa e da igualdade entre os usuários, não os onerando por demasiado. Por outro lado, não é cabível, para o atendimento do princípio da modicidade tarifária, fixar, sem

providências adicionais, a tarifa em montante que gere deficiência no financiamento dos serviços (PEREIRA, 2008).

Santos (2007) ressalta que, embora legítima, a revisão da tarifa, ao implicar na transferência da obrigação de recompor o equilíbrio ao usuário, deverá se dar em conformidade com o princípio da modicidade da tarifa, de vez que terá relação direta e imediata com a capacidade econômica do usuário, sob pena de violação inclusive do interesse público que é dado à Administração perseguir.

Pelo princípio da razoabilidade, as revisões nos contratos de concessão devem evitar o ônus insuportável ao usuário (VITAL, 2003). A revisão de preços envolve análise ampla e minuciosa da situação do particular a abranger várias etapas. A primeira consiste na verificação de todos os custos originariamente previstos pelo contratado para a formulação de sua proposta. A segunda etapa é a verificação dos custos que efetivamente oneraram o particular ao longo da execução do contrato. O terceiro passo está na comprovação da ocorrência de algum evento imprevisível e superveniente apto a produzir o desequilíbrio entre os custos estimados e os efetivamente existentes. A quarta etapa reside na adoção de providência destinada a reduzir os encargos ou a ampliar as vantagens, de modo a assegurar a manutenção da relação original (JUSTEN FILHO, 2010).

Ademais, a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro nas concessões, segundo o referido autor, poderá ser realizada por diversas vias: revisão de tarifas, subvenções, regalias fiscais, devendo ser levado em conta, para tanto, a tarifa e outras fontes de receitas previstas no edital de licitação e no contrato. Além da alteração da tarifa, pode ser prevista a alteração do prazo da concessão ou algum tipo de compensação financeira.

É igualmente importante observar que a recomposição não necessariamente implica em aumento do preço do contrato. Se os fatos imprevisíveis afetarem o contrato de modo a reduzir seus custos, deverá ser promovida a devida e proporcional redução dos valores do contrato. Hipótese distinta ocorreria se, um mês após o início da vigência do contrato de concessão ocorresse dissídio da categoria e essa obtivesse, na Justiça do Trabalho, aumento salarial (oriundo de dissídio). O dissídio da categoria profissional ocorre todo ano, de modo que seria perfeitamente previsível a concessão de algum ganho para os empregados da empresa contratada. Caberia a ela no momento em que apresentou a proposta no procedimento licitatório considerar tal possibilidade (FURTADO, 2013).

O mencionado autor admite a recomposição do valor do contrato em face de exagerada desvalorização do real frente ao dólar, quando esta moeda é utilizada para pagamento de seu fornecedor no exterior. Já pequenas desvalorizações da moeda nacional, que normalmente ocorrem no mercado, não devem, em hipótese alguma, ser utilizadas para o aumento do valor do contrato com a Administração Pública.

A inflação pode ser um fato previsível, mas autorizará a incidência da Teoria da Imprevisão quando os índices inflacionários não puderem ser estimados e apresentem variação que ultrapassa os limites das previsões generalizadas (JUSTEN FILHO, 2010).

Poderá, ainda, haver a recomposição do equilíbrio contratual mediante o afastamento ou supressão de encargos contratuais do concessionário, desde que, por evidência, não configure essa supressão a descaracterização do objeto do contrato e que não produza prejuízo ao interesse público que se pretende atender pela execução do serviço concedido (SANTOS, 2007).

Para Gasparini (2011), a revisão do contrato para restaurar a composição econômica inicialmente estabelecida pelas partes, tornada irreal ante a ocorrência de circunstância extraordinária e imprevisível deve ser requerida administrativamente, pois ao se pleitear sua revisão judicial estar-se-ia substituindo o administrador pelo juiz, quebrando, assim, o princípio da independência e harmonia entre os Poderes. Em seu sentir, caberia ao administrado, em juízo, requerer somente a rescisão do contrato e a devida indenização.

Segundo o autor, depois de ajustada pelas partes, a revisão contratual deve ser formalizada por termo de aditamento, conforme se infere dos arts. 60 e 61, §1º, da Lei n. 8.666/1993.

Em sentido contrário, posiciona-se Madeira (2008), ao dispor que, caso a Administração, ainda que autorizada pela lei, não manifeste interesse em revisar o contrato, o particular contratante poderia recorrer ao Poder Judiciário para que seja revisto o preço contratual.

4 CONCLUSÕES

O presente trabalho teve como proposta analisar a aplicabilidade da Teoria da Imprevisão aos contratos de concessão de serviço público, sob a ótica da intangibilidade de sua equação econômico-financeira e da necessidade de observância do princípio da modicidade das tarifas pagas pelos usuários – que, em uma análise superficial, poderiam, inclusive, ser considerados incompatíveis entre si.

A verificação realizada no início deste trabalho monográfico, permitiu demonstrar que o contrato, enquanto instituto de Direito Privado, pode ser definido como um acordo de vontades, na conformidade da lei, com a finalidade de adquirir, resguardar, transferir, conservar, modificar ou extinguir direitos, ou, em outras palavras, com a finalidade de produzir efeitos jurídicos.

Tais contratos, regulamentados, essencialmente, pelo Código Civil, são orientados por princípios clássicos – princípios da autonomia da vontade, da obrigatoriedade dos contratos e da relatividade de seus efeitos – e modernos – da boa-fé e da função social do contrato –, que possibilitam a flexibilização daqueles.

Por outro lado, foi demonstrado que os contratos administrativos observam um regime jurídico próprio, instituído pelo Direito Administrativo, regido pelo princípio da supremacia do interesse público, e substancialmente delineado pela Lei n. 8.666/1993, no qual se conferem prerrogativas à Administração Pública.

Destes contratos, destacou-se o contrato de concessão de serviços públicos, que, apesar de possuir diversas semelhanças com os demais contratos administrativos, observa um regime jurídico diferenciado. Em virtude de versar acerca de serviço público, o concessionário deverá observar, quando da realização das atividades inerentes ao contrato, todos os princípios que regem a prestação de serviço público – principalmente, os princípios da continuidade do serviço e da modicidade das tarifas.

Dessa forma, procurou-se demonstrar a possibilidade de compatibilização dos referidos princípios com a aplicação da Teoria da Imprevisão às concessões de serviço público.

Para tanto, analisou-se, de início, o princípio do equilíbrio econômico-financeiro – relação de equivalência estabelecida pelas partes entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração para a justa remuneração do objeto do ajuste –, comprovando a necessidade de sua observância, enquanto garantia da própria

continuidade da relação de concessão, de modo que sua inobservância pode tornar materialmente impossível o cumprimento das obrigações assumidas pelos contratantes.

Outrossim, diferenciou-se a álea ordinária dos contratos, isto é, aquela que é comum a toda atividade empresarial, das áleas extraordinárias, que geram o direito de reparação do concessionário. Em relação a estas, diferenciou-se as áleas administrativas – alteração unilateral do contrato, fato do príncipe e fato da Administração, que, porquanto tenham sido ocasionadas pela atuação da Administração Pública – das econômicas – na qual se encontra a Teoria da Imprevisão.

Feitos esses levantamentos, verificou-se que, considerando ser a remuneração do concessionário essencialmente paga mediante tarifas pagas pelos usuários, a aplicação da Teoria da Imprevisão a esses contratos teria repercussões de ordem jurídica e socioeconômica que transcenderiam o espaço jurídico das partes contratantes – Administração e concessionário – afetando diretamente os indivíduos destinatários do serviço público.

Assim sendo, ante o dever de observância do princípio da modicidade das tarifas, caso a recomposição da equação econômico-financeira implique na revisão de seus valores, esta deve buscar a fixação do menor valor possível suficiente para a continuidade do serviço, sem onerar o usuário por demasiado.

Até porque, conforme relatado, existem diversas outras formas de se propiciar a manutenção do equilíbrio contratual sem onerar excessivamente o usuário do serviço – por exemplo, prorrogação dos prazos contratuais, subvenção do Poder Público e redução dos encargos do concessionário.

Conclui-se, portanto, que a necessária modicidade da tarifa não é um impeditivo a sua revisão em face de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis que ocorram ao longo da execução do contrato, mas sim um limitador dessa revisão, impedindo que a excessiva onerosidade ocasionada por esses acontecimentos recaia apenas sobre o usuário do serviço.

5 LISTA DE REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, João Batista Torres de. **Dos contratos no direito brasileiro**: teoria, prática, jurisprudência, legislação. 2. ed. Campinas: Mizuno, 2004.

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Método, 2011.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Contratos administrativos. In: JABUR, Gilberto Haddad; PEREIRA JÚNIOR, Antônio Jorge (coord.). **Direito dos contratos II**. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 193-216.

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do Amaral. **Licitação para concessão de serviço público**. São Paulo: Malheiros, 1995.

SAMPAIO, Marília de Ávila e Silva. A teoria da imprevisão e os contratos administrativos. **Revista da Escola da Magistratura do Distrito Federal**. Brasília, n. 6., 2001.

AZEVEDO, Eurico de Andrade; ALENCAR, Maria Lúcia Mazzei. **Concessão de serviços públicos**: comentários às Leis 8.987 e 9.074 (parte geral), com as modificações introduzidas pela Lei 9.648, de 27.5.98. São Paulo: Malheiros, 1998.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 1994.

BITTAR, Carlos Alberto (Coord.). **Contornos atuais da teoria dos contratos**. São Paulo: RT, 1993.

_____. **Curso de Direito Civil**. Vol. 1 e 2. São Paulo, Forense Universitária, 1994.

BEGALLI, Paulo Antônio. **Direito contratual no novo Código Civil**. 2. ed. , 2006.

BERALDO, Leonardo de Faria. **Função social do contrato**: contributo para a construção de uma nova teoria. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

BIERWAGEN, Mônica Yoshizato. **Princípios e Regras de Interpretação dos Contratos no Novo Código Civil**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil.

BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.

BRASIL. Lei n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências.

CALDAS, Gilberto. **O latim do direito**. vol. 1. São Paulo: Brasiliense, 1984

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24. ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de direito civil: contratos**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CRETELLA JÚNIOR, José. **Curso de direito administrativo**. 15. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

CUNHA, Thadeu Andrade da. A teoria da imprevisão e os contratos administrativos. **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 201, p. 35-44, jul.-set. 1995.

DANTAS, Maria Vitória Tourinho. Contrato de concessão de serviço público. Revisão para restauração do equilíbrio econômico-financeiro. Parecer da procuradoria Especializada em atos, contratos e patrimônio. **Revista da Procuradoria Geral do Estado da Bahia**. Salvador, n. 25, p. 211-222, jan.-dez./1999.

DÍAZ, Julio Alberto. A teoria da imprevisão no código civil brasileiro. **Revista de Direito Privado**. São Paulo, ano 5, v. 20, p.197-216, out.-dez. 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

_____. **Parcerias na Administração Pública**: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil anotado**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Curso de direito civil brasileiro**: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. **Dicionário jurídico**. vol. 4. São Paulo: Saraiva, 1998.

FARENA, Duciran Van Marsen. A teoria da imprevisão nos contratos administrativos. **Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo**. São Paulo, p. 125-131, dez/1990.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1994.

FIUZA, César. **Direito Civil**: Curso Completo. 2 ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 1999.

FREITAS, Juarez. **Estudos de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 1995.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de licitação e contratos administrativos**. 5. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 16. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2011.

GAMA; Lúcia Elizabeth Penaloza Jaramillo; ROCHA, Adriana Aparecida; SOUZA, Fabiano Andrade de. A cláusula *rebus sic*

standibus à luz do novo Código Civil. **Revista Jurídica da Universidade de Franca**. Franca, ano 6, n. 10, 1º sem. 2003.

GOMES, Fábio Bellote. **Elementos de direito administrativo**. Barueri: Manole, 2006.

GOMES, Luiz Roldão de Freitas. **Contrato**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 18. ed. atual. Atualizado por Humberto Theodoro Junior. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais**. 6. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

GRAU, Eros Roberto; FORGIONI, Paula. **O Estado, A Empresa e o Contrato**. São Paulo: Malheiros, 2005.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. **A experiência brasileira nas concessões de serviço público**. Disponível em: <http://www4.tce.sp.gov.br/sites/default/files/A-experiencia-brasileira-concessoes-servico-publico-artigo_0.pdf>. Acesso em: 01 maio 2014.

JUSTEN FILHO, Marçal. **As Diversas Configurações da Concessão de Serviço Público**. Disponível em: <<http://justenfilho.com.br/wp-content/uploads/2008/12/mjf60.pdf>>. Acesso em: 01 maio 2014.

_____. **Concessões de serviços públicos: Comentários às Leis nº 8.987 e 9.074, de 1995**. São Paulo (SP): Dialética, 1997.

_____. **Curso de direito administrativo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Tradução de João Baptista Machado. 6. ed. Coimbra: Armênio Amado Editora, 1984.

KNOPLOCK, Gustavo Mello. **Manual de Direito Administrativo: teoria, doutrina e jurisprudência**. 6. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

LENZ, Carlos Eduardo Thompson Flores. A teoria da imprevisão e o Código Civil de 2002 (análise do art. 478 do Código Civil). **Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª região**. Porto Alegre, a. 16, n.56, p. 63-66, jan.-mar./2005.

MADEIRA, José Maria Pinheiro. **Administração Pública**. v. 1. 10. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

MAIA, Paulo Carneiro. **Da cláusula *rebus sic stantibus***. São Paulo: Saraiva, 1959.

MARQUES, Cláudia Lima. **Contratos no Código de Defesa do Consumidor**: o novo regime das relações contratuais. São Paulo: RT, 1999.

MARTINS, Ricardo Marcondes. **Contratos Administrativos**. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-17-JANEIRO-2009-RICARDO_MARCONDES_MARTINS.pdf>. Acesso em: 02 abr. 2014.

MAURER, Hartmut. **Direito administrativo geral**. Barueri: Manole, 2006.

MAYER, Giovanna. Contratos de concessão, mutabilidade e boa-fé. **Revista de Direito Público da Economia**. Belo Horizonte, Fórum, ano 1, n. 1, jan.-mar./2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 29. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2012.

MEDAUAR, Odete. Contratos Administrativos: Aspectos Gerais. In: MEDAUAR, Odete (Org.). **Licitações e contratos administrativos**: coletânea de estudos. São Paulo: Editora Ndj, 1998. p. 127-141.

_____. **Direito Administrativo Moderno**. 15. ed. rev. São Paulo: RT, 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 24. ed. Atualização de Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmanuel Burle Filho. São Paulo: Malheiros, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Curso de direito civil**. 40. ed. v.5. São Paulo: Saraiva, 2010.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**: parte introdutória, parte geral, parte especial. 10. rev. refund. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

NALIN, Paulo. **Do contrato**: conceito pós-moderno. 5. tir. Curitiba: Juruá, 2005.

NOHARA, Irene Patrícia. **Direito Administrativo**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. **Instituições de direito civil**. 13. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

PUGLIESE, Antônio Celso Fonseca. Teoria da imprevisão e o novo Código Civil. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 93, v. 830, p.11-26, dez. 2004.

RANGEL, Maurício Crespo. A revisão contratual no Código de Defesa do Consumidor. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo, ano 18. n. 71, p. 168-194, jul-set/2009.

RIZZARDO, Arnaldo. **Contratos**: Lei n. 10.406, de 10.01.2002. 11. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito Civil**. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2002

ROPPO, Enzo. **O contrato**. Coimbra: Almedina, 2009.

SAMPAIO, Rogério Marrone de Castro. **Direito civil**: contratos. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

SANTIAGO, Mariana Ribeiro. **O princípio da função social do contrato**: princípios contratuais, contrato eletrônico, contrato coletivo, contrato-tipo, direito comparado, boa-fé. Curitiba: Juruá, 2005.

SANTOS, José Anacleto Abduch. **Contratos de concessão de serviços públicos**: equilíbrio econômico-financeiro. Curitiba: Juruá, 2007.

SCHREIBER, Anderson. **A proibição de comportamento contraditório**: tutela da confiança e *venire contra factum proprium*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

SILVA FILHO, Artur Marques da. Revisão judicial dos contratos. In: BITTAR, Carlos Alberto (Org.). **Contornos atuais da teoria dos contratos**. São Paulo: Rt, 1993. p. 120-159.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Licitação e contrato administrativo**. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

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

_____. **O equilíbrio financeiro na concessão de serviço público**.

Disponível em:

<<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/21455/20209>>. Acesso em: 02 abr. 2014.

TARTUCE, Flávio. **Manual de direito civil**: volume único. 4. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; BODIN DE MORAES, Maria Celina. **Código civil interpretado**: volume II. Rio de Janeiro: RENOVAR, 2006

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **O contrato e seus princípios**. 2. ed. Rio de Janeiro: AIDE, 1999.

_____. **O contrato e sua função social**. 3. edição. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Código civil interpretado**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

_____. **Direito civil**: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

VITAL, André Luiz Fransciso da Silva. O equilíbrio econômico-financeiro das concessões de serviços públicos e a atuação do TCU. **Revista de Direito Público da Economia**. Belo Horizonte, Fórum, ano 1, n. 1, p. 09-40, jan.-mar./2003.

WALD, Arnaldo. O direito de regulação, os contratos de longo prazo e o equilíbrio econômico-financeiro. **Direito Público**. Brasília, v. 2, n. 8, 2005.

WOLKMER, Antônio Carlos Wolkmer. **História do Direito no Brasil**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2003.