

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO

O RISCO NO CONTRATO DE CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO

TÁRSIS GALVÃO DOS SANTOS MIRANDA

ORIENTADOR: PROF. DR. GUSTAVO ASSED FERREIRA

RIBEIRÃO PRETO

2016

TÁRSIS GALVÃO DOS SANTOS MIRANDA

O RISCO NO CONTRATO DE CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao Departamento de Direito Público da Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo para obtenção do título de bacharel em Direito.

Orientador:

Prof. Dr. Gustavo Assed Ferreira

Ribeirão Preto

2016

**Ficha catalográfica elaborada pela Biblioteca e Seção Técnica de
Informática da FDRP/USP, com os dados fornecidos pelo(a)
autor(a)**

Miranda, Társis Galvão dos Santos

O risco nos contratos de concessão de serviço público. / Társis Galvão dos Santos Miranda; orientador Gustavo Assed Ferreira. -- Ribeirão Preto, 2016. 88 p.

Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação - Departamento de Direito Público) -- Faculdade de Direito de Ribeirão Preto, Universidade de São Paulo, 2016.

1. RISCO. 2. CONTRATO ADMINISTRATIVO. 3. CONCESSÃO. 4. SERVIÇO PÚBLICO. I. Ferreira, Gustavo Assed, orient. II. Título

Nome: MIRANDA, Társis Galvão dos Santos

Título: Risco no contrato de concessão de Serviço Público.

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao
Departamento de Direito Público da Faculdade de
Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São
Paulo para obtenção do título de bacharel em
Direito.

Aprovado em:

Banca Examinadora:

Prof^(a).Dr^(a)._____ Instituição:_____

Julgamento:_____ Assinatura:_____

Prof^(a).Dr^(a)._____ Instituição:_____

Julgamento:_____ Assinatura:_____

Prof^(a).Dr^(a)._____ Instituição:_____

Julgamento:_____ Assinatura:_____

À minha mãe Maria Inês e a minha irmã Jamile que são a base da minha família e da minha vida.

Ao meu pai, Jediael, in memoriam, pelo grande exemplo de pessoa e profissional.

As minhas avós Benildes e Juventina.

À toda a minha família pelo apoio e suporte.

À minha namorada Thaís, por todo o suporte dado a mim no trabalho e por todo o carinho.

Aos amigos de infância e de faculdade.

A todos os demais que cruzaram o meu caminho e contribuíram/contribuem para o meu crescimento, pessoal e profissional.

AGRADECIMENTOS

À Deus, por iluminar e guiar o meu caminho, e me fortalecer.

Agradeço aos meus pais Maria Inês dos Santos Miranda e Jediael Galvão Miranda, *in memorian*, por todo o carinho, apoio e por terem sido a minha base e exemplos.

À minha irmã, Jamile Galvão dos Santos Miranda por todos os momentos de alegria que me proporcionou.

À minha namorada Thaís Fantinato Trindade, por todo carinho, compreensão e suporte ao longo desses quase dois anos.

Aos meus amigos de infância e da faculdade, por todos os momentos compartilhados, pelas risadas e alegrias ao longo do tempo.

Ao meu orientador, Prof. Dr. Gustavo Assed Ferreira pela disponibilidade de me orientar, por me ajudar e pelo exemplo de profissional.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar o instituto do contrato de concessão de serviço público e a inerente característica da mutualidade que este apresenta, sob a ótica da Constituição Federal, Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 8.666/93) e Lei das Concessões Públicas (Lei nº 8.987/95), observando os entendimentos doutrinários e jurisprudenciais.

O tema será desenvolvido com a finalidade de discriminar quais são os riscos que envolvem o contrato de concessão de serviço público e as suas consequências.

O trabalho terá como objetivo também o estudo dos contratos administrativos e serviços públicos, abarcando as suas peculiaridades. A partir do estudo desses temas, compreender os contratos de concessão de serviço público e seus eventuais riscos.

O tema foi desenvolvido principalmente na análise das doutrinas mais valorizadas e da jurisprudência mais abastada, seguindo sempre os preceitos da legislação constitucional e federal pertencentes ao assunto do risco dos contratos de concessão do serviço público.

Palavras-chave: 1. Contrato de Concessão. 2. Risco. 3. Serviço Público.

ABSTRACT

This study aims to analyze the institute of concession contract of public service and the inherent characteristic of mutuality that this presents, from the perspective of the Federal Constitution, Procurement Law and Administrative Contracts (Law No. 8.666 / 93) and Law Public concessions (Law No. 8.987 / 95), noting the doctrinal and jurisprudential understandings.

The theme will be developed for the purpose of discriminate what are the risks involved in concession contract of public service and its consequences. The work will aim also the study of administrative and public services contracts, covering its peculiarities. From the study of these themes, understand the concession contract of public service and their possible risks.

The theme was developed mainly in the analysis of the most valued doctrines and jurisprudence more affluent, always following the precepts of constitutional and federal laws belonging to the subject of the risk of From the study of these themes, understand the concession contract of public service and their possible risks of the concession contract of public service.

Keywords: 1. Concession Contract. 2. Risk. 3. Public Service.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	19
1.SERVIÇOS PÚBLICOS.....	21
1.1 Conceito.....	21
1.1.1 Serviço Público em sentido estrito.....	21
1.1.2 Serviço Público em sentido amplo.....	21
1.1.3 Conceituação doutrinária dos serviços públicos.....	22
1.2 Os três elementos do conceito de serviço público.....	23
1.2.1 Elemento subjetivo.....	23
1.2.2 Elemento formal.....	23
1.2.3 Elemento material.....	24
1.3 Princípios do serviço público.....	24
1.3.1 Princípio da continuidade.....	24
1.3.2 Princípio da igualdade.....	26
1.3.2.1 Universalidade.....	26
1.3.2.2 Neutralidade.....	26
1.3.2.3 Isonomia das tarifas.....	26
1.3.3 Princípio da mutualidade ou adaptabilidade.....	26
1.3.4 Princípio da Transparência.....	27
1.3.5 Princípio da Modicidade Tarifária.....	28
1.4. Classificação.....	29
1.4.1 Serviços públicos próprios ou impróprios.....	29
1.4.2 Serviços públicos administrativos, industriais ou comerciais e sociais.....	30
1.4.3 Serviços públicos <i>uti singuli</i> e <i>uti universi</i>	31
1.5 Competência para execução de serviços públicos.....	32
1.5.1 Serviços públicos federais.....	32
1.5.2 Serviços públicos estaduais.....	33
1.5.3 Serviços públicos municipais.....	34
1.5.4 Serviços públicos comuns.....	34
1.6 Imposições constitucionais quanto aos serviços públicos.....	35
1.6.1 Serviços de prestação obrigatória e exclusiva do Estado.....	35
1.6.2 Serviços que o Estado tem a obrigação de prestar e conceder.....	35
1.6.3 Serviços que o Estado tem a obrigação de prestar, mas sem exclusividade.....	35

1.6.4 Serviços que o Estado não é obrigado a prestar, mas uma vez que não prestado, será obrigada a prestação via concessão ou permissão.....	36
1.7 Formas de gestão.....	36
2. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.....	39
2.1 Contratos da administração.....	39
2.2 Conceito.....	40
2.3 Disciplina Constitucional.....	41
2.4 Disciplina Infraconstitucional.....	41
2.5 Características dos contratos administrativos.....	42
2.5.1 Presença da administração pública.....	42
2.5.2 Relação contratual.....	42
2.5.3 O sujeito administrativo e o objeto.....	42
2.5.4 Contrato de adesão.....	43
2.5.5 Natureza <i>intuitu personae</i>	43
2.5.6 Cláusulas exorbitantes.....	44
2.5.6.1 Alteração unilateral.....	45
2.5.6.2 Rescisão unilateral.....	48
2.5.6.2.1 Rescisão por inadimplementos das partes.....	49
2.5.6.2.2 Rescisão por falta de interesse da administração.....	51
2.5.6.2.3 Rescisão por caso fortuito ou força maior.....	53
2.5.6.3 Fiscalização.....	54
2.5.6.4 Sanções administrativas de prerrogativa.....	54
2.5.7 Equilíbrio econômico financeiro do contrato administrativo.....	56
2.5.8 Mutabilidade.....	57
2.6 Modalidades de contratos administrativos.....	57
3. CONTRATO DE CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO.....	59
3.1 Conceito.....	59
3.2 Previsão Legal.....	59
3.3 Objeto de concessão de serviço público.....	60
3.4 Características.....	60
3.5 Adequação do serviço.....	61
3.6 Alteração unilateral do contrato.....	62
3.7 Direitos do usuário.....	63
3.8 Extinção da concessão.....	64

3.8.1 Extinção por fato jurídico.....	64
3.8.2 Extinção por ato concedente.....	65
3.9 Princípios constitucionais referentes a concessão de serviço público.....	66
3.9.1 Princípio da licitação.....	66
3.9.2 Princípio da contratação.....	67
3.9.3 Princípio da participação dos usuários.....	67
3.9.4 Princípio da tarifa.....	68
3.10 A retomada do serviço público concedido.....	68
3.10.1 Reversão.....	69
3.10.2 Anulação.....	70
3.10.3 Encampação.....	70
3.10.4 Caducidade.....	71
3.10.5 Rescisão.....	73
3.10.6 Renúncia.....	73
3.10.7 Distrato.....	73
4. RISCO NOS CONTRATOS DE CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO.....	75
4.1 Mutabilidade.....	75
4.2 Equação econômico financeiro no contrato de concessão de serviço público.....	75
4.3 O rompimento do equilíbrio econômico financeiro.....	78
4.4 Previsão legal quanto ao risco.....	79
4.5 Álea administrativa.....	79
4.5.1 Fato do príncipe.....	79
4.5.2 Alteração unilateral.....	80
4.6 Álea econômica.....	81
4.7 Tarifa como mantenedora da equação econômica financeira nas concessões de serviço público.....	82
5 REFERÊNCIAS.....	85

INTRODUÇÃO

Os contratos são relações jurídicas formadas a partir de um acordo de vontades. Uma vez firmado, o seu conteúdo se faz lei entre as partes (MELLO, 2013). Os contratos administrativos são voltados a consecução de objetivos de interesse público, tendo em um polo a administração pública e do outro o particular ou outra entidade administrativa. Os contratos, sejam públicos ou privados, obedecem a dois princípios: a imutabilidade do que foi acordado e o cumprimento do que prometeram (*pacta sunt servanda*). A distinção entre o contrato privado e o administrativo aparece à luz desses princípios, através da supremacia do poder da administração por meio de cláusulas exorbitantes. A administração pública se põe em posição superior na relação jurídica contratual justificada no interesse público (MEIRELLES, 1999).

Observa-se uma instabilidade inerente ao contrato administrativo refletida nas cláusulas exorbitantes, como leciona Di Pietro (2013, p. 285, 286):

Um dos traços característicos do contrato administrativo é a mutabilidade, que, segundo muitos doutrinadores, 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.

As alterações que a administração pública pode efetuar no contrato encontram respaldo na Lei de Licitações e contratos administrativos em seu artigo 65.

O contrato administrativo deve ser analisado sobre dois aspectos: as circunstâncias que o tornam mutável e as consequências dessa mutabilidade, este último, se relacionando com o equilíbrio econômico financeiro do contrato (DI PIETRO, 2013). O equilíbrio econômico financeiro, nas palavras de Hely Lopes Meirelles (1999) é: “(...) a relação que as partes estabelecem inicialmente, no ajuste, entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração para a justa remuneração da obra, do serviço ou do fornecimento. Em última análise, à a correlação entre o objeto do contrato e sua remuneração, originalmente prevista e fixada pelas partes em números absolutos ou em escala móvel. Essa correlação deve ser conservada durante toda a execução do contrato (...)”. A importância do equilíbrio econômico financeiro é enorme nos contratos de concessão público, pois, normalmente, se tratam de grandes empreendimentos que demandam muitos recursos. É necessário a manutenção do equilíbrio para a continuação do serviço do contratado e consequentemente a disponibilidade do serviço público à sociedade (DA SILVEIRA, 2011).

A concessão de serviço público é o instituto pelo qual o Estado confere o exercício de um serviço público a alguém que aceita presta-lo (MELLO, 2013), essa relação é realizada por meio de um contrato administrativo. Os contratos de concessão de serviço público são acompanhados pelas cláusulas exorbitantes que conferem ao concedente os poderes de alterar e rescindir unilateralmente o contrato, fiscalizar a sua execução, aplicar penalidades; tem a mesma característica da mutualidade. (DI PIETRO, 2013). Como a concessão de serviço público só se torna existente por meio do contrato administrativo, as características mutuais se alastram à concessão. O concedente tem o poder de alterar as cláusulas regulamentares e extinguir a concessão antes de findo o prazo inicialmente estatuído seguindo os preceitos do interesse público (MELLO, 2013). Outra forma de risco ao concessionário é a desafetação do serviço público, pelo qual, por meio de lei, se torna um serviço de iniciativa privada. A partir da desafetação, ocorre a extinção antecipada da concessão de serviço público (GASPARINI, 2009).

As formas de riscos ou áleas que o particular pode vir a enfrentar quando firma contrato administrativo de concessão de serviço público são: álea ordinária, álea administrativa, álea econômica e força maior. A discussão desses riscos é de suma importância para entender o funcionamento do equilíbrio econômico-financeiro nos contratos administrativos, por um lado o encargo que assume o contratado, do outro, a contraprestação assegurada pela Administração Pública (DI PIETRO, 2013).

CAPÍTULO 1

1. SERVIÇOS PÚBLICOS

1.1. CONCEITO

1.1.1. Serviço público em sentido estrito

O conceito estrito de serviço público se baseia na afirmação de que os serviços públicos são uma das atividades desempenhadas pelo Estado, excluindo as funções legislativas e jurisdicionais. Há uma separação entre a atividade jurídica, referente ao poder de polícia, e a atividade social que seriam os serviços públicos de fato (DI PIETRO, 2013, p. 103).

O sentido estrito acaba por restringir o que é serviço público, podendo desse modo, desvincular certas atividades como públicas por uma razão semântica conceitual mais fechada.

Edmir Netto de Araújo ensina que:

No sentido estrito, serviço público é todo aquele que o Estado exerce direta ou indiretamente para a realização de suas finalidades, mas somente pela Administração, com exclusão de suas funções legislativas e jurisdicional, sobre normas e controles estatais, para a satisfação de necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniência do Estado. (2010, p. 123)

1.1.2. Serviço público em sentido amplo

O sentido amplo de serviço público é mais abrangente e aumenta o número de possibilidades para sua inserção. Considera serviço público como toda atividade desempenhada pela administração pública com o objetivo de realizar suas finalidades (ARAÚJO, 2010, p. 123).

1.1.3. Conceituação doutrinária dos serviços públicos

A tarefa de conceituar o serviço público é complicada, longe de ter um conceito uniforme na doutrina. A conceituação tramita em torno de três elementos: orgânico, formal e material, que se relacionam com o contexto político social de cada agrupamento como leciona Hely Lopes Meirelles:

O conceito de serviço público não é uniforme na doutrina, que ora nos oferece uma noção orgânica, só considerando como tal o que é prestado por órgãos públicos; ora nos apresenta uma conceituação formal, tendente a identificá-lo por características extrínsecas; ora nos expõe um conceito material, visando a defini-lo por seu objeto. Realmente, o conceito de serviço público é variável e flutua ao sabor das necessidades e contingências políticas, econômicas, sócias e culturais de cada comunidade, em cada momento histórico, como acentuam os modernos publicistas. (2008, p. 333).

Para Hely Lopes Meirelles, o serviço público são aqueles prestados pela administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, visando a satisfação de necessidades essenciais da coletividade ou de simples conveniência do Estado. (2008, p. 333)

Já Di Pietro conceitua o serviço público de forma diferente:

(...) a nossa definição de serviço público como toda a atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público. (2013, p. 106).

Um ponto destacado por Di Pietro é que o Estado, por meio de leis, institui quais atividades serão serviços públicos. No Brasil os serviços públicos estão descritos na Constituição Federal em seus artigos 21, incisos X, XI, XII, XV e XXIII, e 25, §2º. Conclui-se que o serviço público varia no tempo e no espaço, uma vez que cada território tem as suas próprias atividades consideradas serviços públicos (DI PIETRO, 2013, p. 105).

Para Marçal Justen-Filho a definição de serviço público é:

Serviço público é uma atividade pública administrativa de satisfação concreta de necessidades individuais ou transindividuais, materiais ou imateriais, vinculadas diretamente a um direito fundamental, insuscetíveis de satisfação adequada mediante os mecanismos da livre iniciativa privada, destinada a pessoa indeterminadas, qualificada legislativamente e executada sob regime de direito público. (2015, p. 723).

A conceituação de Justen-Filho é considerada restrita no tocante a vinculação dos serviços públicos a realização de direitos fundamentais e a incapacidade de adequada satisfação via iniciativa privada (DI PIETRO, 2013, p. 103).

Entretanto a definição de Justen-Filho trabalha com concepções que se aproximam de direitos sociais básicos, o qual são importantes do ponto de vista prático. Em seu conceito o autor recai pela satisfação de necessidades individuais e transindividuais e, desse modo, leva em consideração não só os serviços fruíveis individualmente, mas também aqueles compartilhados coletivamente. Refere-se aos serviços públicos como sendo um instrumento para satisfazer certos direitos fundamentais relacionados com a dignidade da pessoa humana, uma vez que a iniciativa privada por vezes não é capaz de oferecê-las de maneira adequada (JUSTEN-FILHO, 2015, p. 724, 725).

1.2. OS TRÊS ELEMENTOS DO CONCEITO DE SERVIÇO PÚBLICO.

1.2.1. Elemento Subjetivo

O serviço público é encargo do Estado, estando expresso no artigo 175 da Constituição Federal. A criação do serviço público é realizada por lei e corresponde a uma vontade estatal. O estado assume a execução de uma atividade que é importante para a coletividade e não pode ser suprida adequadamente por iniciativa privada. A gestão também é um encargo do Estado, sendo realizada de maneira direta ou indireta, esta última por meio de concessão ou permissão, ou de pessoas jurídicas criadas pelo Estado com essa finalidade (DI PIETRO, 2010, p. 107).

O elemento subjetivo do serviço público corresponde a atuação exercida pelo Estado ou de seus delegados. Importante destacar que nem toda atividade estatal é serviço público, do ponto de vista lógico o serviço é público antes de ser estatal (JUSTEN-FILHO, 2015, p. 729).

1.2.2. Elemento Formal

O regime jurídico que o serviço público está inserido é definido por lei. Para os serviços não comerciais o regime jurídico é o de direito público, deste modo, os agentes são estatutários, os bens são públicos, a responsabilidade é objetiva, os contratos são regidos a luz do direito administrativo. O regime de direito privado é utilizado apenas em algumas ocasiões previstas em lei. Por outro lado, se os serviços forem comerciais o regime será de direito comum. Desse modo o pessoal se submete aos direitos trabalhistas com equiparação aos servidores públicos para determinados fins; via de regra os contratos se submetem ao direito

comum, os bens que não são afetados pela atividade se submetem ao direito comum, enquanto os afetados têm regime parecido ao dos bens públicos de uso especial e a responsabilidade é objetiva (DI PIETRO, 2013, p. 107).

Observa-se que existem requisitos para se determinar o regime jurídico da atividade realizada pelo Estado. As atividades que são serviços públicos se enquadram em um regime jurídico de direito público, enquanto as atividades realizadas com fins comerciais correspondem ao regime comum. É necessário distinguir as atividades estatais de serviço público das atividades comerciais para assim adequar o regime jurídico a cada caso. Aqui se utiliza a mesma lógica do aspecto subjetivo, o serviço deve ser público antes de estatal, para assim, alocar o correto regime a atividade (JUSTEN-FILHO, 2015, p. 728).

1.2.3. Elemento material

O elemento material do serviço público corresponde a uma atividade de interesse público que satisfaça as necessidades individuais e transindividuais fundamentais (JUSTEN-FILHO, 2015, p. 727).

Os serviços públicos buscam atender as necessidades públicas. Os serviços públicos podem ser desenvolvidos mesmo com prejuízo, serviços que não são rentáveis, mas devem ser oferecidos adequadamente para a comunidade. (DI PIETRO, 2013, p. 108)

Os interesses coletivos são caracterizados como essenciais e não essenciais. Os essenciais devem ser prestados da maneira mais abrangente possível pois se trata das principais demandas da coletividade e indispensáveis, a essencialidade depende das características de cada sociedade e suas exigências. Já os não essenciais podem ser prestados pelo Estado depois de uma avaliação do serviço, existindo um motivo pelo qual implementar o serviço o Estado pode realiza-lo por si só ou derroga-lo (CARVALHO-FILHO, 2013, p. 326).

1.3. PRINCÍPIOS DO SERVIÇO PÚBLICO

1.3.1. Princípio da continuidade

A continuidade se refere a não interrupção do serviço público, o serviço deve funcionar de forma regular. A consequência mais conhecida decorrente desse princípio é a da impossibilidade de suspensão dos serviços prestados pela administração pública ou de seus delegados. A partir desse princípio se justifica o uso do poder de coação estatal para eliminar

todos os obstáculos que impedem o funcionamento do serviço (JUSTEN-FILHO, 2015, p. 736).

Esse princípio tem grande aplicação aos contratos administrativos, impondo prazos rigorosos ao contraente, a aplicação da teoria da imprevisão com fulcro em restabelecer o equilíbrio econômico financeiro das partes e desta forma manter a continuidade das atividades, o reconhecimento dos mecanismos de encampação garantindo o funcionamento ininterrupto do serviço (DI PIETRO, 2013, p.112).

É possível encontrar esse princípio em diversas jurisprudências, sempre protegendo a continuidade do serviço público, afim de não lesar a coletividade.

Segue jurisprudência sobre o tema:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PRELIMINAR. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. REJEIÇÃO. INTERRUÇÃO NO FORNECIMENTO DE ÁGUA. PAGAMENTO. MULTA. IMPOSSIBILIDADE. PREVALÊNCIA DO PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE DOS SERVIÇOS PÚBLICOS. SENTENÇA MANTIDA. 1. Rejeita-se a preliminar de inadequação da via eleita por ausência de prova pré-constituída, se os autos se encontram instruídos com todos os elementos de convicção aptos a fornecer subsídio à análise do pleito formulado pelo Impetrante. 2. O princípio da continuidade dos serviços públicos exige que o Estado, seja por meio de seus órgãos da administração direta ou indireta, ou sob o regime de concessão ou permissão, atue de forma a prestar adequadamente os serviços de interesse da coletividade, sem interrupção. 3. Admite-se interrupção do fornecimento do serviço público tão-somente nas situações expressamente excepcionadas em lei, quais sejam, casos de emergência, razões de ordem técnica e inadimplemento do usuário em relação à fatura mensal devida como contraprestação pelo serviço prestado. 4. É inaceitável a interrupção dos serviços como forma de coagir o usuário a adimplir a multa por infração administrativa supostamente cometida dois anos antes, haja vista a existência de meios judiciais disponíveis ao poder público para tal cobrança, sem que interrompa a prestação de relevante serviço público. 5. Recurso desprovido. Sentença mantida.

(TJ-DF - APO: 20140110212507 DF 0004115-53.2014.8.07.0018, Relator: MARIA DE LOURDES ABREU, Data de Julgamento: 04/03/2015, 5ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE : 23/03/2015 . Pág.: 223)

1.3.2. Princípio da Igualdade

Esse princípio corresponde a igualdade de tratamento entre os usuários, afastando qualquer tipo de discriminação e pessoalidade. Os serviços públicos são universais para todos os usuários, não se pode restringir os benefícios das atividades públicas que estão em posição equivalente aos seus semelhantes. A partir do princípio da igualdade extraímos outros princípios: universalidade, neutralidade e a isonomia das tarifas (JUSTEN-FILHO, 2015 p. 737).

O sujeito que preencher as condições legais para ser considerado usuário de serviços públicos terá os serviços prestados de forma impessoal (DI PIETRO, 2013, p. 113).

1.3.2.1. Universalidade

O serviço público deve ser prestado a todos os sujeitos que se encontram na coletividade indistintamente (JUSTEN-FILHO, 2015, p. 737).

1.3.2.2. Neutralidade

É vedado a prestação de serviço público a um grupo específico de sujeitos. É um reforço ao princípio da isonomia, uma vez que proíbe a vinculação de serviços públicos a uma determinada circunstância como sexo, crença e etnia (JUSTEN-FILHO, 2015, p. 737).

1.3.2.3. Isonomia das tarifas

A isonomia se aplica de mesmo modo às tarifas. O valor fixado deve ser idêntico a todos os usuários que estão em condições semelhantes (JUSTEN-FILHO, 2015, p. 737).

1.3.3. Princípio da mutualidade ou adaptabilidade

Esse princípio tem como fundamento a necessidade de a administração pública atender, da maneira mais eficiente e aperfeiçoadora, os serviços públicos junto aos avanços tecnológicos e científicos, visando maior qualidade dos serviços. O serviço público deve

progredir qualitativamente, e esse progresso é feito por meio das novas adaptações tecnológicas que surgem ao longo do tempo (MOREIRA-NETO, 2009, p. 477).

Em decorrência desse princípio não existe direito adquirido á manutenção de um dado regime jurídico. Os contratos administrativos podem ser alterados, bem como os estatutos dos servidores públicos com o objetivo de adaptar o melhor funcionamento dos serviços públicos e implementar os novos avanços tecnológicos (DI PIETRO, 2013, p. 112).

Para melhor atender os serviços públicos é preciso adaptá-los conforme os avanços tecnológicos com a finalidade de prestar um serviço mais adequado e de maior qualidade a coletividade. O entendimento do Tribunal de Contas da União corrobora com esse entendimento:

“(...) 35. Assim, tendo em vista que o fim a que se destina a concessão é o serviço adequado, o Poder Concedente deve adotar mecanismos complementares, no edital e na minuta contratual, aptos a resguardar a qualidade na prestação do serviço concedido. Conforme destacou a Sefid-1, além dos elementos de projeto básico em edital, o Poder Concedente deve adotar mecanismos direcionados à aferição objetiva da qualidade, por meio de critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros definidores da qualidade de serviço (art. 23, inciso III, da Lei 8.987/1995). É por intermédio da combinação desses mecanismos que a agência reguladora poderá e deverá garantir a prestação de serviço adequado pela concessionária(...)”

Acórdão 3.232/2011, Plenário, rel. Min. Aroldo Cedraz.

1.3.4. Princípio da Transparência

Esse princípio corresponde a publicização das informações concernentes ao serviço público prestado. Daí se extrai o princípio da motivação, devendo a administração pública fundamentar as suas decisões no que se refere ao serviço (MELLO, 2015, p. 702).

O usuário é um sujeito interessado pelo bom funcionamento dos serviços públicos e tem o direito de saber a forma como esse serviço é organizado, tendo em vista ser o beneficiário da prestação. Desse modo o usuário passa a participar do modo que é organizado o serviço, sendo admitidos representantes da classe junto a estrutura organizacional (JUSTEN-FILHO, 2015, p. 739).

O Tribunal de Justiça de Mato Grosso corrobora com esse entendimento:

E M E N T A - REEXAME NECESSÁRIO - MANDADO DE SEGURANÇA - CÂMARA MUNICIPAL QUE SOLICITA DOCUMENTOS E INFORMAÇÕES - OMISSÃO DO PREFEITO - FISCALIZAÇÃO DOS ATOS DO PODER EXECUTIVO PELO PODER LEGISLATIVO - ATRIBUIÇÃO CONSTITUCIONAL DO PODER LEGISLATIVO MUNICIPAL - GARANTIA DE TRANSPARÊNCIA DOS ATOS ADMINISTRATIVOS, APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PUBLICIDADE - SEGURANÇA CONCEDIDA EM PRIMEIRO GRAU - REEXAME NECESSÁRIO REALIZADO COM MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. Nos termos do artigo 31 da Constituição Federal, é possível o controle dos atos de gestão praticados pelo Executivo não só pelo Tribunal de Contas do Estado mas, também, pelo Legislativo Municipal, como Poder do Município em relação ao qual o Executivo não pode se furtar a prestar contas dos atos de administração praticados, os quais devem ter a mais ampla divulgação possível entre os administrados, em conformidade com os princípios da publicidade e da transparência de tais atos, em relação aos quais incide, outrossim, o artigo 37 da Constituição Federal. Reexame necessário improvido para manter inalterada a sentença.

(TJ-MS - REEX: 08002621820138120044 MS 0800262-18.2013.8.12.0044, Relator: Des. Dorival Renato Pavan, Data de Julgamento: 22/06/2014, 4ª Câmara Cível, Data de Publicação: 23/06/2014)

1.3.5. Princípio da modicidade tarifária

Os serviços públicos devem ser remunerados a preços módicos, de modo que os indivíduos possam usufruir desse benefício. Deve-se levar em conta a capacidade financeira dos usuários para que não haja supressão do benefício por falta de poder aquisitivo (CARVALHO-FILHO, 2013, p. 340).

Os preços dos serviços públicos devem atender a capacidade aquisitiva dos usuários e as necessidades do mercado. Destarte, é necessária a observância do equilíbrio financeiro de modo que a modicidade do serviço seja positiva para os usuários, mas também suporte os custos do serviço público por parte da administração pública ou seus delegados (MOREIRA-NETO, 2009 p. 478)

É importante ressaltar que podem existir situações que a administração pública terá que se sustentar mesmo que o equilíbrio financeiro seja deficitário, com o objetivo de manter a modicidade em ocasiões que envolvem direitos fundamentais. Nessa perspectiva, Marçal Justen Filho ensina:

Indaga-se se é possível invocar a modicidade tarifária para impor o subsídio ao valor da tarifa. A resposta é positiva. A essencialidade do serviço em vista dos direitos 29 fundamentais poderá acarretar a necessidade de tarifas insuficientes para remunerar o custo do serviço. A modicidade significa, então, não apenas a menor tarifa possível sob o prisma econômico, mas também o seu dimensionamento, de modo a assegurar o acesso dos usuários a serviços essenciais (2015, p. 740).

As jurisprudências do Tribunal de Contas da União corroboram com o princípio da modicidade dos serviços públicos:

32. Enfatiza-se que cabe à União zelar pela observância aos princípios que regem a Administração Pública, especialmente o da economicidade e da eficiência, e, ainda, àqueles que norteiam a prestação do serviço público adequado, principalmente no tocante à modicidade tarifária e à sua continuidade. A apreciação do EVTE deve cotejar os custos de investimento e manutenção previstos, contrapostos às receitas projetadas, de forma a proporcionar o melhor resultado para a sociedade, dado o montante a ser despendido pela União. Ainda, deve ser analisado se a Administração está procurando minimizar o custo do transporte para a população usuária. Acórdão 1665/2016 ATA 25, Plenário, rel. Weder de Oliveira.

1.4. CLASSIFICAÇÃO

1.4.1. Serviços públicos próprios e impróprios

Os serviços públicos próprios são aqueles que estão intimamente ligados com as atribuições do Estado como a segurança pública, saúde e poder de polícia. Esses tipos de serviços são classificados de acordo a sua extrema essencialidade perante a sociedade, e desta forma, devem ser prestados pela própria administração pública sem a participação de entidades particulares. Já os serviços impróprios são caracterizados como aqueles que tem menor grau de essencialidade, mas ainda satisfazem os interesses sociais. São serviços que funcionam de forma descentralizada da administração direta, via autarquias, empresas públicas, fundações governamentais ou por meio das delegações de concessão e permissão.

Para manter o controle indireto das atividades públicas impróprias é feita a regulamentação da seara trabalhada (MEIRELLES, 2008, p. 335)

Para Hely Lopes Meirelles, o que diferencia um termo do outro é a essencialidade do serviço e os sujeitos que fazem parte da atividade. Em um maior grau de essencialidade o poder público exerce o serviço e em um grau menor de necessidade o poder público ou os particulares via delegação exercem as atividades (2008, p. 335).

Já Marçal Justen Filho acha problemática a classificação uma vez que todos os serviços públicos são essenciais, mas admite que existem diferentes graus de necessidade a serem atendidas. A ideia é de que algumas atividades podem ser preteridas e outras não podem ser interrompidas em razão da grande necessidade de seu funcionamento em prol da coletividade. A distinção desse modo, estaria no regime jurídico de cada serviço levando em consideração o grau de necessidade (2015, p.752).

1.4.2. Serviços públicos administrativos, industriais ou comerciais e sociais

Os serviços administrativos são aqueles executados pela administração visando atender as suas próprias necessidades internas ou preparar serviços que serão prestados posteriormente ao público (MEIRELLES, 2008, p.335).

Os serviços industriais ou comerciais são os que auferem renda para quem os presta por meio de uma remuneração denominada tarifa que é fixada pela administração pública. Tem função de atender as demandas coletivas na esfera econômica. Para Hely Lopes Meirelles, esse tipo de serviço só poderá ser prestado pelo Estado nos casos de relevância do interesse coletivo ou por segurança nacional como prescreve a Constituição Federal em seu artigo 173 (2008, p. 336):

Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

Di Pietro contraria a concepção de que os serviços industriais prestados pelo Estado são aqueles mencionados no artigo 173. Ela argumenta que aqueles casos se tratam de serviços suplementares a iniciativa privada (atividade econômica) e que não se caracterizam serviços públicos, apenas uma intervenção econômica estratégica. A doutrinadora ensina que

o Estado presta serviço público de caráter comercial nas situações do artigo 175 da Constituição Federal (2013, p.115):

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

Por último, os serviços sociais têm o objetivo de atender demandas coletivas que são necessárias a coletividade e, ao mesmo tempo, convivem com a iniciativa privada como, por exemplo, a saúde e a educação. Esses serviços são tratados no artigo 6 da Constituição Federal (DI PIETRO, 2013, p. 116):

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

1.4.3. Serviços públicos *uti singuli* e *uti universi*

Os serviços *uti universi* são aqueles prestados a sujeitos indeterminados e tem como base atender a sociedade como um todo. Esses serviços são oferecidos a toda população e são indivisíveis pois não é possível mensurar o quanto cada um consome. São cobrados pelos impostos, vide sua indivisibilidade, e seus principais exemplos são os serviços de iluminação pública, polícia, calçamento, entre outros (MEIRELLES, 2008, p.336).

Existem súmulas acerca aos serviços indivisíveis como a Súmula nº 670 do Superior Tribunal Federal que trata da iluminação pública:

Súmula nº 670: O serviço de iluminação pública não pode ser remunerado mediante taxa.

Por outro lado, os serviços *uti singuli* são prestados a usuários determinados, sendo possível desse modo, a mensuração do quanto foi consumado por cada um. Por ser um serviço que é possível determinar o destinatário, são cobrados por meio de tarifas ou taxas. Os

exemplos mais conhecidos são a do fornecimento de água e energia elétrica (MEIRELLES, 2008, p. 336).

1.5. Competência para execução de serviços públicos

Antes de adentrar as competências é importante diferenciar a titularidade da prestação do serviço. A titularidade remete a exclusividade do ente público destacado como competente na Constituição Federal, enquanto a prestação pode ser conduzida pelo próprio titular constitucional, chamada administração direta, ou por delegação a terceiros, denominada indireta. No que se refere a titularidade há um compartilhamento de competências instituidoras de serviços públicos dado o regime federativo que nos encontramos. Com relação as prestações, é necessário adentrar às formas jurídicas de delegação dos serviços públicos a terceiros, o qual os entes federativos têm certa autonomia (MOREIRA-NETO, 2009, p. 479).

Os titulares competentes para instituir os serviços públicos são a União, Estados, Municípios e Distrito Federal enquanto as formas de prestação são a direta por meio da administração e indireta por meio de delegação à terceiros instrumentalizada pelas concessões e permissões públicas.

1.5.1. Serviços públicos federais

Os serviços federais são de competência da União e ficam a ela resguardados sua titularidade através dos seguintes dispositivos constitucionais:

Art. 21. Compete à União:

X - manter o serviço postal e o correio aéreo nacional;

XI - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão, os serviços de telecomunicações, nos termos da lei, que disporá sobre a organização dos serviços, a criação de um órgão regulador e outros aspectos institucionais;

XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

a) os serviços de radiodifusão sonora, e de sons e imagens;

b) os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos de água, em articulação com os Estados onde se situam os potenciais hidroenergético;

- c) a navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura aeroportuária;
- d) os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território;
- e) os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros;
- f) os portos marítimos, fluviais e lacustres;

XXIII - explorar os serviços e instalações nucleares de qualquer natureza e exercer monopólio estatal sobre a pesquisa, a lavra, o enriquecimento e reprocessamento, a industrialização e o comércio de minérios nucleares e seus derivados, atendidos os seguintes princípios e condições:

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

1.5.2. Serviços públicos estaduais

A Constituição em seu artigo 25 confere explicitamente aos estados e distrito federal o seguinte serviço público:

Art. 25. Os Estados organizam-se e regem-se pelas Constituições e leis que adotarem, observados os princípios desta Constituição.

§ 2º Cabe aos Estados explorar diretamente, ou mediante concessão, os serviços locais de gás canalizado, na forma da lei, vedada a edição de medida provisória para a sua regulamentação.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

Há também um serviço conferido apenas aos estados no referido artigo:

§ 3º Os Estados poderão, mediante lei complementar, instituir regiões metropolitanas, aglomerações urbanas e microrregiões, constituídas por agrupamentos de municípios limítrofes, para integrar a organização, o planejamento e a execução de funções públicas de interesse comum.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

1.5.3. Serviços públicos municipais

A constituição atribui aos municípios serviços de interesse local abrindo uma grand 34 margem para interpretação:

Art. 30. Compete aos Municípios:

V- organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.**

Brasília: Senado, 1988.

1.5.4. Serviços públicos comuns

Os serviços públicos comuns podem ser exercidos por mais de um ente federativo, isto é, a competência é concorrente. A competência comum está no artigo 23 da Constituição Federal:

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

II - cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;

VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas;

VII - preservar as florestas, a fauna e a flora;

IX - promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.**

Brasília: Senado, 1988.

1.6. IMPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS QUANTO AOS SERVIÇOS PÚBLICOS

1.6.1. Serviços de prestação obrigatória e exclusiva do Estado

Os serviços obrigatórios e exclusivos não podem ser delegados a terceiros por meio de concessão ou permissão. São serviços que devem ser prestados unicamente pelo Estado e

em nossa Magna Carta encontramos dois exemplos: o serviço postal e o correio aéreo nacional, ambos no artigo 21, X (MELLO, 2015, p. 712):

X - manter o serviço postal e o correio aéreo nacional;

Diferente de outros incisos do artigo 21, o inciso X não faz referência a possibilidade de delegação por concessão, permissão ou autorização, e desse modo, é possível compreender que o legislador se dirigiu a esses serviços como exclusivos da União (MELLO, 2015, p. 713).

1.6.2. Serviços que o Estado tem a obrigação de prestar e conceder

Esses serviços se configuram à medida que o Estado é obrigado a prestar e também a oferecer por meio de concessão, autorização ou permissão a terceiros para que estes os prestem de igual modo. Trata-se dos serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens embasados no artigo 223 da Constituição Federal (MELLO, 2015, p. 713):

Art. 223. Compete ao Poder Executivo outorgar e renovar concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens, observado o princípio da complementaridade dos sistemas privado, público e estatal.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**.

Brasília: Senado, 1988.

Esse artigo determina a observação do princípio da complementariedade dos sistemas e é devido a essa observância que a administração pública é obrigada a conceder e também a prestar esse serviço (MELLO, 2015, p. 713).

1.6.3. Serviços que o Estado tem a obrigação de prestar, mas sem exclusividade.

Existem cinco serviços que o Estado não deve permitir que sejam prestados unicamente por terceiros, em outras palavras, o Estado deve prestar independentemente se a iniciativa privada prestar ou não. É o caso dos serviços de educação, saúde, previdência social, assistência social e radiodifusão sonora e sons e imagens (MELLO, 2015, p. 713).

1.6.4. Serviços que o Estado não é obrigado a prestar, mas uma vez que não prestado, será obrigada a prestação via concessão ou permissão.

Todos os outros serviços públicos não mencionados que não forem prestados direta ou indiretamente pelo Estado devem ser prestados mediante concessão ou permissão a iniciativa privada (MELLO, 2015, p. 714).

1.7. FORMAS DE GESTÃO

Existem algumas formas de gestão de serviços públicos no Brasil. O artigo 175 da Constituição Federal nos dá alguns deles:

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**.

Brasília: Senado, 1988.

Através do dispositivo constitucional constata-se três tipos de instrumentos de gestão de serviços públicos: a concessão, a permissão e a prestação direta da administração pública. No que se refere a forma de execução direta, a administração pode atuar de maneira direta através dos entes federativos ou de forma indireta a partir de órgãos públicos com personalidade jurídica própria (DI PIETRO, 2013, p. 117).

Além desses instrumentos é possível localizar no artigo 21, XI e XII da Constituição Federal o mecanismo da autorização e no artigo 241 as figuras dos consórcios públicos e convênios de cooperação:

Art. 241. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**.

Brasília: Senado, 1988.

Quanto à delegação a terceiros, os serviços públicos industriais que sejam remunerados por tarifa devem ser instituídos por meio de concessões, ou permissões de serviço público, ou as concessões patrocinadas ou ainda as franquias. Para serviços públicos industriais não remunerados por tarifa cabe a concessão administrativa. Já os serviços sociais podem ser delegados por concessões administrativas ou por contratos de gestão com as

organizações sociais. Por fim, cabe a delegação a qualquer serviço público por meio de convênios de cooperação ou consórcios públicos (DI PIETRO, 2013, p. 118).

CAPÍTULO 2

2. CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

2.1. Contratos da administração

Os contratos da administração são aqueles que a administração pública celebra com terceiros. Esses contratos denotam um sentido amplo, visto que englobam todos os tipos de contratos celebrados. Compreendem os contratos que imperam o regime jurídico privado e os que de regime jurídico público. É importante destacar que essas contratações são atividades administrativas e a sua execução é privativa do Estado, afastando normas que dependam de prévia autorização do poder legislativo ou registro no Tribunal de Contas (CARVALHO-FILHO, 2013, p. 174).

Os contratos da administração podem ser separados em duas espécies basicamente: os contratos privados da administração e os contratos administrativos.

Os contratos privados da administração são regulados pelo direito civil ou empresarial, ou seja, o regime jurídico imposto as partes é de direito privado. A consequência disso é que o Estado e a parte privada se situam em paridade jurídica contratual (CARVALHO-FILHO, 2013, p.174).

Já os contratos administrativos não funcionam da mesma forma dos contratos privados da administração. Nesse caso o regime jurídico é o de direito público. Esses contratos são coordenados por normas especiais de direito público e em alguns casos, de forma supletiva, pelas normas de direito privado. A diferença substancial entre os contratos privados e administrativos são referentes ao regime adotado pela norma (CARVALHO-FILHO, 2013, p.174).

O critério para se utilizar um contrato ou outro é pela conveniência da administração pública, podendo se colocar em uma posição de paridade ou de autoridade a depender do regime escolhido como ensina Edmir Netto de Araújo:

A administração pública, todavia, ao contratar, nem sempre o fará utilizando-se da sua prerrogativa de autoridade, que indica a sujeição do ajuste ao regime jurídico de direito público. Seja por escolha, em termos de conveniência ou oportunidade, seja em razão da natureza da relação jurídica que se quer constituir, muitas vezes a Administração

contratará pelas regras do direito privado, o que leva a conclusão de que a simples presença do Estado em uma relação contratual não é suficiente para caracterizar o ajuste como contrato de direito público, ou mais especificamente, contrato administrativo (2010, p. 666).

A administração tem a opção de contratar dentro o regime de direito privado ou público, a depender das conveniências de cada caso.

2.2. Conceito

O conceito dos contratos administrativos, assim como o serviço público, não é homogêneo na doutrina. Em cada definição doutrinária há destaques de diferentes elementos dos contratos em termos de importância para cada autor.

Diogenes Gaspariri conceitua o contrato administrativo como: “(...) o ato plurilateral ajustado pela Administração Pública ou por quem lhe faça as vezes com certo particular, cuja vigência e condições de execução a cargo do particular podem ser instabilizadas pela Administração Pública, ressaltando os interesses patrimoniais do contratante particular.” (2008, p. 692).

A definição de Gasparini traz os elementos da plurilateralidade dos contratos e as cláusulas exorbitantes que podem trazer instabilidade do contrato por ato do Estado.

De outra forma Edmir Netto de Araújo conceitua os contratos administrativos como o:

(...) acordo de vontades opostas, realizado “*intuitu personae*”, consensual, comutativo e sinalagmático, do qual participa a Administração Pública, para a produção de obrigações que envolvam finalidade pública, ou não contrariem o interesse público, contendo explícita ou implicitamente cláusulas de privilégio que o submetem a regime jurídico de direito administrativo, informado por princípios publicísticos, colocando a Administração em posição de supremacia no ajuste (2010, p. 672).

Essa outra definição é colocada os elementos que representam um contrato plurilateral e as cláusulas que põe a Administração pública em posição de superioridade. Ademais, a finalidade pública é posta em uma posição importante, não podendo celebrar contratos que atrapalhem o interesse público.

José dos Santos Carvalho Filho sintetiza a sua definição em um ajuste entre a Administração pública e um particular, regulado pelo regime de direito público e tendo como objeto uma atividade que tem o interesse da coletividade (2013, p. 175).

Em suma, conclui-se que o conceito de contrato administrativo gravita em torno das cláusulas de prerrogativa do Estado, do interesse público da atividade realizada, da caracterização do contrato como plurilateral e a imposição do regime de direito público.

2.3. Disciplina Constitucional

A competência para legislar sobre a matéria de contratos em termos gerais é privativa da União e está expressa em nossa Constituição Federal em seu artigo 22, XXVII:

XXVII – 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

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

Como já dito, a competência da União é referente à edição de normas gerais no que tange os contratos. Desse modo foi dado aos demais entes federativos a competência para legislar sobre as normas específicas sobre o assunto. Entretanto, a maioria dos Estados seguem a norma geral consubstanciada da Lei nº 8.666/1993 devida a dificuldade de delimitar os limites do que é geral e do que é específico na Lei Federal (CARVALHO-FILHO, 2013, p. 176).

2.4. Disciplina Infraconstitucional

Os contratos administrativos são geridos pela Lei 8.666/1993, conhecida como o Estatuto dos contratos e licitações públicas, que já foi modificada por leis posteriores.

A lei dos contratos administrativos são específicas com relação aos contratos em geral, mas são normas gerais no tocante as leis específicas legisladas em cada Estado. As normas contratuais civis são utilizadas subsidiariamente pelos contratos administrativos, evidenciando seu caráter específico, tendo como referência o instituto contratual (CARVALHO-FILHO, 2013, p. 176).

Embora essa lei verse sobre os contratos administrativos, existem alguns contratos de outra natureza nesse diploma. É o caso dos contratos de compra e venda, alienação, obras e

serviços, sendo eles regulados em essência pelo direito privado, mas com alguns procedimentos ou prerrogativas de direito público (DI PIETRO, 2013, p. 268).

2.5. Características dos contratos administrativos

2.5.1. Presença da administração pública

A administração pública se estabelece na relação contratual com algumas prerrogativas que garantem a sua supremacia perante a parte privada. Essas prerrogativas são realizadas por meio das cláusulas exorbitantes (DI PIETRO, 2013, p.268).

A supremacia do poder público tem sua justificativa na finalidade do interesse coletivo, e dessa forma, há uma desigualdade entre os contratantes, o interesse coletivo prevalece sobre o interesse particular (CARVALHO-FILHO, 2013, p. 181).

A finalidade pública deve estar presente em todos os contratos administrativos sob pena de desvio de poder (DI PIETRO, 2013, p. 271).

2.5.2. Relação Contratual

A relação jurídica nos contratos administrativos leva consigo algumas características que os tornam únicos. Os contratos devem ser revestidos de um formalismo que observe alguns requisitos internos e externos. Devem apresentar comutatividade e bilateralidade, gerando obrigações para ambas as partes que sejam equivalentes entre si (CARVALHO-FILHO, 2013, p. 180).

2.5.3. O sujeito administrativo e o objeto

São elementos que de forma isolada não caracterizam os contratos administrativos, mas é possível afirmar que eles estão presentes em todos. Sempre haverá em um dos polos o sujeito administrativo de modo direto ou indireto e o objeto dessa relação terá uma finalidade pública, direta ou indiretamente (CARVALHO-FILHO, 2013, p. 181).

2.5.4. Contrato de adesão

As cláusulas de prerrogativa são fixadas unilateralmente pela administração pública. O instrumento de convocação licitatório é utilizado para ofertar a situação aos interessados, a partir do momento que os licitantes apresentam suas propostas eles também estarão aceitando a oferta da administração. Mesmo se não houver licitação, é a administração pública que estabelece as cláusulas embasadas no princípio da indisponibilidade do interesse público (DI PIETRO, 2013, p. 277).

2.5.5. Natureza *intuitu personae*

A contratação é construída a partir das condições do contratado que são conhecidas nos procedimentos de licitação. Em decorrência da natureza *intuitu personae* que existe uma vedação a subcontratação do seu objeto, quando não presente no edital de licitação, expresso no artigo 78, VI da Lei dos contratos administrativos (DI PIETRO, 2013, p. 277):

Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:

VI - a subcontratação total ou parcial do seu objeto, a associação do contratado com outrem, a cessão ou transferência, total ou parcial, bem como a fusão, cisão ou incorporação, não admitidas no edital e no contrato.

Além da rescisão do contratado, poderão ocorrer sanções do artigo 87 e algumas consequências do artigo 80 da lei de contratos administrativos:

Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:

I - advertência;

II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;

III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos;

IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.

Art. 80. A rescisão de que trata o inciso I do artigo anterior acarreta as seguintes consequências, sem prejuízo das sanções previstas nesta Lei:

I - assunção imediata do objeto do contrato, no estado e local em que se encontrar, por ato próprio da Administração;

II - ocupação e utilização do local, instalações, equipamentos, material e pessoal empregados na execução do contrato, necessários à sua continuidade, na forma do inciso V do art. 58 desta Lei;

III - execução da garantia contratual, para ressarcimento da Administração, e dos valores das multas e indenizações a ela devidos;

IV - retenção dos créditos decorrentes do contrato até o limite dos prejuízos causados à Administração.

2.5.6. Cláusulas exorbitantes

São as cláusulas que conferem a posição de supremacia do poder público e que não estariam presentes lícitamente em contratos celebrados entre particulares (DI PIETRO, 2013, p. 277).

O poder público apresenta algumas prerrogativas nos contratos administrativos: modificar a execução do contrato a cargo do contratante particular, acompanhar a execução do contrato, impor sanções em suas cláusulas e rescindir o contrato baseado em mérito ou legalidade. Esses privilégios da administração pública podem ser encontrados na lei dos contratos administrativos e licitações em seu artigo 58, como leciona Diogenes Gasparini:

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

A partir da leitura do artigo, se observa a supremacia do poder público com relação ao polo particular. São prerrogativas que ultrapassam os limites razoáveis em prol do interesse público.

2.5.6.1. Alteração unilateral

O poder público pode alterar algumas condições de execução do contrato em nome do maior interesse público com fulcro legal nas cláusulas exorbitantes do artigo 58 da Lei 8.666/93. A faculdade de alterar alguma condição do contrato pode ser exercida ainda que o contrato não tenha expressamente consignada essa cláusula (ARAÚJO, 2010, p. 679).

A possibilidade de alteração unilateral, por parte do Estado, sem cláusula expressa é encontrada nas jurisprudências, como podemos apreciar com a decisão do TRF-4:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CONTRATO ADMINISTRATIVO. CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. RODOVIAS. ALTERAÇÃO UNILATERAL PELO PODER PÚBLICO. CLÁUSULAS ECONÔMICAS DO CONTRATO DE CONCESSÃO DO SERVIÇO PÚBLICO. PEDÁGIO. REMUNERAÇÃO. EQUAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA DO CONTRATO ADMINISTRATIVO. PRESERVAÇÃO. CONSEQUÊNCIA. PROTEÇÃO DO CONCESSIONÁRIO PELA CONSTITUIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE O PODER PÚBLICO, UNILATERALMENTE, ALTERAR AS CLÁUSULAS ECONÔMICAS DO CONTRATO DE CONCESSÃO DO SERVIÇO PÚBLICO SEM COMPENSAR O CONCESSIONÁRIO. DOUTRINA E JURISPRUDÊNCIA.

1. A doutrina é uniforme no admitir que o poder de alteração e rescisão unilateral do contrato administrativo é inerente à Administração Pública, podendo ser exercido ainda que nenhuma cláusula expressa o consigne, porém, a alteração somente pode atingir as denominadas cláusulas regulamentares, isto é, aquelas que dispõem sobre o objeto do contrato e o modo de sua execução. No que concerne às cláusulas econômicas, ou seja, aquelas que estabelecem a remuneração e os direitos do contratado perante a Administração e dispõem acerca da equação econômico-financeira do contrato administrativo, estas são inalteráveis, unilateralmente, pelo Poder Público sem que se proceda à devida compensação econômica do contratado, visando restabelecer o equilíbrio financeiro inicialmente ajustado entre as partes. Esse o magistério do saudoso jurista Hely Lopes Meirelles, in *Licitação e Contrato Administrativo*, 9ª edição, Revista dos Tribunais, 1990, pp. (...).

(TRF-4 - APELREEX: 7000 PR 0032025-25.2007.404.7000, Relator: CARLOS EDUARDO THOMPSON FLORES LENZ, Data de Julgamento: 02/03/2010, TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: D.E. 17/03/2010)

Entretanto as alterações do contrato por parte da administração pública não podem ser realizadas de forma discricionária. A decisão de alterar deve ser balizada por dois princípios básicos como ensina Edmir Netto de Araújo:

Todavia, não olvidemos que o poder de introduzir, unilateralmente, alterações nos contratos encontra certos limites, que não só excluem o árbitro, como também balizam a discricionariedade da autoridade administrativa. Ou seja, esse poder da Administração não tem a extensão que, à primeira vista, pode aparentar, pois ele é delimitado por dois princípios básicos que não pode o poder público desconhecer ou infringir, quando for exercitar a faculdade de alterar: a variação do interesse público e o equilíbrio econômico-financeiro do contrato (2010, p. 680).

A alteração depende de circunstâncias fáticas, situações que necessitem de alteração contratual em prol do interesse público. Se a alteração agravar a situação do particular, é necessário o reequilíbrio econômico financeiro do contratado, de forma que este seja protegido. Cabe a administração reajustar as condições contratuais para que de um lado seja atendido as novas demandas de interesse público e por outro que proteja economicamente o particular de modo a equilibrar a contraprestação contratual (ARAÚJO, 2010, p. 680).

O equilíbrio econômico financeiro que deve ser mantido em caso de alterações está expresso na lei dos contratos administrativos em seu parágrafo § 6º do artigo 65:

§ 6º Em havendo alteração unilateral do contrato que aumente os encargos do contratado, a Administração deverá restabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro inicial.

O contrato pode ser alterado bilateralmente, a partir de acordo entre a administração e o particular, ou de forma unilateral do estado por meio de sua prerrogativa já mencionada. Como já dito, há a necessidade de uma nova realidade fática para que haja a alteração dos contratos administrativos, essa necessidade deriva expressamente do artigo 65 da Lei dos contratos administrativos (CARVALHO-FILHO, 2013, p. 194):

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

I - unilateralmente

pela

Administração:

- a) quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos;
- b) quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei.

A legislação nos remete a dois tipos de alterações: as qualitativas referentes a alínea “a” do artigo 65, I e as quantitativas referentes a alínea “b” do mesmo artigo. Nas alterações qualitativas há uma mudança no teor do próprio projeto e suas condições enquanto nas quantitativas envolvem questões de aumento ou diminuição da quantidade do objeto do contrato (DI PIETRO, 2013, p. 279).

Importante ressaltar que não se pode alterar a natureza do objeto contratual (alterar um contrato de limpeza para um de construção de obra pública por exemplo) e respeitar o limite em alterações quantitativas expostos no parágrafo § 1º do artigo 65 da Lei 8.666/93 (DI PIETRO, 2013, p. 278):

§ 1º O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça corrobora com a posição doutrinária da modificação contratual de teor quantitativo e suas delimitações:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE RESCISÃO CONTRATUAL CUMULADA COM PEDIDO DE COBRANÇA. REDUÇÃO UNILATERAL DO VALOR DO CONTRATO (PRESTAÇÃO DE SERVIÇO) EM 25%. ALEGADA VIOLAÇÃO DO ART. 65, I, B, §§ 1º E 2º, DA LEI 8.666/93. NÃO-OCORRÊNCIA. EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO. VEDAÇÃO AO ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA. SUPOSTA OFENSA AO ART. 79, § 2º, II, DA LEI 8.666/93. REEXAME DE FATOS E PROVAS. SÚMULA 7/STJ. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. GRAU DE SUCUMBÊNCIA (CPC, ART. 21). REAPRECIAÇÃO. INADMISSIBILIDADE. FAZENDA PÚBLICA VENCIDA. INAPLICABILIDADE DOS LIMITES MÍNIMO (10%) E MÁXIMO (20%) PREVISTOS NO § 3º DO ART. 20 DO CPC. PRECEDENTES. 1. É lícito à Administração Pública proceder à alteração unilateral do contrato em duas hipóteses: (a) quando houver modificação do projeto ou das

especificações, para melhor adequação técnica; (b) quando for necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto (Lei 8.666/93, art. 65, I, a e b). 2. O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% para os seus acréscimos (Lei 8.666/93, art. 65, § 1º). 3. O poder de alterar unilateralmente o ajuste representa uma prerrogativa à disposição da Administração para concretizar o interesse público. Não se constitui em arbitrariedade nem fonte de enriquecimento ilícito. 4. A modificação quantitativa do valor contratado (acrécimo/supressão) deve corresponder, em igual medida, à alteração das obrigações dos sujeitos da relação jurídica (Administração Pública e particular), ou seja, a variação do preço deve guardar uma relação direta de proporcionalidade com aumento/diminuição do objeto, sob pena de desequilíbrio econômico-financeiro, enriquecimento sem causa e frustração da própria licitação.

(STJ - REsp: 666878 RJ 2004/0082075-8, Relator: Ministra DENISE ARRUDA, Data de Julgamento: 12/06/2007, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 29/06/2007 p. 492).

2.5.6.2. Rescisão unilateral

Os contratos administrativos podem ser extintos por diversas formas: em comum acordo das partes, por exaurimento do objeto do contrato, conclusão do termo contratual, em casos que cabem anulação contratual, rescisão por inadimplemento das partes, rescisão por falta de interesse da administração e nos casos de caso fortuito e força maior (JUSTEN-FILHO, 2015, p. 543).

Trataremos dos três últimos tipos de rescisão contratual citados no parágrafo anterior, que são aqueles que são rescindidos unilateralmente pela administração.

2.5.6.2.1. Rescisão por inadimplementos das partes

O artigo 78 da Lei 8.666/93 trata dos casos de rescisão contratual por inadimplementos das partes. São as situações em que uma das partes não cumpre com sua obrigação a partir das condições estipuladas na contratação, e dessa forma, torna o objeto do

contrato algo sem utilidade. Os casos de inadimplemento contratual podem ser divididos em dois grupos: os de inadimplemento com culpa e os sem culpa da parte contratada. Os inadimplementos sem culpa são expressos nos incisos IX a XI do artigo supramencionada (JUSTEN-FILHO, 2015, p. 546):

Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:

IX - a decretação de falência ou a instauração de insolvência civil;

X - a dissolução da sociedade ou o falecimento do contratado;

XI - a alteração social ou a modificação da finalidade ou da estrutura da empresa, que prejudique a execução do contrato;

Os casos de inadimplemento sem culpa são situações especiais em que o sujeito do contrato desaparece, ocorre sua insolvência ou há um comprometimento da execução do contrato (DI PIETRO, 2013, p. 280).

Já os inadimplementos culposos se configuram nos incisos I a VIII do mesmo artigo citado:

I - o não cumprimento de cláusulas contratuais, especificações, projetos ou prazos;

II - o cumprimento irregular de cláusulas contratuais, especificações, projetos e prazos;

III - a lentidão do seu cumprimento, levando a Administração a comprovar a impossibilidade da conclusão da obra, do serviço ou do fornecimento, nos prazos estipulados;

IV - o atraso injustificado no início da obra, serviço ou fornecimento;

V - a paralisação da obra, do serviço ou do fornecimento, sem justa causa e prévia comunicação à Administração;

VI - a subcontratação total ou parcial do seu objeto, a associação do contratado com outrem, a cessão ou transferência, total ou parcial, bem como a fusão, cisão ou incorporação, não admitidas no edital e no contrato;

VII - o desatendimento das determinações regulares da autoridade designada para acompanhar e fiscalizar a sua execução, assim como as de seus superiores;

VIII - o cometimento reiterado de faltas na sua execução, anotadas na forma do § 1º do art. 67 desta Lei;

Os inadimplementos culposos diferem dos sem culpa em razão do cabimento de ressarcimento por perdas e danos ocasionados pelo contratado, bem como sanções administrativas (DI PIETRO, 2013, p. 280).

Além da doutrina, a jurisprudência vem decidindo de forma semelhante os casos de inadimplemento culposo, impondo multas ao contratado:

RECURSO ADMINISTRATIVO. INEXECUÇÃO DE CONTRATO ADMINISTRATIVO. IMPUTAÇÃO DE PENALIDADE. Verificado o inadimplemento do contrato administrativo, a imputação de multa é medida que se impõe por expressa imposição legal que vincula a Administração Pública e em prol do interesse público.

(TRT-12 - RecAdm: 00103073320155120000 SC 0010307-33.2015.5.12.0000, Relator: ROBERTO LUIZ GUGLIELMETTO, SECRETARIA DO TRIBUNAL PLENO, Data de Publicação: 01/12/2015)

A jurisprudência do STJ entende que é possível a rescisão contratual por inadimplemento de alguma condição estipulada, respeitando o direito de defesa do contratado:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONTRATO. RESCISÃO. IRREGULARIDADE FISCAL. RETENÇÃO DE PAGAMENTO. (...) 3. Desde que haja justa causa e oportunidade de defesa, pode a Administração rescindir contrato firmado, ante o descumprimento de cláusula contratual. (...) 5. Pode a Administração rescindir o contrato em razão de descumprimento de uma de suas cláusulas e ainda imputar penalidade ao contratado descumpridor. Todavia a retenção do pagamento devido, por não constar do rol do art. 87 da Lei nº 8.666/93, ofende o princípio da legalidade, insculpido na Carta Magna. 6. Recurso ordinário em mandado de segurança provido em parte.

(STJ - RMS: 24953 CE 2007/0193526-6, Relator: Ministro CASTRO MEIRA, Data de Julgamento: 04/03/2008, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 17/03/2008)

Em suma, a jurisprudência e a doutrina entendem que o inadimplemento contratual é razão para a rescisão por parte da administração pública.

2.5.6.2.2. Rescisão por falta de interesse da administração

Essa rescisão está prevista no artigo 78, inciso XII da lei 8.666/93. É a rescisão exercida por ato unilateral da administração pública que tem sua razão no interesse da coletividade (JUSTEN-FILHO, 2015, p. 547):

XII - razões de interesse público, de alta relevância e amplo conhecimento, justificadas e determinadas pela máxima autoridade da esfera administrativa a que está subordinado o contratante e exaradas no processo administrativo a que se refere o contrato;

Esse ato da administração pública não pode prejudicar o particular no que se refere aos direitos financeiros adquiridos, como nos ensina Marçal Justen-Filho:

(...) a rescisão contratual por ato unilateral da Administração Pública não pode suprimir o direito do particular de obter os resultados financeiros provenientes da contratação. Assegura-se a particular o direito à indenização por lucros cessantes, que configuram lucro razoável que a execução do contrato asseguraria ao particular (2015, p. 547)..

Desse modo a rescisão contratual não pode prejudicar os direitos subjetivos do particular. Esse ponto tem como orientação a súmula 473 do Superior Tribunal Federal (JUSTEN-FILHO, 2015, p.547):

Súmula 473 - A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

O direito subjetivo do particular não pode ser suprimido pela administração pública em nome do interesse público como mostra a jurisprudência do STJ:

ADMINISTRATIVO. CONTRATO ADMINISTRATIVO. RESCISÃO UNILATERAL. INDENIZAÇÃO POR LUCROS CESSANTES. CABIMENTO. 1. A rescisão do contrato administrativo por ato unilateral da Administração Pública, sob justificativa de interesse público, impõe ao contratante a obrigação de indenizar o contratado pelos prejuízos daí decorrentes (art. 69, I, § 2º, do Decreto-Lei 2.300/86; art. 79, § 2º da Lei 8.666/93), como tais considerados, não apenas os danos

emergentes, mas também os lucros cessantes (CC/1916, art. 1.059; CC/2002, art. 402). Precedentes. 2. Embargos de divergência a que se dá provimento.

(STJ - EREsp: 737741 RJ 2008/0110646-7, Relator: Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, Data de Julgamento: 12/11/2008, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 21/08/2009)

A obrigação de ressarcimento do particular tem sua razão no que tange o equilíbrio econômico financeiro. A partir do momento que a Administração Pública rompe unilateralmente o contrato administrativo em benefício do interesse público é necessário reestabelecer o equilíbrio econômico do prejudicado (DI PIETRO, 2013, p.281).

O contratado não fica desamparado, a legislação resguarda o direito do prejudicado conferindo maior segurança, e dessa forma, não afastando a iniciativa privada das contratações junto a Administração. Esse direito a manutenção do equilíbrio econômico financeiro está expresso no artigo 65, §6 da Lei dos contratos administrativos (GASPARINI, 2008, p. 725).

É certo que há certa discricionariedade da administração pública na configuração do que é o interesse pública, dessa forma o legislador exigiu alguns pressupostos para dar força a essa decisão: as razões administrativas devem ter um alto grau de relevância, fornecer a devida publicidade dos motivos que levaram a administração tomar essa decisão, que os motivos sejam justificados pela autoridade competente e a formalização no eventual processo administrativo, explicitando ao contratado os motivos da rescisão e oferecer uma proposta para o reequilíbrio econômico financeiro (CARVALHO-FILHO, 2013, p. 219).

Por fim, é importante ressaltar, que nessa modalidade de rescisão, o contratado tem o direito do contraditório e ampla defesa justificada no devido processo legal, tendo em vista ser uma rescisão sem conflito entre as partes (CARVALHO-FILHO, 2013, p. 220).

2.5.6.2.3. Rescisão por caso fortuito ou força maior

A rescisão nessas situações apresenta a característica da incapacidade da parte de cumprir com suas obrigações. Os casos de caso fortuito decorrem de desastres naturais, enquanto os de força maior são oriundos de causas humanas. A partir do momento que ocorre uma dessas situações, o equilíbrio econômico financeiro é prejudicado onerando uma das partes e consequentemente impossibilitando o perfeito adimplemento do contrato. A Lei dos contratos administrativos prevê em seu artigo 78, XVII a rescisão do contrato e no artigo 79,

§2 da mesma lei o ressarcimento dos prejuízos causados, desde que o contratado não tenha culpa pelo inadimplemento (CARVALHO-FILHO, 2013, p. 215):

Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato:

XVII - a ocorrência de caso fortuito ou de força maior, regularmente comprovada, impeditiva da execução do contrato.

Art. 79. A rescisão do contrato poderá ser:

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

I - devolução de garantia;

II - pagamentos devidos pela execução do contrato até a data da rescisão;

III - pagamento do custo da desmobilização.

Marçal Justen-Filho, ao contrário de José dos Santos Carvalho Filho, entende de forma diversa os cabimentos de rescisão de força maior e caso fortuito. O doutrinador acredita que a rescisão contratual configurada no artigo 78, XVII da Lei 8.666/93 só se aplica em casos de total impossibilidade de adimplemento do contrato. Por outro lado, os casos que ainda podem ser adimplidos, porém, onerando excessivamente a administração pública, e dessa forma, inviabilizando o reequilíbrio econômico financeiro, devem ser rescindidos com fulcro da conveniência da administração (inciso XII do artigo 78) (2015, p. 550).

2.5.6.3. Fiscalização

É uma das prerrogativas da Administração pública expressa no artigo 58, III da Lei 8.666/93. Essa prerrogativa confere ao poder público o dever de fiscalizar, por meio de seus representantes, a execução do contrato. O regime de fiscalização é explicado mais precisamente no artigo 67 da referida lei (DI PIETRO, 2013, p. 281):

Art. 67. A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição.

§ 1º O representante da Administração 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.

§ 2º As decisões e providências que ultrapassarem a competência do representante deverão ser solicitadas a seus superiores em tempo hábil para a adoção das medidas convenientes.

As determinações do fiscal deverão ser atendidas, uma vez que o seu não atendimento é causa para rescisão unilateral (DI PIETRO, 2013, p.281).

2.5.6.4. Sanções Administrativas de prerrogativa

As sanções administrativas estão dispostas em duas categorias: as que geram fatos administrativos e as que geram atos administrativos. Sucintamente, os fatos administrativos são consequências imediatas da rescisão contratual enquanto os atos configuram prerrogativas. Focalizaremos as sanções vinculadas a prerrogativa do Estado consubstanciada em atos administrativos, ou seja, as sanções que não necessitam estar presentes no contrato para serem impostas (CARVALHO-FILHO, 2013, p.199).

As sanções administrativas estão dispostas nos artigos 86 a 88 da lei 8.666/93. Em seu artigo 86 está expresso a aplicação de multa em decorrência de mora na execução contratual:

Art. 86. O atraso injustificado na execução do contrato sujeitará o contratado à multa de mora, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato.

§ 1º A multa a que alude este artigo não impede que a Administração rescinda unilateralmente o contrato e aplique as outras sanções previstas nesta Lei.

§ 2º A multa, aplicada após regular processo administrativo, será descontada da garantia do respectivo contratado.

§ 3º Se a multa for de valor superior ao valor da garantia prestada, além da perda desta, responderá o contratado pela sua diferença, a qual será descontada dos pagamentos eventualmente devidos pela Administração ou ainda, quando for o caso, cobrada judicialmente.

Em seu artigo 87 estão as sanções referentes a inexecução total ou parcial do contrato:

Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções:

I - advertência;

II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato;

III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos;

IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior.

Em seu primeiro inciso consta a advertência, ela será feita por escrito e representa as sanções de menor gravidade relacionadas a adequação de execução. Já os incisos III e IV representam as sanções de maior gravidade, são os casos de suspensão temporária e de declaração de inidoneidade para contratar com a Administração pública. A suspensão temporária tem um prazo de dois anos e no caso de declaração de inidoneidade é por tempo indeterminado, nunca menor de dois anos, até a reabilitação do particular (ARAÚJO, 2010, p. 718).

Nos casos do inciso I, III e IV é preciso respeitar o devido processo legal, conferindo ao particular o direito ao contraditório e ampla defesa (CARVALHO-FILHO, 2013, p. 222).

A acumulação de sanções administrativas é possível apenas com relação à sanção de pena de multa, sendo vedadas outras situações (DI PIETRO, 2013, p. 282).

As multas deverão respeitar os termos do instrumento convocatório, uma vez que o instrumento seja omissivo com relação a previsão de multa, a sua cobrança é inviabilizada. O Superior Tribunal de Justiça corrobora com a necessidade de previsão de multa no edital para o cabimento dessa sanção pecuniária (JUSTEN-FILHO, 2013, p. 562):

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF. ITENS DO EDITAL. INVIABILIDADE DE EXAME. SÚMULA 05/STJ. LICITAÇÃO.

RECUSA DE ASSINAR O CONTRATO ADMINISTRATIVO. MULTA. INVIABILIDADE DA APLICAÇÃO À FALTA DE PREVISÃO NO EDITAL. 1. Não viola o artigo 535 do CPC, nem importa negativa de prestação jurisdicional, o acórdão que adota fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia posta. 2. A ausência de debate, na instância recorrida, sobre a matéria tratada nos dispositivos legais cuja violação se alega no recurso especial atrai, por analogia, a incidência da Súmula 282 do STF. 3. A interpretação de cláusula de edital de licitação não enseja recurso especial. Aplicação analógica da Súmula 05/STJ. 4. Inviável a aplicação de penalidade ao adjudicatário que se recusa a assinar o contrato (Lei 8.666/93, art. 81) sem que ela tenha sido prevista no edital (art. 40, III, do referido diploma legal). 5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, improvido

(STJ - REsp: 709378 PE 2004/0174501-9, Relator: Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, Data de Julgamento: 21/10/2008, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: <!-- DTPB: 20081103
 --> DJe 03/11/2008)

2.5.7. Equilíbrio econômico financeiro do contrato administrativo

Nas palavras de Celso Antônio Bandeira de Mello o equilíbrio econômico financeiro se traduz em “(...) é a relação de igualdade formada, de um lado, pelas obrigações assumidas pelo contratante no momento do ajuste e de, outro lado, pela compensação econômica que lhe corresponderá” (2015, p. 660).

Esse equilíbrio deve ser intangível e ser assentado no respeito dos interesses de cada parte, sendo a iniciativa privada uma colaboradora da administração pública (MELLO, 2015, p. 661).

O encargo do contratado deve ser proporcional a remuneração que ele recebe, essa relação deve ser intangível e mantida até o fim do contrato. A partir dessa premissa, as alterações contratuais unilaterais feitas pelo Estado não podem onerar ou amenizar a execução do particular. Uma vez que o equilíbrio é quebrado, há a necessidade de reequilibrá-lo para a manutenção econômica financeira contratual. O reequilíbrio é efetuado através do reajuste feito pela administração pública (GASPARINI, 2008, p. 736).

O reequilíbrio pode ser efetuado por reajuste ou revisão. O reajuste é utilizado preventivamente contra fato certo, normalmente em questões que envolvem a inflação. Como a inflação reduz o valor da moeda, é preciso reajustar, e as partes realizam esse ajuste por meio de um instrumento contratual que prevê a correta atualização da moeda. Já a revisão é

um meio de restaurar o equilíbrio que foi rompido por uma situação superveniente. É o caso de alteração unilateral do contrato, que pode desestruturar o equilíbrio econômico financeiro, e desse modo, o remédio cabível é o de revisão do preço, adequando o contrato a nova situação (CARVALHO-FILHO, 2013, p. 200,201).

2.5.8. Mutabilidade

Por hora, a mutabilidade corresponde aos riscos inerentes ao contrato administrativo em decorrência de suas cláusulas de prerrogativa (DI PIETRO, 2013, p. 285).

O assunto será tratado no último capítulo do presente trabalho.

2.6. Modalidades de contratos administrativos

Os contratos administrativos podem ser enumerados em: concessão de serviço público, concessão de obra pública, concessão de uso de bem público, concessão patrocinada, concessão administrativa, contrato de prestação ou locação de serviços, contrato de obra pública, contrato de fornecimento, contrato de empréstimo público e contrato de função pública (DI PIETRO, 2013, p. 296).

Trataremos do contrato de concessão de serviço público no próximo capítulo.

CAPÍTULO 3

3. CONTRATO DE CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO

3.1 Conceito

Os contratos de concessão de serviço público podem ser definidos, a grosso modo, como a delegação de um determinado serviço público à iniciativa privada materializada através de um contrato administrativo. Hely Lopes Meirelles assim define:

Contrato de concessão de serviço público é o ajuste pelo qual a Administração delega a execução de um serviço do Poder Público ao particular, para que o explore por sua conta e risco, pelo prazo e nas condições ajustadas, mediante remuneração por tarifa cobrada dos usuários (1999, p. 283).

A definição de Marçal Justen Filho traz uma definição mais precisa sobre o tema:

A concessão comum de serviço público é um contrato plurilateral de natureza organizacional e associativa, por meio do qual a prestação de um serviço público é temporariamente delegada pelo estado a um sujeito de direito privado que assume seu desempenho diretamente em face dos usuários, mas sob controle estatal e da sociedade civil, mediante remuneração extraída do empreendimento (2015, p. 756).

Essa definição traz o conceito do contrato plurilateral, participando deste o particular concessionário, a administração concedente e a comunidade através de uma instituição. A concessão é associativa, uma vez que os três titulares da relação visam objetivos comuns. Outro ponto destacável é no tocante a titularidade do serviço, que permanece com a administração, porém delegadas a um ente privado que executará o serviço dentro de certas obrigações e direitos. Desse modo o risco do serviço não é apenas do particular, mas também do Estado (JUSTEN-FILHO, 2015, p. 756, 757, 758).

3.2. Previsão Legal

A concessão de serviço público está prevista na Constituição Federal em seu artigo 175:

Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

Está disciplinada na Lei 8.987/95 e se aplica a todos os entes federados. É uma lei que traz normas gerais, não impedindo que cada estado membro legisle especificamente sobre o tema (MEIRELLES, 1999, p. 284).

3.3. Objeto da concessão de serviço público

O objeto das concessões de serviço público é o próprio serviço público prestado. Desse modo só se caracteriza concessão de serviço público os serviços que são privativos da administração pública (GASPARINI, 2008, p. 368).

3.4 Características

Os contratos de concessão é um acordo bilateral, oneroso, comutativo e feito *intuitu personae*. A partir disso, é possível concluir que é um acordo de vontades que geram direitos e obrigações recíprocas com estipulações de certas condições da prestação do serviço que são baseados na premissa do interesse público (MEIRELLES, 1999, p. 284).

Não é permitida a subcontratação e há a proibição de cessão total ou parcial de direitos e obrigações a terceiros, situação essa, que feriria o princípio da licitação como ensina Diogenes Gasparini:

(...) para a segurança dos interesses da administração pública concedente, o concessionário há de ser selecionado por procedimento licitatório ou sindicado por ela, nos casos de exclusão da obrigatoriedade de licitar, com base em certos requisitos, a exemplo dos que confirmam a capacidade técnica, a idoneidade técnica, a capacidade econômica e regularidade fiscal. Em razão disso, vedam a subcontratação parcial ou total de seu objeto, a cessão ou transferência total ou parcial dos direitos e obrigações outorgados (2008, p. 373).

É pacífico na jurisprudência a observação da característica *intuitu personae* como observamos em decisão do Tribunal de Justiça do Distrito Federal:

DIREITO ADMINISTRATIVO, CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. PERMISSÃO DE EXPLORAÇÃO DE TRANSPORTE PÚBLICO ALTERNATIVO. TRANSFERÊNCIA AOS HERDEIROS. NÃO CABIMENTO. NECESSIDADE DE LICITAÇÃO. CONCESSÃO INTUITU PERSONAE. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO CONFIRMADA. 1- A EXPLORAÇÃO DE TRANSPORTE ALTERNATIVO É UMA CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO INTUITU PERSONAE, QUE DEPENDE DE PROCESSO

LICITATÓRIO E, EM DECORRÊNCIA, DESCABIDA A PRETENSÃO DOS HERDEIROS DE PERMISSIONÁRIO EM TRANSFERIR O RESPECTIVO TERMO DE PERMISSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO PARA SEUS RESPECTIVOS NOMES, SENDO QUE, CONFORME PRECEDENTES DO TJDF, "A MORTE DO PERMISSIONÁRIO É CAUSA DE EXTINÇÃO DA PERMISSÃO, DEVIDA A IMEDIATA ASSUNÇÃO DO SERVIÇO PELO PODER DELEGANTE." 2- RECURSO DE APELAÇÃO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. MAIORIA

(TJ-DF - APC: 20070310120706 DF, Relator: GILBERTO DE OLIVEIRA, Data de Julgamento: 28/05/2008, 4ª Turma Cível, Data de Publicação: DJU 08/09/2008 Pág. : 105 DJU 08/09/2008 Pág. : 105)

A decisão confirma a característica *intuitu personae* das concessões.

A concessão do serviço deve ser feita sem exclusividade em um sistema de competição, conferindo ao concorrente com o serviço mais adequado e com a tarifa mais acessível o direito de executar o serviço público. A não exclusividade esta expressa na Lei 8.987/95 em seu artigo 16 (MEIRELLES, 1999, p.285):

Art. 16. A outorga de concessão ou permissão não terá caráter de exclusividade, salvo no caso de inviabilidade técnica ou econômica justificada no ato a que se refere o art. 5º desta Lei.

A única exceção à exclusividade de concessão é nas situações que ocorrem inviabilidade técnica ou econômica de concorrência na execução do serviço. Nessas ocasiões, a administração deve provar a necessidade da exclusividade, demonstrando a inviabilidade da licitação (GASPARINI, 2008, p. 375).

3.5. Adequação do serviço

O concessionário deve executar os serviços públicos da maneira mais adequada possível em prol dos usuários. Esse dever está expresso na Lei 8.987/95 em seu artigo 6 (GASPARINI, 2008, p. 378):

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

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

§ 2º A atualidade compreende a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço.

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

I - motivada por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações; e,

II - por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade.

Em seu §1º o legislador apresenta os requisitos de adequação do serviço referentes a qualidade e ao preço oferecido aos usuários. A não observação desses requisitos pode acarretar em sanções administrativas (GASPARINI, 2008, p. 379).

O requisito da generalidade é consoante a prestação do serviço a todos os usuários, a continuidade se refere a não interrupção do serviço, a eficiência representa um serviço que seja satisfatório do ponto de vista da qualidade e quantidade da execução do serviço (MEIRELLES, 1999, p. 292).

A adequação tem como destinatários os usuários, com a finalidade de conferir qualidade aos serviços prestados e consequentemente satisfazer do melhor modo possível quem se utiliza do serviço (MOREIRA-NETO, 2009, p. 491).

3.6. Alteração unilateral do contrato

Assim como nos demais contratos administrativos, os de concessão de serviço público também podem ser alterados unilateralmente pela administração pública por meio das cláusulas exorbitantes. A administração é posta no contrato em supremacia com relação a parte particular, mas deve manter o equilíbrio econômico financeiro quando utilizada essas prerrogativas por meio de ajustes nas cláusulas remuneratórias, e dessa forma, adequando as obrigações e direitos as novas situações fáticas (MEIRELLES, 1999, p. 291).

Existem dois tipos de cláusulas possíveis nessa relação contratual, as que inferem no equilíbrio econômico financeiro que atuam na vontade das partes relativas a amortização do capital, juros, multas pecuniárias, etc. O outro tipo de cláusula são as de império do Estado, sendo por vontade unilateral da administração, visando o maior interesse público. As cláusulas de prerrogativa atuam na estruturação, funcionamento e extinção do serviço público concedido (MOREIRA-NETO, 2009, p. 488).

3.7. Direitos do usuário

Os direitos do usuário devem constar no contrato de concessão de serviço público, afinal ele é o destinatário final do serviço. É importante a inserção de cláusulas em favor da coletividade para evitar eventuais descasos do concessionário. O princípio da generalidade deve ser obedecido, porém o não esclarecimento de certas condições podem trazer problemas no que concerne o serviço adequado, tanto do ponto de vista do prazo do atendimento do serviço quanto o de sancionar o concessionário (MEIRELLES, 1999, p. 293).

Os usuários têm direito a um serviço público adequado e, também, algumas obrigações expressamente listadas no artigo 7 da Lei 8.987/95:

Art. 7º. Sem prejuízo do disposto na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, são direitos e obrigações dos usuários:

I - receber serviço adequado;

II - receber do poder concedente e da concessionária informações para a defesa de interesses individuais ou coletivos;

III - obter e utilizar o serviço, com liberdade de escolha entre vários prestadores de serviços, quando for o caso, observadas as normas do poder concedente. (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)

IV - levar ao conhecimento do poder público e da concessionária as irregularidades de que tenham conhecimento, referentes ao serviço prestado;

V - comunicar às autoridades competentes os atos ilícitos praticados pela concessionária na prestação do serviço;

VI - contribuir para a permanência das boas condições dos bens públicos através dos quais lhes são prestados os serviços.

O concessionário não pode deixar de executar o serviço público e nem o interromper quando iniciado, o serviço público deve ser oferecido à coletividade e em continuidade, se trata de um direito do usuário, o qual pode em eventuais situações de não execução do serviço público, pleitear ressarcimento pelos danos causados em virtude do mal funcionamento do serviço (GASPARINI, 2008, p. 393).

As obrigações dos usuários representam um incentivo para o exercício de cidadania, o seu inadimplemento não acarreta sanção. Estão dispostos nos incisos IV, V e VI (GASPARINI, 2008, p. 394).

3.8. Extinção da concessão

Os contratos de concessão de serviço público geralmente são ajustados por tempo determinado e, quando não são, perduram no tempo enquanto o interesse público do serviço esteja presente. Entretanto, os contratos de concessão podem se extinguir antes do tempo estipulado ocasionados por determinados fatos ou atos jurídicos (GASPARINI, 2008, p. 394).

A Lei 8.987/95 traz em seu artigo 35 as situações que levam a extinção de contratos de concessão de serviço público:

Art. 35. Extingue-se a concessão por:

I - advento do termo contratual;

II - encampação;

III - caducidade;

IV - rescisão;

V - anulação; e

VI - falência ou extinção da empresa concessionária e falecimento ou incapacidade do titular, no caso de empresa individual.

Essas causas listadas no artigo 35 extinguem ou são motivos para extinção do contrato. Não há a necessidade de menção a essas causas nos editais licitatórios mas devem estar inseridas nas cláusulas do contrato de concessão (GASPARINI, 2008, p. 394).

3.8.1. Extinção por fato jurídico

Os fatos jurídicos são ocorrências no mundo fático que apresentam relevância jurídica. Os fatos jurídicos concernentes a extinção dos contratos de concessão de serviço público são as situações que ocorreram o decurso do prazo e nos casos de desaparecimento do concessionário (GASPARINI, 2008, p.395).

Essa categoria de extinção corresponde aos incisos I e VI do artigo 35 da Lei 8.987/95.

3.8.2. Extinção por ato concedente

Os contratos de concessão de serviço público podem ser extintos por ato da administração pública. São atos motivados pelo interesse público, desafetação do serviço, inadimplemento do concessionário e ilegalidade da concessão (GASPARINI, 2008, p. 398).

A administração pode extinguir o contrato em prol do interesse público, esse tipo de extinção é retratado na oportunidade ou conveniência da administração pública (GASPARINI, 2008, p. 398).

Outra forma de extinção do contrato é através da desafetação do serviço público. É sabido que o serviço só é público por virtude de lei, é um serviço privativo da administração pública. A afetação, deste modo, se configura a partir do momento em que um serviço é considerado público com fulcro em lei. De modo contrário, pode ocorrer a desafetação, que corresponde o processo contrário da afetação. É o processo de retirar determinado serviço da categoria de público e passar a atividade particular em um regime de direito privado. A consequência imediata da desafetação é a extinção antecipada do contrato de concessão do determinado serviço, obedecendo todo processo indenizatório e o princípio do equilíbrio econômico financeiro (GASPARINI, 2008, p. 399,400).

O inadimplemento também é razão para a extinção dos contratos de concessão de serviço público, assim como os demais contratos administrativos. Fica a discricionariedade da administração pública estipular que determinado inadimplemento é ou não motivo de extinção do vínculo contratual (GASPARINI, 2008, p. 400).

Por fim, é possível a extinção por ilegalidade contratual devido a algum vício irremediável. O motivo da extinção é a existência de uma ilegalidade e pode se extinguir por decreto, via esfera administrativa, sendo denominada invalidação ou por decisão judicial denominada anulação (GASPARINI, 2008, p. 403).

3.9. Princípios constitucionais referentes a concessão de serviço público

3.9.1. Princípio da Licitação

Esse princípio está disposto de forma ampla no capítulo do artigo 175 e de uma forma mais restrita no artigo 35, inciso XXI da Constituição Federal (MOREIRA-NETO, 2009, p. 489).

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

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado, 1988.

É importante dizer que o artigo 175 da Constituição Federal não veda a contratação direta. A partir de uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico, existem situações que a continuidade do serviço público é necessária, não sendo possível a interrupção, com fulcro no princípio do interesse público, se contrata por vias diretas para evitar maiores danos. O princípio da licitação acaba colidindo com outros princípios nessas situações, cabendo a administração escolher a maneiras mais eficiente e segura para a manutenção do serviço (MOREIRA-NETO, 2009, p. 489).

A aplicação do princípio da licitação está disciplinada no artigo 15 da Lei 8.987/95:

Art. 15. No julgamento da licitação será considerado um dos seguintes critérios: (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)

I - o menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado; (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)

II - a maior oferta, nos casos de pagamento ao poder concedente pela outorga da concessão; (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)

III - a combinação, dois a dois, dos critérios referidos nos incisos I, II e VII; (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)

IV - melhor proposta técnica, com preço fixado no edital; (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998)

V - melhor proposta em razão da combinação dos critérios de menor valor da tarifa do serviço público a ser prestado com o de melhor técnica; (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998)

VI - melhor proposta em razão da combinação dos critérios de maior oferta pela outorga da concessão com o de melhor técnica; ou (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998)

VII - melhor oferta de pagamento pela outorga após qualificação de propostas técnicas. (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998)

A licitação deve obedecer a três critérios: o critério da menor tarifa pelo serviço prestado, o da maior oferta nos casos que necessitam pagamento para a concessão do serviço e a combinação de ambos os critérios. O critério da maior oferta deverá ser uma contraprestação única, para assim, evitar uma oneração excessiva da parte concedida e, consequentemente, visando a adequação da modicidade das tarifas (MOREIRA-NETO, 2009, p. 489).

3.9.2. Princípio da contratação

O contrato é o instrumento utilizado para a derrogação da execução do serviço público a iniciativa privada. Esse princípio se revela em outros três princípios: a do risco privado, reversibilidade e da terceirização (MOREIRA-NETO, 2009, p. 490).

3.9.3. Princípio da participação dos usuários

Esse princípio deriva da participação democrática do cidadão e o uso inerente de sua cidadania, expressos em nossa Constituição Federal em seu primeiro artigo:

Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

O usuário, sendo parte contratual e destinatário dos serviços públicos, utiliza do seu poder de cidadania para exigir o correto e adequado cumprimento dos serviços públicos

prestados pela administração pública ou seus delegados. O usuário tem, por meio de sua cidadania, o direito de participar das decisões pertinentes ao ambiente democrático. Ao contrário do voto, que visa legitimar mandatários políticos, a participação popular direta tem o escopo de legitimação de determinadas decisões públicas, que podem influenciar de modo mais incisivo a sociedade. A participação da sociedade em assuntos que envolvem decisões públicas é importante, uma vez que denotam o interesse da coletividade com relação a pauta discutida (MOREIRA-NETO, 2009, p. 490).

A Lei 8.987/95 procura aproximar o destinatário dos serviços públicos da prestação propriamente dita. A participação é um direito do cidadão, um direito que busca a implementação de um serviço adequado e de zelo com o aparato público. O princípio da participação se materializa em outros princípios como o da publicidade, fiscalização e liberdade de escolha (MOREIRA-NETO, 2009, p. 491).

3.9.4. Princípio da tarifa

A definição da tarifa deverá ser política como disciplina A constituição Federal em seu artigo 175, III. A tarifa deverá ter um custo acessível a coletividade e ser colocada à disposição de todos interessados. Junto a isso, deverá ser harmonizado a todos outros interesses econômicos e sociais. Esse princípio se desdobra em outros princípios como o da modicidade tarifária e a do equilíbrio econômico financeiro (MOREIRA-NETO, 2009, p. 491).

3.10. A retomada do serviço público concedido

A retomada poderá ocorrer de forma transitória ou permanente. Trata-se da prestação do serviço pelo Estado, uma vez que a execução do serviço realizada pelo concedido está inadequada. A retomada será transitória nas situações que o Estado intervir para cobrir a prestação que envolvam força maior, ou caso fortuito ou por motivos de segurança pública expressos nos artigos 136, §1, II e 139, VI da nossa Magna Carta (MOREIRA-NETO, 2009, p. 493):

Art. 136. O Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, decretar estado de defesa para preservar ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a

paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza.

§ 1º O decreto que instituir o estado de defesa determinará o tempo de sua duração, especificará as áreas a serem abrangidas e indicará, nos termos e limites da lei, as medidas coercitivas a vigorarem, dentre as seguintes:

II - ocupação e uso temporário de bens e serviços públicos, na hipótese de calamidade pública, respondendo a União pelos danos e custos decorrentes.

Art. 139. Na vigência do estado de sítio decretado com fundamento no art. 137, I, só poderão ser tomadas contra as pessoas as seguintes medidas:

VI - intervenção nas empresas de serviços públicos;

Por outro lado, a retomada será permanente nas situações de extinção da concessão: reversão, anulação, encampação, caducidade, rescisão, distrato e renúncia (MOREIRA-NETO, 2009, p. 493).

3.10.1. Reversão

A reversão se caracteriza como o retorno do serviço ao poder concedente ao fim do prazo contratual da concessão. A reversão atinge apenas os bens vinculados a prestação do serviço público; os demais não utilizados para a execução do serviço público são patrimônios de direito privado do concessionário, desse modo, os bens que não são vinculados a prestação do serviço não necessitam ser entregues a administração pública (MEIRELLES, 1999, p. 294,295).

O contrato de concessão deve estipular as condições no tocante a reversão dos bens, são cláusulas essenciais do contrato de concessão e serve para separar os bens que serão revertidos à administração pública gratuitamente e os bens que serão indenizados. Geralmente é utilizada a reversão gratuita, por presunção de que ao longo do contrato o concessionário conseguirá renda para suprir o capital investido. Caso não tenha cláusula expressa, subentende-se que o concedente receberá todo o aparato utilizado na manutenção do serviço público (MEIRELLES, 1999, p. 295).

O STJ vem decidindo conforme ensina a doutrina:

ADMINISTRATIVO. EXTINÇÃO DO CONTRATO DE CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. REVERSÃO DOS BENS UTILIZADOS PELA CONCESSIONÁRIA. INDENIZAÇÃO PRÉVIA. ART. 35, § 4º, DA LEI 8.987/95. I - O termo final do contrato de concessão de serviço público não está condicionado

ao pagamento prévio de eventual indenização referente a bens reversíveis não amortizados ou depreciados. II - Com o advento do termo contratual tem-se de rigor a reversão da concessão e a imediata assunção do serviço pelo poder concedente, incluindo a ocupação e a utilização das instalações e dos bens reversíveis. A Lei nº 8.987/95 não faz qualquer ressalva acerca da necessidade de indenização prévia de tais bens. III - Recurso especial improvido

(STJ - REsp: 1059137 SC 2008/0110088-5, Relator: Ministro FRANCISCO FALCÃO, Data de Julgamento: 14/10/2008, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: <!-- DTPB: 20081029
 --> DJe 29/10/2008)

O contrato deve estipular as condições de reversão, uma vez que não está estipulada a indenização dos bens, entende-se que a reversão ocorrerá gratuitamente.

A Lei 8.987/95 disciplina em seu artigo 36 que o poder concedente deve indenizar o concessionário com relação aos bens reversíveis que não foram amortizados ou depreciados, realizados com o intuito de manter o serviço:

Art. 36. A reversão no advento do termo contratual far-se-á com a indenização das parcelas dos investimentos vinculados a bens reversíveis, ainda não amortizados ou depreciados, que tenham sido realizados com o objetivo de garantir a continuidade e atualidade do serviço concedido.

A finalidade desse artigo é a da manutenção da adequada prestação do serviço, evitando que os últimos anos do contrato sejam executados de forma negligente (MEIRELLES, 1999, p. 295).

3.10.2. Anulação

A anulação é a extinção do contrato em consequência de vício contratual e é declarada pelo judiciário (MOREIRA-NETO, 2009, p. 493).

A anulação não é uma rescisão, uma vez que para rescindir o contrato, é necessário que ele seja válido. A anulação trata de um vício contratual que o torna inválido, gerando efeitos *ex tunc* (MEIRELLES, 1999, p. 297).

3.10.3. Encampação

Encampação é a retomada do serviço público pela administração, de forma coativa, justificada pelo interesse público ou conveniência durante o prazo contratual da concessão. O concessionário não pode se opor a encampação, porém tendo o direito a indenização dos prejuízos sofridos (MEIRELLES, 1999, p. 295,296).

A encampação é executada por ato de império da administração, mas deve obedecer ao procedimento que afasta eventuais abusos do poder público. Deve haver um controle através de uma lei autorizativa específica e um prévio pagamento de indenização expressos nos artigos 36 e 37 da Lei 8.987/95 (MOREIRA-NETO, 2009, p. 494):

Art. 37. Considera-se encampação a retomada do serviço pelo poder concedente durante o prazo da concessão, por motivo de interesse público, mediante lei autorizativa específica e após prévio pagamento da indenização, na forma do artigo anterior.

Esse artigo confere ao concessionário, certa garantia e respeita o princípio do equilíbrio econômico financeiro (MEIRELLES, 1999, p. 296).

3.10.4. Caducidade

A caducidade é a extinção do contrato em seu vigor em decorrência da inadimplência do concessionário. A extinção é realizada por ato administrativo em razão de uma falta grave cometida pelo particular (MOREIRA-NETO, 2009, p. 494).

A caducidade só pode ser decretada nas hipóteses expressas no artigo 38 da Lei 8.987/95:

Art. 38. A inexecução total ou parcial do contrato acarretará, a critério do poder concedente, a declaração de caducidade da concessão ou a aplicação das sanções contratuais, respeitadas as disposições deste artigo, do art. 27, e as normas convencionadas entre as partes.

§ 1º A caducidade da concessão poderá ser declarada pelo poder concedente quando:

I - o serviço estiver sendo prestado de forma inadequada ou deficiente, tendo por base as normas, critérios, indicadores e parâmetros definidores da qualidade do serviço;

II - a concessionária descumprir cláusulas contratuais ou disposições legais ou regulamentares concernentes à concessão;

III - a concessionária paralisar o serviço ou concorrer para tanto, ressalvadas as hipóteses decorrentes de caso fortuito ou força maior;

IV - a concessionária perder as condições econômicas, técnicas ou operacionais para manter a adequada prestação do serviço concedido;

V - a concessionária não cumprir as penalidades impostas por infrações, nos devidos prazos;

VI - a concessionária não atender a intimação do poder concedente no sentido de regularizar a prestação do serviço; e

VII - a concessionária não atender a intimação do poder concedente para, em 180 (cento e oitenta) dias, apresentar a documentação relativa a regularidade fiscal, no curso da concessão, na forma do art. 29 da Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. (Redação dada pela Lei nº 12.767, de 2012)

Somado a essas hipóteses deve estar presente o interesse público representado pela conveniência e oportunidade (MOREIRA-NETO, 2009, p. 495).

Ademais, a decretação de caducidade deve ser precedida do contraditório e da ampla defesa e da demonstração de inadimplência expreso no §2 do artigo 38 da Lei 8.987/95 (MEIRELLES, 1999, p. 297).

O Tribunal de Justiça - RS corrobora com a doutrina adotada no presente trabalho:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ANULATÓRIA DE ATO ADMINISTRATIVO. CONTRATO DE CONCESSÃO DO SERVIÇO DE TRANSPORTE DE PASSAGEIROS. DESCUMPRIMENTO. PENA DE CADUCIDADE DA CONCESSÃO. AUSÊNCIA DOS ELEMENTOS PARA A CONCESSÃO DE TUTELA ANTECIPATÓRIA TENDENTE A SUSPENDER OS EFEITOS DA PENALIZAÇÃO. Conforme a documentação carreada aos autos, a agravada foi penalizada com a declaração de caducidade da concessão, em razão de prestação inadequada e deficiente do serviço de transporte coletivo. Assegurado o direito de defesa, nos termos do art. 38, § 2º da Lei das Concessões. Extrai-se da notificação para o exercício de defesa que a concessionária apresenta incapacidade operacional, descumprindo horários se serviço, não possuindo plano de rotina administrativa de manutenção preventiva dos veículos, tendo sido emitidos 92 autos de infrações, tendo a concessionária do serviço deixado de operar por um mês. Ausência de elementos probatórios para afastar os efeitos da penalização em sede de tutela antecipatória, uma vez que a própria concessionária não nega a existência das irregularidades. Embargos rejeitados. (Embargos de Declaração Nº 70059772467, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marco Aurélio Heinz, Julgado em 02/07/2014)

(TJ-RS - ED: 70059772467 RS, Relator: Marco Aurélio Heinz, Data de Julgamento: 02/07/2014, Vigésima Primeira Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 09/07/2014)

Demonstrado o inadimplemento e respeitado o devido processo legal é dever da administração pública, no seu papel de protetor do interesse público, decretar a caducidade.

3.10.5. Rescisão

Trata-se da extinção contratual por parte do concessionário em razão de descumprimento legal do concedente, podendo ser aplicada apenas pelo judiciário (MOREIRA-NETO, 2009, p. 495).

3.10.6. Renúncia

A renúncia é a extinção realizada de forma unilateral do concessionário. Isoladamente, não traz eficácia jurídica (MOREIRA-NETO, 2009, p. 496).

3.10.7. Distrato

O distrato é a extinção contratual por acordo de vontade entre as partes. Esse meio de extinção é utilizado quando as partes em comum acordo decidem extinguir o contrato de concessão. O distrato não traz sanções ou indenizações para as partes (MOREIRA-NETO, 2009, p. 495).

CAPÍTULO 4

4. RISCO NOS CONTRATOS DE CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO

4.1. Mutabilidade

A mutabilidade é uma característica presente nos contratos administrativos e decorrem das cláusulas de prerrogativa, a qual confere uma supremacia contratual da administração pública perante o particular contratado. A prerrogativa estatal concerne no poder de rescindir unilateralmente o contrato ou mudar algumas condições contratuais em nome do interesse da coletividade (DI PIETRO, 2013, p. 285).

Essa instabilidade contratual pode ocorrer por outras circunstâncias que serão estudadas a luz do fato do príncipe e da imprevisão. É importante destacar que a mutabilidade pode gerar uma consequência econômica que deve ser reajustada em vista do correto equilíbrio econômico financeiro (DI PIETRO, 2013, p. 286).

O equilíbrio econômico financeiro é um princípio que deve ser assegurado pela administração pública. No caso dos contratos de concessão de serviço público o equilíbrio é alcançado pelo pagamento de tarifa do usuário (DI PIETRO, 2013, p. 286).

4.2. Equação econômico financeiro no contrato de concessão de serviço público

Os contratos de concessão de serviço público são regidos pelo princípio da equação econômico financeira. Esse princípio é intangível, isto é, não pode ser modificado de modo que venha prejudicar uma das partes. As condições econômicas acordadas na licitação devem ser intangíveis ao longo de toda execução do contrato de concessão. A partir disso, as situações de mutualidade extraordinária que rompam com o equilíbrio contratual devem ser tuteladas pela administração, de modo que reajustem os termos econômicos contratuais visando o reequilíbrio (GUIMARÃES, 2012, p. 248).

A operação desse princípio está associada ao tipo de risco: ordinário ou extraordinário. Os riscos ordinários são associados aos riscos inerentes ao negócio; o concessionário executa o serviço sob risco de utilização. Tratam-se dos riscos que não são protegidos pelo princípio da equação econômico financeiro (GUIMARÃES, 2012, p. 249). Fernando Vernalha Guimarães nos ensina de forma bem elucidativa:

Diz-se que os eventos reconduzíveis à álea ordinária que provocarem o rompimento da equação econômico-financeira do contrato não se constituirão em pressupostos aptos a impor o dever jurídico da Administração de ressarcir os prejuízos verificados. Sendo previsíveis os riscos, não há que se falar em responsabilização administrativa quanto a recomposição da equação econômico-financeira (2012, p. 250).

No risco ordinário é incabível o reajuste da equação econômico financeira. Os erros da gestão, da programação e da execução do contrato não podem ser regidos pelo reajuste da equação, uma vez que são erros de diligência e, dessa forma, não tutelados pelo ordenamento (GUIMARÃES, 2012, p. 253).

Já os riscos extraordinários são aqueles que são tutelados por esse princípio e será o foco do presente trabalho. Esses eventos trazem o desbalanceamento da equação econômico financeira, e desse modo, sujeita o poder público ao reajuste econômico contratual. As situações que levam esse desbalanceamento podem decorrer de práticas da própria administração ou de acontecimentos externos ao contrato caracterizados pela imprevisibilidade e que acarretam o desequilíbrio econômico contratual (GUIMARÃES, 2012, p. 250).

A classificação dos riscos é de grande importância pois geram efeitos jurídicos diferentes. Não é todo tipo de risco que é tutelado pelo princípio da equação econômico financeira, como atesta a jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 5ª Região:

ADMINISTRATIVO PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. CONTRATO ADMINISTRATIVO. PEDIDO DE REVISÃO. ÁLEA ADMINISTRATIVA. TEORIA DA IMPREVISÃO. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. INADMISSIBILIDADE EM SEDE MANDAMENTAL. - Ao lado de fatores extraordinários e imprevisíveis que configuram a chamada álea administrativa e econômica, como fato do príncipe, fato da administração e álea econômica extraordinária, que permitem a revisão do contrato administrativo, há outros fatores ordinários, que também oneram a sua execução, mas que não se devem a eventos excepcionais, residindo no campo da álea ordinária ou empresarial. Somente na primeira hipótese o contratante tem direito ao reajuste das cláusulas contratuais, mediante o respectivo aditamento. A álea ordinária, ao contrário, deve ser suportada pelo empresário. - O aumento da remuneração dos empregados terceirizados é fato que pode ser abarcado pela álea ordinária, e não há que ser qualificado como evento extraordinário ou imprevisível. Apelação improvida.

(TRF-5 - AMS: 80583 PE 0019363-26.2000.4.05.8300, Relator: Desembargador Federal José Maria Lucena, Data de Julgamento: 19/04/2007, Primeira Turma, Data de Publicação: Fonte: Diário da Justiça - Data: 30/05/2007 - Página: 727 - Nº: 103 - Ano: 2007)

Tanto a jurisprudência quanto a doutrina nos ensinam que o princípio da equação econômico financeira só é utilizado como forma de tutela em situações de mutualidade administrativa ou econômica, por consequência de sua extraordinariedade.

O equilíbrio econômico financeiro tem a função de garantia do concessionário, de modo contrário, a iniciativa privada se afastaria desses tipos de contrato. Outro ponto é a manutenção do serviço público com qualidade; se os concessionários operassem com a ausência do equilíbrio contratual, e com isso arcassem com todos os prejuízos, haveria uma queda de qualidade dos serviços prestados. A jurisprudência do STJ nos ensina isso com maestria:

A equação econômico-financeira é um direito constitucionalmente garantido ao contratante particular (CF, art. 37, XXI). Se as características do contrato não fossem asseguradas, permitindo ao Poder Público poderes ilimitados para alterar cláusula contratual, o particular não teria interesse em negociar com a Administração.

A alteração unilateral do contrato por parte do poder concedente, pois, só é possível mediante a inequívoca demonstração de que a cláusula anteriormente firmada, com o decorrer do tempo, teria passado a afrontar o equilíbrio entre o lucro devido ao contratante e o atendimento do interesse público, e desde que assegurados o contraditório e o devido processo legal, o que não se verifica neste caso.

Não há como se concluir, portanto, que a tutela antecipada concedida, que apenas determinou o cumprimento de cláusula contratual livremente firmada entre as partes e não questionada em juízo, possa ferir a ordem ou a economia públicas.

Vislumbro, sim, agora e em razão do que se trouxe em novos esclarecimentos aos autos, o perigo de dano na situação inversa.

A impossibilidade da correção anual do valor real da tarifa, previsto no contrato de concessão, causa sérios prejuízos financeiros à empresa concessionária, podendo afetar gravemente a qualidade dos serviços prestados e a manutenção das rodovias, em prejuízo da segurança dos usuários.

O descumprimento de cláusulas contratuais por parte do governo local viola o princípio da segurança jurídica, inspira insegurança e riscos na contratação com a

Administração, resultando em graves conseqüências para o interesse público, inclusive com repercussões negativas sobre o influente Risco Brasil.

AgRg na SL 76/PR, Corte Especial, rel. Min. Edson Vidigal, j. 01.07.2004, DJ20.09.2004

4.3. O rompimento do equilíbrio econômico financeiro

O rompimento do equilíbrio é uma situação em que acontece uma alteração do resultado econômico esperado, onerando a parte contratada. O direito de recomposição depende de dois pressupostos: ocorrência de eventos imprevisíveis ou de efeitos incalculáveis e a ampliação de encargos não previstos (JUSTEN-FILHO, 2015, p. 530).

A questão essencial para responsabilizar o poder público no tocante a recompor os prejuízos do concessionário residiu na extraordinariedade do evento, a motivação para tal medida deve se pautar na imprevisibilidade do evento e suas conseqüências. Importante destacar que esses eventos devem acontecer posteriormente ao oferecimento da proposta contratual do particular para que se sujeitem ao regime jurídico da recomposição (GUIMARÃES, 2012, p. 253).

Os eventos que causam a quebra do equilíbrio econômico financeiro podem ser divididos em dois grupos: os oriundos de áleas administrativas e as de áleas econômicas. Essa diferenciação tem sua origem na doutrina francesa. Na França a diferenciação é relevante pois gera conseqüências jurídicas peculiares a cada instituto, ou seja, no caso de álea administrativa a conseqüência jurídica será uma enquanto na álea econômica será outra. No ordenamento brasileiro o funcionamento desses institutos é diferente, uma vez que as ocorrências das áleas, sejam administrativas ou econômicas, geram conseqüências jurídicas idênticas. Essa identidade jurídica está expressa no artigo 65, II, d da Lei 8.666/93 (JUSTEN-FILHO, 2015, p. 530):

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

II - por acordo das partes:

d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de conseqüências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da

execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.

4.4 Previsão Legal quanto ao risco

O artigo 2, II da Lei 8.987/95 disciplina os riscos das concessões:

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

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

A partir da leitura do artigo se constata que o concessionário assume a responsabilidade por sua conta e risco, levando a crer que todo tipo de risco fica a encargo do particular. Porém, como já explanado, o concessionário só assume o risco total nos casos ordinários que correspondem às mutualidades inerentes ao próprio negócio, diferente dos riscos extraordinários que devem ser tutelados pelo princípio da equação econômico financeira.

4.5 Álea administrativa

4.5.1 Fato do príncipe

O fato do príncipe é caracterizado como a situação em que uma medida estatal externa ao contrato administrativo acaba onerando a execução, e desse modo, desbalanceando a equação econômica financeira (JUSTEN-FILHO, 2015, p. 530).

A doutrinadora Sônia Yuriko Kanashiro Tanaka nos ensina que o fato do príncipe:

(...) refere-se a toda determinação estatal, de ordem geral, que repercute sobre o contrato, tornando muito onerosa a obrigação assumida por uma das partes

contratantes (álea extraordinária), impondo a revisão do contrato ou sua extinção (2007, p. 175).

A atuação do Estado, mediante a edição de algumas normas, pode gerar maiores encargos ao contratado, e essa mudança econômica deve ser tutelada pelo Estado (TANAKA, 2007, p. 175).

A teoria do fato do príncipe será utilizada nos casos em que a administração pública, através de um ato lícito, modifica as condições do contrato o tornando oneroso. Se trata de um fato imprevisível e externo ao contrato administrativo que altera a equação financeira (CARVALHO-FILHO, 2013, p. 213).

A aplicação dessa teoria depende de alguns requisitos: deve ser um fato imprevisível, estranho á vontade dos contratantes, deve ser uma situação que se caracterize uma álea extraordinária desregulando a equação financeira do contrato e que a situação extraordinária acontece durante a execução contratual. Junto a isso a situação deve ser externa ás partes contratantes e impossível de ser evitada (TANAKA, 2007, p. 175).

Os efeitos da aplicação dessa teoria se bifurcam em duas situações: a primeira ocasião é aquela em que o ato estatal onera o contratado, e dessa forma, é necessário um reajuste de preço visando restabelecer o equilíbrio econômico contratual. A segunda ocasião se refere na total impossibilidade de adimplemento contratual devido ao ato estatal, e a consequência disso é a total reparação indenizatória ao particular (CARVALHO-FILHO, 2013, p. 214).

É importante destacar o posicionamento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro quanto ao tema. Para a doutrinadora, diferente de José dos Santos Carvalho Filho e Marçal Justen Filho, a teoria do fato do príncipe só será aplicada nas situações em que o ente estatal que efetuou o ato normativo prejudicial ao contrato administrativo não esteja relacionado diretamente com o contrato, ou seja, um ente diferente daquele que contratou o particular (DI PIETRO, 2013, p. 287).

Essa diferenciação tem como consequência a separação classificatória da álea administrativa em dois ramos: a teoria do fato do príncipe e a do fato da administração.

O fato da administração corresponde as situações em que o ente estatal que prejudicou a execução do contrato administrativo é o mesmo sujeito que contratou a iniciativa privada, ou seja, o sujeito que contrata e o sujeito que onera o contrato corresponde ao mesmo ente (DI PIETRO, 2013, p. 290).

De todo modo, seja a adoção doutrinária de José dos Santos Carvalho Filho ou de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, os efeitos gerados serão os mesmos.

4.5.2 Alteração Unilateral

A alteração unilateral do contrato em decorrência da supremacia do poder público também é uma álea administrativa. Como já visto nos capítulos anteriores, se trata de mudanças regulamentares contratuais realizadas pela administração pública com motivo no interesse público. Essas alterações podem resultar em uma quebra da equação econômico financeira, restando ao poder público a sua estabilização (DI PIETRO, 2013, p. 287).

Essa estabilização será feita por aditamento conforme indica o artigo 65, §6 da Lei 8.666/95:

§ 6º Em havendo alteração unilateral do contrato que aumente os encargos do contratado, a Administração deverá restabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro inicial.

4.6 Álea econômica

Tratam-se dos eventos imprevistos que tornam a execução do contrato extremamente onerosa para o particular, inviabilizando o adimplemento contratual. Como forma de tutela contratual contra esses eventos é adotada a teoria da imprevisão como ensina Sônia Yuriko Kanashiro Tanaka:

O objetivo da teoria da imprevisão, portanto, é o de remediar essas situações extracontratuais que repercutem nos contratos celebrados pela Administração, ocasionando um aumento excessivo, insuportável, dos encargos de uma das partes contratantes, de modo a tornar insubsistente a exigência da aplicação do princípio da imutabilidade do contrato. Essa teoria tem como finalidade assegurar a manutenção do equilíbrio econômico financeiro, em nome da continuidade da prestação de serviços públicos, criando uma solução para essa álea extraordinária gerada no contrato (2007, p. 166).

A aplicação da teoria da imprevisão depende de alguns requisitos. O primeiro requisito concerne a imprevisibilidade do evento ou a impossibilidade de calcular os seus efeitos. O primeiro requisito se relaciona com o princípio da razoabilidade no tocante a imprevisão de certas situações ou, se previstas, impossíveis de serem determinadas (JUSTEN-FILHO, 2015, p. 533).

O segundo requisito é a inimputabilidade da situação às partes, ou seja, o evento deve ocorrer de forma exterior a vontade das partes (TANAKA, 2007, p. 171, JUSTEN-FILHO, 2015, p. 533)

O terceiro requisito é tocante a ruptura drástica das condições iniciais do contrato, tornando a execução extremamente onerosa (TANAKA, 2007, p.171).

Por fim, o último requisito é que o evento seja inevitável, ou seja, impossível que as partes resistam a situação (DI PIETRO, 2013, p. 94).

Segundo José dos Santos Carvalho Filho, o fundamento básico da teoria da imprevisão seria o princípio da cláusula *rebus sic stantibus*:

(...) segundo o qual o contrato deve ser cumprido desde que presentes as mesmas condições existentes no cenário dentro do qual foi o pacto ajustado. Mudadas profundamente tais condições, rompe-se o equilíbrio contratual, e não se pode imputar qualquer culpa a parte inadimplente (2013, p. 213).

A partir do momento que se alteram as condições contratuais no tocante ao equilíbrio econômico financeiro devido a eventos imprevidos ou de proporção incalculável, não se pode vincular culpa ao particular.

O efeito da aplicação dessa teoria se desemboca em duas situações. Caso a parte onerada não possa cumprir suas obrigações, ocorre a rescisão contratual sem culpa. Entretanto, se ainda for possível adimplir o contrato, a parte terá o direito a reajustar o preço para a manutenção do equilíbrio contratual (CARVALHO-FILHO, 2013, p. 213).

Ao contrário de José dos Santos Carvalho Filho, Maria Sylvia Zanella Di Pietro entende que a teoria da imprevisão desemboca em uma única situação. Nos casos em que a impossibilidade de executar o contrato é absoluta, se configura uma situação de força maior, afastando a teoria da imprevisão, e dessa forma, rescindindo o contrato pelo motivo de impedimento da execução. A teoria da imprevisão só traria efeitos práticos nas situações em que houvesse interesse público na continuidade do contrato e a possibilidade da parte contratada em executar o serviço, para assim ocorrer o reajuste das cláusulas financeiras (DI PIETRO, 2013, p. 294).

4.7. Tarifa como mantenedora da equação econômica financeira nas concessões de serviço público

A concessão de serviço público é remunerada por meio de tarifa. O modelo tarifário pode variar em razão do regime de prestação de serviços. Nas situações em que houver concorrência as tarifas podem ser fixadas pelo próprio mercado, dando uma função mais

restrita ao poder público como a fiscalização. Importante destacar que a titularidade sempre será do Estado e, por conseguinte, poderá fixar tarifas mesmo em situações com vários concessionários (JUSTEN-FILHO, 2015, p. 786).

Já nas situações de monopólio de concessão de serviço público, que representa uma grande parcela das vezes, a exclusividade é justificada para o alcance da menor tarifa. Desse modo o poder concedente fixa a tarifa pelo preço de custo do serviço, sendo intimamente ligado a equação econômico financeira do contrato como ensina Marçal Justen Filho: “A tarifa reflete a relação original entre vantagens e encargos do concessionário, e sua variação depende da equação econômico-financeira”(2015, p. 787).

A remuneração do concessionário pela tarifa leva em consideração todas as despesas na prestação de serviço e certa porcentagem de lucro, sempre visando a manutenção da equação econômico financeira. Desse modo, é possível afirmar que a tarifa considerará para a sua construção todo tipo de despesa e, também, de insumos e subsídios estatais (JUSTEN-FILHO, 2015, p. 788).

A ocorrência de eventos extraordinários que quebrem a equação econômico financeira dos contratos de concessão de serviço público, bem como as alterações unilaterais prejudiciais ao particular realizadas pelo poder público deverão ser tuteladas através da revisão tarifária como disciplina a Lei 8.987/95 em seu artigo 9, §2 e §4:

Art. 9º A tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta Lei, no edital e no contrato.

§ 2º Os contratos poderão prever mecanismos de revisão das tarifas, a fim de manter-se o equilíbrio econômico-financeiro.

§ 4º Em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração.

As tarifas devem ser revisadas pela própria administração pública como se observa em decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo:

CIVIL PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS ENERGIA ELÉTRICA REPETIÇÃO DE
INDÉBITO CRITÉRIO DE REAJUSTE DAS TARIFAS ÍNDICE ANUAL
FIXADO CONFORME REGRAMENTO PREVISTO NO CONTRATO E
NORMAS IMPOSTAS PELO PODER CONCEDENTE AUSÊNCIA DE

ILEGALIDADE EXISTÊNCIA DE MECANISMO DE REVISÃO PERIÓDICA DO EQUILÍBRIO FINANCEIRO. 1. A concessionária de serviço público não detém a prerrogativa de rever suas próprias tarifas, cabendo ao poder concedente estabelecer tanto os critérios de reajuste como, periodicamente, proceder a revisão com vistas a manter o equilíbrio econômico-financeiro. 2. Recurso improvido.

(TJ-SP - APL: 00013368920108260066 SP 0001336-89.2010.8.26.0066, Relator: Artur Marques, Data de Julgamento: 25/03/2013, 35ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 26/03/2013)

Ademais, o processo de revisão do preço é meticuloso e moroso como nos ensina Marçal Justen Filho:

A revisão de preços envolve análise ampla e minuciosa da situação do particular e abrange 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 investigação dos custos que efetivamente oneram o particular ao longo da execução do contrato. A terceira etapa é a 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 ampliar as vantagens, de modo a assegurar a manutenção da relação original (2015, p. 538).

Trata-se de um processo complicado que necessita de profissionais especializados para a composição da tarifa em busca do reequilíbrio contratual.

Isso posto, a conclusão é de que nas situações em que se verificar a ocorrência de eventos extraordinários, sejam riscos econômicos ou administrativos, ou alteração unilateral contratual por parte do poder concedente que quebrem a equação econômico financeira pactuada haverá o direito a recomposição através dos preços tarifários. A tarifa cobrada do usuário é composta levando em consideração o equilíbrio financeiro contratual, sendo assim, se o equilíbrio é quebrado por motivos supervenientes ou alterações unilaterais do contrato, o reequilíbrio será realizado mediante a revisão tarifária feita pela administração.

REFERÊNCIAS

- ARAÚJO, Edimir Netto de. **Curso de direito administrativo**. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- CARVALHO-FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 26 ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- DA SILVEIRA, Gustavo Pedron. **O equilíbrio econômico financeiro do contrato de concessão do serviço público**. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/18544/o-equilibrio-economico-financeiro-do-contrato-de-concessao-de-servico-publico>> Acesso em 28 Set. 2015.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 26 ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- GASPARINI, Diógenes. **Direito administrativo**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- GUIMARÃES, Fernando Vernalha. **Concessão de serviço público**. São Paulo: Saraiva, 2012.
- JUSTEN-FILHO, Marçal. **Curso de direito administrativo**. 11 ed. São Paulo: Editora e revista dos tribunais, 2015.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito administrativo brasileiro**. 34 ed. São Paulo: Malheiros editores, 2008.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e contrato administrativo**. 12 ed. São Paulo: Malheiros editores, 1999.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 30 ed. São Paulo: Malheiros editores, 2013.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 32 ed. São Paulo: Malheiros editores, 2015.
- MOREIRA-NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de direito administrativo**. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

TANAKA, Sônia Yuriko Kanashiro. **Concepção dos contratos administrativos**. São Paulo: Malheiros editores, 2007.

_____. STJ - REsp: 1059137 SC 2008/0110088-5, Relator: Ministro FRANCISCO FALCÃO, Data de Julgamento: 14/10/2008, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: 29/10/2008. Disponível em: < <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1218028/recurso-especial-resp-1059137-sc-2008-0110088-5>> Acesso em: 18 Set. 2016.

_____.STJ - AgRg na SL: 76 PR 2004/0031299-4, Relator: Ministro EDSON VIDIGAL, Data de Julgamento: 01/07/2004, CE - CORTE ESPECIAL, Data de Publicação: DJ 20/09/2004 p. 171. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19373711/agravo-regimental-na-suspensao-de-liminar-agrg-na-sl-76-pr-2004-0031299-4>> Acesso em 18 Set. 2016.

_____.STJ - EREsp: 737741 RJ 2008/0110646-7, Relator: Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, Data de Julgamento: 12/11/2008, S1 - PRIMEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: 21/08/2009. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6061819/embargos-de-divergencia-no-recurso-especial-eresp-737741-rj-2008-0110646-7>> Acesso em: 18 Set. 2016.

_____.STJ - REsp: 666878 RJ 2004/0082075-8, Relator: Ministra DENISE ARRUDA, Data de Julgamento: 12/06/2007, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 29.06.2007 p. 492. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/17122/recurso-especial-resp-666878#>>Acesso em: 18 Set. 2016.

_____.STJ - REsp: 709378 PE 2004/0174501-9, Relator: Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, Data de Julgamento: 21/10/2008, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 03/11/2008. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/1215963/recurso-especial-resp-709378-pe-2004-0174501-9>> Acesso em: 18 Set. 2016.

_____.STJ - RMS: 24953 CE 2007/0193526-6, Relator: Ministro CASTRO MEIRA, Data de Julgamento: 04/03/2008, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 17/03/2008. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8696051/recurso-ordinario-em-mandado-de-seguranca-rms-24953-ce-2007-0193526-6>> Acesso em: 18 Set. 2016.

_____.TJ-DF - APL: 120703020078070003 DF 0012070-30.2007.807.0003, Relator: GILBERTO DE OLIVEIRA, Data de Julgamento: 28/05/2008, 4ª Turma Cível, Data de Publicação: 08/09/2008, DJ-e Pág. 105. Disponível em: <<http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/6206694/apelacao-ci-vel-apl-120703020078070003-df-0012070-3020078070003>> Acesso em: 18 Set. 2016.

_____.TJ-DF - APO: 20140110212507 DF 0004115-53.2014.8.07.0018, Relator: MARIA DE LOURDES ABREU, Data de Julgamento: 04/03/2015, 5ª Turma Cível, Data de Publicação: Publicado no DJE : 23/03/2015 . Pág.: 223. Disponível em: <<http://tj-df.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/175989462/apelacao-reexame-necessario-apo-20140110212507-df-0004115-5320148070018>> Acesso em: 18 Set. 2016.

_____.TJ-MS - REEX: 08002621820138120044 MS 0800262-18.2013.8.12.0044, Relator: Des. Dorival Renato Pavan, Data de Julgamento: 22/06/2014, 4ª Câmara Cível, Data de Publicação: 23/06/2014. Disponível em: <<http://tj-ms.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/127386733/reexame-necessario-reex-8002621820138120044-ms-0800262-1820138120044>> Acesso em 18 Set. 2016.

_____.TJ-RS - ED: 70059772467 RS, Relator: Marco Aurélio Heinz, Data de Julgamento: 02/07/2014, Vigésima Primeira Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 09/07/2014. Disponível em: <<http://tj-rs.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/126884965/embargos-de-declaracao-ed-70059772467-rs>> Acesso em: 18 Set. 2016.

_____.TJ-SP - APL: 00013368920108260066 SP 0001336-89.2010.8.26.0066, Relator: Artur Marques, Data de Julgamento: 25/03/2013, 35ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 26/03/2013. Disponível em: <<http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/114112841/apelacao-apl-13368920108260066-sp-0001336-8920108260066>> Acesso em: 18 Set. 2016.

_____.TRF-4 APELREEX: 7000 PR 0032025-25.2007.404.7000, Relator: Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, Data de julgamento: 02/03/2010, Terceira turma, Data de publicação: D.E. 17/03/2010. Disponível em: <<http://trf->

4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/17182047/apelacao-reexame-necessario-apelreex-7000-pr-0032025-2520074047000-trf4> Acesso em 18 Set. 2016.

_____.TRF-5 - AMS: 80583 PE 0019363-26.2000.4.05.8300, Relator: Desembargador Federal José Maria Lucena, Data de Julgamento: 19/04/2007, Primeira Turma, Data de Publicação: Fonte: Diário da Justiça - Data: 30/05/2007 - Página: 727 - Nº: 103 - Ano: 2007. Disponível em: <<http://trf-5.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8135746/apelacao-em-mandado-de-seguranca-ams-80583-pe-0019363-2620004058300>> Acesso em 18 Set. 2016.

_____.TRT-12 - RecAdm: 00103073320155120000 SC 0010307-33.2015.5.12.0000, Relator: ROBERTO LUIZ GUGLIELMETTO, SECRETARIA DO TRIBUNAL PLENO, Data de Publicação: 01/12/2015. Disponível em: <<http://trt-12.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/262870711/recadm-103073320155120000-sc-0010307-3320155120000>> Acesso em: 18 Set. 2016.