

FLÁVIO AMARAL GARCIA

*A MUTABILIDADE
NOS CONTRATOS DE CONCESSÃO*

*3ª edição,
revista e atualizada*

2026

despertar dúvidas sobre a juridicidade de uma reavaliação discricionária sobre os mesmos fatos sem que tenha ocorrido superveniência na ambiência original da contratação.

Põe-se em causa saber se a extensão do *ius variandi* se circunscreve apenas a fatos novos e imprevisíveis à época da celebração do contrato ou se diante dos mesmos fatos pode o poder concedente reponderar o interesse público e promover a alteração unilateral do contrato de concessão. O ponto está diretamente ligado ao princípio *pacta sunt servanda* e ao grau de flexibilização que se lhe possa ou deva imprimir a pretexto do atendimento do princípio da prossecução do interesse público.

Efetivamente, quando se examina a reponderação de circunstâncias existentes e, mesmo, dos interesses públicos sem nenhuma variação na moldura fática, mas apenas em razão da reavaliação dos aspectos discricionários, trata-se de uma situação de mérito administrativo, e, portanto, de conveniência e oportunidade na modificação das bases originais do contrato de concessão. O problema reside, então, em identificar se existe limite para o exercício dessa competência discricionária.

Assim, é certo afirmar que quando um contrato de concessão é celebrado um conjunto de decisões políticas, técnicas, econômicas e financeiras foi previamente tomado no exercício das legítimas competências discricionárias dos agentes públicos para se alcançar a conformação do interesse público naquele determinado momento. O exercício dessa discricionariedade, própria da etapa que antecede a celebração do contrato de concessão, torna-se vinculante à medida que se contratualizam as recíprocas obrigações dos contratantes.³⁴

Como demonstrado, o *ius variandi* permite que certas condições vocacionadas à execução do objeto sejam alteradas, mas a partir da demonstração de efetivas mudanças que tenham ocorrido nas circunstâncias que orbitavam a contratação. Parece extremamente complexo, diante de idêntica realidade fática (entre o momento da celebração do contrato e da implementação da alteração), conferir ao poder concedente a prerrogativa de exercitar competências discricionárias revisionais de natureza unilateral³⁵ que já foram contratualizadas, outorgando-se aos agentes públicos uma visão retrospectiva excessivamente alargada.

Imagine-se, por exemplo, a avaliação de que melhor seria a utilização de tecnologias diversas da requerida no projeto, supondo que eram aceitáveis e disponíveis à época da licitação. Põe-se em discussão, de imediato, uma questão concorrencial,

celebração do contrato” (*A Concessão de Serviços Públicos (Uma Aplicação da Técnica Concessória)*, cit., pp. 260-261). Na mesma linha, v.: Mark Bobela-Mota Kirkby, *Contratos sobre o Exercício de Poderes Públicos: o Exercício Contratualizado do Poder Administrativo de Decisão Unilateral*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 433.

34. Cf.: Marçal Justen Filho, *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*, cit., p. 178.

35. Na doutrina francesa esse é o entendimento de André de Laubadère, *Traité Théorique et Pratique des Contrats Administratifs*, t. II, Paris, LGDJ, 1956, p. 336. No mesmo sentido, v.: Fernando Vernalha Guimarães, *Alteração Unilateral do Contrato Administrativo (Interpretação de Dispositivos da Lei n. 8.666/93)*, cit., p. 169.

que seria a de que a exigência de outra tecnologia poderia modificar inteiramente o resultado do certame. Ademais, poderia ser excessivamente custoso ou desinteressante ao ângulo empresarial para o concessionário executar o contrato com a nova tecnologia exigida unilateralmente pelo poder concedente.

Estender a possibilidade de reponderação do interesse público a partir de uma visão unilateral do poder concedente significa uma desmedida flexibilização do princípio *pacta sunt servanda*, incrementando as assimetrias e exorbitâncias próprias dos contratos de concessão muito além do indispensável. A prevalência desse entendimento pode gerar um indesejável aumento dos custos de transação, na medida em que o permissivo genérico de reponderação do interesse público pode ser precificado pelos operadores econômicos como um excessivo risco a ser assumido, ainda mais tratando-se de contratos de longa duração, que ultrapassam os mandatos dos agentes políticos eleitos e podem redundar em reavaliações estribadas em finalidades estranhas ao interesse público – patologia, essa, que, lamentavelmente, não é desconhecida da realidade brasileira.

Nada obsta a que eventual reponderação do interesse público ou das circunstâncias existentes resulte em modificação do contrato, mas desde que seja bilateral e consensual.³⁶ Inexiste óbice para que os contratantes, de comum acordo, reavaliem as bases do contrato a partir de uma provocação do poder concedente que resulte de uma nova valoração discricionária sobre decisões anteriormente tomadas. Entretanto, uma vez contratualizado o conjunto de recíprocos direitos e deveres pactuados à luz de determinada realidade, essa reponderação não pode ser unilateralmente imposta, senão que contar com a necessária aquiescência do concessionário.

Independentemente do posicionamento que se adote, ou seja, do cabimento ou não do exercício do *ius variandi* na reponderação de interesses públicos a partir das circunstâncias que já eram conhecidas, supõe-se relevante o momento temporal de implementação da modificação.

Presumem-se dotadas de maior dose de legitimidade as alterações unilaterais mais distantes da época da celebração do contrato. Eventuais instabilizações do vínculo que se sucedam imediatamente após a pactuação do ajuste reclamam, em qualquer circunstância, maior ônus argumentativo do poder concedente, dadas não apenas a proximidade da realização da licitação mas também a menor probabilidade de abruptas mutações da realidade adjacente ao contrato de concessão.³⁷

36. Jacques Chevallier anota o consensualismo como uma tendência na contratualização: “A contratualização implica relações jurídicas fundadas não mais sobre o unilateralismo e a coerção, mas sobre o acordo de vontades. Se, de um lado, ela pressupõe que seja levada em consideração a existência de autores autônomos (dos quais se deve obter a cooperação), de outro, ela passa por um processo de negociação visando a definir os contornos de uma ação comum” (“A governança e o Direito”, *Revista do Direito Público da Economia/RDPE* 12/139, Ano 3, Belo Horizonte, outubro-dezembro/2005 (disponível em <http://www.bidforum.com.br/bid/PDI10006.aspx?pdicntd=33300>, acesso em 23.10.2017).

37. Nesse sentido, v.: Omer Dekel, “Modification of a government contract awarded following a competitive procedure”, *Public Contract Law Journal* 38/421, Washington, American Bar Association, abril/2009 (disponível em <https://www.jstor.org/stable/25755714>, acesso em 7.12.2017).

3.2.2 A procedimentalização do ius variandi

As pessoas jurídicas de direito público e as pessoas jurídicas de direito privado têm distintos modos de formar as suas respectivas vontades e, conseqüentemente, de celebrar os atos e contratos delas decorrentes.

Na esfera privada as pessoas jurídicas são regidas pelo princípio da autonomia da vontade – princípio fundamental da ordem jurídica –, expressão da própria liberdade assegurada aos indivíduos. A formação da vontade e as decisões tomadas pelas pessoas jurídicas de direito privado movem-se por escolhas densamente orientadas por valores de percepções subjetiva e voluntarista, visando ao melhor desempenho possível na promoção dos seus próprios interesses. O princípio da legalidade e os padrões éticos que regem o ordenamento jurídico atuam como limites de suas livres escolhas.

As pessoas jurídicas de direito público não têm o mesmo grau de subjetividade e voluntarismo na formação da vontade.³⁸ Na esfera pública não se tem como escopo absoluto a autonomia da vontade, a conferir uma discricionariedade sem limites para o gestor. Devem satisfazer princípios próprios que expressam valores, como os constitucionalmente expressos: atuar conforme a lei (legalidade), fazer opções imparciais (impressoalidade), não desvirtuar o dever de prosseguir os fins de atendimento ao interesse público (finalidade), assegurar a visibilidade a todos os seus atos (transparência) e ouvir previamente todas as partes envolvidas em processo em que lhes seja assegurado o direito de defesa (ampla defesa e contraditório).

Esses condicionamentos valorativos e axiológicos, expressos nos princípios constitucionais, limitam e restringem as escolhas públicas e a própria definição da vontade da Administração Pública em cada situação concreta. O método do direito administrativo contemporâneo para perquirir a vontade da Administração Pública nas mais distintas situações concretas, ponderando e observando os princípios constitucionais que a condicionam, é o do procedimento administrativo.³⁹

38. Na lição de José Carlos Vieira de Andrade: “É que a decisão administrativa nunca pode ser avaliada enquanto escolha livre, mais ou menos arbitrária, como se fosse manifestação de uma autonomia de vontade semelhante à que o ordenamento jurídico reconhece, por princípio, aos indivíduos e entidades privadas. Ao invés, as decisões administrativas são sempre escolhas condicionadas e subordinadas, seja porque é ao nível político que se definem os interesses públicos que a Administração há de prosseguir, seja porque esta fica obrigada à realização desses fins” (*O Dever de Fundamentação Expressa de Actos Administrativos*, Coimbra, Livraria Almedina, 2007, p. 37).

39. Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva ensina: “Trata-se, pois, de uma nova perspectiva do procedimento, enquanto ‘técnica de diluição do poder e método de coordenação de organizações’ (Nigro). Uma vez que é nele (e através dele) que as autoridades administrativas e os particulares manifestam os seus interesses – desse modo conformando a actuação administrativa –, daqui resulta que ‘a importância do procedimento revela-se não no seu resultado final, mas na instrução que o substancia. O seu centro encontra-se na participação privada, nos nexos que venham a estabelecer entre os vários Poderes Públicos e entre estes e os privados, na imersão dos factos e dos interesses, na instrução complexa que, verificando os factos, apreciando os dados técnicos, permite a intensificação, a valoração, a comparação dos interesses e a definição do ‘interesse público’ (Nigro)” (*Em Busca do Acto Administrativo Perdido*, Coimbra, Livraria Almedina, 1996, p. 305).

Atualmente, a doutrina contemporânea⁴⁰ aponta que o ato administrativo não mais prevalece como o modo de relacionamento determinante com o administrado, cedendo espaço para o processo administrativo, que possibilita uma decisão pública mais dialógica e democrática. Nesse contexto, o processo administrativo exsurge como o instrumento necessário para a satisfação das desdobradas espécies de interesses públicos, garantindo, concomitantemente, os princípios e valores estruturantes do Estado Democrático de Direito. É da conduta processualizada da Administração Pública, com a oitiva de todos os interessados, da justa e devida motivação da opção eleita pelo poder concedente, que se extrai a sua vontade no caso concreto, que recebe, subsequentemente, a sua exteriorização por meio de um ato administrativo unilateral ou bilateral.

Essa contextualização é relevante para demonstrar que no campo dos contratos administrativos – e aqui com enfoque nos contratos de concessão – a circunstância de se tratar de ato administrativo de natureza unilateral não afasta a incidência de uma procedimentalização adequada que seja capaz de: (a) depurar o interesse público suscitado e aprimorar os padrões de eficiência da escolha administrativa; (b) viabilizar a prévia participação do concessionário, a fim de que exercite o seu direito de manifestação, contribuindo para a melhor satisfação de ambos os interesses, naquilo que se convencionou denominar de *mutabilidade dialógica*; (c) permitir a participação de terceiros que integrem a complexa rede de interdependência dos contratos de concessão e cujos interesses possam ser afetados pela modificação, naquilo que se convencionou denominar de *mutabilidade multilateral*; (d) resultar em uma motivação de fato e de direito que seja legítima e transparente, que aprecie de forma fundamentada todos os argumentos suscitados pelos diversos interessados e que obtenha sucesso em explicitar o interesse público que dá sustentáculo à ação administrativa.

Portanto, ainda que a exteriorização final da modificação do contrato seja unilateral, a formação da vontade e a própria depuração dos interesses resultam de um “procedimento organizativo e dinâmico”,⁴¹ despindo-se das vestes próprias de um ato administrativo hermético, fechado e inflexível. Mesmo a circunstância de o *ius variandi* não decorrer diretamente das cláusulas do contrato, mas de um poder extroverso, não pode significar que a regulação do contrato de concessão

40. Cf.: Sabino Cassese, *Las Bases del Derecho Administrativo*, Madri, INAP, 1994; Vasco Manuel Pascoal Dias Pereira da Silva, *Em Busca do Acto Administrativo Perdido*, cit., 1996; Patrícia Baptista, *Transformações do Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Renovar, 2003; Mario Nigro, “Diritto amministrativo e processo amministrativo nel bilancio di dieci anni di giurisprudenza”, in Umberto Allegretti, Andrea Orso Battaglini e Domenico Sorace, *Diritto Amministrativo e Giustizia Amministrativa nel Bilancio di un Decennio di Giurisprudenza*, t. II, Rimini, Maggioli, 1987; Ramón Parada, *Derecho Administrativo I – Parte General*, 10ª ed., Madri, Marcial Pons, 1998, p. 226.

41. Expressão utilizada por Fernando Vernalha Guimarães, que qualifica a procedimentalização como um dos aspectos mais relevantes na moderna concepção do *ius variandi* (*Alteração Unilateral do Contrato Administrativo (Interpretação de Dispositivos da Lei n. 8.666/93)*, cit., p. 143).

se descure dessa relevantíssima forma de modificação do objeto, deixando de disciplinar os seus aspectos substanciais e procedimentais.

Como exposto no Capítulo 2, essa dimensão procedimental, dialógica e multilateral não se circunscreve apenas ao *ius variandi*, mas alcança todas as distintas formas de mutabilidade e modificação dos contratos de concessão. Não há razão que justifique confinar essas percepções contemporâneas a apenas uma das formas admitidas de modificação dos contratos de concessão.

Hélène Hoepffner⁴² alude a uma espécie de cláusula de adaptação procedimental que imporia uma obrigação de meio para a implementação da modificação do contrato. Pode-se aduzir que as cláusulas com natureza procedimental devem estipular, por exemplo, as condições formais para a operacionalização da mutabilidade, tais como prazos, formas e meios de manifestação e comunicação dos contratantes, publicidade das decisões e demais atos procedimentais conformadores da vontade das partes e assecuratórios dos seus direitos.

A doutrina brasileira, trilhando o mesmo caminho, aponta a procedimentalização das regras de modificação dos contratos⁴³ como necessária para a maior segurança jurídica do arranjo. Trata-se, a bem da verdade, de conferir previsibilidade à modificação dos contratos de concessão. A procedimentalização da mutabilidade deve promover uma metodologia que densifique, em cláusulas contratuais, princípios como os da boa-fé, da motivação, da ampla defesa e do contraditório, da publicidade, da confiança legítima, da proporcionalidade e da segurança jurídica.

Diante da impossibilidade de antever eventos, circunstâncias e acontecimentos do porvir, pode a regulação do contrato de concessão ocupar-se de operacionalizar os aspectos procedimentais de modificação dos contratos. O “como” vai mudar deve ocupar papel de centralidade na regulação do contrato de concessão, porquanto, apesar da incorporação de uma racionalidade endocontratual da mutabilidade, evidentemente, não será possível aos contratantes antecipar todos os aspectos substanciais que poderão ensejar futuras modificações.

A regulação do contrato de concessão que se ocupe adequadamente da procedimentalização da mutabilidade cria uma ambiência atrativa para os potenciais licitantes e de segurança jurídica para o futuro concessionário. Com a conformação procedimental da mutabilidade em cláusulas contratuais bem elaboradas criam-se condições favoráveis para o estabelecimento de uma relação que, já sendo prolongada no tempo, deve ser indutora de confiança e de comportamentos incentivadores da boa-fé e da colaboração recíproca, no contexto relacional referido no Capítulo 2.

42. Nas palavras da autora: “Ces clauses procédurales son d’une autre nature que les clauses substantielles: elles ne stipulent pas une obligation de résultat mais une obligation de moyens: elles se bornent à envisager de manière générale les principes et les finalités de leur mise en oeuvre” (Hélène Hoepffner, *La Modification du Contrat Administratif*, cit., pp. 41-42, 339 e ss. e 351).

43. Cf.: Marcos Augusto Perez, *O Risco no Contrato de Concessão de Serviço Público*, Belo Horizonte, Fórum, 2006, pp. 176-178; Fernando Vernalha Guimarães, *Alteração Unilateral do Contrato Administrativo (Interpretação de Dispositivos da Lei n. 8.666/93)*, cit., p. 205; Vera Monteiro, *Concessão*, São Paulo, Malheiros Editores, 2010, pp. 68-69.

Até porque, como mencionado, existe uma lacuna normativa no Brasil, que não estabeleceu nem o *iter* e muito menos os *standards* procedimentais conformadores da modificação dos contratos de concessão, o que revela que o tema ainda não foi percebido com a importância que deve ostentar no universo dos contratos públicos duradouros.

Um exemplo permite compreender a relevância de um contrato e de uma cláusula bem estruturados. Quando se trata de alteração unilateral do contrato o seu equilíbrio econômico-financeiro deve ser, a teor do disposto no art. 9º, § 4º, da Lei 8.987/1995, concomitante. Ainda que o legislador não tenha sido expresso a esse respeito, poder-se-ia extrair da própria essência das noções de equilíbrio e – por que não? –, de equidade e justiça que o aspecto temporal do reequilíbrio é crucial não apenas para resguardar os interesses do concessionário, mas também para assegurar a própria estabilidade do contrato.

Tratando-se de contratos de concessão conectados à prestação de serviços públicos ou, mesmo, à gestão de infraestruturas vinculadas ao atendimento das necessidades da coletividade, essa “concomitância” do reequilíbrio apresenta-se com maior intensidade, e desequilíbrios que atinjam a estabilidade do contrato afetam, em última análise, os interesses públicos primários tutelados.

Assim, cabe à regulação do contrato de concessão estabelecer, amalgamada à alteração unilateral do contrato, os mecanismos de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, explicitando objetivamente os modos e meios de assegurar os direitos do concessionário, que, ao fim e ao cabo, são assecuratórios da própria estabilidade do contrato.

Em outros termos, uma cláusula contratual que discipline sobre o *ius variandi* sem regular os aspectos inerentes ao reequilíbrio da equação econômico-financeira do contrato revela-se excessivamente assimétrica, abrindo espaços para o exercício de abuso de discricionariedade sobre a definição do meio a ser adotado para reequilibrar o contrato, e até mesmo com riscos de postergação da concomitância assegurada em lei.⁴⁴

Contratos não devem limitar-se a reproduzir o que diz a lei. No caso tomado como exemplo o Direito legislado assegura a concomitância do reequilíbrio eco-

44. Esse entendimento acerca da concomitância do equilíbrio econômico-financeiro ainda não está inteiramente assentado na jurisprudência brasileira, que ainda promove interpretações incrementais das assimetrias e exorbitâncias a pretexto de proteção do interesse público. V., nesse sentido, decisão do STJ que entendeu o seguinte: “Na relação administrativa de natureza contratual, prevalece a interpretação adotada pela Administração Pública. Trata-se do que a doutrina chama de ‘prerrogativa de decisão unilateral executória’, a revelar a subordinação de quem contrata com o Poder Público. (...) O Poder Público pode a qualquer tempo impor essas alterações sempre que for conveniente à prestação do serviço concedido. Não há ato jurídico perfeito (no sentido de que sua execução possa ser exigida judicialmente) quando se trata de concessão de serviço público, restando ao concessionário que se julga prejudicado cobrar do poder concedente eventual reparação econômica dos prejuízos e, quem sabe, de eventuais lucros cessantes – Prevalência da Lei n. 12.783/2013 sobre o contrato de concessão celebrado pelas partes” (STJ, MS 20.432-DF, rel. Min. Ari Pargendler, j. 24.6.2015, com acórdão publicado em 15.2.2016).

nômico-financeiro do contrato quando exercitado o *ius variandi*. À regulação do contrato de concessão cabe dotar esse direito de efetividade, com a definição dos modos para torná-lo eficaz, assegurando, assim, as legítimas expectativas criadas quando da formação do vínculo contratual.

Ademais, a procedimentalização da mutabilidade e, mormente, do *ius variandi* pode ser relevantíssima para evitar uma disfuncional utilização das prerrogativas unilaterais de alteração dos contratos administrativos a partir de genéricas invoicações dos interesses públicos.⁴⁵ Isso ocorre mesmo nos contratos de concessão, que, historicamente, se constituem na sua sede por excelência, seja porque os seus

45. Mesmo não sendo esse o ponto central desta investigação, cabe o registro de que atualmente essa é uma temática bastante discutida no Brasil, ou seja, a ausência de equidade nas relações contratuais públicas e o uso abusivo do exercício das cláusulas exorbitantes, sempre a pretexto do atendimento de interesses públicos genéricos. Quando esse abuso ocorre na prática contratual a consequência é o aumento dos custos de transação. Sobre o tema manifestam-se Marçal Justen Filho e Rafael Schwind: “As inovações consagradas no regime das PPP não eliminaram, no entanto, uma questão central no tocante ao direito dos contratos administrativos. Trata-se da assimetria jurídica no relacionamento entre os ‘parceiros’. A mera adoção de uma terminologia muito significativa é insuficiente para produzir alterações radicais no mundo real. É muito comum que o ‘parceiro público’ continue a conceber o relacionamento com o ‘parceiro privado’ como um vínculo de supremacia. As partes não se identificam como ‘parceiros’, precisamente porque se mantém a tradicional concepção das prerrogativas extraordinárias. O sucesso do modelo das PPP somente poderá ser atingido quando se reconhecer que o relacionamento entre as partes pública e privada é norteado por princípios de igualdade e de comunhão. Isso demanda a eliminação da desigualdade do regime jurídico assegurado a cada qual deles. Mais do que isso, a observância da boa-fé e da confiança recíproca são essenciais para o atingimento dos resultados buscados por meio dessas contratações” (“Introdução: reflexões iniciais a partir dos 10 anos da Lei das PPP”, in Marçal Justen Filho e Rafael Wallbach Schwind (coords.), *Parcerias Público-Privadas: Reflexões sobre os 10 Anos da Lei 11.079/2004*, São Paulo, Ed. RT, 2015, pp. 40-41). Diogo de Figueiredo Moreira Neto propõe uma modulação das cláusulas exorbitantes: “Embora, em princípio, seja até razoável padronizarem-se algumas cautelas, não será naquilo em que se negue à Administração a possibilidade de avaliar casuisticamente a conveniência e a oportunidade de inserir ou não, casuisticamente, em cada contrato, as modulações ditas exorbitantes” (“O futuro das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos”, in Alexandre Santos de Aragão e Floriano de Azevedo Marques Neto, *Direito Administrativo e seus Novos Paradigmas*, 2ª ed., Belo Horizonte, Fórum, 2017, p. 557). Mesmo na França essa temática da exorbitância conta com análises críticas, que argumentam que a igualdade e a equidade deveriam ser o norte também dos contratos administrativos. V., sobre o ponto: Benoît Plessix, *L’Utilisation du Droit Civil dans l’Élaboration du Droit Administratif*, Paris, Panthéon-Assas, 2003, p. 719. Em Portugal essa é a tese sustentada por Maria João Estorninho quando afirma que “o regime jurídico do contrato administrativo é, em si mesmo, compatível com o direito contratual comum; aliás, isto tem sido progressivamente admitido pelos próprios defensores do contrato administrativo, à medida que os administrativistas foram perdendo o ‘complexo de exorbitâncias’ em relação ao direito privado” (*Réquiem pelo Contrato Administrativo*, cit., p. 183). Na Argentina a questão das cláusulas exorbitantes também é objeto de discussão. Nas palavras de Juan Gustavo Corvalán: “É dizer, o novo paradigma não admite a existência das prerrogativas pelo mero fato de que sejam apresentadas como ferramentas válidas para concretizar o interesse público a serviço da Administração Pública. Isso é uma condição necessária, mas não suficiente, sob uma perspectiva sistêmica protetora de direitos fundamentais. Já não se presume *iuris tantum* que o Estado requeira uma série de prerrogativas *ab initio*. Ademais, devem se configurar um *plus* de exigências prévias e posteriores em relação à sua existência, implementação e funcionamento” (“Transformações do ‘regime de direito administrativo’ – A propósito do regime exorbitante e das prerrogativas da

objetos envolvem a prestação de serviços públicos ou, mesmo, a delegação de infraestruturas que atendem diretamente aos interesses da coletividade, seja porque são pactos de longa duração, com maior possibilidade de variação do interesse público do que ocorre com os contratos de curto prazo.⁴⁶

Discute-se hoje sobre os elevados custos de transação que esse poder de instabilização representa, na exata medida em que essa prerrogativa poderá ser utilizada com algum abuso ou, ainda, com invocações genéricas de públicos interesses,⁴⁷ com baixa densidade motivacional e argumentativa. Claro que esse cálculo está diretamente conectado, no plano macro, ao ambiente de negócios de cada País e sua prática contratual. O elemento confiança e reputação no cumprimento dos compromissos pelo poder concedente é determinante para eventual precificação do risco de um mau uso do *ius variandi*.

O ponto central é que a procedimentalização da mutabilidade pode ser um antídoto para coibir abusos ou arbitrariedades sob o indevido manto do interesse público, porquanto: (a) depura os interesses em jogo; (b) transparece os argumentos e justificativas de todos os interessados; (c) condiciona o exercício da modificabilidade a uma densa e robusta motivação, facilitando o controle administrativo ou mesmo jurisdicional *a posteriori*.

3.3 A teoria da imprevisão

Seguramente, a problemática do desequilíbrio econômico-financeiro superveniente dos contratos administrativos – aqui, com especial enfoque nos contratos de concessão – decorrente de circunstâncias que não poderiam ser originalmente previstas é um dos temas mais desafiadores e tormentosos no campo da mutabilidade.

Situa-se no contexto de uma questão com dimensão universal, que contrapõe a estabilidade e a segurança jurídica que se esperam alcançar com a contratualização

Administração Pública”, *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional* 51/69-70, Ano 13, Belo Horizonte, janeiro-março/2013).

46. Para Omer Dekel é necessário distinguir os contratos essenciais (*essential contract*) dos contratos não essenciais (*non essential contract*), aduzindo que os primeiros estão mais fortemente sujeitos a alterações unilaterais em razão das suas finalidades públicas, que, caso não atingidas, poderão repercutir em graves consequências para a Administração Pública e para a própria coletividade (“Modification of a government contract awarded following a competitive procedure”, cit., *Public Contract Law Journal* 38/408-409, disponível em <https://www.jstor.org/stable/25755714>, acesso em 7.12.2017).

47. Questionando sobre a existência de um princípio absoluto da supremacia do interesse público sobre o interesse privado no Direito Brasileiro, v.: Humberto Avila, “Repensando o princípio da supremacia do interesse público sobre o particular”, in Daniel Sarmento (org.), *Interesses Públicos Versus Interesses Privados: Desconstruindo o Princípio da Supremacia do Interesse Público*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005, p. 21; Alexandre Santos de Aragão, *Curso de Direito Administrativo*, cit., p. 355; Gustavo Binenbojm, “Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma do direito administrativo”, *Quaestio Iuris* 1/27-63, n. 2, Rio de Janeiro, janeiro/2005 (disponível em <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/11615/9099>, acesso em 12.12.2017); Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Curso de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Forense, 2016, p. 97.

recíproca de direitos e obrigações em vínculos duradouros e a inexorável realidade do mundo dos fatos, capaz de alterar drasticamente as bases que orientaram a celebração do negócio, provocando, assim, severos desequilíbrios na economia original do contrato de concessão.

Ainda que encontre distintas respostas e formulações de acordo com cada ordenamento jurídico e com as teorias que amparam a sua estruturação, essa é uma problemática comum aos contratos públicos e privados, notadamente aqueles cuja execução se prolonga no tempo e que, por essa razão, se sujeitam com maior intensidade às vicissitudes da realidade.

Para preservar o princípio da comutatividade dos contratos, determinante do equilíbrio das prestações bilaterais, e para manter a justiça contratual e a equidade na relação estabelecida, surgiram diversas teorias⁴⁸ que se alicerçam em razões jurídicas distintas mas que, na essência, convergem para a mesma conclusão: o legítimo direito à revisão dos contratos quando ocorrem mudanças imprevisíveis e extraordinárias que geram, igualmente, consequências onerosas e extremadas para um dos contratantes. Não se trata de desprestígio àquilo que foi consensualmente contratado, mas da necessária construção de arcabouços jurídicos que não ignorem o império avassalador do imponderável mundo dos fatos.

Assim como acontece com os contratos privados, os contratos administrativos são dotados de força obrigatória (*pacta sunt servanda*) e devem ser cumpridos como forma de expressar a boa-fé das partes e a própria segurança nas relações jurídicas. A força obrigatória dos contratos assegura que aquilo que foi pactuado se torna lei entre as partes (*lex inter partes*), por conseguinte criando-se vínculos compromissórios no tocante aos direitos e deveres reciprocamente assumidos. O princípio *pacta sunt servanda* é um verdadeiro cânone do direito contratual, orientado a buscar o fiel respeito quanto ao que as partes se obrigaram a realizar.

Trata-se de um princípio central que orienta a teoria geral dos contratos e, por conseguinte, expande-se para todos os ramos do Direito (como civil, internacional,

48. Celso Antônio Bandeira de Mello, alicerçado nas lições de Anísio José de Oliveira, aborda as inúmeras teorias que buscaram reconhecer a revisibilidade dos contratos pela mudança inesperada das circunstâncias: “Tão numerosos foram os fundamentos aduzidos ou privilegiados pelas concepções dos diversos teóricos do Direito a fim de lastrear dita revisibilidade que, entre nós, Anísio José de Oliveira encontrou campo para, em interessante esforço de arrolamento e sistematização, colecionar e ordenar as orientações encontradas, agrupando-as em teorias intrínsecas e extrínsecas. Dentre as primeiras apartou, de um lado, as embasadas (a) na vontade e, de outro, (b) na prestação. Indicou como compreendidas nas teorias arrimadas na vontade: (1) a teoria da pressuposição (Windscheid); (2) a teoria da vontade marginal (Osti); (3) a teoria da base do negócio (Oertmann); (4) a teoria do erro (Giovène); (5) a teoria da situação extraordinária (Bruzin); e (6) a teoria do dever de esforço (Hartmann). Apontou como estribadas no exame da prestação: (1) a teoria do estado de necessidade (Lemann e Coviello); e (2) a teoria do equilíbrio das prestações (Giorgio e Lenel). Já as teorias extrínsecas compreenderiam aquelas cujo fundamento reside: (1) na Moral (Ripert e Voirin); (2) na boa-fé (Wendt e Klenke); (3) na extensibilidade do fortuito (jurisprudências alemã, inglesa e francesa); (4) na socialização do Direito (Badenes Gasset); e (5) na equidade e na justiça (Arnoldo Medeiros da Fonseca)” (*Grandes Temas de Direito Administrativo*, São Paulo, Malheiros Editores, 2009, p. 203).

administrativo, comercial, dentre outras áreas).⁴⁹ Sem essa ideia nuclear os contratos seriam meros repositórios de intenções programáticas, despidos de efetividade e incapazes de promover a realização das promessas a que se propõem. A estabilidade contratual é, portanto, um princípio geral de Direito, com incidência também nos contratos administrativos.⁵⁰

Apesar de sua relevância para o universo dos contratos, existem alguns temperamentos que flexibilizam essa regra, sobretudo quando se está diante de contratos duradouros, fortemente mais sujeitos às supervenientes mudanças do contexto factual que balizava o contrato por ocasião da sua celebração.

Desde os primórdios tomou-se consciência de que a eventual impossibilidade de cumprir as obrigações contratuais poderia não se configurar um ilícito quando não mais presentes as circunstâncias factuais existentes à época da formação da vontade que justificou a celebração do pacto. A percepção é a de que a fidelidade ao pacto não pode ser cega e literal, porquanto a superveniência de abruptas mutações nas circunstâncias fáticas, econômicas e sociais pode causar desequilíbrios desproporcionais na relação inicialmente estabelecida. É a conhecida cláusula *rebus sic stantibus*,⁵¹ que autorizava a extinção do próprio vínculo quando substancialmente alteradas as condições que circundavam as partes quando da tomada de decisão de contratar, cuja formulação tomou corpo na Idade Média,⁵² não obstante

49. Cf.: Caio Mário da Silva Pereira, *Instituições de Direito Civil*, 11ª ed., vol. III, Rio de Janeiro, Forense, 2003, pp. 20 e ss.; Christina Binder, *The Limits of Pacta Sunt Servanda in Internation Law*, Munique, Max Planck Institute (disponível em <http://www.mpil.de/files/pdf3/beitr2452.pdf>, acesso em 8.12.2017); Miranda Mayuri Pillay, *The Impact of Pacta Sunt Servanda in the Law of Contract*, disponível em https://repository.up.ac.za/bitstream/handle/2263/53181/Pillay_Impact_2016.pdf?sequence=1&isAllowed=y (acesso em 11.12.2017, p. 14).

50. Marcelo Rebelo de Sousa esclarece: “Os contratos administrativos, também eles, obedecem ao princípio da força vinculativa, inclusive à sua componente de estabilidade contratual, e, fora as situações excepcionais em que ela pode ser afastada pelas partes, pela lei ou por decisão jurisdicional, qualquer conduta que se choque com o princípio e sua componente é geradora de responsabilidade contratual” (*O Concurso Público na Formação do Contrato Administrativo*, Lisboa, Lex Edições Jurídicas, 1994, p. 54).

51. Por todos, v. a lição de Anderson Schreiber: “A origem comum de todas as teorias modernas situa-se, declaradamente, na cláusula *rebus sic stantibus*, do Direito Medieval. A expressão – já denominada um nome ‘latinamente brutto ma concettualmente energico’ – provém da abreviação do brocado latino segundo o qual *contractus qui habent tractum successivum et dependentiam de futuro rebus sic stantibus intelliguntur*, exprimindo, em essência, a ideia de um condicionamento implícito dos vínculos consensuais duradouros à persistência do estado de fato existente ao tempo do pacto. (...). Sua origem precisa afigura-se, todavia, incerta, havendo autores que a situam nas fontes canônicas, em particular na consolidação de leis formuladas entre os anos de 1140 e 1142 por Graciano, monge e professor da Escola de Bolonha – os conhecidos *Decretum Gratiani*, também denominados *Concordia Discordantium Canonum* –, enquanto outros estudiosos atribuem a autoria aos pós-glosadores, como Bartolo de Sassoferrato (1314-1357) e Baldo de Ubaldis (132701400)” (*Equilíbrio Contratual e Dever de Renegociar*, São Paulo, Saraiva Educação, 2018, p. 136).

52. Nas palavras de Caio Mário da Silva Pereira: “Com efeito, se o Direito Romano não transigia com os conceitos tradicionais, os juristas da Idade Média, atentando em que nos contratos de execução diferida o ambiente no momento da execução pode ser diverso do que existia no da celebração, sustentaram, acreditando-se fundados em um texto de Neratius,

existam autores que identifiquem a sua origem em Roma, a partir de referências feitas por Sêneca e Cícero.⁵³

A racionalidade que embasa a cláusula *rebus sic stantibus* é a de que a permanência e a manutenção estrita do vínculo contratual se subordinam à continuação das condições existentes ao tempo de sua formação, de modo que, modificado tal ambiente por circunstâncias supervenientes e imprevisíveis, o princípio *pacta sunt servanda* deve ser flexibilizado, admitindo, assim, a própria extinção do pacto.⁵⁴

Todavia, é interessante notar que entre a intensa aplicação da cláusula *rebus sic stantibus* durante a Idade Média e sua retomada no início do século XX deu-se um enorme hiato, decorrente da prevalência quase que absoluta do primado da autonomia da vontade e da própria sacralidade dos contratos, tornando o *pacta sunt servanda* uma regra de ouro dotada de inflexibilidade.⁵⁵

A reintrodução dessa antiga discussão na temática do direito contratual retornou com enorme força na Europa durante a I Guerra Mundial, em razão da dificuldade no cumprimento dos contratos celebrados antes da eclosão do conflito, o que demandou uma construção jurisprudencial que considerasse a drástica mudança no cenário econômico daquele período.

Há certo consenso doutrinário no sentido de que o julgado pioneiro na matéria se deu na França, por ocasião do *Arrêt Compagnie Générale d'Éclairage de Bordeaux*,

em torno da aplicação da *condictio causa data causa non secuta*, que o contrato devia ser cumprido no pressuposto de que se conservassem imutáveis as condições externas, mas que, se houvesse alterações, a execução devia ser igualmente modificada: ‘Contractus qui habent tractum sucessivum et dependentiam de futuro rebus sic stantibus intelliguntur’. A teoria tornou-se conhecida como cláusula *rebus sic stantibus*, e consiste, resumidamente, em presumir, nos contratos comutativos, uma cláusula, que não se lê expressa, mas figura implícita, segundo a qual os contratantes estão adstritos ao seu cumprimento rigoroso, no pressuposto de que as circunstâncias ambientais se conservem inalteradas no momento da execução, idênticas às que vigoravam no da celebração” (*Instituições de Direito Civil*, cit., 11ª ed., vol. III, p. 138).

53. Cf.: Eros Roberto Grau e Paula Forgioni, *O Estado, a Empresa e o Contrato*, São Paulo, Malheiros Editores, 2005, p. 102; e José Maria Othon Sidou, *Resolução Judicial dos Contratos (Cláusula Rebus sic Stantibus) e Contratos de Adesão no Direito Vigente e no Projeto de Código Civil*, Rio de Janeiro, Forense, 2000, p. 3.

54. Na lição de Caio Mário da Silva Pereira: “Admitindo-se que os contratantes, ao celebrarem a avença, tiveram em vista o ambiente econômico contemporâneo, e previram razoavelmente para o futuro, o contrato tem de ser cumprido, ainda que não proporcione às partes o benefício esperado. Mas, se tiver ocorrido modificação profunda nas condições objetivas coetâneas da execução, em relação às envolventes da celebração, imprevisas e imprevisíveis em tal momento, e geradoras de onerosidade excessiva para um dos contratantes, ao mesmo passo que para o outro proporcione lucro desarrazoado, cabe ao prejudicado insurgir-se e recusar a prestação” (*Instituições de Direito Civil*, cit., 11ª ed., vol. III, p. 165).

55. Conforme explica José Cretella Jr.: “A denominada cláusula *rebus sic stantibus*, prestigiada pelos canonistas da Idade Média, adotada, logo depois, pelos bartolistas e pelas doutrinas italiana e alemã, até o século XVIII, bem como por alguns autores franceses do século XVII e XVIII, desapareceu em França, no século XX, ante a imposição da autonomia da vontade, da regra *pacta sunt servanda*, para surgir, vitoriosa, sob as vestes da teoria da imprevisão, em plena efervescência da I Guerra Mundial de 1914 a 1918” (*Direito Administrativo Brasileiro*, Rio de Janeiro, Forense, 1999, p. 373). No mesmo sentido, v.: Anderson Schreiber, *Equilíbrio Contratual e Dever de Renegociar*, cit., p. 138).

de 30.3.1916,⁵⁶ no qual se examinou o impacto da elevação do preço do carvão na concessão do serviço público de iluminação da cidade de Bordeaux, ocasionando a revisão do contrato por determinação do Conselho de Estado, em razão da onerosidade excessiva e da imprevisibilidade. Era o início da construção da *imprévision* e do direito do concessionário a uma indenização (*indemnité d'imprévision*).⁵⁷

A relativização do *pacta sunt servanda* e da imutabilidade das condições contratuais inicialmente ajustadas, reintroduzida pelos franceses premidos pelas condições excepcionais impostas pela guerra, não deixa de ser uma retomada evolutiva da ideia central da cláusula *rebus sic stantibus* de que a equidade e a justiça não seriam alcançadas se, diante da abrupta mudança das circunstâncias que nortearam as condições originais que formaram o vínculo contratual, as obrigações fossem rigidamente mantidas, ignorando a nova realidade factual.

O ponto evolutivo encontra-se exatamente na possibilidade de revisão do contrato e do seu equilíbrio econômico-financeiro, preferível à resolução do contrato. Curiosamente, foi no direito administrativo e no universo dos contratos públicos que a teoria da imprevisão encontrou campo mais fecundo para a sua aplicação, o que se explica pela própria noção de mutabilidade, que sempre esteve entranhada à compreensão dos contratos administrativos, em razão da necessidade de adequação do interesse público e da própria continuidade do serviço público.⁵⁸ É natural que, com fundamento nessas premissas, venha a prevalecer na órbita pública preferência pela solução que implique a modificação do contrato em vez da sua resolução, incidindo o princípio da conservação dos negócios jurídicos ou, na conhecida denominação italiana, o princípio do *favor negotii* ou *favor contractus*.⁵⁹

56. Por todos, v. a referência feita por Jacqueline Morand-Deville: “Création du Conseil d’État, née de l’arrêt célèbre du 30 mars 1916, Compagnie Générale d’Éclairage de Bourdeaux, la théorie de l’imprévision produit ses effets lorsque, en raison de circonstances extérieures aux parties (différence avec le fait du prince) et non prévisibles, le contrat connaît un tel bouleversement que son exécution est mise en péril mais n’est cependant pas rendue impossible (différence avec la force majeure)” (*Cours de Droit Administratif*, 6^a ed., Paris, Montchrestien, 1999, pp. 425-426).

57. Entre outros, v. na doutrina francesa, sobre a teoria da imprevisão: René Chapus, *Droit Administratif Général*, 15^a ed., t. 1, Paris, Montchrestien, 2001, pp. 1.211-1215; Jacqueline Morand-Deville, *Cours de Droit Administratif*, cit., 6^a ed., pp. 423-428; Christophe Guettier, *Droit des Contrats Administratifs*, 2^a ed., Paris, Thémis, 1991, pp. 422-437.

58. Nas palavras de Caio Tácito: “O princípio da estabilidade financeira dos contratos administrativos completa-se, no Direito Francês, por meio da teoria da imprevisão, que serve de garantia contra a álea econômica que venha a perturbar, de modo intolerável e inesperado, as obrigações contratuais. (...). O princípio da continuidade do serviço público impõe ao concessionário o dever de prosseguir na exploração, mesmo se for ruinosa. À Administração incumbe, correlatamente, partilhar das cargas extracontratuais, restaurando a economia abalada e a eficácia da execução do contrato” (*Temas de Direito Público: Estudos e Pareceres*, vol. I, Rio de Janeiro, Renovar, 1997, p. 208). Na mesma linha, pondera José Guilherme Giacomuzzi: “A mesma dicotomia – e esta é a segunda observação comparativa – serve de ponto de partida para explicar a principal razão pela qual a *imprévision* se desenvolveu mais no direito administrativo francês: a de que ela serve às necessidades do serviço público, tendo a autonomia privada menor relevância” (*Estado e Contrato – Supremacia do Interesse Público Versus Igualdade. Um Estudo Comparativo sobre a Exorbitância no Contrato Administrativo*, cit., p. 283).

59. Como referência ao princípio da preservação dos contratos no campo do direito público, v.: Licínio Lopes Martins, *Empreitada de Obras Públicas: o Modelo Normativo do Regime do*

Para alguns autores⁶⁰ a teoria da imprevisão seria uma leitura moderna da cláusula *rebus sic stantibus*, visto que essa apenas autorizaria a extinção do contrato, ao passo que aquela admite a possibilidade de alteração do contrato com vistas à sua manutenção e sua preservação.⁶¹ Com a teoria da imprevisão percebeu-se que poderia ser menos oneroso prosseguir com o contrato – ainda que em novas bases – do que extingui-lo. Sob tal ótica, o objetivo é minimizar os efeitos de um contrato que teve o suporte fático vigorosamente alterado em relação às condições iniciais do ajuste.

Nos contratos administrativos, em especial naqueles vocacionados a atender diretamente às demandas da sociedade (como os contratos de concessão), há um interesse maior a ser preservado com a manutenção e a estabilidade do pacto, a saber, o atendimento da própria finalidade pública que justificou a contratação. Quando é o concessionário que se encontra em posição de desequilíbrio – situação mais recorrente –, preservar o contrato não é apenas uma imposição que decorre da valoração axiológica dos conceitos de justiça e equidade, mas uma medida assecuratória do interesse público tutelado na relação contratual.

Nas palavras de Licínio Lopes Martins,⁶² o princípio *pacta sunt servanda* deve ser visto não a partir de uma leitura redutora reconduzida aos termos do clausulado ou às peças do documento licitatório, mas significar a conservação do contrato enquanto valor objetivo para a ordem jurídica (instrumento de programação e realização de interesses públicos e privados a que a ordem jurídica pretende conferir estabilidade e segurança), e não apenas enquanto valor subjetivo, de projeção da vontade e dos interesses das partes.

Aliás, uma solução que não acolhesse o núcleo da imprevisão imporá ao concessionário o dever de arcar com os efeitos negativos de todo e qualquer evento

Contrato Administrativo e do Contrato Público (Em Especial, o Equilíbrio Económico-Financeiro), cit., pp. 421 e ss.

60. Conforme leciona Arnoldo Wald: “A cláusula *rebus sic stantibus* renovada no Direito moderno sob o nome de teoria da imprevisão tem assim importância como conceito amortecedor, ou seja, como ideia-força que limita a autonomia da vontade no interesse da comutatividade dos contratos, ou seja, com a finalidade de assegurar a equivalência das prestações das partes quando, por motivo imprevisível, uma delas se tornou excessivamente onerosa. ...). A teoria da imprevisão não extingue a autonomia da vontade; consiste numa interpretação construtiva do conteúdo desta vontade. A lei e ao juiz cabe a função de garantir os direitos individuais dentro dos limites em que podem ser exercidos no interesse superior da sociedade. E a teoria da imprevisão realiza a superior conciliação do interesse individual e da necessidade social, da justiça e da segurança, que são as finalidades precípuas do Direito” (*Curso de Direito Civil*, 12ª ed., São Paulo, Ed. RT, 1995, p. 212).

61. O próprio STF já teve a oportunidade de externar esse caráter evolutivo: “No Brasil, doutrina e jurisprudência admitem, embora com cautela principalmente por parte desta, o princípio que vem da antiga cláusula *rebus sic stantibus* e que modernamente se apresenta em modalidades como a da ‘teoria da imprevisão’ ou a da ‘onerosidade excessiva’, afastando-se, quando ocorrem seus requisitos, a imutabilidade do pactuado nos contratos comutativos de trato sucessivo, para admitir sua resolução ou, às vezes, sua revisão” (STF, Pet. 1.665-MG, rel. Min. Moreira Alves, j. 15.2.1999, data de publicação: 24.2.1999).

62. Licínio Lopes Martins, *Empreitada de Obras Públicas. O Modelo Normativo do Regime do Contrato Administrativo e do Contrato Público (Em Especial, o Equilíbrio Económico-Financeiro)*, cit., pp. 453-454.

que perturbasse a economia original do contrato, o que elevaria profundamente os custos de transação – logo, afastando potenciais interessados em se relacionar contratualmente com os entes públicos ou tornando os valores extremamente elevados, em razão da internalização deste exorbitante e incalculável risco. A teoria da imprevisão é, portanto, um alicerce que se conecta diretamente à noção de equilíbrio econômico-financeiro nos contratos administrativos, eis que se revela instrumental e garantidora da comutatividade e da equidade nas relações contratuais públicas.⁶³

Esse núcleo central da teoria da imprevisão consolidou-se na França e em diversos outros Países, ainda que com variações e nomenclaturas diferentes. Em Portugal encontra-se retratada como alteração das circunstâncias,⁶⁴ ao passo que no Brasil se adotou, inspirado no Direito Francês, a nomenclatura conhecida como teoria da imprevisão, com aplicabilidade nos contratos privados e nos contratos públicos,⁶⁵ conforme expressamente previsto, respectivamente, nos arts. 478 a 480 do CC⁶⁶, e no artigo 124, II, d da Lei nº 14.133/21.

Os Tribunais Superiores acolhem pacificamente essa orientação quando o fato é imprevisível, ou previsível mas com consequências incalculáveis, exógeno à

63. Para Marçal Justen Filho: “Durante a execução dos contratos, em especial aqueles de longa duração, podem ocorrer alterações econômicas imprevisíveis, tornando inviável ao particular executar o contrato nas condições originalmente previstas. Executar a prestação nos exatos termos inicialmente previstos acarretaria a sua ruína. Veja-se que a execução é materialmente possível, mas seria economicamente desastrosa” (*Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*, cit., p. 385).

64. Sobre o tema, v.: Alexandra Leitão, *O Tempo e a Alteração das Circunstâncias Contratuais*, disponível em https://www.icjp.pt/sites/default/files/media/o_tempo_e_a_alt._das_circ._contratuais-2.pdf (acesso em 8.1.2018).

65. Exprime bem esse acolhimento da teoria da imprevisão no Direito Brasileiro o seguinte julgado do STJ: “Fundada, historicamente, na concepção romana da cláusula *rebus sic stantibus* (presunção de que as coisas devem permanecer tal como em sua origem), o corretivo da onerosidade sobrevinda se fundamenta, como causa da revisão das cláusulas financeiras do contrato, na denominada teoria da imprevisão. Domina, em suma, a teoria do contrato administrativo a concepção dinâmica de um equivalente econômico, presente em seu nascimento e a ser conservado em sua execução para que não se tornem substancialmente desiguais os direitos dos contratantes” (STJ, REsp 821.008-MG, rel. Min. José Delgado, DJU 2.10.2006).

66. Assim dispõem os referidos dispositivos do CC:

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

“Art. 479. A resolução poderá ser evitada, oferecendo-se o réu a modificar equitativamente as condições do contrato.

“Art. 480. Se no contrato as obrigações couberem a apenas uma das partes, poderá ela pleitear que a sua prestação seja reduzida, ou alterado o modo de executá-la, a fim de evitar a onerosidade excessiva.”

O art. 317 do CC brasileiro também é recorrentemente invocado quando se trata desta temática: “Art. 317. Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quanto possível, o valor real da prestação”.

vontade das partes e que tenha causado onerosidade excessiva a uma das partes.⁶⁷ O mesmo ocorre com a jurisprudência administrativa do Tribunal de Contas da União (TCU).⁶⁸ No plano da doutrina administrativista também não há qualquer dúvida quanto ao acolhimento da teoria da imprevisão nos contratos públicos.⁶⁹

No que diz respeito ao aspecto temporal, o objetivo primacial da incidência da teoria da imprevisão é a modificabilidade do contrato de concessão para a sua preservação. Por isso que eventual pleito de reequilíbrio formulado perante o órgão regulador ou, mesmo, resolução do conflito pela via arbitral ou judicial deve ser formalizado pela parte interessada durante o período no qual o contrato estiver em vigor.

Pedidos de reequilíbrio visam a reequacionar as bases do contrato, não sendo razoável que pleitos dessa natureza sejam deduzidos após a extinção do pacto. Terminado o contrato, pode-se até cogitar de eventual indenização com outro fundamento, mas nunca com base no equilíbrio econômico-financeiro do contrato, pois é consectário lógico e natural que reequilíbrios estejam vinculados à existência de um vínculo contratual.

Até porque se a teoria da imprevisão implica excessiva onerosidade para a execução do contrato, com acréscimo de custos alegadamente insuportáveis para o concessionário, mas ainda assim o objeto é executado na sua integralidade, o pleito de reequilíbrio, findo o contrato, carece de razoabilidade. Trata-se de entendimento

67. O STF admitia a aplicação da teoria da imprevisão a contratos administrativos já em 1968, conforme se verifica no RE 64.152-GB (rel. Min. Oswaldo Trigueiro, *DJU* 23.8.1968) e no RE 64.231-SP (rel. Min. Aduauto Cardoso, *DJU* 26.9.1969). Ato contínuo, o STJ passou a reconhecer a aplicação desta teoria, conforme se depreende dos seguintes julgados: REsp 120.113-MG, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, *DJU* 14.8.2000, p. 14; REsp 216.018-DF, rel. Min. Franciulli Neto, *DJU* 10.9.2001, p. 370; REsp 361.694-RS, rela. Min. Nancy Andrichi, *DJU* 25.3.2002, p. 281; REsp 431.121-SP, rel. Min. José Delgado, *DJU* 7.10.2002, p. 200; REsp 1.283.757-SC, rel. Min. Mauro Campbell Marques, *DJU* 27.9.2013; REsp 1.248.237-DF, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, *DJU* 18.9.2014.

68. Cf. os seguintes julgados: Acórdão 64/1993, rel. Min. Fernando Gonçalves, data da sessão 14.7.1993; Acórdão 763/1994, rel. Min. Carlos Átila Álvares da Silva, data da sessão 13.12.1994; Acórdão 464/2000, rel. Min. Walton Alencar Rodrigues, data da sessão 7.6.2000; Acórdão 474/2000, rel. Min. Benjamin Zymler, data da sessão 8.5.2002; Acórdão 1.268/2008, rel. Min. Raimundo Carreiro, data da sessão 2.7.2008; Acórdão 7.249/2016, rela. Min. Ana Arraes, data da sessão 14.6.2016.

69. Cf.: Marçal Justen Filho, *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, 16ª ed., São Paulo, Ed. RT, 2014, p. 1.018; Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, 31ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2005, p. 236; Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito Administrativo*, 26ª ed., São Paulo, Atlas, 2013, p. 292; Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, 30ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 2013, p. 665; Alexandre Santos de Aragão, *Curso de Direito Administrativo*, cit., p. 60; José Cretella Jr., *Direito Administrativo Brasileiro*, cit., p. 371; Diógenes Gasparini, *Direito Administrativo*, 11ª ed., São Paulo, Saraiva, 2006, p. 673; Lucas Rocha Furtado, *Curso de Direito Administrativo*, Belo Horizonte, Fórum, 2007, pp. 376-377; Marcos Juruena Villela Souto, *Direito Administrativo Contratual*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2004, pp. 410-411; Odete Medauar, *Direito Administrativo Moderno*, cit., 19ª ed., p. 274; Jessé Torres Pereira Jr., *Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública*, 8ª ed., Rio de Janeiro, Renovar, 2009, p. 718.

com razoável aceitação na doutrina dos contratos privados⁷⁰ mas com idêntica aplicabilidade aos contratos públicos, e em especial aos contratos de concessão.

Expostos em linhas gerais os contornos conceituais da teoria da imprevisão e, evidentemente, reconhecendo que se trata de temática bastante vasta e abrangente, é preciso correlacionar alguns aspectos mais relevantes que se conectam diretamente com os núcleos centrais deste estudo.

3.3.1 A aplicação da teoria da imprevisão nos contratos de concessão

Indubitável que a teoria da imprevisão é aplicável aos contratos de concessão, ainda que com particularidades que, no estudo em tela, são adiante exploradas, a atrair a sua aplicabilidade.

Seria rematado absurdo afastar a teoria da imprevisão exatamente daqueles contratos públicos que se protraem no tempo e que, forçosamente, se sujeitam com maior intensidade às mudanças no seu contexto factual, apresentando potencial de abalar as bases originais daquilo que consensualmente as partes pactuaram.

Posto isso, não obstante o *nomen juris* adotado – inspirado que foi no Direito Francês –, fato é que a teoria verdadeiramente não reflete o próprio *locus* legislativo adotado no Direito Brasileiro. Mesmo uma interpretação mais apegada à literalidade da norma impediria chegar à conclusão de que a imprevisibilidade se constitui em um requisito autônomo para a aplicação da teoria da imprevisão.

Ao utilizar a expressão “fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis”, admitiu o legislador no artigo 124, II, d da Lei nº 14.133/21 que mesmo os fatos previsíveis, desde que os seus resultados sejam imponderáveis, permitirão que as partes promovam a revisão das condições originais do contrato.

Fatos previsíveis significam eventos que foram (ou deveriam ter sido) alocados como riscos no contrato de concessão, ainda que as partes não pudessem antever a extensão das suas consequências. O fato era previsível e cognoscível; a sua consequência, não.

70. Conforme leciona Arnoldo Wald: “Assim é que o próprio Código prevê duas alternativas à parte afetada, que somente são viáveis durante a vigência contratual. Ou seja, se a revisão judicial – ou arbitral, se houver cláusula compromissória – do contrato não for pleiteada durante a execução contratual descabe falar-se em revisão de cláusulas e/ou obrigações pactuadas (...). A premissa básica e ao mesmo tempo indispensável do presente estudo e que embasará todas as considerações subsequentes é a de que a Comec formulou o pedido de recomposição de preços, por onerosidade excessiva do contrato, após a conclusão e entrega da obra contratada e, portanto, após a extinção contratual, fato este por ela própria reconhecido. Ocorre, porém, que a revisão, e, por conseguinte, o reequilíbrio, só pode ter lugar durante a vigência contratual, tal como salientado anteriormente” (“Pedido de recomposição de preços formulado em virtude de subempregada após a extinção do contrato”, *Revista Brasileira de Direito Comercial* 3/9, Ano I, Belo Horizonte, fevereiro-março/2015). Na mesma linha, argumenta Caio Mário da Silva Pereira: “O contratante prejudicado ingressará em juízo no curso de produção dos efeitos do contrato, pois que se este já estiver executado não tem mais cabimento qualquer intervenção” (*Instituições de Direito Civil*, cit., 11ª ed., vol. III, p. 146).