



REVISTA DIGITAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO

FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO – FDRP

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO – USP

Seção: Artigos Científicos

A modificação contratual das concessões e a aplicabilidade da Teoria da Imprevisão por alteração das circunstâncias, dentro do Direito Português, de acordo com as novas limitações – objetivas e subjetivas – trazidas pelas Diretivas da União Europeia 2014/23/EU e 2014/24/EU

The contractual modification of the concessions and the applicability of the Theory of Unpredictability for change of circumstances, within the Portuguese Law, in accordance with the new limitations - objective and subjective - brought by European Union Directives 2014/23/EU and 2014/24/EU

Estevan Pietro

Resumo: O presente artigo analisa a modificação dos contratos administrativos, especificamente os contratos de concessões, na perspectiva das normas trazidas pelas Diretivas 2014/23/EU e 2014/24/EU. Neste cenário, evidenciam-se a aplicação da Teoria da Imprevisão e os limites de sua aplicação – objetivos e subjetivos – por conta das normas comunitárias.

Palavras-chave: Modificação dos contratos administrativos; concessões; teoria da imprevisão; alteração das circunstâncias; limites da modificação.

Abstract: The present article analyses the modification of administrative contracts, in particular concession contracts, in the perspective of the standards introduced by the Directives 2014/23/EU and 2014/24/EU. In this scenario, evidence the application of the Theory of Unpredictability and the limits of its application – objective and subjective – according to the the community law.

Keywords: Modification of administrative contracts; concessions; theory of unpredictability; unforeseen circumstance; limits of modification.

Disponível no URL: www.revistas.usp.br/rdda

DOI: <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v5n1p242-266>

Artigo submetido em: outubro de 2017

Aprovado em: dezembro de 2017.

A MODIFICAÇÃO CONTRATUAL DAS CONCESSÕES E A APLICABILIDADE DA TEORIA DA IMPREVISÃO POR ALTERAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS, DENTRO DO DIREITO PORTUGUÊS, DE ACORDO COM AS NOVAS LIMITAÇÕES – OBJETIVAS E SUBJETIVAS – TRAZIDAS PELAS DIRETIVAS DA UNIÃO EUROPEIA 2014/23/EU E 2014/24/EU.

*Estevan PIETRO**

Sumário: 1. Introdução; 2. Os contratos administrativos de longo prazo e as concessões; 3. A Modificação do contrato administrativo (de longo prazo); 3.1. Teoria da Imprevisão: o nascimento francês; 3.2. Teoria da imprevisão: a recepção (e maturação) portuguesa; 3.3. Teoria da imprevisão e as concessões: o reconhecimento europeu; 4. Conclusão: algumas questões; 5. Referências bibliográficas.

1. Introdução

A quantidade de mudanças fomentadas e maturadas pelo meio acadêmico, pelos Tribunais nacionais e Europeu, não deixou de ser absorvida pelo legislador português quanto aos contratos administrativos, especialmente pela necessidade de observância das Diretivas da União Europeia desde a adesão de Portugal a então Comunidade Econômica Europeia (CEE) em 12 de junho de 1985.

Em pouco mais de um século e meio – final do século XIX até o presente momento, os contratos administrativos acentuaram (e continuam acentuando) a importância de seu caráter perante a Administração Pública e aqueles que com ela se relaciona, direta ou indiretamente. Portanto, um tema que vai ao encontro do interesse de todos.

A história da consagração do contrato administrativo como figura autônoma no direito português é recente. Em apertada síntese, sua previsão foi trazida por Fernandes Coelho em um projeto de lei, mas viu prevalecer a rejeição da Câmara dos Senadores. O projeto de lei que mais tarde concebeu a Lei de 29 de outubro de 1840, não trouxe a previsão do contrato administrativo (GUEDES, 1954, p. 49), prevalecendo a ideia de que tais contratos deveriam ser resolvidos no âmbito privado, ou seja, adstritos a competência dos Tribunais Comuns.

A Teoria do Contrato Administrativo, em sua fenomenologia, preocupou-se em evidenciar sua identidade, reforçando suas características próprias e trazendo um maior contorno quanto a sua individualidade. Neste aspecto, ocorreu a preocupação de ambos os lados: seja pela perspectiva da Administração que necessitaria de meios

* *Mestrando em Ciências Jurídico-Políticas / Menção em Direito Administrativo pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Pós-graduado em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários – IBET. Graduação em Direito pela Universidade Estadual de Londrina. Advogado.*

para lidar com o período de pactuação do contrato, seja pelo sujeito situado no outro polo da relação contratual, que nem sempre será um particular, que busca meios para perpetuação e aproveitamento proporcional da relação, mesmo diante das tormentas que poderia vir a sofrer no decorrer de sua existência. E assim ocorreram inúmeros questionamentos e teorias ligadas à modificação no âmbito dos contratos administrativos, deflagrando, em certa medida, especialmente àqueles de longo prazo, uma relativização da figura do *pacta sunt servanda*.

Na perspectiva da atual contratação pública, existe um fator de modificação que, até ao final do século XX, não era evidente. Tal modificação foi introduzida no direito português por um meio que até então não havia se manifestado no âmbito da execução contratual: o Direito Comunitário. Até este momento, acreditava-se que as preocupações do Direito Comunitário se limitariam ao momento da adjudicação, deixando a execução do contrato ao cargo das normas dos respetivos Estados-membros.

Fausto de Quadros relata que em 1971, na Alemanha, Otto Bachof levantou sua preocupação com algo que estava a ocorrer: a inclusão do Direito Europeu no direito nacional e a necessidade de repensar as dogmáticas nacionais do Direito Administrativo. O referido Professor relata que, desde o início de sua criação, o Direito Comunitário sofreu a influência dos *ordenamentos jurídico-administrativos, sobretudo da França e da Alemanha*, em especial nas fontes e nas garantias contenciosas e, mais tarde, da Itália e Reino Unido. Outrossim, o Tribunal Europeu – *o juiz de Luxemburgo*, sabendo que o Tratado de Roma de 1957 era um tratado-quadro e do tempo necessário para a evolução da integração, atuou decisivamente no desenvolvimento do Direito Comunitário. No início da formação do Direito Comunitário, os ordenamentos nacionais auxiliaram aquele. Contudo, tempos depois, ocorreu o movimento inverso, ou seja, o Direito Comunitário passou a realizar sensíveis contribuições para o aprofundamento do Direito Administrativo dos Estados-Membros. Esta alteração de movimentos passou a ser entendida como a europeização do Direito Administrativo Nacional (QUADROS, 1999, pp. 11-20).

Retornando o foco para os Contratos Administrativos, em especial na possibilidade de modificação destes, inicia-se uma outra forma de modificação que, até então, não estava sobre a mesa de forma alguma.

No âmbito das concessões de serviços públicos, havia uma espécie de princípio da neutralidade no Tratado de Roma (GONÇALVES, 1999, p. 267). Contudo, Pierre Delvolvé, afirmava que nos casos “... a atribuição de direitos exclusivos atribui à empresa concessionária uma posição dominante, facto que determina a aplicação do artigo 86º do Tratado” (GONÇALVES, 1999, pp. 267-268). O artigo mencionado, prevê que:

“...as empresas encarregadas da gestão de serviços de interesse económico geral (concessionárias de serviço público) ou que tenham

a natureza de monopólio fiscal ficam submetidas ao disposto no presente Tratado, designadamente às regras de concorrência, na medida em que a aplicação destas regras não constitua obstáculo ao cumprimento, de direito ou de facto, da missão particular que lhes foi confiada. O desenvolvimento das trocas comerciais não deve ser afectado de maneira que contrarie os interesses da Comunidade. (...)”.

Em uma nota de rodapé de prestigiosa obra, Pedro Gonçalves ao analisar o artigo 41º, nº 2 do então vigente Decreto-Lei nº 371/93, de 29 de Outubro que disciplinava à época o regime da concorrência em âmbito nacional, advertiu que, *“no caso de serviços públicos, o presente diploma não é aplicável às empresas concessionada pelo Estado por diploma próprio, no âmbito e na vigência do respectivo contrato de concessão”*, afirmando que

“... o Tratado de Roma admite uma certa atenuação na aplicação das regras da concorrência em relação a todas as empresas gestoras de serviços públicos (não apenas às que recebem a concessão por “diploma próprio”), mas parte do princípio de que todas elas (seja qual for o título de “investidura”) ficam submetidas as regras de concorrência”.

Portanto, ocorreria uma incompatibilidade, mesmo que somente na exceção, entre o artigo 41º, nº 2 do Decreto-Lei nº 371/93 e o artigo 90º, nº 2 do Tratado de Roma (GONÇALVES, 1999, pp. 268-269). Registra-se que houve o saneamento de tal colisão, uma vez que o Decreto-Lei nº 371/93 foi revogado pela Lei nº 18/2003, de 11 Junho.

No decorrer dos anos, o Direito Comunitário passou a se preocupar com a execução do contrato administrativo e começou sua atuação, criando possibilidade de modificação dos contratos públicos em virtude da concorrência. Na verdade, mais precisamente, em decorrência da proteção à concorrência, sendo esta, por muito tempo, a pedra angular da contratação pública.

Na lógica inicial da contratação pública, a preocupação europeia seria restrita à fase de adjudicação do contrato, partindo da premissa de que a execução contratual deveria ater-se aos ditames legais das imposições normativas domésticas do estado-membro em questão, sendo estes livres para dispor. Todavia, em uma mudança de paradigma, a constatação de que a concorrência também poderia ser colocada em risco na fase de execução do contrato gerou preocupações substanciais no Tribunal de Justiça da União Europeia e da doutrina, especialmente quanto ao tema da modificação do contrato administrativo. Neste aspecto, apesar da jurisprudência europeia sinalizar a mudança de entendimento acerca do tema, em especial nos Acórdãos Comissão/França (Proc. C-337/98) de 05 de outubro de 2000 e no Acórdão Comissão/CAS Succhi di Frutta SPA (Proc. C-496/99) de 29 de abril de 2004, foi no acórdão proveniente do caso Pressetext, proferido pela Terceira Secção

do Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia em 19 de junho de 2008, que foi sedimentada e delineada a evolução da modificação contratual sob um novo enfoque europeu (GONÇALVES, 2009, pp. 1-20).

E mesmo neste contexto extremamente contemporâneo, a concessão não deixa de dar sua contribuição, sendo ainda uma das peças chaves para estratégias em âmbito europeu. Como prova, esta desfruta de um dos papéis principais da denominada *Estratégia Europa 2020*, sendo que, não seria por outra razão que a consideração nº 3 da Diretiva 2014/23/UC afirmou a importância dos contratos de concessão como meio de desenvolvimento estrutural e estratégico a longo prazo, contribuindo ainda para o progresso da concorrência no mercado interno.

A neutralidade que havia no Direito Comunitário em relação as concessões também foi esvaecendo-se, sendo totalmente rechaçada em 26 de fevereiro de 2014 com a Diretiva 2014/23/EU. Esta Diretiva foi dedicada em exclusividade para adjudicação dos contratos de concessão.

2. Os Contratos Administrativos de Longo Prazo e as Concessões

Apesar de uma pequena divergência doutrinal (ESTORNINHO, 2006, p. 306), a análise do presente artigo remonta a espécie, contida no gênero de contrato de direito público, denominada de contrato administrativo. Esta espécie, por sua vez, pode ser conceituada

“... como o contrato pelo qual uma pessoa se obriga para com a Administração a cooperar no exercício de atividades administrativas determinadas, sujeitando-as às exigências do interesse público definidas por atos do Poder, mediante remuneração a receber nos termos estipulados e salvo sempre o direito a indemnização, equitativa compensação, ou rescisão, no caso de acrescida onerosidade que afete o equilíbrio financeiro do empreendimento” (MENDES, 2016, p. 24).

Ou conceituada, ainda, como um acordo que juridicamente vincularia os sujeitos que ali acordaram com o intuito de constituir, modificar ou extinguir uma relação regulada pelo direito administrativo e que, por isso, ficaria subsumido ao regime do direito público (GONÇALVES, 2003, p. 27).

A lei portuguesa vigente, mais especificamente o artigo 200 do Código de Procedimento Administrativo e o artigo 1º, nº. 1 do Código dos Contratos Públicos consagra a figura do contrato administrativo e, apesar de alguma resistência por parte de alguns autores portugueses, o mesmo comprova ser, de fato, uma *instituição essencial do direito administrativo português* e autônoma, que não sofreu qualquer dissolução, nem mesmo foi absolvido por qualquer outra categoria contratual genérica, como os contratos públicos ou os contratos da Administração. Desse modo, não houve qualquer perda acerca de sua identidade (GONÇALVES, 2004, p. 9). O

modelo consagrado pelo Código de Contratos Públicos Português optou, quanto à sua definição, abandonar um sistema de definição legal acerca do que seria contrato administrativo, objetivando realizar um modelo de *indicação dos fatores ou índices de administratividade dos contratos da Administração*, conforme apresentado nas quatro alíneas do artigo 1º, nº 6 do Código em destaque (GONÇALVES; 2008, p. 569).

Quanto à resistência da doutrina portuguesa mencionada acerca da admissão da existência do contrato administrativo, Maria João Estorninho torna-se no direito português a referência de bastião frente ao contrato administrativo. De acordo com suas convicções, o contrato administrativo nada mais seria que um equívoco histórico, demonstrando, por exemplo, a preocupação de Magalhães Colaço, já em 1914, com a escolha do legislador de 1832 de submeter questões do contrato entre a administração e o concessionário para à jurisdição administrativa, já que estes contratos possuíam natureza jurídica privada. E, por fim, a referida autora afirma que, a respeito desta matéria, só haveria duas possibilidades:

“... ou, ‘qual avestruz’, se continua a iludir a questão ou, pelo contrário, admite-se de modo frontal que o ‘contrato administrativo’ não passou de um equívoco histórico que, além de não corresponder à realidade, nem sequer vale a pena manter, uma vez que são inúmeros os seus inconvenientes” (ESTORNINHO, 2003. p. 22 e 184).

Retornando à Teoria do Contrato Administrativo, torna-se necessário assinalar o papel relevante e preponderante das concessões para seu fomento. Ao realizar uma abordagem histórica da Teoria dos Contratos Administrativos e da possibilidade de modificação contratual, será necessário, de forma inexorável, adentrar ao instituto, entendido aqui como *norma, teoria e prática* (SUNDFIELD, 2012, p. 86), das concessões, sendo estas de grande valia para o aprimoramento do Direito Administrativo como um todo, havendo momentos em que a reconfiguração foi imposta perante as concessões e outros, em que as mesmas foram as provocadoras para reconfigurações que extrapolaram o seu instituto (MARQUES NETO, 2015, p. 27). Em virtude de tamanha relevância, se faz prudente identificar um conceito capaz de identificar e garantir as características marcantes da concessão.

Os conceitos buscam reunir características que possam distinguir o objeto conceituado frente ao universo de objetos. Não se trata de uma definição, em que se busca tornar o objeto finito, em que sua existência se aprisiona nos moldes dados pelo contido na definição. Um conceito tende a trazer características e qualidades particulares do objeto ou que, na conjugação destas, possa individualizar aquilo que se buscou conceituar. Contudo, algumas características são mutáveis e a conceituação passa a ser prejudicada, necessitando de uma reestruturação. Com o conceito de concessão, não foi diferente.

Analisando cronologicamente os conceitos dados (ALMEIDA, 1951, pp. 99-105), sem traçar distinções acerca das modalidades de concessões, buscou-se inicialmente, em

uma visão francesa, conceituar a concessão como um contrato, atípico ou inominado, advindo do Direito Privado. Ato contínuo, foi na Alemanha que passou a se entender a concessão como um ato unilateral e, em razão disso, Otto Mayer afirmava que concessão seria *o acto administrativo que atribui a uma pessoa singular ou colectiva um poder jurídico sobre uma parte da administração pública* (GUEDES, 1954, p. 9). Em seguida, teve a ideia de que seria um ato unilateral, mas a depender de sua natureza, esta poderia variar e se tornar bilateral. Logo, distinguiu-se a concessão entre concessão-licença e concessão-contrato. Em outro giro, pelas ideias alemãs de Paul Laband, a concessão seria um contrato de Direito Público. Pelas ideias francesas de Léon Duguit, a concessão passou a ser entendida como um ato complexo, possuindo um duplo aspecto: regulamentar e contratual e, assim, poderia ser classificado como uma lei-convenção ou como uma convenção-contrato. Por fim, em uma etapa mais recente, Marcelo Caetano entendia que a concessão seria um

“... contrato pelo qual uma pessoa se obriga para com a Administração a colaborar temporariamente no desempenho de atribuições administrativas sujeitando-se às exigências do interesse público definidas por actos do Poder, mediante remuneração a perceber nas bases estipuladas” (CAETANO, 1943, p. 309).

Na época do conceito apresentado por Marcelo Caetano, por volta dos anos 40 do século XX, Pedro Gonçalves afirmara que ocorreu uma *“crise da definição clássica de concessão”* (GONÇALVES, 1999, pp. 105 e ss.), alterando quase todos os critérios da concessão, permanecendo apenas um critério clássico incólume: o objetivo, em que se perpetuou a ideia de que o objeto da concessão seria a exploração ou gestão de um serviço público. E, assim, o próprio autor traça um conceito “enxuto” em que não visa a contemplação de todas as variáveis de todos os critérios que compõem a base para a edificação do conceito, mas sim uma formulação que prestigiaria apenas os elementos essenciais da concessão, podendo esta então, contemporaneamente, ser conceituada como um

“acto constitutivo de uma relação jurídica administrativa pelo qual uma pessoa, titular de serviço público, atribui a uma outra pessoa o direito de, no seu próprio nome, organizar, explorar e gerir esse serviço” (GONÇALVES, 1999, p. 130).

Apesar dos diversos conceitos apresentados pela doutrina (AMARAL, TORRALBA, 2002, p. 298 e MARQUES NETO, 2015, p. 171), a ainda recente Diretiva 2014/23/EU não se olvidou em conceituar o instituto, qualificando como sendo

“... contratos a título oneroso através dos quais uma ou mais autoridades adjudicantes ou entidades adjudicantes confiam a execução de obras ou o fornecimento e a gestão de serviços a um ou mais operador económico”.

Não obstante, a Consideração nº 11 da Diretiva 2014/23/EU afirmou que o objeto da concessão, ou melhor, do contrato de concessão seria “... a adjudicação de obras ou de serviços através de uma concessão, cuja contrapartida consiste no direito de explorar as obras ou os serviços, ou nesse direito acompanhado de um pagamento”. Por fim, ainda prescreveu que

“... tais contratos podem envolver, embora não necessariamente, uma transferência de propriedade para autoridades ou entidades adjudicantes, mas as autoridades adjudicantes ou entidades adjudicantes obtêm sempre os benefícios das obras ou serviços em causa”.

A despeito da ancestralidade do instituto que, inclusive, possui vestígios na Grécia Antiga (GUEDES, 1954, pp. 26-27 e MARQUES NETO, 2015, pp. 38-112), o foco será direcionado e reduzido para a denominada *fase dourada da concessão*, período compreendido entre a segunda metade (avançando para o final) do século XIX e início do século XX (GONÇALVES, 1999, p. 7), período em que, por conta da pujança vivida, as concessões e alguns institutos conexos, viram-se diante de novas problemáticas, cujas soluções ordinárias não seriam mais suficientes para a resolução do problema. O período em análise foi considerado por alguns juristas italianos, como Marco D'Alberti, a *época da grande publicização*, ou, nos dizeres de Massimo Severo Giannini, foi o início de um *processo de marginalização do direito privado*. Historicamente, no curto intervalo de tempo contido na *fase dourada*, a heterogenia do período foi evidente.

No início do Século XIX, vivenciava-se o Estado de Direito e toda sua ideologia de *laissez faire, laissez passer (le monde va de soit)* e, assim, direcionou-se todos os esforços para afastar toda e qualquer intervenção (estatal) dirigida e não fundamentada, típica de ideias absolutistas que poderiam vir a assombrar o novo período histórico. E, assim, numa clara tentativa de ruptura, cria-se uma separação rígida entre Estado e a Sociedade (SOARES, 1969, pp. 39 e ss.): aquele atrofiado e minimizado, e esta, por sua vez, com um vigor tenaz, alimentada pela liberdade e independência, materializando a figura de um Estado mínimo e de uma Sociedade máxima (DIAS e OLIVEIRA, 2003, pp. 18 e ss.). O princípio da legalidade teve uma grande relevância para assegurar essa dicotomia, considerado como a *pedra-angular* da edificação do Estado Liberal e do Direito Administrativo, considerado este um princípio que

“... além de exigir que os atos administrativos não fossem contrários à lei, implicava também a atuação da Administração apenas para suportar a respectiva execução, (...) promovendo a certeza e a estabilidade tão vitais à segurança e à resposta aos anseios da burguesia” (AZEVEDO, 2009, p. 37).

O Estado de Direito, seja o *État Légal* da primazia legal francesa ou o *Rechtstaat* alemão da limitação do Estado e da nobreza, buscava um fim comum: a ideia contrária de um Estado de Polícia autoritário e intervencionista. Em outras palavras,

a efetivação de um *Estado liberal no seu verdadeiro sentido* (CANOTILHO, 2016, pp. 96-97). E nesta atmosfera, as concessões não deixaram de ser recorrentes.

Os motivos que levaram à realização das concessões advêm da sistematização do Estado Liberal e uma política de Estado mínimo para as Finanças Públicas, havendo assim, um orçamento enxuto e uma tributação tímida voltada para a menor oneração do particular, ou seja, não havia ideia de tributação social como meio de redistribuição de riquezas e, ainda, uma despesa estatal mínima que ainda era vista com maus olhos (AZEVEDO, 2009, pp. 32 e ss.). O Estado não dispunha de meios para viabilizar construções de infraestruturas públicas necessárias. Afinal, tratava-se, nos dizeres de Magalhães Collaço, de uma “*figura de nobreza sem fortuna*”, e o Estado, por sua vez, viu naquela *sociedade máxima* a fonte de financiamento para estruturação e manutenção de serviços públicos, tornando a concessão o meio para instalação de infraestrutura pública à custa do dinheiro daquela (GONÇALVES, 1999, p. 103).

O contrato de concessão não deixou de ser influenciado pelo espaço e tempo que habitava e nesse período preponderou a ideia de que o Estado não tinha qualquer prerrogativa perante o particular, que não poderia impor nada além do que estava pactuado, entendendo à época que

“... nunca a doutrina auctorisou que a administração pensasse no direito de exigir além do convencionado, e até, se alguma consideração dessa ordem podia ocorrer, só era sugerível em favor do concessionário, para quem existiam todos os percalços da empresa.” (COLLAÇO, 1914, pp. 18 -19).

Em contrapartida, em um processo quase que diametralmente oposto ao relatado, no final do período assinalado, o Estado foi abruptamente anabolizado pelas novas exigências advindas do denominado Estado Social.

No início do século XX, a depressão oriunda da Primeira Guerra Mundial exigiu a intervenção do Estado, de forma generalizada e constante, dando um novo fôlego para as ideias socializantes (GUEDES, 1954, p. 11). Neste novo modelo de Estado, o que se buscou foi a garantia da igualdade (sem menosprezo da liberdade) e a busca do denominado bem comum por meio de políticas rigidamente monetarista e tecnocráticas (BONAVIDES, 2004, p. 360).

Dado o panorama histórico descrito, a administração pública se viu obrigada a fornecer serviços que não dispunha de logística e muito menos de capital para prover. Nestas circunstâncias, viu nas parcerias com os particulares a possibilidade de fornecer tais serviços, no entanto, viu-se na necessidade de ter prerrogativas para moldar seus acordos, para que estes contemplassem o interesse público em todo o seu percurso. Neste momento, ocorre a edificação da relativização do denominado *pacta sunt servanda*, perante o interesse público. E, mais uma vez, a concessão foi marcante para auxiliar o Estado no alcance das políticas públicas desejadas. Não foi

por razão diversa que no contrato de concessão admitia-se um poder de modificação amplo com base no interesse público, mesmo não havendo uma real delimitação acerca dos limites de modificação e formas de compensação (MENDES, 2016, p. 35).

Além de sua ancestralidade, a concessão apresenta uma outra característica que salta aos olhos: a sua capacidade de modelagem.

A concessão atravessou o Estado Absolutista em que era considerada um privilégio dado de acordo com a vontade do soberano; sobreviveu a atmosfera rarefeita do Estado de Direito e, posteriormente, agigantou-se como meio capaz de garantir resultados eficazes para a implementação das obrigações do Estado Social, sobrevivendo, assim, a quase todas as turbulências históricas. Contudo, não impede em afirmar que o instituto sofreu crises conceituais, reformulações estruturais e até dúvidas acerca de sua natureza, mas sua presença tornou-se definitiva no Direito Administrativo.

Atualmente, fica claro que a estipulação e a estabilização do instituto ocorreram por meio do contrato administrativo. Por tais razões, o mesmo deverá ser maleável e poroso para que a relação contratual perpetue e não deixe o objeto da concessão em risco, nem tampouco deixe de resguardar os interesses do particular.

Independentemente do contrato administrativo em análise, haverá sempre uma questão que poderá infectar todas as demais ligadas à sua existência: a forma com que o contrato se relaciona com o tempo.

3. A modificação do contrato administrativo (de longo prazo).

O tempo sempre foi um tema que despertou a inquietação da natureza humana. Na Grécia antiga, por exemplo, já havia manifestações de Heráclito acerca da mutabilidade das coisas em virtude do tempo, que nada persiste ou mantém suas características incólumes. Tais constatações são vividas nas relações intrapessoais e interpessoais. A Administração, no âmbito de suas relações internas, bem como aqueles que se relacionam com ela, podem não sair ilesos da ação do tempo.

Um dos meios mais comuns de atuação da Administração Pública seriam através dos contratos. Estes, por sua vez, sob uma perspectiva geral, nada mais seriam do que “... o encontro de duas vontades, através duma proposta e da sua aceitação” (CORDEIRO, 2005, p. 461).

Este encontro de vontades, proposta e aceitação, não precisam necessariamente ocorrer na mesma “unidade de tempo”, mas a simultaneidade deverá ser constatada na constatação do acordo destas vontades (GARCÍA DE ENTERRÍA; FERNÁNDEZ, 2014, p. 668).

Cabe aqui a interpretação advinda das ideias que tiveram a sua origem no direito alemão e depois fomentadas pela doutrina portuguesa, de que o regime jurídico dos contratos contidos na lei civil, na verdade seria um

“... *regime jurídico geral*, não sendo mais de direito privado ou de direito público, mas uma *categoria de direito* aplicada a ambos os ramos” (GONÇALVES, 2008, p. 571).

Contudo, o Direito Administrativo, especialmente aquele influenciado pelo direito francês, entendeu haver uma necessidade de separar a contratação dos entes públicos em dois grupos: a privada, que deveria ser absorvida pelo Direito Civil e um segundo grupo que ficaria constricto à jurisdição contencioso-administrativo, cuja realização seria por meio dos contratos administrativos (GARCÍA DE ENTERRÍA; FERNÁNDEZ, 2014, p. 677).

Os contratos administrativos de longo prazo apresentam uma necessidade de realizar um sopesamento periódico sobre o que foi e a forma como foi pactuado e, ainda, se o objetivo destes estão contemplando o interesse público atual e não mais necessariamente o interesse público à época da pactuação. Deste modo, será normal que, no decorrer de suas trajetórias ocorram alterações para a atualização do interesse público, até porque por mais que se busque a previsibilidade do futuro por meio de estimativas, estudos de viabilidade econômica e financeira, *outline business case*, entre outras ferramentas, *a imaginação humana é imensamente mais pobre que a realidade*.

Sendo assim, poderá haver situações em que o contrato administrativo anteriormente convencionado não mais possua todos os elementos necessários para a concretização do interesse público, ou ainda, que a perpetuação do contrato nos moldes iniciais acarrete algum ônus não inicialmente mensurado ao contraente público, a Administração concedente, ou ao contratado, no caso o concessionário. Neste último grupo de situações, poderá ocorrer um ônus extremamente fatigante para a relação contratual e que, como já dito, nenhum dos sujeitos envolvidos foram capazes de prever ou mesmo que previram, falharam na mensuração do impacto e no momento de sua confrontação. Logo, o contrato administrativo inicialmente proposto, não será capaz de absorver as consequências advindas dessas situações inéditas.

Os pontos de tensão que se instauram e que se verificam no âmbito dos contratos administrativos de longo prazo são inúmeros e com o contrato de concessão não seria diferente. De um lado, o contraente público não pode aceitar que o concessionário não preste a atividade ligada ao objeto da concessão, da melhor forma disponível no mercado, por ser tratar de uma nova técnica ou aprimoramento indisponível à época da pactuação do contrato de concessão. De outro, o concessionário não quer se ver obrigado a realizar determinada imposição contratual que, com o passar do tempo, adquiriu um caráter fora do previsto e se

tornou o motivo direto para minimização ou erradicação de seus lucros ou mesmo a imposição ou tentativa de ajustamento, para estabelecer novas cláusulas no contrato, que poderiam culminar nos mesmos efeitos. Percebe-se que, ao analisar um contrato administrativo de longo prazo, poderá ocorrer uma variação de tensão no decorrer de sua existência, cuja intensidade será proporcional ao distanciamento de sua pactuação.

Diante das possibilidades de falhas do contrato administrativo de longo prazo, as modificações passam a ser necessárias para a preservação daquele e, neste sentido, inúmeras questões foram indagadas a respeito do tema (GONÇALVES, 1999, pp. 255 e ss.), em especial, no contrato de concessões as discussões afunilaram-se na indagação acerca da modificação contratual oriunda de dois fundamentos: diante de uma alteração anormal e imprevisível das circunstâncias e de razões de interesse público (FREIRE, 2012, p. 24). Foi por meio do primeiro fundamento que se deu azo para criação da teoria da imprevisão.

3.1. Teoria da imprevisão: o nascimento francês.

As decisões proferidas em casos concretos pelo Conseil d'État foram propulsoras para alterações, no âmbito do Direito Administrativo, não apenas na circunscrição nacional francesa, mas foi capaz de ressoar na Europa e em outros países, alterando a sistemática vigente dos ordenamentos jurídicos em questão. Desse modo, palco de inúmeras manifestações (jurídicas e sociais), a França continuou (e continua) sendo um terreno fértil para erupções jurídicas.

A decisão em foco, proferida em 30 de março de 1916, teve o seguinte contorno: A Compagnie Générale d'Éclairage de Bordeaux, concessionária do serviço de iluminação do município, recorreu ao Conseil d'État para que o Município francês suportasse os custos adicionais do aumento de sua principal commodity: o carvão. A concessionária relatou que o preço do carvão, do momento da assinatura da concessão até o ano de 1916, havia aumentado quinhentos por cento em relação ao valor inicial. A razão seria bélica: a Alemanha havia ocupado a maioria das regiões produtoras de carvão e os transportes marítimos tornaram-se mais difíceis.

Na ocasião relatada, o Conseil d'État estipulou as seguintes balizas: em princípio, o contrato de concessão rege de forma definitiva as obrigações do concessionário e da concedente, alteração nos preços das commodities seria um risco do negócio – uma aléa du marché, que o concessionário teria que assumir. No entanto, quando a economia do contrato é absolutamente quebrada, como no caso relatado, em que o custo da fabricação foi elevado em virtude do aumento extremo do carvão, não teria o concessionário a obrigação de prestar os serviços nos moldes originais. Para tanto, visando suprir tais dificuldades temporárias, buscou-se uma solução que levasse em conta o interesse público, exigindo-se a continuação do serviço e que também fosse levada em conta as circunstâncias particulares do caso. Assim, o Conselho do Estado decidiu que a empresa deveria se manter na obrigação de prestar o serviço objeto

da concessão, mas que teria direito a uma indenização por conta das consequências da situação de força maior que excedeu a álea econômica normal do contrato.

O Conseil d'État realizou uma análise crítica acerca de sua própria jurisprudência iniciada no caso acima relatado, e entendeu que havia a necessidade de algum esclarecimento a respeito da sua aplicabilidade. Em primeiro lugar, para aplicação da teoria da imprevisão, os eventos que afetam a execução do contrato devem ser imprevisíveis, podendo estes ser oriundos de circunstâncias econômicas, fenômenos naturais ou de ações tomadas pelo governo, mas em quaisquer dos casos, não guardaria similitude alguma com previsões que poderiam ser feitas dentro da razoabilidade do contrato. Em segundo lugar, devem estar ligadas a razões exteriores às partes, até porque, elucida o próprio Conselho do Estado, se forem atitudes tomadas pela Administração Contratante, aplicar-se-ia a teoria du fait du prince e não a teoria da imprevisão e, em último lugar, as circunstâncias devem gerar a ruptura da economia do contrato, não podendo ser entendidas como um impedimento incontornável da execução do contrato de concessão, nem tampouco como uma simples perda. O concessionário deve continuar a executar o contrato, sendo considerado uma faute a interrupção dos serviços. Em contrapartida, terá o direito a uma indenização, senão total, da maior parte do montante do déficit provocado durante a execução do contrato sob o efeito destas circunstâncias imprevisíveis.

E assim se procederá para duas soluções: reestabiliza-se o equilíbrio contratual, seja pelo desaparecimento das circunstâncias imprevisas ou pelo fato de novos acordos serem celebrados entre as partes; ou o rompimento da economia do contrato se revela definitivo e a imprevisão se transforma em um caso de força maior, justificando a rescisão do contrato. Ainda quanto ao enfrentamento do tema, o Conseil d'État constata que a teoria da imprevisão conduziu a Administração e o seus contratados a introduzirem cláusulas de revisão que permitam uma adaptação às evoluções da situação econômica e financeira, conferindo assim um caráter subsidiário a teoria da imprevisão. Esta não ficou em seu berço francês, atravessou fronteiras, sofreu influências do direito alemão (MENEZES CORDEIRO, 2007, pp. 83-85) e se fez presente no direito português, tendo como fundamento a alteração das circunstâncias (JABÔR, 2012, pp. 6129-6144) (LEITÃO, 2012, pp. 1-25).

3.2. Teoria da imprevisão: a recepção e maturação portuguesa.

Inicialmente, a teoria da imprevisão se apresenta no solo português, ao contrário do francês, não pelo Judiciário, mas sim pelo Legislativo (CADILHA, 2016, p. 9). Viu-se a presença da teoria da imprevisão no Decreto nº 1.536 de 10 de abril de 1918, em que concedia aos adjudicatários de obras públicas, em sentido próximo ao que foi pleiteado no caso paradigmático no *Conseil d'État*, a oportunidade de realizar revisão dos contratos. Logo, havia a possibilidade do adjudicante ser indenizado no

caso de o preço da matéria-prima usada ser elevado acima de dez por cento do inicialmente fixado e um prejuízo superior a cinco por cento do custo total.

Analisando especificamente este decreto, o Professor Magalhães Collaço afirmou que a teoria da imprevisão poderia ser entendida como quando ocorrem um ato ou contrato cujo fim seja simplesmente a realização de obras públicas ou a exploração de um determinado serviço público. Aquele que se enquadrasse como empreiteiro ou concessionário, poderia vir a reclamar uma indenização sempre que se deparasse com circunstâncias, *insuscetíveis de previsão no momento em que se celebrou o ato ou contrato, que a prestação do devedor, sem se tornar impossível, todavia se torna consideravelmente mais onerosa* (CADILHA, 2016, p. 9).

No direito português contemporâneo, as normas que autorizam a aplicação da teoria da imprevisão possuem previsão no artigo 312º, “a” do Código dos Contratos Públicos e previsão análoga no artigo 437º do Código Civil Português.

Quanto à sua previsão no Código Civil, doutrina balizada preceitua que o próprio Código dos Contratos Públicos português estabelece uma ordem em relação ao direito aplicável ao contrato administrativo, devendo-se observar, primeiramente, o regime jurídico administrativo especial, ou seja, uma determinada lei especial ou o próprio Código dos Contratos Públicos. Não sendo possível, observa-se o regime geral do contrato administrativo; subsidiariamente, os princípios gerais do direito administrativo e demais normas do direito administrativo com as devidas adaptações, e por fim, como *ultima ratio*, a lei civil (GONÇALVES, 2008, p. 570-571), (GONÇALVES, 2004, p. 128-129). Logo, entende-se que, mesmo se houvesse previsão expressa no Código dos Contratos Públicos, pela previsão do Código Civil, seria possível a aplicação de tal teoria.

A teoria da imprevisão não possui qualquer sinonímia com uma falsa percepção a respeito da chamada base do negócio, ou seja, de circunstâncias que já se apresentavam no momento da contratação pública e não foram interpretadas da maneira correta ou não foram levadas em consideração. Portanto, não se trata de nada diferente a uma real e efetiva alteração, e não uma falha da interpretação ou constatação acerca dos fatos já postos a mesa, como o próprio Tribunal de Contas Português já se manifestou, entre outros casos, no acórdão nº 21/2014, prolatado no Recurso Ordinário nº 02/2014-R. Logo, o que está em causa na Teoria da Imprevisão é o ineditismo.

Retornando às normas portuguesas vigentes, o Código de Contratos Públicos estabelece a possibilidade de aplicação da Teoria da Imprevisão não na presença de uma simples alteração das circunstâncias, mas na somatória de três situações: a constatação de uma alteração anormal e imprevisível; que afete gravemente o princípio da boa-fé, e que não esteja coberta pelos riscos próprios do contrato.

Analisando os requisitos de forma inversamente disposta pelo Código, observa-se a advertência de que toda operação negocial envolve os mais variados riscos, seja pela espécie ou pela intensidade em que eles se apresentam. A tônica será dada pela natureza do negócio envolvido.

A despeito do negócio, haverá sempre uma variável que deverá ser absorvida pela relação contratual. Parte-se da ideia de que as partes pactuam um acordo mínimo, muitas vezes denominado de base negocial dos contratos (VARELA, 2015, p. 282), sendo esta a referência para eventuais oscilações.

Como dito, não será qualquer oscilação capaz de causar impacto ao contrato, até porque toda relação está subsumida ao princípio da boa-fé e pressupõe que os sujeitos participantes da relação contratual não se predisponham a exigir alterações contratuais para se verem acobertados de toda e qualquer indisposição econômica. Em tais situações, até a fé pura (sem a adjetivação “boa”) perde sua crença em um contrato como estes.

Portanto, haverá oscilações contratuais que necessariamente não serão causas para tentativa de modificação daquilo que foi inicialmente pactuado, de modo que, para inserir uma modificação no âmbito dos contratos, a alteração deverá ser *anormal e imprevisível*.

A dupla adjetivação da alteração já denota o caráter excepcional e pujante que esta necessita ter para que o acordo mínimo – ou a base negocial do contrato, deixe de ser a referência para as alterações. A anormalidade e imprevisibilidade não possuem qualquer sinonímia (VASCONCELOS, 2015, p. 748).

Diante deste cenário, um evento futuro e incerto, mas previsível, que traga uma eventual oscilação a relação contratual, torna-se contido naquilo que foi denominado como risco empresarial. Eventos como o relatado deverão ser absorvidos pelo risco inerente do negócio, ou seja, estarão contidos na *álea ordinária* do negócio. Evidencia-se que poderão ocorrer distanciamentos relativamente significativos do denominado acordo mínimo. Todavia, estes não serão suficientes para introduzir uma modificação ao contrato. O cuidado e a dificuldade restam na identificação de eventos que extrapolam, ou seja, eventos tidos como anormais e imprevisíveis, que somente ocorreriam em uma área não coberta pelo risco ordinário, passando necessariamente do risco empresarial para o imprevisível. Tais eventos deverão ocorrer necessariamente na *álea extraordinária*, sendo estes, tão somente, propulsores suficientes para a modificação do contrato.

A respeito da terminologia empregada na dicotomia *álea ordinária* e *extraordinária*, o Professor Doutor José Manuel Santos Quelhas, em sua tese de doutoramento, intitulada “*Sobre as crises financeiras, o risco sistêmico e a incerteza sistemática*”, salientou a diferença entre risco (sistêmico) e incerteza (sistemática). Sobre o primeiro, advertiu que se tratava de uma probabilidade, calculável e mensurável. Já

a incerteza (sistemática), por sua vez, ficaria ligada a uma ideia de eventualidade futura, não passível de mensuração e incalculável, ou seja, *probabilisticamente imprevisível*. Apesar da nomenclatura ser visada para investigar a propagação e previsibilidade das crises financeiras, não corrompe a ideia de repensar o uso não sempre preciso da expressão de risco (ou álea) para todos os casos (QUELHAS, 2012, pp. 11-15).

Ainda, retornando aos efeitos da modificação contratual, o que se busca minimizar seria o impacto oriundo de uma *alteração anormal e imprevisível*. Contudo, não terá o condão de voltar ao seu *status quo*. O contrato deve ser poroso para absorver os efeitos desta alteração, e não buscar realizar uma fotografia do contrato “passado”, como se nela estivessem aprisionadas todas as características anteriores a causa desta alteração e passar a reproduzir as mesmas fidedignamente.

A premissa envolvida não é de que busquem reparações para que o contrato se porte como nunca tivesse presenciado tal anomalia. A lógica impressa não é essa.

Não se trata de buscar o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato (GONÇALVES, 2007, pp. 40-41), de um regresso ao *status quo* do contrato, mas sim de distribuir equitativamente entre as partes – Administração Concedente e concessionário, os impactos sofridos por essa circunstância superveniente e incapaz de ser imputada, de forma individualizada, a qualquer das partes do contrato administrativo (ALMEIDA, 2010, p. 831).

3.3. Teoria da imprevisão e as concessões: o reconhecimento europeu

A Diretiva 2014/24/EU consagra o que a jurisprudência europeia já afirmava e, mais, solidifica a compreensão de que o Direito da Contratação Pública, como um todo, passa a ser europeizado. Neste sentido, as Diretivas de 2014 se apresentaram como um forte propulsor da *Estratégia Europa 2020*, ou seja, de uma economia, em uma perspectiva europeia, mais verde, inovadora e socialmente inclusiva. Para tanto, estabeleceram que a contratação pública seria o instrumento capaz de realizar todas estas metas (ESTORNINHO, 2016, pp. 9-10).

Portanto, a Diretiva 2014/24/UE não se olvidou de enfrentar o tema da modificação dos contratos administrativos e tratou de todas as suas possibilidades no âmbito do artigo 72º e, em igual raciocínio, a Diretiva 2014/23/EU trouxe normas específicas em seu artigo 43º para tratar sobre a modificação dos contratos de concessão.

Na previsão contida no nº 1, alínea “c” do artigo 72º da Diretiva 2014/24, a Teoria da Imprevisão passa a ser de domínio europeu, devendo todos os 28 estados-membros, realizarem a transposição para as respectivas ordens jurídicas internas. Todavia, existe a possibilidade de a Diretiva ter efeito direto nos ordenamentos nacionais, de acordo com acordo *Van Duyn* do Tribunal de Justiça Europeu, no caso de não transposição até o dia estipulado. As considerações acerca da teoria em

enfoque, feitas anteriormente, são válidas para a Diretiva, devendo destacar a preocupação – que já havia anteriormente sua previsão no artigo 313º nº 1 do Código dos Contratos Públicos, quanto à impossibilidade de alterar o objeto do contrato ou o que foi denominado pela Diretiva, nos termos do artigo 72, nº 1, alínea “c”, item “ii” da Diretiva 2014/24/EU, como *natureza global contrato*, como ocorreria no caso de uma substituição profunda que corromperia aquilo que foi inicialmente adjudicado ou que a alteração contratual seja tão significativa que altere o resultado do contrato, nos termos da consideração nº 109 da Diretiva 2014/24/EU.

Ainda quanto ao artigo 72, a Diretiva inovou mais significativamente com a imposição de um limite permissivo-restritivo para a modificação singular e de outro permissivo-restritivo-condicionante para modificações sucessivas.

Diante de circunstâncias imprevisíveis, a modificação poderá ocorrer desde que o aumento do valor do contrato, ou do acordo-quadro, inicialmente estipulado, não seja ultrapassado em cinquenta por cento do inicialmente previsto. Portanto, este seria o denominado limite permissivo-restritivo.

Contudo, um outro limite será necessário ser observado no caso de modificações sucessivas, devendo, neste caso, o valor em referência ser aplicado em cada modificação, desde que se comprove que tais sucessões de modificações não foram feitas para evadir-se do limite estipulado pela Diretiva, ou seja, estar-se-ia diante de um limite permissivo-restritivo-condicionante.

Além disso, toda modificação deverá ser publicada no Jornal Oficial da União Europeia, nos termos do artigo 72º, nº 1, alínea “e” da Diretiva 2014/24/EU, seguindo uma série de informações obrigatórias que devem constar na publicação, de acordo com parte “G” do anexo V da Diretiva em questão.

Percebe-se que, em sentido análogo, a Diretiva 2014/23/EU sob a ótica das concessões, preocupou-se em elucidar a ideia do risco negocial e da Teoria da Imprevisão, mas limitou a sua aplicação, de acordo com o artigo 8º, para as concessões cujo valor seja igual ou superior a 5 186 000 € (cinco milhões e cento e oitenta e seis mil Euros). Assim sendo, não foi por outra razão que, preocupando-se com as possíveis oscilações do mercado, buscou-se identificar aquilo que ficou denominou como *risco de exploração*, *risco de procura* e *risco de oferta*, sendo estes últimos pertencentes ao conceito do primeiro.

A Diretiva 2014/23/EU deixa claro que o risco de exploração não seria nada diverso do risco do negócio, como pode ser observado no Item 4.2. e artigo 5º, nº1, alínea “b” (mas com a devida roupagem para a realidade das concessões). Neste sentido, poderá ocorrer uma situação em que o concessionário não recupera sequer os investimentos direcionados para efetivação do objeto do contrato de concessão, ainda que parte do risco ficasse sob a responsabilidade da autoridade ou entidade

adjudicante. Além disso, subsistirá o risco da procura ou da oferta, como elucida a consideração nº 20 da Diretiva 2014/23/EU.

Ainda quanto aos riscos, em quaisquer dos casos, não poderá ocorrer um nexo causal entre estes e eventuais falhas na gestão, no cumprimento contratual ou nos casos de força maior.

A Diretiva 2014/23 ainda se preocupou com as *circunstâncias imprevisíveis* e afirmou que estas seriam somente verificadas nos casos de imprevisibilidade, ou seja, mesmo quando a Administração concedente - autoridade ou entidade adjudicante - realizou de forma *razoavelmente diligente* o que lhe competia, levando em conta todas as considerações devidas, tais como natureza e características do projeto, conduta reta, consideração dos gastos despendidos, entre outros, como demonstra a consideração nº 76 da Diretiva 2014/23/EU, sendo devidamente prevista sua aplicação no artigo 43º, nº 1, alínea “c” da Diretiva em escopo.

O objeto de contrato também foi considerado, sendo tido aqui como *natureza global da concessão* e atuando como limite de modificação de igual maneira às situações anteriormente relatadas e preceituadas na consideração nº 76 e no artigo 43º da Diretiva 2014/23/EU. Neste último, contemplou-se a limitação da modificação contratual por conta de circunstâncias imprevisíveis (alínea “c”), trazendo inclusive os mesmos limites estipulados pela Diretiva 2014/24/EU – salientando que as concessões devam prosseguir atividade diferente das contidas no Anexo II da Diretiva 2014/23/UE, conforme advertido pela consideração nº 41 da Diretiva 2014/23/EU, não olvidando-se também a mesma obrigatoriedade de publicação da modificação no Jornal Oficial da União Europeia.

Destaca-se mais um ponto de similitude: ambas as Diretivas afirmam que havendo a previsão de cláusulas de revisão ou opções claras nesse sentido, o contrato poderá ser modificado sem a necessidade de comprovação de circunstâncias imprevisíveis. Este seria o entendimento conjunto estabelecido pela consideração nº 111 do artigo 72º, nº 1 da Diretiva 2014/24/EU e o artigo 43º, nº 1 da Diretiva 2014/23/EU. Contudo, as mesmas limitações quanto as circunstâncias imprevisíveis devem ser aplicadas: proibição de desnaturar a natureza global do contrato, ou do acordo-quadro, e observâncias dos mesmos limites permissivo-condicionante e permissivo-condicionante-restritivo contidos nos artigos 72º, nº 1, alínea “c” da Diretiva 2014/24/EU e artigo 43º, nº 1, alínea “c” da Diretiva 2014/23/EU.

Por fim, muito embora a probabilidade em sua esmagadora maioria acerca das circunstâncias imprevisíveis apresentadas no decorrer da vigência do contrato administrativo tenha a consequência de um impacto negativo, poderá ocorrer a possibilidade de um ganho extra relativamente significativo que também não seja passível de traçar um nexo direto com a gestão ou com a condução gerencial do negócio, não podendo assim ser absorvido por uma variação razoavelmente normal da relação. Em tais casos, apresenta-se no ordenamento português, no artigo 341º

do Código dos Contratos Públicos, a figura da *Partilha de Benefícios* que, apesar de constar na Seção III do Código dos Contratos Públicos, destinada à execução e modificação de parcerias público-privadas, haveria a possibilidade de sua aplicação no caso das concessões, especialmente as de serviços públicos, por conta de expressa previsão no artigo 21º do Decreto-Lei nº 111/2012, de 23 de maio. E, mais, para sua aplicação, segundo o relatório nº 07/2016 do Tribunal de Contas de Português, a previsão da cláusula no contrato torna-se imprescindível.

4. Conclusão: algumas questões

De acordo com o artigo 90º da Diretiva 2014/24/EU, o prazo máximo para transposição pelos Estados-Membros foi até 18 de abril de 2016 – em igual sentido o artigo 51º, 1 da Diretiva 2014/23/EU, ficando a Comissão Europeia ou qualquer Estado-Membro autorizado para dar início aos procedimentos previstos nos artigos 258 a 260 do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia.

Portugal não respeitou o prazo, mas o mesmo não foi objeto de sanções. Em maio de 2015 foi apresentado um anteprojeto de Transposição e, mais recentemente, o Secretário de Estado das Infraestruturas, o Professor Doutor Guilherme d'Oliveira Martins, requisitou que a Professora Doutora Maria João Estorninho coordenasse uma Comissão de Revisão do Código dos Contratos Públicos. A Professora se diz contra a denominada “*transposição minimalista das Diretivas de 2014*” que, segundo ela, foi o que se apresentava no Anteprojeto de Transposição das Diretivas de 2015, que alterava quase 60 artigos do Códigos de Contratos Públicos e trazia mais 40 novos artigos. Por conta disso, a Comissão de Revisão do Código dos Contratos Públicos, que a mesma coordenou, apresentou em sua proposta um novo Código com pouco mais de 300 artigos (ESTORNINHO, 2016, pp. 9-11). Tal posicionamento foi rechaçado.

O Decreto-Lei nº 111-B/2017, de 31 de agosto, foi o responsável para transpor as Diretivas de 2014 e de realizar uma profunda alteração do Código dos Contratos Públicos, mas mesmo assim, garantiu a sua preservação e não realizou a introdução de um novo Código. Trata-se de uma significativa e profunda modificação, alterando mais de cento e cinquenta artigos e trazendo mais de quarenta novos para o Código dos Contratos Públicos.

Finalmente ocorre a transposição das Diretivas 2014/23/UE e 2014/24/UE, bem como a Diretiva 2014/25/UE, que se limita aos contratos públicos dos setores da água, energia, transportes e serviços postais, e, por fim, a Diretiva 2014/55/UE, que apresentou a faturação eletrônica dos contratos públicos. Mesmo com a tão aguardada transposição, cujo referido decreto-lei estipulou que a sua vigência iniciasse no primeiro dia do presente ano, algumas questões restaram ainda um tanto quanto imprecisas, por exemplo, a consideração 76 da Diretiva 2014/23/UE apresentou um conceito sobre circunstâncias imprevisíveis, afirmando que esta estaria presente apesar da “*...autoridade ou entidade contratante ter preparado a*

adjudicação inicial de forma razoavelmente diligente...”. Custa saber quais seriam os critérios para considerar se uma autoridade ou entidade contratante foi *razoavelmente diligente*.

Outro ponto seria em relação à não observância, quando necessário, da publicação de anúncio de modificação contratual, seja no âmbito dos contratos administrativos como um todo, regido pelo artigo 72º, nº1, parte final da Diretiva 2014/24/UE ou somente nas concessões, nos moldes do artigo 43º, nº 1, parte final da Diretiva 2014/23/UE, no Jornal Oficial da União Europeia. Indaga-se se esta não observância seria razão suficiente para ser considerada como causa de necessidade para realizar um novo procedimento de concessão, ainda que todos os demais limites e procedimentos fossem respeitados. Parece sanção demasiada severa, uma vez que a estipulação de prazo para sanar esta mera irregularidade, já seria suficiente para resolução da irregularidade. Caso contrário, parece um grau de severidade desproporcional em que a Diretiva não esclareceu pormenorizadamente.

Em uma análise conjunta dos artigos 72 da Diretiva 2014/24 e 43 da Diretiva 2014/23, ao tratarem sobre a modificação contratual durante o período de vigência do contrato, mesmo para alterações não necessariamente ligadas à imprevisibilidade, difunde-se uma ideia de acréscimo de valores, ou seja, de que “*o aumento dos valores não pode ultrapassar...*”, no entanto, uma alteração poderia ser feita apenas para atenuar o contrato, minimizando os valores contratados. E tal previsão não existe, ao menos textualmente, nas Diretivas.

Muito embora a globalização econômica fizesse com que a crise hipotecária e bancária americana ressoasse em todo mundo, não sendo a Europa uma exceção, as Diretivas não tratam a imprevisibilidade como um redutor de gastos, mas apenas como um dispêndio maior do que o planejado. De modo que, o limite de alteração de cinquenta por cento do valor inicialmente contratado, estipulado pelas Diretivas, em razão de modificação contratual ligada as circunstâncias imprevisíveis, necessita ser observado de forma positiva e negativa, ou seja, não apenas pelo aumento, mas igualmente por uma redução de igual porcentagem. Todavia, adverte-se que tais valores não poderiam ser significativamente inferiores, pelo menos *a priori*, por retirar a incidência da Diretiva (mas não das normas europeias), aos estipulados no artigo 4º da Diretiva 2014/24.

Outrossim, convém destacar uma interpretação bastante notória quanto ao Direito da Contratação Pública Europeia, de que há dois motores de propulsão que guiam grande parte da Contratação Pública: a concorrência de inclusão e facilitação para as Pequenas e Medias Empresas (PME) participarem dos contratos públicos. Não seria por razão adversa que ambos se encontram como imposições ou permissões e, ainda, como propósitos para *aprofundamento da europeização da contratação pública* (ESTORNINHO, 2016, pp. 10-11).

Na União Europeia, as PME contribuem com mais da metade do PIB comunitário e, em Portugal, por exemplo, segundo o Instituto Nacional de Estatística, em 2010, 99,9% das empresas nacionais eram PME e que giravam negócios nacionais aproximados de 220 mil milhões de euros. A inclusão de mecanismos para integração e preservação deste setor na contratação pública devem ser redobrados.

Por conta desta ponderação, adverte-se quanto à atenção e ao cuidado que se deve ter no campo da modificação dos valores que poderiam retirar ou incluir as PME na Contratação Pública. Resta, portanto, saber qual seria o espectro de preço e os critérios que deveriam ser certificados para permanência das PME na Contratação Pública, mesmo que ocorra no caso concreto uma alteração do valor e, assim, dever-se-ia implementar mecanismo(s) adicional(is) de restrição. Por outro lado, no caso de alteração de valores contratuais que levassem estes a zona de atuação das PMES, seria interessante a implementação de mecanismos incentivo para facilitação desta migração.

Inúmeras questões restam levantadas e não necessariamente dirimidas, levando ao pensamento de que o Tribunal Europeu deverá se manifestar com o decorrer das situações e sinalizar as regiões nebulosas que já se formam neste período de transposição e adequação dos Estados-membros.

A União Europeia, tomando ciência do papel condutor e fomentador que a contratação pública possui, se viu na necessidade de adentrar em toda extensão do Direito da Contratação Pública e utilizar-se desta ferramenta como movimento de aprofundamento da União Europeia e de dissipar as ideias e objetivos que possam ser válidos para o ambiente atual.

Se a tarefa do direito europeu e, mais especificamente, do direito português, não parece das mais simples, a adaptação em razão da transposição que foi feita não será menos capciosa, devendo, necessariamente, o Judiciário e a Academia serem chamados a se manifestar para a elucidação de áreas que não foram colonizadas no primeiro momento.

5. Referências bibliográficas

Acórdão n.º 21/2014 – 28.OUT-1ªS/PL. Recurso Ordinário N.º 02/2014-R, Relatora: Helena Abreu Lopes. Tribunal de Contas Português. Disponível em <http://www.tcontas.pt/pt/actos/acordaos/2014/1spl/ac021-2014-1spl.pdf>. Acesso em 22 de fevereiro de 2017.

Acórdão Van Duyn do Tribunal de Justiça Europeu de 04 de dezembro de 1974 (Van Duyn/Home Office). Processo 41/74. Disponível em http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/np_MA_18545.pdf.

ALMEIDA, Antônio Joaquim Mendes de. Concessões de Serviços Públicos. O Resgate – Natureza Jurídica. Revista da Ordem dos Advogados. Ano 11 – N.º 3 e 4,

1951. Disponível em <https://portal.oa.pt/comunicacao/publicacoes/revista/ano-1951/1951-ano-11-nº-3-e-4/doutrina/>.
- ALMEIDA, Mário Aroso de Almeida. *Contratos Administrativos e Regime da sua Modificação no Novo Código dos Contratos Públicos, Separata de Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Sérgio Correia*, Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, 2010.
- _____. *Sobre o Regime de Modificação dos Contratos Administrativos no Novo Código dos Contratos Públicos*. Disponível em www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/maa_MA_12941.doc.
- AMARAL, Diogo Freitas do, e TORGAL, Lino. *Estudos sobre Concessões e outros atos da administração*. Coimbra: Livraria Almedina, 2002.
- AZEVEDO, Maria Eduarda. *As Parcerias Públicas Privadas: Instrumento de uma nova governação pública*. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Tese de Doutoramento, Coimbra: Livraria Almedina, 2009.
- BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. São Paulo: Malheiros, 2004.
- CADILHA, António. *A Teoria da Imprevisão nos Contratos Administrativos: Génese e receção no Direito Português in Cadernos Sérgio de Contratos Públicos*, nº 02/2016, 2016. Disponível em http://www.servulo.com/xms/files/00_SITE_NOVO/01_CONHECIMENTO/03_CADERNOS/2016/Cadernos_Servulo_de_Contratos_Publicos_II.pdf. Acesso em 25 de fevereiro de 2017.
- CAETANO, Marcelo. *Tratado Elementar de Direito Administrativo, Volume I. Introdução – Teoria Geral da Relação Jurídico-Administrativa*. Coimbra: Coimbra Editora. 1943.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª edição, 18ª reimpressão. Coimbra: Editora Almedina. 2016.
- COLLAÇO, João Maria Tello Magalhães, *Concessões de serviços públicos: sua natureza jurídica*. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1914.
- CORDEIRO, Antônio Menezes. *Tratado de Direito Civil Português. I Parte Geral, Tomo I*. 3ª edição. Coimbra: Editora Almedina, 2005.
- DIAS, José Figueiredo Dias e OLIVEIRA, Fernando Paula. *Direito Administrativo*, Coimbra: CEFA, 2003.
- Decreto-Lei nº 111/2012, de 23 de maio que Disciplina a intervenção do Estado na definição, conceção, preparação, concurso, adjudicação, alteração, fiscalização e acompanhamento global das parcerias público-privadas e cria a Unidade Técnica de Acompanhamento de Projetos. Disponível em

http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1720&tabela=leis.

Diretiva 2014/23/EU do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014 e Diretiva 2014/24/EU do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de fevereiro de 2014. Disponível em <http://www.contratacaopublica.com.pt/dossiers-tematicos/Novas-Diretivas-Europeias-2014/992/>.

ESTORNINHO, Maria João. Requiem pelo Contrato Administrativo. Coimbra: Editora Almedina. 2003.

_____, Maria João. Direito Europeu dos Contratos Públicos. Coimbra: Editora Almedina, 2006.

_____, Maria João (coord.). A Transposição das Diretivas Europeias de 2014 e o Código dos Contratos Públicos, Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas e Centro de Investigação de Direito Público da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2016.

Ficha Bibliográfica. João Maria Tello de Magalhães Collaço (1893-1931). Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa. Disponível em http://www.fd.unl.pt/ConteudosAreasDetalhe_DT.asp?I=1&ID=1065.

FREIRE, Manuel António Freire. Subsídios para o Estudo do Regime de Modificação dos Contratos de Concessão no Direito Angola. Tese de Dissertação de Mestrado defendida na Universidade Católica Portuguesa, Portugal. 2012.

Gestão, monitorização e fiscalização dos contratos de concessão de serviço público das Administrações Portuárias – Volume II – Relatório nº 07/2016 – 2ª Secção do Tribunal de Contas Português – Processo 10/15 AUDIT. Disponível em http://www.tcontas.pt/pt/actos/rel_auditoria/2016/2s/rel007-2016-2s_v2.pdf.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, e, FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. Curso de Derecho Administrativo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

GONÇALVES, Pedro. Concessões de Serviços. Coimbra: Editora Almedina, 1999.

_____, Pedro. O Contrato Administrativo: uma instituição do direito administrativo do nosso tempo. Coimbra: Editora Almedina, 2004.

_____, Pedro. A Relação Jurídica fundada em contrato administrativo. Cadernos de Justiça Administrativa, n.º 64, 2007.

_____, Pedro. Cumprimento e Incumprimento do Contrato Administrativo, in Estudos de Contratação Pública – Volume I. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

- _____, Pedro. Acórdão Pressetext: modificação de contrato existente vs. Adjudicação de novo contrato, Acórdão do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (terceira Secção) de 19.6.2008, P. C-454/06, Anotação in *Cadernos de Justiça Administrativa*, nº 73. Janeiro/Fevereiro 2009.
- GUEDES, Armando M. Guedes. *A Concessão. Estudo de Direito, Ciência e Política Administrativa. Tese de Doutoramento. Coimbra: Coimbra Editora, Limitada. 1954.*
- JABÔR, Marcela Campos. *A Modificação dos Contratos Administrativos com Fundamento na Crise Económica* in *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, Ano 1, nº 10, 2010, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. p. 6129-6144. Disponível em: http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2012/10/2012_10_6129_6143.pdf.
- Jornal Negócios, Caderno Economia. INE: PME representavam 99,9% do tecido empresarial português em 2010. Edição de 29 de junho de 2012. Disponível em:* http://www.jornaldenegocios.pt/economia/detalhe/ine_pme_representavam_999_do_tecido_empresarial_portugues_em_2010.
- Le Conseil D'État Et La Jurisdiction Administrative. 30 mars 1916 – Compagnie générale d'éclairage de Bordeaux. Théorie de l'imprévision. Disponível em* <http://www.conseil-etat.fr/Decisions-Avis-Publications/Decisions/Les-decisions-les-plus-importantes-du-Conseil-d-Etat/30-mars-1916-Compagnie-generale-d-eclairage-de-Bordeaux>.
- LEITÃO, Alexandra. *O tempo e a alteração das circunstâncias contratuais. Artigo elaborado com base na intervenção apresentada no V Encontro de Professores de Direito Público, subordinado ao tema "O Tempo e o Direito Público", que se realizou nos dias 27 e 28 de Janeiro de 2012, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Disponível em:* https://www.icjp.pt/sites/default/files/media/o_tempo_e_a_alt._das_circ._contratuais-2.pdf.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Concessões, Belo Horizonte: Editora Fórum, 2015.*
- MENDES, Pedro Vaz. *Pacta Sunt Servanda e Interesse Público nos Contratos Administrativos, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2016.*
- MENEZES CORDEIRO, *Subsídios para a dogmática administrativa, com exemplo no princípio do equilíbrio financeiro* in *Cadernos O Direito*, nº 2, Coimbra, 2007.
- SOARES, Rogério Ehrhardt. *Direito Público e Sociedade Técnica. Coimbra: Atlântica Editora, 1969.*

QUADROS, Fausto de. *A Nova Dimensão do Direito Administrativo. O Direito Administrativo português na perspectiva comunitária*. Coimbra: Editora Almedina, 1999.

QUELHAS, José Manuel Gonçalves Santos. *Sobres as Crises Financeiras, O Risco Sistémico e a Incerteza Sistemática*, Tese de Doutoramento, Coimbra: Editora Almedina, 2012.

Tratado Constitutivo da Comunidade Económica Europeia ou Tratado CEE. Disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=URISERV%3Axy0023>.

VARELA, João de Matos Antunes. *Das Obrigações em Geral, Volume II*. Coimbra: Almedina. 2015 (Reimpressão da 7ª Edição de 1997).

VASCONCELOS, Pedro Pais de. *Teoria Geral do Direito Civil*. Coimbra: Almedina. 2015.