



## REVISTA DIGITAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO

FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO

---

Seção Artigos de Graduação

### O fato do príncipe no sistema de tutela dos contratos administrativos

*The sovereign act institute in the protection system of public procurement*

Gustavo Gil Gasiola

**Resumo:** o fato do príncipe tutela o contratante particular contra certas atuações da Administração Pública que afetam o contrato. Desta forma, com intuito de tornar os contratos públicos mais eficientes, o presente trabalho visa discutir o conceito de fato do príncipe e suas consequências dentro de um sistema coerente de divisão de riscos.

**Palavras-chave:** contratos administrativos; fato do príncipe; responsabilidade.

**Abstract:** the sovereign act protects the private contractor against certain actions of the Public Administration that affect the contract. Thus, in order to make public procurement more efficient, this paper aims to discuss the concept of the sovereign act and its consequences within a coherent system of risk sharing.

**Keywords:** public procurement; sovereign act; liability.

Disponível no URL: [www.direitorp.usp.br](http://www.direitorp.usp.br) (seção periódicos)

**Artigo submetido em:** setembro 2013

**Aprovado em:** outubro 2013

## O INSTITUTO DO FATO DO PRÍNCIPE NO SISTEMA DE TUTELA DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Gustavo Gil GASIOLA\*

*Sumário: 1 Introdução; 2 Conceito de fato do príncipe; 2.1 O fato como atuação lícita e extracontratual; 2.2 Os efeitos do ato: direto, especial e significativo; 3 O fato do príncipe e os outros mecanismos de proteção do contratante particular; 3.1 Alteração e rescisão unilateral; 3.2 Imprevisão; 4 A tutela por fato do príncipe; 4.1 Fundamentos da tutela; 4.2 Consequências jurídicas do fato do príncipe; 5 Conclusões; 6 Referências bibliográficas.*

### 1 Introdução

O conceito do fato do príncipe é objeto de muitas divergências doutrinárias, as quais se arrastam desde sua criação jurisprudencial na França (PINTO, 2012, p. 24-33). Também no Ordenamento Jurídico brasileiro, há poucas alusões expressas à teoria e as suas consequências jurídicas não são, pelo menos parcialmente, previstas.<sup>1</sup>

Mesmo havendo autores que recusam o instituto do fato do príncipe por ser “um resquício do passado, associado a uma lógica de privilégios do poder público, absolutamente inaceitável nos dias de hoje” (ESTORNINHO, 2012, p. 492), grande parte da doutrina o entende como necessário para a resolução de vicissitudes específicas ocorridas durante a execução de um contrato administrativo. Ainda assim, não se dá atenção adequada à teoria, restando um instituto confuso e cujos critérios carecem de precisão e análise coerente dentro da teoria dos riscos do contrato.

O presente trabalho se propõe, dessa forma, à discussão da abrangência e do regime jurídico do instituto do fato do príncipe nos contratos administrativos. Para o seu desenvolvimento será necessário, em um primeiro momento, abordar o conceito de fato do príncipe e, em seguida, diferenciá-lo das demais figuras de proteção do particular contratante contra a Administração Pública.

A divisão de riscos nos contratos administrativos se estrutura sobre a teoria das áleas.<sup>2</sup> É uma construção teórica que tenta fornecer critérios racionais a essa divisão, pautando-se, fundamentalmente, em imputar cada risco contratual ao agente que poderia ter evitado. A

---

\* *Graduando em Direito pela Faculdade de Direito de Ribeirão Preto da Universidade de São Paulo (FDRP/ USP), conclusão 2014.*

<sup>1</sup> Há referência expressa ao fato do príncipe na Lei nº 8.666/93, art. 65, II, d) e art. 65, §5º; também na Lei nº 11.079/04, art. 5º, III.

<sup>2</sup> Em poucas palavras, entende-se pela teoria das áleas que o particular contratante estaria sujeito aos riscos da álea ordinária (aqueles presentes em todas as atividades empresariais). Em contraposição estaria a álea extraordinária, subdividindo-se em administrativa – a qual responde o contratante público – e a econômica – partilhados entre as partes. Nessa divisão, o fato do príncipe corresponderia à álea extraordinária administrativa.

concretização da teoria se faz por disposição legal<sup>3</sup> e/ou contratual. Contudo, mesmo uma previsão legal, reforçada pelo contrato, não torna claro, por si, a divisão de riscos.<sup>4</sup> Exige-se, para a eficiência contratual, que os riscos sejam facilmente classificáveis quando venham a ocorrer. Para ilustrar o problema, observa-se que, a partir de 2013, os editais para a concessão das rodovias federais passaram a prever expressamente o fato do príncipe como risco imputado ao poder concedente.<sup>5</sup> Ora, se não há discussão aprofundada sobre o conceito, a disposição contratual tornar-se-á vaga e responsável apenas por ineficiências contratuais.

É certo que as construções teóricas que incidem na execução contratual não têm apenas um caráter de proteção ao cocontratante privado. Antes, buscam resguardar o sinalagma contratual; são mecanismos que, quando acionados, permitem manter a relação proporcional entre contraprestações. Institutos como a teoria da imprevisão, a alteração unilateral do contrato e o fato do príncipe têm como objetivo imediato o equilíbrio contratual e somente como objetivo mediato a proteção da posição jurídica dos cocontratantes. Sem prejuízo dessa observação, a perspectiva da presente análise é o fato do príncipe como mecanismo de tutela, ou proteção, dos interesses do particular cocontratante de um ente público. Pela perspectiva adotada, busca-se destacar os casos qualificados como fato do príncipe dentre as situações em que o particular é frustrado em sua expectativa fundada no contrato administrativo. Em outros termos, pergunta-se quando um desequilíbrio prejudicial ao particular é caracterizado como fato do príncipe.<sup>6</sup>

Ao entender que o fato do príncipe está inserido em um sistema de proteção da posição jurídica do particular, justifica-se o presente trabalho na necessidade de se fornecerem critérios seguros e operativos ao instituto, que permitam sua fácil diferenciação diante dos outros institutos de tutela do contratante particular e permitam a construção de um regime coerente de divisão de riscos (PINTO, 2012, p. 53).

## 2 Conceito de fato do príncipe

Conceitua-se fato do príncipe como o exercício lícito de poderes extracontratuais, pela entidade contratante, que incide no contrato administrativo de forma direta, especial e significativa, modificando-o ou resolvendo-o, e cuja incidência cria um dever de indenizar ou modificar o contrato em favor do particular.

---

<sup>3</sup> Para ilustrar, o conceito legal de concessão, art. 2º, II, da Lei 8.987/05, já impõe ao concessionário a álea ordinária, ao se utilizar da expressão “por sua conta e risco”.

<sup>4</sup> Guasch (2004, p. 61) comenta, especificamente sobre os contratos de concessão, que “Brazilian law provides strong protection for concessionaires through the financial-economic equilibrium of the contract. In principle this assessment may be true, but in reality the interpretation of this concept is so open to dispute that much more time may be required to resolve legal issues than many concessionaires can manage.”

<sup>5</sup> Conforme os editais de número 1 a 7 de 2013, disponíveis em [www.antt.gov.br](http://www.antt.gov.br). Nos editais anteriores, de número 1/2012, 2/2012 e 1/2011, não havia previsão geral sobre o fato do príncipe.

<sup>6</sup> De maneira que não serão discutidos os casos em que o desequilíbrio é prejudicial ao contraente público.

Para diferenciá-lo de figuras com certa semelhança – a modificação ou rescisão unilateral e a imprevisão – o conceito carece de maior aprofundamento, feito a seguir em duas partes, com a caracterização do fato (primeira parte) e dos efeitos do fato (segunda parte).

### **2.1 O fato como atuação lícita e extracontratual**

A primeira nota diz respeito à licitude do fato do príncipe (MELLO, 2009b, p. 638). Exige-se do agente a respectiva competência para exercer o ato de poder de forma regular e normal. Caso haja ilicitude, será caracterizada outra espécie de responsabilidade, qual seja i) a responsabilidade objetiva do Estado, nas hipóteses de atuação ilícita<sup>7</sup> e extracontratual; ii) por fato da Administração, quando o ente público agir ilicitamente como parte do contrato (MELLO, 2009b, p. 641; GUIMARÃES, 2010, p. 3); ou iii) responsabilidade no exercício da função legislativa, nos casos de leis inconstitucionais (PINTO, 2012, p. 56; CAHALI, 2007, p. 538-549).

Uma atuação ilícita é toda aquela desviante do bloco de legalidade (SOUSA; MATOS, 2008, p. 21), que desrespeita o princípio da juridicidade.<sup>8</sup> Isto é dizer que, para além da exigência da lei como pressuposto e fundamento do ato, os princípios jurídicos tem uma especial importância à atuação administrativa (ANDRADE, 2011, p. 41).

A outra característica do fato do príncipe é a sua extracontratualidade. O ente contratante, ao criar a medida, exerce suas prerrogativas gerais como Administração Pública, e não como parte do contrato, fundamentando-se nas cláusulas exorbitantes. Esta é, pois, a nota diferenciadora do fato do príncipe em relação à modificação unilateral do contrato.<sup>9</sup> Assim, tem-se caracterizado no fato do príncipe uma responsabilidade civil contratual por fato extracontratual da Administração.

Em sentido semelhante, Figueiredo (2006, p. 10) afirma ser o fato do príncipe sempre uma responsabilidade contratual; Cretella Júnior (2012, p. 34), por sua vez, identifica o fato do príncipe como “cláusula explícita” nos contratos administrativos e, dessa forma, implica uma responsabilidade contratual o seu descumprimento. Mas a posição não é isenta de críticas, pois alguns autores entendem ser uma responsabilidade extracontratual, como Di Pietro (2011a, p. 283) e Nohara (2011, p. 413). Ciente da dificuldade em se classificar a responsabilidade por fato do príncipe, Andrade (2011, p. 231) o identifica como um caso em que a responsabilidade contratual absorveria a responsabilidade extracontratual, gerando uma chamada responsabilidade “semi-contratual”.

---

<sup>7</sup> Ressalta-se a ilicitude, pois mesmo não sendo um requisito da responsabilidade objetiva do Estado, é o ponto diferenciador do fato do príncipe.

<sup>8</sup> Entendido aqui como a exigência da “compreensão do todo Ordenamento Jurídico e a inserção da conduta cogitada, de forma harmônica, nesse universo normativo e de seu contexto socioeconômico.” (MOREIRA, 2012, p. 58).

<sup>9</sup> A utilidade em se diferenciar estas duas tutelas do contratante será tratada nos pontos posteriores.

São estas as principais características do ato causador do fato do príncipe: a licitude e a extracontratualidade.

## 2.2 Os efeitos do ato: direto, especial e significativo

Os efeitos da atuação administrativa devem ter certas características para criar, ao contraente privado, a pretensão de indenização ou modificação contratual por fato do príncipe. Trata-se de elementos-travão do instituto<sup>10</sup> para limitar a total socialização do prejuízo do particular perante atuações lícitas da Administração Pública. São, para tanto, três estes elementos: um, a relação entre o ato e o objeto do contrato (efeito direto); dois, a comparação entre o particular contratante e os outros agentes econômicos (especialidade do dano); e três, a análise da intensidade do ato sobre o contrato (efeito significativo).

Incide de forma direta no contrato, porque é necessário o nexo de causalidade entre o desequilíbrio gerado (ao contratante privado) e o fato do príncipe, não sendo caracterizado, portanto, os casos de causalidade distante, com efeito indireto. Será direto, por exemplo, quando uma regulamentação exigir novos itens de segurança para veículos, modificando diretamente o modo de execução de um contrato de fornecimento cujos veículos não atendam às exigências. Incidirá de forma indireta, do outro lado, quando a majoração de impostos de importação elevar os custos dos itens de segurança já previstos no contrato.

Com isso, limita-se a responsabilidade do Estado aos casos em que a perturbação é consequência direta do exercício de poder. Não se pode confundir, contudo, o efeito direto com a individualização do ato, pois o fato do príncipe, mesmo tomando a forma de medidas gerais, pode modificar diretamente o contrato (modificando as especificidades do produto fornecido, como os itens de segurança). Quando há individualização do ato, ou seja, direciona-se a apenas um determinado contrato, o seu efeito será sempre direto e caracterizará caso de alteração unilateral do contrato. Evita-se, para não haver confusões com relação a essa diferença, o uso da expressão efeito “indireto”, ou “reflexo”, para indicar a indeterminação dos sujeitos.

A análise do nexo de causalidade da medida geral importa que a atuação, *per se*, modificou o contrato, causando prejuízos ou aumentando os encargos contratuais do cocontratante privado. Quando a atuação não gerar, de forma imediata, efeitos no contrato, ainda sim poderá haver reequilíbrio econômico-financeiro, mas nos termos da teoria da imprevisão (desde que cumpridos os demais requisitos).

Cabe ressaltar que os efeitos diretos do fato do príncipe podem, de forma geral, ser de dois tipos. No primeiro caso, a atuação configurada como fato do príncipe altera a forma de execução do contrato, mas não o extingue. Assim, o fato alterará as obrigações do particular perante o contrato, aumentando os encargos (quando passam a ser exigidos, por meio de

---

<sup>10</sup> O termo elemento-travão é trazido por Canotilho (1974, p. 271 e ss.) para indicar as limitações da responsabilidade do Estado por seus atos lícitos. Os elementos decorreriam do próprio fundamento da responsabilidade: a equidade ou a igualdade perante os encargos públicos.

uma medida geral, itens de segurança adicionais, não previstos anteriormente no contrato) ou mesmo prejuízos (pela necessidade, e.g., de se trocar os equipamentos utilizados pelo particular, por conta de uma nova regulamentação da atividade). A modificação no contrato será dupla, havendo a primeira gerada diretamente pelo fato do príncipe e, a segunda, com a finalidade de recuperar o equilíbrio econômico rompido (GONÇALVES, 2007, p. 40-41).

O segundo efeito que o fato do príncipe poderá causar ao contrato é a sua rescisão. Neste caso, a medida torna impossível o objeto e extingue o contrato. Como exemplo, a proibição de veículos pesados em certas vias extinguiria o serviço de transporte de ônibus, caso não houvesse rotas alternativas ao serviço.

Efeito direto, note-se, não pressupõe voluntariedade. Em outras palavras, a análise dos efeitos no contrato não considera se o contratante público agiu com ou sem intenção de modificar o contrato. Imagine-se uma empresa prestadora do serviço de transporte municipal via ônibus. Acontece que, no município em questão, o uso de veículos pesados na região central vem causando dano ao patrimônio histórico e, com tal fundamento, proibiu-se o trânsito de ônibus e caminhões no centro do município. Ora, se em primeira linha, a intenção municipal foi a preservação dos prédios históricos, não se pode negar que a rescisão do contrato de prestação de serviço de transporte por ônibus se dá por um efeito direto da medida geral – tão direto, ressalta-se, quanto se o município resolvesse rescindir unilateralmente o contrato.<sup>11</sup> Uma análise dos efeitos no contrato desvinculada das intenções do agente é o reconhecimento de que os atos (principalmente gerais) geram efeitos diretos a uma grande quantidade de sujeitos, sendo impossível a perfeita prognose.

O fato do príncipe deve causar, além de um efeito direto, um dano especial (TÁCITO, 1975, p. 302; JUSTEN FILHO, 2003, p. 385).<sup>12</sup> Tal característica decorre de um de seus fundamentos, qual seja a igualdade perante os encargos públicos (PINTO, 2012, p. 135 e ss.). Apenas serão compensados os danos que prejudicarem um ou alguns indivíduos – em uma contraposição dano-geral/dano-especial. Quando toda a coletividade é afetada, não há que se falar em compensação, pois isso levaria à estranha solução da coletividade (representada pelo Estado) compensar a mesma coletividade. A especialidade dos efeitos é o motivo no qual o Imposto de Renda não pode dar causa ao reequilíbrio contratual, conforme prevê o §3º do artigo 9º da Lei 8.987/93, já que se trata de um tributo, por excelência, de caráter geral.

---

<sup>11</sup> Para Kirkby (2011, p. 437-438) é importante a diferenciação dos efeitos querido pela Administração e dos efeitos não queridos. Para o seu raciocínio, o regime de indenização integral pelos fatos do príncipe gerados de forma involuntária seria demasiadamente garantista.

<sup>12</sup> Em sentido contrário, Mello (2009b, p. 735) afirma, em especial sobre os contratos de concessão de serviços públicos, que o Direito brasileiro exclui da álea ordinária do contrato, ou seja, da responsabilidade do particular, as medidas que afetem da mesma forma todos os particulares, por conta do §3º do art. 9º da Lei 8.987/95. Contudo, pela exigência neste dispositivo de um “comprovado impacto” para revisar as tarifas, a interpretação não exclui, *a priori*, uma análise da especialidade do dano/encargo para se caracterizar um impacto na equação econômico-financeira. Ademais, tal exigência não é feita na Lei de Licitações e Contratos Administrativos, cabendo apenas às concessões e PPPs.

A especialidade, porém, impõe o problema da identificação concreta.<sup>13</sup> Se nos casos limite é fácil separar os prejuízos especiais (quando se tratar de ato individual) dos não especiais (quando afete todos os agentes econômicos com a mesma intensidade, como o Imposto de Renda), existe entre eles uma zona cinzenta de difícil classificação. É o que acontece com os insumos utilizados pelo particular na execução do contrato. A majoração do tributo que incide sobre determinado insumo, o consumo de energia elétrica por exemplo, pode ou não ter efeito especial no contrato. Se de um lado não tem efeitos especiais sobre um contrato para a prestação de serviço de limpeza, com certeza terá sobre o contrato de concessão para a operação do trem de alta velocidade (TAV).

Pode-se questionar também a relação a ser analisada para a especialidade, ou seja, se a especialidade do prejuízo ou encargo é comparada em relação a todo o mercado (prejuízo do empresário é especial para o resto do mercado) ou com relação ao setor (prejuízo do empresário que atua no setor de Telecomunicações é especial em comparação aos outros empresários do mesmo setor).<sup>14</sup>

Por fim, a perturbação do contrato deve ser significativa para criar um direito à indenização/modificação contratual. Em outras palavras, o particular não tem o dever jurídico de suportar os prejuízos da modificação contratual (MONCADA, 2006, p. 73). Apesar do uso de expressões diferentes para o efeito significativo, como reflexos fortes (MEDAUAR, 2009, p. 228) ou substanciais (MUKAI, 1998, p. 114), outros autores se manifestaram nesse sentido (GASPARINI, 2009, p. 749-741; MEIRELLES, 1999, p. 224).<sup>15</sup>

A *contrario sensu*, existiriam prejuízos decorrentes de um exercício de poder público (lícito e extracontratual, com efeitos diretos e especiais) que devem ser suportados pelo contratante, pela insignificância. Na verdade, este elemento-travão existe, justamente, porque certos prejuízos constituem simples encargos sociais – em contraprestação aos serviços prestados pelo Estado (CANOTILHO, 1974, p. 272) –, limitando a tutela jurídica aos casos em que se ultrapasse este sentido. A discussão, no entanto, não se esgota, uma vez que a interpretação do §6º do art. 37 da CF/88 poderia levar à rejeição do requisito da perturbação significativa. Há de se considerar, porém, que é demasiadamente garantista e inconsequente a negação do elemento-travão à responsabilidade, o que levaria a um número incontrolável e financeiramente inviável de pretensões indenizatórias.

A caracterização do efeito como direto, especial e significativo, aqui sustentada, é rejeitada por parte da doutrina, conforme será exposto.

Cretella Júnior (2012, p. 30 e ss.), ao diferenciar o fato do príncipe do instituto da imprevisão, entende que apenas na imprevisão deve-se observar a intensidade do

---

<sup>13</sup> Canotilho (1974, p. 274-283) identifica as diversas teorias que tentam delimitar a especialidade do dano.

<sup>14</sup> Referência a este modo de identificar a especialidade do dano no acórdão do TCU, 45/1999, Processo n. 001.025/1998-8, DOU 19.05.1999.

<sup>15</sup> Ressalta-se que, aqui, não se discutem os casos em que o fato do príncipe leve à rescisão do contrato, pois sempre será significativa a extinção de uma relação contratual.

dano/encargo. Para o autor, corroborando com o pensamento de Hauriou, são necessários apenas três requisitos para configurar o fato do príncipe: i) o contrato administrativo; ii) uma medida, cujo efeito rompe o equilíbrio; e iii) o elemento de imprevisão. Cumpridos estes requisitos, haverá fato do príncipe, tendo sempre o contratante particular a pretensão de uma indenização integral. Este conceito de fato do príncipe, contudo, pode se revelar impreciso, abrangendo diversas situações em que não se poderia estender o instituto. É o que acontece nas situações em que o efeito não é especial – atingindo a todos em igual intensidade (Imposto de Renda) – ou não é significativo – por exemplo, a criação de novos impostos sem a comprovada repercussão nos preços do contrato, conforme o §5º do art. 65 da Lei 8.666/93.

Vernalha Guimarães (2010, p. 5 e ss.), por sua vez, defende que os requisitos da aplicação da teoria do fato do príncipe encontram-se na alínea “d” do inciso II do artigo 65 da Lei 8.666/93, ou seja: i) fato superveniente; ii) prejuízo a uma das partes; iii) ausência de responsabilidade-culpa da parte agravada; iv) imprevisibilidade do fato ou das consequências; v) relação de causalidade direta entre o fato e os custos de produção. Com isto, equivalem-se os requisitos e as consequências do fato do príncipe e da teoria da imprevisão. Em outras palavras, a responsabilidade do contraente público será igual perante situações totalmente diversas, como as alterações do ambiente econômico alheias à vontade da Administração e regulamentos administrativos que modifiquem diretamente o contrato. Como será posteriormente sustentado, a tutela diferenciada nos casos de fato do príncipe se justifica pelo fundamento da proteção da confiança, inexistente na teoria da imprevisão. Ademais, não resta claro na Lei de Licitações e Contratos a unificação dos regimes de tutela.

Apesar das divergências doutrinárias, observa-se que a jurisprudência converge com os requisitos propostos. O TCU, em diversas decisões sobre a ocorrência de fato do príncipe em contrato de obra pela criação de tributos, como o IPMF e a CPMF,<sup>16-17-18</sup> entendeu serem três os requisitos: i) o nexos de causalidade; ii) a imprevisibilidade do ônus; e iii) a materialidade do ônus. Apesar do uso de expressões diferentes, tais requisitos se aproximam aos aqui sustentados, uma vez que neste nexos de causalidade estaria, conforme a decisão,<sup>19</sup> o efeito direto e a especialidade do dano/encargo; e a materialidade do ônus seria, em outras palavras, o efeito significativo da medida.

---

<sup>16</sup> Acórdão 45/1999, Processo n. 001.025/1998-8, DOU 19.05.1999.

<sup>17</sup> Acórdão 698/2000, Processo n. 675.047/1996-0, DOU 11.09.2000.

<sup>18</sup> Acórdão 538/2008, Processo n. 016/905/2002-3, DOU 04.04.2008.

<sup>19</sup> Utiliza-se, para refutar o nexos de causalidade no caso concreto que tais impostos alcançaram “a economia do país como um todo”, ou que não houve um dano especial “se comparado a outros setores da economia”, acórdão 45/1999, Processo n. 001.025/1998-8, DOU 19.05.1999.

### 3 O fato e os outros mecanismos de proteção do contratante particular

Dentre os diversos mecanismos que protegem o contratante particular contra a atuação estatal, figura o fato do príncipe. E estes mecanismos, por compartilharem algumas características, aproximam-se e, por vezes, são confundidos. Tanto que, pela inexistência de um conceito legal ou de uma completa previsão das consequências jurídicas dos institutos, muitos doutrinadores entendem que os efeitos jurídicos do fato do príncipe e da teoria da imprevisão são equivalentes (GUIMARÃES, 2010, p. 5; JUSTEN FILHO, 2011, p. 532).

É preciso, pois, examinar o fato do príncipe inserto no sistema de proteção do contratante particular, comparando-o com as figuras mais próximas: a modificação ou rescisão unilateral do contrato e a teoria da imprevisão.

#### 3.1 Alteração e rescisão unilateral

Os poderes de modificação unilateral são de titularidade do contraente público e inerentes aos contratos administrativos.<sup>20</sup> Provém do próprio contrato, nas suas cláusulas exorbitantes. É exercido pela entidade pública na sua posição de parte no contrato, resultando na responsabilidade contratual em restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro.<sup>21</sup> Assim, já se observa a principal diferenciação do conceito de fato do príncipe aqui adotado, por ser este o exercício de poderes gerais que não pressupõe cláusulas exorbitantes.

É clara, no entanto, a aproximação dos institutos, como fica evidente no entendimento de certos autores que negam autonomia ao fato do príncipe. Para Sérvulo Correia, o essencial para a identificação da responsabilidade é a atuação administrativa, não sendo importante a diferença entre medidas gerais e atos individuais (CORREIA, 1990, p. 84; MEIRELLES, 1999, p. 244).

Na verdade, os efeitos jurídicos da modificação unilateral e do fato do príncipe, muitas vezes, equivalem.<sup>22</sup> Trata-se, porém, de atuações finalisticamente diferentes, pois a modificação unilateral, que pressupõe um ato individual e concreto, sempre tem o contrato por objeto, enquanto que o fato do príncipe, que geralmente é um ato de caráter geral, não o tem (GONÇALVES, 2003, p. 109). Além disso, o poder de modificação unilateral do contrato recebe várias limitações que não existem para a modificação do contrato por fato do príncipe (KIRKBY, 2011, p. 436-437).

O mesmo acontece com o poder de rescisão unilateral do contrato. Isso, porque o fato do príncipe também poderá extinguir a relação contratual, mas em outros termos. Seria o caso

---

<sup>20</sup> Previstos de forma genérica no artigo 58, I e também no art. 65, I, da Lei 8.666/93.

<sup>21</sup> Conforme §§ 4º, 5º, 6º do art. 65 da Lei 8.666/93.

<sup>22</sup> Segundo Andrade (2011, p. 231), tratar-se-ia de uma absorção da responsabilidade extracontratual pela responsabilidade contratual, podendo ser entendido o fato do príncipe como responsabilidade “semi-contratual”.

de um município que realizou um contrato com um particular para o serviço de transporte público urbano por tração animal. A rescisão deste contrato, que é de longa duração, pode-se dar com a rescisão unilateral do município, para substituí-lo por outro meio de transporte mais eficiente e adequado. Diferente é o caso do fato do príncipe. Em nome da segurança dos condutores de veículos automotores, limita-se o uso das vias urbanas, proibindo-se o trânsito de animais. O objeto contratual (transporte por tração animal) tornar-se-á impossível, será rescindido o contrato e o município terá que pensar em alternativas ao serviço de transporte público urbano. Perceba-se: apenas de efeitos idênticos para o particular, a rescisão se dá de maneira diversa em cada um dos casos.

### 3.2 Teoria da imprevisão

Outro instituto próximo do fato do príncipe é a teoria da imprevisão ou da alteração das circunstâncias sob as quais o contrato foi firmado. A primeira distinção que se coloca é que, enquanto o fato do príncipe compõe a álea administrativa, ou seja, o ente contratante concorre diretamente para o aumento de encargos e responde por eles, a imprevisão compõe a álea econômica, ou seja, nenhuma das partes deu causa à alteração (SANTOS, 1995, p. 188). Por não haver nexo de causalidade entre a atuação das partes e a alteração, os prejuízos da teoria da imprevisão não recaem integralmente a nenhuma das partes, sendo compartilhados (DI PIETRO, 2011, p. 288).<sup>23</sup> Com o mesmo raciocínio, havendo um fato do príncipe, a responsabilidade é integralmente do ente público, pois é este quem gerou o prejuízo.

Se o regime jurídico de tutela do particular frente ao desequilíbrio do contrato administrativo depende, em grande medida, daquele a quem se imputa o fato, os critérios de identificação do autor terão importância. Isto se justifica, pois nem sempre será o contratante público o autor do fato do príncipe.

Dessa forma, três situações são possíveis: i) o autor é o próprio ente contratante, respondendo este pela responsabilidade por fato do príncipe; ii) o autor é ente diverso das partes e há uma relação de independência com o ente contratante, podendo caracterizar a teoria da imprevisão; e iii) o autor é ente diverso das partes e há uma relação de dependência com o ente contratante, respondendo o autor pela responsabilidade por fato do príncipe. Isso, porque certas situações impõem uma análise das relações entre os entes da Administração, especificamente, entre o ente produtor da medida e o ente contratante, para a imputação da culpa pelos danos/encargos.

Nas situações extremas, não há dúvida. Quando o contratante público é o produtor do fato, este deverá repor o equilíbrio econômico-financeiro ou indenizar o particular. No outro extremo, temos duas entidades totalmente autônomas entre si, não havendo qualquer

---

<sup>23</sup> Deve-se registrar que não é pacífico este entendimento, pois há quem impute responsabilidade integral à Administração (MELLO, 2009a, p. 632).

relação de tutela ou hierarquia entre elas. Neste caso, não haverá fato do príncipe,<sup>24</sup> a entidade a quem se imputam os danos responderá objetivamente ou a entidade contratante responderá parcialmente pela teoria da imprevisão. E, por fim, nos casos intermédios, quando há uma relação entre os entes públicos, existirá a possibilidade de o agente produtor do fato do príncipe não ser o próprio ente contratante.<sup>25</sup> Mas, para existir uma identidade entre o ente contraente e o ente produtor do fato do príncipe, deverá existir entre eles a previsão de uma tutela de mérito (KIRKBY, 2011, p. 439).<sup>26</sup> A razão para tal critério é a capacidade de controle da decisão que o contraente público deve ter para ser responsabilizado pelo fato. Na verdade, decorre da lógica já acima referida, uma responsabilidade limitada aos elementos-travão da atuação administrativa.

## 4 A tutela por fato do príncipe

A proteção do contratante particular frente a um ato lícito e extracontratual, que modifique ou resolva o contrato, direta, especialmente, e de modo significativo, ou seja, por um fato do príncipe, deverá receber a tutela do ordenamento jurídico, pois os danos sofridos ou os encargos acrescidos criam ao particular uma posição jurídico-subjetiva indenizatoriamente relevante (CANOTILHO, 1974, p. 285 e ss.). Mas, para bem identificar esta posição jurídica do particular, torna-se necessário analisar os fundamentos que sustentam a tutela nos casos de fato do príncipe, primeira parte deste ponto. Após, será possível delimitar um regime de tutela de forma coerente, considerando, também, os outros institutos de tutela do contratante particular, segunda parte deste ponto.

### 4.1 Fundamentos da tutela

A teoria do fato do príncipe ainda representa situações em que se torna necessária a tutela dos interesses do contratante particular. Sendo assim, são identificáveis dois fundamentos desta tutela: i) igualdade dos cidadãos perante os encargos públicos e ii) a proteção da confiança.

O primeiro fundamento, a igualdade perante os encargos públicos.<sup>27</sup> É um desdobramento do princípio da igualdade que impõe ao Estado a distribuição equitativa dos encargos públicos, ou seja, os custos necessários para concretizar o interesse público (CANOTILHO, 2003, p. 431). Por tal fórmula, cada particular, por usufruir dos serviços do Estado – a Administração, o Judiciário e o Legislativo – deve arcar com parte de seu custo, o chamado custo da vida em sociedade. Para além desse montante, o Estado não poderá onerá-lo, devendo, quando ultrapassar, compensar financeiramente o particular (ou restaurar sua situação anterior, no caso de atuação ilegal).

---

<sup>24</sup> Em sentido diverso, Justen Filho (2011, p. 532) entende ser a teoria do fato do príncipe aplicável a atuações de qualquer dos entes do Estado, independentemente da autoridade contratante.

<sup>25</sup> Gasparini (2009, p. 750), por sua vez, compreende o fato do príncipe limitado ao ente contratante.

<sup>26</sup> Para Di Pietro (2011a, p. 283), entretanto, o fato do príncipe é aplicável quando o autor pertencer à mesma esfera de governo em que se celebrou o contrato.

<sup>27</sup> Em sentido próximo, Di Pietro (2011b, p. 100) identifica na equidade o fundamento do fato do príncipe.

Tal princípio é reafirmado diversas vezes no ordenamento, como na desapropriação, que conforme o inciso XXIV do artigo 5º da CF/88, deve ser precedida de justa e prévia indenização perante a perda do direito de propriedade. Também, este é o fundamento da responsabilidade objetiva do estado, constitucionalmente prevista no art. 37, §6º. Nos contratos administrativos, o princípio impõe a preservação do equilíbrio econômico (previsto, principalmente, no art. 37, XXI da CF/88), assegurando ao particular a manutenção equivalente dos seus encargos como parte no contrato.

As exigências de efeito especial e significativo para classificar um fato do príncipe decorrem diretamente do fundamento da equidade. Por ser especial, afeta o particular de modo diferenciado, impondo-lhe uma situação mais gravosa em relação aos outros. Por ser significativo, o encargo do fato do príncipe extrapola os custos normais de vida em sociedade que é exigido a cada um.

O segundo fundamento do fato do príncipe é a proteção da confiança do contratante particular, decorrente do princípio da segurança jurídica. A tutela por fato do príncipe pressupõe a existência de um contrato público e este, por sua vez, pressupõe a lealdade e a boa-fé (MELLO, 2009a, p. 243). É desta maneira que se inaugura uma relação reforçada de confiança entre o particular e a Administração, ou uma “posição relativa diferenciadora” do particular (PINTO, 2012, p. 138). Diferentemente da relação existente entre um particular comum e a Administração, na relação contratual pública o particular realiza certas ações – faz empréstimos, investe, constrói, contrata funcionários, aumenta a produção, e tudo mais quanto possa ser inserido dentro do contrato – com uma legítima expectativa de ações e omissões específicas da Administração.

A relação sinalagmática do contrato administrativo, porém, não assenta (apenas) sobre as cláusulas regulamentares de execução, mas (principalmente) em sua equação econômico-financeira. Em suma, as regras do contrato podem mudar desde que se mantenha a relação entre benefícios e encargos, a chamada equação econômico-financeira. Fica clara esta afirmação ao se trazer novamente a figura do poder de modificação unilateral do contrato. Perante uma razão de interesse público, a entidade poderá adaptar o contrato, mas, conseqüentemente, deverá compensar o particular com um reequilíbrio econômico-financeiro (GONÇALVES, 2003, p. 41).

Em suma, quando o contratante público – utilizando de seus poderes extracontratuais e presente todas as demais características do ato e dos efeitos – quem dá causa à modificação ou rescisão do contrato administrativo, o particular é tutelado com fundamento da igualdade perante os encargos públicos, uma vez que o prejuízo foi sofrido de forma especial e significativa pelo contratante privado, e, também, com fundamento na proteção da confiança, baseado na relação jurídica que se fundou no contrato.

## **4.2 Conseqüências jurídicas do fato do príncipe**

O diálogo entre a estabilidade (condicionante da eficiência) e a mutabilidade (condicionante da busca pelo interesse público) dos contratos administrativos exige do ordenamento jurídico um regime claro de execução. Em outras palavras, os riscos do contrato precisam ser divididos de maneira operativa e coerente. Quando ocorre algum fato desestabilizador da relação contratual, as partes deverão estar aptas a caracterizar o fato, determinando o responsável pelos encargos. Mas, identificando o sujeito a quem se imputam os encargos, este deve ser responsabilizado de forma coerente.

Na comparação entre os efeitos de um fato do príncipe e uma modificação/rescisão unilateral, observa-se inexpressiva diferença. Apesar de os requisitos de caracterização serem diferentes, os efeitos jurídicos são os mesmos. Isso, porque se pressupõe que o fato do príncipe atua no contrato de maneira direta, especial e significativa. Quando ocorre uma alteração unilateral do contrato, através do poder de conformação contratual, os efeitos do ato serão direto (pois se dirige à modificação de um determinado contrato), especial (já que a modificação sempre afetará o cocontratante particular em detrimento dos outros empresários) e significativo.

Por haver efeitos equivalentes e fundamentos compartilhados (na igualdade perante os encargos públicos e na proteção da confiança), as consequências jurídicas dos dois institutos também equivalem. Em ambos, o ente contratante responderá integralmente pelos danos ou aumento de encargos para o particular. Ressalta-se, contudo, a necessidade de se diferenciarem as figuras, pois mesmo sendo iguais seus efeitos e consequências, elas nascem a partir de diferentes atuações, que, por sua vez, tem diferentes exigências e limites.

Situação diversa é o regime da teoria da imprevisão. Como não há neste instituto o fundamento da proteção da confiança reforçada, não existiria razão para uma responsabilidade integral ao ente contratante. Por conta disto, a melhor solução, por não terem concorrido nenhuma das partes para o agravamento, seria a divisão dos danos ou encargos acrescidos entre as partes.

A Lei 8.666/93, frise-se, não determinou as consequências jurídicas da teoria da imprevisão. No dispositivo em que há referência à teoria (artigo 65, II, "d"), existe apenas a previsão de alteração contratual, por acordo das partes, no caso de imprevisão (e outras causas). Outra situação, bem diferente, seria se a lei determinasse a quem cabe o risco da imprevisão.

Não se ouvida que, para parte da doutrina, a existência do fato do príncipe, independentemente do autor ser coincidente com o contraente público, gera a responsabilidade sempre à Administração parte no contrato (CAETANO, 2010, p. 621; CORREIA, 1990, p. 84). No entanto, a realidade atual de administração desconcentrada não permite tal entendimento. Não é difícil observar que a contratualização tornar-se-ia ineficiente se o contraente público assumisse a responsabilidade integral pelas medidas gerais de entes diversos.

## 5 Conclusões

O fato do príncipe é um instituto de tutela para o contratante particular contra determinadas atuações da Administração pública. E, como tal, deve integrar um sistema operacional e coerente, pressupostos da eficiência na contratação pública. Operacional, pois o particular, bem como o ente contratante, devem ser aptos a identificar nas situações concretas às correspondentes áleas. Coerente, porque a identificação de um determinado instituto de proteção implicará em uma determinada consequência jurídica, justificada pelos fundamentos da proteção. Assim, baseando-se em uma estrutura de confiança, a clara delimitação dos riscos que serão assumidos por cada parte é essencial para a eficiência do contrato.

Para a configuração do fato do príncipe, conforme discutido, exigem-se características do fato e dos efeitos deste, que permitem uma melhor diferenciação de institutos próximos, como a alteração e a rescisão unilateral do contrato, bem como a teoria da imprevisão. Desta forma, o fato é uma atuação lícita e extracontratual, enquanto seus efeitos são diretos, especiais e significativos.

Comparado à modificação/rescisão unilateral do contrato, o fato do príncipe produz consequências jurídicas idênticas; ambos os institutos de tutela têm como fundamento a igualdade perante os encargos públicos e a proteção da confiança. Isto não retira, contudo, a utilidade em diferenciá-los, já que o fato do príncipe abrange outros tipos de situações, que não sofrem as mesmas limitações da modificação unilateral.

Com relação à teoria da imprevisão, o fato do príncipe se diferencia na sua caracterização e nas consequências jurídicas. Exige-se, para o fato do príncipe, um nexos causal direto entre uma medida do ente contratante e a modificação ou rescisão contratual, enquanto que, na imprevisão, a atuação das partes não é (pelo menos diretamente) causa da alteração das circunstâncias. Portanto, a imprevisão é álea extraordinária econômica, não sendo imputada integralmente a nenhuma das partes e, fundamentado pela igualdade dos cidadãos perante os encargos públicos, os danos ou encargos acrescidos serão compartilhados entre as partes.

## 6 Referências bibliográficas

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Lições de Direito Administrativo*. 2ª ed. Coimbra: Coimbra, 2011.

CAETANO, Marcello. *Manual de Direito Administrativo*. V. 1. 10ª ed. Coimbra: Almedina, 2010.

CAHALI, Yussef Saida. *Responsabilidade civil do Estado*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003.

\_\_\_\_\_. *O problema da responsabilidade do Estado por actos lícitos*. Coimbra: Almedina, 1974.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 23ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CORREIA, José Manuel Sérvulo. Contrato administrativo, in *Dicionário jurídico da Administração Pública*, v. III, Lisboa, 1990.

CRETELLA JÚNIOR, José. Teoria do “fato do príncipe”. *Revista dos Tribunais*, v. 918, ano 101, 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2011a.

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

ESTORNINHO, Maria João. *Curso de direito dos contratos públicos – por uma contratação pública sustentável*. Coimbra: Almedina, 2012.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Equação econômico-financeira do contrato de concessão: aspectos pontuais. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico – REDAE*, n. 7, 2006.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

GONÇALVES, Pedro. A relação jurídica fundada em contrato administrativo, *Cadernos de Justiça Administrativa*, n. 64, 2007.

\_\_\_\_\_. *Contratos administrativos, uma instituição do direito administrativo do nosso tempo*. Coimbra: Almedina, 2003.

GUASCH, J. Luis. *Granting and renegotiating infrastructure concessions: doing it right*. Washington D.C.: The World Bank, 2004.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. A recomposição da equação econômico-financeira do contrato administrativo em face do incremento dos encargos salariais. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico - REDAE*, n. 21, 2010.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 7ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

\_\_\_\_\_. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003.

KIRKBY, Mark Bobela-Mota. *Contratos sobre o exercício de poderes públicos – exercício contratualizado do poder administrativo de decisão unilateral*. Coimbra: Coimbra, 2011.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 13ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Licitação e contratos administrativos*. 12ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Contrato administrativo: fundamentos da preservação do equilíbrio econômico-financeiro, in MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Grandes temas de Direito Administrativo*. São Paulo, Malheiros, 2009a.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Administrativo*. 26ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009b.

MONCADA, Luís Cabral de. A responsabilidade civil extracontratual do Estado e demais entidades públicas, in *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano*, v. II. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2006.

MOREIRA, Egon Bockmann. O princípio da legalidade, a lei e o Direito, in MARRARA, Thiago (org.). *Princípios de Direito Administrativo*. São Paulo, Atlas, 2012.

MUKAI, Toshio. *Licitações e contratos públicos: comentários à Lei n. 8.666/93*. São Paulo: Saraiva, 1998.

NOHARA, Irene Patrícia. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2011.

PINTO, Cláudia de Moura Alves Saavedra. *O facto príncipe e os contratos administrativos*. Coimbra: Almedina, 2012.

SANTOS, Marcia Walquiria Batista dos. A teoria da imprevisão e os contratos administrativos, in GARCIA, Maria (coord.). *Estudos sobre a Lei de Licitação e Contratos*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

SOUSA, Marcelo Rebelo de; MATOS, André Salgado de. *Responsabilidade Civil Administrativa, Direito Administrativo Geral*. Tomo III. Lisboa: Dom Quixote, 2008.

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

#### FICHA CATALOGRÁFICA

GASIOLA, Gustavo Gil. O fato do príncipe no sistema de tutela dos contratos administrativos. *Revista Digital de Direito Administrativo*, Ribeirão Preto. v. 1, n. 1, p. 69-84, 2014.