

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA

CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS

DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

JOSUÉ CRUZ BORGES

**A RESPONSABILIDADE DO ESTADO, FRENTE AO DESEQUILÍBRIO
ECONÔMICO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS, CRIADOS PELA LEI
13.979/2020, DURANTE A PANDEMIA DE COVID 19.**

Florianópolis

2022

JOSUÉ CRUZ BORGES

**A RESPONSABILIDADE DO ESTADO, FRENTE AO DESEQUILÍBRIO
ECONÔMICO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS, CRIADOS PELA LEI
13.979/2020, DURANTE A PANDEMIA DE COVID 19.**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao
Curso de Graduação em Direito da Universidade
Federal de Santa Catarina (UFSC) como requisito à
obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof^a. Dra. Carolina Medeiros Bahia

Florianópolis

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado “A RESPONSABILIDADE DO ESTADO, FRENTE AO DESEQUILÍBRIO ECONÔMICO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS, CRIADOS PELA LEI 13.979/2020, DURANTE A PANDEMIA DE COVID 19”, elaborado pelo(a) acadêmico(a) JOSUÉ CRUZ BORGES, matrícula nº 16104950, defendido em 13/12/2022 e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota **8,0 (OITO)**, cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

Florianópolis, 13 de dezembro 2022



Documento assinado digitalmente
Carolina Medeiros Bahia
Data: 14/12/2022 13:43:38-0300
CPF: ***.060.815-**
Verifique as assinaturas em <https://v.ufsc.br>

Carolina Medeiros Bahia
Professor Orientador



Documento assinado digitalmente
Melissa Ely Melo
Data: 14/12/2022 17:33:25-0300
CPF: ***.417.350-**
Verifique as assinaturas em <https://v.ufsc.br>

Melissa Ely Melo
Membro de Banca



Documento assinado digitalmente
Rodrigo Alessandro Sartoti
Data: 14/12/2022 16:08:21-0300
CPF: ***.071.099-**
Verifique as assinaturas em <https://v.ufsc.br>

Rodrigo Alessandro Sartoti
Membro de Banca



Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Ciências Jurídicas
COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO

TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E
ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA

Aluno(a): Josué Cruz Borges

RG:0448033623

CPF:87026465520

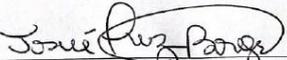
Matrícula: 16104950

Título do TCC: A Responsabilidade do Estado, frente ao desequilíbrio econômico dos contratos administrativos, criados pela Lei 13.979/2020, durante a pandemia de Covid 19.

Orientador(a): Carolina Medeiros Bahia

Eu, Josué Cruz Borges , acima qualificado(a); venho, pelo presente termo, assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico apresentado no TCC de minha autoria, acima referido

Florianópolis, 13 de dezembro mês de 2022.



JOSUÉ CRUZ BORGES

RESUMO

A partir do ano de 2020, o Brasil passou a viver uma séria crise sanitária, por conta da contaminação pela Covid 19. No mesmo ano, governo brasileiro, em resposta a gravidade da doença, promulgou a Lei 13.979/2020,(Após estabelecido o estado de calamidade, a pedido do Governo Federal, foi aprovada a Lei 13.979/2020, na Câmara dos Deputados em 18 de fevereiro de 2020 e foi aprovada no Senado Federal em 20 de fevereiro de 2020), em seu texto, a nova lei estabelecia sérias medidas restritivas de direitos individuais e coletivos, dentre os quais: o afastamento social, a diminuição de direitos individuais e coletivos, a parada das atividades que envolvessem aglomerações, a parada total das atividades em serviços de obras e de infraestrutura, dentre várias outras medidas, que interferiram diretamente na vida da população. A Lei 13.979/20, causou também grandes prejuízos econômicos e sociais, mormente para os contratos administrativos, pois todas as atividades, que envolviam contratos com a Administração, foram suspensas, fazendo com que muitas pessoas fossem desempregadas e empresas viessem a falir, por conta de não mais suportarem os prejuízos. Assim, a sociedade civil passou a discutir sobre os problemas causados pela Lei 13.979/20, criada para solucionar um problema, deu origem a vários outros. A referida lei trouxe graves contradições, com o sistema jurídico Constitucional, visto que, rompia com vários institutos já estabelecidos pelo sistema normativo e já pacificado, pela jurisprudência, tudo isso em nome do interesse público e da saúde pública. Assim, diante deste cenário, buscou-se descobrir qual a responsabilidade do Estado, no desequilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos, ocorridos após a criação da Lei 13.979/20, por conta das intervenções do Estado no convívio social do povo brasileiro. Concluiu-se pela responsabilização do Estado, pelo desequilíbrio econômico dos contratos administrativos, por conta de todos os impedimentos e restrição, criados pelas medidas feitas para conter a pandemia de Covid 19, que ao mesmo tempo impediu o cumprimento regular dos contratos administrativos. As bases para essa conclusão foram retiradas de várias fontes, sendo elas: a doutrinas, a lei e as jurisprudências. Tudo isso será comprovado ao longo da pesquisa.

A conclusão, levou a uma segunda questão, onde se examinou a possibilidade de se pensar em alternativas, que possam evitar esse tipo de situação de prejuízo no

futuro, através de lei, previamente debatida e subjugada aos princípios Constitucionais, como também a jurisprudência, bem como, submetida ao sistema de freios e contra pesos, a fim de reduzir os impactos negativos, que foram identificados, através da aplicação da Lei 13.979/20, (Lei de enfrentamento da emergência de saúde pública).

Palavras-chave: Responsabilidade; Administração; Desequilíbrio; Econômico; Contrato; Lei 13.979/20; Pandemia; Covid 19.

ABSTRACT

From the year 2020, Brazil began to experience a serious health crisis, due to contamination by Covid 19. In the same year, the Brazilian government, in response to the severity of the disease, enacted Law 13.979/2020, (After establishing the state of calamity, at the request of the Federal Government, Law 13.979/2020 was approved in the Chamber of Deputies on February 18, 2020 and was approved in the Federal Senate on February 20, 2020), in its text, the new law established serious restrictive measures of individual and collective rights, among which: social distancing, the reduction of individual and collective rights, the stoppage of activities involving crowds, the total stoppage of activities in works and infrastructure services, among several other measures, which directly interfered in the life of the population. Law 13.979/20 also caused great economic and social damage, especially for administrative contracts, since all activities involving contracts with the Administration were suspended, causing many people to be unemployed and companies to go bankrupt, due to no longer bear the losses. Thus, civil society began to discuss the problems caused by Law 13.979/20, created to solve a problem, which gave rise to several others. This law brought serious contradictions with the Constitutional legal system, since it broke with several institutes already established by the normative system and already pacified by jurisprudence, all in the name of the public interest and public health. Thus, in view of this scenario, we sought to find out what the responsibility of the State is, in the economic-financial imbalance of administrative contracts, which occurred after the creation of Law 13.979/20, due to State interventions in the social life of the Brazilian people. It concluded that the State was held responsible for the economic imbalance of administrative contracts, due to all the impediments and restrictions created by the measures taken to contain the Covid 19 pandemic, which at the same time prevented the regular fulfillment of administrative contracts. The bases for this conclusion were taken from several sources, namely: doctrinal, law and jurisprudence. All this will be proven throughout the research.

The conclusion led to a second question, where the possibility of thinking about alternatives was examined, which could avoid this type of situation of loss in the future, through law, previously debated and subjugated to Constitutional principles, as well as jurisprudence, as well as as, submitted to the system of brakes and counter weights, in order to reduce the negative impacts, which were identified, through the application of Law 13.979/20, (Law to face the public health emergency).

Keywords: Responsibility; Administration; Imbalance; Economic; Contract; Law 13.979/20; Pandemic; Covid 19.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 O DIREITO ADMINISTRATIVO E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	13
2.1 HISTÓRIA DA FORMAÇÃO DO ESTADO E DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.	14
2.1.1 A queda do Absolutismo	14
2.1.2 Formação do Estado	15
2.1.3 A Tripartição dos Poderes	16
2.2 SURGIMENTO DO DIREITO ADMINISTRATIVO E DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	17
2.2.1 O Surgimento do Direito Constitucional	17
2.2.2 O Estabelecimento do Direito Administrativo	18
2.3 PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	19
2.3.1 Princípio da Igualdade	20
2.3.2 Princípios da Legalidade	20
2.3.3 Princípios da Moralidade	21
2.3.4 Princípios da Publicidade	22
2.3.5 Princípios da eficiência	22
2.3.6 O princípio do Interesse público	23
2.3.7 Princípio do Devido Processo Legal	24
2.3.8 Princípio do contraditório e da ampla defesa	24
2.3.9 Princípios da Impessoalidade	25
2.3.10 O princípio do formalismo moderado	25
3 DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS	28
3.1 A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O CONTRATO ADMINISTRATIVO.....	28
3.1.1 Características dos contratos administrativos	29
3.2 ESPÉCIE DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.....	34
3.2.1 Contrato de obras Públicas e prestação de serviço	36
3.2.2 Contrato de fornecimento (ou compras)	37
3.2.3 Contratos de Concessão e de Permissão	38
3.2.4 Contrato de gestão	39
3.3 O INSTITUTO DO REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DOS CONTRATOS.....	40

3.3.1 A teoria das Áreas dos Contrato Administrativo em face da pandemia de Covid -19.....	41
3.3.2 Tipos de áreas Contratuais.....	42
3.3.3 O desequilíbrio dos contratos administrativos e o reequilíbrio em épocas de pandemia de Covid 19.....	44
4 RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DURANTE A PANDEMIA DE COVID 19.....	50
4.1 PANDEMIA DE CONVID - 19.....	54
4.1.1 A emergência sanitária pelo Covid.....	55
4.2 A RESPONSABILIDADE DO ESTADO E A PANDEMIA.....	56
4.2.1 A responsabilidade do estado no desequilíbrio dos contratos administrativos na pandemia.....	58
4.2.2 Caso de desequilíbrio de contrato administrativo.....	59
4.3 ANÁLISE CRÍTICA CRÍTICAS DA ATUAÇÃO DO ESTADO NA PANDEMIA.....	65
4.3.1 Contrapontos da atuação do Estado Administrador, frente a condição de pandemia.....	66
5 CONCLUSÃO.....	73
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS E DIGITAIS.....	78

1 INTRODUÇÃO

O termo Administração, tem vários sentidos, sendo que o vocábulo abrange as atividades superiores de diligência, planejamento, comando e também a atividade subordinada de execução. Por outro lado, pode-se entender o instituto da Administração pública como sendo a atividade realizada pelo Estado, objetivando a proteção do interesse público, tendo como estrutura, um conjunto de pessoas, lei, normas e instituições.

No Brasil, a Administração Pública busca defender os interesses públicos, através de atividade regulada pela lei e para isso, o legislador infraconstitucional instituiu a Lei 8666/93, também conhecida como lei de Licitação, que no ano de 2021 foi substituída pela Lei 14.133/21 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos).

Nessa perspectiva, é importante buscar a definição legislativa do contrato. A priori, é instrumento regularmente indicado pelas Leis de Licitação e meio próprio, que deve ser usado pela Administração Pública, para estabelecer negociações entre esta e qualquer parte que venha aceitar negociar com a Administração. Deste modo, a definição trazida pela Lei 8.666/93, no artigo 2º, parágrafo único seria, qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da administração pública ou particulares, onde existe uma avença, criado entre as partes, a qual cria obrigações recíprocas, independente de denominação.

Ainda dispondo sobre as Leis 8.666/93 e a Lei 14.133/21, o legislador infraconstitucional ao promulgar a Lei nova de Licitação e contratos Administrativos. A Lei 14.133/21, estabeleceu no artigo 195, que a partir de sua promulgação, existiria um período de transição de 2 (dois) anos, em que ambos os textos de leis estariam válidas, ficando facultado ao administrador público, a utilização de quaisquer delas.

Este trabalho foi realizado usando quase que exclusivamente, a doutrina baseada na lei 8.666/93, por conta do exposto acima e por não ser objetivo desta pesquisa, fazer contrapontos entre os referidos textos de lei.

Outro motivo para se usar somente a Lei 8.666/93, é o fato de que os fatos narrados na pesquisa, foram baseados nesta Lei, vez que se deram antes do ano da promulgação da nova Lei de Licitação, sendo assim, a lei aplicável para o caso era a Lei antiga de Licitação, que ainda está válida, onde somente perderá sua

aplicação, após o ano de 2023, segundo consta no art 195 da nova Lei de Licitação, Lei 14.133/2021.

O presente trabalho, busca fazer uma análise crítica, sobre os frequentes casos de desequilíbrio da equação econômico-financeira, nas relações contratuais entre a Administração Pública e outros envolvidos com ela em relações negociais, no âmbito de contratos de infraestrutura e em outros tipos de contratos, ocorrido entre os anos de 2020 a 2021, sendo que essa negociação, era baseada na lei 8.666/93, fato ocorrido durante o período de pandemia de covid-19, período da plena vigência da Lei 13.979/20.

A investigação buscou responder, sobre a responsabilidade do Estado Administrador neste período, uma vez que, este ente, por conta das diversas intervenções feitas na economia e nas relações em geral da sociedade - para conter o avanço da contaminação - criou diversas medidas sanitárias restritivas através da Lei 13.979/20, Lei de Enfrentamento da Covid-19, cuja qual, causou grande impacto na economia, por conta das restrições de circulação de pessoas bens e serviços.

Com base neste entendimento, surge a seguinte questão problema, que este estudo busca responder:

Qual seria a responsabilidade do Estado Administrador, frente ao desequilíbrio econômico dos contratos administrativos de obras de infraestrutura, em sede da Lei 8.666/93, devido às restrições impostas pelo governo durante a pandemia de Covid 19?

O Tema é atual, visto que a Pandemia de Covid 19, causou muitas mortes e prejuízos e por isso, surgiram muitos debates sobre a capacidade da Lei 8.666/93 (Lei das Licitações), de resolver os problemas de desequilíbrio de contratos Administrativos, visto que, a Teoria das àleas (prejuízo), à qual muitos doutrinadores se filiam, não foi suficiente para resolver os problemas de desequilíbrio dos contratos administrativos, que surgiram em função das já citadas medidas tomadas pelo Estado, como meio de contenção urgentes contra a doença.

Buscou se entender, com a pesquisa, se a Lei 13.979, criada de forma emergencial no período da pandemia, contribuiu de alguma forma, para aumentar o desequilíbrio das relações contratuais administrativas do período.

O tema tratado vem sendo bastante debatido pela doutrina, em que não há um consenso, ou uma decisão definitiva sobre o assunto, o que o torna, portanto, o tema apto à discussão.

É também um tema delicado, já que, ao falarmos de saúde pública e de tragédias sociais, estamos lidando com o sofrimento de pessoas, bem como, o tema diz respeito aos Direitos Humanos. Por outro lado, as medidas emergenciais tomadas pelo Estado, restringindo o direito das pessoas de locomoção e de poderem até mesmo, exercerem as suas profissões e assim, virem a ser remuneradas por isso, levou muitas pessoas ao desemprego, visto que, as empresas tiveram de fechar as portas e muitas terminaram por quebrar, sendo esse o caso dos contratos administrativos, que eram voltados para obras públicas, onde nesta condição, todas as atividades foram suspensa por Decreto Presidencial, levando assim, muitos trabalhadores a ficarem em casa, sem poderem receber salários.

Apesar de existirem várias formas de contenção, criadas pelo legislador, para manter a saúde e a equação econômica-financeira dos contratos administrativos, a pandemia de covid-19 mostrou que essas medidas não foram suficientes, para conter o grande número de contratos que deixaram de serem adimplidos, fazendo com que os Administradores Públicos tivessem que procurar o suporte dos Tribunais de Contas, para poderem, ter uma solução para os seus problemas de desequilíbrio em contratos administrativos.

Os casos demonstram, que existe a necessidade da criação de Leis que possam prevenir situações de urgências, como foi a da Pandemia de Covid 19.

O tema é interessante, pois trata do Direito Administrativo e do Constitucional, bem como os poderes e suas limitações, sempre foram temas de grande interesse, conjuntamente como Direito Tributário e as várias formas de proteção do interesse público.

Buscou-se nesta pesquisa, entender os conflitos trazidos pela Lei 13.979/20, (Lei de enfrentamento ao Covid-19), que com seu texto, baseado no estado de emergência, entrou em conflito direto com a Lei de Licitação, Lei 8.666/93, sendo que até em alguns casos, a Lei emergencial chegou a anular os seus dispositivos, como foi o caso da suspensão da obrigatoriedade da licitação, dentre outras mudanças e inferências feitas por aquela lei, sendo estes fatos, relevantes para serem analisados, a base da teoria dos Freios e contrapesos, bem como das teorias das áleas ou teoria do risco, que tratam do sistema normativo e da sua importância.

Como resposta provisória a esta questão, afirmou-se que a interferência do Estado, através das restrições criadas pela lei 13.979/2020, nos contratos

administrativos de obras de infraestrutura dentre outros, criou sim desequilíbrio econômico-financeiro, nos acordos da Administração Pública com os particulares.

O trabalho pretende apresentar aspectos sobre Direito Administrativo, buscando entender a sua evolução ao longo do tempo, como também, discorrer sobre o Instituto dos contratos administrativos e as diversas formas que o levam a uma condição de desequilíbrio econômico, por fim, analisar a possibilidade de fazer uma recomendação, para evitar desequilíbrio nos contratos administrativos, em face de situações extremas, como foi a pandemia de Covid-19 no Brasil.

Para realização do estudo, utilizou-se o método indutivo para abordagem do problema, este método parte de uma questão específica para uma questão geral, ou seja, parte de uma questão particular e específica, para explicar uma questão geral. Nos métodos de procedimento histórico, investigou-se acontecimentos passados e verificou-se a influência destes na sociedade atual.

A pesquisa bibliográfica, utilizou fontes diversas, ou seja, obras doutrinárias e jurisprudenciais, assim como artigos, físicos ou virtuais.

2 O DIREITO ADMINISTRATIVO E A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A palavra Administração tem vários sentidos, sendo que o vocábulo abrange as atividades superiores de diligência, planejamento, comando e também, a atividade subordinada de execução. Alguns autores, atribuem ao vocábulo administração, no Direito Público, sentidos mais ampliados, com objetivo de abranger a legislação e a execução, sendo que outros incluem também a função administrativa, “lato sensu” e a função de governo. (DI PIETRO, 2010, p.48)

O Direito Administrativo, como um dos ramos autônomos do Direito, somente passou a existir nos fins do século XVIII e início do século XIX. Porém, assevera Di Pietro(2010), que o fato disso ter acontecido somente após este período, não significa dizer que não existia regras da administração antes desta época, afirma no entanto, o fato de normas administrativas, que passaram a vigorar em todos os lugares, após o surgimento do Estado de Direito, e ratifica que onde existisse essa estrutura funcionando, existiriam setores com atividades administrativas operantes, para ela, as normas que seriam aplicadas neste período, seria baseada no jus civile, onde hoje, essa pode ser vista aplicada a outras disciplinas do Direito.(DI PIETRO, 2010, p.1)

Neste capítulo, discorre-se sobre o estudo da história da formação do Direito Administrativo e da Administração Pública, esta análise, é importante para que se possa ter uma ideia completa, sobre o funcionamento da Administração Pública, bem como, das suas bases no Direito Administrativo. Assim, serão examinados também os elementos históricos que deram condições para a sua estruturação, enquanto parte do Estado e também, será analisada a História da formação do Estado e da Administração Pública, assim como será visto o surgimento do Direito Administrativo e da Administração Pública, por fim, serão estudados os princípios que sustentam o Estado Administrador. A importância deste capítulo para a pesquisa, é que vai esclarecer qual a importância da Administração Pública, bem como vai ajudar a entender como funciona o Estado e qual o objetivo principal perseguido por ele.

2.1 HISTÓRIA DA FORMAÇÃO DO ESTADO E DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Antes de mais nada, para se ter uma ideia de como se deu o surgimento do Direito Administrativo e também, para que se possa entender a Função do Estado Administrador, se faz necessário, em primeiro momento, que seja feita uma reflexão doutrinária Histórico cronológica, sobre o surgimento dos diversos elementos que foram fundamentais para que aquele diploma normativo, viesse a ser assentado como base do Estado Administrador, pois somente assim, poder-se-á ter uma ideia completa, de como ocorreu o estabelecimento da Administração Pública nos moldes que se verifica hoje, sustentada no Direito Administrativo. (DI PIETRO, 2010, P.60-61).

Portanto, para que se tenha uma ideia cronológica do surgimento do Estado de Direito, será analisado, no próximo item, sobre a queda do absolutismo e a formação do Estado.

2.1.1 A queda do Absolutismo

O sentido da palavra Estado, enquanto sociedade política, foi mencionado por Maquiavel no século XVI na obra “O Príncipe”, onde o pensador usou como referência as comunidades formadas pelas Cidades Estados. (CARVALHO FILHO, 2012, p.1)

Quanto a existência do Estado, afirma Dalmo Dallari(1983), que em certa medida, para alguns pensadores, o Estado sempre esteve presente dentro da sociedade, mesmo que fosse em uma forma primitiva e mínima, existia em certa medida nos grupos humanos uma organização social. A sociedade precedeu a existência do Estado, onde este passou a existir, por conta da necessidade daquela.(DALLARI,1983, p.45)

Melo (2000), parte de uma visão juspositivista, para conceituar o Estado, como sendo uma instituição detentora de um poder de constrangimento sobre a conduta dos indivíduos, onde aquele, através de um sistema de normas e do uso da força, busca determinar o que este deve ou não fazer. Por outro lado, o mesmo autor deixa claro que, o Estado poderia ser considerado como sendo o grau máximo de racionalidade na organização política de uma população. (MELO,2000,p. 38).

2.1.2 Formação do Estado

Em termos históricos, afirma Bonavides(2001), que a Revolução Francesa, ocorrida por volta do ano de 1789, foi o marco inicial da ideia de Estado. Assim, segundo anuncia o referido autor, surge o homem enquanto cidadão, em desfavor do homem súdito.

Através desses movimentos revolucionários, a burguesia chegou ao poder, e derrubou a monarquia da época, estabeleceu o Estado. Assim, retirou os privilégios existentes no Feudalismo, surgindo a primeira ideia de Estado conhecido, bem como, o primeiro Estado tido como liberal. (BONAVIDES,2001, p.30;42).

Sobre o período, relata Cruz(2001), arrematando uma ideia sobre Liberalismo, que ajuda a entender um pouco a condição do Estado. Afirma que o movimento, teve como objetivo proteger o indivíduo frente ao Estado, devendo buscar ser neutro, onde este regime, que substituiu o Feudalismo, teve como máxima a proteção da vida e os seus fundamentos, serviram como base para construção jurídico-política, de várias constituições democráticas no mundo. (CRUZ,2001,p.89)

No feudalismo, houve a prevalência uma concepção classista, caracterizada pelo forte apego à religião e que tinha o objetivo de manter as suas condições estáveis, mantendo o status quo da sociedade feudal, neste passo, não existia a separação exata entre o setor público e o setor privado, da mesma forma, na

economia e na política. Somente eram considerados cidadãos a nobreza e o clero, sendo que a grande maioria do povo sofria com as tribulações sociais e privações de todo tipo. (CRUZ,2001,p.91)

2.1.3 A Tripartição dos Poderes

Após a revolução liberal e o estabelecimento do Estado, em substituição da pessoa do Rei, o Estado começou a se organizar de forma que os poderes não estivessem mais centralizados, assim explica, Meirelles(2016), sendo que, tornou-se possível a integração do Direito Administrativo, somente através das Teoria da Separação dos Poderes, criada por Montesquieu, no livro “O Espírito das Leis” de 1748, passando assim a servir de base para o Estado de Direito. Afirma ainda que, durante o período Absolutista, todo poder encontrava-se nas mãos de uma pessoa, o Soberano, sendo que este, impedia qualquer lei que pudesse existir, e que tivesse cunho de contrapor os seus desejos, em favor dos súditos. A este respeito, atribui a célebre frase que seria a máxima, de Luiz XIV, que representa bem essa ideia e que diz : "L' État c'est moi". (MEIRELLES,2016, p.54)

O mesmo autor, referencia a tripartição dos poderes, ao período da Revolução Francesa de 1789, onde determina que os poderes funcionais do Estado, foram divididos naquela época, em Três Poderes distintos, a saber: Executivo, legislativo e judiciário. Assim, tornou-se o Estado, especializado nas suas atividades, transformado em independentes, os órgãos incumbidos de realizar tarefas. Cada órgão passou até a sua incumbência especializada, sendo de responsabilidade do outro, colaborar com o seu bom funcionamento. Por conseguinte, surgiu a necessidade de julgamento dos atos da administração ativa, fato que é incumbência do Parlamento, porém, na sua atividade principal somente o órgão competente poderá agir, sendo por outro lado, observado pelos outros 2 (dois), poderes, essa condição é tida como uma espécie de “freios e contrapesos”. (MEIRELLES,2016, p.54)

Após estes delineamentos históricos, onde foram analisadas as condições que deram causa a queda do absolutismo e o aparecimento do Estado, no próximo item destacam-se aspectos sobre o fenômeno do surgimento do Direito Administrativo e da Administração Pública.

2.2 SURGIMENTO DO DIREITO ADMINISTRATIVO E DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Conforme Di Pietro(2010), o Direito Administrativo, como ramo autônomo como se conhece hoje, somente passou a existir a partir do século XVIII e início do século XIX, contudo, não significa que não existia normas administrativas antes deste período, pelo contrário. Assim explica, “[...] onde quer que exista o Estado existem órgãos encarregados do exercício de funções administrativas[...]”. Assevera também que as normas se enquadravam no “jus civile”, da mesma forma que nele se inseriram as demais normas, hoje pertencentes a outros ramos do direito. (DI PIETRO, 2010, p.1)

Além disso, menciona que na idade média, não houve ambiente para se desenvolver este tipo de direito, vez que toda a atividade administrativa estava sobre o jugo do poder do Rei, era a época das monarquias absolutistas, onde todo o poder era do Monarca e a sua vontade era lei, nessa conjuntura todos deveriam estar subjugado a ele, na condição de servos ou vassalos. (PIETRO,2010, p.1)

No período da idade média, o rei não se submetia aos tribunais, visto que seus atos estavam acima de qualquer ordem jurídica. Assim, o absolutista na idade média, não dava condições para o desenvolvimento de um Direito Administrativo, visto que a vontade do rei era a lei, onde todos os cidadãos eram obrigados a seguir e obedecer às suas ordens, visto que o poder pertencia ao soberano. (PIETRO,2010, p.1)

Após observadas as condições que geraram o fim do Absolutismo e visto como se deu o particionamento dos poderes do Estado, no próximo item, será verificado o estabelecimento da constituição e o surgimento das leis infraconstitucionais.

2.2.1 O Surgimento do Direito Constitucional

Segundo Di Pietro(2010), as obras de glosadores do período da idade média, serviram como germes do Direito Constitucional e do Direito Administrativo atual. Desta forma, crítica alguns posicionamentos tomados por certos pensadores, que afirmam ser o Direito Administrativo, um resultado da Revolução Francesa e desta forma, nos lugares por onde os princípios da Revolução Francesa não chegaram, não existiria o Direito Administrativo. Ensina também que a formação deste Direito,

enquanto ramo autônomo, iniciou-se juntamente com o surgimento do Direito Constitucional, junto com outros ramos do Direito Público. Segundo constata que isso aconteceu na fase do Estado moderno, surgindo junto com o conceito de Estado de Direito, baseado no princípio da legalidade, cujo qual obriga que os governantes devem se submeter a lei, especialmente a Constituição. Assim, continua dizendo que o estabelecimento do princípio da separação dos poderes do Estado - defendido por Montesquieu - tinha por objetivo proteger os direitos dos indivíduos, não só entre particulares mas também em face do Estado. (DI PIETRO, 2010, p.2)

2.2.2 O Estabelecimento do Direito Administrativo

Sobre este assunto, Di Pietro (1997, p. 47), define o direito administrativo como sendo o ramo do direito público que tem na sua estrutura os órgãos, agentes e pessoas jurídicas administrativas, que integram a Administração Pública, bem como tem a atividade jurídica não contenciosa que exerce, e os bens de que utiliza para a consecução de seus fins, de natureza pública.

Tratando sobre o conceito de Administração Pública, Meirelles(1994), define da seguinte forma

[...]em sentido formal, é o conjunto de órgãos instituídos para consecução dos objetivos do Governo; em sentido material, é o conjunto das funções necessárias aos serviços públicos em geral; em acepção operacional, é o desempenho perene e sistemático, legal e técnico, dos serviços próprios do Estado ou por ele assumidos em benefício da coletividade. (MEIRELLES, 1994, p. 60).

Entende-se a partir desta definição, que trata-se de um aglomerado, de pessoas jurídicas, órgãos e agentes cuja meta é a mesma, realizar os objetivos do governo.

Por outro lado, afirma o mesmo autor, ao tratar da sua ideia de governo afirmando que, “em sentido formal, é o conjunto de Poderes e órgãos constitucionais; em sentido material, é o complexo de funções estatais básicas; em sentido operacional, é a condução política dos negócios públicos” Meirelles (1994, p. 60).

Por fim, após a análise histórica doutrinária, dos fatos que deram causa ao estabelecimento da Administração Pública, na condição de órgão realizador das tarefas necessárias à satisfação do interesse público. Se faz necessário agora, entender o que limita este órgão, para que possa cumprir as suas tarefas dentro de certos parâmetros, por isso, no próximo item será analisado quais são as suas bases principiológicas.

Após examinado como surgiu o Direito Constitucional e o Direito Administrativo, no próximo item, serão analisados os princípios que servem de parâmetro para a Administração Pública.

2.3 PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Di Pietro (2010), alertam sobre o fato de que alguns princípios, que são sustentáculos daquela da Administração Pública, estão sediados na Constituição de 1988, e por isso podem ser chamados de expressos e ou de implícitos, no caso dos primeiros, são assim chamados, pois tendo em vista estarem escritos de forma textual, no segundo caso, embora por ela estarem abarcados, não estão escritos expressamente no texto da carta Magna e por isso são tidos como implícitos. (DI PIETRO,2010, p.781).

Dos princípios da Administração Pública, enumerados por DI PIETRO(2010), destacam-se: o princípio da Igualdade, o princípio da legalidade, o princípio da moralidade, o princípio da publicidade, o princípio da eficiência e o princípio do interesse público.(DI PIETRO,2010, p.781)

A Constituição de 1988, traz um rol de princípios, que devem ser observados pela Administração Pública, sendo que aqui somente alguns serão verificados, visto não ser o objetivo deste trabalho, esgotar o rol de princípios constitucionais aplicáveis à Administração Pública .(DI PIETRO,2010, p.781)

Assim, serão escrutinados os principais princípios, que são basilares da boa Administração Pública, segundo alguns doutrinadores, para que possa entendermos ao final, o problema apresentado. (MELLO, 2021, p.81)

Desse modo, verificados os princípios constitucionais que estão previstos nos artigos 5º e 37 da Constituição de 1988. Portanto, existem princípios que constam no art. 5º Caput da Carta Magna e também, os que estão dispostos entre os incisos LIV e LV, deste mesmo artigo, assim constam neste texto os seguintes princípios: o

princípio da Igualdade; princípio do Devido Processo Legal e o Princípio do contraditório e da ampla defesa, onde estes podem ser vistos, in verbis:

“[...] Art. 5.º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;
[...]
LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes [...]”(BRASIL,1988)

Os princípios da Administração Pública, são normalmente aplicáveis ao processo administrativo e estão dispostos, também, na Constituição Federal 1988, no artigo 37 Caput, que diz:

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, [...]” (BRASIL,1988)

Quanto às características dos princípios já citados, serão examinados os itens a seguir.

2.3.1 Princípio da Igualdade

O princípio da Igualdade, previsto no art 5º Caput, prevê, segundo Carvalho Filho(2012), que as pessoas, quanto a sua situação jurídica, que estão em condições diferentes, possam ser tratadas de forma desigual, assim, entende ele, que o administrador público, deverá dar tratamento isonômico aos administrados, significando que ele deve tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, a partir de sua desigualdades. (CARVALHO FILHO, 2012, p. 244)

2.3.2 Princípios da Legalidade

Segundo assinala Di Pietro(2010), este é um dos princípios fundamentais que decorrem da bipolaridade do Direito Administrativo, onde a liberdade do indivíduo, está em contra partida com a autoridade da Administração Pública. Assim, o princípio da legalidade, segundo afirma a doutrinadora, é definidor da ideia de que a administração pública só pode fazer o que a lei permite, sendo este princípio, muito ligado ao Princípio da Supremacia do interesse público, onde ambos, dão ao Direito Administrativo o seu caráter público, visto que informam os limites estabelecidos pela lei, para a atuação da Administração Pública. Portanto, estes são os dois princípios norteadores da atuação da Administração Pública, aplicáveis a todos os ramos do Direito Público; no entanto, são basilares e essenciais, porque a partir deles, constroem-se todos os demais princípios. Assinala também a doutrinadora, dizendo que " [...] na relação administrativa, a vontade da Administração Pública é a que decorre da lei." (Di Pietro, 2010, p.63)

Conforme salienta Gasparini(2012), outra concepção para este princípio, é a ideia de que a Administração somente pode fazer aquilo que a lei manda, nada a mais e nem a menos que isso, sendo o caso de descumprimento dos ditames da lei, pelo Administrador Público, passível de invalidade do ato e podendo vir a serem responsabilizados os infratores. Neste sentido, o doutrinador defende que, o princípio da legalidade administrativa, determina que os administrados somente podem ser obrigados a fazer ou deixar de fazer, qualquer coisa, somente em virtude de lei adequada, sendo, nos dois casos proibidos de agir ou não agir. Ou seja, podendo somente agir ou não agir, com o consentimento da lei adequada, que assim o determine. Isso pode ser verificado através do Caput do art 37 da Constituição de 1988. (GASPARINI ,2012, p. 61)

Desta forma, nas palavras de Carvalho Filho(2012), "O princípio implica a subordinação completa do Administrador à lei". Assim, entende-se que este princípio, é aplicado toda a Administração Pública e significa que ela somente pode agir segundo a lei, sendo que a ausência de lei, para o agente público, corresponde a um não fazer e caso seja feito, em desacordo a lei, o ato se torna ilegal e possibilita a sua declaração de invalidade pelo judiciário. (CARVALHO, 2012, p.20)

2.3.3 Princípios da Moralidade

O citado o princípio, está presente no rol declarados pelo art.37 da Constituição Federal de 1988, a respeito dele, afirma Di Pietro (2010), que muitos doutrinadores não concordam com a existência deste princípio, pois o acham impreciso e vago, sendo absorvido pelo conceito de legalidade (DI PIETRO, 2010, p.76).

Segundo assevera Gasparini (2012), o princípio da moralidade clama que o administrador se guie por bases éticas. Em outro momento, o doutrinador afirma que, caso a Administração Pública aja com parcialidade, tratando de forma diferente pessoas que estão nas mesmas situações - tendo assim, uma conduta não impessoal - seria um ato imoral para a Administração. (GASPARINI, 2012, p. 64).

2.3.4 Princípios da Publicidade

Segundo afirma Gasparini (2012), este princípio tem como objetivo, tornar público todos os atos da Administração, onde ele veio para acabar com a obscuridade emanada do Poder Público. Consta, que consiste na publicidade de todos os atos da Administração, sendo acessíveis para que todos possam ter ciência e controlar as ações deste poder. (GASPARINI, 2012, p. 65).

A este respeito, diz a Constituição de 1988, no art. 37 caput, que in verbis: “ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos poderes, da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da [...], publicidade [...] “

2.3.5 Princípios da eficiência

Conforme Carvalho Filho(2012), nos informa que o citado princípio, foi inserido na Constituição de 1988, pela EC nº19/1998, onde foi acrescentado ao Caput do art. 37, da Carta Magna de 1988, este princípio estabelece que a administração pública deve ter como seu objeto principal, sempre atender o interesse público com esmero e prestabilidade, melhor dizendo, todo e qualquer ato feito ou expedido, na execução da função administrativa, deverá sempre buscar atender as necessidades dos administrados, vez que o interesse público é supremo em relação ao interesse privado. CARVALHO (2012, p.30)

Neste mesmo sentido, Di Pietro(2010), citando Hely Lopes Meirelles(2016), afirma que o autor defende a eficiência, como sendo um dos deveres da Administração Pública, e assim o define

“[...]que se impõe a todo agente público de realizar suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento funcional. É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros” (HELY LOPES MEIRELLES(*apud* DI PIETRO, 2010, p.82)

2.3.6 O princípio do Interesse público

Sobre este princípio Meirelles(2016), também o chama de princípio da supremacia do interesse público, e também de princípio da finalidade pública, citado na Lei 9.784/99, como sendo um princípio, que obrigatoriamente deve ser observado pela Administração Pública (Constituição Federal, art. 2º, caput).

A Lei 9.784/99, no art. 2º, parágrafo único, II, determina que, seu objetivo é o atendimento do interesse geral da sociedade. Afirma também o doutrinador, que o princípio do interesse público está ligado ao da finalidade. (MEIRELLES,2016, p.113)

Outra característica apontada pelo autor, para este princípio, é que ele representa a sobreposição dos interesses públicos, sobre o privado, sendo essa condição intrínseca atuação do Estado, visto que a existência deste, justifica-se pela perseguição ao interesse geral. (MEIRELLES, 2016,p.113).

Citando este princípio, Di Pietro(2010), afirma que o Direito Administrativo incorporou, além de outros princípios, o do interesse público, tendo em vista ser o Estado incumbido da defesa dos interesses da coletividade. (PIETRO, 2010, p.36 - 37).

O Princípio da supremacia do Interesse público, corresponde ao próprio fim do Estado, isso significa que este atua no sentido de favorecer o bem comum social, como também ao interesse público. Está na base de praticamente todas as funções do Estado, bem como, nos ramos do Direito Público, estando presente nas funções administrativas de serviço público, de polícia administrativa, fomento e intervenção .(PIETRO,2010,p.36-37).

2.3.7 Princípio do Devido Processo Legal

O citado princípio, está previsto no art. 5º, LIV, da Constituição de 1988, onde o legislador constituinte expressou a sua vontade, através dos seguintes termos: "Ninguém será privado da liberdade ou de seus direitos, sem o devido processo legal[...]". Por esse princípio, Carvalho Filho(2012), entende que a lei Constitucional, busca limitar a vontade do Estado, limitando a sua ação às próprias regras que institui. Assim, qualquer punição que venha a ser instituída pelo Estado, deverá vir através de um Processo Administrativo, instaurado pelo Administrador Público, no qual se assegure a garantia do contraditório e da ampla defesa, ao acusado da prática de fato considerado pela lei como passível de punição. (CARVALHO FILHO, 2012, p. 89, p. 94)

Em outro sentido, entende Di Pietro(2010), que a evolução deste princípio trouxe maior certeza e rigorosidade formal aos procedimentos, tendo em vista, que toda ação do administrador, contra os direitos do administrado, devem ser motivadas e as decisões devem ser racionalizadas, bem como à relação custo-benefício quanto às medidas e normas adotadas. (DI PIETRO, 2010, p.34)

2.3.8 Princípio do contraditório e da ampla defesa

Este princípio está previsto no art. 5º inciso LV e tem a seguinte redação: "[...] LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.[...]"`. Por ele entende-se, que o legislador constituinte, estabelece que exista um processo formal e regular, praticado e previsto nos termos da lei, impedindo que a Administração Pública venha a tomar qualquer medida contra o administrado, atingindo os seus interesses, sem lhe dar condições de acesso ao direito ao contraditório e à ampla defesa. Neste respeito, afirma Carvalho Filho, que o dito princípio permite que o interessado venha a se manifestar sobre os propósitos da Administração Pública.(CARVALHO, 2012, p.151)

Outra peculiaridade, que diz respeito a este princípio, é o apresentado pela Súmula Vinculante Nº 5 do STF, onde aquele colegiado decidiu que no caso dos processos administrativos, depende da vontade do interessado, em decidir se precisa ou não de defesa técnica, conforme entendimento tido pelo STF constante

na súmula vinculante nº 5: “A falta de defesa técnica, por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição.” Uma vez que é uma faculdade do administrado não sendo exigido a este. (BRASIL, STF, Re 434.059/DF)

2.3.9 Princípios da Impessoalidade

Esse princípio, segundo assenta de Di Pietro(2010), deve ser observado pela Administração Pública, no sentido de que nenhum administrador deverá - segundo comando emanada pela Constituição Federal, que consta o art. 37 caput - ter tratamento desigual estando em mesma situação jurídica, se assim o Administrador vier agir, estará incorrendo em desconformidade da finalidade em que se objetiva a administração pública, afastando-se, portanto, da ideia que está por trás da atividade administrativa, a saber; o interesse público.(DI PIETRO, 2010, p. 67).

Desta forma, a mesma autora afirma que, o princípio da impessoalidade tem outras acepções, sendo uma delas, referente ao exercício de fato - o fato de que este princípio pode indicar que a Administração tem uma natureza, que independe do ato praticado por funcionário, regularmente investido no cargo, visto que, segundo alude a doutrinadora, os atos são do órgão e não do agente público. DI PIETRO (2010, p. 67).

2.3.10 O princípio do formalismo moderado

Na lições de Amorim(2007), o processo administrativo tem algumas peculiaridades, onde por não possuir o mesmo rigor formal normativo, adotado no processo judicial, tendo em vista ser um instrumento usado para a prática de atos da administração pública, assim, adota forma simples, não tendo grandes exigências. Porém, isso não significa dizer, que o processo administrativo é ausência de certeza e segurança, bem como, de respeito aos direitos dos administrados, conforme pode ser verificado na Constituição Federal de 1988, no artigo 22 da Lei 9784 de 1999. AMORIM (2007, p.173)

Sendo uma das bases principiológicas do processo administrativo, o princípio do informalismo, segundo nos ensina Hely Lopes Meirelles(2016), não poderá prevalecer frente ao princípio do contraditório ou da ampla defesa, uma vez que

estes são direitos fundamentais, previstos na Constituição de 1988, artigo 5º, LV, nem portanto, sobre as formas previstas na lei e obrigatórias a sua observância, principalmente, se a não observância da forma, possa vir causar prejuízos para as partes. MEIRELLES (2016, p.823)

Sobre esse assunto, assevera Gasparini (2012), dizendo que o princípio do informalismo, serve de base para que os processos administrativos, sejam mais simples e com uma característica de maior flexibilidade e acessível aos administrados. Isso não significa dizer, que não deverá existir lisura e respeito a certo grau de forma - que muitas vezes são previstas pela lei - para que possa assegurar devida certeza jurídica, dando credibilidade ao pleito. (GASPARINI,2012, p.1086)

Da mesma forma, ensina de Di Pietro(2010), a autora afirma que nos momentos que a lei impõe determinados formalismos, haverá procedimentos com maior rigor, onde nestes casos, poderá até mesmo vir a prescrever nulidade, para os casos em que a sua inobservância seja verificada. (DI PIETRO,2010,p.536)

O Princípio do Formalismo, está presente na Lei nº 9.784/99, é aplica aos processos administrativos no âmbito da Administração Federal direta e indireta, segundo pode ser visto no art 1º da mesma lei, que diz in verbis:

Art. 1 Esta Lei estabelece normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta, visando, em especial, à proteção dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração.

Na lição de Di Pietro(2020), este princípio deverá ser observado, em momentos que seja necessário atender os interesses públicos e proteger os direitos dos particulares. (DI PIETRO,2020,p.630)

Este princípio está previsto na Lei 9.784/99, conforme pode ser visto no artigo 2º, incisos VIII e IX da lei, in verbis:

Art. 2º da Lei 9.784/99, incisos:

Art. 22. Os atos do processo administrativo não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir.

§ 1º Os atos do processo devem ser produzidos por escrito, em vernáculo, com a data e o local de sua realização e a assinatura da autoridade responsável.

§ 2º Salvo imposição legal, o reconhecimento de firma somente será exigido quando houver dúvida de autenticidade.

§ 3º A autenticação de documentos exigidos em cópia poderá ser feita pelo órgão administrativo.

§ 4º O processo deverá ter suas páginas numeradas sequencialmente e rubricadas.

Na realidade, o formalismo somente deve existir quando for necessário para atender ao interesse público e proteger os direitos dos particulares, conforme ensina, DI PIETRO(2010), bem como, afirma que segundo o art. 22, da Lei nº 9.784/99, diz in verbis que; “[...] os atos do processo administrativo não dependem de forma determinada senão quando a lei expressamente a exigir.” A doutrinadora observa que, o inciso 2º, da mesma lei, deixa claro que até mesmo o reconhecimento de firma somente será obrigatório, quando houver dúvida de sua autenticidade, ou por imposição legal expressa da lei. Afirma também, que no parágrafo 3º da mesma lei, deixa claro que a autenticidade poderá ser feita pelo órgão administrativo. (DI PIETRO,2010,p.630)

Porém, sobre esse princípio, pode-se dizer que alguns autores os chamam também de princípio do informalismo ou princípio da obediência à forma e os procedimentos. Assim, pode-se verificar que segundo afirma Di Pietro(2010), ao dizer que, o princípio é mais apresentado no Processo Administrativo, sendo mais exigido neste do que nos Processos Judiciais, os quais são na maioria das vezes, mais formais do que aquele. (DI PIETRO,2010,p.629)

Ainda afirma a mesma doutrinadora que este princípio foi criado com objetivo de resguardar o direito do particular em relação a administração, como pode ser visto no trecho a seguir, onde ela assim afirma, in verbis;

Às vezes, a lei impõe determinadas formalidades ou estabelece um procedimento mais rígido, prescrevendo a nulidade para o caso de sua inobservância. Isso ocorre como garantia para o particular de que as pretensões confiadas aos órgãos administrativos serão solucionadas nos termos da lei; além disso, constituem o instrumento adequado para permitir o controle administrativo pelos Poderes Legislativo e Judicial. (DI PIETRO(2010, p.629)

Assim, a autora dispõe que, a aplicação do citado princípio somente deve ser feito nos seguintes casos; “[...] o formalismo somente deve existir quando seja necessário para atender ao interesse público e proteger os direitos dos particulares. (DI PIETRO, 2010,p.630)

Desta forma, como podemos verificar no artigo 2º, incisos VIII e IX, da Lei nº 9.784/99, este princípio é basilar nos processos Administrativos que exigem,

[..]observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados” e a “adoção de formas simples, suficientes para propiciar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados.(DI PIETRO,2010,p.630)

Concluído a análise histórica, das condições que favoreceram ao surgimento do Estado de Direito e formação da Administração pública, bem como, explanado sobre os princípios que os norteiam, será visto no próximo capítulo, as formas de criação de vínculo negocial, entre a Administração Pública e os particulares, bem como as suas formas de desequilíbrios e manutenção destas relações.

3 DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

A Administração Pública, estabelece relações jurídicas que fazem surgir direitos e obrigações, a qual é firmada com particulares, pessoas físicas ou jurídicas, onde ela procura estabelecer esse tipo de relação, para satisfazer as suas necessidades e as do interesse público. Para isso, o Estado lança mão de atos administrativos unilaterais, como por exemplo: permissões de uso de bens públicos, feito pela administração pública ou plurilaterais os quais são chamados de contratos e quanto a estes, podem ser regidos pelo Direito Privado ou ser determinado pelo Direito Administrativo.(GASPARINI, 2016, p.770).

Assim, analisado o conceito e aplicação dos contratos administrativos, que demonstraram a sua importância para a temática do trabalho, este então, será mais discutido em minúcia durante todo o transcurso deste capítulo, onde serão vistos as suas características, suas espécies, e por fim, o instituto do desequilíbrio dos contratos administrativos.

3.1 A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E O CONTRATO ADMINISTRATIVO

O conceito de contrato administrativo, pode ser tomado como sendo "[...] um ajuste firmado entre administração pública e um particular, regulado basicamente pelo direito público e tendo por objeto uma atividade que, de alguma forma, traduza interesse público".(CARVALHO FILHO ,2012,p.175).

A esse respeito, nos afirma Maria Sylvia Zanella Di Pietro(2010), que a acepção da palavra contrato da administração, pode ser utilizada em sentido amplo,

abrangendo assim, tanto os contratos celebrados sobre o regime do Direito Privado, como os contratos regidos pelo Direito Administrativo. Afirma ainda que, quando se trata da expressão contrato administrativo, essa é somente designada para informar os acordos feitos entre Administração Pública e os particulares, podendo ser pessoas físicas ou jurídicas, privadas ou públicas, tendo como objetivo a satisfação dos interesses públicos, sendo regido pelo regime jurídico de direito público. (DI PIETRO,2010,p.251)

A mesma doutrinadora, nos afirma ainda, que quando a Administração Pública se submete a um contrato de Direito Privado, ela encontra-se no mesmo nível dos particulares, essa relação tem uma característica contratual horizontal estabelecida, por outro lado, estando administração pública, submetida a um contrato administrativo, neste caso ela estaria agindo como poder público, e nesta condição teria uma posição verticalizada em relação às outras partes envolvidas na negociação.(DI PIETRO,2010,p.251)

3.1.1 Características dos contratos administrativos

Existe uma divergência doutrinária, a respeito dos contratos administrativos, sendo que três correntes buscam caracterizá-lo: existe a corrente que nega sua existência, a que acha que todos os contratos celebrados pela administração são contratos administrativos, e a que aceita a existência do contrato administrativo, como sendo uma espécie do gênero contrato.(DI PIETRO, 2010,p.252).

No caso da primeira corrente, os seus argumentos se baseia na ideia de que, os contratos feitos com a Administração, não seguem o princípio da igualdade entre as partes, como também, não seguem o da autonomia da vontade, e por último, não se obrigam ao princípio da força obrigatória das convenções, sendo estes bases da categoria contrato. Este pensamento é afirmado, devido à Administração ocupar posição privilegiada na relação contratual. No caso da autonomia da vontade, continuam afirmando que, nem o administrador e nem o particular, detém o poder de agir de forma adversa aos ditames legais, tendo que seguir estritamente aquilo que for determinado pelo legislador, uma vez que se obrigam a seguir o princípio da legalidade. Por último, no caso da força obrigatória das convenções, acreditam que o contrato administrativo pode ser desrespeitado, em decorrência da mutabilidade das cláusulas, as quais dão permissão à

Administração Pública, a alterarem de forma unilateral o contrato.(DI PIETRO, 2010,p.252).

A segunda corrente, afirma que todo contrato feito com Administração Pública seria um contrato administrativo, baseia-se na ideia de que não existe contrato de direito privado, visto que sempre existirá a interferência do regime jurídico administrativo, como também, o fato de que aplicar-se-á sempre a competência do Direito Público e não do direito privado. Isso pode ser visto, de várias formas contratuais, cujos quais a Administração Pública estabelece com particulares, sendo o caso do comodato e da locação.(PIETRO,2010,p.252).

No caso da terceira corrente, que é acolhida por grande parte da doutrina brasileira, acreditam na existência dos contratos administrativos, porém tendo características particulares distintas do direito privado. (DI PIETRO, 2010,p.252)

Entende a doutrinadora Di Pietro(2010), que existem duas formas de contratação, cuja as quais, a administração pública poderá lançar mão para satisfazer suas necessidades, sendo elas, a contratação regida pelo direito privado e a contratação que se submete ao direito administrativo(DI PIETRO,2010,p.253).

Levando em consideração os contratos administrativos, em sentido restrito, não o empregado pela lei 8666/93 - considera somente os acordos em que administração pública é parte em regime jurídico publicitá, derogatório e exorbitante do direito comum - Di Pietro(2012), sugere então, algumas características deste instrumento negocial que a administração pública faz parte, e pode-se, desta forma, aduz algumas características desta relação que são; a presença da Administração Pública, como Poder Público; finalidade pública; obediência à forma prescrita em lei; procedimento legal; natureza de contrato de adesão; natureza *intuitu personae*; presença de cláusulas exorbitantes; mutabilidade, as quais passaremos e explorar.(DI PIETRO, 2010,p.261)

Nos contratos administrativos, a presença da Administração Pública pode ser verificada pelas suas prerrogativas, que são evidenciadas pela posição que ela tem de supremacia sobre o particular, os elementos que indicam essa característica no contrato, são as chamadas cláusulas exorbitantes, onde essas são percebidas como privilégios e prerrogativas, que aparece no instrumento contratual, onde essas vantagens, demonstram a presença da Administração Pública, enquanto poder público superior.(DI PIETRO, 2010,p.261)

No caso da finalidade pública, pode-se perceber essa característica, presente em todos os atos e nos contratos feitos pela administração pública, mesmo que, venham a ser regidos pelo direito privado, isso pode ser percebido, nos casos de contratos de usufruto, onde somente os particulares são beneficiados, porém, de forma indireta será sempre o interesse público que deverá ser zelado pela Administração, sob pena de desvio de poder. A este respeito, Di Pietro (2010), exemplifica através dos casos de sepultamento, que devem ser feitos dentro da lei e também ser adequado, por isso são tutelados pelo Poder Público.(DI PIETRO, 2010,p.262)

Quanto a obediência à forma prescrita em lei, nos casos dos contratos celebrados pela Administração, verifica-se assim, que vários textos legais, trazem a forma como referência, onde são apontadas como essenciais, tanto para o interesse público, como para os beneficiários interessados, bem como, para a própria Administração, tendo em vista a finalidade do controle da legalidade. Essa condição, pode ser verificada na Lei 8666/93, onde estabelece uma série de normas referente aos aspectos formais dos ritos que devem ser seguidos. (DI PIETRO,2010,p.262)

Como exemplo temos a condição apontada pela doutrina sobre o art. 57 da lei 8.666/93,Di Pietro (2010,p.263), a qual afirma que

[...] das normas da Lei nº 8.666/93, fala expressamente nos artigos 55 e 58 a 61, pulando, portanto, o artigo 57, pertinente ao prazo. Ainda com relação aos prazos contratuais, há que se observar que a prorrogação dos contratos pode também ser feita com inobservância das restrições contidas no artigo 57, caput, quando ocorrerem as circunstâncias excepcionais previstas no § 1º. Todas elas ocorrem para atender ao interesse da própria Administração e não teria sentido que a prorrogação, nesse caso, ficasse sujeita à restrição do caput. Só que, ocorrendo uma das hipóteses expressamente previstas no § 1º, a prorrogação deve ser justificada por escrito e previamente autorizada pela autoridade competente para celebrar o contrato. A prorrogação prevista no caput do artigo 57, incisos I a IV, só é possível se prevista no ato convocatório e no contrato; a do § 1º, precisamente por atender a circunstâncias excepcionais, independe de previsão.

Os procedimentos legais, como características dos contratos com a Administração Pública, são percebidos nesta relação, visto que são determinados pelo ordenamento jurídico administrativo, esses procedimentos são obrigatórios,

para que se possa haver a celebração de contratos, podendo vir a ter variações, quanto a sua modalidade, como é o caso das medidas em que é necessário autorização Legislativa, avaliação e autorizações fornecidas por autoridade competente para que haja a licitação. Essas exigências, podem ser verificadas também na Constituição de 1988, onde lá contém procedimentos previstos no artigo 37, XXI, o qual exige licitação, para os casos de contratos de obras públicas, serviços, compra e alienações de bens, bem como, o artigo 175, da mesma Carta Magna, que prescreve procedimentos para concessão de serviços públicos.(PIETRO,2010,p.266)

Sobre as característica do contrato de adesão, nas negociações realizadas com Administração Pública, Di Pietro(2010), aduz que, as cláusulas dos contratos são fixadas de forma unilateral pelo Administrador, essa condição pode ser constatada, através dos instrumentos de convocação para licitação, os quais apresenta a oferta, feita pelo poder público, a todos que possam vir estarem interessados em contratar com o poder público. Assim, a apresentação da proposta pelos visitantes demonstra a sua submissão às regras apresentadas pela Administração. Isso pode ser verificado, através do artigo 40, §2º da Lei nº 8666/93, onde nos seus anexos, determina que na licitação deve constar necessariamente, "a minuta do contrato, a ser firmado entre a administração e o licitante vencedor". Através dessa condição, ficará a minuta do contrato, subjugada ao princípio da vinculação ao edital. Afirma ainda Di Pietro(2010), que isso acontecerá mesmo nos casos em que o contrato não esteja subjugado à licitação, nestas condições, é a Administração que determina as cláusulas do contrato, vinculadas à lei e aos regulamentos, bem como, aos princípios de indisponibilidade do interesse público. (PIETRO,2010, p.267)

Natureza *intuitu personae*, é uma característica condicionante, que é exigida nos contratos administrativos, que conforme afirma Di Pietro (2010), vincula a pessoa do contratante ao contrato na licitação, ou seja, pela lei da licitação, a pessoa do contratante, através dessa condicionante *intuitu personae*, esta vinculada pessoalmente ao procedimento da licitação. O motivo da lei fazer essa exigência, é informado por Di Pietro (2010), que assevera sobre a existência de tal apontamento no artigo 78, VI, da Lei nº 8666/93, onde expressamente, que é vedada a subcontratação, total ou parcial, do objeto do contrato, bem como, a associação do contratado com outrem, onde também, não é permitido a cessão ou transferência,

total ou parcial; sendo que, essas condições serão previstas no edital da licitação e no contrato de forma expressa. (DI PIETRO,2010, p.267)

Também nos avisa a doutrinadora, que para além destas proibições, são vedadas às fusão, cisão e ou incorporação que possam vir a afetar a execução do contrato, porém, o artigo 72 da Lei Nº 8666/93, permite a subcontratação parcial nos limites que são administrados pelo administrador público, porém, essa condição somente é permitida se for observado as orientações dispostas no artigo 78,VI, do mesmo texto de lei, que demonstra ser possível tal condição somente se for previsto no edital e no contrato. (DI PIETRO,2010, p.267-268)

A exigência de garantia, é facultado nos contratos de obras, serviços e compras, está previsto no artigo 56, §1º, da Lei 8666/93, tendo a sua redação dada pela Lei nº 11079/04, onde ela poderá ter abrangência nas seguintes modalidades: caução em dinheiro ou em títulos da dívida pública(inciso I), seguro-garantia(inciso II), e fiança bancária. A exigência dessas garantias, é determinado pela lei, que seja feita logo na licitação, segundo pode ser visto no art.31, §2º, sendo que, no caso dos licitantes não vencedores esta deverá ser devolvida. (DI PIETRO,2010,268)

A escolha da modalidade de garantia caberá ao contratado, onde esta não poderá ultrapassar 5% do valor do contrato, sendo possível que possa existir ajustes em caso de entrega de bens pela administração, onde nesta condição, o contratado ficará depositário, e ao valor da garantia dever-se-á a crescer o valor dos bens, segundo nos informa o artigo 56,§ 5º, da Lei 8666/93. (DI PIETRO,2010,p.268)

Quando foram exigidas a garantia do contrato, esta deverá ser devolvida após a execução do mesmo; no caso em que houver rescisão do contrato, por conduta atribuída ao contratado, caberá a administração pública reter garantia para ressarcir os prejuízos causados por aquele, bem como usar o saldo para o pagamento dos valores das multas, e se for o caso das indenizações a ela devida (art. 80, III).(DI PIETRO,2010,p.268)

É uma medida auto executória, onde para ser aplicada, não precisa de recurso ao poder judiciário. No caso dos contratos de parceria público-privada, sendo os casos das concessões patrocinadas e das concessões administrativas, a prestação de garantia deixa de ser um ônus apenas para o contratado, visto que ela será prevista também para Administração Pública, nessa condição, ela perde a sua característica natural de cláusula exorbitante.(PIETRO,2010,268)

A alteração unilateral, é uma característica prevista no artigo 58,I, da Lei 8.666/93, que torna possível, a readequação da finalidade de interesse público, segundo determinado pelo artigo 65, I, onde o mesmo possibilita que seja alterado de forma unilateral, nos casos a seguir: Quando se vê modificação de projeto; ou de especificações; tendo em vista a melhoria da técnica aos seus objetivos; outra condição que possibilita a realização; são os casos de modificação dos valores contratual, em decorrência da diminuição quantitativa de seu objeto, bem como, nos casos limítrofes permitidos no art.65, parágrafo I, da mesma Lei.(PIETRO,2010, p.269)

Após conceituado o contrato administrativo e apresentado as correntes doutrinárias que fazem distinção sobre a sua natureza, como também após ter sido visto as suas características mais específicas, será visto no próximo item, os contratos administrativos em espécies. A importância do tema, para a pesquisa, é que através do estudo dos contratos em espécie, pode-se entender a complexidade do problema apresentado no trabalho.

3.2 ESPÉCIE DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

O Estado tem sob sua responsabilidade os serviços públicos em geral, onde estes devem ser realizados em benefício da coletividade, sendo a sua gestão de responsabilidade da administração pública. Porém, para gerir toda essa quantidade de serviço, muitas vezes a administração lança mão ferramentas prescritas na lei, e assim, delega a outras pessoas a responsabilidade da prestação daqueles serviços, que estão sob a sua responsabilidade. No caso da delegação de serviços, ser feita para pessoas integrantes da própria administração, essa seria uma delegação legal, por outro lado, quando a transferência de responsabilidade é feita para outro ente particular, referente às pessoas da iniciativa privada, é então chamado de delegação comercial, tendo em vista que tal ato é feito através de contratos administrativos. (CARVALHO FILHO ,2012,p.367)

Nos contratos privados, geralmente têm a característica de apresentarem direitos e obrigações, relativos às partes situadas em um mesmo plano jurídico, não havendo assim, superioridade de uma em relação a outra, sendo que essa condição se mantém durante todo o período da obrigação. Essa mesma condição, não é observada nos contratos administrativos, tendo em vista que os objetivos dele busca

alcançar a satisfação da coletividade, onde nele também participa Administração, sendo assim, em caso de um conflito entre os interesses do particular e da Administração Pública, nesta relação, valerá os interesses do Estado Administrador, tendo em vista, a sua condição de supremacia nessa relação, onde o interesse público é colocado em primeiro lugar, em relação aos particulares. (CARVALHO FILHO,2012,p.181). Neste mesmo sentido aduz Maria Sylvia Zanella Di Pietro, falando sobre o princípio da supremacia do interesse público, onde afirma que: "[...] os interesses públicos têm supremacia sobre os interesses individuais".(DI PIETRO,2010,p.65)

Outros pontos importantes na relação contratual com a Administração Pública, são; o sujeito administrativo e o objeto, estes sempre estarão presentes nos contratos administrativos. Assim, para que exista um contrato administrativo, é necessário que em um dos pólos desta relação contratual, esteja uma pessoa administrativa pública, podendo ser um ente da federação, ou alguma entidade de seu controle, sendo este um sujeito dentro desta relação jurídica.(CARVALHO FILHO,2012,p.181)

No caso do objeto do contrato, deverá necessariamente, trazer de forma direta ou indireta, favorecimentos a coletividade, ou seja, essa relação contratual deverá buscar satisfazer o interesse público, uma vez que não se pode admitir objeto diverso na atividade estatal, sendo que esse, deve ser sempre o objetivo a ser perseguido pelo administrador público.(CARVALHO FILHO,2012,p.181)

Assim, dependendo do objeto e das peculiaridades do ajuste, pode-se verificar algumas espécies de contratos administrativos, não existindo uma uniformidade entre os doutrinadores, sobre essas espécies, essa dificuldade advém do fato de que, não foram estabelecidas pela Lei de forma clara, criando assim, algumas dúvidas entre os intérpretes. (CARVALHO FILHO,2012,p.182)

Neste mesmo sentido, assevera a doutrinadora Maria Sylvia Zanella Di Pietro(2010), afirmando que os contratos realizados com a Administração Pública, quanto a sua forma, podem ser divididos em 5 tipos de acordo com o objeto da contratação: contratos de obras públicas, de prestação de serviços, de fornecimento, de gestão, de concessão e de alienação, estes que são os de maior uso pela Administração. Para entender sobre essas modalidades, serão abordados cada um deles a seguir, onde serão analisados, os aspectos mais peculiares dos contratos pactuados pela Administração Pública, dentre eles a concessão, que é um

dos tipo de contrato mais aplicado pela Administração.(DI PIETRO, 2010,p.287

Após a análise de algumas características dos contratos administrativos, que demonstram a clara diferença entre este tipo de contrato, em relação aos que são usualmente praticados no direito privado, se faz necessário agora, buscar entender os tipos de contratos em espécies, que são geralmente praticados pela administração pública, conforme se discorre no item a seguir.

3.2.1 Contrato de obras Públicas e prestação de serviço

Assevera Carvalho Filho(2012), que contrato de obras, são aqueles cujo objeto, consiste na realização de uma construção, reforma, fabricação, como também uma recuperação ou uma ampliação de um determinado bem público, desta forma, qualquer prédio público que venha a ter uma intervenção de manutenção, poderá ser considerado como em contrato de obras, modelos e também considerado desta forma outros tipos de construções, como; viadutos, estradas e prédios públicos.(CARVALHO FILHO,2012,p.182).

Por outro lado, a lei 8666/93, informa no seu artigo 6º,I e II, uma definição sobre o que seria considerado obras públicas. Onde define, in verbis;

Art. 6º Para os fins desta Lei, considera-se:

I - Obra - toda construção, reforma, fabricação, recuperação ou ampliação, realizada por execução direta ou indireta;

II - Serviço - toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a Administração, tais como: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais;(BRASIL,1993)

No conceito de José dos Santos Carvalho Filho(2012), no caso da construção, a atividade resultante, seria a criação do bem, por outro lado, a reforma, pode ser considerada como o conjunto de alterações, que pode ter sido feito a um bem e no sentido de criação de um bem. Qual seja, a palavra recuperação, é considerada pelo autor, como uma restauração do bem.(CARVALHO FILHO ,2012,p.182)

Assim, a definição de obra pública pode ser considerada como taxativa, englobando apenas a construção, reforma e a ampliação. No caso do serviço é exemplificativo, dando a entender que toda atividade contratada pela administração, que não seja incluída conceitualmente como obra pública, seria considerada como serviço, sendo o contrato de prestação ou de locação. (DI PIETRO,2012,p.328)

Considerando as condições específicas da contratação, o legislador passou a regular, a forma que o contrato de obras deverá ser implementado, fez isso através da criação de regras claras, a serem seguidas por todos os Administradores Públicos. Essas condições devem ser observadas, por todos os órgãos da Administração, desta forma, fica mais fácil verificar se o interesse público, que é objetivo a ser atingido pela contratação, está sendo beneficiado ou não por tal negociação.(CARVALHO FILHO,2012,p.182)

3.2.2 Contrato de fornecimento (ou compras)

Assim, para atingir os seus fins, Administração Pública, precisará sempre estar adquirindo bens de vários tipos e espécies, devido às suas atividades serem diversificadas. Sendo o caso dos remédios para área médica, instrumentos cirúrgicos, e outros insumos necessários para área hospitalar pública. Caso as atividades sejam a de educação escolar, Administração Pública, terá de adquirir insumos referente a material escolar, tais como: carteiras, quadros e outros materiais.(CARVALHO FILHO,2012,p.187)

Alerta Carvalho(2012), que a Lei 8.666/93, Estatuto da licitação, não usa o termo fornecimento, mas sim compra, quando faz a definição de dados nele mencionados (arts.6º, III, e 14 a 16), in verbis:

Art. 6º Para os fins desta Lei, considera-se:

[...] III - Compra - toda aquisição remunerada de bens para fornecimento de uma só vez ou parceladamente;

[...]

Art. 14. Nenhuma compra será feita sem a adequada caracterização de seu objeto e indicação dos recursos orçamentários para seu pagamento, sob pena de nulidade do ato e responsabilidade de quem lhe tiver dado causa.

[...]

Art. 16. Será dada publicidade, mensalmente, em órgão de divulgação oficial ou em quadro de avisos de amplo acesso público, à relação de todas as compras feitas pela Administração Direta ou Indireta, de maneira a clarificar a identificação do bem comprado, seu preço unitário, a quantidade adquirida, o nome do vendedor e o valor total da operação, podendo ser aglutinadas por itens as compras feitas com dispensa e inexigibilidade de licitação.

Neste mesmo sentido, a Nova Lei de Licitação, Lei 14.133/21 no artigo 6º, inciso X, onde pode ser visto, in verbis:

art.6º Para os fins desta Lei, consideram-se:

[...]

X - compra: aquisição remunerada de bens para fornecimento de uma só vez ou parceladamente, considerada imediata aquela com prazo de entrega de até 30 (trinta) dias da ordem de fornecimento;

Assim, a firma Carvalho Filho(2012), que trata-se de contrato de compra e venda, da mesma forma que os contratos regidos pelo direito privado, porém, subjugado às normas de direito administrativo, informa o artigo 14 da lei 8666/93, onde avisa que o Administrador Público deverá primeiramente caracterizar o objeto das compras, também, deverá especificar quais serão os recursos financeiros, utilizados para o pagamento dos fornecedores, mesmo antes de Celebrar os contratos. (CARVALHO FILHO,2012,p.188). Pode ser visto no art.14, Lei 8.666/93, in verbis:

Art. 14. Nenhuma compra será feita sem a adequada caracterização de seu objeto e indicação dos recursos orçamentários para seu pagamento, sob pena de nulidade do ato e responsabilidade de quem lhe tiver dado causa.

3.2.3 Contratos de Concessão e de Permissão

Inicialmente vale buscar entender, qual seria a responsabilidade do Estado, na satisfação dos interesses públicos, por este motivos, deve-se buscar entender os motivos que levam o Estado Administrador a realizar contratos de concessão e de permissão. O Estado tem sob sua responsabilidade, o gerenciamento de todos os serviços públicos, que devem ser realizados em prol da coletividade, sendo ele encarregado de gerenciar, de forma direta, essas atividades. Ocorre que, na maioria

das vezes, a administração pública repassa esses serviços para que outros entes possam prestá-lo, criando aí uma condição de descentralização de serviços. Quando este repasse é feito para outro ente, da mesma administração, diz-se que a descentralização ocasiona a delegação legal, por outro lado, quando a execução desses serviços, for repassado por pessoas da iniciativa privada, fato que ocorre através de instrumentos contratuais administrativos, chama-se então de delegação negocial.(CARVALHO FILHO,2012,p.367)

A acepção da palavra concessão, passa a ideia de que alguém, passou para outro o poder sobre alguma coisa, a qual ele era titular. Este é o sentido dado à palavra concessão, segundo Carvalho Filho(2010), que é empregado no Direito Público, sendo adequado, com certas proporções, para determinar a responsabilidade do Estado, como titular dos bens, e como destinatário das faculdades particulares. Quando é feito o pacto para que essa transferência de faculdade seja realizada, ajusta-se então o contrato de concessão, também chamado de contrato administrativo. As concessões são portanto, uma das modalidades do contrato administrativo (DI PIETRO,2010, p.189)

Os contratos de concessão podem ser divididos em dois grupos, levando-se em consideração o objetivo a que se destine: no primeiro grupo, estaria a concessão de serviços públicos, sendo que no segundo grupo, estaria a concessão de uso de bem público. No caso da concessão de serviços públicos, o objeto a ser delegado seria a execução de serviços públicos por pessoas da iniciativa privada. Essa condição demonstra um processo de descentralização, feito através de uma negociação contratual. A partir deste momento, o particular assume as responsabilidades da Administração na feitura de tais tarefas e terá à sua disposição o exercício da atividade pública. (CARVALHO FILHO, 2012,p.189)

3.2.4 Contrato de gestão

O direito brasileiro, usa a expressão contrato de gestão, para nomear dois tipos de negociação contratual: o firmado entre organizações sociais e os entes da Administração Pública - instrumento que é regido pela Lei 9.637/98 - sendo na esfera federal, onde essa Lei trata do terceiro setor e suas entidades. Outro instrumento de regulação contratual, que também faz referência a contrato de gestão, é o ajuste firmado entre administração pública direta, sendo o outro

participante entidades da administração indireta, ou até mesmo, por órgãos da administração direta. (DI Pietro,2010,p.334)

Esses contratos, tem como objetivo o estabelecimento de metas a serem perseguidas pelas entidades contratantes, tendo como contrapartida, benefícios oferecidos pelo poder público. Desta forma, o período de vigência do contrato, é estabelecido por tempo determinado, bem como a instituição fica sujeita ao controle de resultados e verificações de suas metas acordadas com o ente público. (Di Pietro, 2010,p.334)

Após a breve verificação de alguns contratos, em espécie, usados pela Administração Pública, para satisfazer as necessidades do interesse coletivo, onde foi demonstrado seus objetivos, suas finalidade e aplicação, será verificado no próximo item, o desequilíbrio dos contratos administrativos e o instituto do reequilíbrio dos contratos administrativos, onde serão analisadas as condições que levam a relação contratual ao desequilíbrio e quais são os meios legais, utilizados para se trazer de volta a paz contratual, que existia no início da negociação original.

3.3 O INSTITUTO DO REEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DOS CONTRATOS

O conceito de equação econômico-financeira é trazida nas palavras de Waline (apud CARVALHO FILHO,2012,p.199), onde afirma

Equação econômico-financeira do contrato é a relação de adequação entre o objeto e o preço, que deve estar presente ao momento em que se firma o ajuste. Quando é celebrado qualquer contrato, inclusive o administrativo, as partes se colocam diante de uma linha de equilíbrio que liga a atividade contratada ao encargo financeiro correspondente. Mesmo podendo haver certa variação nessa linha, o certo é que no contrato é necessária a referida relação de adequação. Sem ela, pode dizer-se, sequer haveria o interesse dos contratantes no que se refere ao objeto do ajuste. CARVALHO FILHO,2012,p.199)

Após verificado o conceito que diz respeito a equação econômica financeira dos contrato Administrativos, serão vistos nos itens a seguir, ideias sobre a capacidade de resposta da teoria do prejuízo, em face da crise criada pela Pandemia de covid 19, como também, serão vistas as àleas em espécies e por fim, será feito uma reflexão sobre o desequilíbrio dos contratos administrativos, em face da pandemia de Covid 19.

3.3.1 A teoria das Áleas dos Contrato Administrativo em face da pandemia de Covid -19

Afirma Di Pietro (2010), que é muito frequente, o aparecimento de condições adversas, no curso da relação contratual de obras públicas e outras formas de contratos administrativos, condição que podem mudar o sentido do cumprimento do contrato, criando entre as partes, dificuldades na execução do acordo, em função de fatos, que por vezes, não foram previstos. Desta forma, a doutrinadora, enumera as condições, as quais são permitidas pelo ordenamento, para que se possa ensejar o reequilíbrio contratual administrativo, em sede de relações baseadas na aplicação da teoria da imprevisão no Direito Público, que são os fatos: "imprevisível quanto à sua ocorrência ou quanto às suas consequências; estranho à vontade das partes; inevitável; causa de desequilíbrio muito grande no contrato." (DI PIETRO ,2010, p.284)

Neste mesmo sentido, Cristóvam et al.(2020), tratando sobre o reequilíbrio da relação contratual - em face da Pandemia de Covid -19 e dos prejuízos aos contratos administrativos em face da pandemia - afirma que o reequilíbrio econômico dos contratos administrativos, trata-se de matéria constitucional, porém, alerta o mesmo autor, que as formas de recomposição contratuais, não foram suficientes para conter os prejuízos apresentados pela covid-19, desta forma, demonstrando a insuficiência da teoria das áleas tradicionais, para responder a altura a esse tipo de situação. Ainda tratando da teoria dos prejuízos, o autor relembra que, a teoria tradicional, nas áleas ordinárias, quem absorve os prejuízos é o próprio contrato, e no caso das extraordinárias isso ocorre por conta dos contratantes, neste compasso, afirma Cristóvam et al.(2020), que:

[...] a pandemia impôs um modelo de risco sui generis, convencionando-se nomear de álea compartilhada. No risco ou álea compartilhada, constata-se ocorrência exógena ao contrato, alheia ao interesse das partes, incerta, imprevisível e inevitável, que provoque alteração da equação econômico-financeira inicial, afetando contratante e contratado, dificultando sobremaneira a execução e a recomposição do contrato. (Cristóvam et al.,2020,p.432)

Após breve explanação sobre a teoria das àleas, ou do prejuízo contratual, cabe investigar os seus tipos, fato que veremos no item seguinte.

3.3.2 Tipos de àleas Contratuais

Diferentemente do contrato Direito Privado, o equilíbrio dos contratos administrativos poderá ser quebrado mais facilmente, tendo em vista suas características dinâmicas. Assim, a firma Di Pietro(2010), corre-se o risco ao negociarem com administração pública, onde estes perigos, que também são chamados de àleas(prejuízo), são de 4 tipos, a a força maior, que já foi analisada e mais 3 (três), a saber; àlea ordinária ou empresarial; àlea administrativa e a àlea econômica. (DI PIETRO,2010, p.277)

No caso da àlea (prejuízo) ordinária ou empresarial, afirma Di Pietro(2010), que esse tipo de prejuízo está presente em todos os negócios particulares, sendo uma condição que todos os empresários estão expostos na Constância de sua atividade, ela depende somente da instabilidade do mercado, por ela a responsabilidade é somente particular.

Quanto à àlea administrativa, a doutrinadora Di Pietro(2010), defende a tese que essa condição abrange três modalidades de riscos, a saber: a primeira decorre do Poder de alteração unilateral do contrato administrativo, a segunda, corresponde ao chamado fato do príncipe e a terceira constitui o fato da administração. Sobre a primeira circunstâncias de risco, a qual seria prejuízos administrativos - onde este ocorreria em decorrente do poder de alteração unilateral do contrato administrativo, por parte a Administração Pública, - essa possibilidade ocorre devido a administração pública, em função do atendimento do interesse público, poder mudar de forma unilateral, as condições estabelecidas no contrato, quanto a essa possibilidade, por ela ser uma prerrogativa da administração, esta fica obrigada a ter que restabelecer o equilíbrio econômico do contrato, que possa ter vindo a ser rompido, de forma voluntária. Na segunda modalidade apresentada, ou seja, o fato do príncipe, neste caso seria um ato de autoridade deferido pelo Estado, nesta modalidade de risco, também a Administração Pública responde pelo restabelecimento do equilíbrio do contrato, que possa ter vindo a ser rompido, com o ato provocado pelo Executivo. (DI PIETRO,2010, p.277)

Sobre o fato do príncipe, que diz respeito a outra modalidade de álea administrativa, afirma Hely Lopes Meirelles(2016); “[...]caracterizado por um ato Geral do poder público, tal como a proibição de importar de determinado produto, só reflexamente desequilibra a economia do contrato ou impede sua plena execução.”(MEIRELLES. 2016,p.270)

A terceira modalidade de prejuízo, referente a modalidade de álea administrativa, apresentado pela doutrinadora, seria o chamado fato da Administração, neste caso seria quaisquer condutas ou atitudes, tomado pelo administrador, a tornar impossível, tio contratante particular, impossibilitado de executar o contrato. (Di PIETRO,2010, p.277)

Sobre fato da Administração, referente a outra modalidade de álea administrativa, afirma Hely Lopes Meirelles (2016): “[...] é toda ação ou omissão do Poder Público que é, incidindo direta e especificamente sobre o contrato, que retarda, agrava ou impede a sua execução” (MEIRELLES. 2016,p.270)

A álea econômica, prejuízo que tendo ligação direta com fatores externos ao contrato e estranhos às vontades das partes, sendo imprevisível, extraordinário, caso que as partes não pode evitar, onde vem a causar desequilíbrio descomunal no contrato Administrativo, abrindo a oportunidade para aplicação da teoria da imprevisão; nessa condição, Administração Pública, responde pelo reequilíbrio econômico-financeiro do contrato. (DI PIETRO,2010, p.277)

Por oportuna, é a lição de Pietro(2010) ao dizer que

No direito francês, onde se buscou inspiração para a adoção dessas teorias, a distinção entre as áleas administrativas e econômicas é relevante, porque, nas primeiras, o poder público responde sozinho pela recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, enquanto nas segundas os prejuízos se repartem, já que não decorrem da vontade de nenhuma das partes. No direito brasileiro, entende-se que, seja nas áleas administrativas, seja nas áleas econômicas, o contratado tem direito à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, por força do artigo 37, XXI, da Constituição, que exige, nos processos de licitação para obras, serviços, compras e alienações, sejam mantidas “as condições efetivas da proposta”. Além disso, a mesma ideia resulta da Lei nº 8.666/93 (art. 65, inciso II, e §§ 5º e 6º) e da Lei nº 8.987/95 (art. 9º e parágrafos), em matéria de concessão e permissão de serviços públicos. (DI PIETRO,2010, p.278)

Na visão de Di Pietro (2010), a solução para todos os casos de desequilíbrio dos contratos administrativos, tem sido a mesma, seja para os casos referentes a teoria do fato do príncipe, ou a do fato da administração e da imprevisão, como também nos casos fortuitos e de força maior, o que são indicados no artigo 78, XVII,

combinado com art. 79, I, da Lei nº 8.666/93.(DI PIETRO,2010, p.278) , que dizem respectivamente, in verbis:

“Art. 78 Constituem motivo para rescisão do contrato:

[...]

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

[...]”

“Art.79 - Art. 79. A rescisão do contrato poderá ser:

I - determinada por ato unilateral e escrito da Administração, nos casos enumerados nos incisos I a XII e XVII do artigo anterior; [...]” (BRASIL,1993)

Assim, em todas as condições apresentadas, Administração Pública responderá sozinha, pelo reequilíbrio econômico financeiro da avença, sendo que, a solicitação das teorias, vem somente com cunho de ser possível o enquadramento jurídico e como fundamentação, da revisão das disposições financeiras do contrato.(DI PIETRO,2010, p.278)

Porém, alerta a doutrinadora que

Nos contratos de parceria público-privada (concessão patrocinada e concessão administrativa), regidos pela Lei nº 11.079, de 30-12-04, adota-se solução diversa, uma vez que é prevista a repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária (art. 5º, III). (DI PIETRO,2010, p.278)

Após considerar que existem diversas previsões teóricas, que tratam do instituto da áleas contratual, no contrato administrativo e as suas diferenças, em face da responsabilização dos contratantes, que através da sua conduta possibilitem o surgimento da mesmas, será visto no próximo item, o instituto do reequilíbrio Econômico e financeiro, em sede dos contratos administrativos, em obras públicas e como as relações são restabelecidas através do uso da lei, também será analisado a responsabilidade Estado no desequilíbrio dos contratos administrativos.

3.3.3 O desequilíbrio dos contratos administrativos e o reequilíbrio em épocas de pandemia de Covid 19

Sendo duas condições previstas no direito material Administrativo, os

desequilíbrios dos contratos administrativos e os reequilíbrios, são estudados de forma exaustiva pela doutrina, assim, vale buscar compreender, sobre o entendimento doutrinário a respeito destas condições, que foram comuns durante a pandemia de covid nos anos de 2020 e 2021.

Neste sentido, Carvalho Filho(2012), afirma que quando as partes fazem acordo, elas buscam um efeito e desejam que o equilíbrio econômico e financeiro do contrato seja mantido. Assim diz Carvalho Filho (2002, p.200):

Quando pactuam, as partes implicitamente pretendem que seja mantido o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Desse modo, o efeito principal desse verdadeiro postulado contratual é o de propiciar às partes a 3. oportunidade de restabelecer o equilíbrio toda vez que de alguma forma mais profunda for ele rompido ou, quando impossível o restabelecimento, ensejar a própria rescisão do contrato.

Por outro lado, vários são os motivos, que podem vir a causar desequilíbrio nessa relação, especificamente nos contratos referentes às obras pública, que por conta de suas peculiaridades, podem vir a sofrerem mudanças inesperadas, ao longo da constância do contrato e assim vir a causar dificuldades as partes envolvidas, bem como, podendo trazer prejuízos ao interesse público. A este respeito, explica o professor, Carvalho Filho (2012, p.563), onde assevera

São fatos imprevisíveis aqueles eventos que constituem o que a doutrina tem denominado de força maior e de caso fortuito. Não distinguiremos, porém, essas categorias, visto que há grande divergência doutrinária na caracterização de cada um dos eventos. Alguns autores entendem que a força maior é o acontecimento originário da vontade do homem, como é o caso da greve, por exemplo, sendo o caso fortuito o evento produzido pela natureza, como os terremotos, as tempestades, os raios e trovões. Outros dão caracterização exatamente contrária, considerando força maior os eventos naturais e caso fortuito os de alguma forma imputáveis ao homem. Há, ainda, quem considere caso fortuito um acidente que não exime a responsabilidade do Estado.

Sobre este mesmo assunto, afirma

“[...] o equilíbrio econômico-financeiro ou equação econômico-financeira é a relação que se estabelece, no momento da celebração do contrato, entre o encargo assumido pelo contratado e a contraprestação assegurada pela Administração.Di Pietro(2010, p. 276)

São variados os fatores, que podem levar uma relação jurídica contratual administrativa, a ser uma situação de risco e assim poder vir a sofrer desequilíbrios, conforme afirma

[...] isso faz com que o equilíbrio do contrato administrativo seja essencialmente dinâmico; ele pode romper-se muito mais facilmente do que no direito privado. É por causa desses elementos de insegurança que se elaborou toda uma teoria do equilíbrio econômico do contrato administrativo. Além da força maior, apontam-se três tipos de áleas ou riscos que o particular enfrenta quando contrata com a Administração[...] (Di Pietro,2010, p.277)

Existem, vários fatores de riscos, que podem levar o Contrato administrativo ao desequilíbrio, sendo eles, por si só, já considerados como fatores de riscos para os contratantes, que são: a força maior; álea ordinária ou empresarial; álea econômica e a álea administrativa, cuja qual se subdivide 3 outros fatores de riscos ,a saber: em fatos que podem decorrente do poder de alteração unilateral do contrato administrativo por parte do Estado, fato do príncipe e fato da Administração (DI PIETRO,2010,p.277)

Neste contexto, estão disponíveis para serem usados, pelos administradores Públicos, vários recursos jurídicos, que podem ser aplicados na solução do desequilíbrio dos contratos administrativos e assim possam trazer solução jurídica prática, aos participantes da relação contratual pública, conforme asseverado por Di Pietro (2010,p.284), dizendo

A Constituição de 1988, estabelece que os contratos de obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, “mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei” (art. 37, XXI). Essa norma tem sido interpretada como fazendo referência ao equilíbrio econômico-financeiro; porém, é uma garantia de âmbito restrito, pois não abrange todas as modalidades de contratos da Administração. (DI PIETRO,2010,p.284)

Assim, nos termos do artigo 65, da Lei 8.666/93, onde verifica-se as condições previstas pelo legislador, que são justificáveis para se alterar os contratos administrativos. Onde se lê, in verbis:

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

[...]

II - por acordo das partes:

[...]

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

sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)(BRASIL, 93)

As partes, quando realizam a avença, desejam que este equilíbrio econômico financeiro do contrato seja mantido. A principal consequência dessa conjuntura, é que essa condição, abre o precedente para as partes restabelecer o equilíbrio do contrato, em todos os momentos que ele vier a ser quebrado e quando não houver a possibilidade de se restabelecer tal equilíbrio, venha a ser justificado a rescisão da avença.(CARVALHO FILHO,2012,p.200)

Esses efeitos, advindos dos desequilíbrios dos contratos administrativos, podem ser verificados muitas vezes, na constância dessa relação obrigacional, através das tentativas dos contratantes de manter sob controle e equilibrada a avença, essas condições são explicadas através de algumas teorias, tais como a do fato do príncipe e a da teoria da imprevisão. (CARVALHO FILHO,2012,p.200)

Nos contratos administrativos, o acerto feito na equação econômico-financeiro, é uma garantia para os contratantes, segundo se verifica através do artigo 37, XXI, da Constituição de 1988, onde o texto magno estabelece a necessidade de ser mantida as condições da proposta, enquanto perdurar a relação contratual. (GARCIA, 2007, p.146, *apud* CARVALHO FILHO,2012, p.200)

Art.37, XXI, Constituição Federal 1988, In verbis.

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.(BRASIL,1988)

Relembra Carvalho Filho que a lei 13.140/2015, determina que a competência para a solução de conflitos, referente a desequilíbrio econômico-financeiro de contratos firmados entre administração pública e os particulares, é das Câmaras Administrativas, segundo o artigo 32, § 5º, daquela Lei.

Sendo assim, o legislador fez esta previsão e com isso, buscou evitar demandas judiciais demoradas, onerosas e dispensáveis.(CARVALHO FILHO,2012, p.200)

Existem várias formas permitidas pelo ordenamento jurídico, para que se possa o reequilíbrio da equação econômico-financeira do contrato administrativo, tendo em vista a existência de diversos meios, que podem levar a esse desequilíbrio. Assim, Carvalho Filho (2012), cita o reajuste como sendo uma destas maneiras, sendo essa uma forma primária, prevista no momento do ajuste entre as partes, com o objetivo de resguardar os contratados dos efeitos inflacionários. Assim, os contratantes concordam em estabelecer índices de atualização idôneos para diminuir a probabilidade de desequilíbrio contratual, frente a possibilidade de diminuição do poder aquisitivo da moeda. (CARVALHO FILHO,2012, p.200)

O art. 55, III, da Lei 8.666/93, deixa claro que o legislador se preocupou com as variações de condições financeiras, que podem ocorrer na constância da avença, nos contratos administrativos, por isso inseriu no citado artigo, as cláusulas necessárias do contrato Administrativo. Sendo elas o preço e as condições de pagamento, bem como, as condições e os critérios de reajustes da convenção. Alerta Carvalho Filho(2012), que em caso de não ser feita apresentação de forma expressa, dessas condições informadas pelo art. 55, III, do Estatuto, será entendido o ajuste como tendo sido feito por preço ajustado fixo e irreajustável. (CARVALHO FILHO,2012, p.200)

Assevera Carvalho Filho (2012), dizendo que o gênero reajustamento, tem duas espécies, a saber; o reajuste e a repactuação. Nesse sentido, alguns negócios administrativos fazem previsão de um ou de outro, como forma de trazer o reequilíbrio das avenças. Assim, o mesmo autor faz distinção ao afirmar que:

O reajuste ocorre quando há a fixação de índice geral ou específico que incide sobre o preço após determinado período (ex.: IPCA/IBGE).Na repactuação, a recomposição é efetivada com base na variação de custos de insumos previstos em planilha da qual se originou o preço (ex.: elevação salarial de categoria profissional por convenção coletiva de trabalho).(CARVALHO FILHO,2012, p.201)

Portanto, em virtude da natureza distinta das formas de reajustamento apresentadas, muitos contratos prevêm as duas formas de reequilíbrio da avença,

determinando as parcelas sobre as quais recaíram. (CARVALHO FILHO,2012, p.201)

Na lei 8.666/93, o legislador fez a previsão de alteração bilateral dos contratos administrativos, é o que pode ser visto no art. 65,II,"d", por outro lado, neste mesmo artigo, ele prevê também a possibilidade de alteração unilateral da avença, conforme assenta o artigo 65,§ 6º, do mesmo estatuto:" Em havendo alteração unilateral do contrato, que aumente os encargos do contratado, a Administração deverá restabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro inicial." (CARVALHO FILHO, 2012, p.201)

Isso foi feito, por conta das múltiplas possibilidade de variação das condições contratuais, na Constância da obrigação ao longo do tempo, onde existe a possibilidade do poder Público, vir a causar tais distúrbios no pacto original. Assim, ocorrendo a condição ora referida, vindo a causar ônus ao contratado e desequilíbrio a economia financeira do contrato, o mecanismo próprio para restabelecer o equilíbrio do ajuste seria a revisão do preço. Dessa forma, possibilitará que a condição contratual, possa ser readequada a equação ajustada na avença.(CARVALHO FILHO,2012, p.201)

O direito à revisão, não depende de previsão expressa no instrumento da avença, precisando somente da comprovação da existência de um fato subsequente, que possa ter causado desequilíbrio econômico-financeiro da relação obrigacional, ajustada entre as partes.(CARVALHO FILHO, 2012, p.201)

Afirma Carvalho Filho(2012), que verifica-se dois fundamentos, que dão possibilidade para a ocorrência do reajuste, mesmo sem a existência da prescrição no instrumento contratual, sendo eles: Por se tratar de direito advindo diretamente da lei, sendo esta superior ao ajuste. Outro fator seria a, difícil de se prever eventos futuros, que podem, de alguma forma, vir a influir na relação contratual. Dessa forma, afirma o mesmo autor, que:" Importante, pois, é a ocorrência do fato, e não sua formalização no contrato." (CARVALHO FILHO,2012,p.201)

Após exaustiva verificação do instituto do reequilíbrio dos contratos administrativos e da verificação das formas que podem levar à descompensação das relações contratuais, entre a Administração Pública e os particulares, vindo a causar desconformidades na equação econômico - financeira dos contratos, em relação à condição original da avença, passa-se então, a análise no próximo capítulo, será verificado a responsabilidade da Administração Pública, nas medidas

tomadas na Pandemia de Covid - 19 pelo Estado, no uso da sua prerrogativa de atos de império, também será analisado de forma crítica, a possibilidade de se encontrar, formas para diminuir os impactos de uma condição de interferência do Estado, nos contratos Administrativos, durante condições adversas de urgência como pandemias ou guerras dentre outras. Que será visto no próximo item.

4 RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DURANTE A PANDEMIA DE COVID 19

Antes de se abordar os aspectos sobre a responsabilidade da administração Pública, durante a pandemia de Covid 19, convém analisar a responsabilidade civil extracontratual do Estado. Di Pietro (2010), afirma que : “[...]corresponde à obrigação de reparar danos causados a terceiros em decorrência de comportamentos comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos, lícitos ou ilícitos, imputáveis aos agentes públicos.”(DI PIETRO,2010,p.643)

Os danos causados pelo comportamento dos agentes públicos em exercício, representantes do executivo, do Legislativo e do Judiciário, serão sempre atribuídos ao Estado, isso se dá devido ao fato de que este ente é pessoa jurídica, por outro lado, não existe a mesma possibilidade de se responsabilizar a Administração Pública, visto que, essa não tem personalidade jurídica, não tendo por isso, capacidade de ser sujeito de direito e obrigações. Assim, somente o Estado e as pessoas privadas que o representam - no exercício de atividades atribuídas a elas - é que podem responder pelos atos cometidos por seus agentes, no exercício de suas atividades. A responsabilidade a qual é atribuída a estas pessoas, será sempre civil. Sendo assim, as punições serão sempre pecuniárias.(DI PIETRO,2010, p.643)

A responsabilidade patrimonial, pode acontecer devido a ato lícito, ou atos jurídicos, podendo ser também, em decorrência de comportamento ou de omissão do poder público, onde nestes casos serão sempre de ordem patrimonial. O que será sempre necessário, para que se constate essa condição, é que haja dano causado a terceiro, vindo de comportamento omissivo ou comissivo de representantes do Estado.(DI PIETRO,2010, p.643)

A Responsabilidade no Direito Administrativo, se difere do Direito Civil, pois enquanto esta, para ocorrer, necessita de ato ilícito, ato adverso a lei, aquela segue outra lógica, onde mesmo não havendo ato ilícito, a responsabilização poderá ocorrer, isso em função de atos que possam vir a causar prejuízos, ou ônus a

outrem, mesmo tendo sido originado por condições lícitas, mais que criaram encargos maiores a um indivíduo do que normalmente poderia ser criado a comunidade.(DI PIETRO,2010, p.643)

O agente que causar danos a terceiros, pode vir a ser responsabilizado se condenado, a pagar a quem por ele foi prejudicado, porém, para que isso possa acontecer, será necessário a comprovação da culpa ou dolo do agente sendo essa condição chamada de responsabilidade do agente público, essa situação, tem previsão constitucional, através do artigo 37, § 6. (AMORIM,2007,p.146). Assim, previu o constituinte no artigo 37, § 6º da Constituição de 1988, dizendo in verbis:

art.37

[...]

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa."[...] (BRASIL,1988)

Através da história, existiram várias formas de explicar e entender a responsabilização do Estado, onde esta passou a ser esclarecida através de várias teorias, sendo o caso da Teoria da irresponsabilidade do Estado, que no tempo do absolutismo, determinava que ao Estado não se poderia imputar nenhuma responsabilidade, tendo em vista o fato de defenderem a ideia de que o Estado era o rei, e este, por ser a representação divina na terra, nunca poderia errar, portanto, a ele não se poderia imputar nenhuma responsabilidade. Essa teoria perdurou por muito tempo, em muitos países, sendo até defendida na Inglaterra e nos Estados Unidos, somente sendo substituída após a segunda guerra mundial.(AMORIM,2007,p.147)

A teoria dos atos de império e digestão, sendo uma das teorias civilistas, tomou lugar da teoria da irresponsabilidade do Estado, tendo em vista que com o decorrer do tempo, aquela teoria perdeu força e passou a dar espaço a novas teorias. Assim, com objetivo de preservar a pessoa do Rei, mas porém, buscando garantir alguma indenização para as pessoas que viessem a sofrer algum tipo de perda pela ação do Poder Público, os juristas da época dividiram os atos de Poder do Estados em dois tipos; os atos de império, e os atos de gestão.(AMORIM, 2007,p.147)

Os atos de império, seria o uso do poder soberano, aquele caracterizado pela prerrogativa de autoridade e de supremacia, que o Estado tem sobre os

particulares. No caso dos atos de gestão, seriam caracterizadas pela prática de atos administrativos, com o objetivo de manter o patrimônio e os serviços do Estado, nessa condição, a administração pública se afastaria um pouco do Poder soberano. (AMORIM, 2007,p.147)

Nessa condição, os princípios do Direito Civil passaram a ser aplicados na responsabilização do Estado por atos de gestão, que pudessem vir a causar algum tipo de prejuízo a particulares, porém, não seriam aplicados nos atos de império. Essa teoria sofreu críticas, com base no fato de que, para muitos era difícil separar as duas personalidades do Estado, tendo em vista a dificuldade de distinguir, o que seria ato de império e o que seria ato de gestão. (AMORIM, 2007,p.147)

Segundo assevera Amorim(2007), após a teoria dos atos de império e de gestão, passou a vigorar a teoria da culpa civil ou da responsabilidade subjetiva, onde esta, não mais considerava a distinção entre os atos de Império e os atos de gestão, passando então a considerar todos os prejuízos causados pelo Estado a terceiros, através de seus agentes - desde que estes tivessem agido por dolo ou culpa - como sendo atos de responsabilidade do Estado. (AMORIM, 2007,p.147)

A esse respeito, afirmava o antigo Código Civil (revogado) - Lei nº 3.071, de 1º de janeiro de 1916, no artigo 15, in verbis:

Art. 15. As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos dos seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano.

Após a teoria da culpa civil ou responsabilidade subjetiva, passou a valer então, a teoria publicista, esta surgiu através de um caso famoso, ocorrido no ano de 1873 na França - um acidente de trânsito, onde vitimou uma criança chamada Agnes Blanco, onde essa foi atropelada por um Vagão de Trem de uma companhia do Estado francês - o pai da criança, ingressou com uma ação na Justiça Comum, onde esta, julgando-se incompetente, enviou a questão para o tribunal de conflitos, por sua vez, este analisando o caso, decidiu que cabia ao Tribunal Administrativo resolver o problema, pois entendeu que se tratava de responsabilidade do Estado, desta forma, não poderia ser analisada em sede dos princípios do Direito Civil, e sim deveria ser analisada por regras especiais. Assim, deste caso surgiu a teoria publicista da responsabilidade do Estado, onde essa se afastou das regras se civilistas, surgindo com isso, duas teorias que sustentaram-se em preceitos do

Direito Público, a saber; a teoria da culpa do serviço e a Teoria do Risco. (AMORIM, 2007,p.147)

A teoria da culpa do serviço, também conhecida como culpa administrativa, passou a exigir uma conduta culposa, em relação ao funcionamento do serviço público e não em relação à conduta do funcionário. Essa teoria, tinha como base o mau funcionamento do serviço em si para determinar a responsabilidade do Estado, pelos prejuízos causados a terceiros, entretanto, exigia-se ainda a necessidade da prova da culpa do serviço ineficiente, para que fosse possível responsabilizar o Estado e assim ser ressarcido.(AMORIM, 2007,p.148)

A Teoria do Risco, ultrapassa os limites da Teoria da Culpa, deixando de exigir a culpa, como elemento necessário para responsabilização do Estado, por ações de seus representantes, afastando assim, tanto a culpa do agente público, como a culpa do serviço, para se responsabilizar o Estado por danos causados a outrem. Para fazer isso, a teoria se baseava em duas ideias: no risco gerado pela atividade pública aos administrados e na probabilidade da atividade exercida pela administração pública, poder acarretar danos a pessoas da coletividade. (AMORIM,2007,p.149)

Nesse respeito a firma Meirelles (2016,p.781):

Aqui não se cogita da culpa da administração ou de seus agentes, bastando que a vítima demonstre o fato danoso e injusto ocasionado por ação ou omissão do poder público. Tal Teoria, com o nome está indicar, baseia-se no risco que atividade pública gera para os administrados e na possibilidade de acarretar dano a certos membros da Comunidade, impondo-lhe ônus não suportado pelos demais. Para compensar essa desigualdade individual, criada pela própria administração, todos os outros componentes da coletividade devem concorrer para reparação do dano, através do erário, representado pela fazenda pública.

Baseado nessa teoria, não se exige nem a culpa do agente e nem do serviço. Somente sendo necessário o dano e a relação de causa e os efeitos entre a lesão e a conduta do Poder Público ou de seus agentes.(AMORIM,2007,p.149)

Para Meirelles(2016), essa teoria pode ser dividida em duas espécies: A Teoria do Risco Administrativo e a Teoria do Risco Integral. Sendo que, a diferença entre as duas teorias, seria o fato da segunda não possibilitar excludente de responsabilidade, tais como; a culpa da vítima e a força maior, existindo assim o dever de indenizar, mesmo nessas duas hipóteses.(MEIRELLES,2016,p.781)

Segundo assevera Amorim (2007), a Constituição de 1988 "adotou a teoria da responsabilidade objetiva", segundo pode ser verificado através do artigo 37, § 6º (AMORIM,2007,149)

Assim informa o constituinte, no art 37, § 6º, que diz, in verbis:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

[...]

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.[...](BRASIL,1988)

O referido artigo, informa que o Estado responde sobre os prejuízos causados a terceiros, por seus agentes, mas também, respondem a essa regra pessoas jurídicas de direito privado, que venha a prestar serviços públicos.(AMORIM,2007,149)

O vírus da covid 19, trouxe grandes problemas para as relações negociais com a administração pública, prejuízos para os contratos administrativos, causando sérios desequilíbrios. Dada a importância do assunto, será visto neste capítulo: os desafios impostos pela pandemia de covid 19 e os impactos sofridos nas relações negociais que existiam na época, entre a Administração Pública Brasileira e particulares, em sede dos contratos administrativos que estavam em curso naquela época.

4.1 PANDEMIA DE CONVID - 19

O ano de 2020 foi marcado pela crise sanitária, devido ao alto índice de contágio do covid-19, essa doença foi causada pelo novo coronavírus, onde ele provocou a morte de muitas pessoas no mundo inteiro, e foi considerado pela Organização Mundial da Saúde (OMS), como uma pandemia. Essa classificação,

levou muitas autoridades do mundo inteiro a considerar a alta taxa de transmissão da doença, sendo que podia ser transmitida através do contato entre as pessoas, e pelo contágio via contato direto, através de objetos não esterilizados. (VELOSO,2020,p.43)

A crise Pandêmica, que assolou o Brasil e o mundo durante os anos de 2019 e perdurou durante todo o ano de 2020 e 2021, tornou-se uma condição desafiadora para vários países, por este motivo, o tema torna-se importante a ser analisado. Assim, serão analisados no item a seguir, os impactos causados pela doença, na sociedade e nas relações com o Estado Administrador.

4.1.1 A emergência sanitária pelo Covid

Neste mesmo sentido nos informa Cristóvão(2020)

Em dezembro de 2019, na cidade de Wuhan, China, foram detectados indivíduos acometidos de pneumonia com causa desconhecida. Posteriormente, identificou-se o vírus Sars-CoV-2 como causador da patologia designada Covid-19, sendo a pneumonia apenas um dos sintomas da nova enfermidade. O que parecia ser, até então, uma situação de epidemia tomou rumos alarmantes. Com a acelerada e galopante disseminação dos quadros de infecção, a Organização Mundial da Saúde (OMS) declarou, em 11 de março de 2020, ocorrência de pandemia.(CRISTÓVÃO,2020, p.2)

Por conta disso, a OMS estabeleceu um protocolo sanitário em todo mundo, na tentativa de conter a contaminação, fato que também ocorreu no Brasil, onde os meios utilizados para tal, eram; o distanciamento social, a higienização das mãos e utensílios, o uso de máscaras faciais, dentre outras. Para tentar conter a proliferação, os governos federais, estaduais e municipais do Brasil, buscaram estabelecer medidas de contenção para o enfrentamento da pandemia de covid-19, onde uma das medidas tomadas, foi limitação da movimentação das pessoas nos espaços públicos, bem como, em todos os lugares que pudessem existir aglomerações. Dessa forma, a dinâmica social das pessoas, durante a crise pandêmica, foi totalmente alterada. Assim, houve a necessidade de se buscar o equilíbrio dessas novas condições, desta forma, surgiram várias formas de regulamentação das atividades, que passaram a serem feitas de modo remoto, sendo o caso da Educação, das relações de trabalho, como também, do cumprimento dos acordos contratuais em geral. (VELOSO,2020,p.44)

O Brasil também sofreu sérios impactos devido à pandemia. Sobre esta condição explica Cristovam et al.(2020, p.416), onde explica sobre o agravamento da crise no Brasil dizendo

[...] no início parecia distante da realidade brasileira, impôs, rapidamente, a necessidade de amplas e profundas medidas – em diversas áreas – para contenção da onda de infecções. Apesar de expressivas controvérsias quanto ao momento e à natureza das restrições a serem aplicadas, em geral os Estados, Distrito Federal e Municípios implementaram diversas providências normativas e administrativas de cunho restritivo. A circulação de pessoas foi e ainda permanece diminuída ao máximo, dentro das possibilidades. O mercado em geral sofreu e sofreu graves impactos. Surgiu, então, verdadeiro Estado Administrativo de emergência.

4.2 A RESPONSABILIDADE DO ESTADO E A PANDEMIA

O Estado, buscando dar respostas à sociedade, quanto a crise criada pela pandemia de covid 19 e devido aos altos índices de contaminação, tomou sérias medidas de prevenção contra a crise sanitária, com objetivo de diminuir os índices de contaminação da doença, conforme nos revela Veloso(2020): “As ações governamentais, direcionadas a imposição do distanciamento social, gerou como consequência natural, restrições às liberdades dos indivíduos, especialmente a de locomoção, reunião de qualquer tipo, bem como, a associação de culto religioso.”(VELOSO,2020,p.44)

Verificando as dificuldades do setor aeroportuário, que foi fortemente atingido pela crise pandêmica de Covid -19, tendo em vista as medidas protetivas tomadas pelo governo no Brasil, Cristovam et al.(2020), apresenta os números da redução do uso do transporte aéreo do período de abril de 2020,(CRISTOVAM et al., 2020, p.416)

[...] de acordo com levantamento da Associação Brasileira das Empresas Aéreas (ABEAR), a redução de voos nacionais foi de 93,09% e, em maio, 90,97%.

A pandemia da Covid-19 causou retração intransigente para o setor, repercutindo no âmbito dos contratos de concessão de infraestrutura efetivados desde 2011. A situação é, deveras, complexa e exige reflexão acerca das dificuldades e alternativas que são exigidas pela situação de excepcionalidade.

A crise criada pelo covid-19, trouxe muitos prejuízos para as relações contratuais, entre a Administração Pública e os particulares, vez que estes, tinham

estabelecido relações negociais com aqueles, antes da pandemia e foram impedidos, por medidas normativas criadas pelo executivo, com objetivo de conter o contágio da doença, de modo que foram impedidos de poderem executar as suas obrigações contratuais, ficando assim prejudicados no cumprimento de suas obrigações. Neste sentido, a crise criada pela pandemia de covid-19, trouxe grandes transformações, no âmbito do regime jurídico administrativo, conforme alerta, Cristóvam et al.(2020), afirma que, essa condição tem afetado principalmente no campo das contratações públicas. (CRISTOVAM et al., 2020, p.418)

Neste sentido, Rafael Rezende Oliveira(*apud* CRISTOVAM et al., 2020, p.418), afirma que , “no estado de necessidade administrativo, a preterição das regras que são aplicadas ordinariamente à Administração Pública, abre-se caminho para aplicação de uma legalidade excepcional ou alternativa”. Na visão de Cristóvam et al.(2020), o direito administrativo da emergência, o qual o autor chama também de estado de necessidade administrativa, seria uma condição em que as normas do regime jurídico administrativo, poderiam ser flexibilizados, em função da condição de pandemias, com o objetivo de defender o interesse público, buscando a eficiência, em função da realidade alternativa que se apresenta.(CRISTOVAM et al., 2020, p.418)

Neste mesmo sentido Guimarães, (*apud* CRISTOVAM et al., 2020, p.418) traz alguns exemplos da flexibilização normativa sofrida pelo Direito Administrativo, no período da pandemia ao dizer que:

Como indicativo da expressão desse novo modelo de atuação (de emergência ou necessidade), cita-se a inédita hipótese de dispensa de licitação, disposta no art. 4º da Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, a qual prevê que o procedimento licitatório será dispensado para aquisição de bens, serviços e insumos de saúde destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública, além da criação de uma nova modalidade associada à autorização para adoção de requisições administrativas, aumento dos limites para suprimento de fundos, ampliação da utilização do sistema de registro de preços e suspensão dos prazos prescricionais para aplicação de sanções administrativas das Leis nºs 8.666/1993, 10.520/2002 e 12.462/2011

Ainda tratando das condições de crises, sofridas no setor Público Administrativo, durante o período da pandemia, foram verificadas fortes mudanças no âmbito do setor das concessões públicas, na área do setor de transporte aéreo, isso porque o cenário se modificou, em relação a quando foram firmados os acordos de concessão. Cristóvão (2020, p.4)

Cristóvam et al.(2020), afirma que na tentativa de preservar os contratos de concessão, no setor aéreo, foram feitas algumas mudanças na legislação durante o período pandêmico, com objetivo de flexibilizar a norma administrativa, criando ações de urgência, tentando assim diminuir os prejuízos no setor público, como diz

Assim, na tentativa de viabilizar a preservação dos contratos de concessão, mais especificamente do setor aéreo, foi editada a Medida Provisória (MP) nº 925/2020, publicada em 19 de março de 2020. A referida MP previu, para os contratos de concessão aeroportuários, que as contribuições fixas e as variáveis, com vencimento no ano de 2020, poderão ser pagas até o dia 18 de dezembro. Ademais, dilatou-se o prazo para reembolso de passagens aéreas para doze meses. (CRISTÓVAM et al.,2020,p.419)

As relações comerciais consumeristas, também sofreram adaptações durante este período, foi o caso da previsão de ressarcimento com reembolso, de valores das passagens, em relação aos voos cancelados em alguns períodos durante o ano de 2020. (CRISTÓVAM et al.,2020, p.419)

4.2.1 A responsabilidade do estado no desequilíbrio dos contratos administrativos na pandemia

Acerca da necessidade de serem usadas medidas emergenciais - tomadas pelo executivo, que fogem da normalidade usual e cotidiano das relações com o poder Público, durante a crise pandêmica - informa Cristóvão 2020

[...] para traçar possíveis respostas a essa pergunta, destaca-se que a Advocacia Geral da União, por meio do Parecer nº 261/2020/Conjur-Minfra/CGU/AGU, dispôs peremptoriamente que os concessionários têm direito ao reequilíbrio econômico-financeiro, em caso de riscos atribuíveis ao poder concedente, que é o caso da álea extraordinária. Inclusive, o próprio parecer elucidou que a pandemia configura força maior ou caso fortuito, caracterizando álea extraordinária para fins de aplicação da teoria da imprevisão, a justificar o reequilíbrio de contratos [...] (CRISTÓVAM et al.,2020,p.420)

Assim, observa-se que no período Pandêmico, foram tomadas muitas medidas de contenção, pelo poder público, no sentido de diminuir os efeitos nefastos da crise econômica financeira - nos contratos de concessão junto a Administração - criada pela propagação do Covid-19. Essas ações vieram no sentido de conter os impactos sofridos na Seara Econômica administrativa, buscando-se evitar os desequilíbrios nos contratos administrativos, porém, essas

medidas seriam tomadas através de situações analisadas de forma casuística.(CRISTÓVAM et al.,2020,p.420)

Cristóvam et al.(2020), relembra que, para alguns casos de reequilíbrio econômico e financeiro de contratos administrativos, podem existir leis específicas, a serem seguidas, sendo o caso dos contratos de concessão aeroportuário, onde afirma

[...] importa destacar a existência de norma específica para tratar do assunto: Resolução nº 528, de 28 de agosto de 2019, da Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC). Referido instrumento normativo estabelece quais procedimentos devem ser seguidos pelas concessionárias para recomposição do equilíbrio. Inclusive, o art. 7º aponta que o pedido de revisão extraordinária deverá ser devidamente instruído com relatório técnico ou laudo pericial que demonstre o efetivo impacto financeiro. (CRISTÓVAM et al.,2020,p.420)

Cristóvam et al.(2020), alerta para o fato de que, nas condições urgentes da pandemia - caso seja seguido tal condição prevista pela lei, a qual trata de condições de normalidade - pode-se agravar ainda mais a condição da empresa, levando a sérios problemas financeiros. Assim, então conclui o autor

Para a situação de pandemia, em que tanto a iniciativa privada como o Poder Público estão com os orçamentos colapsados, é preciso pensar em novos e criativos procedimentos para acelerar a alavancagem do setor, o que não significa, necessariamente, propor criação de novos institutos, mas tornar mais efetivos os instrumentos existentes e refletir sobre pactuações no esteio da juridicidade. (CRISTÓVAM,2020,p.421)

Após a verificação dos desafios trazidos pela pandemia de covid 19, para a sociedade em geral, onde essa doença foi anunciada como pandemia no final do ano de 2019, e rapidamente se alastrou pelo mundo inteiro, trazendo grandes dificuldades para vários ramos das atividades humana, a saber; nas atividades sociais, econômicas. Assim também, trouxe prejuízos para as atividades negociais da Administração Pública, aqui no Brasil e no mundo todo.

4.2.2 Caso de desequilíbrio de contrato administrativo

O caso que será analisado a seguir, diz respeito a consulta feita por administrador público, aos Órgãos de Controle Administrativos, feita durante o período pandêmico, onde, por estarem em dificuldade nas suas relações negociais com os particulares - devido a condição criada pela Pandemia de covid 19 e pelo fato do príncipe, medidas de afastamento social em forma de normas

improrrogáveis, criadas pelo Estado naquele período e que paralisaram todas as atividades laborais, levando os contratos administrativos a uma condição de desequilíbrio econômico financeiro - viram assim, a necessidade de buscarem respostas junto ao órgãos de controle administrativos, para que pudessem resolverem as suas pelepas.

Após pesquisa pela internet, onde foram encontrados vários casos, emblemáticos, de consultas feitas por administradores Públicos, de diversos setores administrativos do governo - durante o ponto alto da crise pandêmia de Covid 19 que buscaram de forma recorrente, respostas para os seus casos de desequilíbrio econômico - financeiro nas suas relações, em sede de contratos administrativos.

Será analisado o caso da Municipalidade de São Lourenço do Oeste, onde neste contexto escolhido, trata-se de desequilíbrio econômico - financeiro em sede de contratos de serviços de infraestrutura, onde aquela prefeitura, busca respostas para o seu problema, junto ao Tribunal de Contas de Santa Catarina. Desta forma, a fazer uma breve síntese do julgamento da consulta CON 21/00335418, feita por aquela municipalidade, sobre o Reequilíbrio em obras públicas em razão dos reflexos da pandemia de Covid-19. O presente caso foi obtido através de pesquisa feita na internet, onde o resultado desta pesquisa, pode ser vista no site do TCE SC, no seguinte link:

Link<<https://www.tcesc.tc.br/impactos-da-pandemia-podem-motivar-reequilibrio-economico-financeiro-dos-contratos-de-obras-e>>, Acesso: 18 agosto 2022..

No site, traz os ritos de forma mais completa, os quais foram seguidos na execução da consulta ora em análise, trazendo detalhes dos dados a apresentados em cada documento, bem como quais documentos foram usados, ao final apresenta a decisão, sendo de grande valia como auxílio aos envolvidos na abertura do processo.

Desta forma, os fatos que foram apurados seguiram esta dinâmica:

Na data de 02 de fevereiro de 2022, foi feita a sessão Ordinária Virtual, cujo assunto era; Consulta sobre reequilíbrio em obras públicas - reflexos Pandemia Covid-19, referente a consulta feita pela municipalidade da cidade de São Lourenço do Oeste, em sede do Processo nº 2100335418. A presente Consulta, formulada pelo Sr. Rafael Caleffi, Prefeito Municipal de São Lourenço do Oeste, em que questiona acerca do reequilíbrio de contratos de obras públicas em função do reflexo extraordinário da pandemia do Covid-19, nos moldes do art. 65, II, "d", da Lei

n.8.666/1993 (Lei de Licitações), onde a resposta dada pelo tribunal veio através da Decisão n.: 46/2022.

Dentre os argumentos do consulente, em busca de resposta sobre os fatos consultados, a autoridade destacou os fatos que hora são enumerados abaixo, in verbis;

1. Segundo o art. 65, II, "d", da Lei n. 8.666/93, a revisão contratual decorre da superveniência de fatos imprevisíveis, ou previsíveis, porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual. Cabe ao administrador público, ante o exame do caso concreto, aferir se a hipótese é passível ou não de revisão contratual, a partir da iniciativa do particular, uma vez que a Constituição Federal assegura o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, mantida as condições efetivas da proposta.

2. A demonstração da necessidade da revisão do contrato, assim como o cálculo da alteração contratual, podem se dar mediante a apresentação de planilhas de custos e outros documentos de suporte - como, por exemplo, pareceres, laudos, pesquisas de preços, perícias etc.-, por meio dos quais se possa aferir o motivo concreto que ensejou a revisão e calcular o montante a ser aplicado.

3. Não é possível consignar antecipadamente um percentual máximo de revisão a ser utilizado, tampouco estabelecer um critério revisional com base em índices oficiais, pois é imprescindível, no caso concreto, a demonstração da superveniência de fatos novos que ensejam a revisão, assim como o conseqüente desequilíbrio contratual.

4. No caso de alteração tributária, a exemplo da alteração promovida pela Lei n. 12.546/2011, a revisão contratual poderá ocorrer independentemente de estar expresso na proposta ou contrato o valor das alíquotas tributárias aplicáveis ao objeto contratado, bastando para este fim à análise da legislação vigente a data da proposta.

5. A modificação da base de cálculo e da alíquota incidente sobre a contribuição previdenciária de responsabilidade das empresas com as modificações temporárias decorrentes da aplicação da Lei n. 12.546/2011 poderá repercutir na composição dos preços por visar a desoneração da folha de pagamento das empresas beneficiadas, havendo a necessidade de se reavaliar o seu impacto nos contratos administrativos vigentes à época da modificação legal para fins de decisão sobre eventual revisão destes.

6. Mantidas as condições gerais do contrato anterior, no contrato de remanescente de obra formalizado com dispensa de licitação e com fundamento no permissivo do inciso XI do art. 24 da Lei n. 8.666/93, admite-se em tese, a revisão de preços, nos casos previstos no art. 65 do mesmo diploma legal, especialmente quando se objetiva a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, ainda que tenha origem em fatos iniciados durante a execução do contrato anterior.

7. Fatos supervenientes poderão justificar a alteração do contrato firmado com base no art.24, XI, da Lei n. 8.666/93, o que inclui as condições impostas quanto às supressões e acréscimos admitidas em lei para os

contratos, com as peculiaridades previstas nos §§ 1º e 2º do art. 65 do mesmo diploma legal.

8. Havendo o desinteresse dos licitantes remanescentes em assumir a integralidade dos serviços remanescentes, resta inviável a contratação, por meio de dispensa de licitação (art. 24, XI, da Lei n. 8.666/93), cabendo à Administração a opção pela realização de nova licitação.

9. Nos contratos de obras firmados com base no art. 24, XI, da Lei n. 8.666/93 é possível o ajuste de cláusula contratual para que o reajuste passe a ter periodicidade de um ano contado da data do orçamento cujo preço referencial tenha observado preços tabelados (SINAPI e SICRO), os quais teriam sido considerados para fins de fixação do preço no contrato originário."

Em resposta a consulta apresentada, o órgão julgador aplicou nova redação aos itens 1(um), 2(dois) e 3(três) da consulta - itens indicados acima - onde os as outras questões, foram aceitas pelo intérprete no seu inteiro teor, ficando da seguinte forma a nova redação dada pelo órgão julgador, a consulta feita pela Prefeitura de São Lourenço do Oeste.

Respondendo aos questionamentos feitos pela Municipalidade, assim dispõe o julgador, in verbis :

Redação atual	Nova redação:
<p>1. Segundo o art. 65, II, "d", da Lei n. 8.666/93, a revisão contratual decorre da superveniência de fatos imprevisíveis, ou previsíveis, porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual. Cabe ao administrador público, ante o exame do caso concreto, aferir se a hipótese é passível ou não de revisão contratual, a partir da iniciativa do particular, uma vez que a Constituição Federal assegura o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, mantida as condições efetivas da proposta.</p>	<p>1. Segundo o art. 65, II, "d", da Lei n. 8.666/93, a revisão contratual decorre da superveniência de fatos imprevisíveis, ou previsíveis, porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual. Cabe ao administrador público, ante o exame do caso concreto, aferir se a hipótese é passível ou não de revisão contratual, a partir da iniciativa do particular, uma vez que a Constituição Federal assegura o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, mantida as condições efetivas da proposta.</p>
	<p>2. A revisão tem por objetivo preservar os preços das variações anormais da economia, provocadas por fatos extracontratuais, supervenientes à</p>

	apresentação da proposta e, em geral, que se mostrem imprevisíveis ou, se previsíveis, de consequências incalculáveis.
	3. É possível conceder o reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos de obras e serviços de engenharia em razão dos reflexos advindos da pandemia da Covid-19, nos termos do art. 65, inciso II, letra “d”, desde que seja demonstrada por meio da quantificação dos efeitos, econômicos e financeiros, que extrapolaram as condições normais de execução e prejudicaram o equilíbrio global do contrato.
2. A demonstração da necessidade da revisão do contrato, assim como o cálculo da alteração contratual, podem se dar mediante a apresentação de planilhas de custos e outros documentos de suporte - como, por exemplo, pareceres, laudos, pesquisas de preços, perícias etc.-, por meio dos quais se possa aferir o motivo concreto que ensejou a revisão e calcular o montante a ser aplicado.	4. A demonstração da necessidade da revisão do contrato, assim como o cálculo da alteração contratual, podem se dar mediante a apresentação de planilhas de custos e outros documentos de suporte - como, por exemplo, pareceres, laudos, pesquisas de preços, perícias etc.-, por meio dos quais se possa aferir o motivo concreto que ensejou a revisão e calcular o montante a ser aplicado
	5. Para a demonstração da variação de preços é possível considerar a tabela referencial do SINAPI, verificando-se os preços do mercado local, dos descontos concedidos na licitação, se for o caso, e da economia de escala.
	6. Para demonstração da variação de preços é possível a utilização de notas fiscais relativas às aquisições de insumos ou materiais para a execução do contrato, contanto que não sejam os custos avaliados isoladamente, mas o reflexo no contrato como um todo.
3. Não é possível consignar antecipadamente um percentual máximo de revisão a ser utilizado, tampouco estabelecer um critério revisional com base em índices oficiais,	7. Não é possível consignar antecipadamente um percentual máximo de revisão a ser utilizado, tampouco estabelecer um critério revisional com base em índices oficiais,

pois é imprescindível, no caso concreto, a demonstração da superveniência de fatos novos que ensejam a revisão, assim como o consequente desequilíbrio contratual.	pois é imprescindível, no caso concreto, a demonstração da superveniência de fatos novos que ensejam a revisão, assim como o consequente desequilíbrio contratual.
	8. Na aplicação de reajuste anual após a concessão de uma revisão contratual, a Administração deverá ter o cuidado de avaliar se o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato já absorveu a variação efetiva do custo de produção avençada pelo índice de reajuste previsto no contrato, deixando-se de aplicá-lo quando a revisão tiver procedido ao reajuste contratual.

As outras questões, propostas pelo consulente, foram acolhidas como válidas pelo órgão julgador, não havendo necessidade de repeti-las.

Assim, Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, deu resposta aos questionamentos feitas por aquela Municipalidade através do processo de número @CON 21/00335418:

2. Responder ao Consulente da seguinte forma:

2.1. É possível conceder o reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos de obras e serviços de engenharia em razão dos reflexos advindos da pandemia da Covid-19, nos termos do art. 65, II, "d", da Lei de Licitações, desde que seja demonstrada por meio da quantificação dos efeitos, econômicos e financeiros, que extrapolaram as condições normais de execução e prejudicaram o equilíbrio global do contrato.

2.2. Para a demonstração da variação de preços é possível considerar a tabela referencial do SINAPI, verificando-se os preços do mercado local, dos descontos concedidos na licitação, se for o caso, e da economia de escala.

2.3. Para demonstração da variação de preços é possível a utilização de notas fiscais relativas às aquisições de insumos ou materiais para a execução do contrato, contanto que não sejam os custos avaliados isoladamente, mas o reflexo no contrato como um todo.

2.4. Na aplicação de reajuste anual após a concessão de uma revisão contratual, a Administração deverá ter o cuidado de avaliar se o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato já absorveu a variação efetiva do custo de produção avençada pelo índice de reajuste previsto no contrato,

deixando-se de aplicá-lo quando a revisão tiver procedido ao reajuste contratual.

2.5. A revisão tem por objetivo preservar os preços das variações anormais da economia, provocadas por fatos extracontratuais, supervenientes à apresentação da proposta e, em geral, que se mostrem imprevisíveis ou, se previsíveis, de consequências incalculáveis.

Após verificado o estudo de caso, onde se verificou o desequilíbrio econômico do contrato administrativo, pesquisado, cujo caso ocorreu durante o período da pandemia de covid-19, torna-se necessário que se faça uma análise crítica de algumas medidas jurídico-econômicos, que foram tomadas e que influenciaram as relações contratuais com a administração pública, portanto, isso será analisado no próximo item.

4.3 ANÁLISE CRÍTICA DA ATUAÇÃO DO ESTADO NA PANDEMIA

Com o surgimento da pandemia de covid-19, no ano de 2019 e que perdurou nos anos seguintes, surgiram muitos desafios no âmbito da Administração Pública, a serem superados pelo poder público. Dessa forma, os contratos com a Administração estatal, tiveram que ser revistos de forma emergencial, neste sentido, afirma Justen Filho (*apud* CRISTÓVAM et al., 2020, p.418), onde disse:

[...] , o atual contexto tem feito emergir o paradigma do direito administrativo da emergência. Na concepção do autor, esse arquétipo apresenta como característica a indicação de medidas que “afastam, suspendem ou extinguem o direito administrativo até então vigente.

No mesmo sentido, de Oliveira (*apud* CRISTOVAM et al., 2020, p.418), asseverou que, no estado de necessidade administrativo, a omissão das regras aplicadas de forma excepcional, pelo administrador público, abre caminho para uma legalidade incomum.

Após ter sido feito breve apontamentos, relativos a este período difícil, que assolou o Brasil e o mundo - que foi a Pandemia de Covid 19, sofrida entre os anos de 2019 até 2021 - nessa toada, será visto no próximo item, as ações tomadas pela administração do Estado, com objetivo de deter o crescimento da doença, assim como, os seus reflexos nas esferas jurídicas, através de decisão do STF, sobre a atuação da Administração pública, nas decisões tomadas para conter a doença, criando a Lei 13.979/20, que foi uma medida polêmica, e trouxe grandes críticas a

esse respeito, e que por último, será feita ponderações sobre as relações contratuais públicas e sobre os problemas de desequilíbrio econômico dos contratos administrativos, no sentido de buscar ver a melhor forma de lidar com o problema, em uma situação tão grave como a que foi vista nos dias de pandemia por covid 19.

4.3.1 Contrapontos a atuação do Estado Administrador, frente à condição de pandemia

Assim, com o objetivo de controlar a pandemia de covid-19, o legislativo nacional, sancionou em fevereiro de 2020, a Lei Nº 13.979/20, também conhecida como lei de enfrentamento da pandemia do Coronavírus, lei de abrangência Nacional, que trouxe grandes alterações para outros dispositivos legais, como foi o caso da Lei que regulamenta as licitações, Lei nº 8666/93.(SOARES DE SÁ, 2020) .

A lei que objetivava conter os efeitos da Pandemia, trouxe medidas restritivas de circulação e sanitárias obrigatórias, bem como, restrições pessoais e coletivas, onde pode ser visto no artigo 3º, da Lei 13.797/2020, determina que, por motivo de enfrentamento da emergência de saúde pública, as autoridades ficariam legitimadas, a adotarem medidas mais restritivas da Liberdade do indivíduo, tendo como objetivo último, a manutenção do interesse público e a saúde coletiva. Conforme pode ser visto in verbis:

Art. 3º Para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional de que trata esta Lei, as autoridades poderão adotar, no âmbito de suas competências, entre outras, as seguintes medidas: (Redação dada pela Lei nº 14.035, de 2020)

I - isolamento;

II - quarentena;

III - determinação de realização compulsória de:

a) exames médicos;

b) testes laboratoriais;

c) coleta de amostras clínicas;

d) vacinação e outras medidas profiláticas; ou (Vide ADPF nº 754)

e) tratamentos médicos específicos;

III-A – uso obrigatório de máscaras de proteção individual; (Incluído pela Lei nº 14.019, de 2020)

IV - estudo ou investigação epidemiológica;

V - exumação, necropsia, cremação e manejo de cadáver;

[...] (BRASIL,2020).

A juíza do Tribunal de Justiça do Distrito Federal (TJDFT), Acácia Regina Soares de Sá, em artigo publicado no site daquele tribunal, afirma no seu artigo, que a referida Lei 13.979/2020, trouxe grandes mudanças na vida dos indivíduos, impondo medidas sanitárias compulsórias as pessoas: como foi o caso da obrigatoriedade da realização de exames, o direito à informação, bem como o acesso a tratamentos de saúde, esse mesmo diploma legislativo, deu maiores poderes ao Ministério da Saúde, aos gestores estaduais e aos gestores municipais, para que pudessem combater o coronavírus, dentro de suas competências, estabelecidas pela Constituição de 1988, como também, trouxe regulamentação, acerca das disposições das atividades consideradas essenciais.

Sobre a Lei 13.979/20, Guimarães(*apud* CRISTÓVAM et al., 2020, p.418), afirma que, com base no novo modelo de atuação, assevera sobre a possibilidade de dispensa de licitação, prevista no artigo 4º da Lei 13.979/20, onde o autor lembra que

[...]o procedimento licitatório será dispensado para aquisição de bens, serviços e insumos de saúde destinados ao enfrentamento da emergência de saúde pública, além da criação de uma nova modalidade associada à autorização para adoção de requisições administrativas, aumento dos limites para suprimento de fundos, ampliação da utilização do sistema de registro de preços e suspensão dos prazos prescricionais para aplicação de sanções administrativas das Leis nºs 8.666/1993, 10.520/2002 e 12.462/2011. (GUIMARÃES 2020, p. 164 *apud* CRISTÓVAM et al., 2020, p.418)

Esse ponto controverso, é também lembrado pela magistrada, Acácia Regina Soares de Sá (2020), ao afirma que

[...] ponto bastante importante trazido pela Lei n.º 13.979/20 diz respeito à suspensão dos prazos prescricionais, isso porque o art.6º- C, incluído pela Medida Provisória n.º 928/20 determinou a suspensão do transcurso dos prazos prescricionais para aplicação de sanções administrativas previstas na Lei 8.112/90, na Lei n.º 9.873/99 e na Lei n.º 12.846/13 e em outras normas aplicáveis a empregados públicos, além da suspensão dos prazo para aplicação de sanções administrativas previstas na Lei n.º 8.666/93 (licitações), Lei n.º 10.520/02 (Pregão) e na Lei n.º 12.642/11 (Regime diferenciado de contratação), estas três últimas alterações incluídas pela Medida Provisória n.º 951/20. (Soares De Sá ,2020)

A intérprete lembra ainda, que a Lei 13.979/20, apresenta pontos controversos, que de alguma forma, poderiam trazer conflitos judiciais e dá o

exemplo da previsão legislativa, para negociação pública com pessoas que tenham cometido atos contrários à Lei e que após condenadas, a sentença tenha transitado em julgado, e assim elas estejam proibidas de negociar com o Estado, devido a sua condição de inidoneidade, porém a Lei 13.979/20, trouxe a possibilidade, destas pessoas poderem negociar com a Administração Pública, conforme afirma Soares de Sá(2020) dizendo

[...] fornecedora de bens, serviços e insumos de empresas que estejam com inidoneidade declarada ou com o direito de participar de licitação ou contratar com o Poder Público suspenso, quando se tratar, comprovadamente, de única fornecedora do bem ou serviço a ser adquirido.

Por outro lado, a Lei 13.979/2020, trouxe consigo também, a possibilidade da suspensão de prazos prescricionais, na esfera da Administração Pública, conforme pode ser visto no artigo 4º desta Lei.

Outro ponto que é considerado controverso, relativo a citada lei, é que se permitir uma contratação, a partir do texto da lei em debate, para a aquisição de bens, serviços e insumos, que tivessem relação ao combate à pandemia de covid-19, por valores que poderiam ser superiores ao médio praticados, porém, deveria ser justificados, como também, houver a possibilidade, através dessa lei, de não ser necessário apresentação, por parte da empresa fornecedora, de documentação que demonstrasse regularidade fiscal, ou até mesmo trabalhista, nos casos em que existisse restrição de fornecedor, também houve a redução de prazos previstos em lei, para os casos de algumas modalidades de licitação. (SOARES DE SÁ,2020).

Durante o período emergencial da Pandemia de Covid 19, foram feitas flexibilizações nas contratações públicas, as quais se justificam por conta das condições emergenciais. Cita também a magistrada, que algumas contratações, foram feitas desconsiderando, às garantias fundamentais, como o caso de contratação de empresas consideradas inidôneas, no caso de não existir fornecedor , para um tipo de produto, por terem sido sentenciado, através de ação civil pública, por qualquer ato que tem levado à improbidade administrativa, nessa condição a coisa julgada estaria sendo relativizada, e desta forma, indo de encontro uma causa pétrea.(SOARES DE SÁ,2020).

Outra condição, que pode ser lembrada do período emergencial de contenção da pandemia de covid-19, e que foi feito pela lei 13.979/20, foi a

suspensão de prazos processuais, em desfavor dos acusados, valendo também para entes privados, os quais poderiam estar sendo processados administrativamente, sendo que essa condição se manteria até que cessasse a pandemia de Covid-19. Outro fato controverso da mesma lei, tem haver com acesso a disponibilidade das informações.(SOARES DE SÁ,2020).

Por outro lado, em contraponto das afirmações feitas pela intérprete, o Superior Tribunal Federal (STF), em análise a um pedido de medida cautelar, na ação direta de inconstitucionalidade, ADI 6.625MC/DF, onde o partido Rede Sustentabilidade, protocolou uma petição, tratando-se de uma tutela de urgência, em sede da referida ação, onde o partido, buscando estender a vigência contida no dispositivos contidos nos arts. 3º ao 3º-J da Lei nº 13979/2020, sendo estes artigos que cuidam efetivamente de disposições de trato médico e sanitário, de modo mais direto. Assim, durante essa ação, o ministro Ricardo Lewandowski, lembrou o quê o STF, em seu plenário, por diversas vezes no ano de 2020, reconheceu pela constitucionalidade da lei 13.979/2020, conforme pode se ver, In Verbis:

O Supremo Tribunal Federal, em diversas decisões prolatadas ao longo do corrente ano, entendeu que tais medidas são compatíveis com a Constituição, podendo ser adotadas pelas autoridades dos três níveis político-administrativos da Federação, respeitadas as esferas de competência que lhes são próprias (ADI 6.341-MC-Ref/DF, redator do acórdão Min. Edson Fachin; ADI 6.343-MC-Ref/DF, redator do acórdão Min. Alexandre de Moraes; ADPF 672/DF, Rel. Min. Alexandre de Moraes; e ADIs 6.362/DF, 6.587/DF e 6.586/DF, de minha relatoria), sendo certo que estas corresponderam plenamente às expectativas, revelando-se essenciais ao enfrentamento da Covid-19. (BRASIL,STF,ADI6625MC/DF)

Desta forma, percebe-se que o relator Ministro Ricardo Lewandowski, se filiou a citada Lei, pois a situação criada pelo vírus da covid 19, fez com que o legislativo e o judiciário dessem uma resposta, mesmo que alternativa e imediata, para conter os reflexos da pandemia na sociedade. O relator demonstrou a sua filiação ao diploma normativo, assim, em sua análise deixou claro a importância e os pontos positivos da Lei 13.979/20. (BRASIL,STF,ADI6625MC/DF), conforme pode ser verificado abaixo, in Verbis:

Ora, a Lei nº 13.979/2020, com o propósito de enfrentar de maneira racional e tecnicamente adequada o surto pandêmico, permitiu que as

autoridades adotassem, no âmbito das respectivas competências, determinadas medidas profiláticas e terapêuticas, dentre as quais sobressaem as seguintes: isolamento, quarentena, restrição à locomoção, uso de máscaras, exames médicos, testes laboratoriais, coleta de amostras clínicas, vacinação, investigação epidemiológica, tratamentos médicos específicos, requisição de bens e serviços, exumação, necropsia, cremação e manejo de cadáveres (art. 3º, I, II, III, III-A, IV, V, VI e VII). E previu mais: “a autorização excepcional e temporária para importação e distribuição de quaisquer materiais, medicamentos, equipamentos e insumos da área da saúde sujeitos à vigilância sanitária sem registro na Anvisa considerados essenciais para auxiliar no combate da pandemia, desde que [...]” registrados em pelo menos uma de quatro autoridades sanitárias estrangeiras que indica, “autorizados à distribuição comercial nos respectivos países” (art. 3º, VIII). (BRASIL, STF, ADI6625MC/DF)

Sobre este mesmo contexto, conforme depreende Cristóvam et al.(2020), a condição provocada pela pandemia de covid-19, trouxe grandes e necessárias mudanças para as relações sociais, normativas e administrativas, uma vez que, as medidas tomadas para conter o progresso da doença, criaram impactos em vários aspectos da vida humana dentro e fora do país. (CRISTÓVAM et al.,2020,p.434)

Por outro lado, a pandemia fez surgir a lei 13.979/2020, que no campo do Direito Administrativo, trouxe transformações no agir administrativo, como também, mudanças na forma de pensar do Direito Administrativo, esse modelo de atuação emergencial do Estado, foi necessário para aquisição de bens e serviços, destinados ao enfrentamento da doença, por conta disso, procedimentos administrativos obrigatórios e legais, foram flexibilizados pelo legislador, tais como: sistema de registro de preços, suspensão dos prazos prescricionais na aplicação de sanções administrativas, a criação do regime distinto, que diferenciava do padrão jurídico administrativo.(CRISTÓVAM et al.,2020,p.434)

A pandemia, trouxe grandes reflexos nos contratos administrativos, sendo que a continua, a intervenção do estado nas relações sociais, por conta das necessidades de afastamento social, e devido a adoção de medidas emergenciais sanitárias, causou a diminuição da circulação de pessoas, bem como, a circulação de mercadorias e serviços, vindo a interferir diretamente no equilíbrio dos contratos administrativos, como informa, Cristovam et al.(2020), ao tratar dos prejuízos sofridos pelos concessionários, por conta da pandemia de Covid-19, das medidas restritivas tomadas pelo Estado, onde afirma

A pandemia da Covid-19 provocou queda na arrecadação do Estado e impôs adoção de medidas sanitárias restritivas – por orientação da Organização Mundial de Saúde (OMS) e implementadas pelos Estados,

Distrito Federal e Municípios . Ainda, no plano das concessionárias do setor aéreo, tem-se a redução de demanda, indisponibilidade de pessoal e material, riscos adicionais, insegurança pelas repercussões contínuas provocadas pela Covid-19 e adoção emergencial de protocolos de proteção à saúde. Esses reflexos colocam Poder Público e concessionárias no espectro da álea compartilhada. Assim, formar consenso para o reequilíbrio dos contratos mostra-se alternativa criativa e potencial para manutenção dos contratos, continuidade – ainda que frágil – dos investimentos em infraestrutura aeroportuária, mitigando os prejuízos orgânicos-estruturais às empresas e à perseguição de desenvolvimento. (CRISTÓVAM et al.,2020,p.432)

Cristóvam et al.(2020), afirma que, o reequilíbrio econômico dos contratos administrativos, tem status constitucional, porém, alerta o mesmo autor que as formas de recomposição contratuais, não foram suficientes para conter os prejuízos apresentados pela covid-19, desta forma, demonstrando a insuficiência da teoria das áleas tradicionais, para responder a altura a esse tipo de situação. Ainda tratando da teoria dos prejuízos, o autor relembra que, a teoria tradicional, das áleas ordinárias, quem absorve os prejuízos é o próprio contrato, e no caso das extraordinárias, isso ocorre por conta dos contratantes, neste compasso, afirma Cristóvam et al.(2020), que

[...] a pandemia impôs um modelo de risco sui generis, convencionando-se nomear de álea compartilhada. No risco ou álea compartilhada, constata-se ocorrência exógena ao contrato, alheia ao interesse das partes, incerta, imprevisível e inevitável, que provoque alteração da equação econômico-financeira inicial, afetando contratante e contratado, dificultando sobremaneira a execução e a recomposição do contrato. (cristóvam et al.,2020,p.432)

A situação trazida pela pandemia de covid-19, trouxe grandes prejuízos para o Estado e queda na arrecadação, bem como, as medidas restritivas tomadas em função das orientações repassadas pela OMS (Organização Mundial da Saúde), E Feitas pela União, Estado Distrito Federal e Município, somado também a isso, o fato de que o contratante teve fortes reduções nas disponibilidades de pessoal, redução na demanda e também material, surgindo para este, vários riscos não esperados. Toda essa insegurança, provocada pelo covid-19 e pelas ações emergenciais do Estado - por conta da Necessidade de conter o aumento da doença, - criou, segundo afirma Cristovam et al.(2020) , uma espécie de álea

compartida, sendo então o diálogo o meio adequado, segundo o autor, para solução do reequilíbrio dos contratos, sendo essa alternativa para a manutenção da relação contratual, mitigando ,portanto, os prejuízos estruturais das empresas. (CRISTÓVAM et al., 2020, p. 432)

5 CONCLUSÃO

Por meio desse estudo, foi possível entender como se deu, ao longo da história, a consolidação do processo democrático no mundo, bem como, o estabelecimento do Estado de Direito e a estruturação estatal em torno das instituições Públicas - após Absolutismo - as quais, foram organizadas de forma a serem separada por órgãos, tendo como base, a separação dos poderes e também o sistema de freios e contra pesos, Constitucional, criado pelo legislador na Constituição de 1988, com objetivo de evitar abusos dos Governos, contra os interesses dos indivíduos.

Com base nesse resgate histórico, também foi possível entender, o estabelecimento do Direito Constitucional e dos Direitos Infraconstitucionais, na sociedade, seus limites e extensões - onde estes serviram de base para o estabelecimento da Administração Pública, enquanto órgão administrativo do Estado.

O presente trabalho, busca fazer uma análise das ações tomadas pelo Estado brasileiro, durante a pandemia de covid-19, para entender se as ações emergenciais, colaboraram ou não para o aumento nos desequilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos, de obras de infraestrutura e outras. Assim, buscou elementos históricos e factuais, dos modos que foram feitas as diversas ingerências do Estado na sociedade, para combater a doença.

As ações tomadas pelo governo brasileiro, tiveram com objetivo de conter o aumento de casos da doença causada pelo Novo Coronavírus, e que porém, por motivo de saúde pública, veio a interferir nas atividades de circulação de pessoas, bens e serviços, bem como, proibiu as aglomeração de pessoas, levando ao fechamento de empresas, da mesma forma que, paralisou todas as atividades laborais e associativas. Para que isso fosse possível, o Governo estabeleceu normas e medidas de urgência, como foi o caso da criação da Lei 13.979/20. Segundo afirmado pela intérprete da lei, a Juíza do TJDF, Acácia Regina Soares de Sá, onde afirma que a Lei 13.979/20, trouxe consigo fortes medidas restritivas e graves, que suspenderam direitos individuais e coletivos, bem como tomou providências administrativas, que foram de encontro à Jurisprudência do Direito Administrativo e Civil. Assim como, entrou em conflito com os textos das Leis que regulam as atividades da Administração Pública, a Lei 8666/93 e também a Lei

14.133/21, da mesma forma que, foi de encontro aos ditames Constitucionais, estabelecidos como cláusulas pétreas, ao permitir que Empresas, tidas como inidôneas, (as quais tinham sido sentenciadas, através de ação civil pública, e foram condenadas, tendo suas sentenças transitadas em julgado) poderiam negociar com o erário público, fato que - segundo exposto pela intérprete da lei - seria tido como inconstitucional.

Por outro lado, o STF reconheceu, (em sede da análise de Mandado de Segurança, em decisão monocrática), a Constitucionalidade da Lei 13.979/2020, onde na oportunidade, o Ministro Ricardo Lewandowski, relembrou que no ano de 2020 o colegiado do Superior Tribunal Federal, reconheceu por diversas vezes, que o texto dessa Lei 13.979/20, além de ser constitucional, era também urgente e necessário, uma vez que, segundo o citado Ministro, o interesse Público na defesa do direito à Vida e a saúde da pessoa, em se tratando de Direitos Humanos, estava acima de qualquer outra coisa naquele momento.

No entanto, foi constatado através de caso fático, que as medidas tomadas pelo Estado Administrador, foram consideradas por alguns tribunais como áleas ou fato do príncipe, que causaram desequilíbrio nos contratos administrativos e que isso se deu em função das medidas impeditivas, criadas pela lei 13.979/2020, por conta das restrições de circulação de pessoas, bens e insumos, como também, a suspensão das atividades laborais, criaram impedimento direto, para que fosse possível, a execução dos contratos administrativos de obras de infraestrutura e outras, por parte dos contratantes, sendo portanto, tido como áleas contratuais, dando motivo para a absorção do prejuízo por parte do Estado.

Isso pode ser constatado, através da consulta feita pela Prefeitura de São Lourenço do Oeste, cidade que fica no Estado de Santa Catarina, que igual a outras tantas Administrações Públicas, pediram orientações, ao Tribunal de Contas do Estado, sobre o seu problema de desequilíbrio econômico em seus contratos administrativos de infraestrutura. Esses tipos de consultas, aos tribunais de conta, passaram a ser recorrentes durante todo o período da pandemia, vez que, os Administradores Públicos, que passaram a ter problemas nos seus contratos administrativos, (com medo de sofrerem algum tipo de sanção legal), investiram em consultas, junto aos órgãos superiores, com o objetivo de criarem lastros jurídicos, para que pudessem agir, em favor da recomposição econômico-financeira dos seus contratos administrativos.

Ante o exposto, verificou-se que as medidas tomadas pelo Estado, para conter o avanço da pandemia da covid-19, impediram de forma direta e indireta, a execução de contratos de obras públicas, bem como, de outros tipos de contratos, feitos com Administração Pública, contratos que estavam em vigor na época, em que surgiu a doença, bem como causou suspensão naqueles que iriam ser feitos com Administração Pública. Isso levou um aumento no desemprego, visto que, muitos trabalhadores tiveram de ser dispensados dos seus postos de trabalho, por conta das atividades não poderem mais ser realizadas, assim também, levou muitas empresas, que prestavam serviço para o Estado, a não mais conseguirem suportar os contratos administrativos assinados e por isso, pediram a recomposição, junto a Administração Pública, da equação econômico-financeira dos contratos que tenham assinado.

Dessa forma, a pesquisa confirma a hipótese do estudo, ou seja, que o Estado, na defesa do interesse público, e em favor da vida e da Saúde da população, levou ao desequilíbrio os contratos administrativos, de obras, de infraestrutura e outros, por conta do efeito colateral das medidas preventivas e emergenciais tomadas, com o objetivo de conter a propagação da contaminação por covid-19.

Foram tomados como base para essa conclusão, algumas constatações feitas ao longo da pesquisa, quais sejam:

A resposta do TCE SC, a consulta sobre reequilíbrio em obras públicas - reflexos Pandemia Covid-19, referente a pergunta feita pela municipalidade da cidade de São Lourenço do Oeste, em sede do Processo nº 2100335418. A presente Consulta, formulada pelo Sr. Rafael Caleffi, Prefeito Municipal de São Lourenço do Oeste, onde, aquele órgão consultivo, chegou a conclusão sobre a responsabilidade do Estado sobre os desequilíbrios dos contratos de infraestrutura, onde foi tomado como parâmetro os artigos 65, II, "d", da Lei 8.666/93, bem como a decisão tomada por aquele órgão deliberativo que foi no sentido de conceder o reequilíbrio econômico aos contratos administrativos apresentados pela prefeitura de São Lourenço do Oeste.

Neste mesmo sentido, decidiu a Advocacia Geral da União - AGU, quando provocada através do caso das empresas aeroportuárias que, devido a pandemia de Covid 19, passaram a ter dificuldades nos seus contratos de concessão de infraestrutura aeroportuária, e por isso, procuraram a AGU, em busca de resposta

sobre a sua condição. A resposta veio através do parecer 261/2020, onde o órgão consultivo, decidiu peremptoriamente, que os concessionários teriam direito ao reequilíbrio econômico-financeiro, em caso de riscos atribuíveis ao poder concedente, que é o caso da álea extraordinária. Onde o parecer elucidou que a pandemia configura força maior ou caso fortuito, caracterizando álea extraordinária para fins de aplicação da teoria da imprevisão, a justificar o reequilíbrio de contratos.

Também, foi utilizado para compor a conclusão,, as ideias da doutrinadora Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2010), onde afirma que é possível o reequilíbrio dos contratos administrativos, quando as condições fáticas se assemelha às previstas na Lei 8666/93, onde no art. 65, inciso II, alínea “d”, como também, relembra a doutrinadora, que a Lei 8.987/95, no artigo 9º e parágrafos, determina ser possível o reequilíbrio dos contratos de concessão e permissão de serviços públicos.

Por último, foi usado o art. 37 inciso XXI, da Constituição de 1988, que deixa claro a possibilidade de um reequilíbrio nos contratos administrativos, em condições de se buscar o equilíbrio, que existia no momento da assinatura da obrigação, assegure igualdade de condições mantidas nas condições efetivas da proposta .

Essa condição de pandemia de covid 19, demonstrou a fragilidade do Estado brasileiro, frente a situações de emergência, como foi a da Pandemia por Covid-19, tendo em vista que, não existiam medidas protetivas legais que pudessem antever as ações a serem tomadas pelo Estado e pela Administração Pública, frente às dificuldades criadas pela Pandemia de Covid-19, condição que poder-se-ia ter maior controle, sobre os resultados não esperados, das medidas tomadas nestes contextos.

Outrossim, face ao exposto, pensa-se na possibilidade de se ter um texto legal, para estes tipos de condições de emergência, sendo um meio alternativo de controle, feito de forma preventiva, e em condições que permitiriam ao legislador pátrio, fazer a melhor adequação do texto legal, às condições impostas pela Constituição de 1988 e pelos Princípios da Administração Pública.

Uma lei, criada de forma prévia, poderia diminuir ou até dirimir, os efeitos colaterais das medidas de urgência necessárias, a serem tomadas pelo Estado, nestes casos, por terem sido criada de forma antecipada, o texto da lei poderia ser debatido, exaustivamente, buscando possíveis brechas para o surgimento de efeitos

não esperados, evitando assim o surgimento de condições que pudessem causar prejuízos aos acordos feitos entre o Estado e os particulares, nos casos que fosse possível fazer.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS E DIGITAIS

AMORIM, Gustavo Henrique Pinheiro de. **Direito Administrativo**. 4º. ed. Barros , Fischer & Associados .2007.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**.7.ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p.230.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 10 out. 2022.

BRASIL. **Lei nº 9.784**, de 29 de janeiro de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm>. Acesso em: 18 out . 2022

BRASIL. **Lei nº 8.666**, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em: 18 out . 2022

BRASIL. **Lei Nº 3.071**, de 1º de janeiro de 1916. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8666cons.htm>. Acesso em: 18 out . 2022

BRASIL. **Lei nº 13.140**, de 26 de junho de 2015. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm>. Acesso em: 18 out . 2022

BRASIL. **Lei nº 13.979**, de 6 de fevereiro de 2020. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/l13979.htm> Acesso em: 18 out . 2022

BRASIL.SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL, **Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº ADI 6625**.Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Decisão Monocrática. Julgado em 08/03/2021.

BRASIL.SUPERIOR TRIBUNAL FEDERAL,Recurso Especial, nº RE 434.059. **STF/SÚMULA VINCULANTE nº5**.Relator: Min. Gilmar Mendes. Decisão Colegiado. Julgado em 12/09/2008.

CARVALHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 26º. ed. Atlas. São Paulo. 2012.

CRUZ, Paulo Márcio. **Fundamentos do direito constitucional**. Curitiba: Juruá, 2001. p.274.

CRISTÓVAM, J. S. da S., SOUSA, T. P. de, & Maia, I. C. A. (2020). **Emergência administrativa e reequilíbrio econômico-financeiro: Desafios da recomposição**

e consensualidade como paradigma para o setor aeroportuário no contexto da Covid-19. Direito Público, 17(94).Portal de Periódicos. Recuperado de : <<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/4406>>. Acesso em 05 nov.2022.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da Cunha.**Curso de Direito Constitucional.** 6ª. ed. Jus Podivm. Salvador. 2012.

DALLARI,Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado,** São Paulo, Saraiva, 1983.

DI PIETRO,Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 8 ed. São Paulo: Editora Atlas, 1997.

DI PIETRO,Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo.** 23ª. São Paulo:Editora Atlas, 2010 .

GASPARINI,Diógenes. **Direito Administrativo.** 17ª.São Paulo: Editora Saraiva, 2012.

MELO, Oswaldo Ferreira de. **Dicionário de política jurídica.**Florianópolis: OAB SC Ed, 2000. p.104

MELLO, Celso Antônio Bandeira de.**Curso de Direito Administrativo.** 35ª ed. São Paulo:Juspodivm, 2021.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** 19 ed. São Paulo: Editora Malheiros , 1994.

MEIRELLES, Hely Lopes; FILHO, Emmanuel Burle; BURLE, Carla Rosado. **Direito Administrativo.** 42ª São Paulo: Editora Malheiros, 2016.

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. **Uma história do direito administrativo: passado, presente e novas tendências.** In: Direito Federal - Revista da AJUFE [Associação dos Juízes Federais], n.83, 1º trim./2006,p.77-103.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. **Direito Administrativo.** 23ª. São Paulo:Editora Atlas S.A, 2010 .

KELSEN,Hans . **Teoria pura do direito.** Tradução de João Baptista Machado. 6.ed. São Paulo: Martins Fontes,1998.p.427.

ROSSI, Alexandre Luiz Bernardi; MARTINS, Jessé Fialho. **Desafios da Democracia em Tempos e Pandemia.** in: MESQUITA, Gil Ferreira de; ALVES, Jonatan de Jesus Oliveira. Cord. Desafio Jurídico da Pandemia. ed. Laboratório Americano de Estudos Constitucionais Comparados. Uberlândia, 2020.p.27 - 41.

VELOSO, Ana Flávia Alves Canuto; NEVES, Ellen Correia Solis. **Restrições à liberdade de locomoção e reunião no Brasil em tempos de pandemia**: Limites e possibilidades. in: MESQUITA, Gil Ferreira de; ALVES, Jonatan de Jesus Oliveira. Cord. Desafio Jurídico da Pandemia. ed. Laboratório Americano de Estudos Constitucionais Comparados. Uberlândia, 2020.p. 43-62.

SÃO PAULO. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO. **Nova lei de licitações e contratos administrativos: Lei Nº 14.133/2021**. CADIP- Centro de Apoio ao Direito Público. TRIBUNAL DE JUSTIÇA - SP.3ª edição, **revista e atualizada**. <<https://www.tjsp.jus.br/Download/SecaoDireitoPublico/Pdf/Cadip/Esp-CADIP-Nova-Lei-Licitacoes.pdf>>. Acesso em 15 out. 2022.

SOARES DE SÁ, Acácia Regina. **Lei n.º 13.979/20: Enfrentamento ao Coronavírus e seus principais pontos controversos**. Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios – TJDFT, Brasília, 2020. Disponível em: <<https://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/campanhas-e-produtos/artigos-discursos-e-entrevistas/artigos/2020/a-lei-n-o-13-979-20-a-lei-de-enfretamento-ao-conoravir-us-e-seus-principais-pontos-controversos>>. Acesso em : 12 de outubro de 2022.

SANTA CATARINA, TRIBUNAL DE CONTAS DO ESTADO DE SANTA CATARINA. Consulta nº. 2100335418. **Reequilíbrio em Obras Públicas - reflexos Pandemia Covid-19. Prefeitura Municipal de São Lourenço do Oeste**. Relator: José Nei Alberton Ascari. São Lourenço do Oeste. 21 de fevereiro de 2022. Tribunal de Contas SC , Florianópolis. Disponível em: <<https://www.tcscsc.br/impactos-da-pandemia-podem-motivar-reequilibrio-economico-financeiro-dos-contratos-de-obras-e>>. Acesso em: 18 agosto 2022. 2002.