

**GUILHERME FREDHERICO DIAS REISDORFER**

**AS CONCESSÕES DE SERVIÇO PÚBLICO E O PODER DE  
MODIFICAÇÃO UNILATERAL DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS**

**Monografia apresentada no  
Curso de Graduação em Direito  
do Setor de Ciências Jurídicas  
da Universidade Federal do Paraná**

**Orientador: Professor Doutor Romeu Felipe Bacellar Filho  
Co-orientador: Prof. Doutorando Fernando Vernalha Guimarães**

**CURITIBA  
2006**

*Dedico este trabalho aos meus pais,  
Ademar e Célis, pelo sempre  
inestimável e incondicional apoio e carinho.  
Dedico também à Luciana,  
Irmã e companheira de todas as horas.*

Agradeço ao professor Romeu Felipe Bacellar Filho, que apoiou desde o início a escolha do tema e ofereceu seus sempre valiosos conselhos.

Expresso minha gratidão também ao professor Fernando Vernalha Guimarães, pelo fundamental apoio, tanto na escolha e na delimitação do tema, como no desenvolvimento das idéias contidas neste trabalho.

## SUMÁRIO

<b>1. INTRODUÇÃO</b> .....	08
<b>2. OS CONTRATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA</b> .....	12
2.1. A CONTRATUALIZAÇÃO DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA.....	12
2.2. O DESENVOLVIMENTO DA NOÇÃO DE CONTRATO NO ÂMBITO DO DIREITO PÚBLICO.....	14
2.2.1. Pressupostos históricos.....	14
2.2.2. O reconhecimento do contrato como instituto da teoria geral do direito.....	16
2.3. DIFERENCIAÇÃO ENTRE OS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS E OS CONTRATOS DE DIREITO PRIVADO DA ADMINISTRAÇÃO.....	21
2.4. AINDA O CONTRATO ADMINISTRATIVO: CARACTERÍSTICAS NO DIREITO BRASILEIRO E DEFINIÇÃO.....	27
<b>3. O CONTRATO DE CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS</b> .....	30
3.1. BREVE EVOLUÇÃO HISTÓRICA – OS CICLOS DAS CONCESSÕES.....	30
3.1.1. Aspectos gerais da evolução do instituto.....	30
3.1.2. As concessões no Brasil.....	33
3.2. O OBJETO DA DELEGAÇÃO: A NOÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO.....	36
3.2.1. Características gerais.....	36
3.2.2. Princípios e regime jurídico aplicável.....	39
3.2.3. Critérios de definição e delimitação do conceito de serviço público.....	44
3.3. CARACTERIZAÇÃO DO CONTRATO DE CONCESSÃO.....	46
3.3.1. Ressalva prévia: a indelegabilidade das funções estatais.....	46
3.3.2. Características e definição da concessão de serviço público.....	50
3.3.3. Aspectos políticos.....	52
3.3.4. A natureza jurídica complexa do instituto – compatibilização das competências extraordinárias do Poder Concedente com a noção de exploração “por conta e risco” do concessionário.....	53

<b>4. O PODER DE MODIFICAÇÃO UNILATERAL – O <i>IUS VARIANDI</i></b> .....	58
4.1. SISTEMATIZAÇÃO DAS COMPETÊNCIAS EXTRAORDINÁRIAS NA CONCESSÃO.....	58
4.1.1. Competências extraordinárias sobre o contrato.....	59
4.1.2. Competências extraordinárias sobre o contratante.....	60
4.2. PREMISSAS TEÓRICAS DO PODER DE MODIFICAÇÃO UNILATERAL....	61
4.2.1. Fundamentos e concepção clássica.....	61
4.2.2. Diferenciação do <i>ius variandi</i> de outras competências com efeitos modificativos indiretos ou reflexos.....	64
4.2.3. Objeto do poder de alteração unilateral do contrato e sua operacionalização.....	66
4.3. PRESSUPOSTOS DO EXERCÍCIO DO PODER DE MODIFICAÇÃO UNILATERAL.....	69
4.3.1. Pressupostos materiais: a ocorrência de fato superveniente e a identificação dos interesses públicos concretos.....	69
4.3.2. Pressupostos formais: o devido processo legal e a participação do concessionário e da sociedade na formação da decisão administrativa.....	73
4.4. LIMITES AO EXERCÍCIO DO PODER DE MODIFICAÇÃO UNILATERAL....	77
4.4.1. Competência administrativa e reserva legal.....	77
4.4.2. Princípio da inalterabilidade do objeto contratual.....	79
4.4.3. Preservação das condições de exequibilidade do objeto.....	80
4.5. REGIME LEGAL NO DIREITO BRASILEIRO.....	82
4.5.1. Análise das regras da Lei 8.666/93.....	82
4.5.2. Da aplicabilidade (ou não) da regras da Lei 8.666/93 às concessões de serviço público.....	83
<b>5. A PERSPECTIVA ECONÔMICA E A INTANGIBILIDADE DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO</b> .....	86
5.1. O PRINCÍPIO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS E A LEI 8.987/95.....	86
5.2. O <i>IUS VARIANDI</i> E FORMAS DE RECOMPOSIÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO.....	90

5.3. COMPATIBILIZAÇÃO DO DIREITO ANTITRUSTE COM A POLÍTICA TARIFÁRIA: UM NOVO LIMITE AO <i>IUS VARIANDI</i> ? .....	91
5.3.1. A quebra do regime monopolista e a implantação da concorrência nos serviços públicos.....	91
5.3.2. A compatibilização do direito antitruste com a regulação do serviço concedido.....	94
5.3.3. O caráter regulamentar da política tarifária – margens de liberdade tarifária e reflexos na equação econômico-financeira.....	96
<b>6. CONSIDERAÇÕES FINAIS.....</b>	<b>103</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>107</b>

## RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo analisar o poder administrativo de modificação unilateral dos contratos administrativos nas concessões de serviço público regidas pela Lei 8.987/95. Parte-se de uma análise histórica e teórica da teoria geral dos contratos administrativos, para, a seguir, abordar especificamente o instituto da concessão. O enfoque do presente estudo parte de novas premissas de relacionamento entre Estado e particular no âmbito dos contratos administrativos. Trata-se de premissas mais paritárias, consensuais e transparentes, que, em especial no âmbito das concessões de serviço público - segundo se defende -, deverão admitir ampla participação social. Esses pressupostos também estão presentes na análise do *ius variandi*, na medida em que a sociedade e o concessionário do serviço público estão envolvidos com as consequências da decisão de modificação do contrato. A análise específica do instituto do *ius variandi* parte do estudo da sua concepção clássica, originada na jurisprudência do Conselho de Estado Francês e passa pela sua identificação no direito brasileiro. Em função disso, busca-se delimitar os pressupostos e os limites do seu exercício. Enfim, são analisados especificamente o regime legal do instituto e, particularmente, a aplicabilidade das regras da Lei 8.666 sobre a matéria às concessões. Por derradeiro, o trabalho cuida da análise dos aspectos econômicos da modificação contratual, com ênfase na garantia da intangibilidade do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Neste capítulo final, são analisadas as formas de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro e, em especial, a utilização da prerrogativa de modificação unilateral das tarifas exercidas pelo concessionário em regime de concorrência.

## 1. INTRODUÇÃO

Assiste-se, atualmente, a uma redefinição do relacionamento entre as instâncias estatais e a sociedade civil. É sabido que o Estado vive às beiras do que se poderia qualificar como uma crise de legitimidade – seja pelas flagrantes insuficiências da tradicional gestão burocrática, seja pela ineficiência no atendimento das necessidades fundamentais da população. Vive-se hoje uma época em que tende a predominar, inclusive no âmbito normativo, o discurso do chamado “Estado Regulador”, consistente na redução da intervenção estatal direta na economia e na concentração da atividade administrativa no nível normativo, com foco na mediação das expectativas sociais e no fomento de determinadas atividades<sup>1</sup>.

O Estado passa a transferir a gestão de serviços públicos à iniciativa privada. Sem desconsiderar a utilização de outros instrumentos jurídicos, o instituto da *concessão de serviços públicos* assume um papel estratégico, na medida em que, no contexto de uma política governamental de contenção orçamentária, é adotado como solução política, gerencial e econômico-financeira<sup>2</sup>.

Esse novo processo generalizado de interação entre o Estado e a iniciativa privada, desenvolvido principalmente a partir da década de 90, suscitou críticas aos modelos tradicionais de contratação administrativa. Com efeito, apontam-se fatores cruciais para o desenvolvimento das novas parcerias, tais como insegurança jurídica, riscos políticos de determinadas empreitadas e falta de transparência e autoritarismo da atividade administrativa (marcada pela utilização, por vezes abusiva, das chamadas “prerrogativas extraordinárias” pela Administração).

---

<sup>1</sup> A partir de uma perspectiva crítica, é de se notar, com apoio em Luís Roberto BARROSO, que “o Brasil chega à pós-modernidade sem ter conseguido ser nem liberal nem moderno”. Na ótica do autor, se no período liberal o Estado brasileiro era contraditoriamente onipresente, sob o qualitativo “Social” o Estado não conseguiu desprender-se da sua feição patrimonialista e tampouco promoveu o desenvolvimento nacional e a redução da concentração de renda. A respeito das atuais reformas, o autor conclui que “a privatização de serviços e atividades empresariais, por paradoxal que possa parecer, foi, em muitos domínios, a alternativa possível de publicização de um Estado apropriado privadamente”, em *Modalidades de intervenção do Estado na ordem econômica. Regime jurídico das sociedades de economia mista. Inocorrência de abuso de poder econômico*. In: Temas de direito constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

<sup>2</sup> PEREZ, Marcos Augusto, *O Risco no Contrato de Concessão de Serviço Público*, Belo Horizonte, Fórum, 2006, p. 95 a 96.

Surgem propostas para uma mudança qualitativa da atividade contratual administrativa. Ao lado de pautas de processualidade, participação, transparência e responsabilidade (*accountability*)<sup>3</sup>, fala-se progressivamente na desverticalização dos contratos, especialmente a partir da restrição do uso das denominadas cláusulas exorbitantes (tal como parece refletir a Lei 11.079 de 2004)<sup>4</sup>.

Assume relevo nesse contexto o tema da modificação do contrato administrativo. A figura, segundo ENTERRÍA e FERNÁNDEZ, constitui a “mais espetacular das singularidades do contrato administrativo”<sup>5</sup> e encontra-se classicamente vinculada à noção de contrato de direito público. Verifica-se, porém, uma grande preocupação em vincular e restringir o seu exercício, a partir da verificação de certos pressupostos e da imposição de determinados limites, tais como o princípio da licitação (e de inalterabilidade do objeto do contrato) e o dever de manutenção da exequibilidade do contrato. Assume importância também a noção de estabilidade contratual.

A problemática da estabilidade contratual está ligada particularmente à questão da economicidade e da eficiência do contrato. Diversas abordagens econômicas demonstram a sua relevância, como a teoria dos custos de transação<sup>6</sup>.

Parece evidente que, principalmente em contratos de longa duração, como as concessões, surgem espaços para comportamentos oportunistas por parte dos agentes envolvidos. Essas atitudes podem partir do concessionário (que detém um volume de informações muito superior àquele de que dispõe o Poder Concedente sobre a gestão do serviço), mas também pode provir da via

---

<sup>3</sup> O termo, originado na *common law*, expressa um conceito de “alta densidade político-jurídica” e pode ser definido a partir de idéias como responsabilidade e confiabilidade da atuação administrativa, bem como subordinação a um controle estrito. Enfim, *accountability* pode ser associada à legitimidade da atividade administrativa, segundo a ponderação da doutrina (JUSTEN FILHO, Marçal, *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*, São Paulo, Dialética, 2002, p. 137-138,

<sup>4</sup> Nesse sentido, OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de, *Estado Contratual, Direito ao Desenvolvimento e Parceria Público-Privada*, p. 83 e ss.

<sup>5</sup> ENTERRÍA, Eduardo García de e FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1991, p. 648.

<sup>6</sup> “Uma das preocupações presentes na economia dos custos de transação é a influência desses custos no processo de elaboração contratual. Isso acontece porque a elaboração de contratos exige recursos da parte dos que participam desse processo. Ela não se faz sem que haja custos e, mesmo depois de sua conclusão ainda se incorre em custos associados à sua implantação e, quando necessário, adaptação. A teoria introduz conceitos importantes como o oportunismo comportamental dos agentes e a presença de ativos específicos, que afetam as transações entre os contratantes, além de realçar a presença da incerteza, sempre presente no ambiente econômico”, PIRES, Melissa Cristina Pinto, *Regulação e Concessão de Serviços Públicos de Energia Elétrica: Uma Análise Contratual*, UFRJ, 2000, p. 8-9.

institucional, isto é, através do exercício de competências extraordinárias pela Administração, como o *ius variandi*.

Daí porque o tema da alteração unilateral dos contratos retoma importância e atualidade, em especial nas concessões de serviço público. Não se concebe que a alteração unilateral dos contratos sirva de instrumento de exercício de uma “auto-regulamentação contratual” desmedida; tampouco poderá servir como instrumento voltado a interesses circunstanciais da Administração, que não tenham vínculo direto com os fins públicos perseguidos pelo contrato<sup>7</sup>. Da mesma forma, a investigação do instituto do *ius variandi* reforça a rejeição à modificação contratual disfarçada, exercida nominalmente através de outras formas de atuação administrativa, o que caracteriza desvio de poder e, até, desvio de procedimento<sup>8</sup>.

Assume importância a processualidade que antecede a decisão de alteração contratual. Anteriormente identificada com a forma de um ato administrativo uno e unilateral, a decisão de modificação do contrato impõe hoje a instauração de um procedimento adequado, apto a abrigar uma relação multilateral e suscetível de abranger os inúmeros interesses envolvidos na gestão do serviço concedido. Conforme a doutrina revela, as novas concepções sobre o *ius variandi* refletem a superação da concepção clássica de ato administrativo, na medida em que “a unilateralidade e a imperatividade da decisão subsistem no campo formal, mas se desfiguram no material (mesmo que a fonte de eficácia dessa regulação jurídica seja a manifestação da Administração)”<sup>9</sup>.

Seguindo o raciocínio, igualmente relevante é a posição dos usuários em face da modificação da concessão. Tanto quanto no processo de formação da concessão, a participação da comunidade revela-se fundamental no processo de alteração do contrato, uma vez que o objetivo da concessão (obtenção de serviço público adequado) só será alcançado se verificada a satisfação dos usuários. A investigação da necessidade de alterar ou não o contrato passa, assim, pela inquirição dos anseios populares sobre aquele serviço concedido.

Como se pretende demonstrar, essas novas concepções levam a concluir que a mera invocação a um interesse público abstrato ou a alusão à

---

<sup>7</sup> GUIMARÃES, Fernando Vernalha, *Alteração Unilateral do Contrato Administrativo*, São Paulo, Malheiros, 2003, p. 124 e ss.

<sup>8</sup> JUSTEN FILHO, Marçal, *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*, São Paulo, Dialética, 2003, p. 445-446.

<sup>9</sup> GUIMARÃES, Fernando Vernalha, *Alteração Unilateral do Contrato Administrativo*, p. 142.

discricionariedade administrativa não são suficientes para legitimar o ato administrativo. Em vista do modelo de Estado Democrático de Direito, inscrito na Constituição Federal, as decisões administrativas acerca dos serviços públicos concedidos deverão se sujeitar tanto à devida motivação e transparência quanto à participação do concessionário e da sociedade, não só como meio de evitar litígios, mas como forma de otimizar a atividade administrativa e possibilitar a interlocução democrática.

O presente trabalho busca apreender esses fatores, para delimitar as possibilidades de modificação unilateral dos contratos de concessão de serviços públicos. Vale ressaltar que não se pretendeu fazer uma análise que abrangesse todas as espécies de concessões no Brasil. As considerações aqui feitas são destinadas à denominada “concessão comum”, estruturada em regra a partir das premissas da Lei 8.987. Não se almeja, portanto, analisar as peculiaridades e inovações das chamadas concessões subsidiada e administrativa, regulamentadas pela Lei 11.079.

Assim, este estudo compõe-se de quatro partes.

A primeira trata da verificação dos pressupostos históricos e teóricos da atividade contratual administrativa. A segunda versa especificamente sobre as concessões de serviço público – e sobre o seu objeto, o serviço público. A terceira parte trata do exercício das competências extraordinárias nos contratos de concessão, com ênfase natural na alteração unilateral do contrato. Busca-se investigar os pressupostos de exercício dessa competência e suas limitações à luz do direito positivo.

Por derradeiro, o último capítulo versa sobre a intangibilidade do equilíbrio econômico-financeiro, enquanto contrapartida inafastável do *ius variandi*. E, no fim do capítulo, enfoca-se a problemática da alteração unilateral da política tarifária nos novos modelos de concessão, estruturados com certas margens de liberdade tarifária.

O trabalho é finalizado nas considerações finais, com a síntese das principais conclusões alcançadas ao longo dos capítulos.

## 2. OS CONTRATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

### 2.1. A contratualização da atividade administrativa

Assiste-se hoje a uma série de modificações no direito administrativo. Tanto a estrutura da Administração Pública quanto o modo de exercício de suas competências são objeto de reformas, muitas das quais de matriz constitucional. Tais transformações, em geral setoriais e contínuas, não são sempre uniformes e sistemáticas, de modo que surge a questão de compatibilizá-las entre si, como observa Cassese<sup>10</sup>.

No contexto dos diversos modelos atuais de reforma do Estado, ocorre uma sistemática revalorização da técnica contratual como forma de gestão administrativa. A preocupação em níveis legislativo e administrativo acerca do tema leva a um aprimoramento das formas de colaboração entre Estado e iniciativa privada, a caminho de um denominado “direito de parceria”<sup>11</sup>.

É nesse contexto que se alude a uma contratualização da atividade administrativa, decorrente de dois vetores convergentes: (i) a reorganização do Estado e a priorização de novas formas de atuação e (ii) a organização e participação da sociedade civil, inclusive com a formação de núcleos voltados à persecução de interesses classicamente reputados como públicos<sup>12</sup>.

A contratualização está vinculada à própria concepção de Estado, de acordo com as opções políticas inscritas na Constituição. Por um lado, o fenômeno está ligado ao nível de permeabilidade do Estado – ao seu aspecto democrático – na medida em que “um Estado Democrático convive com a autonomia individual e cede passo à estruturação de grupos e organizações privadas”<sup>13</sup>. Por outro, vincula-se à dimensão do domínio estatal, consideradas as suas atribuições e formas de exercício. Reflete, pois, opções constitucionais como

---

<sup>10</sup> CASSESE, Sabino. *Trasformazioni del diritto amministrativo dal XIX al XXI secolo*. Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, n. I, gennaio/marzo 2002, p. 38-39.

<sup>11</sup> WALD, Arnoldo *et alii*, *O Direito de Parceria e a Nova Lei de Concessões*, São Paulo, Saraiva, 1996.

<sup>12</sup> Em última análise, pode-se considerar que a contratualização está ligada à própria redefinição da clássica dicotomia público/privado. Nas palavras de MARQUES NETO, diante da “socialização do Estado” e da “estatização da sociedade”, “não é mais possível, nem mesmo em termos teóricos ou retóricos, sustentar a validade da dicotomia público/privado para fins de delimitação do campo de atuação do poder político”. Há uma profunda e constante interpenetração entre essas esferas, de sorte que “assiste-se ao processo de privatização do público por meio de ‘substituição do Estado enquanto definidor dos interesses gerais por grupos ou corporações’”, *Regulação Estatal e Interesses Públicos*, São Paulo, Malheiros, 2002, p. 135-136.

<sup>13</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*, São Paulo, Dialética, p. 153.

a consagração da propriedade privada, da livre iniciativa e do princípio da subsidiariedade<sup>14</sup>.

Conforme observa Gustavo Justino de OLIVEIRA, a contratualização da atividade administrativa encontra ambiente propício de desenvolvimento no Estado regulador, marcado pela intervenção estatal indireta no domínio econômico-social. Nesse modelo, o Estado não abandona a sua função promocional e de garante dos direitos fundamentais; porém, passa a exercê-la conjugando a capacidade empresarial da iniciativa privada com a realização de fins de interesse público, priorizando “sua capacidade de agente conciliador dos conflitos imanentes à sociedade policêntrica da atualidade”. O Estado tanto estabelece canais de participação e interlocução administrativa como cria novos vínculos, acordos e parcerias com a iniciativa privada e o terceiro setor<sup>15</sup>.

Alude-se, então, a uma verdadeira transformação metodológica do agir estatal, a partir da qual a utilização do contrato como instrumento de atuação administrativa ganha espaços mais amplos. Dela resulta, por exemplo, a utilização do contrato como instrumento para impor pautas regulatórias. Trata-se da denominada “regulação contratual”, operada através da inserção de parâmetros e compromissos nos instrumentos de outorga para a exploração de determinada atividade<sup>16</sup>. Ademais, o contrato passa a ser progressivamente utilizado para além das tradicionais contratações tipificadas nas Leis 8.666/93 e 8.987/95<sup>17</sup>.

Todas essas considerações remetem à inversão da lógica inspiradora da atuação administrativa, na medida em que a Administração restringe o uso das medidas de cunho unilateral e impositivo e, mesmo no uso destas, passa a admitir o diálogo com a sociedade. OLIVEIRA, citando CASSESE, alude a um processo de substituição da lógica da autoridade pela do consenso, como origem de um

---

<sup>14</sup> JUSTEN FILHO, Marçal *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*, p. 153 e ss. A faculdade de descentralizar a gestão dos serviços públicos por intermédio de concessões e permissões (art. 175 da CF), encontra-se nesse rol de opções que influenciam a chamada “contratualização”.

<sup>15</sup> *Estado Contratual, Direito ao Desenvolvimento e Parceria Público-Privada*. In: TALAMINI, Eduardo e JUSTEN, Monica Spezia. *Parcerias Público Privadas: um enfoque multidisciplinar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 91.

<sup>16</sup> MARQUES NETO, Floriano Azevedo. *Balances e Perspectivas das Agências Reguladoras no Brasil*, p. 5.

<sup>17</sup> Como exemplos pontuais, verifica-se que o Estado atualmente se vale do “terceiro setor” para perseguir fins públicos, a partir de contratos de gestão – Lei 9.637/98 e termos de parceria – Lei 9.790/99. Vale-se também da cooperação e coordenação de competências entre entes públicos (art. 241 da Constituição Federal), através da instituição de consórcios públicos para a gestão associada de serviços públicos, por exemplo. São adotados, ainda, “projetos financeiros para fomento de atividades empresariais privadas”, bem como técnicas societárias pelas quais o Estado exerce controle sobre empresas privadas (*golden share*) – confira-se MARQUES NETO, Floriano. *Regulação Estatal e Interesses Públicos*, p. 135.

novo contratualismo administrativo. Na ótica do autor, o novo paradigma se reflete em bases negociais mais amplas e em uma maior paridade entre Administração e particular contratante<sup>18</sup>.

Essa sistemática não significa simplesmente a abertura de “privilégios” aos agentes privados. As competências públicas – porque determinadas por via legal – permanecem inderrogáveis e indisponíveis. No âmbito da concessão de serviços públicos, por exemplo, a regulamentação da gestão do serviço não poderá ser relegada ao particular e às regras do mercado.

A nova contratualização surge, então, para consagrar a interlocução entre a Administração, o particular contratante e os terceiros atingidos pelo contrato. A segurança e a estabilidade, ao concretizarem valores como os da boa-fé, da moralidade e da eficiência administrativa, transformam-se em imperativos na atividade contratual do Estado. Até porque um ambiente no qual sejam resguardados o direito à participação e a garantia de transparência, além de possibilitar condições mínimas de estabilidade e previsibilidade, acaba por diminuir os custos de transação e serve como fator preventivo de litígios.

Em síntese, reconhece-se a necessidade de conferir legitimidade sócio-política às contratações públicas, bem como a abertura da atividade administrativa ao controle externo institucional e não institucional<sup>19</sup>.

É esse o conjunto de idéias que constitui o pressuposto do presente trabalho.

## **2.2. O desenvolvimento da noção de contrato no âmbito do direito público**

### **2.2.1. Pressupostos históricos**

---

<sup>18</sup> Os efeitos práticos dessa nova concepção multiplicam-se em inúmeros casos, como a já clássica relativização da proibição da *exceptio non adimpleti contractus* (art. 78 da Lei 8.666/93) e as novas formas de contratação inscritas na Lei n.º 11.079/2004, nas quais são privilegiadas as negociações preliminares e se possibilita a negociação de aspectos do contrato antes geralmente impostos de forma unilateral pela Administração (OLIVEIRA, Gustavo Justino, *Estado Contratual, Direito ao Desenvolvimento e PPP*, p. 113).

<sup>19</sup> JUSTEN FILHO, Marçal, *A PPP brasileira e as lições do passado*, In: TALAMINI, Eduardo e JUSTEN, Monica Spezia. *Parcerias Público Privadas: um enfoque multidisciplinar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 20.

O contrato administrativo constitui capítulo importante na evolução histórica da atividade administrativa. De início, como ensina Romeu Felipe BACELLAR FILHO, o direito administrativo clássico não admitia a figura contratual<sup>20</sup>.

Segundo o autor, esse entendimento predominou em países como a Alemanha até a II Guerra Mundial. No raciocínio de Otto MAYER, os “módulos paritários do direito privado eram inadequados para a Administração Pública que deveria valer-se de um instrumento autoritário funcional à sua qualidade de “pessoa superior” em relação aos particulares”<sup>21</sup>. Logo, o que se poderia conceber como contrato seria, em verdade, ato administrativo cuja eficácia dependeria do consentimento do interessado<sup>22</sup>. Em outras palavras, nesses atos o particular exerceria função meramente acessória.

Foi no direito francês que a figura teve seu desenvolvimento inicial, a partir das decisões do Conselho de Estado. Segundo aponta a doutrina, a caracterização de alguns contratos ditos administrativos referia-se àquelas avenças celebradas pela Administração Pública submetidas à jurisdição administrativa. Tratava-se de uma opção pragmática, “porquanto os tribunais administrativos, além de mais céleres, estavam mais a par do funcionamento da Administração Pública”<sup>23</sup>.

O primeiro critério de definição de um contrato como administrativo, então, foi o da competência. Tratava-se de mero parâmetro processual, sem cunho material. Posteriormente, surgiram outros critérios, de natureza material, como o do serviço público<sup>24</sup> e o da presença de cláusulas exorbitantes no contrato. Estas cláusulas previam competências à Administração que lhe permitiam instabilizar o próprio vínculo contratual, em prol da constante persecução do interesse público.

Tendo em vista essa evolução, Maria João ESTORNINHO observa que

“historicamente, o contrato administrativo não resultou de qualquer ‘fatalidade’, mas antes de um ‘acaso’, fruto de uma especial interpretação do princípio da

---

<sup>20</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe, *Contrato Administrativo*. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe (coord.). *Direito Administrativo Contemporâneo: Estudos em Memória de Manoel de Oliveira Franco Sobrinho*. Belo Horizonte, Editora Fórum, 2004, p. 307.

<sup>21</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe, *Contrato Administrativo*, p. 308.

<sup>22</sup> GUIMARÃES, Fernando Vernalha, *Alteração unilateral do Contrato Administrativo*, São Paulo, Malheiros, 2003, p. 28.

<sup>23</sup> GUIMARÃES, Fernando Vernalha, *Alteração unilateral do Contrato Administrativo*, p. 43.

<sup>24</sup> Acompanhando a tendência inaugurada pela concepção de Duguit, como lembra Fernando Vernalha GUIMARÃES, em *Alteração unilateral do Contrato Administrativo*, p. 44-45.

separação de poderes e do princípio da repartição de competência jurisdicional; assim, verificou-se primeiro a autonomização processual de certos contratos da Administração e, só num segundo momento, teve início a substantivação da figura do contrato administrativo<sup>25</sup>.

Ao lado da lei, as cláusulas exorbitantes e o critério do serviço público passaram ao longo do século XX como sendo os critérios dominantes para a definição de contrato administrativo. Isso se reflete até em definições atuais, como a propugnada por Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, para quem o contrato administrativo “é um tipo de avença travada entre a Administração e terceiros na qual, por *força de lei, de cláusulas pactuadas ou do tipo de objeto*, a permanência do vínculo e as condições preestabelecidas assujeitam-se a cambiáveis imposições de interesse público, ressalvados os interesses patrimoniais do contratante privado<sup>26</sup>”.

No direito brasileiro, Fernando Vernalha GUIMARÃES<sup>27</sup> reporta que os contratos celebrados pela Administração foram inicialmente submetidos ao regime de direito privado (Código de Contabilidade Pública, Lei 4.356/22). Não se admitiam derrogações ao direito comum exceto quanto à formação do contrato. Já na execução, não se admitia a previsão de qualquer competência extraordinária. As concessões de serviço público, por sua vez, configuravam exceção nesse contexto, pois admitiam, em virtude do regime inerente ao serviço público, a incidência do poder regulamentar da Administração.

É com o decorrer do tempo que os contratos administrativos passam a ser subordinados a um regime de direito público. Conforme descreve GUIMARÃES, passou-se a diferenciar os contratos propriamente administrativos daqueles de direito privado, em parte com base na experiência francesa e segundo aqueles critérios aqueles materiais consagrados pela jurisprudência francesa. Hoje a matéria encontra-se regulada pela Lei 8.666 – que prevê um regime geral para as licitações e contratações administrativas – bem como por leis específicas, como a Lei 8.987/95, que tem como objeto as concessões de serviço público.

### **2.2.2. O reconhecimento do contrato como instituto da teoria geral do direito**

<sup>25</sup> *Réquiem pelo Contrato Administrativo*, Coimbra, Almedina, 1990, p. 183.

<sup>26</sup> *Curso de Direito Administrativo*, 18. ed., São Paulo, Malheiros, 2005, p. 580-581, sem grifos no original.

<sup>27</sup> *Alteração unilateral do Contrato Administrativo*, p. 73 a 75.

Desde a primeira tentativa de conceber uma atividade contratual estatal, foram opostos questionamentos à possibilidade de a Administração Pública celebrar contratos propriamente ditos. O problema central residia na compatibilização da noção tradicional de contrato, estruturada no direito privado, com a noção de atividade administrativa e de soberania estatal<sup>28</sup>.

Basicamente, podem ser elencadas três objeções principais às contratações públicas. Fernando Vernalha GUIMARÃES enumera (i) o aparente choque entre o exercício funcional administrativo e o princípio da autonomia da vontade, (ii) a incompatibilidade do princípio da igualdade com a função exercida pela Administração Pública, enquanto promotora do interesse geral, e (iii) o antagonismo entre a mutabilidade dos contratos públicos com o princípio *pacta sunt servanda*.

A primeira objeção reside na aparente incompatibilidade do exercício das competências funcionais da Administração com a idéia de autonomia da vontade. De acordo com a doutrina, não é possível identificar autonomia privada com a atuação administrativa, mesmo quando discricionária<sup>29</sup>. Em raciocínio aplicável ao direito brasileiro, Sêrvulo CORREIA diferencia as figuras:

“no âmbito da autonomia privada, a escolha dos efeitos e do fim a prosseguir não obedece a qualquer directiva positiva proveniente do Ordenamento Jurídico, que apenas limita negativamente a liberdade jurígena”<sup>30</sup> (...)

O autor português prossegue para tratar especificamente do agir administrativo:

“as normas jurídicas não formam apenas um limite negativo (...) e nem sequer apenas uma base genérica positiva configurada pelo princípio do seu reconhecimento, devendo antes constituir uma base específica e particularizada de cada um dos poderes em que tal autonomia se revela. A autonomia pública

---

<sup>28</sup> A respeito do tema, afirma-se que “grande parte das disputas acerca da estrutura do “contrato administrativo” derivam da importação descuidada de institutos de direito privado para o direito público”. JUSTEN FILHO, Marçal, *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*, p. 152.

<sup>29</sup> JUSTEN FILHO, Marçal, *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*, p. 30.

<sup>30</sup> CORREIA, José Manuel Sêrvulo, *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*, Coimbra, Almedina, 1987, p. 776.

conhece, a par dos limites negativos, limites positivos de finalidade, imparcialidade e proporcionalidade<sup>31</sup>.

A respeito do tema, todavia, entende-se que o fato de a vontade da Administração ser funcional, normativa, não se contrapõe à idéia de contrato. Aliás, como já se observou, “a peculiaridade da figura contratual reside cada vez menos na relevância da ‘autonomia da vontade’ – tópico que dificilmente se adequaria aos princípios norteadores do direito público e que poderia acarretar a eventual negação absoluta da existência de ‘contratos’ nesse âmbito”<sup>32</sup>.

Mesmo nas relações privadas, a autonomia da vontade tende a ser limitada e funcionalizada. Nesse sentido, os artigos 187 e 421 do Código Civil prevêem a figura do abuso de direito e consagram a noção de função social. Essas limitações associadas às de ordem pública compõem o chamado dirigismo contratual<sup>33</sup>, que pode limitar a autonomia privada em algum de seus aspectos (liberdade de vincular-se e a liberdade de estipular o conteúdo do vínculo).

No caso da Administração, a sua “autonomia pública” será norteada pelo princípio da legalidade, de modo que ela só poderá fazer o que for permitido em Lei. É essa a premissa que determinará o controle das cláusulas contratuais. O fato de a Administração dispor de margem de liberdade funcionalizada e mais restrita não significa a incompatibilidade da figura contratual com o direito público.

A segunda objeção à idéia de contrato refere-se ao princípio da igualdade. Em virtude da outorga de certas competências especiais à Administração Pública, esta se vê munida de instrumentos que lhe permitem condicionar e alterar a relação contratual, independentemente da vontade do co-contratante. Aqueles que negam a idéia de contrato no âmbito administrativo sustentam uma relação de exclusão recíproca entre a igualdade contratual das partes e o exercício de competências vinculadas ao poder de império estatal.

---

<sup>31</sup> CORREIA, José Manuel Sérvulo, *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*, p. 779.

<sup>32</sup> JUSTEN FILHO, Marçal, *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*, p. 152.

<sup>33</sup> Confira-se a lição de Arnaldo WALD: “as idéias solidaristas e socialistas e a hipertrofia do Estado levaram todavia o direito ao dirigismo contratual, expandindo-se a área das normas de ordem pública destinadas a proteger os elementos economicamente fracos (...) O *dirigismo contratual* diminuiu e restringiu a autonomia da vontade, em virtude da elaboração de uma série de normas legislativas fixando princípios mínimos que os contratos não podem afastar (...) o contrato passou assim a ter um conteúdo de direito público, decorrente da lei (...) Temos então uma *convenção-lei*, definida por Georges Ripert como “um ato legislativo, elaborado por via convencional”, *Obrigações e Contratos*, 16. ed., São Paulo, Saraiva, p. 191.

Em primeiro lugar, contratar não significa abdicar da imperatividade estatal. Trata-se apenas de um dentre diversos instrumentos jurídicos através dos quais o Estado pode vincular-se com um particular – e a possibilidade de haver essa vinculação não significa abdicar da soberania, assim como um contrato privado não implica a supressão da liberdade individual dos contratantes. O contrato apenas enriquece o instrumental da ação administrativa.

Na verdade, é de se frisar que tanto o contratante público quanto o particular encontram-se submetidos ao princípio da legalidade, ainda que em diferentes conformações. Todas as suas pretensões e atuações deverão ser *sub legem*, de modo que o particular é juridicamente igual ao Estado<sup>34</sup>.

A questão da prevalência do interesse público, especialmente quanto à possibilidade de alteração unilateral do contrato, pode ser colocada nos seguintes termos:

“Tal como se passa com todas as competências estatais, o dever-poder de modificação dos contratos administrativos não deriva da superioridade do Estado perante o administrado. Decorre diretamente da natureza funcional da atividade estatal. (...) A Administração Pública *pode* alterar unilateralmente um contrato administrativo não por ser mais *forte* que o particular, mas porque o interesse público (coletivo) superpõe-se sobre o individual – asserção que não pode ser interpretada no sentido de que o interesse privado poderia ser pura e simplesmente sacrificado em homenagem ao bem-comum”<sup>35</sup>.

Nessa linha, “o fato de a Administração estabelecer unilateralmente as condições do ajuste não lhe retira a natureza contratual. Enquanto não se produz o acordo de vontades, nenhum efeito resulta do ato unilateral da Administração”<sup>36</sup>.

Aliás, a prevalência do interesse público pode ser encarada sob outro enfoque: o de que a Administração Pública está sujeita a um rol de limitações

---

<sup>34</sup> GUIMARÃES, Fernando Vernalha, *Alteração unilateral do Contrato Administrativo*, p. 34.

<sup>35</sup> *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*, p. 167. Ademais, na lição de BERÇAITZ, a subordinação ao interesse público “es jurídica (...) no es personal, sino de contenido patrimonial. No es la persona que contrata con la Administración pública la que se halla em una situación de sujeción; son los bienes afectados por el contrato, la actividad o las cosas puestas al servicio de los fines estipulados em él, los beneficios que de sua empleo pueden obtenerse o se pacto que se obtendrían (...). Este estado de subordinación (...) tiene su origen em la ‘desigualdad de propósitos’ perseguidos por lãs partes em el contrato”, *Teoria General del Contrato Administrativo*, 2. ed., Buenos Aires, Depalma, 1980, p. 228-229.

<sup>36</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Direito Administrativo*, 16. ed., São Paulo, Atlas, 2003, p. 243.

peculiares ao regime jurídico-administrativo, como salienta BACELLAR FILHO<sup>37</sup>. Exemplo disso está na contrapartida econômica inafastável em favor do particular, consistente na intangibilidade da equação econômico-financeira (art. 37, XXI, da Constituição).

Por fim, contrapõe-se à idéia de contrato (e ao princípio do *pacta sunt servanda*), a mutabilidade a que o contrato deve submeter-se para se harmonizar com o regime de direito público. É preciso encarecer, contudo, que o próprio direito privado prevê a possibilidade de revisão contratual, sob fundamento do princípio do equilíbrio ou da justiça contratual. O Código Civil, nos arts. 478 e 479, admite a revisão contratual consagrando a teoria da imprevisão, em detrimento da clássica noção de que “quem diz contratual diz justo”<sup>38</sup>. A diferença reside no fato de que, nos contratos públicos, essa mutabilidade está permeada não só pelo primado do equilíbrio de prestações, mas pela necessidade de constante e eficiente atendimento dos interesses públicos envolvidos.

Assim, segundo ESTORNINHO<sup>39</sup>, o regime de exorbitância cunhado no século XIX em contraposição ao direito contratual clássico não é mais adequado para descrever o contratualismo público. Essa idéia tradicional de exorbitância partia da dicotomia estanque das esferas públicas e privada; partia da premissa de que, nesta última esfera, a liberdade conferida pelo ordenamento aos contratantes era quase absoluta.

Atualmente, pelo contrário, verifica-se uma aproximação dos contratos privados (progressivamente publicizados) com os contratos da Administração Pública, que muitas vezes refletem o que a doutrina chama de “fuga para o direito privado”, na medida em que incorporam técnicas flexibilizadoras que inovam a concepção clássica de contrato administrativo<sup>40</sup>.

Portanto, a despeito das correntes que negam a possibilidade de haver propriamente contratos administrativos, é possível afirmar a existência de um núcleo conceitual dos contratos em geral, compatível tanto com os aspectos de direito público do contrato administrativo quanto com as características dos contratos de direito privado, a fim de conceber o instituto como pertencente à

---

<sup>37</sup> *Contrato Administrativo*, p. 321.

<sup>38</sup> NORONHA, Fernando, *Direito das Obrigações I*, São Paulo, Saraiva, 2003, p. 113, em alusão à clássica frase de FOUILÉE, cunhada no contexto do direito privado da era liberal.

<sup>39</sup> *Réquiem pelo Contrato Administrativo*, Coimbra, Almedina, 1990.

<sup>40</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe, *Contrato Administrativo*, p. 319.

Teoria Geral do Direito. Nesse núcleo encontram-se postulados como a *pacta sunt servanda* e a *lex inter partes*, que, embora não se afigurem presentes de forma idêntica na pluralidade dos casos concretos, são inerentes à própria categoria de contrato<sup>41</sup>.

Para adequar em termos teóricos o instituto do contrato aos vários regimes jurídicos que lhe podem incidir, refere-se à teoria das modulações proposta por ENTERRÍA. Essa teoria baseia-se na premissa de que

“no direito administrativo modulam-se as instituições e técnicas jurídicas gerais para atender às exigências relativas à Administração Pública, modulação que pode apresentar-se em variados graus conforme a singularidade da instituição. Ao invés de pensar-se o contrato administrativo em comparação com o contrato civil, trata-se de analisar quais são as variáveis que a presença subjetiva da Administração introduz no molde contratual”<sup>42</sup>.

É possível assim afirmar que o contrato é aplicável tanto no âmbito privado quanto no público. Nas hipóteses em que houver previsão na lei (e na própria Constituição – art. 175) acerca da utilização da figura contratual, o consentimento do particular não será mera condição-acessória de eficácia do ato; reputar-se-á que “a vontade conjunta e harmônica de ambas as partes é necessária para produzir e aperfeiçoar a relação jurídica”<sup>43</sup>.

### **2.3. Diferenciação entre os contratos administrativos e os contratos de direito privado da administração**

Ainda que se possa aludir a um núcleo de regras uniformes, a atividade contratual do Estado é diversificada e apresenta uma pluralidade de espécies contratuais. Tais espécies podem ser classificadas a partir de diversos critérios, como o do regime jurídico predominante. Adotando-se esse critério, classicamente

---

<sup>41</sup> GUIMARÃES, Fernando Vernalha, *Alteração Unilateral do Contrato Administrativo*, p. 27. Em sentido idêntico, BACELLAR FILHO, Romeu Felipe, *Contrato Administrativo*, p. 320.

<sup>42</sup> BACELLAR FILHO, Romeu Felipe, *Contrato Administrativo*, P. 311, *apud* GRECCO, Carlos Manuel. *Contrataciones del Estado*. In: MUNÓZ, Guillermo Andrés; GRECCO, Carlos Manuel. *Fragments e Testimonios del Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Ad Hoc, 1999, p. 310-311.

<sup>43</sup> JUSTEN FILHO, Marçal, *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo, Saraiva, 2005, p. 279.

são visualizados dois tipos de contratos: os parcialmente subordinados ao regime de direito privado e os submetidos ao regime jurídico-administrativo.

A subordinação a um ou a outro regime não é uniforme, tampouco absoluta. Sempre que o Estado promover alguma contratação, os fins de interesse público permeiam o contrato em todos os seus momentos (formação, execução e extinção), de forma mais ou menos intensa. De outra parte, haverá ao menos a incidência subsidiária do direito privado (art. 54 da Lei 8.666), que se concretiza particularmente no âmbito principiológico, conforme lembra BACELLAR FILHO<sup>44</sup>.

No processo de formação dos contratos, verifica-se uma aproximação do regime jurídico da generalidade dos contratos celebrados pela Administração Pública. Essa convergência irradia-se pela execução dos contratos, em virtude de conseqüências derivadas do princípio da licitação, como anota GUIMARÃES<sup>45</sup>.

Em vista disso, parte da doutrina defende a tese de que não há distinção de regimes jurídicos dos contratos administrativos, pois sempre prevalecerá o regime jurídico-administrativo<sup>46</sup>. Há quem defenda a irrelevância da distinção, como Antônio Carlos Cintra do AMARAL. O autor afirma que *"a lei [8.666] adotou um conceito de contrato administrativo mais amplo do que o habitualmente encontrado em textos de literatura jurídica"*<sup>47</sup>, a partir do qual não haveria utilidade em distinguir os denominados contratos administrativos dos de direito privado. Possivelmente, a afirmação do autor baseia-se no teor do art. 62 da referida Lei, que dispõe sobre a possibilidade de estender os poderes administrativos aos contratos de ditos privados da Administração.

Nada obstante, e seguindo a tradição francesa, a doutrina pátria em geral endossa a distinção. Cabe, então, perquirir quais caracteres são hábeis para diferenciar os regimes.

O ponto de partida reside na questão de aferir o grau de incidência do regime jurídico-administrativo, derogatório do direito comum e presente em todos os contratos da Administração Pública. De acordo com GORDILLO, é essa

<sup>44</sup> *Contrato Administrativo*, p. 314.

<sup>45</sup> GUIMARÃES, Fernando Vernalha, *Alteração unilateral do Contrato Administrativo*, p. 80-81. Por sinal, a repercussão das regras da licitação abrangerá inclusive o exercício do *ius variandi*, conforme exposto a seguir.

<sup>46</sup> Como Juarez FREITAS, em *Estudos de Direito Administrativo*, São Paulo, Malheiros, 1997, p. 178.

<sup>47</sup> O autor afirma que o trabalho doutrinário de distinguir "contratos administrativos propriamente ditos" dos "contratos de direito privado" não é eficaz; defende que o critério definitivo e suficiente a ser usado seria apenas a lei, *in verbis*: "contrato administrativo é o que o Direito vigente em um determinado país diz que é, e não o que a doutrina (ciência jurídica) diz que **deveria ser**." *Conceito de Contrato Administrativo*, Centro de Estudos sobre Licitações e Contratos, março de 2002.

gradação que permitirá classificar os contratos como administrativos ou de direito privado<sup>48</sup>.

Há quem proponha o parâmetro subjetivo ou orgânico para definir o que é contrato administrativo. Reputa-se que a presença de um ente administrativo na relação é suficiente para caracterizar a índole administrativa do contrato. Entretanto, esse critério revela-se insuficiente para caracterizar o regime contratual. Sua adoção conduziria à conclusão de que todo o contrato pactuado por ente público é administrativo, o que ignora não apenas aqueles contratos classicamente considerados como de direito privado, como a situação daqueles entes públicos abrangidos pelo art. 173 da Constituição, que deverão contratar segundo o regime privado (sob pena de violar o princípio da livre concorrência). Em suma, tal critério não é adequado, pois *“o fundamental reside não na identidade da parte, mas na qualidade jurídica em que ela atua”*<sup>49</sup>.

Maria Sylvia Zanella DI PIETRO<sup>50</sup> propõe uma análise a partir das sujeições e dos poderes especiais que integram a competência do Poder Público contratante. Segundo a autora, os contratos administrativos e de direito privado são semelhantes quanto às sujeições, ou seja, quanto aos requisitos e formalidades que a Administração terá de atender. No rol de sujeições estão incluídos os requisitos de forma, de procedimento, de exercício de competência e de cumprimento de fim público. Ademais, todas as contratações subordinam-se ao controle do Tribunal de Contas.

Se os regimes jurídicos são semelhantes no que tange as sujeições da Administração, é sob a perspectiva dos poderes especiais do ente público contratante que se encontram as principais distinções, pois os contratos administrativos seriam caracterizados pela existência das chamadas cláusulas exorbitantes. DI PIETRO afirma que

**“Quando a Administração celebra contratos administrativos, as cláusulas exorbitantes existem implicitamente, ainda que não expressamente previstas; elas são indispensáveis para assegurar a posição de supremacia do Poder Público sobre o contratado e a prevalência do interesse público sobre o particular. Quando a Administração celebra contratos de direito privado, (...)”**

<sup>48</sup> *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. 1, cap. XI, p. 15.

<sup>49</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*, p. 278.

<sup>50</sup> *Direito Administrativo*, p. 245 e ss.

excepcionalmente, algumas cláusulas exorbitantes podem constar, mas elas não resultam implicitamente do contrato; **elas têm que ser expressamente previstas**, com base em lei que derogue o direito comum.”<sup>51</sup>

Assim, a autora adota o já aludido critério das cláusulas exorbitantes. No direito brasileiro, também outros autores utilizam referido critério, como o anteriormente citado BANDEIRA DE MELLO.

Anota GUIMARÃES que tanto esse parâmetro como aquele vinculado à noção de serviço público foram ambos considerados, individualmente, insuficientes para caracterizar o contrato administrativo. Em acepção similar, porém generalizante, ESTORNINHO chega a afirmar que a busca de um critério único de distinção representa a busca de um mito<sup>52</sup>.

GUIMARÃES propõe que ambos os critérios representam, em última análise, a adoção do “objeto do contrato” como parâmetro definidor do regime jurídico. A diferença entre ambos está em que o critério das cláusulas exorbitantes liga-se ao objeto imediato do contrato (consistente na relação jurídica e nas prestações jurídicas pactuadas), enquanto que o parâmetro do serviço público vincula-se ao objeto mediato, referente à situação fática ou ao bem jurídico regulado<sup>53</sup>.

As críticas ao parâmetro das cláusulas exorbitantes embasam-se em face do voluntarismo implícito<sup>54</sup> que se adota, bem como no fato de que a eleição de tal critério “*sería tanto como confundir causa com efecto, es decir, que las denominadas cláusulas exorbitantes aparecen como consecuencia de la naturaleza administrativa del contrato*”<sup>55</sup>. Pelo contrário,

“a causa/função do contrato (...) deve ser de tal natureza cuja feição comporte o exercício de cláusulas (poderes) exorbitantes. É necessário que a ‘satisfação’ do

---

<sup>51</sup> *Direito Administrativo*, p. 246, com grifos no original.

<sup>52</sup> “A dificuldade experimentada pela doutrina, ao longo de perto de cem anos, em encontrar o critério perfeito de autonomização do contrato administrativo resultou, na minha opinião, do facto de esse critério único não passar de um ‘mito’, insusceptível de ser encontrado na realidade”, *Réquiem pelo Contrato Administrativo*, p. 183.

<sup>53</sup> GUIMARÃES, Fernando Vernalha, *Alteração unilateral do Contrato Administrativo*, p. 94 e ss.

<sup>54</sup> “Tal orientação privilegia uma noção voluntarista da tarefa de qualificação dos contratos públicos. A idéia da classificação dos contratos pelos efeitos normativos decorrentes tem na escolha da Administração um fator de determinação da natureza contratual”, GUIMARÃES, Fernando Vernalha, *Alteração unilateral do Contrato Administrativo*, p. 95.

<sup>55</sup> CASSAGNE, *El Contrato Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1999, p. 19.

interesse público reclame a pertinência de tais poderes. Aqui parece nítida a relação de causa/efeito entre a qualificação do objeto contratual e a pertinência de cláusulas exorbitantes<sup>56</sup>.

Ademais, não se poderia admitir a adoção da perspectiva voluntarista até porque “não há disposição da Administração sobre tais poderes, não se podendo aludir a uma escolha voluntária”<sup>57</sup>. Portanto, antes de utilizar tais poderes como critério definidor, é preciso caracterizar o contrato administrativo para, a partir disso, verificar a possibilidade de exercício de competências extraordinárias.

Quanto a esse aspecto, importa analisar o artigo 62, § 3º, da Lei 8.666, que prevê a incidência genérica do regime de direito público – e das competências extraordinárias – aos contratos de direito privado.

O dispositivo possibilita duas interpretações. Uma é a propugnada por AMARAL e FREITAS<sup>58</sup>, pela qual se defende que quaisquer distinções dos regimes jurídicos serão artificiais em face da disposição legal. Outra, defendida por DI PIETRO, propõe que a incidência do regime jurídico-administrativo ocorrerá na medida em que for compatível com o direito privado<sup>59</sup>.

Nessa linha, JUSTEN FILHO afirma que alguns contratos apresentam características próprias. O objeto desses contratos não se vincula diretamente ao interesse público. Não há porque haver, portanto, desnivelamento dos interesses, de modo que essas contratações não comportarão o exercício de competências extraordinárias. Além do mais, o referido autor observa que a estruturação empresarial de alguns setores conduziria à impossibilidade de aplicar o regime de direito público, sob pena de desnaturar o regime de mercado que identifica a contratação (podendo até inviabilizá-la). Cita exemplos como o dos ramos de seguro e financiamento, submetidos a uma regulação estatal própria e rígida. Nesses casos, o particular poderá se opor legitimamente à imposição de um regime de direito público, optando pela rescisão do contrato<sup>60</sup>.

---

<sup>56</sup> GUIMARÃES, Fernando Vernalha, *Alteração unilateral do Contrato Administrativo*, p. 102.

<sup>57</sup> GUIMARÃES, Fernando Vernalha, *Alteração unilateral do Contrato Administrativo*, p. 102.

<sup>58</sup> AMARAL, Antônio Carlos Cintra do, *Conceito de Contrato Administrativo*, Centro de Estudos sobre Licitações e Contratos, março de 2002 e FREITAS, Juarez, *Estudos de Direito Administrativo*, p. 178.

<sup>59</sup> *Direito Administrativo*, p. 249.

<sup>60</sup> JUSTEN FILHO, Marçal, *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, 11. ed., São Paulo, Dialética, 2005, p. 531-532.

Tais idéias aplicam-se especialmente ao *ius variandi*. É semelhante a lição de GUIMARÃES:

“É iniludível a conclusão de que é a índole do objeto contratual o que ditará a pertinência ou não da prevalência de poderes de direção da relação contratual pela Administração. Desde que entendidos os poderes autoritários da Administração como competência pautada por pressupostos determinados (que se originam do próprio objeto – entendido como situação material objeto da relação jurídica decorrente), e reconhecendo-se a índole privatística (ou, melhor, desinteressada da consecução direta de um interesse público) do conteúdo contratual do pacto privado, é lícita a conclusão de que os contratos jurídico-privados não conterão objeto apto a recepcionar poderes dessa ordem”<sup>61</sup>.

Daí porque a adoção de um ou outro regime contratual não é livre. Conforme ensina JUSTEN FILHO, se por um lado a legislação brasileira não estipula uma tipificação dos contratos administrativos, por outro não há liberdade, por parte da Administração, para escolher o regime aplicável. Ressalvados os casos expressamente tratados em lei, a solução passará por dois aspectos:

“Em primeiro lugar, há uma limitação econômica. Há hipóteses em que a aplicação do regime de direito público produziria efeitos extremamente onerosos para a Administração Pública (...) A Administração é constrangida a recorrer aos contratos de direito privado, porque essa é a única alternativa econômica disponível.

Em segundo lugar, há uma limitação jurídica. Certas atividades não comportam a aplicação do regime de direito público, porque isso produziria a desnaturação do mercado privado, da livre concorrência e de outros valores protegidos constitucionalmente.”<sup>62</sup>

Nessa linha, um dos parâmetros acolhidos pela doutrina para distinguir os contratos administrativos é a finalidade ou causa-fim do contrato. Assim é a lição de CASSAGNE, para quem “*esa finalidad pública (...) es lo que define y tipifica la institución del contrato administrativo com rasgos peculiares que lo distinguen*

---

<sup>61</sup> GUIMARÃES, Fernando Vernalha, *Alteração unilateral do Contrato Administrativo*, p. 89.

<sup>62</sup> *Curso de Direito Administrativo*, p. 303.

*tanto del contrato civil entre particulares como del regido parcialmente por el derecho civil*<sup>63</sup>.

De acordo com a concepção finalista, os contratos administrativos são instrumento de persecução direta e imediata do interesse geral. Já os contratos de direito privado diriam respeito a atividades instrumentais, igualmente relacionadas ao interesse público – sob pena de desvio de poder. Porém, essas atividades não seriam essenciais à consecução do interesse público, cumprindo, portanto, papel acessório no exercício da função administrativa.

Em sentido complementar, Fernando Vernalha GUIMARÃES propõe que “toda sorte de problemas relativos à escolha da via adequada resolve-se pelo exame do *objeto* e do *fim* do contrato. Isso significa que, mesmo que se admita um princípio de liberdade de escolha de forma de atuação, certamente esta estará pautada pela natureza do objeto a ser contratado e pela implicação do interesse geral em relação a tal objeto”<sup>64</sup>.

Com base em todas essas considerações, admite-se a concepção de que, para investigar o regime incidente sobre determinado contrato, há que se verificar a relação entre o seu objeto e os fins de interesse público. Ainda que todas as contratações públicas, enquanto exercício da atividade administrativa, estejam vinculadas a um fim público, dever-se-á buscar o interesse público imediatamente relacionado ao objeto do contrato. Quando não houver determinação expressa da lei acerca do regime aplicável, o grau de interação do objeto contratual com os fins públicos configurará o parâmetro definidor do regime jurídico aplicável.

#### **2.4. Ainda o contrato administrativo: características no direito brasileiro e definição**

Os contratos administrativos ainda podem ser classificados sob outros ângulos.

Podem ser comutativos, nos quais se reputam envolvidos interesses contrapostos: “existem, no caso, interesses jurídicos rigorosamente contrapostos, e a execução de uma das partes produz o exaurimento do vínculo jurídico para

---

<sup>63</sup> CASSAGNE, *El Contrato Administrativo*, 15.

<sup>64</sup> *Alteração Unilateral do Contrato Administrativo*, p. 103.

si”<sup>65</sup>. As contratações subordinadas à Lei 8.666 em geral inserem-se nesse conceito.

Os contratos também podem ser de organização, no qual “a vontade das partes visa a criar uma organização de esforços e bens para desempenhar uma atividade de modo continuado. É uma avença de natureza cooperativa (ou organizacional), que visa ao aproveitamento conjunto e simultâneo dos bens e recursos humanos”<sup>66</sup>. A distinção entre contratos comutativos e de organização é relevante para o presente trabalho, na medida em que as concessões de serviço público enquadram-se na segunda noção, conforme exposto no capítulo a seguir.

Quanto à situação jurídica do Poder Público, os contratos administrativos regem-se por regras semelhantes às dos atos administrativos, na medida em que refletem o próprio exercício da atividade administrativa. Assim, elementos como agente competente, objeto lícito, respeito às formalidades legais e atendimento à finalidade pública deverão estar presentes. A posição do Poder Público, funcionalizada, está sujeita a uma série de limitações e de imposições; as competências relativas ao contrato constituem deveres-poderes, poderes jurídico-públicos que não derivam do contrato, mas diretamente da Lei, segundo a lógica do princípio da indisponibilidade de competências: “as competências são ditadas heteronomamente aos seus titulares, que por isso não podem dispor delas”<sup>67</sup>. São competências atribuídas conforme a essencialidade do objeto contratual, de modo a atribuir à Administração flexibilidade suficiente para adequar constantemente o vínculo contratual às necessidades derivadas dos interesses públicos concretamente relacionados.

Importa salientar, no entanto, que a posição jurídica da Administração não é absoluta, pois deve ser compatibilizada com os direitos do concessionário, segundo a chamada “lógica do contrato administrativo”, representada pela conjugação da função administrativa e do consensualismo. Segundo lição doutrinária, a Administração assume competências excepcionais apenas quando houver previsão legal ou contratual (ainda que esta sempre tenha fundamento

---

<sup>65</sup> JUSTEN FILHO, Marçal, *Curso de Direito Administrativo*, p. 283-284.

<sup>66</sup> JUSTEN FILHO, Marçal, *Curso de Direito Administrativo*, p. 284.

<sup>67</sup> CORREIA, José Manuel Sérvulo, *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*, p. 779, p. 714.

legal). Fora dessas hipóteses, a relação contratual é paritária, composta de direitos e deveres consensuais<sup>68</sup>.

Por isso se afirma a existência de duas espécies de cláusulas, regulamentares e econômicas. Enquanto o primeiro conjunto diz respeito às circunstâncias referentes ao objeto contratado, o segundo refere-se à equação econômica e compreende as relações entre o patrimônio do concessionário e o patrimônio público<sup>69</sup>.

Aliás, o regime dos contratos administrativos produz a publicização dos próprios direitos do co-contratante privado. Tais direitos são garantidos por diversos fundamentos de modo que, em princípio, não poderão ser suprimidos mesmo sob acordo das partes contratantes. Ganha relevo a garantia do equilíbrio econômico-financeiro, que assegurará ao contratante privado o retorno financeiro previsto no momento de celebração do contrato, respeitadas as condições do edital e da proposta do particular.

Consideradas essas observações, é possível afirmar que o contrato administrativo consiste em um “acordo de vontades destinado a criar, modificar ou extinguir direitos e obrigações, tal como facultado legislativamente e em que uma das partes, atuando no exercício da função administrativa, é investida de competências para inovar unilateralmente as condições contratuais e em que se assegura a intangibilidade da equação econômico-financeira original”<sup>70</sup>. Especificamente quanto ao exercício de competências extraordinárias, é de se frisar que configura vínculo público relacionado ao “interesse público primário a ponto de exigir, em abstrato, a tutela administrativa, traduzida na utilização de prerrogativas especiais”<sup>71</sup>.

---

<sup>68</sup> GONÇALVES, Pedro, *O Contrato Administrativo (Uma Instituição do Direito Administrativo do Nosso Tempo)*, Coimbra, Almedina, 2003, p. 120. BANDEIRA DE MELLO também invoca a “lógica do contrato administrativo” em sentido similar: “há duas ordens de interesses que se devem compor na relação em apreço. O interesse público, curado pela Administração, reclama dele flexibilidade suficiente pra atendimento das vicissitudes administrativas e variações a que está sujeito. O interesse particular postula suprimimento de uma legítima pretensão ao lucro, segundo os termos convencionados”, *Curso de Direito Administrativo*, p. 584.

<sup>69</sup> TÁCITO, Caio, *O Equilíbrio Financeiro na Concessão de Serviço Público*, Revista de Direito Administrativo n. 64, São Paulo, FGV, p. 4-5.

<sup>70</sup> JUSTEN FILHO, *Curso de Direito Administrativo*, p. 277.

<sup>71</sup> GUIMARÃES, *Alteração Unilateral do Contrato Administrativo*, p. 77.

### 3. O CONTRATO DE CONCESSÃO

#### 3.1. Breve evolução histórica – os ciclos das concessões

##### 3.1.1. Aspectos gerais

As concessões de serviço público são instrumento típico de intervenção estatal na economia. Sua utilização é tradicional e leva autores como LAUBADÈRE e DEVOLVÉ a enquadrá-la como um dos instrumentos do direito público econômico clássico<sup>72</sup>. Desde a sua concepção clássica, o instituto sofreu severas mudanças, “seja por consequência da discussão e do esclarecimento das imprecisões do conceito lançado originalmente, seja como resultado do aperfeiçoamento dos modos de delegação da prestação de serviços públicos, à luz das novas demandas socioeconômicas”<sup>73</sup>. É útil, então, partir da compreensão do instituto em seus aspectos históricos.

Para os fins do presente estudo, pode-se iniciar a análise das concessões a partir do Estado liberal. Desde esse momento histórico, visualizam-se três momentos principais na história das concessões: (a) no século XIX, com o desenvolvimento e consagração do instituto, (b) a partir do início do século XX, marcada por uma onda geral de nacionalizações e (c) nos fins do século XX, com a nova onda de privatização do aparato estatal.

O Estado liberal é caracterizado por uma postura marcadamente absenteísta no que se refere à interferência na economia. É o típico Estado de polícia, baseado na estrita delimitação dos espaços público/privado e no primado da idéia geral de liberdade individual. Tem como limites de atuação os princípios da livre concorrência e da iniciativa privada<sup>74</sup>. Nada obstante, a concretização desse modelo liberal não impediu a ingerência estatal sobre a criação de infra-estruturas e a prestação de serviços fundamentais, especialmente para sustentar os processos de industrialização que marcaram a época.

---

<sup>72</sup> LAUBADÈRE, André de e DEVOLVÉ, Pierre. *Droit Publique Economique*, 4. ed., Dalloz, 1983, p. 639.

<sup>73</sup> PEREZ, Marcos Augusto, *O Risco no Contrato de Concessão de Serviço Público*, p. 60-61. Cunhada no século XIX, a teoria clássica da concessão sofreu uma profunda evolução até os dias de hoje; a [principal] razão para isso residia na dificuldade de inseri-la e compatibilizá-la com a teoria do serviço público e seu regime (LAUBADÈRE, VENEZIA e GAUDEMET, *Traité de Droit Administratif*, Tome I, p. 744).

<sup>74</sup> MOREIRA, Vital, *A Ordem Jurídica do Capitalismo*, p. 40.

É em tal ambiente que o instituto da concessão surge, com importância sob o ponto de vista ideológico e econômico. Aparece como instrumento estratégico, pois “por um lado, permitiu-lhe conservar o princípio da abstenção do Estado na vida económica, mantendo nos privados a responsabilidade pela gestão e exploração das grandes actividades económicas emergentes; por outro, permitiu-lhe a construção de grandes infra-estruturas e a criação de serviços sem violentar as leis do mercado e sem custos para o escasso erário público”<sup>75</sup>.

Aspecto essencial da concessão do liberalismo clássico reside no fato de a remuneração da concessão advir exclusivamente dos usuários. A álea da exploração corria por conta e risco exclusivo do concessionário, de modo que não havia qualquer “solidariedade econômico-financeira do concedente”<sup>76</sup>.

Daí porque, ensina Pedro GONÇALVES, o uso da figura concessória acabou por se generalizar ao longo do século XIX, em face das demandas emergentes dos processos de industrialização daquele período. E o autor complementa: “neste processo é possível autonomizar três momentos: a construção e instalação das infra-estruturas, a sua gestão e a gestão do serviço prestado a partir delas”<sup>77</sup>.

Para fazer frente às sucessivas crises econômicas deflagradas ao longo do Século XX<sup>78</sup>, emerge o modelo de Estado Social, produtor de bens e serviços. O *Welfare State* caracteriza-se como uma “grande revolução de expectativas”, na medida em que a função estatal incorpora a implementação de políticas públicas como meio de alcançar a redistribuição de riquezas e garantir os recém-concebidos direitos sociais<sup>79</sup>.

O instituto concessório sofre alterações na mesma medida em que a própria concepção de Estado é modificada. Primeiramente, assiste-se a um processo de nacionalizações em massa. Ganha força a idéia expressada por MARQUES NETO, a seguir transcrita:

---

<sup>75</sup> GONÇALVES, Pedro, *Os Serviços Públicos Económicos e a Concessão no Estado Regulador*, p. 235.

<sup>76</sup> GONÇALVES, Pedro, *Os Serviços Públicos Económicos e a Concessão no Estado Regulador*, p. 236.

<sup>77</sup> *Serviços Públicos Económicos e a Concessão no Estado Regulador*, p. 239. Esses três momentos também são retratados por LAUBADÈRE, VENEZIA e GAUDEMET, *Traité de Droit Administratif*, Tome I, p. 744.

<sup>78</sup> “O direito econômico nasce com a primeira guerra mundial, que representa de fato o fim do século XIX (...) daí o surgimento de uma regulamentação abundante, estrita e minuciosa das atividades econômicas, que transforma em pouco tempo o panorama clássico do direito patrimonial, abolindo princípios, deformando institutos e confundindo fronteiras. (...) No Ocidente, o desenvolvimento deixava de ser o produto aleatório do livre jogo das forças do mercado, para constituir-se em objetivo fundamental do Estado” COMPARATO, Fábio Konder, *O Indispensável Direito Económico*, RT n. 353, São Paulo, RT, 1965, p. 15-17.

<sup>79</sup> FARACO, Alexandre Ditzel, *Regulação e Direito Concorrencial: As Telecomunicações*, p. 46.

“a melhor maneira de regular uma determinada utilidade pública era preservar sua exploração ao Estado. A simples exploração direta dessa atividade já era considerada regulação suficiente. Submetido ao pleno controle estatal, o ente encarregado da exploração de uma dada utilidade pública já o faria consoante o atendimento do interesse público”<sup>80</sup>.

Além disso, BILAC, citado por DI PIETRO, observa que a estrutura da concessão sofre alterações na medida em que os riscos da exploração passam a ser compartilhados com o Poder Concedente, segundo a já aludida fórmula da “solidariedade econômico-financeira do concedente”. Em outras palavras, isso significava obrigar o Poder Público a participar das perdas da exploração do serviço público concedido, através de instrumentos como as cláusulas de garantias de juros e a teoria da imprevisão<sup>81</sup>.

ARINÕ ORTIZ aponta inúmeras razões que motivaram a diminuição da utilização das concessões, desde o transcurso do prazo contratual de inúmeros contratos até a decretação de caducidade pela impossibilidade de cumprimento de várias avenças por inviabilidade econômica. Do outro lado, estava a tendência de assunção de inúmeras atividades pelo Estado sob uma perspectiva empresarial, desde os princípios do século XX<sup>82</sup>.

A respeito da valorização da lógica estatal planificadora da economia, MOREIRA NETO anota que havia uma orientação ideológica dominante, concretizada em uma “dúplice política governamental: primeiro, a de solucionar *todos os problemas* por meio do Estado e, segundo, a de reforçar ao máximo a *segurança nacional*, em um período marcado por extrema beligerância entre as nações”<sup>83</sup>.

Em contraponto a esse modelo estatizante, porém, ganhou força um processo de redução da intervenção direta do Estado na economia. Inúmeras razões contribuíram para a guinada das políticas públicas, como o exaurimento dos cofres públicos (que ensejou a chamada “crise fiscal” do Estado) e a impossibilidade técnica e material de o aparelho burocrático estatal acompanhar a

---

<sup>80</sup> MARQUES NETO, Floriano Azevedo, *A Nova Regulamentação dos Serviços Públicos*, Revista de Direito Administrativo n. 228, p. 19.

<sup>81</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Direito Administrativo*, p. 276.

<sup>82</sup> *Economia y Estado: crisis y reforma del sector público*, p. 281.

<sup>83</sup> *Mutações nos Serviços Públicos*, p. 3.

evolução dos serviços essenciais, antes detidos por si em regime de exclusividade<sup>84</sup>.

A racionalidade que caracterizou o Estado do Bem-Estar Social como instância centralizadora da concepção e da gestão das políticas públicas entra em crise: a falta de meios materiais e financeiros evidencia os limites estruturais desse modelo de Estado<sup>85</sup>.

Reabre-se novo processo de transferência da gestão de serviços públicos à iniciativa privada. Ganha força a idéia de que ao Estado cabe apenas um núcleo essencial de atribuições, de natureza essencialmente normativa (conforme uma concepção de “Estado Regulador”); nas palavras de ARIÑO ORTIZ,

“do ponto de vista organizativo e institucional isso significa a substituição do antigo modelo de Estado administrativo-burocrático, hierárquico, unitário, centralizado e gestor direto, por um novo tipo de Administração em que uma multiplicidade de organizações, governamentais, privadas e o que vem sendo denominado ‘terceiro setor’ (público-privado), assumiriam a gestão de serviços com financiamento e controle do Estado”<sup>86</sup>.

### **3.1.2. As concessões no Brasil**

A utilização do instituto das concessões no Brasil segue de modo aproximado a experiência internacional, podendo-se enumerar os mesmos três momentos históricos descritos.

Segundo Caio TÁCITO, a conjugação de esforços da iniciativa privada para a exploração de atividades de interesse coletivo ganha importância no contexto brasileiro somente na segunda metade do século XIX. Em suas palavras, “a expansão das cidades e a demanda popular reclamavam o apelo a processos de

---

<sup>84</sup> Sem desconsiderar o grande debate teórico sobre a questão, prevaleceu o entendimento de que a reforma do Estado a partir de modelos de privatização era a melhor via para viabilizar a manutenção das contas públicas. Vejam-se as palavras de Giandomenico MAJONE: “the current crisis of nationalization policies in Western Europe is less a problem of productive efficiency than the failure of a particular mode of regulation”; “nationalization has failed not only with respect to its objective of economic regulation and control, but also respect to the socio-political objectives of consumer protection and public accountability”, *Regulation and its modes*, In *Regulating Europe*, London and New York, Routledge, s/d, p. 13-14.

<sup>85</sup> FARACO, Alexandre Ditzel, *Regulação e Direito Concorrencial: As Telecomunicações*, São Paulo, Paulista, 2003, p. 46 e ss.

<sup>86</sup> OLIVEIRA, Gustavo Justino de, *Estado Contratual, Direito ao Desenvolvimento e PPP*, p. 92

tecnologia e a recursos de capital, para o atendimento de necessidades coletivas fundamentais<sup>87</sup>.

Esse processo desenvolveu-se em um momento no qual o Estado captava recursos da iniciativa privada, em grande parte estrangeira, para concretizar uma série de projetos de índole pública, como a implantação de malha ferroviária (que ligasse os centros de produção aos centros de consumo) e a criação e gestão de outras infra-estruturas de rede, como as de saneamento básico, iluminação pública e eletricidade, além da comunicação, no bojo do desenvolvimento da telefonia.

É a partir dessas obras públicas que surgem os primeiros contratos de concessão, inspirados no modelo francês<sup>88</sup>. Na qualidade de Poder Concedente, a Administração Pública manteve o controle sobre tais serviços através do seu poder regulamentar. As concessões eram marcadas por duas variantes: a *mutabilidade dos contratos* (motivada pelos avanços tecnológicos e pelo acentuado crescimento da população e das respectivas demandas) e a *garantia da estabilidade econômico-financeira* ao contratante particular.

Todavia, a partir da década de 30, as crises econômicas mundiais derivadas da I Guerra e do *crack* da Bolsa de Nova Iorque em 1929 suscitam instabilidades que condicionam e alteram a atuação estatal. O Estado brasileiro passa a adotar uma nova política intervencionista, que assume foro constitucional – a Constituição de 1934 é pioneira na previsão de uma Ordem Econômica e Social. Sua atuação é marcada pela ação direta na economia, instrumentada pela criação de autarquias e empresas públicas. O governo de Getúlio Vargas é paradigma do novo modelo de Estado, criador de empresas como a Companhia Siderúrgica Nacional, a Companhia do Vale do Rio Doce e a Petrobras.

No contexto das novas políticas públicas, o Estado passa a prestar diretamente certas utilidades ao tempo em que a política de concessões é sensivelmente desvalorizada. No contexto normativo, por exemplo, o art. 142 da Constituição de 1934 passa a prescrever vedação à garantia de juros, por parte do Poder Concedente, às concessionárias de serviços públicos. TÁCITO reporta a existência de outras normas, como o Decreto 23.501/33, que contribuem para

---

<sup>87</sup> *O Retorno do Pêndulo: Serviço Público e Empresa Privada. O Exemplo Brasileiro*, RDA 202, out./dez. 1995, p. 1.

<sup>88</sup> TÁCITO, Caio, *O Retorno do Pêndulo: Serviço Público e Empresa Privada. O Exemplo Brasileiro*, p. 2.

solapar o mínimo de estabilidade financeira dos concessionários<sup>89</sup>. É por isso que se afirma que o Estado não logrou assegurar aos parceiros privados a manutenção de condições mínimas para viabilizar os empreendimentos em curso; o movimento de nacionalizações alimentou-se dessa circunstância, num processo em que se constatavam inúmeros casos de caducidade e encampação das concessões vigentes<sup>90</sup>.

Ainda que diversas concessões tenham sido mantidas, como nos casos de televisão e radiodifusão<sup>91</sup>, o afastamento da iniciativa privada dos serviços públicos é uma das características mais visíveis do novo Estado de Bem-Estar Social.

Por sua vez, as nacionalizações são marcadas por outra forma de descentralização da prestação dos serviços públicos: a outorga, ao invés de ocorrer a um particular, é conferida a empresas estatais controladas pelo Poder Público. Os riscos do empreendimento são realocados no próprio âmbito público e “perde-se, com esse procedimento, a grande vantagem da concessão que constitui a própria justificativa para o seu surgimento: a de poder prestar serviços públicos sem necessitar investir grandes capitais do Estado”<sup>92</sup>.

Em decorrência, o Estado brasileiro é marcado pela hipertrofização no decorrer do século XX. A expansão da sua ação direta na atividade econômica e social, porém, atinge o auge no início da década de 80<sup>93</sup>. A chamada crise e a impossibilidade de o Estado lidar com a evolução tecnológica inerente aos serviços públicos são os fundamentos da reforma (e da redução) do setor empresarial público.

No centro da interminável discussão ideológica que se firmou sobre quais devem ser as atribuições do Estado brasileiro, TÁCITO ressalta que prevaleceu o entendimento de que

---

<sup>89</sup> TÁCITO, Caio, *O Equilíbrio Financeiro na Concessão de Serviço Público*, RDA 64, p. 2.

<sup>90</sup> JUSTEN FILHO, Marçal, *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*, p. 52.

<sup>91</sup> Pedro GONÇALVES sustenta que no bojo da política de nacionalizações, um dos principais campos de utilização das concessões estava naquelas “atividades que não proporcionam utilidades individualizadas, como são os casos dos serviços públicos de televisão e de radiodifusão”, *Os Serviços Públicos Económicos e a Concessão no Estado Regulador*, p. 237.

<sup>92</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Direito Administrativo*, p. 277.

<sup>93</sup> TÁCITO, *O Retorno do Pêndulo: Serviço Público e Empresa Privada. O Exemplo Brasileiro*, p. 5. Manifestações normativas sobre a mudança do perfil estatal encontram-se no Decreto 83.740/79, instituidor do Plano Nacional de Desburocratização, e na Lei 8.031/90, que criou o Plano Nacional de Desestatização.

“não somente o Estado deve ser menor – e, por via de consequência, mais eficiente – como, sobretudo, deve concentrar-se no atendimento de necessidades básicas da coletividade (...) O Estado deve ser o elemento condutor do progresso da sociedade, mas não será necessariamente o agente ativo ou exclusivo no oferecimento de serviços à comunidade”<sup>94</sup>.

O ambiente normativo tornou-se propício à concretização dessas idéias e voltou-se a privilegiar a transferência da exploração dos serviços públicos à iniciativa privada, seja em virtude das reformas constitucionais, seja pela legislação editada ao longo da década de 90. É diante desses motivos que cabe transcrever a lição de Fernando Vernalha GUIMARÃES a respeito da nova conformação do Estado:

“o Estado nacional experimenta, nos tempos que correm, verdadeiro surto de transferência de gestão de serviços públicos à esfera privada, por conta do tão evidenciado processo de redução das dimensões estatais. O modelo de Administração Pública que exsurge, fundado sobretudo na substituição da responsabilidade de execução de tarefas públicas por uma responsabilidade-garantia, tem realçado o exercício de competências de programação, orientação e regulação das entidades privadas, às quais se passa a confiar a prestação dos serviços públicos”<sup>95</sup>.

Dentro da nova “onda” de utilização das concessões, várias leis foram editadas, como a Lei 8.987, que prevê um regime geral de outorga. Outras legislações setoriais, como a Lei 9.472 (telecomunicações) e a Lei 9.427/96 (setor de energia) revelam um processo de fragmentação dos regimes jurídicos dos diversos serviços públicos, com repercussões diretas na conformação dos diversos contratos de concessão. É o que se busca descrever a seguir.

## **3.2. O objeto da delegação: a noção de serviço público**

### **3.2.1. Características gerais**

---

<sup>94</sup> *O Retorno do Pêndulo: Serviço Público e Empresa Privada. O Exemplo Brasileiro*, p. 5.

<sup>95</sup> GUIMARÃES, Fernando Vernalha, *Uma Releitura do Poder de Modificação Unilateral dos Contratos Administrativos nas Concessões de Serviços Públicos*, Revista dos Tribunais n. 781, nov. 2000, p. 11.

Os serviços públicos inserem-se no Ordenamento Jurídico como uma das espécies de atividade econômica do Estado, ao lado da “atividade econômica em sentido estrito” (regida pelos arts. 173 e 177 da Constituição). A distinção dessas categorias tem relevância prática, pois serve como critério de delimitação dos espaços público e privado e permite dissociar atividades econômicas a partir da incidência de regimes jurídicos distintos.

A noção de serviço público caracteriza-se pela sua natureza econômica, pois, como ressalta JUSTEN FILHO, envolve uma “alocação de recursos materiais (escassos) para satisfação de certas necessidades humanas”<sup>96</sup>. Intrinsecamente ligado à natureza econômica encontra-se o aspecto político da noção:

“a configuração de um serviço público dependeria de uma decisão política específica, relacionada com a distribuição do poder na sociedade. Tratar-se-ia de reconhecer que o instituto do serviço público se relaciona não apenas com a *eficiência* no modo de satisfazer necessidades essenciais, mas também com o *controle do poder econômico privado*”<sup>97</sup>.

Em vista disso, pode-se dizer que o conceito de serviço público é um conceito reflexo, na medida em que “deriva do modelo constitucional assumido pela comunidade, inclusive no tocante à função e ao papel que a própria comunidade reserva para si própria”<sup>98</sup>.

Historicamente, a noção do serviço público inverteu o próprio eixo metodológico do Direito Administrativo. A partir da concepção de DUGUIT, passou-se a adotar um novo foco de legitimação do Estado: da simples coerção estatal (ou *puissance publique*) à solidariedade e coesão social<sup>99</sup>.

Durante o período precitado de nacionalizações e de concentração do planejamento econômico no âmbito estatal, o Estado acumulou as funções de regulador e prestador dos serviços públicos. Dessa circunstância decorria uma quase ausência de parâmetros regulatórios, sendo a regulação “marcadamente

---

<sup>96</sup> JUSTEN FILHO, Marçal, *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*, p. 19.

<sup>97</sup> JUSTEN FILHO, Marçal, *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*, p. 34. A qualificação de uma atividade como tal “remete ao plano da escolha política (...). Deflui-se, portanto, que não há um serviço público por natureza”, GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti, *Teoria dos Serviços Públicos e sua Transformação*, p. 45.

<sup>98</sup> JUSTEN FILHO, Marçal, *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*, p. 35.

<sup>99</sup> MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo, *Mutações nos Serviços Públicos*, item 1.2.

retrospectiva, conjuntural e mediada pela política”<sup>100</sup>. Nesse ambiente, MARQUES NETO destaca o fato de a gestão do serviço estar direcionada mais a propósitos estatais do que aos interesses dos usuários, segundo objetivos relacionados a questões como manutenção de ativos estratégicos e defesa da soberania estatal<sup>101</sup>. Os custos da (não rara) ineficiência estatal, como não poderia deixar de ser, eram arcados pelos usuários e pela própria sociedade.

Atualmente, é possível qualificar como uníssono o discurso que propugna que os serviços públicos devem estar voltados ao atendimento das necessidades fundamentais. Ressalta-se o aspecto instrumental desses serviços, voltados à realização dos direitos fundamentais e ao fomento do desenvolvimento<sup>102</sup>.

Na lição de Monica JUSTEN, a nova preocupação com o tema "implica a recondução desse instituto tipicamente de Direito Administrativo ao plano mais nobre em que um instituto jurídico pode existir: o plano do direito constitucional. Essa ponderação se faz em face da constatação de que os serviços públicos estão umbilicalmente unidos aos princípios emanados constitucionalmente”<sup>103</sup>.

Por outro lado, nas palavras de Calixto SALOMÃO FILHO, a vinculação da nova política de descentralização dos serviços aos direitos fundamentais

“implica atribuir ao Estado outra função, talvez até mais onerosa. Em vez da gestão abstrata e macroeconômica da sociedade, cumpre-lhe fazer algo que o particular e o mercado jamais farão. Incumbe-lhe redistribuir. É na redistribuição que deve ser identificada a grande função do novo Estado. Trata-se, portanto, de um Estado que deve basear sua gestão (inclusive no campo econômico) em valores e não em objetivos econômicos”<sup>104</sup>.

Ao tempo em que surgem essas novas premissas, surgem também concepções ditas negativistas – que anunciam a “morte do serviço público”, ou

---

<sup>100</sup> MARQUES NETO, Floriano Azevedo, *A Nova Regulação dos Serviços Públicos*, p. 19.

<sup>101</sup> MARQUES NETO, Floriano Azevedo, *A Nova Regulação dos Serviços Públicos*, p. 20.

<sup>102</sup> SCHIRATO, Vitor Rhein, *A Regulação dos Serviços Públicos como Instrumento para o Desenvolvimento*, Revista Interesse Público n. 30. Porto Alegre: Notadez, 2005, p. 77 e ss. Sobre o tema, BACELLAR FILHO vincula a própria legitimação do Estado à eficiência na prestação de serviços essenciais para a proteção dos direitos fundamentais, em *O Poder Normativo dos Entes Reguladores e a Participação dos Cidadãos nesta Atividade. Serviços Públicos e Direitos Fundamentais: Os Desafios da Regulação na Experiência Brasileira*. Revista Interesse Público 16. Porto Alegre: Notadez, out./dez. 2002, p. 14.

<sup>103</sup> JUSTEN, Monica Spezia. *A Noção de Serviço Público no Direito Europeu*, São Paulo, Dialética, 2003, p. 231.

<sup>104</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito como Instrumento de Transformação Social e Econômica*. In: Revista de Direito Público da Economia. Vol. 1. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2003, p. 33.

pelo menos do modelo anterior de serviço público. Fato é que as reformas do Estado conduziram a uma reformulação generalizada da gestão dos serviços públicos e, mesmo, à diminuição dos serviços considerados essenciais<sup>105</sup>.

A onda de privatizações abriu espaço à iniciativa privada para organizar e gerir o serviço sob a coordenação do Poder Público. Essas privatizações foram marcadas pelo fim do paradigma de exclusividade ou monopólio, outrora reputado como inerente à própria concepção de certos serviços públicos, para dar lugar à instauração progressiva de um ambiente concorrencial regulado. Superam-se obstáculos técnicos e econômicos através de soluções jurídicas que se sobrepõem a monopólios naturais antes intransponíveis.

A ideologia do Estado como instância centralizadora das decisões acerca da economia – e acerca do próprio interesse público – é abandonada, para abrir espaço à participação social na gestão e controle dos serviços públicos. BACELLAR FILHO faz alusão a instrumentos como ouvidorias, audiências públicas e Conselhos Consultivos com representatividade popular para infiltrar democraticamente as instâncias decisórias de regulação. A partir do pensamento do autor, pode-se inferir que o controle social é indispensável para a transparência da atividade administrativa<sup>106</sup>.

Passa-se, agora, a verificar as principais características do regime jurídico dos serviços públicos.

### **3.2.2. Princípios e regime jurídico aplicável**

Os serviços públicos são marcados por um regime jurídico especial. Busca-se construir através de mecanismos jurídicos um arcabouço de garantias para a manutenção e adequação dos serviços reputados essenciais à coletividade.

Sobre o plexo normativo que incide sobre os serviços, Gaspar ARIÑO ORTIZ classifica dois conjuntos principais: um é a regulação externa e geral,

---

<sup>105</sup> Vital MOREIRA assinala que “a figura do serviço público, como encargo e responsabilidade exclusiva do Estado (embora com possibilidade de concessão a empresas privadas), deixa naturalmente de ter guarida, tendo sido crescentemente substituída – e mesmo assim, a título de mera faculdade consentida ao Estado – pela idéia de simples “obrigações de serviço público”, impostas a uma ou mais empresas, públicas ou privadas, operando num ambiente concorrencial”. E arremata: “a figura tradicional do serviço público, como responsabilidade do Estado à margem do mercado, está em vias de morrer”, *Serviços Públicos e Concorrência. A Regulação do Sector Eléctrico*, Coimbra, 2001, p. 235 e 237.

<sup>106</sup> *O Poder Normativo dos Entes Reguladores e a Participação dos Cidadãos nesta Atividade. Serviços Públicos e Direitos Fundamentais: Os Desafios da Regulação na Experiência Brasileira*, p. 13 e ss.

manifestação da polícia administrativa tradicional, “que hace referencia a aquellas condiciones de seguridad, salubridad, protección del medio ambiente y localización física em que se desarrolla la actividad economica de que se trate, pero sin entrar em el interior de ésta ni predeterminar las decisiones empresariales”<sup>107</sup>. E há a regulação com foco econômico, cuja origem é recente e está vinculada às privatizações. Esta tem como objeto a sistemática econômica do setor regulado e os seus elementos, como a política tarifária e as condições econômicas gerais dos operadores. Nesta esfera incluem-se a criação e a proteção de um ambiente de concorrência.

Pode-se adicionar, ainda, a perspectiva da “regulação social”, que transborda a esfera estrita do raciocínio econômico. Por mais técnicos e específicos que sejam, os arranjos regulatórios de cada serviço são orientados em última análise por políticas públicas, porquanto possuem propósitos político-sociais e também se destinam a fins de interesse comum, como “a garantir direitos de minorias e a promover outros valores políticos, sociais e culturais”<sup>108</sup>.

São inúmeros os princípios e as construções doutrinárias referentes à regulamentação dos serviços públicos. A utilização de um regime jurídico peculiar tem como objetivo a consecução de um *serviço adequado* (art. 6º, Lei 8.987), a partir da ponderação de aspectos econômicos, sociais e materiais.

É clássica, nesse sentido, a remissão às “leis naturais de serviços públicos” de Rolland, baseadas no tripé dos princípios da mutabilidade, continuidade e igualdade<sup>109</sup>.

A *mutabilidade* reflete o aspecto funcional ou finalístico do serviço, cujas condições de prestação podem (devem) ser alteradas para atender os cambiáveis interesses públicos em jogo. É o dever de atualidade do serviço. Conforme anota Dinorá GROTTI, “referido princípio justifica muitas das prerrogativas que a Administração possui sobre o serviço, em especial a de sua modificação unilateral, e legitima a incidência de várias medidas sobre a posição jurídica dos vários sujeitos envolvidos”<sup>110</sup>. Daí se falar em ausência de direito adquirido à

---

<sup>107</sup> ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *Economia y Estado*, p. 50.

<sup>108</sup> JUSTEN FILHO, Marçal, *Curso de Direito Administrativo*, p. 463. Como exemplo, cite-se a imprescindibilidade de promoção de estudos de impacto social e ambiental antes da expansão de determinado serviço em certa localidade.

<sup>109</sup> GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti, *Teoria dos Serviços Públicos e sua Transformação*, In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). In: *Direito Administrativo Econômico*, São Paulo, Malheiros, 2000, p. 48.

<sup>110</sup> GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti, *Teoria dos Serviços Públicos e sua Transformação*, p. 57.

manutenção do regime de prestação, tanto em face dos usuários, dos servidores públicos relacionados ao serviço, quanto dos concessionários.

A *continuidade* está vinculada à essencialidade do serviço, de onde deriva a obrigatoriedade de sua prestação. Se o serviço é fundamental, seu fornecimento só poderá ser interrompido nas estritas previsões legais. Do contrário, será assegurada indenização ao usuário por eventuais danos sofridos<sup>111</sup>.

As exceções ao princípio estão no art. 6º da Lei 8.987 (dentre outras disposições aplicáveis a setores específicos): em caso de emergência ou após aviso prévio, e devido a razões de ordem técnica ou de segurança, ou, ainda, devido ao inadimplemento do usuário, o serviço poderá ser suspenso<sup>112</sup>. Não se afasta também a possibilidade de greve dos servidores públicos (art. 37, VII da Constituição, Leis 7.783/89 e 10.277/01).

Já do postulado da *igualdade* surgem os princípios da neutralidade e da universalidade. A igualdade deverá ser encarada conforme o contexto regulado: conjugada com o princípio da proporcionalidade, qualquer diferenciação entre os administrados dependerá da pertinência do *critério de diferenciação* adotado e da legitimidade da *finalidade* buscada. “A noção de igualdade deve ser tomada numa acepção relativa e relacional, justificando-se o tratamento desigual daqueles que se encontrem em situações desiguais, na estrita medida dessa desigualdade”<sup>113</sup>. Essas considerações serão essenciais para a formulação de uma política tarifária subsidiada, por exemplo.

Outra decorrência do princípio da igualdade são as obrigações de universalização do serviço. Trata-se de adequar duas posições distintas, a do usuário efetivo e a do usuário potencial. Na lição de MARQUES NETO,

“*consumidor efetivo* é aquele que frui o serviço público, porquanto está integrado na relação contratual travada com o fornecedor. Já o *potencial* é aquele que não está incluído numa tal relação, mas que o ordenamento regulatório ‘quer’ que ele

---

<sup>111</sup> JUSTEN FILHO, Marçal, *Curso de Direito Administrativo*, p. 489.

<sup>112</sup> As disposições legais não eliminam a extensa discussão sobre a possibilidade de suspender serviços vinculados imediatamente ao princípio da dignidade humana. Veja-se, por exemplo, o posicionamento jurisprudencial no sentido de que o corte do fornecimento de serviços essenciais - água e energia elétrica – como forma de compelir o usuário ao pagamento de tarifa ou multa, extrapola os limites da legalidade e afronta a cláusula pétrea de respeito à dignidade humana, porquanto o cidadão se utiliza dos serviços públicos posto essenciais para a sua vida, curvo-me ao posicionamento majoritário da Seção (REsp 647.853, Rel. Min. José Delgado, 1ª Turma, decisão em 29.09.04, DJU 06.06.05, p. 194). Em sentido semelhante, JUSTEN FILHO, Marçal, *Curso de Direito Administrativo*, p. 533.

<sup>113</sup> GONÇALVES, Pedro, *Os Serviços Públicos Econômicos e a Concessão no Estado Regulador*, p. 209.

venha a beneficiar-se do serviço. São duas situações distintas que ensejam tratamentos legais diferenciados. (...)

O peso desta meta regulatória é, em certa medida, suportado pelos consumidores efetivos que, entretanto, almejam tarifas menores. Daí porque em nome da integração do consumidor potencial, os interesses do consumidor efetivo podem ser mitigados. Parece um preço justo a se pagar, até mesmo como corolário da noção de *justiça social* plasmada na Constituição Federal”<sup>114</sup>.

Outros princípios não menos importantes são enumeráveis, como o da transparência e participação do usuário (art. 37, § 3º da Constituição, arts. 3º, 7º, 22, 30 e 33 da Lei 8.987) e o da modicidade tarifária. Todos eles impõem uma ponderação que, à luz do princípio da eficiência e da proporcionalidade, otimize a projeção do conjunto de princípios na prestação do serviço.

Logo, em virtude das condições concretas de determinada comunidade, o Poder Concedente poderá ignorar alguma inovação tecnológica relevante, mas sobejamente onerosa, para privilegiar o princípio da modicidade. A própria temática da universalização ilustrará esse dever de otimização, na medida em que uma decisão que privilegie os não-usuários certamente sobrecarregará os usuários. Verifica-se, portanto, uma inter-relação de princípios, os quais, conforme o princípio da proporcionalidade, deverão ser conjugados segundo as necessidades sociais e as possibilidades técnicas e econômicas de cada caso.

A roupagem formal que esses valores assumem para conformar os serviços públicos é o regime jurídico-administrativo. Tradicionalmente, invoca-se o fenômeno da *publicatio*, ou seja, a apropriação pública da atividade. Era esse o entendimento pacífico até pouco tempo. Mário MASAGÃO afirma que não são poucos aqueles que incorporam o regime publicizado dentro do próprio conceito de serviço público<sup>115</sup>.

---

<sup>114</sup> MARQUES NETO, Floriano Azevedo, *A Nova Regulação dos Serviços Públicos*, p. 25-26: “Enquanto o consumidor efetivo reclama por qualidade, tarifas menores, cordialidade no atendimento, ou seja, valores que se somam à fruição do serviço, o consumidor potencial, de sua parte, tem *expectativa de fruição*. Este até possui o direito (formal) de pagar pela prestação, entretanto, por motivos de índole econômica, geográfica ou social, teria sérias e concretas dificuldades para obter acesso material ao serviço”.

<sup>115</sup> *Curso de Direito Administrativo*, 3. ed., São Paulo, Max Limonad, 1962, p. 287. Abstrai-se, aqui, do debate sobre os “serviços públicos impróprios ou virtuais”, focando apenas naquelas atividades em que há relativo consenso acerca da qualificação jurídica. No mesmo sentido de MASAGÃO, confirmam-se SILVA, José Afonso, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 781, BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de Direito Administrativo*, p. 627 e ss. e JUSTEN FILHO, Marçal, *Curso de Direito Administrativo*, p. 480. Este autor sustenta que “o regime de direito público é o meio formal para assegurar a satisfação dos

Todavia, diante do processo de liberalização de diversos serviços, é crescente o número de autores que cogita a substituição do regime de direito público por um regime privado, ainda que marcado por fortes imposições regulatórias. Já é clássica a lição de SUNDFELD, para quem a própria dicotomia entre regime de direito público e privado não traz respostas satisfatórias para definir o regime incidente. É preciso, segundo o autor, identificar a forma como são regulados aspectos específicos de cada serviço, pois a regulação não será uniforme – como se sujeitasse todas as peculiaridades do serviço a um regime ou outro de forma estrita.

Nos casos de outorga da execução dos serviços, verificam-se certas margens de liberdade, próximas ao regime de mercado, assim como certas restrições; e essa divisão não poderia ser captada pela noção clássica de serviço público, enquanto vinculada ao regime jurídico-administrativo. Nas palavras de SUNDFELD,

“telecomunicações, energia elétrica e portos são alguns dos setores em que a noção de ‘serviço público’, se algo ainda diz, diz pouco; admite-se a exploração em regime privado, por meio de autorizações, não mais apenas pelas clássicas concessões; introduz-se a competição entre prestadores, suscitando a aplicação do ‘Direito da Concorrência’ (ou antitruste) e a interferência dos órgãos incumbidos de protegê-la”<sup>116</sup>.

Assiste-se, nessa linha, a uma fragmentação dos regimes jurídicos dos serviços públicos, com matizes distintas para cada setor.

O caso da Lei Geral de Telecomunicações (9.472) é emblemático. Prevê-se a delegação ao Presidente da República da competência para definir o regime jurídico aplicável aos serviços de telecomunicações (art. 18, I). Com exceção da telefonia fixa (art. 64, § ún.), a definição do regime jurídico ocorrerá pela via de decreto.

---

direitos fundamentais e, portanto, a idéia de haver “serviço público sob regime de direito privado é uma contradição em termos” (p. 481).

<sup>116</sup> SUNDFELD, Carlos Ari, *Direito Global*, São Paulo: Max Limonad, 1999, pp. 161-162. Nessa esteira, autores como Diogo de Figueiredo MOREIRA NETO, em *Mutações nos Serviços Públicos* e Marcos Augusto PEREZ, em *Risco no Contrato de Concessão de Serviço Público*, aludem a uma desvalorização da técnica concessória no âmbito da prestação de serviços públicos. Afirma-se que a concessão abre espaço para formas de outorga mais flexíveis e dinâmicas, que transferem maior margem de autonomia ao particular.

Note-se, ainda, a possibilidade de um mesmo serviço ser prestado simultaneamente por diversos operadores em regimes jurídicos distintos. Trata-se do fenômeno da “assimetria regulatória”, pelo qual há uma dissociação de obrigações para cada prestador. Certos operadores terão sua situação jurídica aproximada do regime privado, sujeita a menos intervenção do Poder Público, para conquistar parcelas do mercado e incrementar o regime concorrencial.

Em contrapartida, outros agentes, em geral com maior poder dentro do mercado, receberão atribuições típicas de serviço público, como a universalização. MARQUES NETO explica que

“A incidência regulatória, portanto, permite que se imagine alguns prestadores olhando mais para a competição, para estudos de mercado vantajosos, e outros prestadores olhando para a perspectiva da universalização. Isto é garantido pelo modelo estabelecido pela Lei Geral de Telecomunicações. Temos dois regimes de prestação (público e privado), submetidos a níveis de regulação distintos”<sup>117</sup>.

O tema adquire uma complexidade que transborda os fins do presente trabalho. Não obstante as controvérsias, assume-se que o serviço público prestado através da concessão de serviços públicos submete-se ao regime jurídico-administrativo, conforme adverte BACELLAR FILHO sobre a vinculação dos serviços públicos aos direitos fundamentais<sup>118</sup>.

Pode-se dizer que “a atividade de serviço público é subordinada ao regime de direito público como consequência da sua natureza funcional”<sup>119</sup>. Assim, caso a lei atribua o regime de direito privado a uma determinada atividade não será relativizada a noção de serviço público: antes, a própria atividade em questão deixará de ser serviço público, para entrar no universo das atividades privadas reguladas.

### **3.2.3. Critérios de definição e delimitação do conceito de serviço público**

---

<sup>117</sup> *Direito das Telecomunicações e Anatel*, p. 307.

<sup>118</sup> *O Poder Normativo dos Entes Reguladores e a Participação dos Cidadãos nesta Atividade. Serviços Públicos e Direitos Fundamentais: Os Desafios da Regulação na Experiência Brasileira*, p. 13 e ss.

<sup>119</sup> JUSTEN FILHO, Marçal, *Curso de Direito Administrativo*, p. 481.

Usualmente, a doutrina utiliza três critérios para definir serviço público: o subjetivo, o formal e o material. Essa forma de definição é por vezes criticada, pois se apontam as insuficiências (e as atuais crises) desses critérios, em especial do subjetivo e do formal.

Quanto ao aspecto subjetivo, surge a tendência de “diminuição de importância da *titularidade do serviço*, ou seja, o esmaecimento daquela tradicional característica subjetiva que era sempre apontada para os serviços públicos – a presença do Estado como particular”<sup>120</sup>.

O critério formal, consistente no regime de direito público do serviço, também é questionado, conforme se viu acima.

O aspecto material, contudo, parece permanecer relativamente incólume. Segundo GONÇALVES, trata-se da “finalidade ou dimensão funcional que não é senão a satisfação de necessidades coletivas ou a prossecução de um interesse geral”. Nada obstante, há quem afirme que o conceito de serviço público é tão-somente aquele definido em Lei, em noção estritamente formal.

No entanto, parece ser possível divisar limites, ainda que não totalmente claros, para a qualificação de um serviço público. É certo que há limites mínimos indisponíveis, cujo núcleo reside no atendimento aos direitos fundamentais. De outra parte, há limites máximos, eis que, em respeito aos princípios constitucionais da livre iniciativa e da subsidiariedade, não pode o Estado simplesmente atribuir a si um serviço sem razão objetiva suficiente<sup>121</sup>. Desse modo, “excluídos dois campos – aquilo que é obrigatoriamente serviço público e aquilo que não pode ser serviço público –, existe a possibilidade de o legislador determinar outras atividades como tais, respeitados os princípios constitucionais”<sup>122</sup>.

Considerando que o serviço público é uma atividade prestacional, ou seja, de prestação de utilidades materiais *uti singuli* (individuais) ou *uti universi* (coletivas), e tendo em vista o exposto, pode-se afirmar que “serviço público é uma atividade pública administrativa de satisfação concreta de necessidades individuais ou transindividuais, materiais ou imateriais, vinculadas diretamente a

---

<sup>120</sup> MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo, *Mutações nos Serviços Públicos*. “Pode dizer-se que a actual crise do serviço público (económico) é sobretudo uma crise do serviço público subjetivo, do serviço público enquanto tarefa ou actividade económica da responsabilidade directa do Estado ou de outra entidade pública (GONÇALVES, Pedro, *Os Serviços Públicos Económicos e a Concessão no Estado Regulador*, p. 186).

<sup>121</sup> O que não leva à pressuposição de que o serviço público é uma atividade necessariamente preservada ao Estado. Exemplos como os da saúde e da educação desmentiriam tal assertiva.

<sup>122</sup> JUSTEN FILHO, Marçal, *Curso de Direito Administrativo*, p. 487-488.

um direito fundamental, destinada a pessoas indeterminadas e executada sob regime de direito público”<sup>123</sup>.

Por derradeiro, quanto à delegabilidade à iniciativa privada desses serviços, cabe ressaltar que aqueles serviços públicos denominados “impróprios” ou “virtuais” pela doutrina não são delegáveis, pois a própria Constituição prevê que o Poder Público não deterá exclusividade na sua exploração. Podem-se citar como exemplos a saúde (art. 197) e a educação (art. 205).

A partir dessas considerações, passa-se a abordar o contrato de concessão de serviço público.

### **3.3. Caracterização do contrato de concessão**

#### **3.3.1. Ressalva prévia: a indelegabilidade das funções estatais**

A atribuição da gestão de serviços públicos a particulares mediante concessão deve ter como pressuposto a delimitação dos poderes outorgados pela Administração Pública para a exploração da atividade.

Através da outorga da prestação de determinado serviço, o concessionário ingressa em situação jurídica nova e peculiar. A natureza funcional do contrato de concessão induz à funcionalização da sua própria atuação<sup>124</sup>. De um lado, o Poder Concedente mantém um núcleo de deveres-poderes, sintetizados sob a fórmula de uma responsabilidade-garantia, relacionada ao controle do serviço concedido. A responsabilidade pública traduz-se em um verdadeiro mandado de otimização, que determinará o exercício de competência fiscalizatória e a busca do instrumental adequado ao constante aperfeiçoamento da prestação, em seus aspectos técnicos e econômico-sociais.

Do outro lado está o concessionário, a quem é atribuída, conforme as peculiaridades de cada caso, certa margem de liberdade para explorar o serviço. Afinal, a concessão não se resume a um “esquema de privatização do financiamento dos custos associados ao serviço público”<sup>125</sup>; uma relativa margem de liberdade é conferida ao concessionário, concretizando a idéia de “gestão por

---

<sup>123</sup> JUSTEN FILHO, Marçal, *Curso de Direito Administrativo*, p. 478.

<sup>124</sup> JUSTEN FILHO, Marçal, *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*, p. 170.

<sup>125</sup> Expressão de GONÇALVES, Pedro, *Os Serviços Públicos Econômicos e a Concessão no Estado Regulador*, p. 250.

conta e risco”. Essa margem não é uniforme, na medida em que não há condições de ser regulamentada genericamente. Dependerá dos termos do contrato de concessão e de cada empreendimento.

Deve-se frisar que a regulamentação feita através do contrato encontra alguns limites intransponíveis. Certas funções não poderão ser outorgadas ao particular. Pode-se dizer que o particular jamais se tornará (i) *titular do serviço*, tampouco (ii) *detentor de competências de cunho coercitivo*, vinculadas ao monopólio estatal do uso da violência.

Primeiramente, a titularidade do serviço não é e nem pode ser alienada pelo Poder Concedente, na medida em que está ligada a opções (e à satisfação de valores) constitucionais fundamentais. Ainda que a Constituição não seja o espaço normativo por excelência da eleição dos serviços públicos, se determinado serviço for reputado essencial para atender necessidades fundamentais, será transferido à tutela do Estado e assumirá, então, relevância constitucional<sup>126</sup>. O contrato de concessão não constitui instrumento jurídico hábil a desfazer essa situação. Tal possibilidade estaria além das competências administrativas de outorga, circunscritas aos termos da autorização legal específica.

Aliás, a questão pode ser diretamente remetida ao art. 175 da Constituição, que prevê a responsabilidade (inderrogável por via infra-constitucional) do Estado sobre os serviços públicos. Sobre o tema, Marçal JUSTEN FILHO assevera que

“na concessão, o Estado continua a ser o titular do poder de prestação do serviço. Transfere-se a um particular uma parcela da função pública, mas o núcleo da competência permanece na titularidade do Estado. Assim, o Estado não está renunciando ao poder de prestar o serviço, nem abre mão do poder de disciplinar as condições de sua prestação<sup>127</sup>. (...)”

“a concessão de serviço público não é uma modalidade de cessão de direitos, em que o concessionário assumiria a posição reservada até então ao poder concedente. A função estatal de prestação de serviço público não pode ser transferida para um particular. O que se admite é a constituição de uma relação

---

<sup>126</sup> Não sob o aspecto formal, mas inserido como instrumento diretamente vinculado à realização dos direitos fundamentais. Quando menos, poder-se-ia invocar – com as devidas ponderações – o princípio constitucional implícito da vedação do retrocesso. A respeito, confira-se ARAGÃO, Alexandre Santos de, *Serviços Públicos e Direitos Fundamentais*.

<sup>127</sup> JUSTEN FILHO, Marçal, *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*, p. 56.

jurídica de cunho secundário, pela qual são delegadas a um terceiro as atividades de execução de alguns dos poderes-deveres inerentes a uma função estatal”<sup>128</sup>.

Assim, a relativa autonomia que o particular detém no âmbito do funcionamento e da execução do serviço encontra limite na “intransferibilidade de *decisões políticas* ou de *identificação do interesse público* na matéria, porque qualquer inovação secundária do ordenamento jurídico-administrativo está reservada ao órgão ou ente governamental competente<sup>129</sup>. Por isso, exclui-se a possibilidade de o serviço concedido ficar à mercê das regras do mercado.

O particular também não poderá dispor de poderes pertinentes ao uso da coerção. Esse é o campo da polícia administrativa, manifestação do monopólio estatal sobre o uso da violência. A temática assume relevância na medida em que a prestação de serviço público está vinculada ao exercício de certas competências estatais coativas<sup>130</sup>. Exemplo é o art. 29, VIII, da Lei 8.987, que prevê genericamente a outorga de poderes ao concessionário para promover desapropriação. Nota-se a preocupação legislativa sobre o tema no art. 4º, III, da Lei 11.079, o qual prevê vedação expressa à transferência de “atividades exclusivas do Estado” no âmbito das Parcerias Público-Privadas.

A atividade de polícia e a de serviço público distinguem-se em vários aspectos. JUSTEN FILHO<sup>131</sup>, com apoio em DEBBASCH, afirma que as referidas atividades podem ser diferenciadas pelos *fins*: a “ordem pública”, objeto da polícia administrativa, é mais restrita que os “interesses gerais” perseguidos pelos serviços públicos. Quanto aos *meios*, a polícia é caracterizada pelo uso de prescrições<sup>132</sup>, enquanto os serviços públicos pelas prestações. Por fim, os *efeitos* dessas atividades são diversos: enquanto uma (de)limita o exercício dos direitos,

---

<sup>128</sup> JUSTEN FILHO, Marçal, *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*, p. 57.

<sup>129</sup> PIMENTA OLIVEIRA, José Roberto. *Atividade Administrativa de Polícia e Penitenciária*, In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.), *Parcerias Público-Privadas*, São Paulo, Malheiros, 2005, p. 419. A lição, ainda que direcionada ao tema da polícia administrativa, parece adequada ao tema em questão.

<sup>130</sup> JUSTEN FILHO, Marçal, *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*, p. 27.

<sup>131</sup> *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*, p. 27. Ao mesmo tempo, o autor não ignora a aproximação das duas atividades a partir da perspectiva teleológica, ao considerar a ordem pública um conceito compreensível apenas à luz da noção de dignidade da pessoa humana. É “um valor a ser preservado como *meio* de promoção dos direitos fundamentais, com observância da democracia” (*Curso de Direito Administrativo*, p. 389).

<sup>132</sup> Debate-se se são prescrições apenas de natureza negativa (nesse sentido, BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de Direito Administrativo*, p. 766) ou se podem ser positivas (FIGUEIREDO, Lúcia Valle, *Curso de Direito Administrativo*, 7. ed., São Paulo, Malheiros, 2004, p. 299, e JUSTEN FILHO, Marçal, *Curso de Direito Administrativo*, p. 385, dentre outros).

a outra objetiva facilitá-lo. Porém, da mesma forma que os serviços públicos dependem de manifestações coercitivas (aproximando-se da atividade de polícia), eventualmente a polícia administrativa é manifestada por atos materiais, como socorro a vítimas de acidentes ou catástrofes.

Entende-se que, porque privativas do Estado, as competências vinculadas ao exercício da coerção são indelegáveis. O entendimento, que se impõe pelo respeito à democracia e à igualdade entre os administrados<sup>133</sup>, definirá os contornos da concessão.

Nesse âmbito não se exclui, porém, a possibilidade de delegação de atividades acessórias ou instrumentais à polícia administrativa. Fernando Vernalha GUIMARÃES alude a uma diferença qualitativa entre atividade decisória, relativa à determinação do conteúdo jurídico e político da manifestação de polícia, e atividade de mera execução, consistente em tarefas materiais, preparatórias ou decorrentes da manifestação decisória. Segundo o autor, essa diferença qualitativa constituirá critério hábil a caracterizar as atividades como delegáveis ou não. Será passível de transferência “não a autoridade decisória, mas os instrumentos de que esta se serve”<sup>134</sup>.

Pode-se visualizar uma gradação das atividades em questão considerados três níveis: o estratégico (de direção e orientação da atividade), o de funcionamento (que abrange aspectos de regulação e otimização do serviço) e o executivo (a própria execução material da prestação).

Ainda que não seja possível dimensionar *a priori* esses níveis de forma precisa, cabe frisar que jamais o particular contará com poder decisório no nível estratégico<sup>135</sup> – que é o âmbito onde se definem os interesses públicos concretos a serem perseguidos pela concessão.

Desse modo, no que tange às atividades de polícia inerentes ao serviço concedido, o particular poderá exercer certas funções, que deverão estar delimitadas e não poderão ter natureza decisória. Como já assinalou a doutrina,

---

<sup>133</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de Direito Administrativo*, p. 768. Confira-se ainda a lição de Fernando Vernalha GUIMARÃES: “Competências que expressam a *coação administrativa* são intransferíveis aos privados pela evidência de que é o Estado o único legitimado à escolha política acerca dos interesses sociais subjacentes à manifestação coativa do Poder Público”, em *Transferência de Atividades de Suporte ao Poder de Polícia*, in: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.), *Parcerias Público-Privadas*, São Paulo, Malheiros, 2005, p. 389-390.

<sup>134</sup> GUIMARÃES, Fernando Vernalha, *Transferência de Atividades de Suporte ao Poder de Polícia*, p. 391.

<sup>135</sup> GUIMARÃES, Fernando Vernalha, *Transferência de Atividades de Suporte ao Poder de Polícia*, p. 391.

“todos os ângulos sob os quais o serviço público envolver exteriorização do aludido poder de coerção envolverão competência privativa e indelegável do Estado. (...) Toda concessão de serviço público configura delegação *parcial e limitada* de algumas das competências estatais. Trata-se de atribuir ao particular o desempenho daquelas parcelas de atuação que não exteriorizam o *poder extroverso* ou o *poder de império estatal*”<sup>136</sup>.

Daí porque, no supracitado caso da desapropriação em prol da concessão, o particular não deterá competência para promover por si a desapropriação. A declaração de utilidade pública do bem, por exemplo, será privativa do Chefe do Executivo (art. 29, VIII, da Lei 8.987), na medida em que “a desapropriação traduz um juízo político fundamental, cujo exercício é reservado aos representantes do povo”<sup>137</sup>.

### **3.3.2. Características e definição da concessão de serviços públicos**

O contrato de concessão constitui uma das modalidades de gestão descentralizada de serviços públicos. Difere de institutos como os convênios públicos, a descentralização administrativa e a permissão de serviços públicos. É preciso, pois, distinguir ainda que sumariamente as figuras.

Nas diversas espécies de convênios públicos e na descentralização administrativa ocorre uma colaboração circunscrita às instâncias administrativas, que não se subsume ao art. 175 da Constituição. A prestação de serviço público por empresa pública não implica exploração indireta do serviço: permanecerá havendo intervenção econômica direta, até porque a origem dos recursos empregados continua sendo pública. José Afonso da SILVA, dentre outros, dissocia o regime jurídico dessas figuras ao apontar a não aplicabilidade das regras de reversão, encampação e de equilíbrio econômico-financeiro, típicas das concessões<sup>138</sup>.

---

<sup>136</sup> JUSTEN FILHO, Marçal, *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*, p. 28. Adiante, o autor conclui que “na medida em que se trate de simples atuação material, não compreendendo o exercício de poder extroverso, de violência física, de coação material em face de terceiros, admite-se a possibilidade de sua delegação por meio de concessão.

<sup>137</sup> JUSTEN FILHO, Marçal, *Curso de Direito Administrativo*, p. 427.

<sup>138</sup> *Curso de Direito Constitucional Positivo*, p. 783.

Na mesma linha, JUSTEN FILHO afirma que em tais casos quando muito se poderá aludir a uma “delegação imprópria”. Como aspectos distintivos das figuras, o autor aponta a ausência de prerrogativas extraordinárias e inaplicabilidade do postulado da obrigatoriedade de licitação<sup>139</sup>.

Em contraponto, portanto, só se configurará concessão de serviços públicos quando houver outorga à iniciativa privada ou a pessoa administrativa exploradora de atividade econômica (art. 173 da Constituição).

A concessão diferencia-se também da permissão de serviços públicos, de acordo com termos da Lei 8.987. O art. 2º, IV, prevê que a permissão ocorre a título precário (através de ato unilateral), enquanto que as concessões se aperfeiçoam mediante ato bilateral – contrato (art. 4º).

Contudo, e em vista de determinadas experiências concretas, cabe referir entendimento doutrinário no sentido de que a permissão pode não ser precária. Conforme o caso concreto, a Administração enfrentará limites à revogação da permissão, por imposição dos princípios da lealdade e da boa-fé administrativa. Isso se verifica conforme o nível de comprometimento do particular com o serviço. Não raro o permissionário encontra-se diante de “pesados e contínuos investimentos em equipamentos, instalações, bem como [d]o indefectível engajamento em relações trabalhistas, com os encargos sociais e tributários que lhe são correlatos<sup>140</sup>.

Acerca do tema, Lúcia Valle FIGUEIREDO chega a equiparar o regime jurídico das permissões ao das concessões, “sobretudo se alocados grandes capitais”<sup>141</sup>. No sentir da autora, o que não pode ocorrer é o prejuízo do permissionário em prol da coletividade, que configuraria quebra do princípio da isonomia.

Em interpretação conciliadora, JUSTEN FILHO diferencia as figuras em função das circunstâncias da outorga. Segundo o autor, critério determinante para caracterizar a permissão será a situação fática em que se circunscreve o vínculo, atentando-se em especial para os deveres das partes: “sempre que uma

---

<sup>139</sup> Parecer versando sobre a minuta do anteprojeto da Lei de Política Nacional de Saneamento Básico, p. 73-74.

<sup>140</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de Direito Administrativo*, p. 717.

<sup>141</sup> *Curso de Direito Administrativo*, 7. ed., São Paulo, Malheiros, p. 109-110. No mesmo sentido, BACELLAR FILHO, Romeu Felipe, *A natureza contratual das Concessões e Permissões de Serviço Público*, Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros, n. 94, abr./jun. 2000, p. 53 e ss., e Juarez FREITAS, que afirma que o art. 175 da Constituição tem o objetivo de uniformizar o tratamento dos institutos, *Estudos de Direito Administrativo*, São Paulo, Malheiros, 1996, p. 42-43.

delegação de serviço público importar um prazo mínimo de garantia para o delegatário ou impuser a ele a realização de obrigações de investimento, cuja amortização dependerá da exploração do serviço por um período mínimo de tempo, será aplicável o regime da concessão de serviço público”<sup>142</sup>.

Diante dessas diferenciações, pode-se aludir a uma concessão de serviço público quando há (i) um vínculo de natureza contratual, pelo qual (ii) delega-se a exploração (e não a titularidade) de um serviço público à iniciativa privada, (iii) com prazo determinado, (iv) ressalvados os controles administrativo e social. A concessão do serviço importará a transferência de parte dos riscos da sua exploração ao particular, que terá como contrapartida a garantia da intangibilidade do equilíbrio econômico-financeiro. A Lei 8.987 prevê outros elementos ao definir a concessão, como a realização de licitação na modalidade de concorrência e a demonstração de capacidade do particular. A rigor, porém, trata-se de requisitos de validade, e não de existência do contrato, como observa BANDEIRA DE MELLO<sup>143</sup>.

Dentre as inúmeras concepções encontradas na doutrina, adota-se a de que, sendo contrato administrativo, a concessão possui “natureza organizacional e associativa, por meio do qual a prestação de um serviço público é temporariamente delegada pelo Estado a um sujeito privado que assume seu desempenho diretamente em face dos usuários, mas sob controle estatal e da sociedade civil, mediante remuneração extraída do empreendimento, ainda que custeada parcialmente por recursos públicos”<sup>144</sup>.

### 3.3.3. Aspectos políticos

A concessão guarda inúmeros aspectos políticos subjacentes. A própria matriz legislativa da sua autorização induz a tal conclusão. Com apoio em JUSTEN FILHO, pode-se dizer que a concessão reflete o relacionamento do Estado com a sociedade e configura-se como instrumento de implementação de políticas públicas<sup>145</sup>.

---

<sup>142</sup> *Curso de Direito Administrativo*, p. 547.

<sup>143</sup> *Curso de Direito Administrativo*, p. 664.

<sup>144</sup> JUSTEN FILHO, Marçal, *Curso de Direito Administrativo*, p. 501.

<sup>145</sup> A concessão “não é, pura e simplesmente, uma manifestação da atividade administrativa contratual do Estado. Muito mais do que isso, é uma alternativa para realização de valores constitucionais fundamentais. A

Do mesmo modo, conforme o referido autor destaca, a concessão implica decisão político-econômica relacionada ao custeio do serviço e à distribuição da riqueza coletiva. A concessão de serviços públicos, especialmente em sua conformação clássica – que prevê a remuneração do concessionário majoritariamente através da via tarifária – implica a diferenciação econômica entre usuários e não-usuários. Os custos do serviço público concedido não serão, ao menos em regra, arcados pelos cofres públicos (isto é, pela comunidade em geral), mas apenas pelos usuários. Dito de outro modo, a concessão concentra os ônus econômicos da empreitada em uma fração específica da sociedade; elimina-se a captação de recursos exteriores no que tange à remuneração do serviço e, ao invés do princípio da capacidade contributiva, prevalece o princípio da utilização efetiva ou potencial<sup>146</sup>.

Do mesmo modo, ocorre uma redistribuição dos riscos com o contrato de concessão. Segundo descreve Pedro GONÇALVES, “exige-se que o terceiro assumira os riscos de exploração. Este critério de exploração é essencial para delimitar a noção de contratos públicos em geral, relativamente à noção de concessão”<sup>147</sup>. Daí a idéia de gestão “por conta e risco” pelo concessionário.

#### **3.3.4. A natureza jurídica complexa do instituto – compatibilização das competências extraordinárias do Poder Concedente com a noção de exploração “por conta e risco” do concessionário**

Em vista do regime jurídico-administrativo dos contratos administrativos e do regime jurídico especial dos serviços públicos – o qual, assume-se aqui, será sempre de direito público – é inevitável concluir que o Poder Concedente terá papel amplo (porém, limitado) na concessão, que se concretiza em um controle sobre o contrato, sobre a atividade e até sobre o contratante.

---

relevância do instituto da concessão somente pode ser apreendida quando se reconhecer a relação entre concessão de serviço público e um modelo de intervenção do Estado no domínio econômico”, *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*, p. 58.

<sup>146</sup> *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*, p. 71.

<sup>147</sup> *Os Serviços Públicos Económicos e a Concessão no Estado Regulador*. 253. Sob enfoque semelhante, é possível entender a transferência de riscos no âmbito da própria sociedade e não sobre o concessionário. JUSTEN FILHO sustenta que “antes de configurar-se risco para o concessionário, tal se verifica em relação ao conjunto de usuários. É que a prestação satisfatória dos serviços concedidos faz-se com fulcro nas tarifas cobradas. A supressão de tarifas acarreta a suspensão do serviço. O insucesso do concessionário retrata-se na ausência de serviço adequado”, *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*, p. 72. Assim, em última análise os riscos são *precificados*.

A posição jurídica do Poder Concedente traduz uma situação de poder. É bem verdade que a sua atuação está subordinada à legalidade e é, acima de tudo, funcionalizada, porque vinculada ao interesse geral. Daí se falar em “deveres-poderes” quando se fala na atuação administrativa<sup>148</sup>. No âmbito das concessões de serviços públicos, é possível afirmar que há uma relação de *controle* do Poder Público em relação ao serviço explorado e ao prestador.

Na clássica lição de COMPARATO, a palavra controle tem significado etimológico plural. Inicialmente, a palavra inicialmente guardou o sentido de “verificar, fiscalizar”, para posteriormente assumir uma pluralidade de significados, como “investigar, testar ou verificar”, ou ainda “chamar às contas, ou censurar”; “exercer um poder decisório sobre alguém, vale dizer, dominar ou regular as ações de outrem”<sup>149</sup>. E a seguir, o mestre arremata a lição, ao afirmar que

“o controle é, pois, a prerrogativa possuída pelo titular de um poder superior de impor suas decisões sobre o titular de um poder inferior. Nesse sentido, ele discrepa radicalmente da dominação direta, exercida pelo senhor, amo ou patrão sobre seus servos, dependentes ou empregados. Eis porque o controle é o poder jurídico moderno, próprio das sociedades ou organizações complexas, nas quais se manifesta necessariamente uma hierarquização de funções”<sup>150</sup>.

Em análise direcionada ao direito administrativo, MARQUES NETO sustenta a existência do controle em duas acepções técnico-jurídicas: a de fiscalização e a de comando. Ambas configuram conceitos jurídicos operacionais, instrumentais. Ou seja: a idéia de controle não é um fim em si mesmo e difere, portanto, dos “conceitos jurídicos-fim”, eis que consiste em viabilizar a realização de outros comandos normativos.

---

<sup>148</sup> A noção de dever-poder implica uma situação passiva e ativa ao titular da função administrativa, segundo anota JUSTEN FILHO. Nas palavras do autor, “a função produz subordinação *passiva* no sentido de que o sujeito tem *deveres jurídicos* a cumprir. Esses deveres ser verificam em dois níveis distintos. Por um lado, o sujeito está *obrigado* a praticar todas as condutas necessárias e adequadas para promover o atendimento do interesse a ele confiado. Por outro, está *proibido* de praticar qualquer conduta incompatível com ou desnecessária para a realização de seu encargo. (...) Mas a função também produz situação *ativa* no sentido de que, como o sujeito tem o dever de praticar as condutas necessárias e adequadas para atingir a satisfação do interesse transcendente, os demais integrantes da comunidade não podem se opor a tanto. Mais ainda, os demais integrantes da comunidade devem acatar as determinações emanadas do titular da função, relacionadas com a consecução do interesse e ele confiado”, *Curso de Direito Administrativo*, p. 50-51.

<sup>149</sup> COMPARATO, Fábio Konder, SALOMÃO FILHO, Calixto, *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, 4. ed., Rio de Janeiro, Forense, 2005, p. IX (prefácio do autor).

<sup>150</sup> COMPARATO, Fábio Konder, SALOMÃO FILHO, Calixto, *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*, p. X (prefácio do autor).

Em qualquer das acepções em que seja usada, haverá relação de supremacia entre os agentes. No controle-fiscalização, essa relação de supremacia se refere à verificação de adequabilidade de comportamento do fiscalizado. O controle-comando compõe-se da prerrogativa de ordenar, isto é, da capacidade de impor comportamentos. MARQUES NETO conclui com a idéia de que não há noção jurídica unívoca de controle: enquanto recurso operacional, terá abrangência maior ou menor conforme a finalidade da “norma-fim” a qual vise realizar<sup>151</sup>.

A noção de controle do Poder Público sobre a concessão atinge a esfera empresarial privada de forma decisiva. Até porque a regulamentação do serviço público definirá a situação jurídica do concessionário (e também a dos usuários). Por isso se fala na complexidade do instituto, na medida em que o contrato de concessão contemplará não só o regulamento do serviço público concedido, como também as formas de relacionamento entre poder concedente, concessionário e usuários<sup>152</sup>.

Como já assinalado, ao conceder a gestão de um serviço público o Poder Público transfere os riscos da empreitada à iniciativa privada. Fala-se que o concessionário arcará com a chamada álea ordinária da exploração da atividade. De acordo com a doutrina tradicional, a álea ordinária corresponde a fatos ordinários e inerentes à atividade empresarial. BANDEIRA DE MELLO<sup>153</sup> relaciona a álea ordinária com os riscos ditos inerentes à exploração empresarial do serviço. Na álea ordinária insere-se a questão da projeção de demanda dos usuários, por exemplo, que fica a cargo do concessionário. São circunstâncias que se inserem no âmbito da atividade empresarial e explicam a noção de “gestão por conta e risco” pelo co-contratante.

O que importa referir é que a atribuição de determinados riscos ao concessionário implica a outorga de certa autonomia ao co-contratante, que deverá ser respeitada pelo Poder Público ao longo do contrato. É possível afirmar, assim, que a exploração do serviço pela iniciativa privada impõe inovações na sua gestão. Sustenta JUSTEN FILHO que, “sob um certo prisma, entram em conflito o

---

<sup>151</sup> MARQUES NETO, Floriano Azevedo. *Discricionariedade e Regulação Setorial*, p. 569-604.

<sup>152</sup> JUSTEN FILHO, Marçal, *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*, p. 315.

<sup>153</sup> *Curso de Direito Administrativo*, p. 695. Em sentido similar, BLANCHET, Luiz Alberto. *Alteração dos Contratos Administrativos*. Curitiba, 1996. Tese (Doutorado em Direito) – Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná, p. 77.

interesse do concessionário em promover a maior racionalidade econômica (obter a maior lucratividade) e o interesse público de ampliar a extensão e a qualidade das prestações (com a menor tarifa possível)”<sup>154</sup>.

Em linha semelhante, Pedro GONÇALVES afirma que

“o concessionário gere e explora o serviço em seu nome e por sua conta. Os resultados da gestão exercida são agora directamente imputados ao concessionário. Através do contrato de concessão a entidade concedente transfere, pois, para outrem a responsabilidade que antes tinha. (...) E a assunção desta pelo concessionário pressupõe naturalmente a preservação ou a garantia de autonomia de gestão (ou na gestão) do serviço. Esta autonomia de gestão é assegurada pro um direito contratual – o direito à gestão do serviço concedido”<sup>155</sup>.

Todavia, a noção de gestão “por conta e risco” não é suficientemente clara no direito brasileiro. Aliás, ela resgata a própria dualidade inerente ao contrato administrativo. Nas palavras de JUSTEN FILHO,

“a configuração brasileira adotada a propósito da concessão de serviço público padece de uma tendência contraditória interna. Por um lado, determina-se que o desempenho da atividade outorgada far-se-ia por conta e ‘risco’ do particular. Por outro, restringe-se significativamente a autonomia do concessionário sobre decisões empresariais, com o resultado prático de suprimir concomitantemente sua responsabilidade por eventuais insucessos (já que o prejuízo pode ser imputado às decisões adotadas pelo poder concedente)”<sup>156</sup>.

Reconhecer a necessidade de compatibilizar esses valores potencialmente colidentes não significa relegar à iniciativa privada decisões fundamentais sobre o serviço concedido. Isso iria de encontro com o postulado da indelegabilidade de funções decisórias, conforme aludido anteriormente. É necessário, contudo, ressaltar que o uso de competências extraordinárias da Administração deve partir da premissa de que o concessionário não é mero órgão da Administração. Os poderes do Poder Concedente não são ilimitados. Caso contrário, conforme expõe

---

<sup>154</sup> *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*, p. 299.

<sup>155</sup> *Os Serviços Públicos Económicos e a Concessão no Estado Regulador*, p. 274.

<sup>156</sup> *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*, p. 95.

GONÇALVES, “então perderia sentido a distinção entre a concessão de serviços públicos, enquanto modo de gestão destes, e a gestão pública directa”<sup>157</sup>.

A partir dessa constatação, passa-se a analisar as competências extraordinárias da Administração e, especificamente, o instituto do *ius variandi* nas concessões de serviço público.

---

<sup>157</sup> *Os Serviços Públicos Económicos e a Concessão no Estado Regulador*, p. 275.

## 4. O PODER DE MODIFICAÇÃO UNILATERAL – O *IUS VARIANDI*

### 4.1. Sistematização das competências extraordinárias na concessão

As concessões contêm as mesmas competências extraordinárias dos demais contratos administrativos. Pode-se dizer que a única competência extraordinária peculiar à concessão reside na figura da intervenção. Nada obstante, é necessário enfatizar que tais poderes administrativos assumem dimensão própria nas concessões, devido à necessidade de conformação com as características do serviço público concedido<sup>158</sup>.

Essas competências configuram posições jurídicas ativas do Concedente que, se implicam um estado de sujeição genérico (mas conformado por limites definidos) do concessionário, têm como contrapartida um núcleo de direitos individuais inerentes à situação do particular contratante. Em síntese, o seu estudo é necessário para a análise (i) do relacionamento entre Poder Concedente e concessionário e (ii) da relação do Poder Público com o objeto do contrato.

Podem-se classificar essas competências administrativas extraordinárias conforme o objeto sobre o qual incidam: o próprio contrato ou o comportamento do contratante<sup>159</sup>.

As primeiras, dentre as quais se inserem o *ius variandi* e o poder de extinção unilateral do contrato, conformam o “princípio da tangibilidade do contrato administrativo”; constituem, no dizer de Pedro GONÇALVES, poderes de conteúdo determinado, pois seus contornos deverão ser previamente definidos. Já as competências que incidem sobre a conduta do concessionário são poderes de direção e de fiscalização em geral; por se referirem a inúmeras peculiaridades, afirma-se que são poderes de conteúdo indeterminado, o que não significa a ausência de controle e de limites inerentes<sup>160</sup>. Isso porque todas essas competências extraordinárias terão como pressuposto e limite de exercício os interesses públicos envolvidos.

---

<sup>158</sup> Em virtude dessas peculiaridades já se afirmou que “provavelmente dentro da categoria dos contratos de colaboração é na concessão de serviço público que os poderes de autoridade da Administração ganham maior expressão e visibilidade”, GONÇALVES, Pedro, *Os Serviços Públicos Económicos e a Concessão no Estado Regulador*, p. 264.

<sup>159</sup> GONÇALVES, Pedro, *Os Serviços Públicos Económicos e a Concessão no Estado Regulador*, p. 264.

<sup>160</sup> GONÇALVES, Pedro, *O Contrato Administrativo (Uma Instituição do Direito Administrativo do Nosso Tempo)*, p. 107.

#### 4.1.1. Competências extraordinárias sobre o contrato

Nesta primeira classe, inserimos o *ius variandi* e o poder geral de regulamentação sobre o serviço, assim como o poder de extinção unilateral da concessão.

As duas primeiras espécies são inter-relacionadas, pois têm como objeto definir o conteúdo das prestações do contrato, bem como alterá-las supervenientemente. Sobre elas, GONÇALVES aduz que representam uma intervenção imediata sobre o próprio contrato. Resta configurada “uma reserva em favor da Administração de poderes de alteração do regime do contrato, sem a necessidade de recurso à celebração de um contrato adicional”<sup>161</sup>. O presente capítulo versará especificamente sobre essas competências.

Já a extinção unilateral, afora as hipóteses de anulação do contrato, é classificável em duas espécies, de acordo com o art. 35 da Lei 8.987: a encampação, na qual o Concedente resgata o serviço por razões de interesse público e a caducidade, motivada por falta do concessionário.

A natureza da competência que determina a encampação é idêntica àquela que determinou a concessão. Assim, e em vista do caráter político inerente à figura da encampação, ela dependerá de autorização legislativa (art. 37), do mesmo modo que a concessão originariamente dependeu de autorização legal prévia e específica. Na encampação, é garantida prévia indenização do concessionário.

Já o ato de decretação de caducidade é normalmente concebido a partir de uma ótica punitiva ou sancionatória, por se fundar em hipóteses de inexecução do contrato pelo concessionário (art. 38, Lei 8.987). Nada obstante, parte da doutrina considera a caducidade como figura mais próxima aos princípios da continuidade e adequação do serviço do que de propósitos sancionatórios. É em prol do serviço público que ela se manifesta:

“a punição ao concessionário não traduz maior vantagem para o interesse coletivo. Realiza-se o interesse público, por via da caducidade, pela perspectiva da elevação da qualidade dos serviços. A gravidade das infrações praticadas pelo

---

<sup>161</sup> GONÇALVES, Pedro, *Os Serviços Públicos Económicos e a Concessão no Estado Regulador*, p. 265.

concessionário autoriza presumir que esse objetivo não será atingível sem sua substituição”<sup>162</sup>.

A caducidade ensejará regime e efeitos jurídicos diversos dos da encampação (como ausência de indenização prévia ao concessionário). Ambas as figuras, todavia, implicarão a imediata assunção do serviço pelo Poder Concedente – em cumprimento ao princípio da continuidade do serviço (§§ 2º e 3º do art. 35).

Apesar de a Lei só fazer referência à instauração de processo administrativo no caso da caducidade (art. 38, § 2º), afigura-se necessária, por imposição constitucional, a abertura do devido processo administrativo em todos os casos acima descritos, conforme adiante se procurará demonstrar a seguir, no item 4.3.2.

#### **4.1.2. Competências extraordinárias sobre o comportamento do concessionário**

As competências que incidem sobre a conduta do concessionário são basicamente as de exercício de fiscalização e controle sobre a exploração do serviço, imposição de sanções e intervenção na gestão do serviço.

Diferentemente do *ius variandi*, o denominado poder de controle do contrato não contém a possibilidade de inovar nos deveres do concessionário. Concretiza-se tão-somente no “dirigir o modo de execução das prestações”<sup>163</sup> contratuais já estabelecidas. Por não inovar o contrato, trata-se de poder mais brando, porém com maior amplitude, e encontra como principal limite a autonomia (funcionalizada) de gestão do serviço pelo concessionário<sup>164</sup>.

A fiscalização também tem horizontes amplos de atuação; conforme o texto legal, estar-lhe-ão subordinadas as instalações, os equipamentos, os métodos e as práticas de execução do serviço (art. 23, VII), bem como a administração, a

---

<sup>162</sup> *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*, p. 594.

<sup>163</sup> GONÇALVES, Pedro, *Os Serviços Públicos Económicos e a Concessão no Estado Regulador*, p. 273. De acordo com BERÇAITZ, “el poder de control y dirección abarca cuatro aspectos de la gestión del cocontratante”: material, técnico, financeiro e legal, *Teoria General de los Contratos Administrativos*, p. 368-369.

<sup>164</sup> GONÇALVES, Pedro, *Os Serviços Públicos Económicos e a Concessão no Estado Regulador*, p. 274; JUSTEN FILHO, Marçal, *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*, p. 299.

contabilidade, os recursos técnicos, econômicos e financeiros da concessionária (art. 30). A fiscalização terá múltiplas finalidades: repressiva, preventiva e também prospectiva, no sentido de servir para “fornecer ao poder concedente subsídios para aprimorar cada vez mais o modelo de prestação do serviços”<sup>165</sup>. Deverá ocorrer através de comissão composta por representantes das três partes diretamente envolvidas: Concedente, concessionário e usuários (par. ún. do art. 30). A previsão legal inclui os usuários dentro do contexto da atividade administrativa.

O poder sancionatório tem como finalidade garantir coativamente a realização dos fins contratuais<sup>166</sup>. Diferentemente de outros poderes relativos ao comportamento do concessionário, as medidas aplicáveis em caráter de sanção deverão estar previamente definidas<sup>167</sup>.

A figura da intervenção, por fim, é típica e exclusiva das concessões de serviço público. Através dela, a Administração assumirá a gestão direta do serviço temporária e excepcionalmente, desde que autorizada por decreto (art. 32). Isso ocorrerá quando se constatar risco à inadequação do serviço, em virtude de descumprimento de normas relativas à sua gestão.

Durante a intervenção, em regra todas as responsabilidades decorrentes do serviço serão atribuídas ao Concedente, sem exclusão de possível indenização ao concessionário; e apesar de a Lei 8.987 aludir a abertura de processo administrativo apenas após a decretação da intervenção, é possível defender, com apoio doutrinário, que o direito à ampla defesa do concessionário deverá ser exercido, via de regra, em processo administrativo prévio à própria decretação<sup>168</sup>.

## **4.2. Premissas teóricas do poder de modificação unilateral**

### **4.2.1. Fundamentos e concepção clássica**

---

<sup>165</sup> JUSTEN FILHO, Marçal, *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*, p. 448.

<sup>166</sup> GONÇALVES, Pedro, *Os Serviços Públicos Econômicos e a Concessão no Estado Regulador*, p. 279.

<sup>167</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de Direito Administrativo*, p. 685; JUSTEN FILHO chega a aludir a um princípio de tipicidade penal mitigada, com restrição à discricionariedade (*Concessões de Serviços Públicos e as Multas por Inadimplemento do Concessionário*, in ILC - Informativo de Licitações e Contratos, Curitiba, n. 100, jun/2002, p. 499 e ss).

<sup>168</sup> JUSTEN FILHO, Marçal, *Curso de Direito Administrativo*, p. 535.

Em uma projeção histórica, verifica-se que a teoria do *ius variandi* evoluiu com a própria figura dos contratos administrativos. Aliás, diz-se que “a teoria geral dos contratos administrativos tem seu cerne no poder unilateral de modificação contratual pela Administração Pública”<sup>169</sup>.

Com efeito, é possível identificar a proximidade da origem de ambas as figuras, em especial no que tange às concessões. Nessa linha, LAUBADÈRE cita como paradigma o aresto das *Tramways de Marseille*, no qual, em 1910, o Conselho de Estado francês declarou a existência de um poder de alteração unilateral da concessão, em prol do funcionamento do serviço de transporte de passageiros<sup>170</sup>.

Enfim, a partir das manifestações do Conselho de Estado assinala-se o surgimento de duas correntes sobre o *ius variandi*: de um lado, a “tese afirmativa”, que assume a existência de um *poder geral* de modificação dos contratos administrativos; de outro, as “teses restritivas”, que, por fundamentos diversos, buscam limitar ou negar o alcance desse poder<sup>171</sup>.

Dentre as teses restritivas, podem-se enumerar as de JÈZE, BÉNOIT e L’HUIILLIER.

As duas primeiras visam a limitar a “generalidade” reconhecida por parte da doutrina a tal poder. Para JÈZE, o poder de modificação unilateral não seria geral ou inerente aos contratos administrativos; seu fundamento estaria fora do contrato, no exercício do poder regulamentar pertinente à organização dos serviços públicos. Por isso, só haveria *ius variandi* nas concessões de serviço público e no contrato de obras públicas<sup>172</sup>. Segundo a ótica restritiva de JÈZE, seria “inexato afirmar que o contrato de concessão pode ser modificado pela Administração. Não é o contrato que é modificado, mas a organização do serviço”<sup>173</sup>.

---

<sup>169</sup> GUIMARÃES, Fernando Vernalha, *Alteração Unilateral do Contrato Administrativo*, p. 111.

<sup>170</sup> LAUBADÈRE, André de, *Do poder da Administração para impor unilateralmente alterações nas cláusulas dos contratos administrativos*, Revista de Direito Administrativo n. 37, São Paulo, FGV, jul./set. 1954, p. 45 e ss.. É certo que houve precedentes anteriores, como os da necessidade de modificar/rescindir os contratos de iluminação pública a gás em face da possibilidade superveniente de exploração de energia elétrica, conforme observa ATHAYDE, Augusto de, *Poderes Unilaterais da Administração sobre o Contrato Administrativo*, Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, 1981, p. 13-15.

<sup>171</sup> Confirma-se GUIMARÃES, Fernando Vernalha, *Alteração Unilateral do Contrato Administrativo*, p. 113 e seguintes.

<sup>172</sup> LAUBADÈRE, *Do poder da Administração para impor unilateralmente alterações nas cláusulas dos contratos administrativos*, p. 49-50.

<sup>173</sup> GUIMARÃES, Fernando Vernalha, *Alteração Unilateral do Contrato Administrativo*, p. 117.

De acordo com BÉNOIT, o aresto das *Tramways de Marseille* enunciou não um “poder de modificação unilateral genérico”, mas apenas a sujeição do contrato a um poder de polícia. Tão-somente em circunstâncias estritas seria possível falar de *ius variandi*, no tocante a alguns contratos cujo objeto não pudesse ser minuciosamente previsto<sup>174</sup>.

Já a posição de L’HUIILLIER nega o poder de modificação unilateral. Conforme destaca LAUBADÈRE, de acordo com essa “tese negativa”, só haverá poder de modificação unilateral caso expressamente previsto no contrato, em respeito ao *pacta sunt servanda*; excepcionalmente, poderia o *ius variandi* ser encarado como “cláusula implícita”, desde que consagrado em casos reiterados pela *praxis* administrativa<sup>175</sup>.

Fato é que a doutrina que admitiu o *ius variandi* como poder geral acabou por prevalecer. Com apoio em LAUBADÈRE, pode-se enunciar que essa competência tem natureza de ordem pública, irrenunciável pela Administração, e existe independentemente de estipulação contratual. Sua incidência independe da vontade das partes e vincula-se apenas à realização do interesse público. O que o contrato poderá prever é a forma de seu exercício, bem como limites e conseqüências pecuniárias<sup>176</sup>.

Tais considerações remetem à conclusão de que o *ius variandi* não é mera faculdade, mas sim competência vinculada da Administração diante da ocorrência de determinados pressupostos<sup>177</sup>. Apesar da usual denominação “ius”, o poder modificatório não tem natureza jurídica de direito, eis que “é poder público, cuja natureza impõe conseqüências definidas: irrenunciabilidade, funcionalidade e imperatividade. Sua descendência está no fundamento de autotutela administrativa; não decorre do plano contratual”<sup>178</sup>. Tal como qualquer

---

<sup>174</sup> GUIMARÃES, Fernando Vernalha, *Alteração Unilateral do Contrato Administrativo*, p. 118.

<sup>175</sup> LAUBADÈRE, *Do poder da Administração para impor unilateralmente alterações nas cláusulas dos contratos administrativos*, p. 51.

<sup>176</sup> *Do poder da Administração para impor unilateralmente alterações nas cláusulas dos contratos administrativos*, p. 48.

<sup>177</sup> Por isso fala-se que “outorga-se tal possibilidade à Administração, não como prerrogativa, mas como dever” FIGUEIREDO, Lúcia Valle, *Curso de Direito Administrativo*, 514.

<sup>178</sup> GUIMARÃES, Fernando Vernalha, *Alteração Unilateral do Contrato Administrativo*, p. 122-123. Em outra obra, o autor ainda afirma que o contrato não pode ser fonte, originária ou suplementar, de competência regulamentar, *Uma Releitura do Poder de Modificação Unilateral dos Contratos Administrativos (Ius Variandi) no âmbito das Concessões de Serviços Públicos*, p. 15. As mesmas críticas podem ser endereçadas à usual denominação “cláusulas exorbitantes”, na medida em que essas competências transcendem previsões contratuais e a própria relação.

competência administrativa, caracteriza-se então como um dever-poder inafastável.

É essa competência, vinculada aos fins públicos, que explica a noção de prevalência do fim sobre o objeto no contrato administrativo, conforme retratam ENTERRÍA e FERNÁNDEZ – “a imutabilidade do contrato não é uma imutabilidade de conteúdo, senão de fim”<sup>179</sup>.

#### **4.2.2. Diferenciação do *ius variandi* de outras competências com efeitos modificativos indiretos ou reflexos**

Há que se considerar que nem todas as modificações contratuais, ainda que derivadas da esfera administrativa, decorrerão do exercício do *ius variandi*. Com apoio em BREWER-CARÍAS, podemos dizer que

“cuando se habla de las modificaciones unilaterales al contrato administrativo, no se incluyen todas las medidas dictadas por autoridades públicas susceptibles de repercutir y entrañar câmbios em la situación del co-contratante. Em efecto, en la doctrina se ha hecho distinción respecto a las diversas modificaciones indirectas que puedan resultar para la situación de los contratantes provenientes de múltiples medidas legislativas, reglamentarias o individuales susceptibles de ser pronunciadas por el poder público. Estas intervenciones, sean cuales fueren sus repercusiones sobre los contratos administrativos, no devem ser indiferentemente enmarcadas dentro del ejercicio del poder de modificación unilateral”<sup>180</sup>.

Assim, inicialmente cabe afastar a possibilidade de o poder de direção do serviço ser utilizado como via de alteração unilateral do contrato. Nesse sentido pronuncia-se Pedro GONÇALVES, para quem este poder consiste no “dirigir o modo de execução das prestações”<sup>181</sup>. É o poder de impor ao concessionário o *cumprimento* das obrigações assumidas no contrato. Ainda que possa ter por objeto a concretização ou densificação de obrigações ou, “desde que contratualmente previsto, envolver o poder de orientar a actuação do concessionário, através de directivas, de instruções ou de fixação de

---

<sup>179</sup> *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1991, p. 653.

<sup>180</sup> BREWER-CARÍAS, Allan R., *Contratos Administrativos*, Caracas, Editorial Jurídica Venezolana, 1992, p. 171-172.

<sup>181</sup> *Os Serviços Públicos Económicos e a Concessão no Estado Regulador*, p. 273.

objectivos”<sup>182</sup>, não poderá constituir imposição de novos deveres ao concessionário.

Logo, é vedado à Administração, com o fundamento de “dirigir o modo de execução das prestações”, alterar obrigações contratuais, sob pena de desvio de poder<sup>183</sup>.

Já o fato do príncipe, independente da concepção que se adote<sup>184</sup>, pode ser diferenciado do exercício da competência modificatória por configurar ato não relacionado diretamente com o contrato, ainda que sobre ele repercute provocando modificações de forma reflexa. Na lição de GUIMARÃES, “é geralmente medida de ordem geral e que apenas indiretamente repercute alterações no seio do contrato. Por isso, qualifica-se como um mero *fato jurídico* (em relação aos efeitos produzidos no contrato)”<sup>185</sup>.

Diferentemente do fato do príncipe, que consiste em medida de caráter geral, o *ius variandi* tem por objeto uma relação contratual específica. A competência modificatória guarda como finalidade estrita a alteração do contrato, ao mesmo tempo em que possibilita a reorganização contratual ou “atualização sistemática do contrato”<sup>186</sup>.

Essa distinção assume relevância prática, conforme destaca Fernando Vernalha GUIMARÃES. É que o tratamento jurídico da responsabilidade administrativa diante das modificações será distinto: no caso dos efeitos derivados do *ius variandi*, haverá responsabilidade contratual da Administração; no caso dos

---

<sup>182</sup> GONÇALVES, Pedro, *Os Serviços Públicos Económicos e a Concessão no Estado Regulador*. 276.

<sup>183</sup> Nesse sentido, confira-se JUSTEN FILHO, Marçal, *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*, p. 445.

<sup>184</sup> Conforme reporta Lúcia Valle FIGUEIREDO, “enquanto alguns se referem a esta figura conceitual como relativa a fatos provocados pela Administração Pública, qualquer que esta seja, com repercussões no contrato, outros entendem que o *fato do príncipe* diz respeito somente a atos administrativos (*lato sensu*) da mesma autoridade contratante no exercício de outra competência, e não daquela diretamente referida ao contrato”, *Curso de Direito Administrativo*, p. 527-528.

<sup>185</sup> GUIMARÃES, Fernando Vernalha, *Alteração Unilateral do Contrato Administrativo*, p. 131.

<sup>186</sup> GUIMARÃES, Fernando Vernalha, *Alteração Unilateral do Contrato Administrativo*, p. 131. Segundo Fernando ANDRADE DE OLIVEIRA, distinguir fato de príncipe do *ius variandi* é necessário “por questão de método e mesmo porque, historicamente, a aplicação de tal poder tem sido objeto de tratamento distinto, com especial atenção à natureza contratual das relações jurídicas em causa, daí, nesse contexto, as suas limitações e a regulação bem definida de seus efeitos. Confirma Francis-Paul Benoit que somente caracterizam o fato do príncipe, em matéria de contratos administrativos, os atos jurídicos e operações materiais que repercutam nesses contratos, se praticados pelas pessoas públicas contratantes, porém não a esse título”, *Contratos Administrativos e Suas Alterações*, in *Direito Administrativo na Década de 90*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997, p. 178-179.

efeitos decorrentes do fato do príncipe, haverá responsabilidade extracontratual<sup>187</sup>.

#### 4.2.3. Objeto do poder de alteração unilateral do contrato e sua operacionalização

Se por um lado reconhece-se que o *ius variandi* constitui competência geral, inerente à própria situação jurídica da Administração Pública contratante, por outro é de se reconhecer que a incidência desse poder não é uniforme.

Tal característica é apreendida por DALLARI, que explica que o *ius variandi* tem abrangência variável. Será tanto mais relevante quanto os aspectos contratuais, tais como a complexidade do objeto e a duração do contrato, exigirem. Portanto, o exercício da competência modificatória deverá sempre se adequar às peculiaridades de cada contrato, a ponto de assumir em alguns contratos importância central<sup>188</sup>.

É o que ocorre no âmbito das concessões de serviço público, diante dos largos prazos contratuais e da constante regulamentação do serviço concedido (motivada pela sua mutabilidade inerente). Aliás, embora a Lei 8.987 não faça referência direta ao *ius variandi*, a importância da atualização da gestão do serviço é tão grande que a própria Administração deverá, já nos estudos que procedam a publicação do edital de licitação, antever as “alterações e expansões a serem realizadas no futuro, para garantir a continuidade da prestação do serviço” (art. 18, VII, Lei 8.987)<sup>189</sup>.

A abrangência do poder de alteração unilateral, por sua vez, remete à já aludida divisão entre as cláusulas regulamentares e econômicas<sup>190</sup>.

---

<sup>187</sup> GUIMARÃES, Fernando Vernalha, *Alteração Unilateral do Contrato Administrativo*, p. 131. Lição semelhante é extraível das considerações de FIGUEIREDO, Lúcia Vale, *Curso de Direito Administrativo*, p. 528.

<sup>188</sup> *Alterações dos Contratos Administrativos – Economicidade, Razoabilidade e Eficiência*, p. 18.

<sup>189</sup> O “vínculo inafastável entre a concessão de serviço público e a satisfação de necessidades coletivas essenciais conduz à necessidade de permanente adequação da atividade desenvolvida pelo concessionário à obtenção da melhor alternativa para realização dos interesses em jogo. Isso respalda a concepção de que a mutabilidade da concessão não pode ser enfrentada com os mesmos critérios atinentes àquela consagrada a propósito dos demais contratos administrativos”, JUSTEN FILHO, Marçal, *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*, p. 75-76.

<sup>190</sup> Em sentido contrário, Augusto de ATHAYDE defende que qualquer cláusula constante do contrato será modificável, desde que resguardados o equilíbrio econômico-financeiro do particular e o direito à indenização, *Poderes Unilaterais da Administração sobre o Contrato Administrativo*, p. 80-81.

Segundo GUIMARÃES, o próprio direito positivo brasileiro delimitou a incidência do *ius variandi* às cláusulas regulamentares, conforme o art. 65 da Lei 8.666. Assim, o referido autor exclui o exercício do *ius variandi* sobre as cláusulas econômicas, mas antes de tudo vincula a competência a circunstâncias objetivas que se relacionem diretamente com o interesse público<sup>191</sup>. O autor refere à distinção entre “Administração-parte” do contrato e “Administração-gestora” do interesse geral. Seguindo seu raciocínio,

“só a segunda terá a possibilidade jurídica de instabilizar a avença, eis que o faz sob o patrocínio do interesse de outrem. Enquanto parte no contrato, exercendo seu próprio interesse (interesse secundário), não se outorga à Administração a possibilidade de modificação do contrato. Age o ente público, nessa hipótese, como se particular fosse”<sup>192</sup>.

A rigor, a idéia de limitar as modificações aos aspectos regulamentares do contrato advém do próprio fundamento do *ius variandi*, consistente na persecução instrumental do fim público: a noção de alteração unilateral do contrato é legitimada apenas e tão-somente pela necessidade de assegurar a regularidade e continuidade do serviço público através da incessante adaptação às necessidades do bem-comum<sup>193</sup>.

Importa destacar que restringir a abrangência do *ius variandi* às cláusulas regulamentares não significa dizer que cláusulas de teor econômico, fundamentais na economia do contrato, não podem ser alvo de alteração unilateral. Algumas matérias, como a política tarifária, não têm sua condição regulamentar afetada por sua natureza econômica. Nesse sentido é a clara lição de BANDEIRA DE MELLO<sup>194</sup>.

Desenvolvendo a questão, verifica-se inclusive a relatividade da distinção entre cláusulas mutáveis e imutáveis segundo a vinculação dessas cláusulas com a economia do contrato, na medida em que a alteração de cláusulas

---

<sup>191</sup> “Não são passíveis, por isso, de ser conduzíveis aos pressupostos prescritos pelo Direito Brasileiro os aspectos de mera pactuação subjetiva, desinteressada da tutela administrativa, tais como aspectos procedimentais, de regulamentação de formas de pagamento, de imposição de penalidades, de fixação da tipologia contratual – entre outros”, *Alteração Unilateral do Contrato Administrativo*, p. 145. Em sentido similar, JUSTEN FILHO, Marçal, *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, p. 541.

<sup>192</sup> *Alteração Unilateral do Contrato Administrativo*, p. 126.

<sup>193</sup> BREWER-CARIAS, Allan R., *Contratos Administrativos*, p. 176.

<sup>194</sup> *Curso de Direito Administrativo*, p. 690.

regulamentares impõe, em regra de forma inexorável, a alteração de cláusulas econômicas para garantir o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Daí porque, sem contradizer a limitação da incidência do *ius variandi* às condições objetivas/regulamentares do contrato, a doutrina diferencia a imutabilidade da equação econômico-financeira da mutabilidade das cláusulas econômicas:

“as cláusulas econômicas são mutáveis, porquanto devem, em face de modificação unilateral da avença, recompensar os prejuízos ou as vantagens que possam existir para as partes. Imutável é a equação econômico-financeira do contrato. Há, de outro lado, determinadas cláusulas regulamentares que se afiguram imutáveis, não podendo a Administração desnaturar certas nuances do objeto contratual. Vale, neste particular, consulta à crítica de Péquignot, para quem aspectos regulamentares e contratuais podem existir em cada um dos tipos de cláusulas: ‘Une même clause, mise em demeure, par exemple, est considérée tantôt comme contractuelle, tantôt comme un acte-condition’<sup>195</sup>.”

Em vista dessas considerações, o *ius variandi* terá como foco a alteração das cláusulas regulamentares do contrato. É este o objeto imediato e principal do poder de modificação. Contudo, a realização de alteração unilateral não poderá ignorar a necessidade de adequar a decisão modificadora às condições gerais da contratação. Essa adequação ou reengenharia contratual constitui o objeto mediato e acessório do *ius variandi*, “traduzido na produção das compensações/adequações relativas”<sup>196</sup>.

O objeto mediato, que na verdade é consequência do exercício do *ius variandi*, incluirá alterações acessórias com vistas a restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, por exemplo. Assim, “no que toca ao objeto acessório do *ius variandi*, (...) a Administração contará com um espaço decisório mais restrito. Neste propósito a função da Administração cinge-se a graduar, sob um critério objetivo de proporcionalidade, a extensão dos efeitos das modificações regulamentares, nas condições subjetivas e objetivas do contrato, produzindo as

---

<sup>195</sup> GUIMARÃES, Fernando Vernalha, *Alteração Unilateral do Contrato Administrativo*, p. 77.

<sup>196</sup> GUIMARÃES, Fernando Vernalha, *Alteração Unilateral do Contrato Administrativo*, p. 144.

compensações devidas (...) sempre atendidos a estreita proporcionalidade e o princípio do menor ônus ao co-contratante”<sup>197</sup>.

Portanto, embora circunscrito a algumas matérias, o exercício da competência do *ius variandi* terá repercussão geral no contrato, inclusive na esfera de direitos do particular contratante. Em vista dessas conseqüências, haverá limites e condições ao seu exercício, como se expõe a seguir.

### **4.3. Pressupostos do exercício do poder de modificação unilateral**

#### **4.3.1. Pressupostos materiais: a ocorrência de fato superveniente e a identificação dos interesses públicos concretos**

A análise dos pressupostos materiais de exercício do *ius variandi* será feita a partir do reconhecimento da necessidade de haver *fato imprevisto* ou *imprevisível* que altere as circunstâncias contratuais originais.

Os fatos imprevistos ou imprevisíveis podem ser inseridos no conceito de “sujeições imprevistas”, proposto por BANDEIRA DE MELLO. As sujeições imprevistas pressupõem a existência de dificuldades materiais “insuspeitadas”, supervenientes, que dificultam ou oneram a execução do contrato. Tais dificuldades, de acordo com a lição propugnada, poderiam até ser preexistentes, caso em que ou seriam desconhecidas, ou teria havido erro em sua projeção ou na comunicação ao co-contratante<sup>198</sup>.

De forma semelhante, GUIMARÃES visualiza duas causas materiais ensejadoras do exercício do *ius variandi*. A primeira é a ocorrência de fato inédito, que altere as circunstâncias contratuais, enquanto a segunda é a constatação de erros no projeto ou na formulação das condições contratuais. Ambas as hipóteses – frisa o jurista – têm em comum a noção de imprevisibilidade, seja pela novidade do fato, seja, no caso do erro, pela ignorância das circunstâncias reais à época da contratação<sup>199</sup>.

---

<sup>197</sup> GUIMARÃES, Fernando Vernalha, *Alteração Unilateral do Contrato Administrativo*, p. 147.

<sup>198</sup> BANDEIRA DE MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, p. 587.

<sup>199</sup> GUIMARÃES, Fernando Vernalha, *Alteração Unilateral do Contrato Administrativo*, p. 165. BLANCHET (em *Alteração dos Contratos Administrativos*) ressalta que os pressupostos materiais constituirão motivos vinculantes do *ius variandi*, assim como a materialidade dos motivos será plenamente passível de apreciação judicial.

Conforme aponta parte da doutrina, a imprevisibilidade dos fatos enquanto motivo condicionante para o *ius variandi* tende a afastar até a possibilidade de ofensa ao princípio da isonomia. Conforme refere MARQUES NETO,

“sendo as alterações decorrentes de fatores supervenientes – fatos novos, imperativos técnicos, verificação de erros no projeto ou coisa que o valha –, não se coloca a questão da isonomia simplesmente porque estes fatores, porquanto não previstos ou previstos em medidas equivocadas, afetariam a todo e qualquer particular que estivesse na condição de contratado. Não há – como seria no caso do aumento de objeto – uma margem de subjetividade para a Administração”<sup>200</sup>

Outrossim, é tradicional a lição no sentido de que, no âmbito contratual, a discricionariedade administrativa é exaurida no momento de conclusão da avença, de modo que “a Administração, após realizar a contratação, não pode impor alteração da avença mercê da simples invocação da sua competência discricionária”<sup>201</sup>. Esse engessamento relativo da Administração deriva da própria força vinculante do instituto do contrato. Ora, não havendo possibilidade de novos juízos de oportunidade e conveniência sobre o objeto contratado, apenas modificações supervenientes à situação contratual original constituirão fundamento suficiente para alterações unilaterais do contrato administrativo<sup>202</sup>.

A imprevisibilidade assim posta, em contraposição à atuação discricionária da Administração, pressupõe uma atuação administrativa vinculada. Daí porque se afirma que “o *ius variandi* há de estar condicionado à verificação de situações

---

<sup>200</sup> MARQUES NETO, Floriano Peixoto Azevedo, *Contrato Administrativo: superveniência de fatores técnicos dificultadores da execução da obra: inaplicabilidade dos limites de 25% de acréscimos*, Revista de Direito Administrativo Aplicado, ano 4, jan./mar. 97, n. 12, Curitiba, Genesis, p. 70 e ss.

<sup>201</sup> JUSTEN FILHO, Marçal, *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, p. 538. Exemplo similar deste raciocínio encontra-se presente no art. 49 da Lei 8.666, que vincula a competência revocatória da licitação a “fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta”.

<sup>202</sup> Segundo BLANCHET, “há alguma discricionariedade na oportunidade de elaboração do instrumento convocatório, mas nunca na alteração”, *Alteração dos Contratos Administrativos*, p. 47; BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de Direito Administrativo*, p. 587; BREWER-CARIÁS, *Contrato Administrativo*, p. 175; FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio e MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque, Separação estrutural entre serviços de telefonia e limites ao poder das agências para alteração de contratos de concessão, Revista de Direito Público da Economia n. 8, 2004; em contraposição, Augusto ATHAYDE defende que “o fundamento do requisito *imprevisibilidade* não é de admitir para a administração”, de modo que poderia haver, na ótica do autor, uso discricionário do *ius variandi*, p. 57.

novas, inéditas e imprevisíveis ao tempo da celebração contratual, que provoquem a instabilização na relação jurídica”<sup>203</sup>.

A Administração deverá, portanto, verificar o vínculo de pertinência das novas circunstâncias fáticas ou de direito com os fins públicos perseguidos pelo contrato. Constatado esse vínculo, caberá analisar se essas novas circunstâncias constituem motivo suficiente e necessário para modificar a estrutura contratual.

Quanto à primeira causa material da competência modificatória (os fatos supervenientes), admite-se que tenham origem tanto em atividades estatais (inclusive administrativas) não relacionadas diretamente ao contrato, quanto no amplo universo de circunstâncias fáticas que venham a se relacionar com o objeto contratual. É possível visualizar, como exemplo, não só circunstâncias técnicas ou econômicas, como também a própria rejeição dos usuários a determinados aspectos do serviço público como motivo idôneo a motivar o *ius variandi*<sup>204</sup>.

A outra causa material de exercício do *ius variandi* é a figura do erro administrativo<sup>205</sup>. Embora se pudesse reputar que o erro ensejaria de plano o acionamento da competência anulatória, é de se considerar que a invalidação não será necessariamente a via mais adequada de atuação administrativa. Segundo os princípios da eficiência e da proporcionalidade, o exercício do *ius variandi* poderá configurar a alternativa mais viável nos casos de apuração de erro. Desde que respeitados os limites inerentes à alteração unilateral, se esta via for eficaz para eliminar o erro, deverá então prevalecer<sup>206</sup>.

---

<sup>203</sup> GUIMARÃES, Fernando Vernalha, *Alteração Unilateral do Contrato Administrativo*, p. 169: “a imprevisibilidade dessas ocorrências é o que retira da esfera administrativa o domínio acerca da conveniência de se produzir unilateralmente modificações contratuais”. Em sentido contrário, admitindo um novo juízo discricionário, veja-se GONÇALVES, Pedro, *Os Serviços Públicos Econômicos e a Concessão no Estado Regulador*, p. 271.

<sup>204</sup> GUIMARÃES, *Uma Releitura do Poder de Modificação Unilateral dos Contratos Administrativos nas Concessões de Serviços Públicos*, p. 23. O que não exclui a ponderação sobre as fortes variações que a opinião pública sofre, de modo que é razoável privilegiar, ainda que não necessariamente de forma absoluta, os canais institucionais de participação social, que deverão estar previamente regulamentados para permitir a adequada participação e fiscalização do usuário sobre os serviços públicos.

<sup>205</sup> Como afirmam ENTERRÍA e FERNANDEZ, “as exigências do interesse público, o serviço à comunidade, não podem ficar comprometidos pelo erro inicial da Administração contratante ou por uma mudança nas circunstâncias originariamente tidas em conta no momento de contratar. O interesse geral deve prevalecer em todo caso e em quaisquer circunstâncias, porque, de outro modo, seria a própria comunidade a que haveria de padecer as conseqüências”, *Curso de Direito Administrativo*, p. 649. Ademais, no direito brasileiro Fernando Vernalha GUIMARÃES defende a adoção do erro como pressuposto do *ius variandi* a partir da Lei 8.666, que admite seja formulado o projeto executivo do objeto do contrato concomitantemente à sua execução (art. 7º, § 1º). Segundo o autor, “ao assim dispor, a norma há de ter admitido a possibilidade de retificações de erros que porventura acometam o projeto básico (sob pena de sugerir a possibilidade de imperfeição do projeto executivo ante o engessamento das informações veiculadas no projeto básico)”, *Alteração Unilateral do Contrato Administrativo*, p. 179-180.

<sup>206</sup> GUIMARÃES, *Alteração Unilateral do Contrato Administrativo*, p. 170 e ss.

Destaque-se a ressalva de que “os erros, para configurarem pressupostos ao poder modificativo, deverão ser *objetivamente aferíveis*, sob pena de recondução a um juízo de apreciação discricionária”<sup>207</sup>.

Enfim, mesmo defendendo a ausência de discricionariedade na atividade administrativa voltada ao exercício do *ius variandi*, é possível admitir, ao menos estritamente, certa margem de liberdade na qualificação dos pressupostos materiais do *ius variandi*<sup>208</sup>.

No âmbito das concessões de serviço público em especial, o interesse público está identificado com a noção de *serviço adequado*. Essa noção é correntemente referida pela doutrina como conceito jurídico indeterminado<sup>209</sup>.

Surge, então, o problema concreto de a Administração avaliar (i) a pertinência e suficiência dos fatos reputados imprevisíveis<sup>210</sup> e (ii) proceder à alteração contratual tendo em vista a finalidade do serviço adequado.

Não se ignora que, em vários momentos do processo de formação da decisão modificatória, surgirão diversos espaços de interpretação, em especial quanto à qualificação dos pressupostos fáticos e da adequação do exercício da competência à luz da noção de serviço adequado. Admitindo-se que há certa margem de liberdade diante de um conceito jurídico indeterminado, será possível aludir à possibilidade de a noção de serviço público adequado comportar várias soluções jurídicas igualmente válidas.

É certo que a finalidade pública – no caso, o serviço adequado – vincula o administrador; porém, admite-se, de acordo com o raciocínio de BANDEIRA DE MELLO, que exista discricionariedade nas diretrizes finalísticas inscritas na norma<sup>211</sup>. Aliás, defende-se não apenas a existência de escolhas na definição do interesse público concreto, mas também que essa definição deverá partir de

---

<sup>207</sup> GUIMARÃES, *Alteração Unilateral do Contrato Administrativo*, p. 181.

<sup>208</sup> GUIMARÃES, *Alteração Unilateral do Contrato Administrativo*, p. 182.

<sup>209</sup> JUSTEN FILHO, *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*, p. 302-303.

<sup>210</sup> “Não se trata de admitir a existência de margem de livre apreciação na escolha do motivo (do ato concreto) alocado na previsão da norma. A existência dos pressupostos é objetiva e põe-se pela verificação de ocorrências imprevisas relativas ao objeto do contrato administrativo. Logo, não há exercício discricionário quanto ao *momento* da prática do ato de modificação. A possibilidade de livre ação (discricionária) advirá, de forma residual, da tarefa de qualificação jurídica dos pressupostos. Portanto, se é certo que sua *existência* (dos pressupostos substanciais) acha-se fora do domínio da ação administrativa, sua *qualificação* como situação subsumível à hipótese normativa, embora orientada normativamente, produzirá residualmente alguma latitude de ação, dentro da qual o administrador utilizará de um exercício livre, não vinculado”, GUIMARÃES, Fernando Vernalha, *Alteração Unilateral do Contrato Administrativo*, p. 183.

<sup>211</sup> BANDEIRA DE MELLO, *Discricionariedade e Controle Jurisdicional*, 2. ed., p. 92, apud GUIMARÃES, Fernando Vernalha, *Alteração Unilateral do Contrato Administrativo*, p. 184.

pressupostos de participação social (e transparência administrativa), de modo que a decisão administrativa será hígida antes pela sua legitimidade democrática e pela correção procedimental do agir administrativo, do que pela invocação da lição abstrata de que não há “discricionariedade sobre os fins públicos, sempre vinculantes”<sup>212</sup>.

Em síntese, a persecução do interesse público através da competência de alteração unilateral da concessão deverá ser permeada pelos “atributos de *relevância e pertinência/adequação* que devem relacionar os fatos (pressupostos) e o conteúdo do comando que se produzirá (conteúdo do ato de modificação)”<sup>213</sup>. Sob um juízo de proporcionalidade, será possível antever, dentro da noção de serviço adequado, quais características deverão ser privilegiadas no caso concreto<sup>214</sup>.

#### **4.3.2. Pressupostos formais: o devido processo legal e a participação do concessionário e da sociedade na formação da decisão administrativa**

Na medida em que as modificações unilaterais do contrato de concessão tendem a incidir sobre a posição jurídica de concessionário e usuários, impõe-se como necessária a procedimentalização da formação da decisão administrativa<sup>215</sup>.

Na realidade, assiste-se a uma tendência proclamada pela doutrina como procedimentalização da atividade administrativa. Nesse contexto, a função administrativa tem a sua competência decisória fragmentada e marcada por uma seqüência predeterminada de atos. Através do processo, supera-se a concentração decisória, típica do ato jurídico unilateral clássico, e se oportuniza a (prévia) manifestação dos potenciais interessados na decisão<sup>216</sup>.

---

<sup>212</sup> MARQUES NETO, Floriano Peixoto de Azevedo, *Regulação Estatal e Interesses Públicos*, p. 206.

<sup>213</sup> GUIMARÃES, Fernando Vernalha, *Alteração Unilateral do Contrato Administrativo*, p. 192.

<sup>214</sup> DI PIETRO defende a necessidade de realização de um projeto básico, nos moldes do art. 6º, IX, da Lei 8.666, para que nele esteja identificada a projeção e amplitude das alterações, bem como as repercussões econômicas e o modo de recompor a equação econômico-financeira, *Concessão de Serviço Público. Alteração Contratual. Necessidade de Projeto Básico*, p. 324-325.

<sup>215</sup> “Quando a decisão afetar interesse privado, a regra é a ausência de competência para a Administração atuar de ofício. A decisão e o procedimento que a antecederá dependerão de manifestação de vontade do interessado”, JUSTEN FILHO, *Curso de Direito Administrativo*, p. 240. A doutrina, ademais, chega a caracterizar o procedimento como inerente ao exercício de qualquer função administrativa, ainda que se revista em alguns casos de formalidades extremamente singelas (FIGUEIREDO, Lúcia Valle, *Curso de Direito Administrativo*, p. 425).

<sup>216</sup> JUSTEN FILHO, *Curso de Direito Administrativo*, p. 215-216.

A procedimentalização orienta-se a múltiplos objetivos: “controle do poder, realização da democracia, aumento da eficiência da atividade administrativa e redução dos encargos do Poder Judiciário [na medida em que o processo reduzir a litigiosidade no âmbito administrativo]”<sup>217</sup>. Busca-se, enfim, superar o “monolitismo da Administração”<sup>218</sup>, consistente no monopólio material sobre o processo decisório administrativo.

Daí porque a doutrina enfatiza a importância de, na elaboração do contrato de concessão, haver previsão detalhada do conjunto de regras de modificação do contrato. Através dessa medida, não apenas se estabelecem premissas relativamente consensuais sobre a forma de exercício do *ius variandi* como são reduzidos os riscos e os custos de transação<sup>219</sup>.

A legislação em geral faz referência ao processo administrativo apenas em circunstâncias específicas e excepcionais (veja-se o exemplo da Lei de Concessões, que prevê abertura de processo administrativo para o exercício de apenas algumas das competências do Poder Concedente do art. 29). De qualquer forma, o fundamento da utilização do processo administrativo é constitucional (art. 5º, LIV e LV; § 1º) e encontra sustentação genérica na lei do processo administrativo (Lei 9.784), que prevê a utilização do processo como “meio de proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração” (art. 1º).

Reconhecida a necessidade de a atividade decisória da Administração ser submetida a um processo próprio, importa qualificar esse processo administrativo com a noção de *devido processo legal*, que é aquele processo “possível e útil”, conforme refere Egon Bockmann MOREIRA<sup>220</sup>. O processo é “devido” na medida em que deve refletir a adequação e o respeito da conduta administrativa aos princípios processuais e ao objeto do procedimento. O processo é “legal” porque, enquanto concretização da atividade administrativa, está submetido à legalidade e não poderá suprimir direitos processuais<sup>221</sup>.

---

<sup>217</sup> JUSTEN FILHO, *Curso de Direito Administrativo*, p. 216.

<sup>218</sup> BACELLAR FILHO, *Processo Administrativo Disciplinar*, p. 66. A partir dessa consideração, pode-se inferir que “a concepção de procedimentalização do *ius variandi* insere-se numa ordem de ‘contratualização’ de atos públicos que atinjam direitos do particular” (GUIMARÃES, Fernando Vernalha, *Alteração Unilateral do Contrato Administrativo*, p. 19).

<sup>219</sup> PEREZ, Marcos Augusto, *O Risco no Contrato de Concessão de Serviço Público*, Belo Horizonte, Fórum, 2006, p. 176.

<sup>220</sup> MOREIRA, Egon Bockmann, *Processo Administrativo*, 2. ed., São Paulo, Malheiros, 2003, p. 261.

<sup>221</sup> MOREIRA, Egon Bockmann, *Processo Administrativo*, p. 261-266.

A noção de devido processo legal remete à idéia de adequação do procedimento às circunstâncias e às competências administrativas exercidas. Por isso, exige-se seja o procedimento adequado “quer em face do objectivo tido em vista com a modificação do contrato – o interesse público concretamente em causa –, quer em face do concessionário”<sup>222</sup>. Por isso, questões relativamente mais simples não exigirão estrutura procedimental tão complexa quanto outras que envolvam, por exemplo, maior número de interessados ou um conjunto de fatos e circunstâncias que requeiram aprofundamento.

Em regra, o procedimento terá três fases principais<sup>223</sup>: (a) a etapa inicial ou preparatória, consiste na prática de atos de instauração (note-se que não apenas a Administração, qualquer cidadão pode praticar atos tendentes à abertura do processo); (b) a instrutória, na qual se agregam ao processo informações e pontos de vista dos diversos sujeitos relacionados ao contrato e, por fim, (c) uma fase de conclusão, na qual será exarada a decisão administrativa, devidamente motivada conforme os elementos que tenham integrado o processo (conforme o art. 93, X, da Constituição Federal, aplicável por analogia).

Essas fases devem ser motivadas pelos fins fiscalizatório (transparência da atividade administrativa), de garantia da ampla defesa e do contraditório<sup>224</sup> e de otimização da atuação administrativa<sup>225</sup>.

Para concretizar o escopo fiscalizatório, o processo haverá de atentar para questões como a publicidade dos atos praticados, que deverão ser acessíveis à toda a comunidade e, em especial, aos diretamente interessados.

O escopo de contraditório e ampla defesa representa a possibilidade de participação dos administrados no processo decisório. Reputa-se indispensável assegurar o “direito à participação ativa e vedação à atuação unilateral de uma das partes”<sup>226</sup>. Conferir a possibilidade de manifestação às partes quando já há decisão administrativa previamente definida resulta em mera aparência de

---

<sup>222</sup> GONÇALVES, Pedro, *Os Serviços Públicos Econômicos e a Concessão no Estado Regulador*, p. 268. JUSTEN FILHO ressalta que “à medida que a decisão for apta a gerar efeitos relevantes, aumenta a necessidade de um procedimento mais complexo”, *Curso de Direito Administrativo*, p. 240.

<sup>223</sup> GUIMARÃES, *Alteração Unilateral do Contrato Administrativo*, p. 206.

<sup>224</sup> Apesar de haver doutrina que repete ser apenas “conveniente e aconselhável” notificar previamente o contratado ao exercício do *ius variandi* (SANTOS, Márcia Walkiria Batista dos, *Contrato. Alteração Unilateral. Princípio do Contraditório*, p. 317 a 319), o STJ já decidiu, em matéria de alteração unilateral de concessão de serviço público, que só poderá haver alteração “com observância do devido processo legal, assegurada ampla defesa” (RMS 2539/TO, Min. Rel. Helio Mosimann, 2ª T., DJU 10.10.94, p. 27138).

<sup>225</sup> GUIMARÃES, *Alteração Unilateral do Contrato Administrativo*, p. 206-207.

<sup>226</sup> JUSTEN FILHO, Marçal, *Curso de Direito Administrativo*, p. 237.

garantia do contraditório. Até porque o processo seria mera forma de publicização de decisão já tomada. Então, o contraditório deverá ser resguardado permitindo o acesso de todas partes aos atos processuais, bem como através da ampla possibilidade de manifestação prévia.

Por fim, e vinculada à idéia de contraditório<sup>227</sup>, está a função de otimização da atividade administrativa. O procedimento é tornado desdobramento do dever de boa administração, pois potencializa o acesso a informações pertinentes àquela decisão de alterar ou não o contrato. Coloca-se em prática, com a atividade procedimental, o princípio da eficiência, na medida em que o administrador tem o dever de buscar o maior número de informações para compor a decisão final.

É usual falar-se na assimetria de informações que há entre o concessionário e o Poder Concedente, principalmente quanto aos aspectos técnicos da gestão do serviço. Através do processo, o concessionário apresentará estudos e dados na defesa de seus interesses, que permitam à Administração ponderar mais aspectos da execução do contrato. Por outro lado, a participação social, em particular dos usuários (art. 37, § 3º da Constituição) se faz imperiosa na mesma medida. É que o objetivo final do *ius variandi* é manter a adequação do serviço e essa adequação será aferida pela satisfação da comunidade. É através da aceitação social que a concessão terá sucesso, não apenas financeiro (de demanda), mas de realização das necessidades fundamentais a que se presta. Com esse intuito inserem-se com papel fundamental as audiências públicas, cada vez mais usadas no âmbito dos serviços públicos<sup>228</sup>.

Note-se, ademais, a incidência dos princípios gerais da atividade administrativa no processo. Nesse sentido, BACELLAR FILHO refere o exemplo do princípio da impessoalidade, tanto no seu sentido positivo (instituidor de um conjunto de regras que confira objetividade e racionalidade ao procedimento) quanto no sentido negativo (consistente em mecanismos para invalidar os atos processuais praticados com “vício de pessoalidade”).

---

<sup>227</sup> Afinal, como destaca BACELLAR FILHO, o princípio do contraditório implica a idéia de colaboração entre as partes (*Princípios Constitucionais do Processo Administrativo Disciplinar*, São Paulo, Max Limonad, 1998, p. 345).

<sup>228</sup> Nesse sentido, confira-se a atuação de agências reguladoras como a Anatel. Em seu *site*, [www.anatel.gov.br](http://www.anatel.gov.br), a agência disponibiliza datas de “chamamentos públicos” e informações sobre as audiências públicas realizadas.

Digno de menção também é o princípio da moralidade, que juridiciza a ética na ação administrativa e incorpora ao processo as noções de boa-fé e de lealdade processual, conforme anota BACELLAR FILHO. Segundo o referido jurista, tais valores concretizam-se no processo em prazos adequados para manifestação das diversas partes envolvidas, em vedação às provas ilícitas e até em condenações processuais por litigância de má-fé<sup>229</sup>.

Seguindo o raciocínio, podem-se conjugar os valores éticos da moralidade com os da impessoalidade para afirmar a existência de um princípio da imparcialidade do julgador administrativo, ainda que com conformação diversa da encontrada no âmbito judicial. Esse princípio concretiza-se (i) na necessidade de não ignorar os interesses privados envolvidos<sup>230</sup> e (ii) na vedação de prejulgamentos ou inclinações por critérios pessoais ou vinculados ao chamado “interesse público secundário”<sup>231</sup>. A decisão deve ser resultado lógico do procedimento como um todo e a possibilidade de controle desses aspectos da atuação administrativa será a motivação da decisão final.

Da mesma forma, o princípio da eficiência, inscrito em valores como a celeridade, simplicidade e efetividade, não pode ser visto como derogador de normas, mas deverá ser colocado em pauta sempre como facilitador da participação do particular envolvido<sup>232</sup>.

O procedimento administrativo, em síntese, caracteriza premissa fundamental da atuação do *ius variandi*; aqueles pressupostos materiais acima aludidos deverão se subordinar ao amplo exame e à manifestação dos interessados. A oportunidade formal do procedimento, portanto, é requisito de validade do exercício da competência de modificação unilateral do contrato.

#### **4.4. Limites ao exercício do poder de modificação unilateral**

##### **4.4.1. Competência administrativa e reserva legal**

---

<sup>229</sup> *Princípios Constitucionais do Processo Administrativo Disciplinar*, p. 178.

<sup>230</sup> JUSTEN FILHO, Marçal, *Curso de Direito Administrativo*, p. 238.

<sup>231</sup> MOREIRA, Egon Bockmann, *Processo Administrativo*, p. 107 e ss.

<sup>232</sup> MOREIRA, Egon Bockmann, *Processo Administrativo*, 261 e ss. No mesmo sentido, CANOTILHO afirma que “o princípio da eficiência da administração ergue-se a princípio constitutivo do princípio da legalidade desde que isso não signifique preterição das dimensões garantísticas básicas de um Estado de direito”, CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, Almedina, 2003, p. 733.

A competência de exercício do *ius variandi*, tal como qualquer competência administrativa, é instituída e limitada pela via legal.

Conforme refere a doutrina, a reserva legal constitui limite à competência modificatória<sup>233</sup>. Ademais, o exercício do *ius variandi* com propósito de regulamentação do serviço público também reflete a sua subordinação à legalidade, pois “no domínio da *realização e efetivação dos direitos fundamentais* (...) qualquer realização, efetivação e concretização dos direitos fundamentais tem uma dimensão legal”<sup>234</sup>. CANOTILHO alude a um “princípio da reserva de lei para concretização dos direitos fundamentais”, que vincula diretamente a regulamentação sobre o serviço público.

A subordinação do *ius variandi* à reserva legal pode ser vista a partir de uma relação de *não-contradição* e de *conformação* da competência com a previsão legal, de modo que o exercício *ius variandi* não poderá contrariar e tampouco inovar em face da legalidade que lhe serve de fundamento<sup>235</sup>.

Portanto, considera-se incompatível com o direito brasileiro, particularmente no âmbito das concessões de serviço público, a noção teórica de “relação de sujeição especial”, para afirmar a existência de relações jurídicas peculiares entre Administração e particular que admitam a possibilidade de inovação do regime jurídico pela Administração Pública<sup>236</sup>. Por mais detalhada e complexa que seja a competência regulamentar administrativa, prevalecerá a reserva de lei como fundamento imediato para a atividade administrativa.

---

<sup>233</sup> “A competência de alteração unilateral, enquanto exercício de poder da Administração sobre o oco-contratante, constitui matéria de reserva legal, derivando o seu regulamento unicamente a partir do texto legal”, do que decorre a inaptidão do contrato para estabelecer as bases de tal competência, GUIMARÃES, *Alteração Unilateral do Contrato Administrativo*, p. 14-15); ainda, BREWER-CARÍAS, *Contrato Administrativo*, p. 176 e BERÇAITZ, *Teoria General de los Contratos Administrativos*, p. 401.

<sup>234</sup> *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 731.

<sup>235</sup> GUIMARÃES, *Alteração Unilateral do Contrato Administrativo* p. 148- 49: “entende-se pelo princípio da *precedência de lei* que os atos do poder público não devem ofender as normas legais impostas, bastando, para tanto, uma relação de não-contradição entre a ação administrativa e a prescrição legal (...) já o princípio da *conformação*, diversamente, prescreve para a ação administrativa a necessária correspondência entre a previsão normativa e o conteúdo do ato. Para além de uma mera não contradição, (...) a ação administrativa deve estar positivamente orientada segundo uma previsão normativa específica, não bastando uma limitação negativa a esse exercício”.

<sup>236</sup> JUSTEN FILHO, Marçal, *Curso de Direito Administrativo*, p. 152.

#### 4.4.2. Princípio da inalterabilidade do objeto contratual

Esse postulado determina que o *ius variandi* não poderá subverter a substância do objeto contratado. O princípio tem dois fundamentos principais: em primeiro lugar, e em respeito ao próprio vínculo contratual, há a garantia dos direitos do concessionário, que não se pode ver obrigado a realizar objeto diverso daquele pelo qual se vinculou originalmente. E há, também, a garantia de preservação das condições de licitação durante a execução do contrato, que transcende a esfera subjetiva do co-contratante.

Cabe referir que o princípio da inalterabilidade do objeto acaba por refletir a utilidade do próprio contrato a ser alterado: se se constata a necessidade de alterar o objeto contratado em sua essência, haverá fortes indícios de que a manutenção do contrato, enquanto instrumento de persecução do interesse geral, já não se revela adequada<sup>237</sup>.

Especial enfoque é dado ao princípio da inalterabilidade do objeto por Marçal JUSTEN FILHO, que assinala ser ele decorrência do princípio da obrigatoriedade da licitação<sup>238</sup>; logo, será ele um dos critérios para definir, nos casos concretos, o equilíbrio entre o princípio da mutabilidade dos contratos administrativos e o da vinculação às condições originais da licitação.

Tal ponderação, contudo, não é absoluta, em virtude de não haver critérios nítidos de definição do que vem a ser a desnaturação do objeto. Daí a referência de BERÇAITZ a um “*standard* de razoabilidade” para aferir a inalterabilidade do objeto<sup>239</sup>.

Exemplo significativo, mencionado por GUIMARÃES, é o da implantação de tecnologia nova no âmbito contratual: segundo o autor, não poderá haver

---

<sup>237</sup> Conforme referiu GUIMARÃES em *Alteração Unilateral do Contrato Administrativo*, com apoio em Horgué BAENA, “a transformação radical do objeto do contrato desnatura o fundamento do *ius variandi*, que é a *adaptação* do objeto do contrato às necessidades de interesse público. ‘A substituição do objeto primitivo por outro distinto revela a inoperância do fim perseguido no contrato inicial, e não a presença de uma necessidade de adaptação a este fim, que é o fundamento singular desta figura’ (*ius variandi*)”, p. 253.

<sup>238</sup> *Curso de Direito Administrativo*, p. 444. “Independente da teoria que se adotar a propósito da natureza jurídica da concessão, afigura-se incontroverso que as condições originais determinam certas relações inalteráveis entre as partes, aí incluída a Sociedade. Como exposto, isso significa que a modelagem original da concessão reflete uma concepção de cunho regulatório atinente não apenas ao serviço público mas também à intervenção da iniciativa privada. (...)”, *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*, p. 300-301.

<sup>239</sup> *Alteração Unilateral do Contrato Administrativo*, p. 401. Augusto de ATHAYDE noticia que “quanto à concessão de serviços públicos, tem sido aceite não poder a administração impor alterações que levem a um novo processo de exploração do serviço”, invocando a lição de Marcello CAETANO no sentido de existir limites dessa ordem ao dever de atualização do serviço, *Podereis Unilaterais da Administração Sobre o Contrato Administrativo*, p. 76.

alteração da concepção técnica de fundo, de sorte que as atualizações tecnológicas deverão ser acessórias ao núcleo da prestação contratual<sup>240</sup>.

Por fim, caberá à Administração, ainda, atentar para as possibilidades de exequibilidade do contrato, conforme referido a seguir.

#### **4.4.3. Preservação das condições de exequibilidade do objeto**

Esse limite já era enunciado no direito francês, como informa LAUBADÈRE<sup>241</sup>. Há limites de razoabilidade no que tange à mudança das condições contratuais originais ligados não apenas a circunstâncias objetivas, como o objeto avençado: o poder de modificação unilateral encontra-se igualmente vinculado às possibilidades técnicas e econômicas do particular contratante.

O fundamento desse limite reside na boa-fé administrativa. Sua imposição é justificada por dois aspectos, segundo GUIMARÃES:

*“pela ótica subjetiva, admitindo-se que o co-contratante não poderá ter seus direitos mutilados pelo poder administrativo, podendo recusar a medida quando não detiver condições de execução (pela demonstração objetiva de transgressão de suas condições subjetivas de capacitação); e pela ótica objetiva – a Administração tem um dever de zelar pela boa execução do contrato, de modo que não poderá conceber alteração contratual de tal envergadura que ponha em risco a execução do contrato ante a insuficiência de capacitação técnica ou financeira de seu executor. Ainda sob o aspecto objetivo, decorre da norma a tutela a princípios da licitação (como a isonomia)”<sup>242</sup>.*

De acordo com o autor, o exame das condições de exequibilidade do contrato deverá atentar para as circunstâncias atuais de execução do contrato e para o exame feito, por ocasião da licitação, da capacitação do contratante.

---

<sup>240</sup> Assim, não se afigura razoável supor a possibilidade teórica de modificar um contrato de telefonia fixa (cuja estrutura compõe-se de rede essencialmente física) a partir da implantação de tecnologia *wi-fi* (*wireless fidelity*, de transmissão de dados através de redes sem fio), ainda que mantidas as condições econômicas de outorga e para servir os mesmos usuários. A solução, porém, sempre deverá ser remetida ao caso concreto, principalmente no âmbito das concessões, que envolvem uma pluralidade de questões técnicas subjacentes ao contrato.

<sup>241</sup> *Do poder da Administração para impor unilateralmente alterações nas cláusulas dos contratos administrativos*, p. 49.

<sup>242</sup> *Alteração Unilateral do Contrato Administrativo*, p. 257.

Fatores como a capacidade de contrair financiamentos, a capacidade operativa gerencial e a capacidade profissional do contratante serão determinantes; por outro lado, a possível alteração do contrato também deverá levar em conta o cronograma da execução e a possibilidade de acesso a fornecedores, dentre outros aspectos<sup>243</sup>.

Sob a ótica do concessionário, há que se referir que as alterações unilaterais configuram verdadeiro risco à empreitada. Assim, alude-se ao risco de projeto, “muito significativo no contexto das concessões, pois o sobrecusto eventualmente gerado pelas correções supervenientes do projeto de engenharia pode comprometer ou, até mesmo, inviabilizar o equilíbrio econômico-financeiro da concessão<sup>244</sup>.

Por esses motivos que BREWER-CARÍAS sustenta que haverá direito à indenização pelo particular em caso de desrespeito a essas condições de exeqüibilidade<sup>245</sup>. A indenização, porém, terá bases mais amplas, na medida em que as alterações de cronograma e da economia do contrato prejudicarem o concessionário para além dos termos do equilíbrio econômico original<sup>246</sup>.

Por fim, o aspecto objetivo da proteção das condições de exeqüibilidade do contrato deve ser realçado. Afinal, não se trata de preocupação apenas com as circunstâncias particulares do concessionário. Ainda que esses fatores constituam fundamento bastante para limitar a ação administrativa, verifica-se que o *ius variandi* não pode inviabilizar a execução do contrato pelo princípio da eficiência administrativa.

Inviabilizar o contrato iria de encontro com o princípio da continuidade do serviço público. Por outro lado, iria igualmente contra o princípio da economicidade: não só seria cabível indenização ao concessionário como a Administração seria duplamente onerada, com a exploração direta do serviço ou com a promoção de nova contratação. Ademais, a substituição do concessionário

---

<sup>243</sup> *Alteração Unilateral do Contrato Administrativo*, p. 258-259.

<sup>244</sup> PEREZ, Marcos Augusto, *O Risco no Contrato de Concessão de Serviço Público*, p. 158.

<sup>245</sup> *Contratos Administrativos*, p. 181-182: “um contratista que há aceptado efectuar um trabajo de mediana importância puede que no disponga de los médios necesarios para concluir uma obra que se há convertido mucho más extensa por lãs ordenes de la Admnistración. Em estos casos es poço eqüitativo rehusar una indemnización por el tiempo perdido, por los gastos efectuados para los nuevos trabajos, así como por la privación del beneficio que había calculado en relación a um contrato poço o menos importante”

<sup>246</sup> GUIMARÃES, Fernando Vernalha, *Alteração Unilateral do Contrato Administrativo*, p. 296 e ss.

conduz a problemas operacionais por vezes incontornáveis, como o da sucessão de responsabilidade técnica sobre o serviço<sup>247</sup>.

#### **4.5. Regime legal no direito brasileiro**

##### **4.5.1. Análise das regras da Lei 8.666/93**

O art. 65 da Lei 8.666 dispõe sobre as alterações unilaterais dos contratos regidos por aquela lei, dividindo-as em alterações de caráter quantitativo e qualitativo.

As alterações quantitativas podem ser entendidas como relativas à variação na dimensão do objeto. Conforme explica a doutrina, essas alterações “não visam a acréscimos e supressões que, ainda que havidos no seio do contrato, sejam produzidos em decorrência de alterações qualitativas; perseguem *imediatamente* a variação da dimensão do objeto contratual”<sup>248</sup>.

Já as alterações qualitativas subsumem-se à hipótese da alínea ‘a’ do inc. I do art. 65, que prevê modificação do projeto para melhor adequação técnica. Registra-se que a alteração qualitativa poderá ter como causa ou a otimização técnica da execução, através de mudanças da tecnologia ou da metodologia aplicada, ou a necessidade de promover adequações diante de obstáculos que se ponham diante da execução do objeto.

Sob o título de alterações qualitativas, podem ocorrer alterações quantitativas referentes não à dimensão do contrato, mas aos bens e serviços necessários para cumprir o objeto em sua dimensão original (ex.: constatação de que será necessária uma quantidade maior de insumos para a realização de uma obra cujas dimensões, nada obstante, permanecem inalteradas). É a distinção entre *escopo* e objeto do *contrato*<sup>249</sup>.

Discute-se se os limites impostos pelo § 1º do art. 65 às alterações quantitativas são aplicáveis às alterações qualitativas. De acordo com a maior

---

<sup>247</sup> MARQUES NETO, Floriano Peixoto Azevedo, *Contrato Administrativo: superveniência de fatores técnicos dificultadores da execução da obra: inaplicabilidade dos limites de 25% de acréscimos*, Revista de Direito Administrativo Aplicado, ano 4, jan./mar. 97, n. 12, Curitiba, Genesis, p. 82-83.

<sup>248</sup> GUIMARÃES, Fernando Vernalha, *Alteração Unilateral do Contrato Administrativo*, p. 314.

<sup>249</sup> GUIMARÃES, Fernando Vernalha, *Alteração Unilateral do Contrato Administrativo*, p. 272.

parte da doutrina<sup>250</sup>, tais limites teriam aplicabilidade restrita às alterações quantitativas. Isso porque, conforme destaca GUIMARÃES, “não há um critério único e apriorizado capaz de atribuir exata co-relação (de proporcionalidade) entre o valor do contrato e as alterações na qualidade do objeto, tal como existe para as hipóteses de alterações quantitativas”<sup>251</sup>.

Por fim, verifica-se que a lei condicionou o exercício do *ius variandi* à concomitante recomposição do equilíbrio econômico-financeiro (art. 65, § 6º), bem como autorizou a indenização do contratante para além do equilíbrio, em caso de danos comprovados (art. 65, § 4º, da Lei 8.666).

#### **4.5.2. Da aplicabilidade (ou não) dos limites à alteração unilateral quantitativa da Lei 8.666/93 às concessões de serviço público**

Conforme já se aduziu, o *ius variandi* não se manifesta da mesma forma em todas as contratações administrativas. Nas concessões de serviço público, ele assume características peculiares e fundamentais – que poderiam ser reputadas centrais, diante do princípio da mutabilidade do serviço. Deve-se considerar a lição de TÁCITO sobre o tema, segundo a qual o poder de modificação unilateral terá feição conformada à legislação e aos regulamentos próprios do objeto contratado, bem como às finalidades do serviço explorado<sup>252</sup>.

Por outro lado, via de regra nas concessões de serviço público não se encontra a preocupação orçamentária presente nas contratações regidas pela Lei 8.666, nas quais os recursos financeiros derivam dos cofres públicos.

Em vista dessas duas constatações, não parece ser possível aplicar os limites inscritos na Lei 8.666 para alteração unilateral do contrato às concessões de serviço público. Um dos problemas centrais de visualização de limites quantitativos às alterações de natureza qualitativa reside na dificuldade de estabelecer parâmetros de quantidade nesses casos:

---

<sup>250</sup> Vejam-se DALLARI, *Alterações dos Contratos Administrativos – Economicidade, Razoabilidade e Eficiência*, BANDEIRA DE MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, JUSTEN FILHO, *Curso de Direito Administrativo* e GUIMARÃES, Fernando Vernalha, *Alteração Unilateral do Contrato Administrativo*. Este último aponta que autores como Carlos Ari SUNDFELD, Sérgio FERRAZ e Lúcia Valle FIGUEIREDO entendem aplicáveis as limitações quantitativas às alterações qualitativas (p. 275-276).

<sup>251</sup> GUIMARÃES, Fernando Vernalha, *Alteração Unilateral do Contrato Administrativo*, p. 283.

<sup>252</sup> *O Equilíbrio Financeiro na Concessão de Serviço Público*, Revista de Direito Administrativo n. 64, São Paulo, FGV, 1961 p. 7.

“A fixação dos limites previstos nos aludidos dispositivos reflete uma grande preocupação com o controle dos dispêndios estatais. (...)

Ora, esse tipo de preocupação não existe no âmbito da concessão, eis que não há transferência de recursos públicos para o concessionário. Não há necessidade de estabelecer alguma forma de limitação ao desembolso estatal derivado de alterações contratuais”<sup>253</sup>.

Em sentido contrário, DI PIETRO propugnava anteriormente que, em vista da omissão da Lei 8.975, seria possível aplicar subsidiariamente o art. 65 da Lei 8.666 às concessões<sup>254</sup>. Todavia, a ilustre autora reviu seu entendimento<sup>255</sup>, em parte amparando-se no posicionamento acima transcrito de JUSTEN FILHO. O seu novo raciocínio parte de duas observações.

A primeira decorre de interpretação literal, no sentido de que a referência genérica do art. 65 da Lei 8.666 apenas a “contratos regidos por este Lei” e a alusão, em seu § 1º, a “obras, serviços ou compras” exclui não só a aplicação da regra aos demais contratos administrativos, como também exclui a noção de “serviço público” como objeto modificável segundo os critérios ali descritos.

A segunda observação de DI PIETRO apóia-se na constatação, feita por JUSTEN FILHO, acerca das dificuldades em se cogitar de um *valor contratual* para contratos de concessão, sobre o qual pudessem incidir porcentagens que permitissem visualizar parâmetros objetivos de limitação quantitativa.

Enfim, a autora afirma que, se a concessão for precedida de obra pública, será possível dissociar os regimes jurídicos atinentes ao *ius variandi*, no que se refere à obra a ser construída e ao serviço posteriormente explorado. Desse modo, seria aplicável integralmente o regime do art. 65 da Lei 8.666 apenas para a obra a ser realizada<sup>256</sup>.

A respeito especificamente da regra inscrita na Lei 8.666 sobre alterações quantitativas, Fernando Vernalha GUIMARÃES afirma que a sua aplicabilidade não incluirá contratos cujo “critério de aferição das variações quantitativas não se

---

<sup>253</sup> JUSTEN FILHO, Marçal, *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*, p. 444.

<sup>254</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia, *Parcerias na Administração Pública*. São Paulo: Atlas, 1999, p. 77. Assume-se que essa é a posição adotada também por BITTENCOURT, Marcus Vinicius Corrêa, *Deveres-Poderes de Controle e Fiscalização do Concedentes de Serviço Público*, p. 128.

<sup>255</sup> *Concessões de Serviço Público. Limite para as Alterações Contratuais*, in *Temas Polêmicos Sobre Licitações e Contratos*, 5. ed., São Paulo, Malheiros, 2001, p. 353 e seguintes.

<sup>256</sup> Sobre o tema, é de se indagar se a vinculação posterior com a prestação do serviço poderá impossibilitar a aplicação dos limites quantitativos do art. 65, no que tange às reformas e eventuais ampliações de que a obra necessite.

concilie com a natureza do objeto, como no caso das concessões de serviços públicos”<sup>257</sup>.

Ou seja, pode-se compreender que o principal problema de aplicar essas limitações quantitativas reside na sua incompatibilidade com o objeto da concessão – a gestão do serviço público –, que não se identifica com os parâmetros encontrados em um contrato de construção de obra pública, por exemplo.

Assim, o *ius variandi* no âmbito das concessões terá como limites os parâmetros acima descritos de inalterabilidade do objeto contratual (em respeito ao princípio da licitação) e de preservação das condições de exequibilidade do contrato.

O aspecto principiológico desses limites reclama ponderação adequada, à luz da proporcionalidade. Nas concessões, a tendência será privilegiar o princípio da continuidade do serviço. É assim que se manifesta a doutrina que já tratou do tema:

”o cotejo entre os princípios conduz à convicção de que a obrigatoriedade da licitação apresenta relevância menos extensa do que a supremacia do interesse público. A utilidade da licitação não pode acarretar a inutilidade da concessão”, de modo que “deve produzir-se a alteração necessária a assegurar a maior adequação possível do serviços públicos objeto da concessão, ainda que isso importe alteração significativa das condições contempladas na licitação”<sup>258</sup>.

Logo, devido às peculiaridades do objeto da concessão, verifica-se que o *ius variandi* terá conformação particular, não harmonizável com os limites dispostos no art. 65 da Lei 8.666. Tais limites não incidem, porém as alterações unilaterais dos contratos de concessão serão submetidas aos princípios acima mencionados, como o da inalterabilidade do objeto contratual.

---

<sup>257</sup> *Alteração Unilateral do Contrato Administrativo*, p. 285.

<sup>258</sup> JUSTEN FILHO, Marçal, *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*, p. 445.

## 5. A PERSPECTIVA ECONÔMICA E A INTANGIBILIDADE DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO

### 5.1. O princípio do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos e a Lei 8.987/95

A existência de competências extraordinárias a favor da Administração induz à existência de uma proteção econômica reforçada ao particular contratante. A questão remete à já aludida composição da “lógica dual de interesses” que preside as contratações administrativas: de um lado, a persecução do interesse público; do outro, a busca do retorno econômico legítimo do particular, conforme previsto na sua proposta e aperfeiçoado com a formalização do contrato. É com esse propósito, de não admitir que o uso de competências extraordinárias atinja o direito do particular, que surge a noção de igualdade entre encargos e remuneração do contratante, consubstanciada na idéia de equilíbrio econômico-financeiro do contrato<sup>259</sup>.

Floriano Azevedo MARQUES NETO afirma que o princípio da intangibilidade do equilíbrio econômico-financeiro constituiu-se em princípio geral do direito entre nós<sup>260</sup>. No direito brasileiro, a noção de equação econômico-financeira abrange todos os aspectos econômicos do contrato<sup>261</sup> e pode ser conceituada como “a relação entre encargos e vantagens assumidas pelas partes do contrato administrativo, estabelecida por ocasião da contratação, e que deverá ser preservada ao longo da execução do contrato”<sup>262</sup>. Daí falar-se que “a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro é um princípio regulador do contrato administrativo. Não é nem direito nem dever de cada parte, mas uma característica do contrato”<sup>263</sup>.

---

<sup>259</sup> Nas palavras de Caio TÁCITO, “a regra da equação financeira, ‘segundo a qual os encargos do concessionário se devem compensar pelas vantagens’, não é senão o outro prato da balança em que se coloca o privilégio do Estado de reformar as cláusulas regulamentares, mutáveis ‘toda vez que o interesse coletivo o exigir, porque têm por escopo a adequação do serviço às necessidades do público em geral’” (p. 6, RDA 64).

<sup>260</sup> *Equilíbrio Econômico-Financeiro em Contrato de Concessão*, p. 4.

<sup>261</sup> JUSTEN FILHO, Marçal, *Curso de Direito Administrativo*, p. 293.

<sup>262</sup> JUSTEN FILHO, Marçal, *Curso de Direito Administrativo*, p. 293. Lúcia Valle FIGUEIREDO observa que a equação começa a ser delineada a partir da apresentação da proposta e “atinge sua eficácia com a homologação da licitação e, posteriormente, com a conseqüente assinatura do contrato” (*Curso de Direito Administrativo*, p. 95). Esse entendimento, conforme a própria autora frisa posteriormente, conduz a aceitar a possibilidade de haver recomposição do equilíbrio econômico-financeiro antes mesmo do início da execução do contrato (p. 96-97).

<sup>263</sup> JUSTEN FILHO, Marçal, *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*, p. 391.

O regime dos contratos administrativos em geral impõe que o respeito à equação econômico-financeira tem caráter cogente, obrigatório às partes. Pode-se dizer até que transcende a esfera dos direitos particulares do contratante, para assumir aspecto objetivo mais intenso, descendente do interesse público subjacente à contratação<sup>264</sup>. Isso ocorre em virtude de inúmeros fundamentos.

Na lição de BANDEIRA DE MELLO, a intangibilidade do equilíbrio tem como base no dever de boa-fé de ambos os contratantes. Ao Poder Público é vedado ignorar a esfera patrimonial do particular – “não lhe assiste, por intuits meramente patrimoniais, subtrair densidade ou o verdadeiro alcance do equilíbrio econômico-financeiro”<sup>265</sup>. Da mesma forma, não cabe ao particular buscar proveitos econômicos adicionais ou excedentes da relação de equilíbrio original.

Além disso, Marçal JUSTEN FILHO<sup>266</sup> enumera outras razões que impõem a garantia econômica ao particular. Segundo o autor, primeiramente a intangibilidade da equação econômico-financeira decorre do princípio da eficácia administrativa. É que, à luz da noção dos custos de transação, a existência de garantia concreta e sólida por parte da Administração tende à redução dos preços das propostas dos particulares<sup>267</sup>.

Outrossim, a intangibilidade da equação revela-se cogente em virtude do princípio da isonomia, ou da igualdade na imposição dos encargos sociais. Não é concebível que a relação administrativa imponha ônus econômicos desproporcionais em detrimento do contratante particular e em benefício da comunidade. A partir do mesmo fundamento, não cabe ao contratado auferir benefícios para além do equilíbrio inicialmente acordado.

O princípio também encontra razão de ser no respeito à propriedade privada. O contrato não pode ser via de apropriação indevida, pela Administração ou pela sociedade, de resultados econômicos que caberiam ao concessionário, sob risco de haver enriquecimento sem causa<sup>268</sup>.

---

<sup>264</sup> GUIMARÃES, Fernando Vernalha, *Alteração Unilateral do Contrato Administrativo*, p. 261.

<sup>265</sup> JUSTEN FILHO, Marçal, *Curso de Direito Administrativo*, p. 607.

<sup>266</sup> *Curso de Direito Administrativo*, p. 294 e ss.

<sup>267</sup> Com apoio em Magalhães COLAÇO, TÁCITO afirma uma “dupla razão de ordem jurídica e política”: “não lesar direitos individuais, como o da propriedade, e de não afugentar os contratantes, temerosos dos danos resultantes da intervenção do Estado (*O Equilíbrio Financeiro na Concessão de Serviço Público*, RDA 64, p. 6).

<sup>268</sup> “Se assim fosse, estaríamos diante de outros atos administrativos - desapropriações, requisições administrativas, etc. - os quais, em algumas hipóteses motivadas, são até cabíveis, mas que não são admitidos sob o manto legal da relação contratual, bilateral por essência”, MARQUES NETO, Floriano Peixoto Azevedo, p. .

Por fim, pode-se aludir ainda ao fundamento da eficácia contratual: nesse sentido, GUIMARÃES assinala que o princípio é baseado

“na realização, viabilização e continuidade do interesse público perseguido pela via do contrato; se se desmonta a relação contratual, corre-se o risco de se ver atingido, prejudicado e interrompido o interesse público perseguido; de resto, fica ameaçada a eficácia contratual. É nesse sentido que se afirma que o equilíbrio contratual nos contratos administrativos assume rigidez mais acentuada do que nos contratos privados, quando a ruína do co-contratante pode comprometer ‘a necessária continuidade da satisfação das necessidades públicas’”<sup>269</sup>.

Ademais, o equilíbrio econômico-financeiro encontra base constitucional (art. 37, XXI) e, no âmbito das concessões, previsão legal (art. 9º, § 4º, da Lei 8.987).

Para operacionalizar a noção de equilíbrio econômico-financeiro, especialmente nas concessões sempre se procurou definir os conceitos de álea ordinária e extraordinária. A álea ordinária é composta dos riscos inerentes à atividade empresarial, cuja responsabilidade será do concessionário. A álea extraordinária pode ser dividida entre álea administrativa (dentro da qual se insere a mutabilidade do contrato, dentre outras imposições do Poder Concedente) e a álea econômica, consistente em “riscos derivados de situações anômalas, excepcionais e imprevisíveis”<sup>270</sup>.

A importância prática da distinção reside na divisão de riscos entre as partes: em princípio, assim como os riscos que compõem o que se denomina de álea ordinária caberão ao particular, a “álea extraordinária” será suportada pelo Poder Público<sup>271</sup>.

Para além da dificuldade de conceituar e determinar a abrangência dessas áleas, parte da doutrina contemporânea observa a limitação da utilidade dessa classificação. Segundo Marcos Augusto PEREZ, tal divisão de riscos parte de uma noção por demais abstrata do contrato, de modo que não é hábil a definir, no

---

<sup>269</sup> GUIMARÃES, Fernando Vernalha, *Alteração Unilateral do Contrato Administrativo*, p. 261. É pertinente nesse sentido a lição de José Anacleto A. SANTOS, segundo a qual o princípio produz dois efeitos jurídicos nas concessões de serviço público: além do respeito à expectativa de retorno financeiro pelo particular, asseguram-se circunstâncias econômicas adequadas para a continuidade da prestação do serviço público (*Contrato de Concessão de Serviços Públicos*, Curitiba, Juruá, 2002, p. 235).

<sup>270</sup> BANDEIRA DE MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, p. 691.

<sup>271</sup> BANDEIRA DE MELLO, *Curso de Direito Administrativo*, p. 694-695.

caso concreto, quais os riscos suportados pelas partes. Além de ter função meramente “profilática”, por oferecer apenas solução para prejuízos já contabilizados, a teoria não permite delimitar de forma efetiva os riscos concretos de cada empreendimento<sup>272</sup>.

Em sentido similar veja-se a lição de JUSTEN FILHO: “a dimensão da equação econômico-financeira apenas pode ser determinada em face do caso concreto. (...) Quando muito, poderia dizer-se que alguns encargos e certas vantagens integram *necessariamente* toda e qualquer contratação”<sup>273</sup>. Em seguida, o autor afirma não existir critério objetivo ou predeterminado para definir álea ordinária e extraordinária. Em suas palavras,

“as tentativas de definição tendem a ser circulares ou repetitivas (tautológicas). Afirma-se que álea ordinária é a normal e inerente a um empreendimento, diversamente da extraordinária. Essa fórmula não é apta a fornecer um critério exato para solucionar problemas práticos. A questão fundamental reside em que somente é possível identificar a ordinary ou extraordinary da álea em face do caso concreto e das circunstâncias específicas de um certo empreendimento”<sup>274</sup>.

A constatação é útil na medida em que a incidência dos diversos riscos terá conseqüências diversas em cada empreendimento. É possível dizer-se, por exemplo, que determinadas atividades não precisarão ter cobertura específica face à variação cambial, assim como em outras o efeito da concorrência entre prestadores do serviço poderá simplesmente inibir ou atenuar a influência de determinados riscos<sup>275</sup>. Em vista disso, defende-se que o ambiente próprio e mais adequado para a identificação e divisão dos riscos deverá ser o próprio contrato, tendência esta já registrada no âmbito das Parcerias Público-Privadas (Lei 11.079).

---

<sup>272</sup> *O Risco no Contrato de Concessão de Serviço Público*, p. 115.

<sup>273</sup> *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público* p. 397.

<sup>274</sup> *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público* p. 400.

<sup>275</sup> PEREZ, *O Risco no Contrato de Concessão de Serviço Público*, p. 153 e ss. A respeito, MARQUES NETO afirma que o dever de reequilíbrio nas concessões é muito mais complexo, em virtude das numerosas variáveis que se apresentam, e defende a utilização do contrato como a base (clara e transparente) de definição do compartilhamento de riscos: “trata-se dos fatores que venham expressamente relacionados no contrato de concessão como riscos da concessionária ou como áleas negociais explicitamente assumidas pelo particular. Para além destas disposições, presume-se que são de riscos não compartilhados”, *Equilíbrio Econômico-financeiro em Contrato de Concessão*, p. 11.

## 5.2. O *ius variandi* e formas de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro

Para os fins do presente trabalho, cabe referir que o *ius variandi* encontra-se classicamente inserido na noção de álea administrativa. De acordo com Caio TÁCITO, “a *mutabilidade* do contrato conduz à imputação da *álea* (sic) *administrativa* ao poder público que lhe deu causa, perturbando unilateralmente a equação financeira do contrato”<sup>276</sup>.

O *ius variandi* geralmente é causa de desequilíbrio do contrato por representar a inovação de encargos, seja para ampliá-los ou reduzi-los<sup>277</sup>. A sua relação com a equação econômico-financeira do contrato – e a importância do reequilíbrio – são tão importantes que a Lei 8.987, apesar de não prever formas nem limites de exercício do *ius variandi*, determina expressamente a necessidade de recomposição do equilíbrio de forma concomitante à alteração unilateral do contrato (art. 9º, § 4º). JUSTEN FILHO inclusive afirma que, à luz do dispositivo em questão, a alteração unilateral e a recomposição são dois aspectos de uma *mesma* competência, de um *mesmo* dever-poder administrativo<sup>278</sup>. Cabe, portanto, verificar quais são as vias de restauração do equilíbrio contratual.

Já se reportou, no capítulo 4, que o exercício da competência de alteração unilateral comporta dois objetos, um imediato, referente à própria alteração de cláusulas regulamentares do contrato, e outro mediato, pertinente à reestruturação para adequar o contrato como um todo à alteração específica. É neste objeto mediato que se insere a questão da recomposição do equilíbrio. Mais do que nunca, é nesta oportunidade que assumirá importância a participação do concessionário no processo decisório do Poder Concedente<sup>279</sup>.

---

<sup>276</sup> *O Equilíbrio Financeiro no Contrato de Concessão*, Revista de Direito Administrativo n. 64, p. 7.

<sup>277</sup> “A quebra do equilíbrio é um fenômeno essencialmente econômico. Consiste na alteração do resultado econômico extraível da contratação administrativa e somente pode ser reconhecida por meio de uma comparação entre duas realidades diversas. É necessário cotejar a previsão adotada pelas partes por ocasião da formulação da proposta com as condições de efetiva execução da contratação, verificadas em momento posterior”, JUSTEN FILHO, Marçal, *Curso de Direito Administrativo*, p. 296.

<sup>278</sup> *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*, p. 409.

<sup>279</sup> GUIMARÃES, Fernando Vernalha, *Alteração Unilateral do Contrato Administrativo*, p. 297; MARQUES NETO, *Equilíbrio Econômico-financeiro em Contrato de Concessão*. JUSTEN FILHO ressalta o cabimento de mandado de segurança contra a omissão do Poder Concedente (*Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*, p. 409).

Há inúmeras formas de recomposição do equilíbrio contratual nas concessões. Desde a revisão ou recomposição dos preços à redução de encargos do concessionário e ampliação do prazo contratual. Admite-se também a exploração de receitas alternativas oriundas de atividades acessórias à concessão (art. 11, Lei 8.987). Não se ignora ainda o uso de “providências externas à concessão”, tais como subsídio estatal e vinculação dos resultados econômicos de outros empreendimentos à concessão, a partir da técnica dos subsídios cruzados<sup>280</sup>.

É preciso notar, enfim, que todas essas opções deverão ser norteadas pelo conjunto principiológico incidente: assim como vige o princípio do menor ônus ao contratante<sup>281</sup>, princípios como o da modicidade tarifária e da adequação e atualidade do serviço nortearão os meios de recomposição. Portanto, o reequilíbrio econômico-financeiro no caso concreto não se encontrará vinculado apenas à igualdade entre encargos e vantagens do particular: especialmente nas concessões, deverá ser compatível com a noção de serviço público adequado. É o princípio da proporcionalidade que norteará o processo de recomposição.

### **5.3. Compatibilização do direito antitruste com a política tarifária: um novo limite ao *ius variandi*?**

#### **5.3.1. A quebra do regime monopolista e a implantação da concorrência nos serviços públicos**

Questão nova surge no âmbito da atual regulamentação das concessões de serviços públicos. Trata-se da quebra do paradigma monopolista na prestação desses serviços. Ao mesmo tempo em que o Estado transfere a responsabilidade de execução dessas utilidades para entes privados (separação entre regulador e operador da utilidade<sup>282</sup>), estabelece uma nova política pública, baseada na

---

<sup>280</sup> JUSTEN FILHO, *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*, p. 407-408.

<sup>281</sup> GUIMARÃES, Fernando Vernalha, *Alteração Unilateral do Contrato Administrativo*, p. 262.

<sup>282</sup> MARQUES NETO, Floriano Azevedo, *A nova regulação dos serviços públicos*, p. 20. Essa separação dá origem à mencionada responsabilidade-garantia do Estado, que não se resume à fiscalização das concessionárias. O dever público de garantir a satisfação das necessidades coletivas é inafastável e envolve “a atribuição de competências de disciplina (pública), de programação, de orientação e de acompanhamento da entidade privada” (GONÇALVES, Pedro, *Os Serviços Públicos Econômicos e a Concessão no Estado Regulador*, p. 300).

implantação progressiva de um regime concorrencial para a prestação de serviços públicos.

Inicialmente, cabe frisar que os serviços públicos não ficam simplesmente relegados ao regime de mercado. Essa conclusão iria de encontro até com a incidência do regime jurídico-administrativo. Na realidade, as experiências concretas demonstram que o princípio da concorrência é articulado com uma forte presença regulatória, resultante tanto dos contratos de concessão como das regulamentações ulteriores das agências setoriais. A regulação faz-se necessária para assegurar as “obrigações de serviço público”, como a adequação, continuidade e modicidade do serviço.

Num panorama histórico, o paradigma monopolista predominou de forma praticamente absoluta no que se refere aos serviços públicos, desde as nacionalizações da década de 40 até a onda de desregulamentação das décadas de 80 e 90. Trata-se de característica geral, não apenas do direito brasileiro, conforme apontado pela doutrina<sup>283</sup>. Segundo explica MARQUES NETO, “durante muito tempo à noção de serviço público correspondeu a idéia de exploração exclusiva, ou impropriamente, monopólio estatal. Na base dessa noção estavam fatores ideológicos, jurídicos e econômicos”<sup>284</sup>.

Os fatores ideológicos corresponderiam à concepção de que a “natureza da atividade que predicava sua eleição à condição de serviço público envolvia tal monta de interesses públicos que interditava a sua exploração em regime de mercado, sujeito aos abalos da exploração competitiva”<sup>285</sup>.

Já as razões jurídicas eram baseadas na idéia de que, se o regime público foi determinado por lei, não seria possível fragilizá-lo ou esvaziá-lo pela lógica do mercado.

Por fim, podem-se enumerar motivos econômicos, que remetiam à noção de monopólio natural, situação na qual se alcançam custos econômicos de produção mais baixos quando há apenas um agente produtor, devido a circunstâncias estruturais ou tecnológicas<sup>286</sup>.

---

<sup>283</sup> Sobre o tema, vejam-se CHEVALLIER, Jacques. *A reforma do Estado e a concepção francesa do serviço público*. In: *Revista do Serviço Público*. Ano 47, v. 120, número 3. Brasília, ENAP, set/dez, 1996., p. 42 e ss., e GONÇALVES, Pedro, *Os Serviços Públicos Econômicos e a Concessão no Estado Regulador*.

<sup>284</sup> MARQUES NETO, Floriano Azevedo, *A nova regulação dos serviços públicos*, RDA 228, p. 20.

<sup>285</sup> MARQUES NETO, Floriano Azevedo, *A nova regulação dos serviços públicos*, RDA 228, p. 21.

<sup>286</sup> Segundo NUSDEO, no monopólio natural “os custos unitários de uma única empresa – em determinado nível absorvível pelo mercado – são decrescentes à medida que sua produção aumenta, seguindo essa

Dessas idéias pode-se inferir, então, que havia uma relação de inerência entre as noções de serviço público e monopólio. Essa concepção refletiu-se na doutrina:

“a dimensão de monopólio vem inerente à natureza da contratação. Já que os serviços públicos são monopólicos naturais (...) a unidade na execução dos serviços é fundamental para a exploração econômica e o funcionamento administrativo, sobretudo quanto a resultados, à finalidade e ao objeto”<sup>287</sup>.

A partir das décadas de 80 e 90 surgiram várias propostas de revisão do conceito clássico de serviço público, acompanhando as idéias de reforma do modelo de intervenção do Estado na economia. Ganha relevância a noção de competição como meio hábil a (i) aumentar a eficiência na gestão dos serviços e (ii) limitar o poder econômico de um possível agente monopolista, a fim de beneficiar os usuários. Em última análise, traça-se uma nova política pública: afinal, os próprios serviços públicos são um mecanismo de intervenção estatal utilizados para determinar qual a extensão do regime de mercado.

Sobre o contexto da União Européia, vejam-se as palavras de Pedro GONÇALVES: “hoje a única política é claramente a da livre concorrência”, cuja concretização passa pela “negação da reserva de monopólios ou de direitos exclusivos pelos Estados membros”<sup>288</sup>.

No direito brasileiro, além da matriz constitucional da livre concorrência (art. 170, IV), o art. 16 da Lei 8.987/95 torna o regime competitivo imperativo nas outorgas de concessões. A exceção são casos de inviabilidade técnica ou econômica (que acabam por remeter à própria noção de monopólio natural), a serem justificados pelo Poder Concedente antes da publicação do edital de licitação (conforme o art. 5º da referida Lei).

---

tendência até alcançar toda a produção do mercado. Seus custos em regime de monopólio são assim inferiores àqueles em que incorreriam várias empresas, individualmente, num mercado competitivo (...) Seriam pois as próprias condições estruturais-tecnológicas desses setores a impedirem a sua organização em regime de concorrência”, *Curso de Economia: Introdução ao Direito Econômico*, p. 270.

<sup>287</sup> FRANCO SOBRINHO, Manoel Oliveira, *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 225. Mais à frente o autor afirma que há um motivo administrativo para o privilégio ou exclusividade das concessões: o monopólio é condição de eficácia e de desenvolvimento da atividade, pois possibilita a tutela, a proteção e a fiscalização estatal (p. 226).

<sup>288</sup> GONÇALVES, Pedro, *Os Serviços Públicos Econômicos e a Concessão no Estado Regulador*, p. 301.

Assim, surge para o Poder Concedente o dever de atenuar progressivamente a exclusividade da gestão dos serviços concedidos. Para tanto, é necessário o planejamento *a priori* da outorga sob regime competitivo e um controle *a posteriori*, que garanta a realização da concorrência, harmonizando esse regime com a realização das necessidades individuais e coletivas.

### **5.3.2. A compatibilização do direito antitruste com a regulação do serviço concedido**

São inúmeras as técnicas e instrumentos utilizados para implantar um regime concorrencial.

Podem ser citados o dever de compartilhamento da rede (essencial em setores como os das telecomunicações e das ferrovias, nas quais os agentes têm de adotar padrões técnicos reciprocamente compatíveis)<sup>289</sup> e a *unbundling*, ou desverticalização da cadeia de produção, aliada à regulamentação que obste a prática de subsídios cruzados<sup>290</sup> (como ocorreu no setor elétrico, dissociando-se as atividades de geração, transporte e distribuição de energia, antes reguladas de forma conjunta). É de se mencionar, ainda, o dever de compartilhamento compulsório de infra-estrutura. Esse compartilhamento decorre da idéia de que os operadores econômicos não poderão utilizar a titularidade de certa infra-estrutura específica para impedir o acesso de novos competidores ao mercado; “isso equivale a negar (...) o poder de *reserva de utilização do bem*, impedindo seu integral aproveitamento apenas para impedir a instauração de competição apta a gerar efeitos positivos para os usuários”<sup>291</sup>.

Pode-se aludir também ao fenômeno da assimetria regulatória, aplicável em atividades ainda hoje concentradas em razão do regime monopolista anterior. Como o agente antes monopolista detém amplo conhecimento e domínio sobre o mercado, “a idéia é oferecer ao operador entrante um regime de prestação mais brando que aquele dispensado ao prestador dominante, com vistas a acirrar a

---

<sup>289</sup> JUSTEN FILHO, Marçal, *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*, p. 43.

<sup>290</sup> Os subsídios cruzados são fenômeno pelo qual “o agente econômico transfere custos da etapa competitiva para aquela monopolizada, eliminando os efeitos positivos da competição” (JUSTEN FILHO, Marçal, *Curso de Direito Administrativo*, p. 497). Prossegue o autor: “assim, o usuário paga menos pela atividade prestada em regime de competição, mas sem benefício desaparece por ser obrigado a pagar muito mais pelos serviços monopolizados.

<sup>291</sup> JUSTEN FILHO, Marçal, *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*, p. 42. É a aplicação da *essential facilities doctrine*, desenvolvida no âmbito norte-americano.

disputa pelo mercado”<sup>292</sup>, a partir da flexibilização de certas obrigações de universalização, por exemplo.

De outra parte, o art. 15 da Lei 8.884/94<sup>293</sup> prescreve a incidência universal do controle do CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) a atos e ajustes que possam configurar abuso de poder econômico ou violação da concorrência. Dessa forma, segundo Calixto SALOMÃO FILHO a não aplicação do direito antitruste terá sempre caráter excepcional, mesmo nas concessões de serviço público<sup>294</sup>. Observe-se que as próprias agências reguladoras possuem poderes para estabelecer e fiscalizar condutas anticoncorrenciais (nesse sentido, a Resolução 278/00 da Aneel e os arts. 7º e 19 da Lei Geral de Telecomunicações, no caso da Anatel).

É preciso verificar como se articulam as competências das agências setoriais e dos órgãos antitruste. Cabe avaliar como ocorre a relação entre o direito antitruste e a regulação dos serviços concedidos, que reflete a execução de políticas públicas e de obrigações necessárias para a gestão do serviço. De antemão, isso implicar reconhecer que o regime concorrencial terá conformação diversa conforme o regime do serviço público analisado.

SALOMÃO FILHO descreve duas tendências teóricas aptas a explicar a relação entre regulação e concorrência, que explicam como um determinado mercado será regulado e ficará imune, ao menos em certa medida, ao direito antitruste.

A primeira tendência é a *State Action Doctrine*, que se baseia em duas premissas: é preciso que a regulação derive de política expressamente derogatória do regime de competição e que exista “supervisão ativa e constante do cumprimento das obrigações regulamentares”<sup>295</sup>.

A segunda é a *Pervasive Power Doctrine*, também baseada em duas idéias: o poder do órgão regulador deve ser extenso o suficiente para afastar qualquer outra competência e, caso não seja extenso o suficiente, deverá ser profundo o bastante, de modo que possa controlar as decisões empresariais fundamentais e seus efeitos concorrenciais.

---

<sup>292</sup> MARQUES NETO, A Nova Regulamentação dos Serviços Públicos, p. 25.

<sup>293</sup> Art. 15. “Esta lei aplica-se às pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente, com ou sem personalidade jurídica, mesmo que exerçam atividade sob regime de monopólio legal”.

<sup>294</sup> SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: as estruturas*, 2. ed., São Paulo, Malheiros, p. 222.

<sup>295</sup> *Direito Concorrencial: as estruturas*, 2. ed., p. 213.

Sob qualquer das óticas referidas, SALOMÃO FILHO conclui que, no modelo brasileiro, o regime jurídico-administrativo de serviço público se sobrepõe ao regime concorrencial. Afasta-se assim a hipótese de se relegar ao mercado a auto-regulamentação do serviço concedido. Todavia, o regime jurídico-administrativo não suprime simplesmente a competição, até pela sistemática legal já referida. Tampouco exclui a competência do CADE sobre os setores regulados. Pelo contrário, verifica-se uma tendência à limitação das regulações que procuram controlar diretamente o comportamento dos agentes econômicos, em prol de um ambiente de competição. Nesse contexto inclui-se a questão da fixação de preços, cuja disciplina passa a refletir uma maior margem de ação aos agentes regulados<sup>296</sup>.

### **5.3.3. O caráter regulamentar da política tarifária – margens de liberdade tarifária e reflexos na equação econômico-financeira**

Conforme a tradicional distinção das cláusulas econômicas e regulamentares dos contratos administrativos esclarece BANDEIRA DE MELLO:

“faz parte do aspecto regulamentar tudo o que diz com o modo de prestação do serviço e fruição dele pelos usuários. (...) o aspecto contratual da concessão é a equação econômico-financeira concertada. Daí ser imutável unilateralmente. Dita equação é a expressão econômica de valor fruível pelo concessionário como resultado da exploração do serviço ao longo da concessão, segundo os termos constituídos à época do ato concessivo”<sup>297</sup>.

Assim, e como já frisado, não há cláusula essencialmente imutável nos contratos administrativos: porém, o denominado aspecto contratual, consubstanciado na equação, não pode ser objeto de disposição unilateral pelo Poder Concedente.

Particularmente quanto à política tarifária, a lição é reproduzida: “as tarifas não têm, nem poderiam ter, de modo algum, natureza contratual, imutável. O contratual – e que, por isso, não pode ser unilateralmente modificado pelo Poder

---

<sup>296</sup> FARACO, Alexandre Ditzel, *Regulação e Direito Concorrencial: as Telecomunicações*. São Paulo: Paulista, 2003.

<sup>297</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de Direito Administrativo*, 18. ed., p. 670.

Público – é o valor resultante do equilíbrio econômico financeiro, de que a tarifa é uma expressão, entre outras”<sup>298</sup>.

Some-se a isso o caráter indisponível, indelegável e irrenunciável da competência administrativa de controle da política tarifária: ainda que mecanismos de mercado influam na questão (aliás, isso ocorre desde a formulação das propostas na licitação), “por se tratar de serviço público, será inquestionável a titularidade do poder concedente para fixar tarifas”<sup>299</sup>. Afinal, “cabe ao poder concedente concretizar uma proposta político-social atinente à fórmula tarifária”<sup>300</sup>, de modo que sejam reguladas as chamadas falhas de mercado e tutelados os usuários hipossuficientes ou aqueles que sequer têm condições de ser usuários.

Apesar da imperatividade dessa competência, não se exclui a possibilidade de, em um regime concorrencial, a fixação das tarifas sofrer constante influxo do mercado<sup>301</sup>. A conclusão pode ser temperada, mas parece inafastável, pois a padronização de preços imposta pelo Poder Concedente às concessionárias “equivaleria à formação governamental de um cartel. Isso equivaleria, de acordo com JUSTEN FILHO, a um profundo equívoco regulatório, na medida em que se eliminam benefícios fundamentais extraíveis da competição no mercado”<sup>302</sup>.

Carlos Ari SUNDFELD ressalta não haver impedimento constitucional ao regime de liberdade de preços nas atividades de titularidade estatal exploradas por particulares. Oferece inúmeros exemplos, como os de radiodifusão, de televisão a cabo e de transporte aéreo<sup>303</sup>. Evidentemente, é o grau de essencialidade do serviço que irá determinar a margem de liberdade que será legislativamente permitida. De acordo com SUNDFELD, a regulação dos preços dos serviços públicos poderá variar desde o mero acompanhamento da evolução

---

<sup>298</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de Direito Administrativo*, 18. ed., p. 690.

<sup>299</sup> JUSTEN FILHO, *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*, p. 351.

<sup>300</sup> JUSTEN FILHO, Marçal, *Curso de Direito Administrativo*, p. 527. Ademais, “nos setores regulados, outras finalidades concorrem com a noção de concorrência. A maioria dos serviços não comporta concorrência plena e, além disto, objetivos de interesse público, tais como universalização e continuidade da prestação, nem sempre são convergentes com os princípios que norteiam o antitruste (...) Por tal razão é que deve ser desenvolvida a idéia de *concorrência possível*. É dizer, o antitruste é aplicável na medida em que não comprometa referidas finalidades regulatórias”. SILVA, Pedro Aurélio de Queiroz Pereira da. *Direito da Concorrência e Regulação dos Serviços Públicos*. In: Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, n.º 1, fev./05. Disponível na internet em <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em 31 de agosto de 2006.

<sup>301</sup> “A demanda e a oferta funcionarão como instrumentos autônomos para determinar os preços, incumbindo ao poder concedente uma função mais restrita – consistente em evitar práticas ofensivas à livre competição”, JUSTEN FILHO, Marçal, *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*, p. 351.

<sup>302</sup> JUSTEN FILHO, Marçal, *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*, p. 351.

<sup>303</sup> SUNDFELD, Carlos Ari, *Preços e Tarifas dos Serviços de Telecomunicações*, p. 319.

dos preços (controle mínimo) até a fixação estrita dos valores (controle máximo). Na mesma linha manifestam-se Vital MOREIRA e Maria Leitão MARQUES:

“na área dos serviços públicos são raros os casos em que não existe controle sobre os preços e respectiva variação. Esse controle pode ser mais ou menos apertado, indo desde a mera homologação à indicação de fórmulas precisas de cálculo, ao controle das variações, no tempo e no montante, etc. As diferenças no regime relacionam-se com a importância estratégica e pública, a ‘sensibilidade política’ do serviço em causa e a respectiva forma de mercado. Nos serviços públicos básicos, onde não existe verdadeira concorrência, especialmente nos chamados ‘monopólios naturais’, é natural que esse controle tenda a assumir a sua forma extrema”<sup>304</sup>.

Com apoio em FARACO, pode-se dizer que o controle de preços no Brasil encontra base histórica e ideológica na forma monopolista de organização dos serviços. No mercado monopolista, o controle tarifário funciona como instrumento de estabilidade setorial e de controle do poder econômico. Na prática, significa a preservação dos grupos econômicos existentes e da própria estrutura de mercado, independente dos graus de eficiência atingidos pelos operadores<sup>305</sup>. Hoje, a fixação de preços perde espaço, principalmente porque há uma assimetria de informação entre os operadores do mercado e o regulador acerca da atividade concedida, que inviabiliza a aferição do efetivo custo de serviço. A introdução de concorrência, se não reduz essa assimetria de informações, pelo menos introduz o mercado como meio limitador da ineficiência e dos abusos dos operadores.

A solução tarifária clássica de avaliação do “custo de serviço” abrange custos diretos e indiretos, amortização de investimentos e taxa de retorno (lucro). Todavia, como observa Marçal JUSTEN FILHO, em virtude da dificuldade em obter informações sobre a gestão do serviço e os seus custos, surge inclusive o problema do *regulatory lag* – “lapso regulatório” – consistente na dissociação

---

<sup>304</sup> MOREIRA, Vital e MARQUES, Maria Manuel Leitão. *Desintegração do Estado, privatização e regulação de serviços públicos*, apud ARAGÃO, Alexandre Santos, *Serviços Públicos e Concorrência*, p. 21. A liberdade tarifária já se traduz em disposições normativas concretas. Nesse sentido, o art. 104 da Lei Geral de Telecomunicações, cujo caput diz: “Transcorridos ao menos três anos da celebração do contrato, a Agência poderá, se existir ampla e efetiva competição entre as prestadoras de serviço, submeter a concessionária ao regime de liberdade tarifária”. § 1º: “No regime a que se refere o caput, a concessionária poderá determinar suas próprias tarifas, devendo comunicá-las à Agência com antecedência de sete dias de sua vigência”.

<sup>305</sup> *Regulação e Direito Concorrencial: As Telecomunicações*, p. 158-159.

temporal entre a fixação da tarifa e a evolução dos custos do particular<sup>306</sup>. Na prática, o controle do Poder Concedente acaba por ser obscuro e insuficiente nesse modelo.

Em outra obra, JUSTEN FILHO arremata:

“além das dificuldades práticas de fixar custos, o problema maior reside em que fixar uma tarifa apta a cobrir exatamente os custos não significa estabelecer a menor tarifa possível. A única garantia é que o usuário estará arcando precisamente com os custos do concessionário (...) Não existe qualquer mecanismo que assegure, na tarifa pelo custo, a ampliação da eficiência, a redução de custos ou a obtenção do melhor resultado possível”<sup>307</sup>.

Diante desses fatores, afigura-se nítida a vocação da política tarifária para estimular ou reduzir os ganhos de eficiência nas concessões de serviço público.

Uma das principais vias de dinamização e liberalização da política tarifária é a regulação por padrão de comparação. Nesse sentido, uma das formas de fixação da política tarifária é a adoção de *price caps*, de modo que é fixada uma tarifa inicial que não seja integralmente vinculante. De acordo com esse modelo, cabe às concessionárias competir contra um patamar tarifário máximo, determinado pelo Poder Público; a redução dos custos de produção traduz-se em ganhos de eficiência diante do padrão imposto pela política tarifária, de modo a possibilitar um aumento da taxa de retorno. Dito de outro modo, a política tarifária contém balizas, ao mesmo tempo em que contém um estímulo inerente para que o concessionário seja mais eficiente – com benefício aos usuários e aumento da margem de lucro do gestor do serviço, dentro das margens estipuladas pelo Poder Público.

Vale referir que, em um ambiente concorrencial, a garantia de uma taxa de retorno fixa contrapõe-se a própria noção de competição, conforme explica FARACO<sup>308</sup>. A nova solução tarifária, por sua vez, importa reavaliar a acepção tradicional da noção de equação econômico-financeira. Admitindo-se a viabilidade

---

<sup>306</sup> JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral dos Serviços Públicos*, p. 356.

<sup>307</sup> *Curso de Direito Administrativo*, p. 542-525. Essas conclusões derivam do teorema AVERCH-JOHNSON, segundo o qual o modelo regulatório baseado nos custos de serviço estimula a ineficiência da gestão. Sobre o tema, confira-se FARACO, Alexandre Ditzel, *Regulação e Direito Concorrencial: As Telecomunicações*.

<sup>308</sup> *Regulação e Direito Concorrencial: As Telecomunicações*, p. 166.

da política tarifária mais flexível, resta a questão de definir se o princípio da intangibilidade da equação econômico-financeira é ou não violado. Nesse sentido, FARACO menciona que o direito concorrencial funciona como limite ao controle tarifário e à própria garantia do equilíbrio econômico-financeiro. O autor conclui que há, até certo ponto, uma relação de contradição entre esses elementos<sup>309</sup>.

Nada obstante, a resposta que a escassa doutrina dá a essa questão (incluindo FARACO) é que é possível compatibilizar os regimes concorrencial e contratual. A nova concepção de política tarifária, aplicável para ambientes de competição, baseia-se na idéia de descentralização das decisões regulatórias, inserida no paradigma da “regulação reflexiva”<sup>310</sup>. É um meio de explorar um dos principais objetivos das concessões: atrair para a gestão de serviços essenciais a racionalidade e eficiência da iniciativa privada, sem descuidar de níveis de qualidade previamente determinados.

O fundamental, no que pertine ao exercício do *ius variandi* na política tarifária, é que a Administração deverá atentar para os efeitos concorrenciais de sua decisão, sob risco de contrariar a política legislativa de estímulo à concorrência. Deverá igualmente considerar a potencialidade de violação da esfera jurídica de um ou de vários dos operadores envolvidos, diante da possibilidade de determinada alteração tarifária beneficiar ou prejudicar tais agentes de forma diferenciada.

Quanto à equilíbrio econômico-financeiro do concessionário, segundo JUSTEN FILHO “a solução regulatória propicia a ampliação da autonomia empresarial e o desaparecimento do planejamento centralizado, assegurando o poder de escolha dos agentes privados no tocante aos meios, ainda que acentuando a restrição atinente aos fins”<sup>311</sup>. Por meio dela, surge uma nova perspectiva jurídica para proteção da equação econômico-financeira.

De acordo com o autor, essa sistemática não implica a supressão da garantia do equilíbrio econômico-financeiro:

“As modificações não consistem na eliminação de garantias asseguradas aos concessionários, mantendo-se deveres ou encargos. A inovação caracteriza-se

---

<sup>309</sup> *Regulação e Direito Concorrencial: As Telecomunicações*, p. 132-133.

<sup>310</sup> MARQUES NETO, Floriano de Azevedo, *Balanço e Perspectivas das Agências Reguladoras no Brasil*.

<sup>311</sup> *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*, p. 363.

pela bilateralidade das modificações, no sentido de que a redução de risco de perdas foi acompanhada do reconhecimento da legitimidade de ganhos”.

Com apoio em Gaspar ARIÑO ORTIZ e Lucía LOPEZ DE CASTRO, afirma que

“a relevância da tutela à equação econômico-financeira é diretamente relacionada à ausência de autonomia do particular (...) Esse era o enfoque prevalente no Direito brasileiro, até há alguns anos. A Administração assumia toda a competência decisória, sem se aperceber de que isso importava encampar todos os riscos concomitantemente”<sup>312</sup>.

Na ótica de JUSTEN FILHO a questão não seria propriamente falar em ofensa ou não ao princípio do equilíbrio econômico-financeiro. O cerne do problema reside em estabelecer a extensão da álea extraordinária (e, por conseqüência, da álea ordinária) nas concessões regidas por premissas concorrenciais. Aproximando o concessionário do regime de mercado, haverá aumento dos riscos assumidos, o que significa dizer que a álea extraordinária diminuirá.

A título de conclusão, então, passa-se a aludir a uma nova configuração da equação econômico-financeira, assim sumariada:

“A nova disciplina consagrada a propósito da tarifa permite reconhecer uma relação econômico-financeira de cunho dinâmico. (..) A adoção de tarifa pelo preço introduz um outro enfoque para o tema. A equação passa a ser considerada como uma relação dinâmica, que comporta variações constantes de encargos e vantagens. A previsão inicial, formulada por ocasião da proposta, envolve uma estimativa genérica que deverá presidir a relação jurídica em seu todo. O resultado final deverá acompanhar as previsões, mas sem imposição da necessidade de compatibilidade exata e precisa, ao longo de cada exato momento da concessão (...) Essa solução é compatível com a concepção de um serviço público prestado em condições de autonomia gerencial maior, com remuneração permeada pelos princípio do preço de mercado ou do custo marginal.”<sup>313</sup>

---

<sup>312</sup> *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*, p. 362.

<sup>313</sup> JUSTEN FILHO, *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*, p. 361. Em sentido próximo, MARQUES NETO, Floriano Peixoto Azevedo, *Direito das Telecomunicações e Anatel*, p. 315: “não seria

Consagra-se assim o entendimento de que “não existe uma divisão natural dos riscos” no contrato. Há que se verificar concretamente as características e a viabilidade econômica do empreendimento, bem como a equação formada pelos encargos e remuneração do concessionário. A alocação de riscos passa a ser aceita como matéria contratual, negociável, até certa medida, pelas partes<sup>314</sup>.

Portanto, a política tarifária flexível parece não ofender os princípios tradicionais da concessão de serviços públicos, nem exclui a possibilidade de o Poder Concedente dispor sobre a política tarifária. Por um lado, o controle sobre as tarifas permanece sob o domínio público – com a incidência, no que couber, da legislação antitruste. Por outro, as garantias reservadas ao particular e inerentes ao contrato de concessão restam resguardadas, na medida em que há apenas uma nova projeção da noção de atuação “por conta e risco” do concessionário e uma nova concepção da equação econômico-financeira do contrato.

As limitações que se aplicam residem na necessidade de prévia determinação dos parâmetros tarifários mínimos, desde o momento de aperfeiçoamento da equação econômico-financeira, e na necessidade de o modelo refletir benefícios concretos, seja para o desenvolvimento do setor, seja para os usuários do serviço.

---

possível seguir o modelo de regime de equilíbrio econômico-financeiro clássico, pelo qual todos os prejuízos são do Estado e todos os proveitos são da concessionária. O pressuposto do modelo é a possibilidade de a concessionária perder dinheiro caso se mostre incompetente na disputa de um mercado altamente competitivo”.

<sup>314</sup> SUNDFELD, Carlos Ari, *Guia Jurídico das Parcerias Público-Privadas*, p. 39.

## 6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir das considerações feitas ao longo do estudo, é possível propor as seguintes idéias-síntese sobre o trabalho.

Primeiramente, apesar de posições doutrinárias em contrário, observou-se ser o contrato instituto da teoria geral do direito. Sua aplicabilidade não se circunscreve apenas ao direito privado, na medida em que há um núcleo de princípios, como a *lex inter partes* e a *pacta sunt servanda*, que pode ser compatibilizado também com o regime jurídico-administrativo.

Aliás, verifica-se que a Administração Pública pode contratar sob ambos os regimes. O art. 62 da Lei 8.666 deve ser interpretado com restrições, a fim de não desnaturar pressupostos peculiares e próprios daqueles contratos ditos privados celebrados pela Administração. De qualquer modo, é preciso frisar que a submissão dos contratos da Administração ao regime público ou ao privado nunca será absoluta: tanto haverá ingerência de normas de direito público nos contratos privados (ex.: regras atinentes à licitação), como haverá incidência subsidiária das normas de direito privado nos contratos administrativos (art. 54 da Lei 8.666).

Para definir o regime jurídico incidentes nos contratos da Administração, adota-se o critério finalista, ou seja, referente ao vínculo do objeto contratado com o interesse público. Então, contrato administrativo será aquele regido predominantemente por regras de direito público, pois o seu objeto, diretamente vinculado a fins de interesse geral, atrai o regime jurídico-administrativo. Já outros contratos, como o de seguro, não apresentam relevância direta à persecução do interesse público. Daí porque se submetem em maior escala ao direito privado.

Logo, contrato administrativo pode ser definido como um acordo de vontades subordinado ao princípio da legalidade, hábil a criar, modificar ou extinguir direitos e obrigações relacionados ao interesse público primário “a ponto de exigir, em abstrato, a tutela administrativa, traduzida na utilização de prerrogativas especiais”<sup>315</sup>.

O contrato de concessão de serviços públicos insere-se no conceito de contrato administrativo, em virtude da relevância do seu objeto. Pode-se adicionar que se trata de contrato com cunho associativo, baseado em um tripé de situações jurídicas: Poder Concedente, concessionários e usuários. A concepção

---

<sup>315</sup> GUIMARÃES, *Alteração Unilateral do Contrato Administrativo*, p. 77.

de serviço público adotada no presente trabalho, por sua vez, gira em torno do regime jurídico-administrativo, pelo que o Poder Concedente exercerá poderes administrativos extraordinários tanto sobre o contrato quanto sobre o contratante. Nesse sentido, o *ius variandi* é considerado como uma reserva a favor da Administração, enquanto tutora dos interesses públicos envolvidos na concessão.

Diante da tendência de consensualização da atividade administrativa, constata-se que mesmo os atos administrativos unilaterais relacionados ao contrato terão como pressuposto um procedimento administrativo prévio e adequado à participação dos interessados e à transparência do agir administrativo. Em função disso, fala-se que uma das principais conseqüências da intensificação de relações entre Estado e sociedade civil é o

“caminho da negociação – e não o percurso da imposição – para a composição de eventuais dissensos entre as partes (...). Com isso, a verticalização entre a Administração pública e o particular nas relações contratualizadas é – em algumas hipóteses – fortemente atenuada ou mesmo afastada”<sup>316</sup>.

Nesse contexto, passa-se a falar em atos administrativos formalmente unilaterais, mas materialmente suscetíveis de negociação. É nesse sentido as palavras de Vasco Pereira da SILVA:

“se formalmente decorrem do exercício do poder administrativo, já materialmente consubstanciam verdadeiras situações de repartição de poder administrativo entre Administração e particulares, ou de exercício partilhado de determinação do Direito aplicável, pelo quê não se podem enquadrar na clássica noção de acto administrativo”<sup>317</sup>.

Como se procurou sustentar, o poder de modificação unilateral também deve ser revisto a partir dessas novas premissas de abordagem da atuação administrativa. Da mesma forma, o exercício de tal poder está jungido a certos pressupostos. Na medida em que não reflete competência discricionária, encontra-se limitado à ocorrência de fatos supervenientes ou à constatação de

---

<sup>316</sup> OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de, *Estado Contratual, Direito ao Desenvolvimento e Parcerias Público-Privadas*, p. 108.

<sup>317</sup> SILVA, Vasco Pereira, *Em Busca do Acto Administrativo Perdido*, Coimbra, Almedina, 1996, p. 563-564, *apud* GUIMARÃES, Fernando Vernalha, *Alteração Unilateral do Contrato Administrativo*, p. 142.

erros, objetivamente verificáveis nos projetos relativos ao contrato ou nas próprias cláusulas contratuais. São esses os pressupostos autorizadores da modificação contratual unilateral, que excluem, portanto, uma nova ponderação acerca da conveniência ou oportunidade da contratação – ao menos no âmbito do exercício do *ius variandi*.

Também são constatáveis determinados limites ao *ius variandi*: a Lei 8.666 dispõe sobre limitações quantitativas, assim como foram elaborados pela doutrina e pela jurisprudência princípios como o da inalterabilidade do objeto contratual e o da manutenção das condições de exeqüibilidade do contrato. A partir da conclusão de que o *ius variandi* não se revela de forma uniforme em todas as contratações administrativas – sendo mais ou menos relevante conforme exijam as características do contrato – verifica-se que a Lei 8.666, no que se refere às limitações quantitativas prescritas à alteração, não se aplica às concessões de serviço público.

Isso porque as concessões são em regra contratos de longa duração, não raro com prazos de 20 anos ou mais de duração. Em função do longo lapso temporal de sua vigência, não há como lhe impor limitações percentuais que foram editadas para contratos cuja duração é manifestamente menor – em regra, não ultrapassa o prazo de cinco anos. Portanto, não é razoável limitar segundo os termos do art. 65 da Lei 8.666 as alterações supervenientes de contratos que, em regra, estarão suscetíveis a inúmeras modificações fáticas supervenientes, sejam de ordem técnica, econômica ou social.

Por outro lado, a preocupação da Lei 8.666 concentra-se na dotação orçamentária que possíveis modificações contratuais exigiriam; no plano das “concessões comuns” regulamentadas pela Lei 8.987, tal preocupação não encontra guarida, na medida em que a remuneração do empreendimento é feita por excelência pela via tarifária.

Enfim, outro obstáculo para a visualização de limites quantitativos percentuais às concessões de serviço público reside na dificuldade de quantificar objetivamente o próprio objeto a ser explorado: o serviço público. Diante dessas dificuldades, concluímos, com a escassa doutrina que tratou do tema, que os limites inscritos no art. 65 são inaplicáveis ao instituto da concessão.

De outra parte, a modificação unilateral dos contratos deve ser conjugada com a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Toda e

qualquer modificação que altere a economia do contrato deverá ensejar recomposição concomitante do equilíbrio. São várias as formas admitidas para a recomposição e, como regra, o concessionário (e até a sociedade) deverão ser convocados para se manifestar a respeito da forma mais viável e menos onerosa para os envolvidos.

Por derradeiro, verifica-se que, em concessões projetadas para um ambiente concorrencial, a questão tarifária, enquanto cláusula regulamentar do contrato, permanece sob o controle do Poder Concedente. Porém, eventuais modificações nas tarifas deverão atentar para as conseqüências concorrenciais, sob pena de resultar ofensa à Lei 8.884/94 e ao próprio art. 6º da Lei 8.987/95. Em outras palavras, a política de instauração de competição no âmbito das concessões de serviço público tem matriz legislativa e, portanto, não pode ser frustrada pela Administração Pública no exercício da sua competência regulamentar.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do. *Conceito de Contrato Administrativo*. Centro de Estudos sobre Licitações e Contratos, março de 2002.

ARAGÃO, Alexandre Santos de (coord.). *O Poder Normativo das Agências Reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

\_\_\_\_\_. *Serviços Públicos e Concorrência*. In: Revista de Direito Público da Economia, vol. 2. Belo Horizonte: Fórum, abr./jun. 2003, p. 59 a 123.

ATHAYDE, Augusto de, *Poderes Unilaterais da Administração sobre o Contrato Administrativo*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1981.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *Contrato Administrativo*. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe (coord.). *Direito Administrativo Contemporâneo: Estudos em Memória de Manoel de Oliveira Franco Sobrinho*. Belo Horizonte, Editora Fórum, 2004, p. 307 e ss.

\_\_\_\_\_. *A natureza contratual das Concessões e Permissões de Serviço Público*. In: Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros, n. 94, abr./jun. 2000, p. 53 e ss.

\_\_\_\_\_. *O Poder Normativo dos Entes Reguladores e a Participação dos Cidadãos nesta Atividade. Serviços Públicos e Direitos Fundamentais: Os Desafios da Regulação na Experiência Brasileira*. Revista Interesse Público n. 16. Porto Alegre: Notadez, out./dez. 2002, p. 13 e ss.

\_\_\_\_\_. *Princípios Constitucionais do Processo Administrativo Disciplinar*. São Paulo: Max Limonad, 1998.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. *Modalidades de intervenção do Estado na ordem econômica. Regime jurídico das sociedades de economia mista. Inocorrência de abuso de poder econômico*. In: Temas de direito constitucional. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BITTENCOURT, Marcus Vinicius Corrêa. *Deveres-Poderes de Controle e Fiscalização do Concedente de Serviço Público*. Curitiba, 2003. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná.

BLANCHET, Luiz Alberto. *Alteração dos Contratos Administrativos*. Curitiba, 1996. Tese (Doutorado em Direito) – Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Paraná.

BERÇAITZ, Miguel Ángel. *Teoría General de los Contratos Administrativos*. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 1980.

BREWER-CARÍAS, Allan R., *Contratos Administrativos*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 1992.

MOREIRA, Egon Bockmann, *Processo Administrativo: Princípios Constitucionais e a Lei 9.784/1999*. 2. ed. São Paulo, Malheiros, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed., 2. reimp. Coimbra, Almedina, 2003.

CASSAGNE, Juan Carlos. *El Contrato Administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1999.

CASSESE, Sabino. *Le trasformazioni del diritto amministrativo dal XIX al XXI secolo*. Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, n.1, gennaio/marzo 2002, p. 27-40.

CHEVALLIER, Jacques. *A reforma do Estado e a concepção francesa do serviço público*. In: *Revista do Serviço Público*. Ano 47, v. 120, número 3. Brasília, ENAP, set/dez, 1996,. p. 42 e ss.

COMPARATO, Fabio Konder. *O indispensável Direito Econômico*. Revista dos Tribunais, n. 353, p.14-26. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1965.

\_\_\_\_\_; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O Poder de Controle na Sociedade Anônima*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

CORREIA, José Manuel Sérvulo. *Legalidade e autonomia contratual nos contratos administrativos*. Coimbra: Almedina, 1987.

DALLARI, Adilson Abreu. *Alterações dos Contratos Administrativos – Economicidade, Razoabilidade e Eficiência*. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe (coord.). *Direito Administrativo Contemporâneo: Estudos em Memória de Manoel de Oliveira Franco Sobrinho*, Belo Horizonte, Editora Fórum, 2004, p. 17 e ss.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

\_\_\_\_\_. *Parcerias na Administração Pública*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

\_\_\_\_\_ et alii (coord.). *Temas Polêmicas sobre Licitações e Contratos*. 5. ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2001.

\_\_\_\_\_. *Concessão de Serviço Público. Alteração Contratual. Necessidade de Projeto Básico*. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella et alii (coord). *Temas Polêmicas sobre Licitações e Contratos*. 5. ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2001.

ENTERRÍA, Eduardo García de e FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.

ESTORNINHO, Maria João. *Réquiem pelo Contrato Administrativo*. Coimbra: Almedina, 1990.

FARACO, Alexandre Ditzel. *Regulação e Direito Concorrencial: As Telecomunicações*. São Paulo: Paulista, 2003.

FERRAZ, Sérgio e DALLARI, Adilson. *Processo Administrativo*. 1. ed., 2. tir. São Paulo: Malheiros, 2002.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio; MARANHÃO, Juliano Souza de Albuquerque. *Separação Estrutural entre Serviços de Telefonia e Limites ao Poder das Agências para Alteração de Contratos de Concessão*. In: Revista de Direito Público da Economia, n. 8, out./dez. 2004.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 1979.

FREITAS, Juarez. *Estudos de Direito Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1997.

GASPARINI, Diógenes. *Curso de Direito Administrativo*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

GONÇALVES, Pedro. *Os Serviços Públicos Económicos e a Concessão no Estado Regulador*. In: MOREIRA, Vital (org.). *Estudos de Regulação Pública – I*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*, T. 1 (parte general), 8. ed. Disponível em <http://www.gordillo.com/Tomo1.htm>, acesso em 26 de setembro de 2006.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 8. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2003.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *Teoria dos Serviços Públicos e sua Transformação*. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito Administrativo Econômico*. São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 40-71.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Alteração unilateral do contrato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2003.

\_\_\_\_\_. *Uma releitura do poder de modificação unilateral dos contratos administrativos nas concessões de serviços públicos*. Revista dos Tribunais, n. 781, p.11-27. São Paulo: Revista dos Tribunais, nov. 2000.

JUSTEN, Monica Spezia. *A Noção de Serviço Público no Direito Europeu*, São Paulo, Dialética, 2003.

JUSTEN FILHO, Marçal. *A PPP brasileira e as lições do passado*. In: TALAMINI, Eduardo e JUSTEN, Mônica Spezia. *Parcerias Público Privadas: um enfoque multidisciplinar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

\_\_\_\_\_. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 11. ed. São Paulo: Dialética, 2005.

\_\_\_\_\_. *Concessões de Serviços Públicos e as Multas por Inadimplemento do Concessionário*, in ILC - Informativo de Licitações e Contratos, Curitiba, n. 100, jun/2002, p. 499 e ss.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005.

\_\_\_\_\_. *O Direito das Agências Reguladoras Independentes*. São Paulo: Dialética, 2002.

\_\_\_\_\_. *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*. São Paulo: Dialética, 2003.

\_\_\_\_\_. *Concessões de Serviços Públicos e as Multas por Inadimplemento do Concessionário*, in ILC - Informativo de Licitações e Contratos, Curitiba, n. 100, jun/2002, p. 499 e ss.

LAUBADÈRE, André de e DEVOLVÉ, Pierre. *Droit Publique Economique*. 4. ed. Paris: Dalloz, 1983.

LAUBADÈRE, André de, VENEZIA, Jean-Claude e GAUDEMET, Yves. *Traité de Droit Administratif*. Tome I, 12. ed. Paris: L.G.D.J., 1992.

LAUBADÈRE, André de. *Revista de Direito Administrativo* n. 37. São Paulo: FGV, jul./set. 1954, p. 45 e ss.

MAJONE, Giandomenico. *Regulation and its modes*. In: *Regulating Europe*. London and New York: Routledge, s/d.

MARQUES NETO, Floriano Azevedo. *A Nova Regulação dos Serviços Públicos*. *Revista de Direito Administrativo* n. 228, p. 13 e ss. São Paulo: FGV, abr./jun. 2002.

\_\_\_\_\_. *Balanço e perspectivas das agências reguladoras no Brasil*. In: *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*. Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 1, março/2005. Disponível em <http://www.direitodoestado.com>, acesso em 26 de setembro de 2006.

\_\_\_\_\_. *Contrato Administrativo: superveniência de fatores técnicos dificultadores da execução da obra: implicabilidade dos limites de 25% de acréscimos*. *Revista*

de Direito Administrativo Aplicado, n. 12. Curitiba: Gênese, ano 4, jan./mar. 1997, p. 70 e ss.

\_\_\_\_\_. *Direito das Telecomunicações e Anatel*. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito Administrativo Econômico*. 1. ed., 2. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2002.

\_\_\_\_\_. *Discricionariedade e Regulação Setorial: O Caso do Controle dos Atos de Concentração por Regulação Setorial*. In: ARAGÃO, Alexandre Santos de (coord.). *O Poder Normativo das Agências Reguladoras*. Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 569- 604.

\_\_\_\_\_. *Equilíbrio Econômico-financeiro em Contrato de Concessão*. Disponível em [http://www.manesco.com.br/artigos/5515\\_072003\\_FAMN\\_Equilíbrio\\_econômico-financeiro\\_em\\_contrato\\_de\\_concessão.doc](http://www.manesco.com.br/artigos/5515_072003_FAMN_Equilíbrio_econômico-financeiro_em_contrato_de_concessão.doc), acesso em 26 de setembro de 2006.

\_\_\_\_\_. *Regulação Estatal e Interesses Públicos*. São Paulo: Malheiros, 2002.

MASAGÃO, Mário. *Curso de Direito Administrativo*, 3. ed., São Paulo, Max Limonad, 1962, p. 287.

MOREIRA, Vital. *A Ordem Jurídica do Capitalismo*. 4. ed. Lisboa: Caminho, 1987.

\_\_\_\_\_. *Serviços Públicos e Concorrência. A Regulação do Sector Eléctrico*. In: Os Caminhos da Privatização da Administração Pública – IV Colóquio Luso-Espanhol de Direito Administrativo. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 223 e ss.

MOREIRA NETO, Diogo Figueiredo. *Mutações nos Serviços Públicos*. In: Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico. Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 1, fev./2005. Disponível em <http://www.direitodoestado.com>, acesso em 26 de setembro de 2006.

NORONHA, Fernando. *Direito das Obrigações*. Vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2003.

NUSDEO, Fábio. *Curso de Economia. Introdução ao Direito Econômico*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

OLIVEIRA, Fernando Andrade. *Contratos administrativos e suas alterações*. In: QUEIROZ TELLES, Antonio A. e ARAÚJO, Edmir Netto de (coord.). *Direito Administrativo na Década de 90: estudos jurídicos em homenagem ao professor J. Cretella Junior*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 167 e ss.

OLIVEIRA, Gustavo Henrique Justino de. *Estado Contratual, Direito ao Desenvolvimento e Parceria Público-Privada*. In: TALAMINI, Eduardo e JUSTEN, Monica Spezia. *Parcerias Público Privadas: um enfoque multidisciplinar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

ORTIZ, Gaspar Ariño. *Economía y Estado. Crisis y reforma del sector público*. Madrid: Marcial Pons, 1993.

PIRES, Melissa Cristina Pinto, *Regulação e Concessão de Serviços Públicos de Energia Elétrica: Uma Análise Contratual*. Rio de Janeiro, 2000. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro.

PEREZ, Marcos Augusto. *O Risco no Contrato de Concessão de Serviço Público*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

PIMENTA OLIVEIRA, José Roberto. *Atividade Administrativa de Polícia e Penitenciária*. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito Concorrencial: as estruturas*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SALOMÃO FILHO, Calixto. *Direito como Instrumento de Transformação Social e Econômica*. In: Revista de Direito Público da Economia. Vol. 1. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2003.

SANTOS, Márcia Walkiria Batista dos, *Contrato. Alteração Unilateral. Princípio do Contraditório*. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella et alii (coord). *Temas Polêmicas sobre Licitações e Contratos*. 5. ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2001.

SANTOS, José Anacleto Abduch. *Contrato de Concessão de Serviços Públicos: Equilíbrio econômico-Financeiro*. Curitiba: Juruá, 2002.

SCHIRATO, Vitor Rhein, *A Regulação dos Serviços Públicos como Instrumento para o Desenvolvimento*, Revista Interesse Público n. 30. Porto Alegre: Notadez, 2005, p. 77 e ss.

SILVA, José Afonso, *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVA, Pedro Aurélio de Queiroz Pereira da. *Direito da Concorrência e Regulação dos Serviços Públicos*. In: Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico. Salvador: Instituto de Direito Público da Bahia, n.º 1, fev./05. Disponível na internet em <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em 31 de agosto de 2006.

SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito Administrativo Econômico*. 1. ed., 2. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2002.

\_\_\_\_\_. *A Administração Pública na era do Direito Global*. In: SUNDFELD, Carlos Ari e VIEIRA, Oscar Vilhena (coord.) *Direito Global*. São Paulo: Max Limonad, 1999.

\_\_\_\_\_. *Introdução às Agências Reguladoras*. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Direito Administrativo Econômico*. 1. ed., 2. tiragem. São Paulo: Malheiros, 2002.

\_\_\_\_\_. *Guia Jurídico das Parcerias Público-Privadas*. In: SUNDFELD, Carlos Ari (coord.). *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005.

\_\_\_\_\_ (coord.). *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Malheiros, 2005.

TÁCITO, Caio. *O Retorno do Pêndulo: Serviço Público e Empresa Privada. O Exemplo Brasileiro*. Revista de Direito Administrativo n. 202, p. 1-10. São Paulo: FGV, out./dez. 1995.

\_\_\_\_\_. *O Equilíbrio Financeiro na Concessão de Serviço Público*. Revista de Direito Administrativo n. 64. São Paulo: FGV, abr./jun. 1961, p. 1-25.

\_\_\_\_\_. *O Equilíbrio Financeiro na Concessão de Serviço Público*. Revista de Direito Administrativo n. 65. São Paulo: FGV, jul./set. 1961, p. 15-35.

WALD, Arnaldo. *Curso de Direito Civil Brasileiro: Obrigações e Contratos*. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

WALD, Arnaldo *et alii*, *O Direito de Parceria e a Nova Lei de Concessões*, São Paulo, Saraiva, 1996.