

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DO RIO GRANDE DO SUL
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO
MESTRADO EM DIREITO**

ALEXANDRE SCHUBERT CURVELO

**O DEVER DE ALTERAÇÃO NOS
CONTRATOS DE CONCESSÃO DE
SERVIÇO PÚBLICO FUNDADO NO
INTERESSE PÚBLICO**

Porto Alegre
2006

ALEXANDRE SCHUBERT CURVELO

**O DEVER DE ALTERAÇÃO NOS CONTRATOS DE CONCESSÃO DE SERVIÇO
PÚBLICO FUNDADO NO INTERESSE PÚBLICO**

Dissertação apresentada como requisito para
obtenção do grau de Mestre, pelo Programa de
Pós-Graduação da Faculdade de Direito da
Pontifícia Universidade Católica do Rio
Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Juarez Freitas

Porto Alegre
2006

ALEXANDRE SCHUBERT CURVELO

O DEVER DE ALTERAÇÃO NOS CONTRATOS DE CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO FUNDADO NO INTERESSE PÚBLICO

Dissertação apresentada como requisito para obtenção do grau de Mestre, pelo Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

Orientador: Prof. Dr. Juarez Freitas

Aprovada em 11 de dezembro de 2006.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Juarez Freitas – Presidente
Profa. Dr. Regina Linden Ruaro
Prof. Dr. Leonel Pires Ohlweiler (ULBRA)

RESUMO

O presente objetiva analisar o “poder” de modificação unilateral dos contratos administrativos, *ius variandi*, sob uma perspectiva diversa daquela comumente trabalhada pela doutrina. Para tanto, em primeiro lugar, tratar da matéria desde o surgimento do contrato administrativo no sistema francês, no qual, tão-logo se estabeleceu o debate, presente foram as contraposições das teses que, de um lado, pretenderam visualizar os contratos administrativos como um instituto jurídico autônomo e, de outro, a partir do direito privado. Dessa dicotômica análise, ainda no sistema francês, surge o primeiro debate acerca da existência de uma figura jurídica contratual própria do direito administrativo. Mais tarde, assentada a premissa de que existem contratos administrativos, trabalhou-se, ainda no sistema francês, a idéia de que divide os contratos entre contratos administrativos e contratos privados da administração. O primeiro capítulo encerra versando sobre o surgimento da discussão no sistema brasileiro e, ainda, da aceitação pacífica pela doutrina, legislação e jurisprudência, dos contratos administrativos. Da mesma forma, trata da questão relativa às diferentes correntes de análise dos contratos administrativos e dos contratos privados da Administração. A premissa que norteia o debate do segundo capítulo, por sua vez, é de que, pelo critério da substancialidade ínsita aos contratos administrativos, pode-se dizer que todos os contratos celebrados pela Administração, no plano dos princípios, são contratos administrativos em que pese, por vezes, materializados por instrumentos privados. Com base na revisão da relação de administração, a partir do regime jurídico-administrativo, o trato da questão objetiva demonstrar que, antes de poder, a Administração exerce um dever de alteração unilateral dos contratos, sempre fundado numa situação concreta de interesse público. Assentada a premissa de que a alteração por dever da Administração se funda no interesse público, e por decorrência da relação de administração, o terceiro capítulo trabalha a aplicação do dever desta função administrativa sobre os contratos de concessão de serviço público, bem como de todas as circunstâncias daí decorrentes, em especial, aquelas que dizem com a manutenção da relação entre encargos e benefícios do concessionário, protegida sob a nomenclatura de intangibilidade da equação econômica financeira. Enfim, objetiva o estudo justamente verificar que, no plano dos princípios, a relação de administração decorrente dos ajustes contratuais, porquanto inerente ao atendimento de uma finalidade imanente ao interesse público, sempre poderá ser alterada, por imperativo de necessidade, desde que assegure, sempre e sempre, os direitos do contratante privado, no mais das vezes, consubstanciado na proteção da equação econômico-financeira.

PALAVRAS-CHAVE: direito administrativo - contrato administrativo – contrato privado da administração – dever de alteração unilateral – concessão de serviços públicos – equilíbrio econômico-financeiro.

ABSTRACT

L'étude suivante a pour but d'analyser le "pouvoir" de modifications unilatérales des contrats administratifs, *ius variandi*, d'un point de vue différent de celui communément traité par la doctrine. C'est pourquoi, en premier lieu, l'on a cherché à étudier la matière dès la naissance du contrat administratif au sein du système français dans lequel une fois le débat établi, il y a eu un conflit entre les thèses qui, d'un côté envisagent les contrats administratifs en tant qu'institut juridique autonome et de l'autre, les perçoivent par le biais du droit privé. De cette analyse dichotomique l'on a vu naître, toujours dans le système français, le premier débat au

sujet d'une figure juridique contractuelle propre au droit administratif. Plus tard, en s'appuyant sur la prémisse qu'il existe des contrats administratifs, on a travaillé sur le fait, et ce toujours dans le système français, qu'il existe un partage des contrats entre contrats administratifs et contrats privés de l'administration. La fin du premier chapitre parle de la naissance (au sein du système brésilien) de la discussion et de l'acceptation des contrats administratifs de la part de la doctrine, de la législation et de la jurisprudence. De la même manière, on a traité de la question relative aux différents courants d'analyse des contrats administratifs et des contrats privés de l'Administration. La prémisse qui mène le débat du deuxième chapitre a, quand à elle, comme thème le critère de substantialité inhérent aux contrats administratifs, on peut dire que tous les contrats célébrés par l'administration, dans le domaine des principes, sont des contrats administratifs bien qu'ils soient parfois matérialisés par des instruments privés. En se basant sur la révision du rapport d'administration, à partir du régime juridico-administratif, le traitement de la question objective démontrera que, avant d'exercer un pouvoir, l'administration exerce un devoir de modification unilatérale des contrats, toujours fondée sur une situation concrète d'intérêt public. Une fois démontrée la prémisse prouvant que la modification par devoir de l'administration est fondée sur l'intérêt public et en est une conséquence, le troisième chapitre traitera de l'application du devoir de cette fonction administrative sur les contrats de concession du service public, ainsi que toutes les circonstances qui en sont la conséquence et plus particulièrement celles qui traitent du maintien du rapport existant entre les charges et les avantages du concessionnaire, rapport protégé selon la nomenclature de l'intangibilité de l'équation économique financière. Enfin, on se doit d'être objectif et de vérifier que, au niveau des principes, le rapport de l'administration provenant des ajustements contractuels et donc inhérents au service de l'intérêt public, pourra toujours être modifié, pour une question de nécessité, tant qu'il garantira pour toujours les droits du contractant privé et dans les autres cas de consubstantialité dans la protection de l'équation economico-financière.

MOTS-CLEFS: droit administratif - contrat administratif – contrat privé de l'administration – rapport de l'administration public – devoir de modification unilatérale – concession de services publics – l'équilibre financier.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	
2 O CONTRATO ADMINISTRATIVO NO SISTEMA FRANCÊS – O PRIMEIRO PASSO EM DIREÇÃO À MEMÓRIA DO DIREITO ADMINISTRATIVO	
2.1 AS PRIMEIRAS BASES DO SISTEMA FRANCÊS	
2.2 SURGIMENTO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO – PRIMEIRAS BASES – A BUSCA PELOS CRITÉRIOS	
2.3. O CONTRATO ADMINISTRATIVO NA ALEMANHA - O ESQUECIMENTO: INEXISTE CONTRATO ADMINISTRATIVO? ...	
2.3.1 O surgimento e o desenvolvimento das teorias que negam o contrato administrativo no cenário alemão: a volta ao passado para superar	
2.4 O CONTRATO ADMINISTRATIVO NA ITÁLIA: ENCONTRO DE IDÉIAS – ACEITAÇÃO DE UMA FIGURA DIFERENCIADA	
2.5 O CONTRATO ADMINISTRATIVO NO DIREITO BRASILEIRO: REFLEXOS DA RECEPÇÃO DE UMA TRADIÇÃO	
2.5.1 Teoria que nega o contrato de direito público ou administrativo - Oswaldo Aranha Bandeira de Mello	
2.5.2 Teoria favorável ao contrato administrativo – Ruy Cirne Lima	
2.6 O CENÁRIO ATUAL DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS	
2.7 O CENÁRIO DOUTRINÁRIO ACERCA DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS – AS PRINCIPAIS CARACTERÍSTICAS	
2.8 AS CORRENTES DE ESTUDO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS NO BRASIL	
2.8.1 A corrente que nega a existência de um contrato administrativo	
2.8.2 A corrente que aceita a existência do contrato administrativo, como espécie do gênero contrato, submetido ao regime jurídico de direito público, derogatório e exorbitante do direito comum	
2.8.3 A corrente que entende que todos os contratos celebrados pela Administração são contratos administrativos, submetidos ao regime dos princípios de direito público, ainda que regidos por regras privadas;	
2.9 CONCLUSÕES PARCIAIS	
3. O DEVER DE ALTERAÇÃO UNILATERAL DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: REVISANDO O REGIME JURÍDICO-ADMINISTRATIVO	
3.1 INTRODUÇÃO	
3.2 OS CRITÉRIOS DE IDENTIFICAÇÃO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS NO BRASIL..... ERRO! INDICADOR NÃO DEFINIDO.	
3.2.1 Do critério misto: junção dos critérios formal e da natureza jurídica das partes	
3.2.2 Da renovação do critério misto do contrato administrativo: natureza das partes, cláusulas exorbitantes, regime jurídico e determinação legal	
3.2.3 A posição doutrinária acerca da conformação atual dos contratos administrativos: os contratos administrativos e contratos privados da Administração	
3.3 DO REGIME JURÍDICO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: TODO O CONTRATO CELEBRADO PELA ADMINISTRAÇÃO É CONTRATO ADMINISTRATIVO	
3.3.1 Ampliação do conceito de direito administrativo	
3.3.2. Uma efetiva releitura do regime jurídico-administrativo: o regime jurídico dos contratos administrativos	
3.3.3 O reconhecimento do critério substancial dos contratos administrativos	
3.3.4 O reconhecimento do critério substantivo pela jurisprudência	
3.3.4.1 O caso da cessão de uso de bem público	
3.3.4.2 O caso do contrato de locação celebrado por pessoa jurídica de direito público como locatária	
3.3.4.3 O caso do fornecimento de energia elétrica	

3.4 O DEVER DE ALTERAÇÃO UNILATERAL DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS: REVISANDO O REGIME JURÍDICO-ADMINISTRATIVO	
3.4.1 O regime dos contratos administrativos e as cláusulas exorbitantes	
3.4.2 O poder de alteração unilateral do contrato administrativo	
3.4.2.1 Surgimento da discussão no âmbito doutrinário.....	
3.4.2.2 A questão tratada no sistema brasileiro	
3.5 CONCLUSÕES PARCIAIS	
4. O DEVER DE ALTERAÇÃO UNILATERAL DOS CONTRATOS DE CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO COM BASE NO INTERESSE PÚBLICO	
4.1 INTRODUÇÃO.....	
4.2 O CONTRATO DE CONCESSÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS	
4.2.1 A formação do contrato de concessão	
4.2.1.1 Pressupostos	
4.2.1.2 A questão das cláusulas essenciais aos contratos administrativos	
4.2.1.3 O prazo nos contratos de concessão	
4.2.2 A extinção da concessão	
4.3 O DEVER DE ALTERAÇÃO UNILATERAL DOS CONTRATOS DE CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO	
4.3.1 A concessão de serviço público e a possibilidade de alteração das normas regulamentares.....	
4.3.2 A doutrina da equação econômico-financeira.....	
4.3.2.1 Surgimento no sistema francês.....	
4.3.2.2 Desenvolvimento da doutrina no Brasil	
4.3.3 A equação econômico-financeira e sua formação	
4.3.3.1 A questão da taxa interna de retorno	
4.3.3.2 A distinção entre equação econômico-financeira e lucro empresarial.....	
4.4 A QUEBRA DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO	
4.4.1 A quebra do equilíbrio econômico financeiro: situações concretas	
4.4.1.1 Alteração legislativa.....	
4.4.1.1.1 Análise crítica da decisão.....	
4.4.1.2. Alteração por decisão judicial	
4.4.1.2.1 Análise crítica da decisão.....	
4.5 FORMAS DE RECOMPOSIÇÃO DA EQUAÇÃO ECONÔMICA FINANCEIRA	
4.5.1 Recomposição de preços por alteração unilateral	
4.5.2 Reajuste, revisão e correção monetária	
4.5.3 Redução dos encargos do concessionário.....	
4.5.4 Recomposição de preços pela elevação da carga fiscal.....	
5 CONCLUSÕES	
REFERÊNCIAS	

1 INTRODUÇÃO

Desde o estudo do Direito Administrativo *clássico*¹, seja no contexto europeu, seja entre nós, este subsistema jurídico trilhou um longo caminho compreendido entre a pacífica aceitação de atos unilaterais² baseados em poderes que se sobrepunham ao interesse privado até a recente aceitação de métodos consensuais.³

A disciplina fundada em regras “derrogatórias” do direito comum, em princípios próprios e de autonomia indiscutível, vem sofrendo uma sistemática e efetiva mudança de paradigmas. Do estudo centrado na figura da Administração Pública⁴, passa o Direito Administrativo a primar pelo inarredável desiderato de dar condições para a implementação dos direitos fundamentais.⁵

¹ Por Direito Administrativo clássico, no presente estudo, deve-se entender o conjunto de estudos que conformam as primeiras bases de estudo da disciplina, mormente no período oitocentista, construído a partir de duas concepções. A primeira, do Estado de polícia; a segunda, de seu turno, do liberalismo político. Contra cada qual das concepções, foram impostos alguns desdobramentos posteriores: contra a primeira, impôs a idéia de incluir, não apenas regulando normas internas da atividade Estatal, mas também regulando as prerrogativas em relação aos particulares e, ainda, no que tange à segunda, implementou-se um estatuto jurídico em oposição ao “complexo das relações jurídicas entre privados”. HESPANHA, António Manuel. O Direito Administrativo como emergência de um governo activo (C.1800-C.19100). In Revista de História das Idéias, 2005, Cie; Fl-UC, 26. p.119-159. Disponível em <http://www.hespanha.net/> (acesso em 10/11/2006).

² *O direito administrativo tem por objeto dar às pessoas administrativas e a seus agentes, os poderes necessários ao desempenho de sua missão, que é gerir os interesses públicos e assegurar a satisfação das necessidades coletivas.* WALINE, Marcel. *Droit Administratif*. Paris: Sirney, 1957. p.28. Ou, como bem refere HAURIUO tem a Administração (...) em virtude da posse de direitos de autoridade pública, da prerrogativa de ação própria e de uma dominação incontestável sobre as normas de direito, ocupam as administrações públicas posição de superioridade muito evidente, em relação aos administrados(...). HARIUO, André. A utilização em direito administrativo das regras e princípios do direito privado. In: Revista de Direito Administrativo. n.º1, Fascículo II, Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, abril 1945, p.467.

³ Veja-se, nesse passo, as atualíssimas ponderações de MORAND-DEVILLER para quem (...) *le consensualisme influence donc de plus en plus les modes d’action de l’administration.* MORAND-DEVILLER, Jacqueline. *Le droit administratif français et ses révolutions tranquilles*. In: Ávila, Humberto Bergmann (Org). Fundamentos do Estado de Direito. São Paulo: Malheiros, 2005. p.50. No mesmo sentido, COUTO E SILVA, ao asseverar que (...) *fenômeno relativamente recente nas relações entre o Estado e os indivíduos na realização de fins de interesse público tem sido a busca de decisões administrativas por meios consensuais.* COUTO E SILVA, Almiro do. Os indivíduos e o Estado na realização de tarefas públicas. In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio (organizador). Estudos em Homenagem a Geraldo Atalida. São Paulo: Malheiros, 1997. p.101.

⁴ Com base no entendimento predominante naquele contexto histórico-jurídico, o mestre Ruy Cirne Lima escreveu magistral artigo sobre o conceito fundamental do Direito Administrativo que, naquela concepção, dizia com o conceito de administração. Para ele, diversamente do que ocorria no direito privado, cuja atividade administrativa se apresentava multifária, no direito público a atividade pressupunha o encontro de um centro, alguma coisa que lhe atribuisse unidade: o Estado. Segundo o autor, o problema do domínio público e do patrimônio administrativo dizia respeito a problemas capitais da ciência do direito administrativo e, concluindo: (...) *a fim de resolvê-los cabalmente há de referi-los a um conceito fundamental, e esse conceito fundamental, repitamo-lo, ainda uma vez, é o conceito de administração(...)*, entendimento este fundado, também, na conhecida síntese de MAYER, para quem (...) *o direito administrativo é o direito próprio da administração.* CIRNE LIMA, Ruy. “O conceito fundamental do direito administrativo”, RDA, 1948, p.64.

⁵ Do vetusto, mas necessário conceito na caminhada já referida, o Direito Administrativo propõe libertação da idéia de “conjunto de regras” relativas ao serviço público (Jêze), para assumir, vez por todas, a conceituação afinada com o pressuposto democrático vigente, para que seja, portanto, entendido como (...) *sistema que regula as relações internas e externas da Administração Pública, as quais passam a ser conceituadas como as que se orientam não apenas por regras, mas pelo plexo sistemático de princípios, regras e valores, organicamente articulados e regentes da Administração Pública, de molde a respeitar e fazer respeitar os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos(...)*.

As profundas transformações⁶ por que passou o Direito Administrativo, portanto, se situam sobremaneira nesse hiato, no qual os fenômenos foram surgindo à medida que os Estados foram se desenvolvendo e as instituições alternando seus próprios conceitos. No entanto, para que haja correta interpretação do que hoje corresponde ao Direito Administrativo, ou melhor, para que se possa fundamentar seu desiderato com base nos instrumentos existentes, há que se compreender seu passado para, aceitando o presente, refletir sobre o seu futuro⁷.

Parte-se, antes de tudo, de duas premissas sem as quais nada do que será tratado no presente terá validade: i. o Direito Administrativo não está dissociado do

FREITAS, Juarez. O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais. 3 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p.85-86.

⁶ Em concatenado estudo acerca das “inovações no Direito Administrativo” Di Pietro aponta, com acuidade, para o fato de que este subsistema no Brasil é tributário, desde suas origens, (...) *a influência do direito estrangeiro*. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. “Inovações no Direito Administrativo Brasileiro”, In: Revista Interesse Público, 2005, p.39.

⁷ Um sumário importante que aponta pelo menos algumas das principais alterações sofridas pela disciplina, ao longo do tempo, é delineado por CASESE. Delimitando algumas características, o jurista italiano aponta aqueles que, por algumas razões, entende como principais pontos de identificação dos fundamentos da disciplina. Ao depois, enfrenta cada qual dos tópicos apontando as alterações, ou melhor, a mudança de paradigma sofrida pelo Direito Administrativo. A primeira das características reside, segundo ele, na nacionalidade da matéria, afirmando que (...) *o direito administrativo tinha um forte vínculo com o Estado e este com o território, compreendido como o espaço de identidade, no qual existia interpenetração entre a força e o território*. (p.16) O segundo traço característico apontado pelo autor diz com a idéia de “sobreposição do interesse público sobre o interesse particular”, o qual traz consigo, a um só tempo, o princípio da legalidade e o poder discricionário. (p.17) A terceira característica apontada pelo autor decorre do “regime administratif” (que traz no seu bojo as chamadas “prerrogativas da administração”); nesse cenário, no qual à Administração são conferidos poderes “exorbitantes”, o direito administrativo passa a ser um direito especial, diverso do privado, (...) *porque fundado sobre uma radical desigualdade, unilateral e singular. E conduzirá à busca de espécies diferentes de propriedade, contratos e responsabilidade, próprias deste direito e separadas do direito privado*. (p.17) Com isso, abandonando o direito privado, o direito administrativo passa a constituir (...) *um sistema independente de regras e princípios, onde a contratualidade e o consenso eram limitados pela presença de um direito de maior peso. Formava-se, assim, a dicotomia direito administrativo/direito civil*. (p.17); a quarta característica apontada pelo autor identifica o Direito Administrativo como um direito governativo, entre Administração e parte do Poder Executivo, que com ele compartilhava traços essenciais, tais como a unidade, a centralização e a uniformidade. O quinto traço desenha o Direito Administrativo como aquele que dispõe de um juiz especial. (p.17) Colocadas as características em análise, uma a uma, o autor demonstra que, com o passar do tempo, estas velhas premissas não mais são encontradas, pelo menos nas acepções iniciais. Em primeiro lugar, aponta o abandono da idéia de Estado como única fonte do Direito Administrativo e, mais do que isso, constata a europeização e internacionalização do direito administrativo (p.18), razão pela qual hoje o direito administrativo encontra-se ligado a uma *pluralidade de ordenamentos jurídicos*. Em segundo lugar, aponta que não há falar em supremacia da Administração Pública nos moldes instituídos, deixando ela de ser atributo permanente da Administração para se tornar privilégio concedido, caso a caso, pela lei; depois, a supremacia e a unilateralidade foram efetivamente *substituídas pelo consenso e pela bilateralidade* (...) reconhecendo-se ao cidadão mecanismos efetivos para solução de seus litígios com a Administração. (p.19) Em terceiro lugar, as formas privatísticas passam a aperfeiçoar o direito administrativo. Dessa constatação emergem quatro outras situações: o direito privado torna-se prevalente como forma, mas não como substância (esta permanece sendo a vontade ou o interesse público); maior simetria entre as formas de colaboração e consenso entre autoridades públicas e privadas; em terceiro lugar, a (...) *confluência do direito administrativo e do direito privado produz uma refração dos institutos, pela qual as noções fundamentais do direito administrativo(...) se dilatam, desnaturam e degradam, até se tornarem indefiníveis, multiplicando estatutos, modelos e tipos por causa da hibridização(...)*. A quarta característica diz com a dissociação do direito administrativo dos governos nacionais, submetendo-se, agora, por exemplo, aos organismos comunitários. Por fim, a constatação de que cada vez mais as administrações públicas são submetidas integralmente ao Judiciário e a jurisdição torna-se menos especial. (p.21) Das novas características da disciplina surgem algumas contradições e, ainda, sugere o autor a tomada firme de posição do jurista do novo século, sobretudo no que tange ao aproveitamento das bases do direito administrativo para aplicação aos novos institutos, enfim, aos novos tempos e em frente aos novos paradigmas. CASESE, Sabino. As transformações do Direito Administrativo do século XIX ao XXI. In: Revista Interesse Público, 24. Notadez: Sapucaia do Sul, 2004. p.13-23.

Direito Constitucional, antes disso, dele decorre diretamente, como instrumento de atuação/efetivação dos princípios consignados na Constituição; ii. o Direito Administrativo moderno impõe ao Estado o dever de implementação dos direitos fundamentais, finalidade última e indissociável de todo e qualquer atuação calcada na relação de Administração Pública.

O tema central, do presente estudo, versa sobre uma típica relação de administração, qual seja, aquela que emana do contrato administrativo⁸, do regime sobre ele aplicável e sua fundamentação inarredável para que se possa acolher uma “prerrogativa” do Estado consubstanciada no “poder” de alteração unilateral dos contratos administrativos, especialmente nos contratos de concessão de serviços públicos. Vencendo vetustas concepções, assim como já se manifesta considerada parcela da doutrina, a tendência que se impõe é a de deixar de lado a expressão “poder”, para, alargando a nova visão sobre o fenômeno, acatar a idéia de um “dever” de alteração unilateral, fundado no interesse público.

Entretanto a análise do contrato administrativo há se ser efetivada mediante observância concomitante de um dos elementos que, decisivamente, sempre incide sobre o ajuste, qual seja o tempo.⁹

Para tanto insta observar, necessariamente, a memória do Direito Administrativo para, a partir dela, buscar a figura jurídica do contrato de direito público, em especial do administrativo. Isso porque tratar do contrato administrativo é, no contexto jurídico atual, temporalizá-lo¹⁰, razão pela qual imperioso é voltar para não renunciar, sob pena de despreparo para o futuro.

No primeiro capítulo cumpre estabelecer e identificar, por assim dizer, a memória do contrato administrativo, pois é ela (...) *que lembra existir o dado e o instituído*. Assim, (...) *os acontecimentos que importaram e ainda importam e são suscetíveis de conferir um sentido (uma direção e um significado) à existência coletiva*

⁸ O contrato, no século passado, constitui no instrumento mais importante de colaboração entre os indivíduos e o Estado.

⁹ *Aunque no haya sido frecuentemente señalado, el tiempo es, sin duda, el elemento decisivo de la economía contractual. El contrato es la anticipación de lo que vendrá, es el futuro irrevocablemente comprometido – em esto consiste su fuerza específica y también su función, particularmente económica.* OST, François. *Tiempo y Contrato. Crítica del pacto faustico*. In: DOXA – Cuadernos de Filosofía del Derecho, v. 25, 2002, p. 597.

¹⁰ (...) *Veja-se: o tempo se constrói literalmente, ele se “temporaliza”. É por isso que, se podemos “dar” o tempo, modalidade que privilegiamos, podemos igualmente “tomá-lo”, “passá-lo”, “perdê-lo”, “encontrá-lo”, “matá-lo”, “ganhá-lo”, “remontá-lo”(...).* OST, François. *O tempo do direito*. Tradução Élcio Fernandes. Bauru, SP: Edusc, 2005. p.13.

e aos destinos individuais(...)¹¹ do contrato administrativo serão tratados, religando o presente ao passado.

Nesse contexto, os traços dados pelo sistema francês, nascedouro do Direito Administrativo, podem designar muito do que ainda se tem como pertinente aos contratos administrativos entre nós, em especial, no que tizna as questões relativas às cláusulas denominada “exorbitantes” do direito comum e, ainda, acerca das “prerrogativas” inerentes à Administração. Somente a partir da “memória” do contrato administrativo viabilizar-se-á entender o motivo pelo qual, durante muito tempo, de um lado, foi negada sua existência e, de outro, buscam os autores fundamentá-lo como instituto inerente ao grupo de atividades mais caras da Administração Pública.¹²

Sem que se desligue da tradição francesa, e quanto menos dos robustos argumentos trazidos pela doutrina alemã e italiana, acerca da inexistência dos contratos administrativos, recordando também os indispensáveis argumentos de tradicionais autores pátrios, no segundo momento verifica-se a necessidade de perdoar, sair da tradição, mas sem que dela se desligue.¹³ Por isso, ao longo dos subtópicos serão demonstrados elementos atuais, verdadeiros contornos que demarcam as linhas de projeção dos contratos administrativos nos diferentes sistemas, até chegar no direito brasileiro.

Até porque, no nosso sistema, talvez por decorrência da lei¹⁴, da jurisprudência e, quanto mais, da doutrina¹⁵ sequer se faça referência à inexistência dos contratos

¹¹ OST, François. O tempo do direito. Tradução Élcio Fernandes. Bauru, SP: Edusc, 2005. p.13.

¹² A mesma situação é constatada por CASALTA NABAIS, porém noutro contexto: (...) *Ora, a este propósito, há a referir que, apesar da idéia de contrato andar intimamente associada ao direito público, a categoria contratual, no entanto, defrontou-se, durante muito tempo, com sérias dificuldades para assegurar um ‘campus’ próprio neste domínio jurídico. Porém, com o andar do tempo – a que não alheio a evolução e a compreensão da sociedade e do Estado naturalmente das relações intercorrentes entre estes dois pólos – forma-se desfazendo alguns preconceitos e impondo as evidências, tendo o contrato tomado assento no direito público, domínio em que a sua presença já não é hoje em dia seriamente contestada por ninguém em tese geral.* NABAIS, Jose Casalta. Contratos Fiscais (reflexões acerca de sua admissibilidade). Coimbra: Almedina, 1994. p.13-14. Na mesma linha Hartmut Maurer, para quem (...) *na atualidade não mais se trata da admissibilidade fundamental do contrato administrativo, embora ocasionalmente ainda se encontrem vozes críticas e recusantes, mas da penetração dogmática do direito contratual administrativo, em especial, o esclarecimento dos pressupostos jurídicos, da configuração jurídica e das conseqüências dos vícios. Esse esclarecimento também poderia ser um pressuposto essencial para isto, que o contrato administrativo, na prática, seja empregado intensificadamente.* MAURER, Hartmut. Direito Administrativo Geral. Tradução: Luis Afonso Heck. São Paulo: Manole, 2006. p.424.

¹³ (...) *A Grécia do século 5º antes de nossa era, ao inventar, entre outras coisas, a democracia e a tragédia, permitiu pensar como desligar o tempo, liberar a memória e, assim, dar uma segunda chance ao passado.*(...). OST, François. O tempo do direito. Tradução Élcio Fernandes. Bauru, SP: Edusc, 2005. p.145.

¹⁴ Atualmente, tratam de contratos administrativos, em geral, no âmbito da Administração Pública Federal, sob as ‘vestes de normais gerais’, os seguintes diplomas legais: Lei n.º 8.666/93 (que estabelece as normas gerais das licitações públicas, com alterações introduzidas pela Lei n.º 8.883/94); Lei n.º 8.897/95 (que determina regras gerais sobre as concessões e permissões de serviços públicos); Lei n.º 10.520/2002 (que institui nova modalidade de licitação, o “pregão”); Lei n.º 11.079/94 (que determina normas gerais para as licitações e contratação de parceria público-privada); Lei n.º 11.07/05 (que estabelece normas gerais de contratação de os consórcios públicos) e, ainda, a nova Lei Federal n.º 11.284/06 (que trata do estabelecimento de regras gerais para as concessões das florestas públicas).

administrativos (ressalvada posição única), aceitando os autores, sem sequer cogitar do seu critério e quanto menos de sua substancialidade, como figura ínsita ao nosso Direito.

Fato é que hoje o novo¹⁶ Direito Administrativo é caracterizado pela submissão aos princípios fundamentais, de modo que o exercício da função administrativa se dá sob o pálio do regime jurídico-administrativo, pelo qual se instrumentalizam tanto a emissão dos atos unilaterais, como as cada vez mais características negociais¹⁷, daí decorrente a atualidade e importância do tema.

Desligar, mas sem que se faça tábula rasa do passado, a crítica da tradição se faz necessária para alicerçar o futuro. Impende, para tanto, reconhecer a importância do esquecimento, pois ele é tão necessário (...) *como o repouso do corpo e a respiração do espírito; ele responde à natureza descontínua do tempo, cujo prosseguimento(...) é entrecortado de pausas e intervalos, atravessado de rupturas e surpresas.*¹⁸

O esquecimento, nesse contexto, assume função diversa daquela trabalhada por OST, para delinear a pausa necessária entre o passado e o início do estudo da situação presente relativa à matéria.

Assim, encerrado o corte histórico, dar-se-á início ao estabelecimento dos primeiros contornos relativos aos contratos administrativos no sistema brasileiro. Porém, nesse momento é que poderá ser vislumbrado o viciado hiato no que tange à ausência de um debate mais firme acerca da substancialidade dos contratos administrativos.

Isso se verifica, por exemplo, por conta de que a doutrina pátria, em que pese aceitar a existência de duas modalidades de contratos da Administração pública, quais

¹⁵ (...) a doutrina brasileira, praticamente e sem oposição jurisprudencial, denomina contrato administrativo a figura cujos traços foram bosquejados, reconhecendo-lhes as mesmas características que lhe são imputadas no Direito Francês. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 20 ed. Malheiros: São Paulo, 2005. p.581.

¹⁶ Nas precisas palavras de Juarez Freitas: (...) *o jovem Direito Administrativo está deixando de ser monológico para se tornar dialógico e aberto, menos unilateral ou impositivo: trata-se de uma lenta transformação que permite viabilizar, por exemplo, fórmulas de transação, conciliação e acordos preliminares à edição de atos administrativos, mormente em face da fragmentação da idéia de supremacia da Administração Pública (antiga característica do século XIX e da maior parte do século XX), fenômeno que se explica, em larga medida, pela relativização mútua dos princípios.* (...). FREITAS, Juarez. O Controle dos Atos Administrativos e os princípios fundamentais. 3ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p.26.

¹⁷ É o que aponta Maurer, com atualidade notável, ao afirmar que (...) *O contrato administrativo (jurídico-subordinativo) é hoje considerado genericamente como um “instrumento de regulação necessário e legítimo da administração”. Ele possibilita uma administração flexível e, sobretudo, que satisfaz também casos atípicos. Ele corresponde, em especial, às idéias de um administração moderna, democrática-estatal-jurídica, que vê o cidadão não só como mero súdito, mas como sujeito de direito independente e parte da administração e, por isso, segundo a possibilidade, o inclui co-responsavelmente no sucesso administrativo.* MAURER, Hartmut. Direito Administrativo Geral. Tradução: Luis Afonso Heck. São Paulo: Manole, 2006. p.425.

¹⁸ OST, François. **O tempo do direito.** Tradução Élcio Fernandes. Bauru, SP: Edusc, 2005. p.153.

sejam os contratos administrativos e os contratos privados da Administração, não trata do critério de estabelecimento dessa figura jurídico-administrativa.

O problema, ao que parece, reside no histórico fato de que, “embevecida com a descoberta” do contrato administrativo, a doutrina logo deixou de lado o debate de fundo (acerca de suas origens, substancialidade), para ocupar-se, mais e mais, de aperfeiçoar o novo instituto às mudanças que o tempo se lhe impôs.¹⁹

Porém, o novo Direito Administrativo reclama, em primeiro lugar, a necessária (re)leitura da relação de administração e do regime jurídico-administrativo incidente sobre os contratos, fundado, sobretudo, nos direitos fundamentais²⁰ e, por decorrência disso, vinculado direta e irrestritamente aos princípios (constitucionais) que regem à Administração Pública. No centro desse cenário é que se busca a fundamentação substantiva do contrato administrativo que, na sua essência, é tão jovem quanto o próprio Direito Administrativo²¹.

Identificados os critérios que determinam o contrato administrativo, no sistema jurídico brasileiro, serão traçadas algumas características do regime dominante dos

¹⁹ Aqui, fazemos coro às ponderações de ESTORNINHO: “*Embevecida com a sua “descoberta científica”, a doutrina cedo esqueceu a origem do contrato administrativo e dedicou todo o seu esforço ao aperfeiçoamento dessa nova noção.* ESTORNINHO, Maria João. *Requiem pelo Contrato Administrativo.* Coimbra: Almedina, 2003. p.21. Note-se que a ponderação da autora portuguesa se encaixa na nossa realidade.

²⁰ Rompendo com todos os “engessados conceitos” de há muito consolidados na doutrina nacional, Juarez Freitas e, posteriormente, Justen Filho, trabalham o Direito Administrativo intimamente ligado, antes de tudo, aos direitos fundamentais. Acerca dos direitos fundamentais e sua eficácia vide, por todos, WOLFANG SARLET, Ingo. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais.* 6ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

²¹ Constatação que é feita por vários juristas, dentre os quais CAETANO, para que: (...) *na verdade, as idéias fundamentais do Direito Privado que no continente europeu chegaram ao século XX foram elaboradas pelos jurisconsultos romanos. As suas instituições e de definições estão consagradas nos grandes monumentos jurídicos da época do Império, posteriormente glosadas e comentadas por ocasião do renascimento do Direito Romano na Idade Média e desde então são veneradas em todas as sociedades onde se manteve o essencial das tradições latinas quanto à fonte, natureza e efeitos das pessoas, à propriedade e posse de bens e sua transmissão em vida ou por morte, à garantia dos direitos. A evolução exigida pelas transformações sociais foi-se processando sempre arrimada a essa veneração conservadora que a estabilidade das concepções relativas às relações entre indivíduos tornou possível. Ao passo que o Direito Administrativo surge como sistema de doutrina apenas nos alvares do século XIX.* CAETANO, Marcelo. *Princípios Fundamentais do Direito Administrativo.* Rio de Janeiro: Forense, 1977. p.19. Como se vê, da lição do referido autor, ao passo que o direito administrativo estava para nascer, o direito civil (direito privado) já apresentava contornos bem definidos. Convém fazer a ressalva de que com isso não se está afirmando que, hoje, o direito civil não esteja baseado em paradigma diverso; ao contrário, o que se pretende afirmar é que a pouca idade da disciplina pode, por vezes, explicar a razão de algumas de suas discussões mais importantes. Nesse sentido, quadra transcrever importante ponderação de GONÇALVES. Para ele (...) *até ao século XX, a actuação da Administração fazia-se em geral através de formas e dos processos do direito privado: procedimentos que hoje se consideram claramente públicos eram regulados pelos institutos de direito civil (...). Mas, no final do século XIX, inicia-se uma fase que alguma doutrina qualifica por fase ou época da grande publicização(...).* GONÇALVES, Pedro. *O contrato administrativo (uma instituição do direito administrativo do nosso tempo).* Coimbra: Almedina, 2003. p.12-13. No mesmo sentido, a conhecida constatação de WEIL ao asseverar que (...) *o direito administrativo data unicamente do último terço do século passado. É um direito jovem, que sofreu, em menos de cem anos, uma rápida evolução. Cada uma das etapas que ultrapassou marcou-o, aliás, de forma indelével e, embora seja cômodo falar em termos de tempo e de crescimento, seria talvez mais exato evocar uma imagem geológica: a cada uma das idades corresponde uma camada diferente, tal como o direito administrativo actual comporta elementos que remontam a diferentes épocas e, portanto, derivam de concepções muito diversas. A compreensão deste fenómeno é essencial a quem queira conhecer esta disciplina e, melhor ainda, compreender os seus problemas mais fundamentais(...).* WEIL, Prosper. *O Direito Administrativo.* Tradução Maria da Glória Ferreira Pinto. Coimbra: Almedina, 1977. p.11.

princípios de Direito Público que se lhe aplica, a partir de uma (re)leitura da relação de Administração Pública, fundada na alocação inarredável dos princípios num patamar mais privilegiado do que as regras. Mas, aqui, já se pode vislumbrar o futuro.

Assentada a premissa fundamental segundo a qual o regime jurídico incidente sobre os contratos administrativos decorre dos princípios da Administração Pública (centrados nos direitos fundamentais) é que se poderá cogitar da alteração unilateral legítima nos contratos administrativos, esta que, sobretudo nas concessões de serviço público, afigura-se verdadeiro exercício de um dever fundamentado no interesse público de ajustamento do contrato, limitada, bem por isso, pelo princípio da intangibilidade da equação econômico-financeira.

5 CONCLUSÕES

1. O surgimento do contrato administrativo no sistema francês decorreu de uma especial interpretação conferida ao princípio da separação dos poderes e da repartição de competência jurisdicional (critério da jurisdição competente). No primeiro momento de promoção dos estudos relativos à teoria dos contratos administrativos, os autores identificam a autonomização processual (tão-somente) de determinados contratos da Administração, por intermédio do critério da forma e formalidades e, portanto, tratam do fenômeno sob prisma meramente extrínseca ao contrato. Nesse passo, o primeiro impulso doutrinário foi o de comparação entre contratos administrativos e contratos privados.

2. A “substantivação” da identificação do contrato administrativo surge da verificação de que existem contratos administrativos e contratos privados da Administração, submetendo-se os primeiros à jurisdição administrativa e estes à jurisdição comum, baseado no critério de natureza jurídica das partes. Entretanto, com a substantivação do critério de identificação do contrato, passou-se a analisar os contratos a partir de diferentes critérios (imediata utilidade, objeto do serviço público, cláusulas exorbitantes, cláusulas exorbitantes/serviço público, regime exorbitante, ambiente exorbitante).

3. Com a ocorrência de uma verdadeira sucessão de critérios pode-se afirmar que não se estabeleceu um critério único de identificação dos contratos administrativos, e que o único modo de diferenciação dos contratos reside na identificação de seus elementos substantivos. O regime jurídico-administrativo diferencia-se, nessa medida, impondo a singularidade dos contratos administrativos, também em relação aos chamados contratos privados da Administração. No cenário francês venceram as idéias que separaram os contratos administrativos dos contratos privados da Administração,

tanto por conta da legislação que assim estabeleceu, quanto pelo entendimento doutrinário e jurisprudencial.

4. O sistema alemão, em oposição ao francês, inicialmente negou a existência de contratos administrativos sob o argumento de que tais situações jurídicas não seriam mais dos que atos administrativos unilaterais ou, quando muito, de figuras híbridas; além disso, a ausência de substancialidade suficiente para erigir os contratos administrativos fez com que fosse aceita tão-somente a categoria dos contratos jurídico-privados da Administração.

5. Paulatinamente, este sistema foi flexibilizando seu entendimento e alinhando-se às concepções menos autoritárias do Direito Administrativo, de modo que a doutrina passou a aceitar o contrato de direito público, o qual teria o mesmo efeito jurídico do que um contrato de direito privado. Este posicionamento, entretanto, excluiu dessa possibilidade o contrato de concessão de serviço público (ou, ainda, por ato bilateral, convenção-união) e, mais do que isso, manteve um sentido para o contrato administrativo, relativamente ao conceito francês. Isso porque foi concebido como um modo alternativo de atuação da Administração Pública, relativamente ao ato administrativo.

6. Ao longo dos anos 50 formulou-se, no sistema alemão, a teoria do Direito Privado da Administração, fundada na idéia segundo a qual não há óbice ao uso de mecanismos de direito privado para o desempenho de funções que tenham por finalidade o interesse público. O critério de que lança mão a doutrina para definição do âmbito de aplicação do Direito Privado da Administração é o do imediato cumprimento das propostas da Administração ou de fins públicos, por intermédio da participação em relações jurídicas típicas de direito privado.

7. A grande mudança de entendimento, no sistema alemão, deu-se por oportunidade da entrada em vigor, em 1977, da Lei do Procedimento Administrativo, quando considerável parcela da doutrina passou a aceitar o contrato administrativo com base no argumento de que seu fundamento legal consta expressamente do §54 da VwVfg.

8. A formação originária do Direito Administrativo no contexto jurídico-italiano deixou um amplo espaço para a utilização do direito privado, tanto assim que passados mais de vinte anos da unificação italiana, firmou-se, primeiramente na ciência da matéria, e, posteriormente, com reflexo na jurisprudência, uma tendência publicista, por assim dizer, unilateral. Este movimento foi, posteriormente, substituído por uma espécie

de “publicização generalizada”, o que se fez tão-somente por conta do implemento de novas formas interpretativas das normas jurídicas italianas. No sistema italiano, enfim, os autores nem objetam nem questionam a natureza privada de contratos privados celebrados para a consecução de fins públicos.

8. Alinhando-se, com particularidades, às teses alemãs, parte da doutrina administrativista italiana refutou a idéia de que pudesse o *contratto del diritto pubblico* (e, por conseqüência, dos contratos administrativos) configurar, efetivamente, relação contratual, aceitando tais relações como *atti di sottomissione*, nos quais a vontade do particular serve tão-somente de elemento de validade do ato administrativo unilateral

9. Somente na década de 90, talvez por conta do estímulo alemão, é que leis italianas passaram a dispor, ao elaborar as regras do procedimento administrativo, acerca do contrato ou do acordo como forma de atuação administrativa, como alternativa ao ato administrativo. Assim, aceita-se a existência de contratos de direito público (à semelhança do modelo alemão), v.g. contrato de função pública e contrato de concessão, ao lado dos contratos jurídico-privados, os quais têm cumprem a precípua função de garantir o bom funcionamento da Administração, sendo utilizados para aquisição de bens e serviços (referidos contratos, no entanto, são submetidos ao regime legal determinado no Código Civil e de Comércio, motivo pelo qual são julgados pelos tribunais civis).

10. Os contratos administrativos surgem, no Brasil, por influência direta do direito francês, no entanto, a legislação, de início, não acompanha este movimento. Encontram-se, de um lado, dois autores, no Brasil, que acolheram a tese da inexistência de um contrato administrativo e, de outro, à quase unanimidade a doutrina acolhendo, de há muito, referidos contratos.

11. Decorridas sucessivas alterações legislativas, hodiernamente, os contratos administrativos são estabelecidos por intermédio de uma série de leis que impuseram inclusive a criação de modalidades semelhantes àquelas pertencentes ao sistema francês, a exemplo da concessão de serviços públicos.

12. Identifica-se, atualmente, a cisão em três correntes diferentes no que concerne aos contratos administrativos; a primeira, que nega sua existência; a segunda, que faz a diferenciação entre os contratos administrativos e o contratos privados da Administração e, por fim, aquela que norteia o presente estudo, que entende que todos os contratos celebrados pela administração são contratos administrativos. Com isso, pretende-se assentar que sobre todos os ajustes celebrados pela Administração

submetem-se ao regime jurídico-administrativo, sendo que a utilização de mecanismos de direito privado para realização das contratações em nada tem o condão de afastar os princípios que sobre elas incidem.

13. No primeiro momento do contrato administrativo, no sistema brasileiro, ao passo que a doutrina já adotava e apontava traços característicos deste instituto em consonância com o posicionamento francês, verifica-se que, analisada a legislação da época, bem como as decisões judiciais, o acanhamento de aceitação do instituto era evidente, de sorte que a própria legislação determinava a aplicação de regras privadas.

14. No andar dos tempos, entretanto, houve uma sucessão de critérios para definição dos contratos administrativos e, além disso, uma verdadeira mescla entre eles: i. ajustes efetuados pela Administração Pública direta e indireta (critério da natureza jurídica das partes); ii. previsão de prerrogativas da Administração (critério das cláusulas exorbitantes); iii. “ajustes” em sentido amplo, em que haja formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas (critério estatutário); iv. estipulação de um regime próprio de aplicação (critério do regime jurídico exorbitante), inclusive com incidência nas formas “privatísticas” de contratação. Contudo, verifica-se a subsistência de pelo menos um critério substancial, qual seja a presença da Administração num dos pólos do ajuste.

15. A distinção de critérios para identificação dos contratos administrativos no que se refere aos contratos administrativos e os contratos privados da Administração resta adstrita tão-somente ao plano formal, não existindo, portanto, qualquer análise de substancialidade numa ou noutra modalidade contratual. A questão, nesse passo, parece residir no fato de que a legislação prevê a utilização de contratos reconhecidos no direito privado para aquisição de bens ou contratação de serviços pela Administração. A conclusão atilada por parcela da doutrina é que sob tais ajustes não haveria lugar para falar-se na existência de “prerrogativas” da Administração. Mesmo que essa mesma doutrina reconheça a debilidade do critério de distinção, contratos privados da Administração/contratos administrativos, em face do disposto nos arts.54, 62, §3º da Lei 8.666/93, a tese subsiste calcada fundamentalmente no campo das regras.

16. Entrementes, a análise do contrato administrativo sob o ponto de vista do critério substancial, observada no presente estudo, tem o condão de determinar a inarredável aplicação do regime jurídico-administrativo e, por conseqüência, o regime jurídico dos contratos públicos sob todas as formas de contratos administrativos. Isso porque do ponto de vista substancial dos contratos administrativos, repisa-se, não

existem contratos privados da Administração, sendo que todos os contratos são administrativos porque se sujeitam ao peculiar regime de direito público, historicamente tido como “derrogatório do direito comum”.

17. O regime jurídico-administrativo, conformado por princípios que norteiam a atividade contratual da Administração permite com que a análise dos contratos seja alçada ao patamar dos princípios. Nesse passo, a relação de administração vinculada à implementação dos direitos fundamentais faz com que todos os ajustes administrativos sejam regulados por princípios de direito público, mesmo quando instrumentalizados por contratos de feição privada. Basta uma singela leitura dos exemplos trazidos da jurisprudência para que se possa verificar que uma vez identificados elementos substanciais, o regime aplicável aos contratos é preponderantemente público.

18. Em razão disso, pode-se falar na fundamentalidade da existência das chamadas “cláusulas exorbitantes”, as quais se afiguram instrumentos por meio dos quais são concretizadas finalidades públicas nos contratos, muito embora não sejam “cláusulas” na acepção jurídica comum. Antes disso, elas constituem deveres-poderes que vinculam à atuação do administrador público em face dos contratos administrativos.

19. De uma correta leitura do conteúdo da Lei de Licitações, em especial do art.62, §3º, verifica-se que são estendidos aos contratos celebrados por mecanismos provados a aplicação dos dispositivos de desestabilidade do vínculo contratual.

20. Também decorre do sistema administrativo francês a possibilidade de modificação unilateral dos contratos administrativos, de acordo com a melhor doutrina e com a recente jurisprudência do *Conseil d'Etat*.

21. A modificação unilateral do contrato administrativo constitui um dever decorrente de uma necessidade que emerge de uma relação jurídica contratual-administrativa vinculada ao interesse público, que impõe à Administração-contratante modificar unilateralmente o ajuste para sua adequação, limitada pela intangibilidade da equação econômico-financeira.

22. A alteração unilateral dos contratos administrativos, no mais das vezes, será instrumentalizada por intermédio de um ato administrativo (v.g.aditivo contratual) que, à luz dos princípios de direito público, deve observar todos os direitos constitucionais do contratado privado.

23. A substancialidade que identifica os contratos administrativos impõe que sobre os mesmos, sempre que existente hipótese concretamente aferível de afastamento

do desiderato inicial, sob o influxo do interesse público, se imponha à Administração o dever de modificação unilateral, observados os limites explícitos na legislação vigente.

24. Não há negar a importância crescente dos serviços públicos na atualidade. À medida que cresce de importância essas essenciais prestações, com o tempo, cada vez menos é o Estado o responsável direto pela sua execução. Ao contrário, criou-se um verdadeiro cenário no qual os atores são empresas privadas de grande porte, que, por delegação fazem as “vezes” de Estado. O instrumento jurídico mais importante relacionado à prestação dos serviços públicos é o contrato de concessão de serviços públicos, que, atualmente, representa as modalidades de “concessão comum” ou “concessão de obras públicas”, “concessão administrativa” e “concessão patrocinada”. Referido instrumento é tido como um dos mais típicos exemplos de contrato administrativo por natureza.

25. Na esteira do entendimento trabalhado no presente, o contrato de concessão de serviço público é um contrato administrativo trilateral por intermédio do qual o concedente transfere ao concessionário, temporariamente, a prestação de um serviço público essencial ao usuário (e, por vezes, à Administração), vinculada aos princípios que compõem o regime jurídico-administrativo, assegurando-lhe, para tanto, a remuneração por intermédio do pagamento de tarifas ou de subvenções públicas e à intangibilidade do equilíbrio econômico-financeiro.

26. No que diz com o espaço interno da relação jurídica contratual na concessão, sublinhe-se a manifestação de autonomia formal entre concessionário e concedente, aquele se sujeitando ao controle e fiscalização deste, o que em nada desnatura a relação contratual. Convém recordar-se que a concessão de serviços públicos é um contrato que se submete ao regime jurídico-administrativo e, portanto, nele integram cláusulas denominadas “exorbitantes”, todas fundadas nos princípios de direito público e, desta forma, legítimos instrumentos para sua implementação.

27. Na exata medida em que o concessionário se submete voluntariamente às condições estipuladas no edital de licitação, inclusive sujeitas à renovação antes da assinatura do contrato e até mesmo depois de formada a relação contratual (excepcionalmente), o poder concedente se vincula à atuação diligente na observância da equação econômico-financeira, inclusive ao “restabelecimento concomitante” ditado na lei de concessões. Impende que se reconheça que a intangibilidade da equação econômico-financeira do contrato assume patamar de equivalência direta em relação ao interesse público manifestado na alteração do pacto.

28. Consideram-se essenciais, nos contratos administrativos, modo geral, cláusulas que façam referência ao seu objeto, área de abrangência, prazo, preço do serviço, critérios e procedimentos para reajuste e revisão das tarifas, os direitos e deveres dos usuários, enumeração de encargos do concessionário, direitos e deveres relativos à expansão dos serviços, aplicação das penalidades administrativas, reversibilidade dos bens, causas de extinção, dentre outras.

29. As tarifas constituem um dos elementos mais importantes dos contratos de concessão, daí o motivo pelo qual imprescindível que, previamente a sua fixação, seja o poder concedente compelido à elaboração de estudos que permitam visualizar o impacto destas, tanto no que tina ao equilíbrio dos contratos, prazo de sua duração, bem como à obediência ao princípio da modicidade.

30. Ao passo que a revisão tarifária poderá resultar de: (a) alteração unilateral do contrato; (b) superveniência medidas gerais emanadas pelo Poder Público, isto é, que não digam com o contrato de concessão, mas que de qualquer sorte atinjam-no, especialmente no que diz com a equação inicialmente ajustada (fato do príncipe); (c) ocorrência de eventos imprevistos e que incidam sobre a parte econômica do contrato (teoria da imprevisão), o reajuste nos contratos de concessão não guarda natureza de instrumento de atualização da tarifa apenas para cobrir custos e lucros, uma vez que a parcela que se refere à amortização do investimento efetuado pelo concessionário não constitui custo da prestação do serviço público. Nesse passo, deve ser reajustada com base em índice geral, que não deve refletir a variação dos preços dos insumos necessários à prestação do serviço, e serve também para eventual correção a parcela relativa à amortização do investimento.

30. Entende-se, pacificamente, que decorre da essência do contrato de concessão de serviços públicos a possibilidade de alteração das cláusulas relativas à prestação do serviço público (ou regulamentares). Porém, a única fonte regulamentar competente para exercício de modificações unilaterais dos contratos de concessão é a lei.

31. Ocorre que, por vezes, a alteração das cláusulas ditas regulamentares dos serviços públicos pode implicar, sem que seja esse o propósito, alteração da parte intangível do contrato, qual seja a equação econômico-financeira, o que implicará no direito do concessionário ao restabelecimento dos benefícios pelo aumento de encargos.

32. Observa-se que diversas são as situações nas quais poderá ocorrer a quebra/alteração da equação econômico-financeira do contrato, a exemplo da edição de leis ou até mesmo por decisões judiciais.

33. O artigo 9º, §4º da Lei de Concessões estabelece que a recomposição da equação econômico-financeira dos contratos deverá ser concomitante à ocorrência das situações de instabilidade seja por conta das alterações unilaterais no pacto pelo concedente, seja por decorrências outras. Bem por isso que uma exegese mais adequada do dispositivo tende a levar o interprete à conclusão de que tão logo se façam presentes as condições para implementação de uma nova tarifa, essa será medida que se impõe. Por certo, todos os prejuízos decorrentes desse lapso de tempo entre a efetivação do ato unilateral modificador e a vigência da nova tarifa deverão ser suportados pelo concedente, configurando justo pleito do concessionário. Além disso, acaso ocorra “omissão abusiva” na sua recomposição, novamente, terá o concessionário direito ao pleito indenizatório, calculado a partir de todos os prejuízos aferíveis da inércia proposital do concessionário.

34. Em suma, o que se tem é que os contratos administrativos, dada sua substancialidade, submetem-se à incidência de um regime jurídico diferenciado, de sorte que a relação de administração que consubstancia o ajuste permitirá, sempre que fundado em razões de interesse público, a alteração do vínculo, o qual se traduz em dever do administrador, encontrando restrições do ponto de vista do princípio da reserva legal e, ainda, no princípio da intangibilidade da equação econômico-financeira.