

de do serviço e inviabilizar a satisfação das necessidades da comunidade no futuro.

Enfim, não se pode admitir que a complexa operacionalização da concessão, com longos estudos sobre diversas alternativas, desenvolvimento de procedimento licitatório e formalização contratual subsequente, sejam meros pretextos para o Estado apropriar-se sem indenização do patrimônio privado. Se o particular executou certas prestações que asseguraram a ampliação qualitativa e quantitativa do serviço público, tal se relacionou à obtenção de resultados lucrativos empresariais. Não se admite que o Estado ignore essa circunstância e invoque sua condição de sujeito de direito público para eximir-se de deveres instituídos e delimitados por ele próprio.

Dat a conclusão de que o inadimplemento do poder concedente aos deveres derivados da concessão merece repressão severa, especialmente por configurar uma espécie de contratação insuperável e injustificável em face dos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito.

VIII.7) Modificação das Condições Contratuais Originais

Como sabido, incumbe ao poder concedente a competência para produzir unilateral ou bilateralmente modificações nas condições. O tema apresenta tamanha relevância para o Instituto da concessão que já foi enfocada inúmeras vezes, ao longo dos capítulos anteriores. Isso não elimina o cabimento de um sumário dos princípios e regras aplicáveis nessa matéria.

VIII.7.1) A transformação da "prerrogativa extraordinária" em competência ordinária

Antes de tudo, insista-se em que se configura uma competência estatal subordinada aos princípios fundamentais do Estado Democrático de Direito. Não há cabimento, a não ser numa acepção puramente histórica, aludir a *prerrogativa estatal* ou "poder exorbitante", eis que se trata de um dever-poder atribuído à Administração para a realização do bem-comum. Configura-se o exercício de uma função estatal. Portanto, a competência de alteração das condições da concessão não se exerce como manifestação de algum poder absoluto ou incontrolado, relacionado a concepções não mais vigentes da superioridade estatal em face dos particulares.

O enquadramento do poder de promover alteração unilateral da concessão ao regime democrático de Direito impede sua instrumentalização para fins desvinculados da satisfação dos interesses coletivos. Mais ainda, submete o poder estatal ao respeito aos direitos e garantias do próprio concessionário.

Portanto, não se admite alteração fundada na mera invocação do interesse estatal ou da conveniência do príncipe. Por outro lado, também não legitima o puro e simples sacrifício de interesses privados, sob argumento de que tal se impõe para satisfação do interesse coletivo ou do bem-comum.

O Estado Democrático de Direito significa uma fórmula de equilíbrio para a realização conjunta e harmônica do interesse público e do interesse privado, incumbindo à Administração uma espécie de intermediação entre as diversas instâncias.

Insista-se, portanto, sobre a integral aplicação ao caso de todos os instrumentos destinados a limitar e controlar a atividade estatal, inclusive o devido processo legal.

VIII.7.2) A alteração de condições originais concebidas para a outorga

Admite-se a alteração das cláusulas atinentes às condições da prestação do serviço. São as chamadas cláusulas regulamentares ou de serviço, que disciplinam o conteúdo das prestações, o modo de sua execução, os padrões de qualidade, os limites qualitativos e quantitativos e outras características da atividade em que se materializa a prestação do serviço público. Quando se tratar de concessão de serviço relacionada com obra pública, a competência estatal examinada abrangera inclusive o conteúdo e a programação original dessa obra.

Essas condições regulamentares tinham sido fixadas e determinadas por ocasião da configuração da outorga. Portanto, cogia-se de uma alteração superveniente das condições originalmente adotadas. Fica evidente, então, que a competência ora examinada não se traduz na faculdade de omitir a fixação, no momento anterior à própria elaboração do ato convocatório da licitação, das condições da prestação do serviço. O poder concedente está obrigado a promover, de antemão, a avaliação sobre as soluções mais satisfatórias e condizentes com o interesse público. A disputa entre os potenciais interessados faz-se tomada em vista as condições estabelecidas pelo poder concedente, formalizando-se a outorga em favor do licitante que tiver formulado a proposta mais vantajosa.

Cogia-se de alteração superveniente na medida em que se constatar, posteriormente, a inadequação do modelo original. Verifica-se que ou a Administração se equivocou ao configurar a outorga ou ocorreram eventos supervenientes que tornam inviável ou inadequada a manutenção da conformação primitiva. Pode, mesmo, ocorrer uma mera revelação de circunstâncias já existentes à época da outorga, mas que eram então desconhecidas - se conhecidas fossem, outra teria sido a solução consagrada.

A natureza do problema verificado pode ser variada. Podem constatar-se questões técnicas, em que a opção técnica originalmente prevista revele-se incompatível com a prestação do serviço público adequado. Pode haver dificuldade econômico-financeira, na medida em que se revela que o custo dos investimentos necessários à implementação do serviço foi subestimado por ocasião da outorga ou sofreu significativa elevação em virtude de eventos posteriores. Pode, inclusive, constatar-se a inadequação político-social da concepção, na acepção de que a forma da prestação ou a remuneração pactuada é incompatível com o interesse dos usuários. O elenco anterior é meramente exemplificativo.

Em termos objetivos, reconhece-se o cabimento da modificação em virtude da existência de uma dissonância entre as condições previstas por ocasião da outorga, consagradas no contrato de concessão, e a satisfação dos interesses coletivos. Manter as condições originalmente pactuadas significaria produzir a frustração do bem-comum, na medida em que não se reconheceria a existência de um serviço público adequado.

Dat se pode extrair que a modificação das condições originais da concessão não envolve uma prerrogativa, mas um poder que se justifica como meio para realizar do modo mais satisfatório o bem-comum.

Mais ainda, não se admite a modificação unilateral sem a evidencição da existência dessa discordância entre a solução consagrada na outorga e a realização do bem-comum. Ou seja, não é possível que o poder concedente introduza alteração mediante a mera invocação da competência para tanto. É inválida a alteração que se funda exclusivamente na titularidade da competência, o que

equivalaria à existência de um poder absoluto, incondicionado e incompatível com a concepção democrática da atividade administrativa. A competência para modificação foi outorgada *para* assegurar a realização do bem-comum, mas é condicionada à comprovação da inadequação da solução original, o que pressupõe indicar a ocorrência superveniente de um fato modificativo ou reconhecer a incorreção da concepção original.

VIII.7.3) A impossibilidade de alteração da equação econômico-financeira

A configuração das cláusulas de serviço envolve a determinação dos encargos do concessionário. Esses encargos, tal como concebidos originalmente, foram considerados para a determinação das vantagens a serem extraídas da concessão. Então, a equação econômico-financeira original foi modelada tomando em vista os encargos constantes das cláusulas de serviço, dias regulamentares. Ao introduzir a alteração nessas cláusulas, é imperioso respeitar a relação original entre encargos e vantagens.

Isso equivale a afirmar que a alteração unilateral será válida na medida em que a modificação produzida no âmbito dos encargos não altere sua dimensão nem afete as vantagens daí extratáveis.

Se, porventura, as alterações atinentes às cláusulas de serviço afetarem encargos ou vantagens, deverá ser adotada *obrigatoriamente*, de modo concomitante, providência que assegure a manutenção da equação econômico-financeira original.

VIII.7.4) Critérios de avaliação da relação entre encargos e vantagens

A avaliação da relação entre encargos e vantagens não é uma questão puramente opinativa nem se faz por meio de avaliações produzidas pelo conhecimento vulgar. Existem questões técnicas e econômicas envolvidas, o que pressupõe o recurso ao conhecimento especializado. Têm de ser considerados os diversos efeitos gerados pelas modificações, inclusive no tocante a cronogramas físico-financeiros. O custo financeiro dos recursos necessários à execução da obra será modificado, o que afeta a relação original entre encargos e vantagens. Isso significa impossibilidade de alteração do cronograma? Não, desde que sejam adotadas outras providências que compensem esses efeitos.

Sempre existe, no entanto, grande dificuldade para avaliar objetivamente a manutenção da relação original entre encargos e vantagens. Sob o prisma econômico, costuma-se resolver essa questão por meio de dois instrumentos específicos. Trata-se da TIR - Taxa Interna de Retorno ou do VPL - Valor Presente Líquido. São duas concepções distintas para traduzir financeiramente os encargos e as vantagens. Basicamente, a TIR envolve uma avaliação financeira entre os diferentes fatores, do que resulta um cálculo porcentual sobre a margem de retorno dele extratável. Já o VPL consiste numa projeção de antecipação dos encargos e das vantagens, os quais sofrem um desconto a partir de taxas fixadas em função do período futuro de concretização da despesa ou da receita. Portanto, quanto mais distante no tempo futuro a receita ou a despesa, tanto menor será seu valor presente.

Ressalte-se que não é possível afirmar, com absoluta certeza, qual dos dois instrumentos é o mais correto. Nem cabe averiguar se o resultado por eles expresso é exatamente correto. Sua utilização pressupõe, sempre, a padronização

de critérios para avaliação da configuração original e daquela resultante de uma modificação superveniente.

Fixada a TIR em 18%, deve ela ser mantida em face de eventuais modificações ocorridas. O grande problema surgirá na medida em que haja disparidade de critérios para avaliar os diferentes encargos e vantagens.

Ressalte-se que essas questões afiguram-se como de grande complexidade para os leigos, mas são tratadas com relativa satisfatoriedade pelos especialistas. Essa advertência final destina-se a acenar a necessidade de recurso ao conhecimento técnico-científico especializado para avaliar os efeitos de qualquer modificação promovida no âmbito da concessão.

VIII.7.5) Os limites para a alteração da concessão

Uma discussão que não é simples envolve os limites para a alteração unilateral (ou consensual) da concessão.

VIII.7.5.1) A problemática da observância do devido processo legal

Como assinalado, o dever-poder de alteração do contrato não tem por fonte imediata a previsão contemplada no edital ou no ato convocatório. Deriva da natureza da concessão e dos poderes atribuídos ao poder concedente para assegurar um serviço público adequado. Daí não se extrai, no entanto, que a disciplina contemplada nos atos reguladores da licitação e no instrumento contratual seja irrelevante ou destituída de qualquer eficácia. É perfeitamente possível (necessário, aliás) que o exercício do dever-poder de modificação contratual seja conformado, regulamentado e disciplinado pelo próprio poder concedente, no tocante ao modo de seu exercício.

Essas cláusulas destinam-se a reduzir os riscos dos particulares e submeter a competência estatal ao princípio do devido processo legal. Assim, por exemplo, é plenamente vinculante para as partes a regra editalícia que subordine a alteração contratual à adoção de procedimento predeterminado, em que a extensão das necessidades a serem atendidas seja comprovada de modo objetivo. Cláusulas com esse perfil não podem ser interpretadas como mera faculdade para o poder concedente. Ou seja, não é possível ignorar a existência dessa disciplina e entender que a natureza pública do interesse a ser atendido ou das competências existentes conduziriam à possibilidade de o poder concedente atuar sem observância a qualquer limite procedimental (por ele próprio) fixado. Aliás, essa interpretação conflita com todas as concepções vigentes no âmbito do Direito Público, as quais tutelam a submissão do exercício das concepções estatais ao devido processo legal.

Se não existirem cláusulas específicas atinentes ao tema, aplicar-se-ão os princípios gerais relativos ao processo administrativo.

Portanto, um limite fundamental a ser observado pelo poder concedente a propósito de modificações das condições originais da outorga envolve a observância do devido processo legal. Não é cabível que o poder concedente, invocando a titularidade da competência, produza ato modificatório sem submissão ao processo e ao procedimento cabíveis.

VIII.7.5.2) Inaplicabilidade do art. 65, §§ 1º e 2º, da Lei nº 8.666

A temática da modificação das condições originais da concessão não pode ser enfocada à luz dos limites contemplados no art. 65, §§ 1º e 2º, da Lei nº 8.666.

Esses dispositivos externam princípios compatíveis com contratos de natureza distinta da concessão. São hipóteses em que os recursos pertinentes à contratação são de responsabilidade do Estado. A fixação dos limites previstos nos aludidos dispositivos reflete uma grande preocupação com o controle dos dispêndios estatais. Isso fica evidente quando se determina a impossibilidade de modificação além de certos limites nem mesmo diante da concordância do particular - o que comprova que a tutela legal não se orienta, nesse passo, a proteger o interesse do contratado.

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.

VIII.7.5.3) A problemática da vinculação da outorga à licitação

A questão fundamental que se coloca, então, é a tutela ao princípio da obrigatoriedade da licitação. Não que o tema não apresente relevância no âmbito dos contratos disciplinados pela Lei nº 8.666 - a questão terá pertinência sempre que houver licitação precedendo um contrato administrativo. Nesses casos, a utilidade da licitação depende de a contratação se conformar com as condições do certame. De fato, não teria maior sentido promover uma licitação, convocando interessados a formular proposta para executar um certo objeto, em condições determinadas, e realizar contratação envolvido condições e objeto diverso.

Bem por isso, a consagração do princípio da obrigatoriedade da licitação é sempre acompanhada do princípio da vinculação da contratação às condições da licitação.

Levada a questão às últimas consequências, ter-se-ia de negar o cabimento às alterações contratuais no âmbito dos contratos administrativos. Ou seja, se-quer alterações consensuais poderiam ser cogitadas.

Ora, essa conclusão não pode ser prestigiada, eis que uma das características mais essenciais dos contratos administrativos (e das concessões, em especial) consiste na mutabilidade das cláusulas contratuais.

A imposição da imutabilidade do contrato administrativo, por homenagem ao princípio da obrigatoriedade da licitação, acabaria gerando efeitos maléficoss insuperáveis. O Estado e a Sociedade teriam de suportar uma contratação cujos termos se evidenciassem como insatisfatórios. O interesse coletivo seria sacrificado, na medida em que seria executada contratação oferecendo prestações inúteis, onerosas ou inadequadas para satisfação das necessidades correspondentes.

Evidencia-se situação em que dois princípios concorrem entre si, produzindo efeitos contrapostos: A supremacia e indisponibilidade do interesse público exige a alteração das cláusulas originais. A obrigatoriedade da licitação impõe a vinculação da contratação às condições originais contempladas na licitação.

Escolher um único dentre os dois princípios para ser realizado em termos absolutos correspondente ao sacrifício absoluto do outro. Isso é incompatível com a Constituição, que alberga o princípio da proporcionalidade precisamente para enfrentar situações dessa ordem. Daí se extrai que nenhum dos dois princípios será realizado integralmente, produzindo-se uma compatibilização entre ambos.

Como decorrência, pode dizer-se que cabem alterações mas deverão ser respeitadas certos limites. Impor-se-á a adoção da solução que produzir menor

lesão aos interesses coletivos e individuais envolvidos - segundo o princípio da proporcionalidade, que se traduz, no âmbito da concessão, no princípio da asociação.

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: a invocação do respeito às condições originais não pode conduzir à manutenção de cláusulas inadequadas.

Deve produzir-se a alteração necessária a assegurar a maior adequação possível dos serviços públicos objeto da concessão, ainda que isso importe alteração significativa das condições contempladas na licitação.

VIII.7.5.4) A manutenção da identidade do objeto da concessão

O que não se admite é a transmutação do objeto da concessão. Alterações significativas não equivalem à alteração de condições essenciais, que delimitam o universo dos licitantes e refletem a escolha por uma certa concepção inconfundível dentre várias possíveis para a implantação do serviço público.

VIII.7.6) A vedação à alteração unilateral indutiva ou disfarçada

O rigor na proteção à intangibilidade da equação econômico-financeira da concessão dá oportunidade a situações concretas, em que o poder concedente pretende introduzir alterações - mas não pretende dar oportunidade à implementação dos efeitos correspondentes. Quer-se a modificação das condições originais, mas sem a recomposição da equação econômico-financeira. A solução prática encontrada consiste na tentativa de ocultação da configuração de alteração, impondo-se ela de modo indireto ou disfardado. Os casos mais evidentes envolvem as tarifas, reputadas como muito elevadas. Diante da dificuldade de produzir a pura e simples redução tarifária, o poder concedente desencadearia uma pluralidade de providências acessórias, aptas a produzir efeitos equivalentes. Num período pretérito, a solução residia em introduzir benefícios tarifários, hipótese que se tornou praticamente inviável em face do disposto no art. 35 da Lei nº 9.074 (objeto de comentários em capítulo anterior). Presentemente, tem-se verificado uma série de práticas indiretas orientadas à supressão de vantagens ou ampliação de encargos do particular.

Em assim agindo, as autoridades concretizam sério desvio de poder. Confira-se a doutrina do Min. SEABRA FAGUNDES, aplaudida por CELSO ANTÔNIO BANDERA DE MELO, no sentido de que "Há desvio de poder quando o agente vale-se de uma competência para alcançar finalidade não abrigada por ela. Disto resulta uma desconformidade *objetiva* entre a norma de competência e o ato praticado."¹⁵

CHAPUS destaca que o desvio de poder se caracteriza não apenas quando o agente administrativo utiliza a competência estatal para buscar fins privados. Esclarece que "O fato de a autoridade administrativa ter tido em vista a satisfação do interesse público não exclui o desvio de poder, se esse interesse não era aquele a cujo serviço seu poder poderia ter sido legalmente exercitado."¹⁶

¹⁵ "Discricionariedade Administrativa e Controle Judicial", *Revista de Direito Público* 32/28.
¹⁶ *Droit Administratif Général*, cit., p. 1.006.

Examinando essa segunda hipótese, VEDER-DEVOLVÉ indagam "em que medida uma autoridade investida de certos poderes cujo fim principal é de caráter extra-financeiro, pode deles se servir para obter certos resultados pecuniários proveitosos ao serviço que ela administra?" Respondem que "A jurisprudência se mostrou desde longo tempo hostil a toda confusão entre os fins de interesse público em geral e o fim de interesse financeiro."¹⁷

Hipótese dessa ordem se aproxima da figura conhecida na doutrina francesa como "desvio de procedimento". Tal se configura quando a autoridade pública deixa de valer-se do procedimento previsto em lei como adequado para exercer certa competência, objetivando evitar as garantias asseguradas ao administrado. Diante disso, há uma alternativa:

"ou bem a autoridade administrativa acreditou, erradamente mas de boa-fé, que ela estava correta em utilizar-se do procedimento que escolheu e sua decisão é entranhada de erro de direito. Ou bem ela queria, por meio do procedimento escolhido, subtrair-se às restrições a que lhe expunha o procedimento que ela sabia ser o único adequado - e existe desvio de poder."¹⁸

Se o poder concedente reputar que o valor da tarifa é excessivo ou inadequado, é-lhe assegurada a faculdade de promover a redução por ato unilateral (respeitado o devido processo legal). Ou seja, há um procedimento previsto para obtenção de tal resultado. Não cabe produzir a redução por vias transversas, gerando situações de fato que propiciam aos usuários o não-pagamento da tarifa ou a sua redução (como a recusa a reajustes contratuais ou elevações de tarifa em virtude do implemento de condições contratuais).

Essas condutas infringem o Direito e não merecem tutela. Devem ser repi- midas, especialmente por configurarem uma modalidade de desvio de finalidade. Dá-se a substituição do procedimento previsto pelo Direito como adequada para atingir certo resultado mediante a utilização de outras competências ou procedimentos, cuja criação se relaciona com fins de natureza diversa. Lembre-se, tal como antes exposto, que a ordem jurídica assegura ao poder concedente a faculdade de rever tarifas, inclusive para as reduzir, em face do interesse público. Mas essa faculdade é acompanhada da garantia ao concessionário da recom- posição da equação econômico-financeira. Não se admite que, para evitar a ob- servância da garantia em prol do particular, o poder concedente oculte ou dis- farce seu intento, gerando o resultado pretendido de modo indireto e pretenden- do negar ao concessionário as garantias que lhe foram asseguradas e que são da inerência da concessão.

VIII. 7.7) Alterações unilaterais e alterações consensuais

A distinção entre alterações unilaterais e consensuais deve ser enfocada com cautela. De modo geral, a introdução de modificações no âmbito dos serviços refletirá decisões unilaterais produzidas pelo poder concedente. A consensualidade se afirmará a propósito do meio de recomposição da equação econômico-financeira.

A consensualidade apresenta relevância no tocante à desnecessidade de intervenção judicial para solucionar disputa sobre a recomposição da equação econômico-financeira.

Assinale-se que isso não equivale a afirmar que o poder concedente estaria legitimado a introduzir unilateralmente modificação nas cláusulas de serviço e remeter o concessionário à via judicial para produzir-se o restabelecimento da equação econômico-financeira. Essa alternativa é incompatível com os princípios constitucionais e, de modo específico, com o disposto no art. 9º, § 4º, da Lei nº 8.987, já referido anteriormente. Isso significa o dever formal de o poder concedente vincular a modificação unilateral à recomposição da equação econômico-financeira. Sem a recomposição concomitante, a modificação unilateral será nula. O particular poderá insurgir-se, isto sim, contra a solução adotada pelo poder concedente, apontando a ausência de restabelecimento da relação ori- ginal entre encargos e vantagens. Aliás e bem para evitar que o art. 9º, § 4º, trans- forme-se em letra morta, é imperiosa a observância do devido processo legal.

VIII. 7.8) A participação da comunidade

As alterações, mesmo unilaterais, deverão ser objeto de avaliação por parte da comunidade, pelos mesmos fundamentos pelos quais deverá ela intervir na formação do contrato de concessão. Isso não significa subordinar o aperfeiçoamento da modificação à concordância da comunidade, mas sim indicar a neces- sidade de participação da comunidade no processo administrativo correspondente - ainda que seja apenas para manifestar sua discordância com as soluções ado- tadas.

Insista-se na relevância dessa questão, especialmente pelo motivo prático de que muito mais facilmente serão desenvolvidas as atividades pertinentes à pres- tação do serviço público quanto mais transparente for a gestão da concessão perante os usuários.

VIII. 8) Homologação de Reajustes e Revisão de Tarifas

A questão foi examinada em capítulos anteriores. Ressalte-se, apenas, que o poder concedente não dispõe de alternativa para conceder ou negar livremente, reajuste ou revisão de tarifas. Presentes os pressupostos legais e contratuais, o Estado deverá alterar as tarifas (elevando-as ou reduzindo-as). Não se admiti- rá sequer a omissão do Estado como instrumento de evitar a decisão.

Uma vez preenchidos os pressupostos (temporais, por exemplo) do reajus- te, o poder concedente sequer necessitará aguardar provocação do interessado. Deverá, de ofício, implementar a homologação das novas tarifas.

Já os pleitos de revisão formulados pelo concessionário deverão traduzir-se em instauração de processo administrativo, a ser encerrado no mais breve espa- ço de tempo. No corpo desse processo, deverão ser consideradas apenas as pro- vas pertinentes e necessárias, sem eternização que equivale, em termos práticos, ao indeferimento do pedido. São frequentes os casos em que o poder conceden- te, diante da ausência de argumento para indeferir o pleito de reajuste, vale-se de expediente entranhado de desvio de finalidade, consistente em produzir as provas mais disparatadas e formular diligências intermináveis, sobre questões impertinentes. Tudo isso se destina a evitar o proferimento de decisão, caracte- rizando a frustração de direito garantido ao concessionário.

¹⁷ *Droit Administratif*, cit., t. 2, p. 337. Em sentido similar, FRANCIS-PAUL BÉNOT, *Le Droit Administratif Français*, Paris: Dalloz, 1968, p. 544.

¹⁸ RENÉ CHAPUIS, *Droit Administratif Général*, cit., pp. 1.009-1.010.