

FACULDADES INTEGRADAS ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO

FACULDADE DE DIREITO DE PRESIDENTE PRUDENTE

**O PODER DE MODIFICAÇÃO UNILATERAL DOS CONTRATOS
ADMINISTRATIVOS NAS CONCESSÕES DE SERVIÇOS
PÚBLICOS**

Paula Alves da Costa

Monografia apresentada como requisito parcial de Conclusão de Curso para obtenção do grau de Bacharel em Direito, sob orientação do Prof. Moacir Alves Martins.

Presidente Prudente

Novembro/2002

**O PODER DE MODIFICAÇÃO UNILATERAL DOS CONTRATOS
ADMINISTRATIVOS NAS CONCESSÕES DE SERVIÇOS
PÚBLICOS**

Trabalho de Conclusão de Curso aprovado
como requisito parcial para obtenção do Grau
de Bacharel em Direito.

Moacir Alves Martins

Orientador

Mário Coimbra

Examinador

Oswaldo Santos de Carvalho

Examinador

Presidente Prudente, 29 de novembro de 2002.

O que se desatou num só momento
não cabe no infinito, e é fuga e vento.

Carlos Drummond de Andrade.

Para Josué e Marli,
meus pais, e Marcelo meu irmão.

Lincoln e Edith,
meus avós.

Aos Tios José Odair, Marta e Marlene.

Fernanda, a doce prima e amiga “Fê”.

Odete, minha madrinha e eterna professora.

E aos Mestres: Moacir, Mário Coimbra e Osvaldo de Carvalho, todo o meu
respeito, carinho e admiração.

RESUMO

O presente trabalho analisa o contrato de concessão de serviço público, meio através do qual a administração delega a execução de um serviço ou obra que lhe compete ao particular para que explore por sua conta e risco, pelo prazo e nas condições pactuadas, mediante remuneração cobrada dos usuários, descrevendo seus caracteres e cláusulas principais, assim como os aspectos constitucionais da concessão de serviços públicos. O tema da pesquisa está inserido no campo do Direito Administrativo e fez uso de documentação direta, colhida através de livros, artigos de revistas jurídicas e legislação. Foi empregado os métodos de abordagem indutivo e dedutivo e o de procedimento monográfico. A modalidade é específica, intensiva, descritiva e analítica.

Foi dado especial destaque ao poder e limites que possui o ente público de modificar de forma unilateral as condições e cláusulas do contrato anteriormente pactuado, tudo para atender o interesse público, o que pode ser feito ainda que nenhuma cláusula expressa o determine. Aponta os requisitos, pressupostos, limites e procedimentos próprios que devem ser observados pelo poder público ao efetuar estas alterações.

A pesquisa abrangeu também a teoria geral das obrigações, tomando como obrigação a relação jurídica, de caráter transitório e econômico, estabelecida entre devedor e credor e cujo objeto consiste numa prestação pessoal, devida pelo primeiro ao segundo, garantindo-lhe o cumprimento através de seu patrimônio, comparando com o contrato administrativo, estabelecendo desse modo as semelhanças e diferenças entre os dois institutos. O trabalho discute ainda a aplicabilidade da teoria da imprevisão aos contratos administrativos.

PALAVRAS-CHAVE: contrato; equilíbrio econômico; concessão de serviço público; modificação unilateral; interesse público.

ABSTRACT

The present research analyzes the contract of concise of service public, from which the administration deluge the execution service or that he have to do from the particular to explore for your own count e risk, for prize and in the conditions contract, from remuneration that could be curbed from usurious, discerned the characters and principals clauses, like the constitutionals aspects of concise de services public's. The theme is inserted in the field of the Administrative Law and use direct sources of documentation, getting from the books, articles from juridical magazines and legislation. The methods employed are the monographic procedure, the inductive and deductive approach. The modality is specific, intensive, descriptive and analytical.

Special attention was given to the power and limits that the entree public have to modifier the conditions and the contracts clauses that were establish, everything to attend the public interest, what can be do although any clause permitted. The research views the requisites, presupposes, limits and owns procedures that the public power has to observe when he does those modifications.

The research arrange also the general theory of obligation, obligation the juridical relation, with a transitory character and economy, establish between divider and cruder and cog object consist in a personal presentation, that the first have to do to the second, guarantee the contract with your patrimony, comparing with the contract administrative, establish the sames and differences between the two institutes. The research discuss also the applicability of the improvise theory to the administrative contracts.

KEYWORDS: contract; equilibrium economic; concise of service public; modification unilateral; public interest.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	10
2 OBRIGAÇÃO CONTRATUAL. NOÇÕES GERAIS	11
2.1 Histórico do conceito de obrigação	11
2.2 Fontes das obrigações.....	12
2.3 Elementos das obrigações.....	12
2.4 Classificação das obrigações.....	13
2.5 Responsabilidade contratual.....	14
3 O DIREITO ADMINISTRATIVO	20
3.1 Formação do direito administrativo	20
3.2 Objeto do direito administrativo.....	25
3.3 Conceito de direito administrativo	26
3.4 A Administração Pública	29
3.5 Princípios da administração pública	30
3.5.1 Legalidade.....	31
3.5.2 Supremacia do interesse público	33
3.5.3 Impessoalidade	34
3.5.4 Presunção de legitimidade ou de veracidade.....	35
3.5.5 Especialidade.....	35
3.5.6 Controle ou tutela.....	35
3.5.7 Autotutela	36
3.5.8 Hierarquia.....	36
3.5.9 Continuidade do serviço público	37
3.5.10 Publicidade.....	37

3.5.11	Moralidade administrativa	38
3.5.12	Razoabilidade e proporcionalidade	39
3.5.13	Motivação	40
3.5.14	Eficiência.....	41
3.5.15	Segurança jurídica	41
4	SERVIÇOS PÚBLICOS	42
4.1	O conceito de serviço público	42
4.2	Classificação	44
4.3	Princípios	46
4.4	Permissão constitucional para delegação de serviços públicos.....	47
5	CONTRATOS ADMINISTRATIVOS	49
5.1	Idéia geral sobre contrato.....	49
5.2	O conceito de contrato administrativo	49
5.3	Legislação sobre contrato administrativo	50
5.4	Relação entre direito civil e administrativo no tocante ao direito das obrigações	51
5.5	Interpretação do contrato administrativo	53
6	CONTRATO DE CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO	55
6.1	Antecedentes e evolução da concessão	55
6.2	Natureza da concessão	56
6.3	Conceito e características	56
6.4	Principais cláusulas.....	59
6.5	Alteração unilateral do contrato.....	60
6.6	Fiscalização do serviço	60

6.7 Direitos do usuário	61
6.8 Extinção da concessão	62
7 ALTERAÇÃO UNILATERAL DO CONTRATO DE CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO	63
7.1 Concessão de serviço público e alteração de normas regulamentares	63
7.2 Ius variandi e reserva legal	63
7.3 Natureza do poder de instabilização do contrato	64
7.4 Formação de autoridade do ius variandi	65
7.5 Intangibilidade da equação econômico-financeira do contrato.....	65
7.6 Pressupostos fáticos do ius variandi	68
8 CONCLUSÃO	70
9 REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	71

1. INTRODUÇÃO

O Estado experimenta, nos dias atuais, verdadeiro surto de transferência de gestão de serviços públicos para a esfera privada, por conta do tão evidenciado processo de redução das dimensões estatais. Em consequência, o modelo de Administração Pública que surge, fundado sobretudo na substituição da responsabilidade de execução de tarefas públicas por uma espécie de “responsabilidade-garantia”, tem destacado o exercício de competências de programação, orientação e planejamento das entidades privadas, às quais se passa a confiar a prestação de serviços públicos.

Isto implica a necessidade de se estudar mais detalhadamente o instituto das concessões de serviços públicos, principalmente, no tocante ao poder que possui o ente público de alterar as condições originariamente pactuadas para melhor atender o interesse público buscado pelo contrato. “Esse poder *variandi*,” alerta o professor Fernando Vernalha Guimarães “parece estar hoje sofrendo uma sensível transformação teórica, especialmente naquilo que diz respeito com o seu âmbito de emanção, limites e pressupostos” (2000, p.12).

É necessário que se atente para o fato de que este poder, do qual se reveste o ente público de modificar o que anteriormente havia sido estabelecido com o particular, além de estar condicionado a observação de determinados pressupostos e limites quanto ao conteúdo da alteração manifestada, tem a formação de sua autoridade pautada por requisitos de produção do ato modificador, ocasião em que se exige a participação do contratante.

Entretanto, constantemente, o Poder Público, pela simples invocação da permissão genérica do *ius variandi*, tem efetuado modificações unilaterais no âmbito das concessões, não observando os requisitos procedimentais próprios, usando de regulação naquilo que é de contrato, agindo de forma arbitrária onde existe vinculação. Urge, então, estudar o “princípio da mutabilidade do contrato administrativo”, de maneira a compatibilizá-lo com a realidade.

2 A OBRIGAÇÃO CONTRATUAL. NOÇÕES GERAIS.

2.1 Histórico do conceito de obrigação

Embora tivessem noção desse instituto jurídico, os gregos não firmaram um conceito de obrigação. O filósofo Aristóteles dividiu as relações obrigatórias em voluntárias, provenientes de um acordo das partes, e involuntárias, aquelas oriundas de um fato do qual nasce uma obrigação. Já os romanos, chamaram as primeiras de obrigações *ex contractu* e as segundas *ex delicto*.

Colocou esse filósofo, entre as relações nascidas do acordo das partes, do contrato, a compra e venda, o mútuo e o comodato, depósito, dentre outras figuras contratuais; entre as relações obrigatórias involuntárias nascidas do ato ilícito cometido às escondidas o furto e o adultério, entre as relações obrigatórias involuntárias originárias de ato ilícito cometido com violência enumerou, dentre outros, o homicídio e o roubo.

Por outro lado, o velho Direito romano não conheceu o termo obrigação, o qual somente surgiu no Baixo Império, quando não mais se admitia a execução pessoal, isto desde advento, no século IV a.C., da Lei Poetélia Papíria.

Dessa forma, antes dessa Lei, a obrigação era vínculo meramente pessoal, sem qualquer sujeição do patrimônio do devedor, sendo que, estando o devedor vinculado à obrigação com seu próprio corpo, o credor tinha direito a seu cadáver. Daí não admitir o Direito romano, nessa época, a cessão e transferência de obrigação de qualquer espécie, pois a obrigação se apresentava com esse caráter pessoal, a vincular pessoas determinadas.

Com a evolução do conceito de obrigação, a sua execução, no caso de inadimplemento, passou da pessoa do devedor para o patrimônio deste.

Pode-se, hoje, conceituar obrigação como a relação jurídica de caráter transitório e econômico, pela qual o devedor fica obrigado a cumprir determinada prestação ao credor, sob pena deste executar o patrimônio daquele para satisfação de seu interesse.

2.2 Fontes das obrigações

Para os romanos, eram quatro as fontes das obrigações: o contrato, que possuía força obrigatória e era munido de ação em Juízo; o delito; o quase contrato, do qual não participa o acordo de vontades; e o quase delito, baseado não na idéia de dolo, mas na de culpa, no agir com imprudência, negligência ou imperícia.

Há obrigações, entretanto, que têm sua origem direta no ordenamento jurídico, e dessa forma, é a lei também uma das fontes da qual emergem as obrigações. Podemos acrescentar, ainda, a declaração unilateral da vontade como uma das fontes das obrigações, como o faz o Código Civil Brasileiro.

2.3 Elementos das obrigações

A obrigação é constituída de três elementos: um subjetivo, outro espiritual e outro objetivo.

O elemento subjetivo é aquele que reúne as pessoas, que intervém na relação jurídica obrigacional: o credor, que pode exigir do devedor o objeto da prestação. O sujeito da obrigação tanto pode ser uma pessoa física, jurídica ou coletiva, devendo ser determinado.

Por conseguinte, o elemento imaterial, que retrata a coercibilidade, ligando os sujeitos que participam da relação, possibilitando ao credor exigir do sujeito passivo o objeto da prestação, é denominado elemento espiritual. É este elemento que garante o cumprimento de qualquer espécie de obrigação.

Por outro lado, o objeto da prestação ou o elemento objetivo, é o componente material da relação, sendo sempre de conteúdo econômico ou conversível economicamente, lícito, determinado e individuado.

2.4 Classificação das obrigações

Se levarmos em conta os elementos, as obrigações dividem-se em *simples*, ou seja, as que se apresentam com apenas um sujeito ativo, um sujeito passivo e um objeto, isto é, oferecem os elementos da obrigação na singularidade; e *complexas*, que aparecem, com relação aos seus elementos no plural. As obrigações compostas ou complexas, com multiplicidade de objetos, podem ser *cumulativas ou alternativas*.

As *obrigações cumulativas ou conjuntivas* são aquelas que apresentam-se com seus objetos ligados pelo conectivo e, isto é, esses objetos são cumulados, somados, sendo que o cumprimento da obrigação ocorre, tão somente, pela prestação de todos eles.

Já nas *obrigações alternativas* existem duas ou mais opções. Há necessidade de escolha. Esta modalidade de obrigação pode ser cumprida mais facilmente, pois a obrigação se cumpre com a simples prestação de um dos objetos que a compõe.

É preciso salientar, neste ponto, que alguns doutrinadores incluem entre as obrigações complexas com multiplicidade de objetos a *obrigação facultativa*. Na realidade, esta modalidade de obrigação só possui um objeto que se encontra na obrigação, ficando facultada ao devedor a prestação de outro objeto na faculdade de solução.

Ensinam Alexandre Correia e Gaetano Sciascia (1961, p.231):

Para bem entender-se a diferença entre a obrigação alternativa e a facultativa deve-se notar que, na alternativa, são devidas duas coisas alternativamente; na facultativa, apenas uma coisa é devida, mas o devedor pode preferir pagar com outra. Por consequência, na obrigação facultativa, perecendo a coisa, o liame obrigacional se desata, desde que não houve no perecimento culpa do devedor.

Em relação as *obrigações compostas ou complexas com multiplicidade de sujeitos*, as *obrigações divisíveis* são aquelas cujo objeto pode, e as *indivisíveis* cujo objeto não pode, ser dividido entre os sujeitos.

Outros tipos de obrigações podem ser apresentados, como a obrigação com cláusula penal que é a multa, a pena, a cominação; as obrigações de meio e de resultado e as civis e as naturais.

Pelas obrigações de meio, o devedor obriga-se a fornecer meios necessários para que se alcance um fim, sem se comprometer pelo resultado. Se houver obrigação de resultado, o devedor a que realizar determinada finalidade para cumprir sua obrigação.

Com relação as obrigações de dar, esta pode ser conceituada como aquela através da qual tem o devedor o dever jurídico de entregar ou de restituir a coisa, bem como seus acessórios, salvo se o contrário resultar de título obrigacional ou das circunstâncias do caso.

Já pela obrigação de fazer, o devedor compromete-se a prestar uma atividade qualquer, lícita e vantajosa, ao seu credor. Por outro lado, a obrigação de não fazer, sendo negativa, não passa de uma abstenção.

Nas obrigações solidárias, concorrem vários credores, vários devedores ou vários credores e devedores, tendo cada credor o direito de exigir e cada devedor o dever de prestar. Existe, então, solidariedade, quando na mesma relação jurídica, concorre pluralidade de credores e ou de devedores, cada qual com o direito ou obrigado pela totalidade da dívida.

2.5 Responsabilidade contratual

Explica o professor Álvaro Villaça (2001) que o vocábulo responsabilidade descende do verbo latino *respondere*, de *spondeo*, primitiva obrigação de natureza contratual do Direito romano pela qual o devedor se vinculava ao credor nos contratos verbais, por intermédio de pergunta e resposta.

Historicamente, nos primórdios da civilização humana, dominava a vingança coletiva, caracterizada pela reação conjunta do grupo contra o infrator.

Posteriormente passou para uma reação individual, em que os homens faziam justiça pelas próprias mãos, sob o império da Lei de Talião. Para coibir

abusos, o poder público intervinha somente para declarar quando e como a vítima poderia ter direito de retaliação.

Em seguida, há o período da composição, em que se reparava o dano mediante o pagamento de uma prestação pecuniária.

Todavia, a teoria da responsabilidade civil só se firmou por obra da doutrina, cuja figura dominante foi o jurista francês Domat, que enunciou o princípio geral da responsabilidade civil, pelo qual todo aquele que causar dano a outrem fica obrigado a repará-lo.

Na concepção de Maria Helena (1999, p. 34), responsabilidade civil é:

... a aplicação de medidas que obriguem alguém a reparar dano moral ou patrimonial causado a terceiros em razão de ato do próprio imputado, de pessoa por quem ele responde, ou de fato de coisa ou animal sob sua guarda, ou, ainda, de simples imposição legal.

Pode, a responsabilidade civil, ser contratual, situada no âmbito da inexecução obrigacional, ou extracontratual, posicionada no inadimplemento normativo.

A responsabilidade contratual, entre os romanos, à época da Lei das XII Tábuas, de 450 a.C., nasceu do *nexum* e da *mancipium*, com todos os inconvenientes da execução pessoal do devedor, que mesmo com o advento da Lex Poetelia Papíria, do século IV a.C., continuou a existir, vindo a ressurgir no Baixo Império e na Idade Média, sendo que ainda hoje, encontramos resquícios na prisão civil do devedor de alimentos e do depositário infiel.

Com efeito, com a proibição da execução pessoal, surgiu o princípio pelo qual o patrimônio do devedor deve responder por suas dívidas, não sua pessoa.

Em conseqüência, os pretores romanos passaram a conceder uma *in integrum restitutio* aos credores prejudicados, restituindo o patrimônio do devedor ao estado anterior à sua insolvência, anulando-se todas as vendas realizadas em fraude de credores.

Essa ação era chamada ação pauliana, e a anulação encontra fundamento no artigo 147, inciso II do Código Civil.

A responsabilidade extracontratual, por sua vez, é também conhecida por “responsabilidade aquiliana”, já que a *Lex Aquilia de damno* (do século III a.C.) cuidou de estabelecer, no Direito romano, as bases jurídicas dessa espécie de responsabilidade, criando uma forma pecuniária de indenização do dano, assentada na fixação do valor.

José Cretella Júnior (2001, p. 218) esclarece-nos que a Lei Aquília, plebiscito que se fez votar por proposição do tribuno da plebe Aquílio, “é uma lei de circunstância, provocada pelos plebeus (Inst. 4, 3, 15), que desse modo se protegiam contra os prejuízos que lhes causavam os patrícios, nos limites de suas propriedades”.

Antes da Lei Aquília, dominava o regime jurídico da Lei das XII Tábuas, que continha regras isoladas, diferentemente do Estado aquiliano, verdadeira sistematização no sentido de punir por um determinado tipo de ação todos os atos prejudiciais a alguém. No período pré-aquiliano, a *actio de arboribus succisis* punia aquele que cortasse as árvores do vizinho, a *actio incensarum* punia quem incendiasse algo, involuntariamente, a *actio de pastu pecoris* era movida contra a pessoa que fizesse pastar seu rebanho em pastagens alheias. No regime da Lei Aquília, surge um novo delito civil – o *damnum iniuria datum* -, isto é, o prejuízo causado a coisa de outrem, delito que, como o furto, empobrece a vítima, sem contudo enriquecer seu autor.

Para que a Lei Aquília fosse aplicada, inicialmente, era preciso que o dano tivesse sido ocasionado por ato positivo e consistente em estrago físico e material da coisa corpórea e, ainda, que fosse feita contra a lei. “Mais tarde, os jurisconsultos entenderam que a palavra iniuria não significava apenas o ilícito, o contrário a lei, mas implicava também, a culpabilidade do autor do dano.” (MARKY, 1995, p. 137).

Exigiu-se, portanto, que o dano causado fosse doloso ou ao menos culposamente, ainda que fosse a mais leve negligência. Ademais, as sanções da *lex Aquilia* aplicaram-se, depois, aos prejuízos causados por omissão ou verificados sem o estrago físico e material da coisa.

Com a evolução do conceito de responsabilidade extracontratual, a mais leve culpa ampliou seu significado, incluindo, também, a indenização de danos,

sem culpa, o que constitui verdadeiro risco aos que, pela lei, se obrigam a repará-los.

Surgem, então, duas subespécies da responsabilidade extracontratual: a responsabilidade delitual ou por ato ilícito, que resulta da existência deste fora do contrato, baseada na idéia de culpa, também chamada de subjetiva e a responsabilidade sem culpa, fundada no risco, denominada objetiva.

O Código Civil sob o título “Das obrigações por atos ilícitos”, disciplina, embora sem muito rigor, a matéria atinente à responsabilidade civil, guardando, em sua estrutura, a idéia de culpa, que é inevitável, quando se refere da existência do ilícito, adotando, em algumas oportunidades, a teoria objetiva, do risco.

Enumera o artigo 1.521, incisos I e II, a responsabilidade dos pais pela reparação dos danos, causados pelos filhos menores que estiverem sob seu poder e em sua companhia, e em seguida, a do tutor e curador, pelos pupilos e curatelados, que se acharem nas mesmas condições.

Por outro lado, prescreve o inciso III, que são também responsáveis pela reparação do dano, “o patrão, amo ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou por ocasião dele”, acrescentando o artigo 1.522 que essa responsabilidade abrange, também, “as pessoas jurídicas, que exercerem exploração industrial”.

Prevê, ainda, o comentado artigo 1.521, que os donos de hotéis, hospedarias, casas ou estabelecimentos, onde se albergue por dinheiro, ainda que para fins de educação, respondem pelos prejuízos causados aos “hóspedes, moradores e educandos”. Entretanto, tais pessoas só serão responsáveis, se demonstrado que concorreram para o dano por culpa, ou negligência de sua parte.

Além disso, aquele que ressarcir o dano causado por outrem, pode reaver, daquele por quem pagou, o que houver pago, exceto se o causador do prejuízo for um descendente seu, preservando-se, dessa forma o princípio da solidariedade moral e econômica pertinente à família.

Edita o artigo 1.527, que o dono, ou detentor, do animal fica obrigado a ressarcir o dano causado por este, se não provar: que o guardava e vigiava com cuidado preciso; que o animal foi provocado por outro; que houve imprudência do ofendido; ou que o acontecimento resultou de caso fortuito, ou força maior.

Por sua vez, o artigo 1.528, estabelece que o dono do edifício ou construção responde pelos danos que advierem de sua ruína, se esta provier de falta de reparos, cuja necessidade fosse manifesta. Trata-se, aí, de responsabilidade objetiva.

É, também, obrigado a reparar dano proveniente das coisas caídas de imóvel ou parte dele, ou que forem lançadas em lugar indevido, aquele que habitar uma casa ou parte dela.

Já no tocante às pessoas jurídicas de direito público, três correntes procuram fundamentar a **responsabilidade civil do Estado**: a da culpa administrativa do preposto, a do acidente administrativo ou da falta impessoal do serviço público e a do risco integral.

Esta última foi adotada pelo direito brasileiro, no que concerne a atos comissivos do funcionário, pois o artigo 15 do Código Civil, dispõe que:

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

Todavia, o artigo 37, § 6º, da Constituição Federal de 1988, modificou, em parte, o referido dispositivo, ao preceituar que:

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

Assim sendo, o citado artigo seguiu a linha traçada nas Constituições anteriores, e, abandonando a teoria subjetiva da culpa, orientou-se pela doutrina

do Direito Público e confirmou a responsabilidade civil objetiva, sob a modalidade do risco administrativo. “Não chegou, porém, aos extremos do risco integral” (MEIRELLES, 1999, p. 588), pelo qual a Administração ficaria obrigada a indenizar todo e qualquer dano, ainda que resultante de culpa ou dolo da vítima.

Pela teoria do risco administrativo não significa que a administração deva indenizar sempre e em qualquer caso o dano sofrido pelo particular; significa, tão somente, que a vítima não precisa provar a culpa da Administração, mas esta poderá demonstrar a culpa total ou parcial daquele que sofreu o dano, caso em que a Fazenda Pública se eximirá integral ou parcialmente de indenização.

3 O DIREITO ADMINISTRATIVO

3.1 Formação do Direito Administrativo

O Direito Administrativo, como ramo autônomo, nasceu em fins do século XVIII e início do século XIX, o que não quer dizer que não existissem anteriormente normas administrativas. O que havia eram normas esparsas relativas principalmente ao funcionamento da Administração Pública, à competência de seus órgãos, aos poderes do Fisco, à utilização, pelo povo, de algumas espécies de bens públicos, à servidão pública. Não havia uma elaboração baseada em princípios informativos próprios que lhe atribuíssem autonomia.

Desde o Direito romano, podemos identificar um conjunto de normas e princípios relativos à Administração, pois as constituições de Diocleciano tratam da organização administrativa. No “Corpus Juris Civilis” estão presentes os títulos “de juri fisci”, de “a acquis”, “de publicanis”, “de via publica” e outros que dispõem sobre matéria administrativa. Encontram-se no “Digesto” fragmentos sobre feiras, mercados, fiscalização de gêneros alimentícios, cargos públicos e suas honras, sobre tributos e arrecadação. Entretanto, estes elementos não se formulavam, porém, com o caráter de autonomia e se enquadravam no “jus publicum”. Se, por acaso, existia a norma administrativa não se constituía ainda o ramo do direito.

A Idade Média, época das monarquias absolutas, em que todo poder pertencia ao soberano, não encontrou solo propício para o florescimento do Direito Administrativo, pois a vontade do soberano era a lei, que deveria ser cumprida por todos os cidadãos, denominados servos ou vassalos.

O rei não podia ser submetido aos Tribunais, pois seus atos se colocavam acima de qualquer ordenamento jurídico, e conseqüentemente, não havia Tribunais independentes, já que o próprio rei decidia os conflitos entre os particulares e, embora, posteriormente, as funções jurisdicionais foram delegadas a um conselho, este, no entanto, permanecia subordinado ao soberano.

Entretanto, a formação do Direito Administrativo, como ramo autônomo, teve início, juntamente, com o direito constitucional e outros ramos do direito público, a partir de quando começou a surgir o conceito de Estado de Direito, estruturado sobre o ***princípio da legalidade***, segundo o qual até mesmo os governantes se subordinam à lei, e sobre o ***princípio da separação dos poderes***, que tem por fim garantir a proteção dos direitos individuais, não apenas nas relações entre os cidadãos, como também entre estes e o Estado.

Neste aspecto, é inegável a contribuição do direito francês para a autonomia do Direito Administrativo. A Lei de 28 pluviôso do Ano III (1800), tida como marco inicial do nascimento do Direito Administrativo, organizou juridicamente a Administração Pública na França.

O apego ao princípio da separação dos poderes e a falta de confiança em relação aos juízes do antigo regime, serviram de estímulo para a criação, na França, dos tribunais administrativos, ao lado da jurisdição comum, instituindo-se, assim, o sistema de dualidade de jurisdição, sob pena de subordinação de um Poder ao outro.

Este o fundamento, pelo qual se instituiu na França o **contencioso administrativo**, com apoio no texto do artigo 13 da Lei de 16 de agosto de 1790, que determinava que as funções judiciárias são distintas e permanecerão sempre separadas das funções administrativas, não sendo permitido aos juízes, sob pena de prevaricação, perturbar de qualquer modo as operações dos corpos administrativos, nem citar perante si os administradores por motivo das funções que estes exercem.

Passada a fase em que a Administração era, ao mesmo tempo, juiz e parte, no ano VIII, começa a desenvolver-se uma verdadeira jurisdição administrativa, com a criação do Conselho de Estado, que só passa a exercer função verdadeiramente jurisdicional em 1872, quando tornou-se independente e suas decisões deixaram de submeter-se ao chefe de Estado.

Entretanto, a autonomia do Direito Administrativo, somente foi conquistada a partir do famoso **caso Blanco**, ocorrido em 1873, que envolveu uma menina, Àgnes Blanco que, ao atravessar uma rua na cidade francesa de Bordeaux, foi colhida por uma vagonete da Companhia Nacional de Manufatura de Fumo.

Naquela ocasião, o Conselheiro Davi, do Tribunal de Conflitos, proferiu o seu voto, pondo de lado o Código Napoleão e afirmando, pela primeira vez, o equacionamento e a solução da responsabilidade civil do Estado.

Georges Vèdel (1964:53) ressalta o fato de que o Direito Administrativo francês é, em grande parte, não legislativo, porque formulado pelo juiz. Diz ele que, nesse ramo do direito, o repúdio ao Código Civil e ao direito privado e a imensidão de lacunas legislativas levaram o juiz a fazer verdadeiramente o direito. A função do juiz administrativo não era só a de interpretar o direito positivo, como o fazia o juiz comum, mas também preencher, por suas decisões, as lacunas da lei. Daí a contribuição do Conselho de Estado para a elaboração de princípios informativos do Direito Administrativo, ainda hoje vigentes em vários sistemas: o da responsabilidade civil da Administração, o da alteração unilateral dos contratos administrativos, os concernentes ao regime jurídico especial dos bens do domínio público, a teoria da nulidade dos atos administrativos. (DI PIETRO, 2001, p. 28).

Enquanto na França, o Direito Administrativo nasceu após um longo período de revolução, que rompeu inteiramente com o antigo regime, na Alemanha, esse ramo do direito resultou de longa evolução, não processada pela mesma maneira nos diferentes Estados.

Na Idade Média, a proteção jurídica para a autoridade e para o particular era a mesma, sujeitando-se, um e outro, aos tribunais, cabendo, no entanto, ao príncipe um direito eminente, composto por uma série de prerrogativas e poderes que deveriam ser aplicados no interesse da coletividade. Posteriormente, ampliou-se o poder do príncipe, concentrando-se em suas mãos poderes de interferir na vida privada dos cidadãos, sob o argumento de alcançar a segurança e o bem-estar coletivo; o príncipe podia baixar regras de polícia, atinentes à Administração, e normas relativas à justiça.

Em resposta, criou-se a teoria do fisco, de acordo com a qual o patrimônio público não pertence ao príncipe nem ao Estado, mas ao Fisco, que teria personalidade de direito privado, submetendo-se aos tribunais, que passaram a reconhecer, em favor do indivíduo, a titularidade de direitos adquiridos contra o Fisco, podendo-se notar aí, a influência do direito civil na elaboração do Direito Administrativo alemão.

Enquanto na França, o Direito Administrativo surgiu do rompimento brusco com o regime anterior, na Itália, este ramo do direito tem suas origens no

ordenamento piemontês que, sob dominação da França, foi fortemente influenciado pelo direito francês elaborado a partir da época de Napoleão Bonaparte. Com a união das demais províncias ao Reino piemontês, aquela mesma influência se fez notar, ainda mais, com a unificação administrativa, principalmente, com a Lei nº 2.248, de 20 de março de 1865, denominada de “Lei sobre unificação administrativa do Reino”, composta de seis anexos referentes às leis fundamentais do Estado; a Lei provincial e municipal, a Lei sobre segurança pública, a de saúde, a do Conselho de Estado, a do contencioso administrativo e a de obras públicas.

Após a Primeira Guerra Mundial, inciou-se uma nova fase, marcada pelo aparecimento do regime totalitário, o fascismo, que culminou com a adoção de princípios autoritários e a abolição de postulados democráticos, que só ressurgiram após a queda do fascismo.

Diferentemente da França, Itália, Alemanha, Espanha, Bélgica e Portugal, e entre outros, o Brasil que adotaram o sistema de base romanística, os Estados Unidos, a Inglaterra, o Canadá, o País de Gales, a Irlanda do Norte, dentre outros, optaram pelo sistema do *common law*, expressão técnica que, nas palavras de José Cretella Júnior (1992, p. 141) “designa o direito não escrito de um país, baseado no costume, no uso e nas decisões das Cortes de Justiça e que contrasta com o ‘Statue Law’, ou seja, sistema estabelecido por um corpo legislativo, que reúne em códigos” .

O sistema do *common law* contrasta, de modo evidente, com o sistema de base romanística, em razão da diversidade das fontes do direito que informam os dois sistemas e dos métodos de trabalho dos juristas e dos magistrados, mas não através dos índices que têm sido postos em relevo para patentear a diferença dos sistemas, índices esses que precisam ser entendidos com exatidão, como, por exemplo, que o sistema *Common Law* se caracteriza por ser um direito costumeiro, jurisprudencial, fundado nas espécies resolvidas pelas Cortes de Justiça (case law), bem como por direito não escrito. Tais afirmações, porém, precisam ser entendidas em seu verdadeiro sentido, por que, na realidade, o direito inglês é constituído de conceitos jurídicos, no interior dos quais as regras de direito são ordenadas e adquirem valor. (René David, *Traité élémentaire de droit civil comparé*, 1950, págs. 282 e 285).

Todo agente administrativo, na Inglaterra, tem a mesma responsabilidade quando comete atos ilegais. Há responsabilidade igual tanto do funcionário como

de qualquer outro cidadão quando cometem atos ilegais. O direito comum rege tanto o agente público quanto o cidadão comum.

É preciso observar ainda, que a Inglaterra não possui jurisdições administrativas destinadas, por natureza, a protegerem o Poder ao qual se subordinam. A jurisdição ordinária é a única competente, qualquer que seja o litígio. A unidade da regra e a unidade do juiz são os dois elementos que, na concepção de Dicey, constituem os pilares característicos do regime de direito, garantia da liberdade dos cidadãos.

Entretanto, um conjunto de prerrogativas cerca a Coroa. No plano contratual, não pode, a Coroa, firmar convênio com os funcionários públicos, ou, por outra forma, pode celebrar contratos, mas não pode vincular-se a eles por tempo determinado; cabe sempre à Coroa a prerrogativa de demitir o funcionário, que não auferire direitos em razão do tempo de serviço prestado pelo Estado.

No que concerne à responsabilidade, prevalece a máxima *o rei não pode errar*. Em conseqüência, os danos imputáveis à Coroa não podem ser objetos de uma indenização por parte do magistrado. Em alguns casos, pode haver sua responsabilidade contratual, embora não pode ser acionada, salvo consentimento, pelo processo excepcional da *petition of rights*.

Ademais, são comuns, nos contratos de obras públicas, cláusulas que atribuem amplos poderes de controle sobre o contratado, as que asseguram à Coroa o poder de sanção, sem recurso prévio aos Tribunais, as que prevêm o poder de modificação, suspensão ou rescisão do contrato, a qualquer momento, mediante compensação pecuniária ao particular, as que conferem à Coroa o poder de interpretação e privilégios de decisão unilateral.

A exemplo do que houve na Europa continental, o Direito Administrativo Brasileiro não nasceu como ramo autônomo, enquanto esteve sob a monarquia absoluta.

No período colonial, época das capitanias, os respectivos donatários detinham em mãos poderes absolutos que lhes eram outorgados pelo monarca português e que incluíam, sem qualquer controle, a administração, a legislação e distribuição da justiça.

Quando da criação do governo-geral, em as atribuições eram repartidas entre o governador-geral, então representante do Rei, o provedor-mor, representante do Fisco e o ouvidor-geral, aquele que distribuía a justiça, ainda concentrava o primeiro grande parcela dos poderes, como o de legislar e o de distribuir a justiça, a ponto de denominar o governador-geral, a partir de 1640, o título de vice-rei.

A partir da Constituição de 1934, o Direito Administrativo experimentou grande evolução, em decorrência da própria previsão constitucional de extensão da atividade do Estado no âmbito social e econômico. É instituído um Tribunal de Direito Administrativo no âmbito federal, abandonando o ente público a sua posição de guardião da ordem pública passando a atuar no campo da saúde, higiene, educação, economia, assistência e previdência social.

Em conseqüência, cresceu a máquina estatal, pela criação de pessoas jurídicas públicas, até então inexistentes, quer as de capacidade específica para a execução de serviços públicos, também conhecidas por autarquias, quer as de capacidade genérica; concomitantemente, aumenta o quadro de funcionários públicos necessários para o atendimento das novas tarefas assumidas pelo Estado.

3.2 Objeto do Direito Administrativo

Em suas origens, na França, o Direito Administrativo tinha por objeto a interpretação de leis e atos complementares, que abrangiam matérias atinentes à organização do Poder Executivo e das pessoas jurídicas de direito público, às relações entre Administração e administrados, às restrições de liberdade e propriedade, o domínio público e privado do Estado, às obras públicas, à prestação de serviços excepcionais quanto à saúde, instrução e educação pública, meios de comunicação, transportes e jurisdição administrativa.

Neste período, os doutrinadores restringiam-se, única e exclusivamente, a compilar as leis existentes e a interpretá-las com base principalmente na jurisprudência dos Tribunais administrativos, o que formou a denominada Escola

Exegética, Legalista, Empírica ou Caótica, para a qual o ramo do direito administrativo era tido como sinônimo de direito positivo.

Este critério sofreu as mais diversas críticas pois, conforme assevera o professor Cretella Júnior (1966, v.1, p. 145):

... nem o direito privado está todo contido em seus códigos, nem o Direito Administrativo se esgota nas leis e regulamentos administrativos. O direito tem uma extensão muito mais ampla, pois compreende os conceitos e princípios produzidos pelo lento e penoso labor científico dos juristas, expostos e fundamentados nos tratados doutrinários e nos repertórios de jurisprudência. A ciência jurídica é um conjunto de princípios e não pode consistir em comentários de legislação positiva.

A partir daí, começou-se a ampliar o objeto do Direito Administrativo, procurando-se fixar os princípios informativos de seus institutos, mas unindo-se a isto o estudo da Ciência da Administração, que trata de matéria pertinente à política administrativa e não matéria jurídica propriamente dita.

Posteriormente, separou-se a matéria relativa à Ciência da Administração, ficando para ao Direito Administrativo a atividade jurídica do Estado, tendo por objeto a tutela do Direito, o complexo de normas e princípios jurídicos que regem a organização administrativa em seus diversos aspectos, bem como as relações da Administração Pública com os particulares, ressalvadas as funções legislativa e jurisdicional.

3.3 Conceito de direito administrativo

Laferrrière (apud TEMISTOCLES, 1967), que representa a tradicional escola francesa, define o direito administrativo como:

Le droit administratif est celui qui règle l'action et la compétence de l'administration centrale, des administrations locales et de la juridiction administrative.

Para Hauriou (apud TEMISTOCLES, 1967), o Direito Administrativo é o ramo do Direito Público que rege a organização da administração pública e das diversas pessoas administrativas que a compõem; os poderes e direitos dessas entidades na execução do serviço público e o exercício desses poderes e direitos, suas prerrogativas e a ação administrativa ou contenciosa.

Estes, formaram na França a Escola do Serviço Público, integrada, entre outros, por Duguit, Jèze, e Bonnard. Inspirou-se na jurisprudência do conselho do Estado francês que, a partir de 1873, passou a determinar a competência dos Tribunais Administrativos em função da execução de serviços públicos.

Essa escola teve grande repercussão, influenciando juristas do porte de Rafael Bielsa, Themistocles Brandão Cavalcanti, Henrique Carvalho Simas, Labaudère e Rolland.

Entretanto, na concepção de Fritz Fleiner (apud TEMISTOCLES, 1967), vemos que:

L'expression - droit administratif – ne désigne donc pas en Allemagne, au contraire d'en France, une sorte particulière de droit. Au sens le plus large, le droit administratif désigne toutes les normes qui règlent l'activité étatique administrative, que ces normes fassent partie du droit public ou du droit privé. Mais la science du droit n'entend pas la notion de façon tellement large. Elle part bien plutôt de cette considération que des normes particulières n'ont été élaborées pour l'administration publique que dans les cas où les normes générales du droit privé, du droit pénal et de la procédure ne peuvent pas protéger ou, tout au moins pas d'une façon suffisante en raison de la façon même dont elles sont conçues, les intérêts spéciaux de l'administration publique.

Finalmente, entende o professor Zanobini (apud TEMISTOCLES, 1967), que adota o critério da Administração Pública, que o Direito Administrativo é o ramo que tem por fim a organização, os meios, a forma da atividade da administração pública e as conseqüentes relações jurídicas entre elas e os particulares.

No direito brasileiro, adotaram esse critério Ruy Cirne Lima, Fernando Andrade de Oliveira e Hely Lopes Meirelles, dentre outros.

Fernando Andrade de Oliveira (1975, p. 14) define este ramo do direito público, como:

...o conjunto de princípios e normas que, sob a Constituição, têm por objeto a organização e o exercício das atividades do Estado destinadas à satisfação concreta e imediata dos interesses públicos, mediante atos jurídicos tipificados pela auto-executoriedade, de caráter provisório, posto que sujeitos ao controle jurisdicional de legalidade.

Todavia, anota a professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2002, p. 52) que, a definição padece do defeito de considerar todos os atos administrativos como auto-executórios, quando na realidade, apenas o são os que impõem obrigações; não os que criam direitos.

Hely Lopes Meirelles (1999, p. 34) conceitua o direito administrativo como “o conjunto harmônico de princípios jurídicos que regem os órgãos, os agentes e as atividades públicas tendentes à realizar concreta, direta e imediatamente os fins desejados pelo Estado”.

A análise dos elementos desse conceito, indica, nas palavras do professor Hely Lopes Meirelles (1999, p. 34), que:

Conjunto harmônico de princípios jurídicos . . . significa a sistematização de normas doutrinárias de Direito (e não de Política ou de ação social), o que indica o caráter científico da disciplina em exame, sabido que não há ciência sem princípios teóricos próprios, ordenados e verificáveis na prática;

que regem os órgãos, os agentes . . . indica que ordena a estrutura e o pessoal do serviço público;

e as atividades públicas . . . isto é a seriação de atos da Administração Pública, praticados nessa qualidade, e não quando atua, excepcionalmente, em condições de igualdade com o particular, sujeito às normas do Direito Privado;

tendentes a realizar concreta, direta e imediatamente os fins desejados pelo Estado. Aí estão a caracterização e a delimitação do objeto do Direito Administrativo. Os três primeiros termos – *concreta, direta e imediatamente* – afastam a ingerência desse ramo do Direito na atividade estatal *abstrata* que é a *legislativa*, na atividade *indireta* que é a *judicial*, e na atividade *mediata* que é a *ação social* do Estado. A últimas expressões da definição – *fins desejados pelo Estado* - estão a indicar que ao Direito Administrativo não compete dizer quais são os fins do Estado.

Por sua vez, o professor Toshio Mukai (1999, p. 16) fornece um conceito jurídico-positivo da disciplina como sendo o sistema constituído por normas de direito público e privado, que rege a **administração pública** (em sentido *latu sensu*) informado por princípios de direito público, tendo como fim a satisfação de interesses públicos qualificados.

Entretanto, o melhor conceito de Direito Administrativo, é o da professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2002, p. 53):

... ramo do direito público que tem por objeto os órgãos, agentes e pessoas jurídicas administrativas que integram a Administração Pública, a atividade jurídica não contenciosa que exerce e os bens de que se utiliza para a consecução de seus fins, de natureza pública.

3.4 A Administração Pública

Para uns, o vocábulo administração vem de **ad** mais **ministro, as, are**, que quer dizer servir, executar; para outros, vem de **ad manus trahere**, que envolve idéia de gestão ou direção. Percebe-se o sentido de relação de subordinação, hierarquia, correspondendo a atividade superior de planejar, dirigir, comandar, como a atividade subordinada de executar.

Em sentido amplo, a Administração Pública abrange, em sentido subjetivo, os órgãos governamentais e os órgãos administrativos, e, no aspecto objetivo, a função política e administrativa.

No sentido estrito, compreende, no aspecto objetivo; a atividade concreta e imediata que o Estado realiza, sob regime jurídico de direito público, para alcançar os interesses coletivos; e no sentido subjetivo, o conjunto de órgãos e pessoas jurídicas aos quais a lei atribui o exercício da função administrativa do Estado.

Pondera o professor Hely Lopes Meirelles (1999, p. 59) que “numa visão global, a Administração é, pois, todo o aparelhamento do Estado preordenado à realização dos serviços, visando a satisfação das necessidades coletivas”.

A natureza da administração pública é a de um múnus público para quem a exerce, ou seja, a de um encargo de defesa, conservação e aperfeiçoamento dos bens, serviços e interesses da coletividade. Portanto, o administrador público, ao ser incumbido no compromisso de bem servir a coletividade, deve cumprir com fidelidade os preceitos que regem a sua atuação, pois outro não é o desejo do povo, como legítimo destinatário dos bens, serviços e interesses administrados pelo Estado.

Extraí-se daí, a finalidade da administração, qual seja: **o bem comum** da coletividade. No desempenho dos encargos administrativos o agente não tem a discricionariedade de procurar outro objetivo, ou de dar fim diverso do prescrito em lei para a atividade, nem lhe é lícito renunciar a qualquer parcela dos poderes ou prerrogativas que lhe são outorgados, pois tal implicará renunciar os meios indispensáveis para alcançar os objetivos da Administração.

Insere-se aí, a noção de **função administrativa** do Estado como sendo “um poder-dever atribuído a determinados órgãos para concretizar os fins do Estado” (NOVAES, 1998, p. 21), o direito, o que o faz por meio de **atos administrativos**, entendido como a declaração do Estado ou de quem o represente, que agindo dessa maneira, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si próprio, estando sujeito ao controle pelo Poder Judiciário.

A professora Maria Sylvia (2002, p. 185), aponta três características da função administrativa: “é **parcial, concreta e subordinada.**” É parcial pois o órgão que a exerce é parte nas relações jurídicas que decide; concreta, porque aplica a norma ao caso concreto; e subordinada, por estar sujeita ao controle jurisdicional.

3.5 Princípios da administração pública

Os princípios básicos da administração pública são: legalidade, moralidade, impessoalidade, razoabilidade, publicidade e eficiência. Por esses é

que se não de pautar todos os atos administrativos. “Relegá-los é desvirtuar a gestão dos negócios públicos e olvidar o que há de mais elementar para a boa guarda e zelo dos interesses sociais” (MEIRELLES, 1999, p. 82).

Estabelece o artigo 37, “caput”, da Constituição Federal de 1988, que a administração pública obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, aos quais a Constituição Estadual acrescentou os da razoabilidade, finalidade, motivação e interesse público.

Por outro lado, a Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, em seu artigo 2º, faz referência aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

Já os princípios da presunção de legitimidade ou de veracidade, especialidade, controle ou tutela, autotutela, hierarquia e continuidade do serviço público, são princípios que, embora não contemplados expressamente no ordenamento jurídico, informam também o Direito Administrativo.

3.5.1 Legalidade

A legalidade, como princípio da administração, significa que o administrador público, em toda a sua atividade funcional, só pode fazer o que a lei permite, estando sujeito às exigências do bem comum, não lhe sendo permitido deles afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se a responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso.

O princípio da legalidade, que há pouco só era reconhecido pela doutrina, passou a ter previsão legal, entre nós, pela Lei nº 4.717/65, que em seu artigo 2º, alínea “c”, e parágrafo único, “c”, considera nulos os atos lesivos ao patrimônio público quando eivados de “ilegalidade do objeto”, ou seja, quando o resultado do ato importa em violação de lei, regulamento ou outro ato normativo.

A Constituição de 1988 exagerou nos formalismos impostos à Administração Pública, em especial à Administração Indireta, que recebeu tratamento igual à Administração Direta.

Essa prática, somada à tradição brasileira de desprezo à legalidade, de nepotismo e apadrinhamento e aos ideais do neoliberalismo, do Estado subsidiário, levaram à procura de mecanismos de fuga ao regime jurídico administrativo. “É possível mesmo dizer, sem receio de errar, que a própria privatização não esconde o anseio de fugir ao regime jurídico de direito público.” (DI PIETRO, 1999, p. 225).

O que se nota é uma acentuada oposição entre o princípio da eficiência e o princípio da legalidade imposto pela Constituição e inerente ao Estado de Direito. E acrescenta, José A. Estévez Araújo (1990 apud DI PIETRO, 1999), que: “a aplicação desses dois princípios pode conduzir a resultados contrapostos...a fidelidade às formas pode dar como resultado uma ação ineficaz”.

Entretanto, aponta, a professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro (1999, p. 226), o ensinamento do professor Jesús Leguina Villa quando afirma que:

... o princípio da legalidade deve ficar resguardado, porque a eficácia que a Constituição propõe é sempre suscetível de ser alcançada conforme o ordenamento jurídico, e em nenhum caso ludibriando este último, que haverá de ser modificado quando sua inadequação às necessidades presentes constitua um obstáculo para a gestão eficaz dos interesses gerais, porém nunca poderá se justificar a atuação administrativa contrária ao direito, por mais que possa ser elogiado em termos de pura eficiência.

Não obstante, tenha de atender à legalidade, o ato administrativo deve adequar-se com a moralidade e a finalidade administrativas para que a atuação seja legítima, revestida de legalidade e probidade, de forma que tanto atende aos ditames da lei quanto aos preceitos da instituição.

3.5.2 Supremacia do interesse público

O princípio da supremacia do interesse público, sem dúvida alguma, alicerce de todo o direito público, é também do direito administrativo.

Segundo Norberto Bobbio (1987, p. 24-5), a idéia do primado do público, é uma idéia aristotélica, segundo a qual a totalidade tem fins não restritos à soma dos fins dos membros singulares que a compõem e o bem de todos, uma vez alcançado, converte-se no bem de suas partes.

Com o Estado Social, o interesse público a ser buscado por este ramo do direito público humaniza-se, na medida em que passa a dar importância não só aos bens materiais que a liberdade de iniciativa almeja, mas aos valores considerados primordiais à existência digna; quer-se a liberdade com dignidade, o que requer maior intervenção do Estado para diminuir as desigualdades sociais e fornecer a toda coletividade o bem-estar social.

Este princípio é também conhecido como princípio da **finalidade pública**, que está presente tanto no momento da elaboração da lei, como no de sua execução em concreto pela Administração Pública.

O interesse público será sempre o objetivo certo e inafastável de qualquer ato administrativo, e todo ato que não atender a esta finalidade, estará sujeito a invalidação por **desvio de finalidade**, conceituado pelo artigo 2º, parágrafo único, alínea “e”, da lei da ação popular, como o “fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência” do agente.

Junto a esse princípio de supremacia do interesse público, está o da **indisponibilidade do interesse público** que, na lição de Celso Antonio Bandeira de Mello (1995, p. 31), significa que “não se encontram à livre disposição de quem quer que seja, por inapropriáveis”. E acrescenta “as pessoas administrativas não têm portanto disponibilidade sobre os interesses públicos confiados à sua guarda e realização.”

3.5.3 Impessoalidade

Para o professor Hely Lopes Meirelles (1999, p. 85), o princípio da impessoalidade, contido no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal, “nada mais é que o clássico princípio da *finalidade*, o qual impõe ao administrador público que só pratique o ato para o seu fim legal.” E argumenta que o fim legal é “aquele que a norma do Direito indica expressa ou virtualmente como objetivo do ato, de forma impessoal.”

Entretanto, ensina o professor José Afonso da Silva (1989) que, num segundo sentido, significa que “os atos e provimentos administrativos são imputáveis não ao funcionário que os pratica, mas ao órgão ou entidade administrativa da Administração Pública, de sorte que ele é o autor institucional do ato.”

Acrescenta o aludido autor, que a própria Constituição Federal dá uma conseqüência expressa a essa regra, quando, no § 1º do artigo 37, “proíbe que conste **nome, símbolos** ou **imagens** que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos em publicidade de atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos”.

Parece mesmo, ser nesse último sentido, que o princípio da impessoalidade deva ser interpretado, já que, como se não bastasse a Lei Maior, também a Lei nº 9.784/99, nos artigos 18 a 21, contém normas de impedimento e suspeição, que se inserem como aplicação do referido princípio.

Outra aplicação desse princípio é em matéria de exercício de fato, quando se reconhece validade aos atos praticados por funcionário irregularmente investido no cargo ou função, sob fundamento de que os atos são do órgão e não do agente público.

3.5.4 Presunção de legitimidade ou de veracidade

Esse princípio, também conhecido como princípio da **presunção da legalidade**, comporta dois aspectos: a presunção da verdade, que diz respeito a **certeza dos fatos**; de outro lado, a presunção da legalidade, pois se a Administração Pública se submete à lei, presume-se, até prova em contrário, que todos os atos sejam verdadeiros e praticados com observância das normas legais pertinentes.

Deriva daí, que as decisões administrativas são de execução imediata e podem criar obrigações para o particular, independentemente de sua concordância e, ainda, podem ser executadas pela própria Administração, por meios diretos ou indiretos de coação.

3.5.5 Especialidade

Dos princípios da **legalidade** e da **indisponibilidade do interesse público**, decorre, dentre outros, o da **especialidade**, atinente à questão de descentralização administrativa.

A lei que cria a entidade estabelece com precisão as finalidades que lhe compete atender, de tal forma que não cabe aos seus administradores afastar-se dos objetivos fixados em lei, já que não têm a livre disponibilidade dos interesses públicos.

3.5.6 Controle ou tutela

Para garantir que as entidades da Administração Indireta, ou seja, as autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas, cumpram o princípio da especialidade, criou-se o princípio do **controle** ou **tutela**, de acordo com o qual a Administração Pública direta fiscaliza as

atividades dos referidos entes, com o fim de garantir a observância de suas finalidades institucionais.

A regra é a autonomia; a exceção é o controle, este não se presume; só poder ser exercido nos limites estabelecidos em lei.

3.5.7 Autotutela

Enquanto pela tutela a Administração exerce controle sobre outra pessoa jurídica por ela mesma criada, pela autotutela o controle é feito sobre os próprios atos, com a possibilidade de anular os ilegais e revogar os inconvenientes ou inoportunos, independentemente de recurso ao Poder Judiciário.

É o que está consagrado pelas súmulas de nº 346 e nº 473, ambas do Supremo Tribunal Federal, que determinam que a Administração Pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, desde que respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

Também se refere à autotutela para declarar o poder que tem a Administração Pública de zelar pelos bens que compõem seu patrimônio, sem necessitar de título fornecido pelo Poder Judiciário.

3.5.8 Hierarquia

Hierarquia é o fato de estarem os órgãos da Administração Pública dispostos de tal maneira que se cria uma relação de coordenação e subordinação entre uns e outros, cada qual com atribuições fixadas em lei. Decorre daí uma série de prerrogativas para a Administração: a de rever os atos dos subordinados, a de delegar e avocar atribuições, a de punir; para o subordinado surge o dever de obediência.

3.5.9 Continuidade do serviço público

Esse princípio estatui que o serviço público, meio pelo qual o Estado desempenha funções essenciais ou necessárias à coletividade, não pode parar.

No que concerne aos contratos, o princípio traz como conseqüências a fixação de prazos rigorosos ao contraente; a aplicação da teoria da imprevisão, para recompor o equilíbrio econômico e financeiro do contrato e possibilitar a continuação do serviço; a inaplicabilidade da *exceptio non adimpleti contractus* contra a Administração; a faculdade que se reconhece à Administração de utilizar os equipamentos e instalações da empresa que com ela contrata, para assegurar a continuidade da prestação do serviço; a possibilidade de encampação, ou seja, de retomada do serviço pelo Poder Público.

Quanto ao exercício da **função pública**, é observado o referido primado, no tocante à proibição do direito de greve, que só pode ser exercido “nos termos e limites definidos em lei”. Daí, a necessidade de institutos como a suplência, a delegação e a substituição para preencher as funções públicas temporariamente vagas.

3.5.10 Publicidade

Publicidade é a divulgação do ato para conhecimento público e início de seus efeitos perante as partes e terceiros. A publicidade não é elemento constitutivo do ato; é requisito de eficácia e moralidade. Por isso, os atos irregulares não se convalidam, nem os regulares a dispensam para que possam ser executados, quando a lei e o regulamento a determine.

Essa publicidade atinge, dessa forma, os atos concluídos e em formação, os processos em trâmite, os pareceres dos órgãos técnicos e jurídicos, os despachos intermediários e finais, as atas de julgamentos das licitações e os contratos com quaisquer interessados, bem como os comprovantes de despesas e as prestações de contas.

Em princípio, todo ato administrativo deve ser publicado, só se permitindo o sigilo nas hipóteses de segurança nacional, investigações policiais ou interesse superior da Administração a ser resguardado em processo previamente declarado sigiloso nos termos da Lei nº 8.159, de 8 de janeiro de 1991, e pelo Decreto nº 2.134, de 24 de janeiro de 1997.

A publicação que produz efeitos jurídicos não é só a do *Diário Oficial* das entidades públicas como, também, os jornais contratados para essas publicações oficiais e, ainda, a afixação dos atos e leis municipais na sede da Prefeitura ou da Câmara, onde não houver órgão oficial, conforme a Lei Orgânica do Município.

3.5.11 Moralidade administrativa

A idéia de moralidade administrativa nasceu vinculada à de **desvio de poder**, pois se entendia que em ambas as hipóteses a Administração Pública usa de meios lícitos para atingir finalidades metajurídicas irregulares. A imoralidade estaria na intenção do agentes.

Entretanto, ensina a professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro (1991, p. 111) que não é necessário penetrar na intenção do agente, porque do próprio objeto resulta a imoralidade. É o que se dá, quando o conteúdo de determinado ato contrariar o senso comum de honestidade, retidão, equilíbrio, justiça, respeito à dignidade do ser humano, à boa fé, ao trabalho, à ética das instituições. A moralidade exige proporcionalidade entre os meios e os fins que se quer alcançar; entre as vantagens auferidas pelas autoridades públicas e os encargos impostos à maioria dos cidadãos.

Por isso, o ato imoral salta aos olhos quando a Administração Pública efetua despesas legais, porém inúteis, como propaganda e mordomia, enquanto a população padece de assistência médica, alimentação, moradia, educação, segurança, transporte, emprego e saneamento básico.

Prescreve o artigo 37, § 4º, da Constituição Federal, que o ato de improbidade administrativa será punido com a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário,

na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível. Determina, ainda, o artigo 15, inciso V, a perda e a suspensão dos direitos políticos, nos casos de *“improbidade administrativa, nos termos do artigo 37, § 4º”*. Como se não bastasse, o artigo 5º, inciso LXXIII, ampliou os casos de cabimento de ação popular para, arrolar, entre outros, os que causarem ofensa à **moralidade administrativa**. Além disso, o artigo 14, § 9º da Constituição, com a redação dada pela Emenda Constitucional de Revisão nº 4, de 7, de junho de 1994, incluiu a **proibidade administrativa** e a **moralidade para o exercício do mandato** como requisitos a serem alcançados pela lei que estabelecer os casos de inelegibilidade.

No tocante à legislação infraconstitucional, o artigo 2º, da Lei nº 9.784/99, prevê o referido princípio; e no parágrafo único, inciso IV, impõe *“atuação segundo padrões éticos de probidade, decoro e boa fé”*. Além disso, o Dec. 1.171, de 22 de junho de 1994, reafirmou o princípio da moralidade administrativa, dispondo que o servidor, em hipótese alguma, poderá desprezar o elemento ético de sua conduta, devendo decidir não somente entre *“o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, o oportuno e o inoportuno, mas principalmente, entre o honesto e o desonesto, consoante as regras contidas no artigo 37, caput, e § 4º, da CF”*.

3.5.12 Razoabilidade e proporcionalidade

A Constituição do Estado de São Paulo, em seu artigo 111, inclui entre os princípios a que deve obedecer a administração pública o da razoabilidade.

Também menciona o referido princípio Lúcia Valle Figueiredo (1986, p. 128-129), para quem *“discrionaridade é a competência-dever de o administrador, no caso concreto, após a interpretação, valorar, dentro de um critério de razoabilidade, e afastado de seus próprios ‘standards’ ou ideologias”, qual a melhor maneira de atingir o interesse público postulado pela norma.*

Pode, ainda, ser denominado de **“princípio da proibição de excesso”**, buscando apreciar a compatibilidade entre os meios e os fins, de maneira a evitar

abusos por parte da Administração Pública, ferindo direitos fundamentais. Parece mesmo, que a razoabilidade engloba a proporcionalidade.

É sob este enfoque, que está contido implicitamente no artigo 2º, parágrafo único, da Lei nº 9.784/99, que impõe à Administração Pública, adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público; observância das formalidades legais essenciais à garantia dos direitos dos administrados; adoção de formas simples, suficientes para proporcionar adequado grau de certeza, segurança e respeito aos direitos dos administrados. Determina, ainda, o artigo 29, § 2º, que “os atos de instrução que exijam a atuação dos interessados devem realizar-se do modo menos oneroso para eles”.

3.5.13 Motivação

Pelo que foi dito no item anterior, fácil é perceber a íntima correlação entre os princípios da razoabilidade e motivação, também previsto no artigo 111, da Constituição do Estado de São Paulo.

É imprescindível, para avaliação da razoabilidade, conhecer os motivos que levaram a Administração Pública a adotar determinada medida para alcançar a finalidade que decorre implícita ou explicitamente da lei”. (DI PIETRO, 1991, p. 151).

Embora não esteja, expressamente, prevista na Constituição Federal de 1988 entre os princípios a que se submete a Administração Pública, nela está implícita, pois é essencial ao princípio da legalidade e ao devido processo legal, sendo, ainda, de suma importância para que os cidadãos possam exercer seu direito à informação, já que sem os motivos, não lhe é possível conhecer as razões que serviram de fundamento para a decisão administrativa.

A motivação, em regra, não requer fórmula sacramental, bastando que fiquem documentados, de qualquer forma, os motivos que levaram o ente administrativo a proferir aquela decisão, podendo ser ou não concomitante ao ato.

Freqüentemente, é feita por pareceres, informações, laudos, relatórios, feitos por outros órgãos, servindo de fundamentação ao ato administrativo.

3.5.14 Eficiência

Segundo o professor Hely Lopes Meirelles (1999, p. 89), o princípio da eficiência exige que a atividade administrativa “seja exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional.”

É o mais moderno princípio da função administrativa, exigindo resultados positivos para o serviço público, atendendo de forma satisfatória as necessidades da comunidade e de seus membros.

3.5.15 Segurança jurídica

O referido princípio foi inserido entre os princípios da Administração Pública pelo artigo 2º, caput, da Lei nº 9.784/99.

A segurança jurídica é ligada à idéia de respeito à boa-fé. Se a administração adotou determinada interpretação como correta, não pode posteriormente anular os atos anteriores, sob o argumento de que foram efetuados conforme interpretação errônea. Tendo a lei que observar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, por respeito ao princípio da segurança jurídica, “não é admissível que o administrado tenha seus direitos flutuando ao sabor de interpretações jurídicas variáveis no tempo.” (DI PIETRO, 2001, p. 85).

Entretanto, é preciso cautela, para não impedir a Administração Pública de anular atos praticados com não observância da lei. É que nesta hipótese, não se trata de mudança de interpretação, mas de ilegalidade, que ao ser declarada opera retroativamente, já que os atos ilegais não geram direitos.

4 SERVIÇOS PÚBLICOS

4.1 O conceito de serviço público

Diverge a doutrina no que tange ao conceito de serviço público, que ora nos fornece uma noção *orgânica*, só considerando como tal o que é prestado pelos órgãos públicos; ora nos oferece um conceito *formal*, identificando-o por características extrínsecas; ora nos apresenta o aspecto *material*, buscando defini-lo por seu objeto. Na verdade, o conceito de serviço público sofreu significativas modificações no decurso do tempo e “flutua ao sabor das necessidades e contingências políticas, econômicas, sociais de cada comunidade, em cada momento histórico” (MEIRELLES, 1999, p. 297).

Anota o professor Celso Antônio Bandeira de Mello (2000, p. 576) que, à época de seu surgimento, na França, sob o patrocínio teórico do publicista Duguit, a noção de serviço público apareceu como fórmula revolucionadora do Direito Público em geral e do Direito Administrativo em particular, tentando fazer substituir o eixo metodológico desta disciplina pela idéia de “serviço aos administrados”.

Hely Lopes Meirelles (1999, p. 297) define o serviço público como sendo “todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade, ou simples conveniências do Estado”.

A Lei 7.783, de 28 de junho de 1989, determina que são **serviços essenciais**: o de água, energia elétrica, gás e combustíveis; o de saúde; o de distribuição e de comercialização de medicamentos e alimentos; o funerário; o de transporte coletivo; o de captação e tratamento de esgoto e lixo; o de telecomunicações; o relacionado com substâncias radioativas; o de tráfego aéreo; o de compensação bancária e o de processamento de dados ligados a esses serviços. E o artigo 11, parágrafo único, acrescenta que os sindicatos, os empregados e os trabalhadores ficam obrigados, de comum acordo, a garantir, no

decorrer da greve, a prestação desses serviços, contanto que a greve coloque em perigo iminente a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população.

Todavia, a professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2002, p. 96) considera que o referido conceito “é amplo, porque não distingue o poder de polícia do serviço público. Vale dizer, abrange todas as atividades exercidas pela Administração Pública”.

Por outro lado, leciona o professor Celso Antônio Bandeira de Mello (2000, p. 575) que serviço público é:

toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material fruível diretamente pelos administrados, prestado pelo Estado ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais -, instituído pelo Estado em favor dos interesses que houver definido como próprios no sistema normativo.

Entende o aludido mestre, que a noção de serviço público é composta de dois elementos: o primeiro, consistente na prestação de utilidade e comodidade fruível diretamente pelos administrados, denominado de *substrato material*; e o segundo, que é seu *substrato formal*, que lhe dá justamente caráter de noção jurídica, que é o regime de Direito Público.

E ensina, ainda, o autor, que enquanto o serviço público tem por escopo fornecer ao usuário uma utilidade, ampliando, assim, a fruição mediante prestações efetuadas em benefício de cada qual, o poder de polícia, ao contrário, busca restringir, limitar, condicionar, as formas de sua atuação livre, de modo a possibilitar um bom convívio social.

Por outro lado, a professora Lucia Valle Figueiredo (2000, p. 75), agregando o critério orgânico, material e o do regime jurídico, define serviço público como:

toda atividade fornecida pelo Estado, ou por quem esteja a agir no exercício da função administrativa se houver permissão constitucional e legal para isso, com o fim de implementação de deveres consagrados constitucionalmente relacionados à utilidade pública, que deve ser concretizada, sob regime prevalente de Direito Público.

Portanto, serviço público é toda atividade material que a lei atribui ao Estado, por parecer não conveniente ficar dependendo da iniciativa privada, para que a exerça diretamente, por meios dos próprios órgãos que compõem a Administração Pública centralizada da União, Estados e Municípios; ou indiretamente, por meio de seus delegados, por meio de concessão ou permissão, ou de pessoas jurídicas criadas pelo Estado, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público.

4.2 Classificação

Hely Lopes Meirelles (1999) tomando como critério a essencialidade, a adequação, a finalidade e os destinatários dos serviços públicos, classifica-os em: *públicos e de utilidade pública; próprios e impróprios do Estado; administrativos e industriais; “uti universi” e “uti singuli”*.

Serviços Públicos, segundo o autor, são aqueles que a Administração presta de forma direta à comunidade, por entender ser essencial e necessário para a sobrevivência do grupo social e do próprio Estado. Portanto, só a Administração deve prestá-los, sem delegação a terceiros, já que exigem atos de império e medidas coercitivas em face dos administrados. Exemplos são os de defesa nacional, os de preservação da saúde pública.

Serviços de utilidade pública, entende o professor, que são os que a Administração, tendo em conta a conveniência para os membros da comunidade, efetua-os diretamente ou concorda que em que sejam prestados por terceiros (concessionários, permissionários ou autorizatários), nas condições ajustadas e sob seu controle, mas por conta e risco dos prestadores, mediante remuneração

dos usuários. Como exemplos dessa espécie temos os serviços de energia elétrica, gás, telefone, transporte coletivo.

Serviços próprios do Estado são aqueles que se relacionam intimamente com as atribuições do Poder Público, tais como o de segurança, polícia, higiene e saúde públicas, e para a prestação dos quais a Administração exerce sua supremacia sobre os Administrados, sem delegação a particulares.

Serviços impróprios do Estado, por outro lado, são os que atendem interesses comuns dos membros da comunidade, e, por isso, a Administração os presta de forma remunerada, por seus órgãos ou autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações governamentais, ou atribui sua prestação a concessionários, permissionários ou autorizatários. Esses serviços, diferentemente dos serviços próprios, geralmente, são remunerados e podem ser efetuados com ou sem privilégio, embora sempre sob regulamentação e controle do ente público competente.

É importante observar que a professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2002, p. 103), adota essa classificação, mas lhe atribui sentido oposto. Para ela próprios são aqueles serviços que o Estado assume como seus e os executa diretamente, por meio de seus agentes, ou indiretamente, por meio de concessionários e permissionários; e impróprios, aqueles que não são assumidos nem executados pelo Estado, seja direta ou indiretamente, mas apenas por ele autorizados, regulamentados e fiscalizados.

Serviços administrativos “são os que a Administração executa para atender a suas necessidades internas ou preparar outros serviços que serão prestados ao público, tais como o de imprensa oficial”. (MEIRELLES, 1999, p. 299).

Serviços industriais são os que auferem renda para quem os presta, mediante a remuneração da utilidade usada ou consumida, remuneração, esta, que, tecnicamente, se denomina *tarifa* ou *preço público*, fixada pelo Poder Público, quer quando o serviço é prestado por seus órgãos ou entidades, quer quando por concessionários, permissionários ou autorizatários.

Serviços “uti universi” ou gerais, prestados pela Administração ser tem usuários determinados, para atender a coletividade no seu todo, como os de polícia, iluminação pública, calçamento e outros dessa espécie. Esse serviços atendem de forma não discriminada a população, sem que se erijam em direito subjetivo de qualquer usuário à sua obtenção para seu domicílio, para sua rua ou bairro.

Serviços “uti singuli” ou individuais têm, ao contrário do acima citado, usuários determinados e uso particular e mensurável para cada destinatário, como telefone, a água, e a energia elétrica domiciliar. Se implantados, geram direito subjetivo à sua obtenção para todos os administrados que estejam na área de sua prestação e satisfaçam as exigências regulamentares. São sempre serviços de utilização individual, facultativa e mensurável, pelo que requer contraprestação por taxa ou tarifa, e não por impostos como é o caso dos serviços “uti universi”.

Caio Tácito (1997, p. 640) apresenta outra classificação, que diferencia os serviços públicos em **originários** ou **congênitos** e **derivados** ou **adquiridos**. O autor aponta que:

Há todavia, uma sensível diferença entre serviços públicos que, por sua natureza, são próprios e privativos do Estado e aqueles que, passíveis em tese de execução particular, são absorvidos pelo Estado, em regime de monopólio ou de concorrência com a iniciativa privada. Aos primeiros poderíamos chamar de serviços estatais *originários* ou *congênitos*; aos últimos, de serviços estatais *derivados* ou *adquiridos*.

Acrescenta, ainda, a professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2002, p. 106), outro critério de classificação que considera a exclusividade ou não do Poder Público na prestação do serviço; esse critério permite distinguir em serviços públicos **exclusivos** e **não exclusivos** do Estado.

4.3 Princípios

Existem determinados princípios que são essenciais ao regime jurídico dos serviços públicos: o da continuidade do serviço público, o da mutabilidade do regime jurídico e o da igualdade dos usuários. O princípio da **continuidade do serviço público** determina que o serviço público não pode parar.

No que concerne aos contratos, o princípio traz como conseqüências a fixação de prazos rigorosos ao contraente; a aplicação da teoria da imprevisão, para recompor o equilíbrio econômico e financeiro do contrato e possibilitar a continuação do serviço; a inaplicabilidade da *exceptio non adimpleti contractus* contra a Administração; a faculdade que se reconhece à Administração de utilizar os equipamentos e instalações da empresa que com ela contrata, para assegurar a continuidade da prestação do serviço; a possibilidade de encampação, ou seja, de retomada do serviço pelo Poder Público.

O **princípio da mutabilidade do regime jurídico ou da flexibilidade dos meios aos fins** permite modificações no regime de prestação do serviço para adaptá-lo ao interesse público, que é sempre variável no tempo. Em conseqüência disso, nem os servidores públicos, nem os usuários do serviço prestado, nem os contratados pela Administração têm direito adquirido à permanência de determinado regime jurídico; o estatuto dos funcionários pode ser modificado, como também os contratos podem ser alterados ou mesmo rescindidos unilateralmente de forma a atender ao interesse público.

Pelo **princípio da igualdade dos usuários** perante o serviço público, todo aquele que atenda às condições legais, tem direito à prestação do serviço, sem qualquer distinção de caráter pessoal.

4.4 Permissão constitucional para delegação de serviços públicos

A Constituição Federal dispõe que incumbe ao poder Público, na forma da lei, diretamente ou mediante regime de concessão ou permissão, sempre através

de licitação, a prestação de serviços públicos. Dessa forma, a lei disporá sobre o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, como também as condições de caducidade, controle e rescisão da concessão ou permissão; os direitos dos usuários, a política tarifária e a obrigação de manter serviço adequado.

5 CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

5.1 Idéia geral sobre contrato

Contrato é qualquer acordo de vontades, estabelecido livremente pelas partes, para criar obrigações e direitos recíprocos. É, em princípio, o contrato um negócio jurídico bilateral e comutativo, firmado entre duas pessoas que se comprometem a prestações mútuas e equivalentes em encargos e vantagens. Pressupõe liberdade e capacidade jurídica para as partes, devendo ser cumprido fielmente pelos contratantes, tendo objeto lícito e forma prescrita ou não vedada em lei.

A *instituição do contrato* é típica do Direito Privado, baseada na autonomia da vontade e na igualdade jurídica dos contratantes, mas é utilizada pela Administração Pública, na sua pureza originária ou com as adaptações necessárias aos negócios públicos. Daí porque os princípios gerais dos contratos tanto se aplicam aos *contratos privados* como aos *contratos públicos*, dos quais são espécies os *contratos administrativos*.

No Direito Privado a liberdade de contratar é ampla e informal, ao passo que no Direito Público a Administração está sujeita a limitações de conteúdo e a requisitos formais para a realização e execução de seus contratos, mas, todavia, dispõe sempre dos privilégios administrativos para a fixação e alteração das cláusulas de interesse público, e até mesmo, para por fim ao ajuste em meio de sua execução. Essas peculiaridades, caracterizam o contrato administrativo e o distinguem do contrato privado, como será abordado mais adiante.

5.2 O conceito de contrato administrativo

O professor Hely Lopes Meirelles (1996), conceitua o contrato administrativo como “o ajuste que a Administração Pública, agindo nessa qualidade, firma com o particular ou com outra entidade administrativa, para a

consecução de objetivos de interesse público, nas condições desejadas pela própria Administração”.

O contrato administrativo é sempre *bilateral*, e, em regra, *formal*, *oneroso*, *comutativo* e realizado *intuitu personae*. Daí se afirma que é um acordo de vontades; é *formal* porque se expressa por escrito e com requisitos especiais; é *oneroso* porque remunerado na forma estabelecida; é *comutativo* porque determina prestações recíprocas e equivalentes para as partes; é *intuitu personae* porque exige a pessoa do contratado para sua execução.

Além dessas características substanciais, o contrato administrativo possui uma outra que lhe é peculiar, qual seja, a exigência de prévia licitação, só dispensável nos casos expressamente previstos em lei. Entretanto, o que o tipifica e o diferencia do contrato privado é a participação da Administração na relação jurídica com supremacia de poder para fixar as condições do ajuste. Desse privilégio decorre para a Administração a faculdade de impor as denominadas *cláusulas exorbitantes*, nos limites necessários ao interesse público.

5.3 Legislação sobre contrato administrativo

Até o advento do Decreto-lei 2.300/86, não teve o contrato administrativo um tratamento orgânico e sistemático. Foi o Código de Contabilidade Pública da União, Decreto 4.536, de 28 de janeiro de 1922, que em seu artigo 54 determinava que:

Art. 54. Para a validade dos contratos, serão necessárias as seguintes formalidades:

- a) que sejam celebrados por autoridade competente para empenhar despesa, em virtude de lei ou delegação, observadas as condições desta;
- b) que sejam realizados para a execução de serviços autorizados na lei e dentro do quantitativo e duração dos créditos, á conta dos quaes deva correr a despesa;
- c) a citação expressa, em suas cláusulas, da lei que os autoriza e a verba ou crédito por onde devem correr;
- d) que nele se faça a indicação minuciosa e especificada dos serviços a se realizarem e dos objectos a serem fornecidos e os respectivos preços;
- e) que guardem conformidade com as propostas proferidas;
- f) que, nos contratos, em que sejam estipulados preços em moeda estrangeira, se declare a data ou a taxa do câmbio para a conversão, de accôrdo com a condição que houver sido fixada no edital de concorrência;
- g) que sejam lavrados nas repartições ás quaes interesse o serviço ou nos Ministérios, salvo nos casos em que, por lei, devem ser lavrados por tabelião e traduzidos legalmente em vernáculo, si lavrados em língua estrangeira;
- h) que respeitem as disposições do direito comum e da legislação fiscal;
- i) que seja registrados pelo Tribunal de Contas.

A Lei 8666, de 21 de junho de 1993, que atualmente regula a matéria, seguindo a orientação do anterior Decreto-lei 2.300/86, declara, de início, que os contratos administrativos regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de Direito Público, aplicando-se-lhes, supletivamente, disposições de Direito Privado.

5.4 Relação entre direito civil e administrativo no tocante ao direito das obrigações

No Direito Privado a liberdade de contratar é ampla e informal, salvo as restrições da lei e as exigências especiais de forma para determinados ajustes, ao passo que no Direito Público o ente administrativo está sujeito a limitações de conteúdo e requisitos formais estabelecidos em lei, mas, por outro lado, dispõe de

privilégios para fixar e alterar as cláusulas de interesse público e até mesmo para rescindir ao contrato em meio a execução.

É da participação da Administração com supremacia de poder, que surgem para o contrato administrativo certas características que os contratos comuns, sujeitos às normas de Direito Privado, não possuem. Tais peculiaridades constituem, genericamente, as denominadas cláusulas exorbitantes, implícitas ou explícitas em todo contrato administrativo.

Cláusulas exorbitantes, são, portanto, “as que excedem do Direito Comum para consignar uma vantagem ou uma restrição à Administração ou ao contratado.” (MEIRELLES, 1999, p. 195). No contrato de Direito Privado, a cláusula exorbitante não seria lícita, já que afetaria a igualdade das partes na execução do ajustado, mas é absolutamente válida no contrato administrativo, desde que prevista em lei ou nos princípios que regem a atividade administrativa, porque tem por fim estabelecer uma prerrogativa em benefício de uma das partes para o perfeito atendimento do interesse público.

As cláusulas exorbitantes podem determinar a ocupação do domínio público, o poder expropriatório e a atribuição de arrecadar tributos. Entretanto, as principais são as que possibilitam a alteração e rescisão unilateral do contrato; no equilíbrio econômico e financeiro; na revisão de preços e tarifas; na inoponibilidade da exceção de contrato não cumprido; no controle do contrato, na ocupação provisória e na aplicação de penalidades.

O *poder de modificação unilateral do contrato administrativo* constitui preceito de ordem pública, não podendo a Administração renunciar previamente à faculdade de exercê-lo. Esta previsto, genericamente, no artigo 58, inciso I, e mais especificadamente, no artigo 65, inciso I, todos da Lei 8666/93. Pode ocorrer, quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos; e se necessária a modificação do valor contratual em razão de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, no limite de 25 por cento do valor inicial do contrato, no caso de obras, serviços ou compras; e de 50 por cento no caso de reforma de edifício ou equipamento.

Em havendo a alteração unilateral do contrato que aumente os encargos do contratado, a Administração deverá restabelecer; por aditamento o equilíbrio econômico e financeiro.

Outra diferença que se observa no contrato de Direito Público, é que não pode o particular interromper a execução do contrato, quando a outra parte descumpri-lo, em razão dos princípios da continuidade do serviço público e da supremacia do interesse público sobre o particular. É, portanto, restrito, o uso da exceção de contrato não cumprido.

O controle do contrato administrativo é um dos poderes inerentes à Administração e, em conseqüência, implícito em toda contratação pública, dispensando previsão expressa. A execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração, especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição.

A aplicação de penalidades contratuais diretamente pela Administração Pública é outra de suas prerrogativas, correlata à do controle do contrato. De fato, ao contratar, a Administração reserva para si implicitamente a faculdade de aplicar as penalidades contratuais e as legais, ainda que não estabelecidas de forma expressa no contrato, independentemente de intervenção do poder Judiciário. Essas são as principais características que diferenciam o contrato de direito privado e o contrato administrativo.

5.5 Interpretação do contrato administrativo

Na interpretação do contrato administrativo é preciso ter sempre em vista que as normas que o regem são as de Direito Público, complementadas pelas de Direito Privado.

Nos contratos administrativos, celebrados em prol da coletividade, não se pode interpretar suas cláusulas contra essa mesma coletividade, para só se atender aos direitos individuais do particular contratado.

Ademais, ao interpretar o contrato não se pode negar, portanto, o direito que detém a Administração de alterar as cláusulas regulamentares para atender ao interesse público e, por outro lado, não se pode também deixar de reconhecer a necessidade do equilíbrio financeiro e da reciprocidade e equivalência dos direitos e obrigações das partes, devendo-se compensar a supremacia da Administração com as vantagens econômicas estabelecidas no contrato em benefício do contratado.

Outra regra de interpretação é a de que as disposições do regulamento, do caderno de obrigações e do edital, pertinentes, consideram-se incorporadas ao contrato mesmo que não constem em seu texto, como são tidas por não escritas as que confrontarem com aquelas disposições, quando prejudicarem a Administração. É nula a cláusula que afrontar a Constituição Federal ou a lei.

6 CONTRATO DE CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO

6.1 Antecedentes e evolução da concessão

Os antecedentes da concessão remontam à Idade Média, assinalando-se as concessões senhoriais e reais. Quanto as concessões senhoriais ocorriam para transferência da administração de feudos ou para exploração de atividades em propriedades pertencentes ao senhor feudal. Eram utilizadas formas contratuais com a finalidade de assegurar o empenho dos que praticavam as atividades e de estabelecer diretrizes no tocante à remuneração. Em troca da prestação de serviços, os senhores feudais atribuíam terras ou rendas e exercia a fiscalização, dava ordens e instruções e em determinadas ocasiões rescindia a concessão, ainda que não houvessem falhas do vassalo. As condições das concessões tinham por base um documento onde já estavam fixadas as obrigações do concessionário.

Na França, no período do estado absoluto, observa-se a existência de contratos de gestão de serviços públicos, e que os representantes do poder público exercem poder de direção, baixam diretrizes, impõem de forma unilateral acréscimos, podem rescindir o contrato. No século XVII poucas são as garantias aos concessionários. O quadro se altera no século XVIII, aumentando-se as garantias; já se prevêem: indenização por culpa da Administração, aumento de obra, rescisão unilateral sem culpa do concessionário, ocorrência de situações imprevistas.

Com as feições atuais, a concessão existe e foi utilizada desde o século XIX na Europa, principalmente, na França. Foi criada para serviços que exigiam grandes investimentos financeiros e pessoal técnico especializado, encargos que o poder público não dispunha.

A partir da década de 30, e com maior intensidade na década de 40, ocorre o declínio das concessões, em virtude das guerras mundiais e instabilidade econômica, ressurgindo o instituto na década de 80, em um outro contexto: prestação de serviços sem ônus para a Administração Pública.

É neste contexto que nasce a Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, já prevista no parágrafo único o artigo 175, da Constituição Federal.

6.2 Natureza da concessão

Quanto ao tratamento jurídico da concessão de serviço público, do ponto de vista organizacional, cuida-se de uma descentralização do serviço público, ou de um serviço público descentralizado, já que a prestação é atribuída a outra pessoa jurídica, sob controle do poder público.

No tocante ao vínculo entre o poder público e o particular que vai executar o serviço, surgiram controvérsias na doutrina quanto a sua qualificação jurídica. Um segmento o considera ato misto, por haver uma parcela contratual, expressa nas condições financeiras, e uma parcela unilateral, correspondente nas normas de execução de serviço. No Brasil, há muito se pacificou a natureza contratual da concessão de serviço público.

6.3 Conceito e características

A Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, define a concessão de serviço público como a delegação de uma prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado.

Já a concessão de serviço público precedida de obra pública é, nos termos do artigo 2º, III, da referida lei:

a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegada pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para a sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado

Entretanto, na opinião do professor Celso Antônio Bandeira de Mello (2000, p. 606), os referidos conceitos:

... padecem de qualidade técnica lastimável. Desde logo, incluem na caracterização das figuras delineadas elementos que são requisitos de sua *válida formação* (ser realizada mediante licitação na modalidade de concorrência e outorgada à empresa ou consórcio que demonstre capacidade para realização do empreendimento), mas, evidentemente, não são requisitos de existência, isto é, relativos à sua mera composição jurídica. Donde, uma vez que, “para os fins do disposto na lei”, considera-se concessão a “delegação” que responda a tais exigências, da literalidade de seus termos adviria, inadmissivelmente, que “a delegação” que as descumprisse não seria concessão e, pois, que estaria à margem da disciplina estabelecida pela sobredita lei; órfã de qualquer disciplina conhecida. Demais disto, no conceito de concessão *não precedida de obra pública* deixou-se de referir o elemento que é condição *sine qua non* para caracterizá-la, a saber: o de que o beneficiário da “delegação” efetuada remunerar-se-ia *pela própria exploração de tal serviço*, traço, este, que a distingue do mero ato administrativo de prestação de serviços.

Portanto, considerando o que foi exposto, é a concessão de serviço público “o ajuste pelo qual a Administração delega a execução de um serviço do poder Público ao particular, para que o explore por sua conta e risco, pelo prazo e nas condições ajustadas, mediante remuneração por tarifa cobrada dos usuários”. (MEIRELLES, 1996, p. 268).

A doutrina costuma apontar algumas características dos contratos de concessão de serviço público. É contrato de direito público, pois que os princípios que o informam são eminentemente publicísticos; bilateral, com vantagens e encargos recíprocos, no qual se estabelecem as condições de prestação do serviço, tendo como base o interesse da coletividade na sua obtenção e os atributos pessoais de quem se propõe a prestá-lo por delegação do Poder concedente; formal, pois que geralmente celebrado por escrito e exigindo alguns

requisitos especiais; oneroso, já que traz vantagens para ambos os contratantes, e estes sofrem um sacrifício patrimonial, correspondente a um proveito almejado; comutativo, pois que cada contratante, além de receber do outro prestação relativamente equivalente à sua, pode verificar, de imediato, essa equivalência; e de natureza *intuitu personae*, exigindo a pessoa do contratado para a prestação do serviço.

Também é característica deste contrato a presença de cláusulas exorbitantes, prerrogativas em favor de uma das partes para o atendimento do interesse público.

Sendo a concessão um contrato de colaboração, fica sujeita a todas as condições impostas pela Administração para os ajustes dessa natureza, especialmente à autorização por lei, à regulamentação por decreto e à escolha do concessionário em concorrência.

A lei apenas autoriza a concessão e delimita a amplitude do contrato a ser firmado; o regulamento estabelece as condições de execução do serviço; o contrato consubstancia a transferência da execução do serviço, por delegação, ao concessionário, vencedor da concorrência.

É importante ressaltar que pela concessão, o poder concedente não transfere propriedade alguma ao concessionário nem se despoja de qualquer direito ou prerrogativa pública.

Nas relações com o usuário, o concessionário fica vinculado à observância do regulamento e do contrato, que devem especificar direitos e deveres também para os usuários, para a defesa dos quais pode o particular fazer uso de todos os meios judiciais comuns, principalmente a via cominatória, com a finalidade de requisitar a prestação do serviço nas condições em que o concessionário comprometeu-se a prestá-lo.

A responsabilidade da concessionária perante o poder concedente é de natureza subjetiva, dependente de dolo ou culpa. Já a responsabilidade por danos causados à terceiros, por seu turno, é objetiva, seguindo a teoria do risco administrativo. Perante os usuários, a responsabilidade da concessionária é também de natureza objetiva, por expressa disposição do Código de Defesa do

Consumidor, que além de prever literalmente a responsabilidade das empresas concessionárias e permissionários de serviços públicos, prevê a responsabilidade destas “na forma prevista neste Código”.

Findo o prazo da concessão, os direitos e bens destinados à prestação do serviço, devem reverter ao poder concedente, independentemente de pagamento ou qualquer tipo de ressarcimento ao concessionário, por se considerar recebidos, no decurso do contrato, o capital investido bem como os lucros e juros dele decorrentes.

6.4 Principais cláusulas

As cláusulas principais do contrato de concessão, além de outras peculiares ao caso, são as que indiquem e delimitem objeto, a área e o prazo da concessão; o modo, forma e condições de prestação do serviço; os critérios, indicadores, fórmulas e parâmetros definidores da qualidade do serviço; o preço do serviço e os critérios e procedimentos para o reajuste e a revisão das tarifas; os direitos, garantias e obrigações do poder concedente e da concessionária, inclusive os relacionados às previsíveis necessidades de futura alteração e expansão do serviço e conseqüente modernização, aperfeiçoamento e ampliação dos equipamentos e das instalações; os direitos e deveres dos usuários para obtenção e utilização do serviço; a forma de fiscalização das instalações, dos equipamentos, dos métodos e práticas de execução do serviço, bem como a indicação dos órgãos competentes para exercê-la; as penalidades contratuais e administrativas a que se sujeita a concessionária e sua forma de aplicação; os casos de extinção da concessão; os bens reversíveis; os critérios para o cálculo e a forma de pagamento das indenizações devidas à concessionária, quando for o caso; as condições para prorrogação do contrato; a obrigatoriedade, forma e periodicidade da prestação de contas da concessionária ao poder concedente; a exigência da publicação de demonstrações financeiras periódicas da concessionária; e o foro e o modo amigável de solução das divergências contratuais.

6.5 Alteração unilateral do contrato

Pode o contrato de concessão, da mesma forma como os demais contratos administrativos, ser alterado unilateralmente pela Administração Pública. Entretanto, essa alteração somente pode atingir as cláusulas regulamentares ou de serviço, ou seja, aquelas que dispõem sobre o objeto do contrato e o modo de sua execução. “E sobejam razões para essa orientação, já que a Administração tem o *dever* de acompanhar as mutações do progresso, dotando a comunidade das obras, serviços e meios técnicos que assegurem o bem-estar social.” (MEIRELLES, 1996, p. 163).

Acrescente-se, ainda, que toda vez que, ao modificar a prestação do serviço, o concedente afetar o equilíbrio econômico e financeiro do contrato, terá que adequar as tarifas aos novos encargos acarretados ao concessionário.

Essa é a orientação que predomina entre nós desde a tese pioneira de Caio Tácito, que concluiu afirmando: “Ao Estado é lícito alterar as condições objetivas do serviço, mas não poderá deslocar a relação entre os termos da equação econômica ou financeira, nem agravar os encargos ou as obrigações do concessionário, sem reajustar a remuneração estipulada” (1997, p. 241).

E assim é porque “a rentabilidade assegurada à empresa erige-se em direito adquirido, exigível do concedente na forma avençada.” (MEIRELLES, 1996, p. 277).

6.6 Fiscalização do serviço

A fiscalização do serviço concedido incumbe ao Poder Público concedente, que é o fiador de sua regularidade e boa execução perante os usuários. Assim, é dever do concedente exigir a prestação do serviço em caráter geral, permanente, regular, eficiente, atual e com tarifas módicas.

Prestação do serviço de forma regular é idéia que, até semanticamente, significaria a prestação do serviço concedido, sempre conforme a expectativa do usuário. Eficiência e continuidade, em linhas gerais, é a obrigação do concessionário em buscar o bom resultado prático do serviço, de forma ininterrupta.

Atualidade, é “instituto que a lei cria para incluir no conceito de serviço adequado a idéia de crescente qualidade e quantidade do serviço, de acordo com a necessidade do usuário.” (RANGEL JÚNIOR, 1995, p. 98). É preciso, também, que o serviço público seja disponível a todos, atendendo, assim, à generalidade.

No que se refere à modicidade das tarifas, é, apenas, e não mais, a cobrança das tarifas na exata proporção do equilíbrio econômico e financeiro. Para garantir esses requisitos, imprescindíveis em todo serviço público concedido, é atribuído à Administração o direito de verificar a administração, contabilidade, recursos técnicos, econômicos e financeiros da concessionária, principalmente para manter a regularidade do serviço, estipular tarifas justas e punir as infrações ao regulamento e ao contrato.

6.7 Direitos do usuário

Os direitos do usuário devem estar assegurados de forma clara e expressa no contrato de concessão, por ser o destinatário do serviço concedido. Entretanto, o que freqüentemente aponta a doutrina é que a falta de dispositivos em favor do público tem ensejado o maior descaso do concessionário pelos direitos do usuário, o que não aconteceria se o próprio beneficiário do serviço público dispusesse de reconhecimento expresso em seu favor, para requerer a prestação que lhe é denegada ou retardada, sem qualquer punição pelo poder Público.

Dessa forma, “a presença de cláusulas asseguradoras dos direitos do usuário e das obrigações correlatas do concessionário, com as sanções respectivas, ensejará o chamamento do faltoso a juízo” (MEIRELLES, 1996, p. 279).

6.8 Extinção da concessão

A extinção do contrato de concessão ou a retomada do serviço concedido pode ocorrer por diversos motivos e formas. Em cada uma das hipóteses, a extinção da concessão ou a retomada do serviço ocorre por circunstâncias e atos diferentes e acarreta conseqüências distintas entre as partes.

A **reversão**, que como o próprio termo indica, é o retorno do serviço ao concedente, ao término da concessão. Por outro lado, a **encampação** consiste na retomada da prestação do serviço, pelo Poder concedente, no decorrer do período da concessão, por motivo de conveniência ou interesse administrativo; não se trata de inadimplemento contratual; o contrato vem sendo cumprido de forma satisfatória, porém não mais interessa sua manutenção à Administração. É preciso lei que a permita, tendo o concessionário direito ao pagamento prévio dos prejuízos que, efetivamente, o ato de império do Poder Público lhe trazer.

Já a **rescisão**, é o rompimento do contrato, durante a sua execução, por acordo, por ato unilateral do ente público ou por decisão judicial, conforme o caso. A rescisão por inadimplemento contratual da concessionária é denominada de **caducidade**, e será declarada por decreto do poder concedente, depois de comprovada a inadimplência do concessionário em processo administrativo respeitado o contraditório.

7 ALTERAÇÃO UNILATERAL DO CONTRATO DE CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO

7.1 Concessão de serviço público e alteração de normas regulamentares

A concessão de serviço público é, portanto, o contrato administrativo pelo qual a Administração Pública transfere a outrem a execução de um serviço público, para que o efetue em seu próprio nome, por sua conta e risco, garantindo-lhe a remuneração mediante tarifa paga pelo usuário ou outra forma proveniente da exploração do serviço. Entretanto, o que importa considerar, de logo, é a presença, no referido contrato, de cláusulas regulamentares, alteráveis, e cláusulas econômicas, imutáveis.

Naquilo que respeita às cláusulas regulamentares, portanto, poderá a Administração Pública, sob a justificativa do interesse público criteriosamente verificado no caso concreto, efetuar alguma modificação dos termos originários, nos limites da legislação vigente e dos princípios que regem a matéria.

No entanto, ainda que se considere uma situação de “imutabilidade” do contrato, essa imutabilidade impera até o momento em que for necessária a adequação do serviço público as novas condições de prestação, de acordo com um “critério finalístico”, pois que o contrato administrativo é informado pelo princípio do fim pelo objeto, donde o particular, portador de um mero interesse pecuniário, deve submeter-se a uma situação de mutabilidade ditada pelo interesse da comunidade, resguardado o equilíbrio financeiro.

7.2 *ius variandi* e reserva legal

O direito de promover modificações no contrato, não é, como vem sendo entendido, direito absoluto sobre o contrato, de a Administração exercê-lo se e como quiser, porque lhe apetece.

É necessário esclarecer que, “o direito e instabilizar o vínculo descende da indisponibilidade do interesse público, da indisponibilidade da coisa pública, porém está atrelado à relação de administração.” (FIGUEIREDO, 2000, p. 469).

No direito brasileiro, tal como ocorre no direito alemão e diferentemente do que se passa na França, o poder de promover alteração unilateral é matéria que decorre unicamente a partir da lei. O contrato não tem a finalidade de atribuir competência dessa ordem.

É o que leciona o professor Fernando Vernalha Guimarães (2000, p.16):

...em nosso Direito, não é possível, em sede contratual, atribuir originariamente poderes à Administração. O contrato não funciona como fonte, originária ou suplementar, de competência regulamentar, mas tão-somente como forma de aplicação dos imperativos estatuídos no ordenamento legal exigíveis à situação regulada, desde um prisma de conformação.

E afirma, ainda, o referido autor, que “parece certo que as normas legais que pertinem ao regime jurídico do *ius variandi* possuem um caráter injuntivo”, porque a previsão normativa por si só permite o exercício do poder de alteração do contrato na forma em que o concebeu.

7.3 Natureza do poder de instabilização do contrato

O “poder” de modificação contratual é, antes de tudo, manifestação da função pública e, dessa forma, estão destinados à atender interesses alheios aos de quem diretamente os manipulam: da coletividade. Disso resulta a indisponibilidade dos interesses manejados pelo Poder Público.

Resulta que a competência destinada para que o Poder Público promova o interesse da comunidade não é uma “faculdade”, mas um dever-poder. Tal poder não deriva de um juízo essencialmente discricionário, porém está estritamente regulamentado por pressupostos determinados, vinculativos, que emanam como condição de validade da alteração promovida.

7.4 Formação de autoridade do *ius variandi*

É certo que o *ius variandi* exterioriza-se por meio de ato administrativo, que tem no seu rito de formação a “vontade” do Poder Público combinada com a manifestação do particular, tendo a oportunidade processual para argüir vícios e manifestar-se acerca do mérito da modificação.

Essa complexidade do ato administrativo é observada pela intimação do particular para que se manifeste quanto aos termos da alteração efetuada e manutenção da base econômico financeira do contrato. Essa construção encontra justificativa no art. 5º, LIV e LV da Constituição Federal, que determina a obediência ao contraditório e a ampla defesa ao exercício da competência pública quando apto a sacrificar direitos individuais.

Anota o professor Fernando Vernalha Guimarães (2000, p.19) que;

Ainda que o chamamento do co-contratante não lhe outorgue a faculdade de interferir no mérito da modificação contratual proposta, a participação do particular poderá ser absorvida pela Administração como uma técnica de otimização da atividade regulamentar e de prevenção de litígios.

É a posição da professora Márcia Walquiria Batista dos Santos (1998, p. 262), que nesse aspecto afirma que:

...a Administração, ao alterar unilateralmente os contratos administrativos, não está obrigada a notificar previamente o contratado, com vistas a estabelecer o contraditório. Todavia, seria conveniente e aconselhável fazê-lo, em razão do princípio da transparência dos atos administrativos.

7.5 Intangibilidade da equação econômico-financeira do contrato

A associação do particular à função de promoção do interesse público, agindo como colaborador da Administração Pública, e a insegurança ocasionada

em face das modificações unilaterais efetuadas pelo poder público, foi o que deu surgimento a uma teoria do equilíbrio econômico financeiro dos contratos administrativos.

O equilíbrio econômico ou equilíbrio financeiro do contrato administrativo, também denominada equação econômica ou equação financeira, “é a relação que as partes estabelecem, inicialmente, no ajuste, entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração para a justa remuneração” (MEIRELLES, 1996, p. 165).

Por isso, a qualquer novo encargo atribuído ao concessionário, ou permissionário de serviço público, ou mudança efetiva na relação econômica existente no momento inicial da contratação, deve o Estado corresponder uma compensação adequada.

E o art. 37, XXI, da Carta Federal, prevê expressamente o princípio do equilíbrio econômico financeiro, ao prescrever que:

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

Portanto, se a alteração unilateral implicar a frustração do equilíbrio entre os encargos e a remuneração garantida de início pelo contrato, deve o ato que promoveu a modificação assegurar a manutenção do equilíbrio econômico do contrato, sob pena de nulidade.

Dessa forma, como afirma o professor Arnoldo Wald (2001, p. 299):

A equação financeira passou, pois, a significar a obrigação de pagar, na forma inicialmente fixada, com correção e juros convencionados, sob pena de ressarcimento do quantum devido acrescido dos custos financeiros para garantia da manutenção do statu quo contratual.

Tal poderia levar a pensar que esse raciocínio estaria a desconsiderar a supremacia do interesse público em relação ao interesse privado, porquanto a promoção da alteração efetuada pelo interesse da comunidade só poderia realizar-se mediante a manutenção da equação econômica de interesse privado. Entretanto, conforme anota o professor Fernando Guimarães (2000, p.22), a questão não é de ser posta desta forma, já que:

Primeiro, porque a manutenção do equilíbrio econômico, como já disse, não possui dimensão unicamente privada, mas importa (ainda que mediatamente) para o interesse público uma vez que o vínculo contratual estabelecido está informado por um princípio de continuidade da prestação do serviço público.

Depois, porque o regime jurídico-administrativo não se assenta exclusivamente num primado de supremacia do interesse público, mas, antes, legitima-se pelo equilíbrio entre as “prerrogativas públicas” e a proteção a direitos particulares.

No entanto, o equilíbrio econômico-financeiro não é atingido somente por alteração unilateral do contrato, mas também por atos da Administração, ou por fatos imprevistos ou imprevisíveis. É o caso do fato do príncipe, fato da Administração e da teoria da imprevisão.

O **fato do príncipe** corresponde, na concepção da professora Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2002, p. 265), “as medidas de ordem geral, não relacionadas diretamente com o contrato, mas que nele repercutem, provocando desequilíbrio econômico-financeiro” em prejuízo do contratado.

É toda e qualquer determinação do Estado, positiva ou negativa, geral, imprevista e imprevisível, que onera de forma substancial a execução do contrato administrativo, obrigando o Poder Público a recompor o equilíbrio financeiro.

Por outro lado, o fato da Administração é toda conduta ou comportamento do ente público que, incidindo direta e especificamente sobre o contrato, retarda ou impede a execução.

É quando a Administração “deixa de entregar o local da obra ou serviço, ou não providencia as desapropriações necessárias, ou atrasa os pagamentos por longo tempo” (MEIRELLES, 1999, p. 221). Determina o artigo 78, inciso XV, da

Lei nº 8666/93, que “o atraso superior a 90 dias dos pagamentos devidos pela Administração decorrentes de obras, serviços ou fornecimentos, ou parcelas destes, já recebidos ou executados” permite ao particular suspender a execução do contrato.

Outra hipótese em que a referida lei prevê o fato da administração é a do inciso XVI do artigo 78, em decorrência do qual constitui motivo para rescisão do contrato “a não liberação, por parte da Administração, de área, local ou objeto para execução de obra, serviço ou fornecimento, nos prazos contratuais, bem como as fontes de materiais naturais especificadas no projeto”.

Nessa hipótese, a lei não estabelece um prazo que deva ser aguardado pelo particular para suspender o contrato, todavia permite inferir que, quando se refere “nos prazos contratuais”, tão logo este seja ultrapassado, está o contratado autorizado a suspender a execução.

A **teoria da imprevisão** é aplicada aos contratos administrativos toda vez que acontecimentos externos ao contrato, imprevidos e imprevisíveis pelas partes e a elas não imputáveis, refletindo sobre a economia do contrato, acarrete um desequilíbrio, permitindo a recomposição do equilíbrio econômico do contrato.

Para evitar a constante aplicação da cláusula “rebus sic standibus”, ou teoria da imprevisão, aos contratos, com paralisação de obras, serviços e fornecimentos, foi instituída o **reajustamento contratual de preços**, que é a majoração dos valores unitários ou partes de valor global, conforme às elevações do mercado, em decorrência da desvalorização da moeda ou aumento dos custos, no período da prestação.

7.6 Pressupostos fáticos do *ius variandi*

É pressuposto para a modificação do contrato a existência de um motivo pertinente, isto é, situações fáticas posteriores à celebração do contrato que determinem a alteração pretendida; fatos novos que impliquem uma reavaliação do quadro, de modo a exigir da Administração a modificação. Tais fatos devem ser relacionados com o objeto do ajuste sob um critério de perfeita pertinência,

relevância e necessidade para com o interesse público pretendido por meio da concessão; “o motivo deve importar conseqüências de elevada magnitude na relação com os termos contratuais postos.” (GUIMARAES, RT 781, p. 23).

É necessário que o poder público exponha e justifique, mediante suficiente motivação, o que determinou a alteração contratual efetivada. Entretanto, o que se vê, com freqüência, é que o Poder Público invoca a disposição genérica do art. 58 da Lei n. 8666/93 e promove as alterações contratuais, justificando sua atuação pela existência de relevantes “interesses públicos”, não especificando, identificando os interesses efetivamente presentes na questão, sequer demonstrando a necessidade e pertinência, imprescindíveis no momento da alteração.

Com efeito, cabe neste ponto atentar para que, a alteração qualitativa encontra limite em sua própria definição, ou seja, fica impedido que a alteração prevista no inciso I, “a”, do art. 65 da Lei n. 8666/93 seja juridicamente válida quando verificado que a alteração unilateral, a ser efetuada pela Administração, desnatura o objeto contratado. É a opinião da professora Vera Lúcia Machado D’Avila (1998, p. 257).

Destarte, não são aplicáveis às alterações qualitativas do objeto ajustado as limitações de quantidade do § 1º, do art. 65, da Lei n. 8.666/93, ou seja, de até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, no caso de acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras; e de até 50% (cinquenta por cento), no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento.

8 CONCLUSÃO

Em sede de conclusão, é oportuno observar que, sem dúvida, a questão do *ius variandi* parece ainda não ter merecido, pela doutrina, um tratamento adequado, próprio a erigir uma regulamentação mais pormenorizada de seu objeto e forma, o que é propício para um exercício arbitrário e pouco adequado para o Estado Democrático de Direito.

Daí, tem que o *ius variandi* não pode parecer como um poder afeito a uma autonomia de vontade do Poder Público. É, antes de tudo, poder que tem na lei a sua fonte, não tendo como nascedouro o contrato pactuado entre a Administração e o particular.

Acrescente-se, ainda, que o poder de alteração contratual, no atendimento ao interesse da comunidade, deve ter a formação da autoridade pautada por um procedimento do qual haja a participação do contratado. Não que referida participação implique um exercício de influência quanto ao conteúdo da alteração, todavia permitirá que o particular demonstre vícios por ventura existentes que possam comprometer a instabilização pretendida, bem como determinar seus direitos e deveres envolvidos na contratação

Outro ponto é a manutenção do equilíbrio econômico do contrato que deve ser preservado pelo ato que proporcionar a modificação sob pena de não ser válida a medida. Por último, para que se efetue o *ius variandi* é necessário um motivo pertinente, uma relação entre o interesse público especificamente buscado pelo contrato e o conteúdo da alteração.

Assinale-se, por fim, o dever de motivação do ato administrativo que promove o *ius variandi*, já que muito se tem visto um exercício arbitrário deste poder de modificar, não demonstrando os interesses efetivamente presentes na questão.

9 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Curso de direito civil: teoria geral das obrigações**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

BARBOSA, Alfredo Ruy. Equilíbrio econômico-financeiro do contrato, pedido de revisão do faf (fator de ajuste financeiro), teoria da imprevisão. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 92, n. 334, abr./jun. 1996, p. 213-229.

BRASIL. Lei nº 8666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 21 jun. 1993. Disponível em:

<<http://www.senado.gov.br/servlets/NJUR.Filtro?tipo=LEI&secao=NJUILEG.../nph-brs.ex>> . Acesso em: 28 ago. 2001.

BRASIL. **Decreto nº 4.536, de 28 de janeiro de 1922**. Organiza o Código de Contabilidade da União. Brasília-DF: Senado Federal Subsecretaria de Informações.

BOBBIO, Norberto. **Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política**. São Paulo: Editora Paz e Terra, 1987

CAVALCANTI, Themistocles Brandão. **Curso de Direito Administrativo**. 8. ed. ref. e atual. São Paulo: Livraria Freitas Bastos, 1967.

CORREIA, Alexandre; SCIASCIA, Gaetano. **Manual de direito romano**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1961.

CRETELLA JUNIOR, José. **Direito administrativo comparado**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

_____. **Curso de direito romano: o direito romano e o direito civil brasileiro**. 25. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.

_____. **Tratado de direito administrativo**. Rio de Janeiro: Forense, 1966. 1v.

DINIZ, Maria Helena Diniz. **Curso de direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2000. 2 v.

_____. **Curso de direito civil brasileiro**. 13. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1999. 7 v.

_____. **Código civil anotado**. 5. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1999.

D'AVILLA, Vera Lúcia Machado. "Contrato. Alteração unilateral. Inexistência de limite quantitativo na hipótese do art. 65, inc. I, 'A' ". In: TEMAS Polêmicos sobre Licitações e Contratos. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 257-259.

FIGUEIREDO, Lucia Valle. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2000.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade civil**: doutrina e jurisprudência. 6. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 1995.

GRAU, Eros Roberto. Preços: Modificação unilateral do contrato celebrado com a administração; quitação; explicativa inflacionária. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 22, p. 94-104. 1998,

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. Uma releitura do poder de modificação unilateral dos contratos administrativos de concessão de serviços públicos. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 89, n. 781, nov. 2000.

JESUS, Osvaldo Ribeiro de. O poder de modificação unilateral dos contratos pela administração. Limitações. **Revista da Procuradoria Geral do Estado da Bahia**, v. 4, n. 36, jul. 1979/jun. 1980, p. 59-64.

RANGEL JÚNIOR, Hamilton. A prestação do serviço. In: CONCESSÃO de serviço Público. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. p. 95-100.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Contratos prorrogados à luz do direito que os rege: legitimidade; inadimplência do poder público, responsabilização civil do estado e das autoridades; parecer. **Cadernos de Direito Tributário e Finanças Públicas**, v. 6, n. 22, jan./mar. 1998, p. 337-343.

MARKY, Thomas. **Curso elementar de direito romano**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 137.

MEDEIROS DA FONSECA, Arnaldo. **Caso fortuito e teoria da imprevisão**. Rio de Janeiro: Tip. do Jornal do Comércio, 1932.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e contrato administrativo**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2000. 782p.

_____. Reajustamento e recomposição de preços em contrato administrativo. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 69, n. 540, out. 1980.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. Licitação leis de mercado e preços; equilíbrio econômico financeiro. **Revista Trimestral de Direito Público**, São Paulo, n. 9, p. 78-95. 1995

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil**: direito das obrigações – 1ª parte. São Paulo: Saraiva, 1998. v. 4.

_____. **Curso de direito civil**: direito das obrigações – 2ª parte. – São Paulo: Saraiva, 1998. v. 6.

MONTORO, André Franco. **Introdução à ciência do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

NOVAES, Raquel Cristina. A Razoabilidade e o exercício da discricionariedade. In: ESTUDOS de Direito Administrativo: em homenagem ao prof. Celso Antônio Bandeira de Mello. São Paulo: Max Limonad, 1996. p. 20-47.

OLIVEIRA, Fernando Andrade de. Conceituação do Direito Administrativo. **Revista de Direito Administrativo**, São Paulo, n. 120, p. 14-49, abr./jun. 1975.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Responsabilidade civil**. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

PIETRO, Maria Silvia Zanella Di. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Atlas, 2001.

_____. **Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988**. São Paulo: Atlas, 1991.

_____. **Parcerias na administração pública:** concessão, permissão, franquia, terceirização e outras formas. São Paulo: Atlas, 1999.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil:** parte geral das obrigações. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998. 2v.

_____. **Direito civil:** parte geral. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998. 1v.

SANTOS, Márcia Walquíria Batista dos. Contrato. Alteração unilateral. Princípio do contraditório. In: TEMAS Polêmicos sobre Licitações e Contratos. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 260-262.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

SILVA, Rodrigo Alberto Correia da. **Alteração dos contratos administrativos pela teoria da imprevisão.** Disponível em:

<<http://jus.com.br/doutrina/imprevis.html>> Acesso em 10 mar. 2001.

_____. **Contratos administrativos e o plano real.** Disponível em:

<<http://jus.com.br/doutrina/realcont.html>> Acesso em 10 mar. 2001.

SZKLAROWSKY, Leon Fredja. **Interpretação dos contratos administrativos.** Disponível em:

<<http://jus.com.br/doutrina/interpad.html>> Acesso em 10 mar. 2001.

_____. **Alteração dos contratos administrativos e as medidas provisórias 1531-15-16-17.** Revisão contratual. Teoria da imprevisão. Disponível em:

<<http://jus.com.br/doutrina/imprevis.html>> Acesso em 10 mar. 2001.

TÁCITO, Caio. **Temas de Direito Público.** Rio de Janeiro: Renovar, 1997. 2 v.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil:** teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos. São Paulo: Atlas, 2001.

WALD, Arnoldo. Obrigação da administração de ressarcir o contrato quando desrespeitado o equilíbrio econômico-financeiro no tocante à homologação do

reajustamento das tarifas. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, ano 9, n. 37, p. 289-301. out./dez. 2001.

_____. Do equilíbrio econômico e financeiro do contrato de concessão: direito da concessionária a recomposição tarifária em virtude de aumento do custo e insumo, **Revista de Direito Administrativo**, São Paulo, n. 222, p. 297-306, out./dez. 2000.