

O CONTRATO DE CONCESSÃO DE RODOVIAS: PARTICULARIDADES, ALTERAÇÃO E RECOMPOSIÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO

LUÍS ROBERTO BARROSO

Professor Titular de Direito Constitucional da UERJ. Professor visitante da Universidade de Brasília – UnB e da Universidade de Wrocław, Polônia. Doutor e Livre-Docente pela UERJ. Mestre pela *Yale Law School*. O presente estudo foi elaborado com a colaboração de Ana Paula de Barcellos, Professora Adjunta de Direito Constitucional da UERJ, universidade pela qual é Mestre e Doutora em Direito Público.

Sumário: Nota prévia. 1. Particularidades do contrato de concessão de rodovias. 2. Alteração do objeto do contrato de concessão rodoviária: 2.1. Observações gerais sobre a alteração dos contratos administrativos; 2.2. Possibilidades e limites de alteração do objeto de concessão rodoviária. 3. Equilíbrio econômico-financeiro do contrato: elementos informadores e meios legítimos de recomposição: 3.1. O equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão rodoviária: elementos relevantes e o interesse dos usuários; 3.2. Meios legítimos de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão: indenização, aumento da tarifa, aumento da base pagante e alteração do prazo de duração do contrato. 4. Conclusão.

Nota prévia

Conheci Marcos Juruena Villela Souto no ano distante de 1985, apresentado por nosso amigo comum César Vergueiro Chrismann. Marcos se preparava para o concurso que prestaria para se tornar Procurador do Estado, o que efetivamente se consumou pouco à frente. Ficamos amigos desde o primeiro momento. Na divisão binária que meus filhos fazem do mundo, ele poderia ser classificado, por qualquer critério, como uma pessoa *do bem*.

A essa virtude essencial na vida, Marcos Juruena acrescentou muitas outras. Sério em tudo o que fez, tanto no sentido da correção pessoal como do empenho verdadeiro. E leal aos seus amigos. Quando dirigi o Centro de Estudos Jurídicos da Procuradoria-Geral

do Estado, em outra vida, foi ele o meu braço direito, confiável e eficiente. Tivemos incontáveis discussões sobre o tema das licitações, em que eu defendia que dois ou três princípios aplicados com seriedade seriam melhor que todas as regras da lei. Por anos, ele achou que eu era louco. Recentemente, escreveu um saboroso artigo dizendo que talvez eu tivesse razão. Devia ter enlouquecido também.

Ao longo dos anos, acompanhei sua vitoriosa carreira acadêmica, que incluiu o mestrado e o doutorado na Universidade Gama Filho. Em temas como direito econômico, serviços públicos, licitações e contratos administrativos, agências reguladoras, dentre outros, ele se tornou uma referência. Seu nome compõe uma geração que redesenhou o direito administrativo brasileiro em bases mais próximas dos direitos fundamentais, da eficiência e, em última análise, da justiça social.

Marcos Juruena Villela Souto merece a homenagem e o reconhecimento que esta obra representa. Tenho grande prazer pessoal e intelectual de participar da celebração da memória de um amigo fraterno e um jurista excepcional.

1. Particularidades do contrato de concessão de rodovias

O contrato de concessão rodoviária é descrito pela doutrina como um “contrato de concessão de serviço público precedido de obra pública”, categoria definida pelo art. 2º, III¹, da Lei nº 8.987, de 13.02.1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal.

Segundo entendimento pacífico da doutrina, além das disposições constitucionais pertinentes, as concessões rodoviárias são disciplinadas, em primeiro lugar, pela referida Lei nº 8.987/95, que trata diretamente do tema e tem natureza de norma específica. Boa parte da doutrina entende igualmente que a Lei nº 8.666/93 é aplicá-

1 Lei nº 8.987/95, art. 2º: “Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se: (...) III - concessão de serviço público precedida da execução de obra pública: 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;”. Esse é o enquadramento adotado pelo Tribunal de Contas da União, como se vê da seguinte decisão: “Quando arguida sobre o tipo de concessão adequada ao modelo das concessões rodoviárias, verifica-se que a Lei nº 8.987/95 distingue as concessões de serviço público das concessões de serviço público precedidas de obras públicas. Notadamente, as concessões para exploração de rodovias federais têm-se enquadrado na segunda modalidade, isso porque, via de regra, o início da cobrança de pedágio geralmente requer investimentos nas rodovias anteriormente ao início da cobrança do pedágio, assim como são previstos melhoramentos e obras durante todo o prazo da concessão” (TCU, *DOU* 3 set. 2004, Acórdão 1277/04, Rel. Min. Substituto Augusto Sherman Cavalcanti – **negrito acrescentado**). Nessa mesma linha é o entendimento majoritário da doutrina (v. Carmen Lúcia Antunes Rocha, *Estudos sobre concessão e permissão de serviço público no Direito brasileiro*, 1996, p. 43 e ss.). Posição ligeiramente diversa é registrada por Floriano Marques Neto, Algumas notas sobre a concessão de rodovias, *Boletim de Direito Administrativo* 4:248, 2001: “Registramos, desde logo, nosso entendimento no sentido de que, quando tratamos de rodovias, estamos cuidando primordialmente de concessão de bem público, que envolve, como toda cessão do direito de uso de um bem, a realização de atividades anexas (conservação, aperfeiçoamento, organização do uso, ampliação do bem)”.

vel subsidiariamente, quando cabível, na qualidade de norma geral². Nada obstante qualificados abstratamente na categoria mencionada acima, os contratos de concessão rodoviária apresentam quatro particularidades que merecem destaque por seu reflexo sobre o que se vai examinar na sequência³.

A primeira particularidade que vale registrar diz respeito à *complexidade do objeto* de tais ajustes. Não raro, o objeto da concessão rodoviária envolve uma série de atividades, como a recuperação, o reforço, a monitoração, o melhoramento, a manutenção, a conservação, a operação e a exploração de determinado trecho rodoviário e de seus acessos. A complexidade do objeto de tais contratos decorre de pelo menos duas ordens de razões. Em primeiro lugar, é fácil perceber que, *e.g.*, a recuperação e o melhoramento de uma rodovia são objetivos gerais que podem exigir o desempenho de um conjunto bastante amplo de atividades, dentre as quais, sem prejuízo de outras, o recapeamento da rodovia, a sua duplicação, a construção de acostamentos, canteiros centrais, passarelas, a afixação de sinalização, a manutenção de serviços de emergência etc.. Ademais, e em segundo lugar, as atividades necessárias para a realização desses objetivos gerais poderão variar de maneira importante ao longo do tempo, tendo em conta novas necessidades dos usuários.

A segunda particularidade relevante envolve os *longos prazos* fixados nos contratos de concessão rodoviária, que variam, em geral, de 20 (vinte) a 25 (vinte e cinco) anos. A duração de tais contratos decorre não apenas da necessidade de conceder ao concessionário tempo suficiente para executar suas obrigações, mas também, e sobretudo, dos vultosos custos envolvidos nas obras e serviços relacionados com o objeto de tais contratos. Com efeito, se o custo e o lucro devidos ao concessionário tivessem de ser pagos pelos usuários, por meio das tarifas, em um curto espaço de tempo, a operação seria inviável. A opção seria o pagamento direto ao concessionário pelo poder concedente, hipótese frequentemente descartada pelas autoridades públicas. O prazo longo, portanto, é o mecanismo pelo qual o concessionário pode ser remunerado pelos usuários, mantendo-se a modicidade das tarifas⁴.

2 Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Serviços públicos concedidos*, *Boletim de Direito Administrativo* 1:11, 2005; e Márcia Walquíria Batista dos Santos, *A licitação da concessão – O edital*. In: Odete Medauar (org.), *Concessão de serviço público*, 1995, p. 60: “Primeiramente, reafirmamos que em termos de elaboração do edital da licitação de concessões, pelo menos os critérios e normas gerais contidos na Lei 8.666/93 serão aplicados no que couber. É o sentido do caput do art. 18 da Lei 8.987/95. Esta lei, por ser específica, é preferencial em relação à Lei 8.666/93 – detentora de caráter genérico”. (negrito acrescentado).

3 V. sobre o tema geral das concessões, Marçal Justen Filho, *Teoria geral das concessões de serviço público*, 2003, p. 170 e ss.; Cármen Lúcia Antunes Rocha, *Estudos sobre concessão e permissão de serviço público no Direito brasileiro*, 1996, p. 45 e ss.; Marcos Mauricio Toba, *O contrato de concessão*. In: Odete Medauar (org.), *Concessão de serviço público*, 1995, p. 85 e ss.; Arnoldo Wald, *Novos Aspectos a concessão de obras e seu financiamento*, *Revista de Direito Administrativo* 197:3, 1994; e Floriano Marques Neto, *Concessão de serviços públicos e prestação de serviços de interesse coletivo: Diferença de regimes jurídicos*, *Boletim de Direito Administrativo* 4:280, 2000.

4 Toshio Mukai, *Concessão e permissão de serviços públicos*, *Boletim de Direito Administrativo* 10:760, 2001: “O prazo em que o serviço vai permanecer com o concessionário não é aleatório, mas baseado em estudos técnicos que garantam e viabilizem a amortização, em condições normais de exploração, do capital investido”.

O longo prazo de tais contratos, porém, agrega à discussão sobre o regime jurídico das concessões rodoviárias dois elementos que não podem ser ignorados. O primeiro deles, já referido, é a natural alteração das necessidades relacionadas com o bem público em questão – a rodovia – e com os serviços a ele associados. Nas sociedades contemporâneas, em períodos substancialmente menores que 20 anos, é possível observar fluxos migratórios, surgimento de cidades e povoados, desenvolvimento de diferentes tipos de transportes etc..

Em segundo lugar, um contrato de concessão rodoviária terá de conviver, ao longo do tempo, com agentes públicos e governos diversos, eleitos democraticamente. Cada um desses grupos políticos poderá ter uma percepção diversa de quais as atividades prioritárias para a realização do objeto contratual, seja por conta das novas demandas observadas na realidade, seja por força de uma diferente compreensão política do mesmo problema. Esses elementos conduzem à terceira particularidade dos contratos de concessão rodoviária.

A doutrina destaca como uma das características dos contratos administrativos a possibilidade de mudanças nas suas cláusulas de execução, o que é muitas vezes denominado como *mutabilidade* do contrato administrativo. Trata-se, a rigor, do poder-dever conferido à Administração de alterar o objeto do contrato ou as condições de sua execução de modo que o ajuste realize da melhor forma possível o interesse público que motivou sua celebração⁵.

No caso dos contratos de concessão, porém, a mutabilidade assume feição particularmente marcante. A própria Lei n° 8.987/95 prevê que os serviços devem ser *adequados*⁶, o que inclui a noção de atualidade. E a *atualidade* do serviço envolve “a

5 V., por todos, Marcos Jurueña Villela Souto, *Licitações e contratos administrativos*, 1998, p. 314: “Como o contrato destina-se ao atendimento do interesse público e este é contínuo e dinâmico, devendo ser satisfeito em caráter genérico, ao menor preço e com boa qualidade, não é dado à Administração abrir mão de tal dever, pactuando uma condição imutável desse interesse público. Daí a previsão da possibilidade de, no uso de sua supremacia, adaptar a execução do objeto do contrato às constantes mudanças do interesse público, de modo a sempre serem preservados a generalidade, continuidade e modicidade dos serviços públicos, colocando à disposição da coletividade a melhor técnica disponível”; e Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Parcerias na Administração Pública*, 2002, p. 80: “Essa necessidade de alteração – que deve ser devidamente motivada – pode decorrer de *mudanças na situação de fato*, ou seja, de circunstâncias de variada natureza que recomendem a mudança de cláusulas regulamentares do contrato (...). E também pode decorrer de *alterações na situação de direito*: a lei que disciplinava o serviço sofre alterações, que acarretam a necessidade de alterar as cláusulas regulamentares do serviço. (...) Quanto ao *princípio da mutabilidade*, cabe destacar que a ele se submetem o concessionário e também os usuários do serviço público. Significa, esse princípio, que as cláusulas regulamentares do contrato podem ser unilateralmente alteradas pelo poder concedente para atender a razões de interesse público. Nem o concessionário, nem os usuários do serviço podem opor-se a essas alterações: inexistente direito adquirido à manutenção do regime jurídico vigente no momento da celebração do contrato. Se é o interesse público que determina tais alterações, não há como opor-se a elas”. (negrito no original).

6 V. Mauro Roberto Gomes de Mattos, *O contrato administrativo*, 2002, p. 219: “Nesse conceito (serviço adequado), também [inclui-se] a necessidade de modernização das técnicas, dos equipamentos e das instalações, bem como a melhoria e expansão do serviço (art. 6º, §2º). A expansão do serviço em determinados casos é imperiosa, pois a atualidade e modernidade não permitem a estagnação do serviço, que com o passar do tempo tem que se adequar às necessidades dos usuários. É claro que a expansão não poderá desnaturar a concessão obtida através da concorrência pública, ou seja, ela não poderá revelar um serviço novo, que deveria ser submetido a nova licitação. Note-se que a expansão do serviço deverá ser implementada sempre que houver necessidade e previsão do edital e no contrato formado”.

modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço”⁷. Por isso mesmo, o próprio contrato deve procurar regular as previsíveis necessidades de alteração e expansão futuras. Vale conferir sobre o ponto a dicção dos artigos 6º, §§ 1º e 2º, e 23, V da Lei nº 8.987/95:

“Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

§ 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

§ 2º A atualidade compreende a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço.

(...)

Art. 23. São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas:

(...)

V - aos direitos, garantias e obrigações do poder concedente e da concessionária, inclusive os relacionados às previsíveis necessidades de futura alteração e expansão do serviço e consequente modernização, aperfeiçoamento e ampliação dos equipamentos e das instalações;”

No âmbito da concessão de rodovias, em particular, por conta do prazo especialmente longo de duração dos contratos e da complexidade inerente ao seu objeto, a mutabilidade torna-se ainda mais típica⁸.

A quarta característica própria dos contratos de concessão envolve a *espécie de relação que o concessionário mantém com os usuários*. O ponto não é complexo. Nos contratos administrativos clássicos, regidos pela Lei nº 8.666/93, o particular contratado, *e.g.*, conduz determinada obra, fornece bens e presta serviços ao Poder Público e recebe dele o pagamento correspondente⁹. É certo que, em última análise, a

⁷ V., por todos, Marçal Justen Filho, *Teoria geral das concessões de serviço público*, 2003, p. 306: “Atualidade relaciona-se com outro ângulo do conceito de eficiência. Dentro de certos limites, um serviço pode ser eficiente ainda que não seja moderno. Haverá um certo ponto de ruptura entre ausência de modernidade e eficiência. As necessidades dos usuários podem ser atendidas satisfatoriamente por meio de serviços prestados segundo técnicas ultrapassadas pela evolução científica. Mas a manutenção das técnicas anteriores, diante de contínuas inovações da ciência, tenderá a produzir ineficiência. O progresso tecnológico produz redução de custos e de tempo e ampliação de utilidades ofertáveis ao público. Mais ainda, de novas necessidades. Portanto, não adotar novas técnicas significa desatender às necessidades a ela relacionadas. Essa questão fica muito clara a propósito da transmissão de dados à distância”.

⁸ Floriano Marques Neto, *Alteração em contrato de concessão rodoviária*, *Revista Tributária e de Finanças Públicas* 44:207-8, 2002.

⁹ Lei nº 8.666/93, art. 1º: “Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”.

população deverá ser a beneficiária final do objeto de tais ajustes, mas o fato é que não há entre ela e o contratado uma relação jurídica.

O quadro é diferente no âmbito dos contratos de concessão. Em primeiro lugar, o destinatário imediato dos serviços desenvolvidos pelo concessionário é a população, e não o Poder Público¹⁰. Há, portanto, uma relação direta entre o concessionário, na qualidade de prestador do serviço, e o usuário. Por outro lado, é o usuário quem remunera, por meio das tarifas, o concessionário. A Administração, a rigor, e como já referido, nada paga ao particular¹¹.

O Poder Público, na realidade, recebe um valor pela outorga e fiscaliza a execução do contrato de concessão; o reembolso dos custos e o auferimento do lucro pelo concessionário decorrem, em geral, das tarifas pagas pelos usuários. Nesse quadro – e este é o aspecto mais importante da questão –, o interesse dos usuários deve ser levado em consideração de forma bastante especial na interpretação da disciplina aplicável aos contratos de concessão¹². Feito esse breve registro, pode-se passar ao exame de duas questões especialmente relevantes acerca do tema: os limites e possibilidades das alterações do objeto contratual e as formas pelas quais pode se dar a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro.

¹⁰ Floriano Marques Neto, *Concessão de serviços públicos e prestação de serviços de interesse coletivo: Diferença de regimes jurídicos*, *Boletim de Direito Administrativo* 4:279, 2000: “Em primeiro lugar, na concessão o tomador do serviço prestado não é a Administração, mas o indivíduo administrado, o usuário. Temos daí que, em regra, no regime de concessão o serviço prestado pelo particular é tomado e usufruído direta e plenamente pelo cidadão”.

¹¹ Arnoldo Wald, *Novos aspectos da concessão de obras e do seu financiamento*, *Revista de Informação Legislativa* 122:268, 1994; Marcos Jurueña Villela Souto, *Desestatização, privatização, concessões e terceirizações*, 2000, p. 181: “Este contrato administrativo caracteriza-se, basicamente, por ser um ajuste através do qual o Poder Público transfere a terceiros a execução de uma obra, de modo que o contratado seja remunerado por tarifa paga diretamente pelo administrado. A sua essência consiste, portanto, no fato de que a Administração Pública não necessita recorrer a recursos próprios para executar uma obra, utilizando-se de uma parceria com outra pessoa, seja de direito público ou de direito privado, que, por sua vez, visa, além do retorno dos investimentos aportados, a parcela de lucro a ser obtido mediante a exploração da obra durante determinado período”; e Flávio Amaral Garcia, *Aspectos jurídicos na cobrança antecipada de pedágio nas concessões públicas de rodovias*, *Boletim de Direito Administrativo* 3: 404, 2003: “Não obstante o contrato de concessão ser celebrado entre duas partes (poder concedente e concessionário), os seus efeitos repercutem na esfera de direito de terceiros (usuários). Ao contrário do que ocorre nos demais contratos administrativos, em que existe dispêndio de recursos públicos para o atendimento de determinado interesse público, nas concessões o investimento é efetivado pelo concessionário particular, que obtém o ressarcimento do que foi aplicado, além do lucro – objetivo que persegue – por meio das tarifas cobradas aos usuários”.

¹² Acerca dos efeitos do contrato de concessão sobre os usuários, v. Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Serviços públicos concedidos*, *Boletim de Direito Administrativo* 1:17, 2005: “Uma explicação [para os efeitos trilaterais dos contratos de concessões] é que haveria um contrato tácito entre o concessionário e o usuário. E a outra explicação tem a ver com o próprio caráter regulamentar das concessões, quer dizer, como a concessão decorre do poder Regulamentar da Administração Pública, o usuário entra em uma situação estatutária, uma vez que ele é usuário, passa automaticamente a se submeter às normas da concessão”.

2. Alteração do objeto do contrato de concessão rodoviária

2.1. Observações gerais sobre a alteração dos contratos administrativos

O debate sobre o tema da alteração de contratos administrativos envolve a necessidade de equilíbrio entre dois conjuntos de elementos normativos, todos com *status* constitucional. Os contratos administrativos, como se sabe, devem ser firmados após um processo licitatório (CF, art. 37, XXI¹³), no qual se garanta a igualdade dos interessados – e a imparcialidade da Administração – por meio de uma competição baseada em critérios objetivos.

É fácil perceber que a possibilidade ilimitada de alterar os contratos administrativos poderia dar margem ao administrador para beneficiar ilicitamente o contratado ou prejudicar, também ilicitamente, o vencedor de um processo licitatório. Algumas hipóteses não chegam a ser incomuns. Imagine-se um contrato cujo objeto, nos termos descritos no edital, é bastante simples e limitado, o que acaba por afastar do certame empresas de grande porte que atuam no setor. Após a adjudicação, porém, a Administração altera os seus termos, incrementando o objeto de forma substancial e, conseqüentemente, o valor a ser pago ao particular. Pode-se visualizar aqui uma forma de burlar a regra licitatória e os princípios da igualdade e da impessoalidade. É possível imaginar também situações nas quais o administrador, descontente por qualquer motivo com o vencedor do certame, lhe impõe modificações no contrato que dificultam sua execução e tornam a posição do particular muito mais gravosa e desfavorável.

A regra da licitação e os princípios da igualdade e da impessoalidade administrativa, portanto, veem com cautela e certa desconfiança o poder amplo de se alterarem os contratos administrativos, justamente por conta dos abusos que esse poder pode ensejar. Por outro lado, os contratos administrativos existem para realizar o interesse público e determinadas necessidades a ele associadas. Nesse contexto, se as atividades previstas no contrato já não são adequadas para atender estas finalidades, ou se novas demandas surgiram com o tempo, relacionadas com o interesse público que se procura realizar, ou, ainda, se por qualquer outra razão legítima são necessárias modificações do que já foi pactuado, o ideal é que se possa implementar esses ajustes para que o interesse público não seja prejudicado.

Em hipóteses como essas, seria ineficiente e anti-econômico (CF, art. 37, *caput* e 70, *caput*) rescindir o contrato já firmado, indenizar o particular e proceder a nova licitação para firmar novo ajuste – agora discriminando o objeto já com as alterações –, mesmo porque o novo contrato não estará imune à necessidade de modificações futuras. Além disso, dependendo das circunstâncias concretas, o tempo necessário para que um novo procedimento licitatório seja levado a cabo e o novo contratado inicie os trabalhos poderá deixar o interesse público gravemente desassistido. Em suma: o próprio atendimento do

13 CF, art. 37, XXI: “Ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”.

interesse público e as necessidades de eficiência e economicidade impõem a mutabilidade dos contratos administrativos, como já se referiu. Vedar inteiramente a possibilidade de o administrador alterar os contratos firmados privaria a autoridade pública dos meios necessários para a consecução dos fins públicos pelos quais lhe cabe zelar.

A questão consiste em saber, portanto, que alterações são legítimas, até porque necessárias, e quais são ilícitas e devem ser vedadas. Na tentativa de distinguir essas duas categorias, a legislação e a doutrina conceberam classificações e parâmetros, tanto de natureza geral como específica, cujo exame será particularmente útil.

a) *Cláusulas contratuais em sentido estrito e cláusulas de execução. Alterações quantitativas, qualitativas e qualitativas com repercussões quantitativas.*

A primeira classificação relevante envolve as cláusulas do próprio contrato administrativo. A doutrina distingue – e a distinção decorre do próprio sistema normativo – entre *cláusulas contratuais em sentido estrito ou propriamente contratuais* e *cláusulas de execução ou regulamentares*¹⁴. As cláusulas contratuais propriamente ditas são aquelas que veiculam o acordo essencial firmado entre as partes e dizem respeito, sobretudo, ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato e à remuneração devida ao contratado. Tais cláusulas procuram proteger o particular e o sentido econômico do ajuste ao qual ele aderiu e, por isso mesmo, não podem ser modificadas unilateralmente pela Administração¹⁵.

As cláusulas de execução ou regulamentares, por seu turno, disciplinam o atendimento do interesse público que motivou a celebração do contrato, cuidando de seu objeto e das formas específicas de sua execução. Como já referido, é nesse campo que se manifesta o regime público próprio dos contratos administrativos, admitindo-se que a Administração altere tais cláusulas para adequá-las às necessidades mutáveis do interesse público. Essas alterações podem ser unilaterais – até mesmo contra a

14 V. Marçal Justen Filho, *Concessões de serviços públicos*, 1997, p. 250: “As regras acerca do conteúdo do contrato de concessão retratam a complexidade de sua natureza jurídica. O dito contrato contém regras acerca de: a) relacionamento entre poder concedente e concessionário; b) condições da prestação do serviço; c) relacionamento entre poder concedente e usuários; d) relacionamento entre concessionário e usuários. Como visto, parte das regras constantes do instrumento apresenta diretamente natureza contratual propriamente dita. São aquelas que disciplinam o relacionamento direto entre poder concedente e concessionário. Já as demais regras apresentam natureza que se usa identificar como regulamentar. Contêm a disciplina da prestação do serviço, inclusive no tocante a terceiros, usuários – que, obviamente, não são partes da relação jurídica estabelecida entre poder concedente e concessionário. Tais regras poderiam dizer-se *indiretamente contratuais*, pois são vinculantes para poder concedente e concessionário, influenciando na determinação da equação econômico-financeira do contrato.”; e Adilson Abreu Dallari, Transporte coletivo, *Revista de Direito Público* 88:80, 1988: “É por isso mesmo que se diz que, na concessão de serviço público, há sempre dois tipos de cláusulas: as cláusulas de serviço e as cláusulas econômicas”.

15 Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Serviços públicos concedidos*, *Boletim de Direito Administrativo* 1:11, 2005: “Por serem cláusulas contratuais, essas cláusulas financeiras não podem ser alteradas unilateralmente pelo Poder Público”; e Toshio Mukai, *Concessão e permissão de serviço público*, *Boletim de Direito Administrativo* 10:757, 2001: “As cláusulas de natureza contratual, por seu turno, só bilateralmente podem ser alteradas”.

vontade do particular, dentro de certos limites – ou consensuais¹⁶. Em qualquer caso, se tais alterações modificarem o equilíbrio econômico-financeiro do ajuste – ditado pelas cláusulas propriamente contratuais –, ele deverá ser restaurado por meio das compensações necessárias.

Esta, portanto, é uma primeira distinção relevante. As cláusulas propriamente contratuais não podem ser alteradas unilateralmente pela Administração Pública, salvo para reequilibrar a relação existente entre as partes. As cláusulas de execução, diversamente, podem sofrer alterações, pois se vinculam de forma direta ao atendimento do interesse público.

Uma segunda distinção que merece nota especial diz respeito aos diferentes tipos de alterações que as cláusulas de execução podem sofrer. A doutrina distingue entre alterações (i) quantitativas; (ii) qualitativas; e (iii) qualitativas com repercussões quantitativas¹⁷. Essa distinção terá consequências normativas importantes, em particular para os ajustes regulados pela Lei nº 8.666/93. De fato, é no art. 65, I, da Lei nº 8.666/93 que são transcritas as hipóteses nas quais a Administração poderá alterar unilateralmente os contratos submetidos a essa lei. Confira-se a dicção do dispositivo.

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

I - unilateralmente pela Administração:

- a) quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos;
- b) quando necessária a modificação do valor contratual em

16 Marçal Justen Filho, *Teoria geral das concessões de serviço público*, 2003, p. 165: “As cláusulas mutáveis são as que disciplinam as condições de execução da prestação ao particular. A prestação do objeto do contrato sujeita-se a modificações qualitativas e quantitativas, deliberadas unilateralmente pela Administração. A esta cabem poderes não reconhecidos usualmente nos contratos privados, relacionados inclusive com a extinção do contrato sem caracterizar-se inexecução culposa da outra parte. Esses poderes também permitem à Administração imiscuir-se nas atividades necessárias e relacionadas com a execução da prestação por parte do particular. Seriam mutáveis as cláusulas atinentes a: a) definição quantitativa do objeto; b) definição qualitativa do objeto; c) condições de execução da prestação; d) fiscalização da atividade do contratado para execução da prestação, inclusive nas etapas anteriores ao adimplemento; e) vigência do contrato, com a possibilidade de sua extinção, inclusive antecipadamente, independente de inadimplemento de outra parte.”; e Adilson Abreu Dallari, *Transporte coletivo*, *Revista de Direito Público* 88:80, 1988: “As cláusulas ‘de serviço’ são as que dizem respeito a sua forma de execução e que permanecem sempre disponíveis pelo poder público, o qual poderá alterá-las sempre que isso se fizer necessário, a seu juízo, para completa satisfação do interesse público”.

17 V., por todos, Fernando Vernalha Guimarães, *Alteração unilateral do contrato administrativo – Exegese de dispositivo da lei 8.666/93*, *Revista dos Tribunais* 814:83 e 88-9, 2003: “No Direito nacional, a Lei 8.666/93, reproduzindo o item I do art. 55 do revogado Dec.-lei 2.300/86, disciplinou, em seu art. 65, os parâmetros do poder de modificação unilateral do contrato administrativo, estabelecendo limites à competência. A norma consagrou duas ordens distintas de alterações contratuais: as alterações qualitativas, previstas pela alínea a do inc. I, e as alterações quantitativas, constantes da alínea b do mesmo inciso, prescrevendo regimes jurídicos distintos para cada uma.”; e Yara Police Monteiro, *Contrato administrativo – Alterações qualitativas do objeto – Cautelas necessárias*, *Boletim de Licitações e Contratos* 10:606-7, 2001: “De sorte que a lei autoriza duas espécies distintas de alterações contratuais, uma de natureza qualitativa e outra quantitativa. (...) Como se vê, o legislador tratou das duas modalidades de modificações contratuais em disposições separadas (alíneas a e b) para lhes conferir regimes distintos”.

decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei;”

Como a doutrina e o Tribunal de Contas da União¹⁸ destacam, a alínea “a” do art. 65, I, da Lei nº 8.666/93 trata de *modificações qualitativas*, ao passo que a alínea “b” se refere a *modificações quantitativas*. A repercussão mais relevante dessa distinção está na cláusula final que acompanha a alínea “b”, por força da qual as modificações quantitativas estão submetidas aos limites previstos na própria Lei nº 8.666/93, ao passo que para as modificações qualitativas não se previu qualquer limitador expresso¹⁹. Esse ponto será objeto de exame no tópico seguinte, bastando destacar aqui a natureza diversa das alterações que os contratos administrativos podem sofrer em suas cláusulas de execução.

Com efeito, as alterações quantitativas são aquelas que envolvem apenas o acréscimo ou diminuição do objeto contratual²⁰, com a consequente modificação de seu valor. As alterações qualitativas, por sua vez, são aquelas necessárias para o melhor atendimento dos objetivos do ajuste e – é fácil perceber – estão diretamente relacionadas com a realização mais adequada do interesse público a ele vinculado²¹.

18 TCU, *DOU* 21 mai. 1999, Decisão 215/1999, Rel. Min. José Antônio B. de Macedo.

19 Fernando Vernalha Guimarães, *Alteração unilateral do contrato administrativo – Exegese de dispositivo da lei 8.666/93*, *Revista dos Tribunais* 814:91, 2003: “Serão consideradas alterações quantitativas, para efeitos da Lei 8.666/93, aquelas que versarem sobre variações na *dimensão* do objeto. Admite-se que, no curso da execução contratual, poderá a Administração deparar-se com a necessidade de ampliar ou restringir o objeto do contrato, conforme assim determine o interesse público primário. Envolvem simples variação de *quantidade* do objeto, atingindo sua *dimensão*. (...) Já foi visto que o §1º do art. 65 da Lei 8.666/93 fixa um limite para acréscimos e supressões, destinados a obras, serviços e compras, em 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato; e, para o caso particular de reforma de edifício, em 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos”.

20 Sobre a noção de objeto, v. Eurico de Andrade Azevedo e Maria Lúcia Mazzei de Alencar, *Concessão de serviços públicos – Comentários às Leis 8.987 e 9.074 (Parte Geral), com as modificações introduzidas pela Lei 9.948, de 27.5.98*, 1998, p. 91-2: “Como já expusemos, o objeto da concessão é o serviço a ser concedido e as obras a serem executadas, quando estas fizerem parte da sua exploração. (...) A área da concessão é a delimitação da superfície, do espaço físico abrangido pelo serviço concedido. Conforme as circunstâncias, poderá estender-se a zonas de influência, de modo a deixar bem caracterizada toda a extensão do campo abrangido pela prestação do serviço.”; e Mauro Roberto Gomes de Mattos, *O contrato administrativo*, 2002, p. 210 e 211: “O objeto da concessão é o serviço a ser prestado pelo concessionário. Já para a hipótese de obra pública o objeto é a obra a ser executada. (...) Por sua vez, a área da concessão se resume na especificação ou delimitação do espaço físico que será explorado pela concessionária. Ou seja, a área da concessão indica onde será executado o seu objeto”.

21 Floriano Azevedo Marques Neto, *Concessão de serviço público: Dever de prestar serviço adequado e alteração das condições econômicas – Princípio da atualidade – Reequilíbrio através da prorrogação do prazo de exploração*, *Revista trimestral de direito público* 22:117, 1998; e Gisele Clozer Pinheiro Garcia e Cláudio Neme, *Das alterações unilaterais quantitativas e qualitativas no objeto do contrato administrativo e seus limites*, *Boletim de Licitações e Contratos* 3:208, 2005: “Portanto, concluímos que, mesmo que determinado contrato tenha sido alterado *quantitativamente* dentro do limite legal permitido (25% do valor atualizado do contrato), nada impede que a Administração Pública altere *qualitativamente* o objeto contratual, para melhor atendimento do interesse público almejado, tendo em vista que o limite percentual imposto pela lei não se aplica às modificações dessa natureza. Mas, veja, a alteração unilateral somente pode prosperar se ficar demonstrado que este é o melhor caminho para o atendimento do interesse público, do qual o administrador não pode descurar, a par do princípio da eficiência, que deve esgueirar a prática de seus atos”.

Nem sempre, porém, a distinção entre modificações quantitativas e qualitativas será absolutamente rígida. Em especial não é incomum que modificações qualitativas importem, e.g., acréscimo do objeto contratual, na medida em que isto seja necessário para a *melhor adequação técnica aos objetivos do contrato*. Nessas hipóteses é possível falar de modificações qualitativas com repercussões quantitativas²², às quais se aplicam, por natural, a mesma lógica e o mesmo regime jurídico das alterações qualitativas simples. Não se admite, evidentemente, a pretexto de alteração qualitativa, a modificação essencial do objeto contratual²³.

Em suma: os contratos administrativos podem sofrer alterações quantitativas e qualitativas, sendo que há alterações qualitativas que podem ter repercussões quantitativas. A Lei nº 8.666/93 expressamente alberga essa distinção, ao regular as situações em que a Administração pode impor alterações unilaterais ao particular. E, ao fazê-lo, a lei impõe limitações às alterações quantitativas e não o faz relativamente às qualitativas.

22 Fernando Vernalha Guimarães, *Alteração unilateral do contrato administrativo – Exegese de dispositivos da lei 8.666/93, Revista dos Tribunais 814:85-6, 2003*: “Incluem-se na classe as alterações qualitativas acréscimos e supressões cerca de quantitativos que se fizerem necessários no curso da execução do contrato, desde que não afetem a dimensão do objeto (caso em que se teria uma alteração quantitativa). Trata-se de reconhecer que as alterações qualitativas podem versar sobre aumento ou redução do escopo do contrato, desde que não se mire a alteração na dimensão do objeto do contrato. Eros Grau propõe com bastante clareza a distinção entre escopo e objeto do contrato: ‘O primeiro compreende as atividades necessárias à realização do segundo’. O aumento de quantidade de obras e serviços pode se fazer necessário na execução do contrato de molde a preservar o seu objeto (dimensão). A administração, por vezes, tem de acrescentar obras e serviços, alargando o escopo do contrato, para fins de atingir o objeto originariamente perseguido. Na hipótese, tem-se aumento do escopo contratual, mantendo-se a dimensão do objeto. Configura-se, no caso, alteração qualitativa (e não quantitativa), eis que se manteve intocada a dimensão do objeto do contrato. (...) Com base nisso, é válido dizer que a Administração poderá eventualmente deparar-se com a necessidade de acrescentar ou decrescer certos quantitativos em decorrência de fatos supervenientes que assim indiquem. Nessas hipóteses, haverá, para fins de aplicação do regime jurídico, alteração qualitativa, eis que o motivo do ato de alteração reside na adequação de certos quantitativos componentes do objeto contratual, mas que não o definem por si sós. É dizer: esses quantitativos são acessórios à delimitação da dimensão; não configuram mesmo a dimensão do objeto. (...) É de se destacar, inclusive, que as alterações (qualitativas) poderão acarretar (e quase sempre acarretarão) alteração de valor (seja para mais ou para menos). Mas, desde que não afetem a dimensão do objeto, não atrairão o regime jurídico das alterações quantitativas, restando intocadas pelos limites traçados pelos §§ 1º e 2º do art. 65 da Lei 8.666/93. Conclui-se que sempre que as alterações ensejadas visarem imediatamente aspectos qualitativos do objeto, serão classificáveis como qualitativas, sujeitando-se a regime jurídico específico. O acréscimo e decréscimo do valor resultarão da proporcionalidade da variação do custo mediante o respeito ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Pois a variação de custo, no caso, é mera consequência de alteração qualitativa. O desdobramento das modificações em variações no valor do contrato não significará, por isso, atração do regime das alterações quantitativas. Isto é: as alterações manejadas não se imporão os limites prescritos pelos §§ 1º e 2º do art. 65 da Lei 8.666/93”.

23 Marçal Justen Filho, *Comentários à Lei de licitações e contratos administrativos*, 2002, p. 550-1: “A melhor adequação técnica supõe a descoberta ou a revelação de circunstâncias desconhecidas acerca da execução da prestação ou a constatação de que a solução técnica anteriormente adotada não era a mais adequada. Os contratos de longo prazo ou de grande especialização técnica são mais suscetíveis a essa modalidade de alteração. (...) A lei não estabelece limites qualitativos para essa modalidade de modificação contratual. Não se pode presumir, no entanto, existir liberalidade ilimitada. Não se caracteriza a hipótese quando a modificação tiver tamanha dimensão que altere radicalmente o objeto contratado. Não se alude a uma modificação quantitativa, mas a alteração qualitativa. No entanto, a modificação unilateral introduzida pela Administração não pode transfigurar o objeto licitado em outro, qualitativamente distinto”.

b) *Controle de legitimidade das alterações de contratos administrativos: parâmetros gerais e específicos.*

Registradas as classificações que se relacionam com o tema das alterações dos contratos administrativos, cabe agora examinar os parâmetros, gerais e específicos, que cuidam diretamente do assunto. Os parâmetros gerais, como se verá, decorrem do sistema constitucional e legal e são aplicáveis a todos os contratos administrativos. Os parâmetros específicos constam de regras da Lei nº 8.666/93 e se aplicam, em primeiro lugar, aos contratos por ela regulados. É possível, no entanto, transformar tais regras em diretrizes que devem ser utilizadas na interpretação de outras espécies de contratos administrativos – inclusive os contratos de concessão –, ainda que possam ser afastadas em casos excepcionais, em função das características próprias desses outros ajustes. Aprofunde-se a questão.

1. Parâmetros gerais: justificação e inviabilidade de licitar de forma autônoma a alteração

Um primeiro parâmetro geral de controle aplicável às alterações de contratos administrativos é a necessidade de expressa justificação para o ato. Como já se referiu, vários princípios constitucionais podem autorizar, em tese, a modificação dos ajustes firmados pela Administração, em particular, a necessidade de melhor atendimento do interesse público que motiva o contrato e a eficiência e economicidade da alteração, quando comparada com a alternativa existente (rescisão do ajuste, nova licitação e celebração de outro contrato). Por outro lado, a alteração de ajustes existentes pode prestar-se a fins ilícitos, veiculando afrontas à isonomia dos particulares, à impessoalidade e à probidade exigidas das ações administrativas.

Pois bem. Cabe ao administrador justificar, de maneira explícita, por que considera necessária a alteração – à vista do interesse público, da eficiência e da economicidade – e por que, igualmente, está convencido de que não há qualquer ilicitude em seu procedimento, considerando as exigências associadas à igualdade, à impessoalidade e à probidade²⁴. O dever de motivar as decisões administrativas, além de um princípio geral derivado do Estado de Direito republicano, do qual decorre para todos os agentes públicos a obrigação de prestar contas²⁵, é expressamente

24 Fernando Vernalha Guimarães, *Uma releitura do poder de modificação unilateral dos contratos administrativos (ius variandi) no âmbito das concessões de serviços públicos, Revista de Direito Administrativo 219:110 e 120, 2000.*

25 V., por todos, Ana Paula de Barcellos, *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*, 2005, p. 47: “O que importa destacar aqui é que o dever de motivar não decorre apenas de uma regra formal contida no texto constitucional (art. 93, IX) ou de uma exigência do direito de defesa das partes. Ele está vinculado à própria necessidade republicana de justificação das decisões do Poder Público”; e Floriano Marques Neto, *Alteração em contrato de concessão rodoviária, Revista Tributária e de Finanças Públicas 44:205, 2002*: “Certo deve estar, portanto, que sempre haverá um traço de unilateralidade na alteração que se refira a retificações de projetos ou mesmo que implique acréscimo de obras, serviços ou compras. Tal unilateralidade decorre do fato de que somente à Administração cabe verificar ou determinar, no caso concreto, se a modificação cogitada atende ou não aos interesses públicos perseguidos no ajuste. Essa unilateralidade, insista-se, não pode ser exercida desacompanhada da obrigação de motivar, razoavelmente, as razões (de interesse geral) ensejadoras da mudança”.

referido pela legislação quando se trata da alteração de contratos administrativos²⁶.

Embora a necessidade de justificar a alteração possa parecer um elemento muito débil de controle, ela acaba por exigir do administrador um esforço de racionalidade para sua decisão, o que poderá inviabilizar a prática dos atos abusivos mais grosseiros. Ademais, a existência de uma motivação explícita permitirá o controle tanto da realidade dos motivos apresentados como de sua consistência²⁷, facilitando a fiscalização *a posteriori* das ações administrativas, tanto pela própria Administração como pelo Poder Judiciário.

O segundo parâmetro geral que deverá ser observado nas alterações dos contratos administrativos está relacionado com a demonstração de que não é viável licitar de forma autônoma a alteração que se pretende introduzir no ajuste. Naturalmente, a demonstração desse ponto deverá constar da motivação do ato sobre a qual se acaba de tratar. O propósito essencial da licitação, como se sabe, é promover uma competição objetiva entre todos os interessados que possam, em tese, atender ao interesse público em questão e, assim, alcançar a melhor contratação para a Administração Pública. Em segundo lugar, e por consequência, a licitação também deverá assegurar a isonomia entre todos os interessados capazes.

Essa ordenação hierárquica entre os dois propósitos do procedimento licitatório – atender o interesse público e assegurar a isonomia – é importante para que não se incorra no equívoco de supor que a licitação deve garantir uma isonomia em tese e descontextualizada, em sacrifício do interesse público específico que se deseja atender²⁸. É fácil perceber o ponto. Se a Administração precisa contratar um advogado, apenas advogados poderão concorrer à vaga oferecida, e não pessoas que tenham concluído o ensino médio. Não há que se falar de igualdade para estes indivíduos. É certo que a igualdade deverá ser assegurada no âmbito das contratações firmadas pelo Poder Público, até por força do princípio da impessoalidade, porém sempre entre aqueles que possam efetivamente oferecer à Administração a solução que ela deseja para o atendimento do interesse público identificado.

Nesse contexto, quando há elementos no interesse público que apenas podem ser atendidos por um dos agentes no mercado, ou pelo próprio particular já contratado

26 Lei nº 8.666/93, art. 57, §2º: “Toda prorrogação de prazo deverá ser justificada por escrito e previamente autorizada pela autoridade competente para celebrar o contrato”.

27 A respeito da teoria dos motivos determinantes, esclarece Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, 2003, p. 103: “De outra parte, não haveria como assegurar confiavelmente o contraste judicial eficaz das condutas administrativas com os princípios da legalidade, da finalidade, da razoabilidade e da proporcionalidade se não fossem contemporaneamente a elas conhecidos e explicados os motivos que permitiriam reconhecer seu afinamento ou desafinamento com aqueles mesmos princípios. Assim, o administrado, para insurgir-se ou para ter elementos de insurgência contra tais atos que o afetem pessoalmente, necessita conhecer as razões de tais atos na ocasião que são expedidos. Igualmente, o Judiciário não poderia conferir-lhes a real justeza se a Administração se omitisse em enunciá-los quando da prática do ato”.

28 Como ressalta Marcos Jurruena Villela Souto, *Licitações e contratos administrativos*, 1998, p. 53: “A igualdade entre os licitantes é pressuposto de validade da licitação, que não se confunde com seu objetivo, que é a seleção da proposta mais vantajosa para a Administração”.

pela Administração, não há possibilidade de competição e a licitação será inexigível²⁹. Ou, dito de outra forma, se apenas um agente pode oferecer determinada vantagem, que interessa de forma relevante ao interesse público, não será possível estabelecer uma competição objetiva entre os supostos interessados e, por isso, a licitação será inviável.

Um exemplo ilustra o ponto. Imagine-se uma alteração qualitativa qualquer, com repercussões quantitativas, que incremente o custo das obras a cargo de um concessionário de serviço público. O concessionário, porém, exatamente pela circunstância de ser o concessionário, terá um custo substancialmente menor para implementar a alteração e tem condições de fazê-lo sem repercussão na tarifa já cobrada, obtendo os recursos por meio da exploração de fontes alternativas (e.g. publicidade), ou com repercussão tarifária mínima. Imagine-se ainda que seja fisicamente possível, do ponto de vista técnico, que terceiros levem a cabo essa mesma alteração. O custo nessa hipótese, porém, seria substancialmente maior e teria de ser integralmente suportado pelos usuários por meio de nova tarifa. Em cenários como o do exemplo, a competição não é viável, já que um dos agentes pode licitamente oferecer vantagens para o interesse público que os demais não podem. Por isso mesmo, levar a cabo uma licitação na hipótese importaria apenas perda de tempo e de recursos públicos. A matéria é pacífica em doutrina, como se vê dos registros de Marçal Justen Filho e Celso Antônio Bandeira de Mello, respectivamente:

“Se os requisitos são adequados e justificam-se em face das necessidades que a Administração pretende atender, é irrelevante a ausência de pluralidade de sujeitos em condição de disputar o objeto. Veja-se a questão por outro ângulo. Suponha-se que, após apurar os requisitos necessários a satisfazer o interesse público, a Administração constata que apenas um único sujeito está em condições de ser contratado. A primeira cautela será rever os requisitos e condições adotados, para confirmar ter-se adotado a melhor solução para satisfazer o interesse público. Atingindo a conclusão de que é necessário manter a solução inicialmente consagrada, a Administração poderia (dependendo das circunstâncias) contratar diretamente por inexigibilidade.

(...)

São casos em que a Administração somente conseguirá obter a prestação de que necessita se, em vez de convidar o interessado a formular propostas por via de uma licitação, for diretamente ao sujeito que pode satisfazê-la e promover o contrato. Trata-se de situação incompatível com a estrutura procedimental da licitação.

(...)

Sob esse ângulo, tem de subordinar-se a interpretação do institu-

29 Diogo de Figueiredo Moreira Neto, *Curso de direito administrativo*, 2001, p. 178.

to da licitação ao princípio da supremacia do interesse público. Não se admitem contratações infringentes ao interesse público. Aliás, prevê-se expressamente o exercício da competência discricionária para revogar licitação (Lei nº 8.666, art. 49). Significa que a Administração tem o dever de impedir a contratação quando o resultado da licitação for incompatível com o interesse público.

Ora, quando o interesse público apenas possa ser satisfeito através de determinada solução contratual, não atingível por via de licitação, tem-se de assegurar sua concretização³⁰.

“Em suma: sempre que se possa detectar uma indubitosa e objetiva contradição entre o atendimento a uma finalidade jurídica que incumba à Administração *perseguir para bom cumprimento de seus misteres e a realização de certame licitatório, porque este frustraria o correto alcance do bem jurídico posto sob sua cura, ter-se-á de concluir que está ausente o pressuposto jurídico da licitação e, se esta não for dispensável com base em um dos incisos do art. 24, deverá ser havida como excluída com supedâneo no art. 25, caput*”³¹.

Em suma: se a alteração que se pretende introduzir em um contrato administrativo não puder ser licitada de forma autônoma, por inviabilidade de licitação, este é um importante indicativo de sua legitimidade. Em qualquer caso, a alteração deve ser acompanhada de justificativa expressa por parte da autoridade administrativa, nos termos referidos acima.

2. Parâmetros específicos: Lei nº 8.666/93, art. 65

Além dos parâmetros gerais acima expostos, o art. 65 da Lei nº 8.666/93 prevê algumas regras específicas que procuram limitar objetivamente as alterações dos contratos administrativos. De forma simples, o dispositivo prevê (§ 1º) que, nas alterações impostas unilateralmente pela Administração, o particular apenas está obrigado a aceitar “*os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento)*”. O § 2º registra que “*nenhum acréscimo ou supressão*”

30 Marçal Justen Filho, *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*, 1998, pp. 251 e 257.

31 Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de direito administrativo*, 1997, p. 348. Nesse mesmo sentido, veja-se Lúcia Valle Figueiredo e Sérgio Ferraz, *Dispensa e inexigibilidade de licitação*, 1992, p. 39 (grifos no original).

poderá exceder os limites estabelecidos no parágrafo anterior, salvo as supressões resultantes de acordo celebrado entre os contratantes”. Essa é a dicção completa do dispositivo:

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

I - unilateralmente pela Administração:

- a) quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos;
- b) quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei;

II - por acordo das partes:

- a) quando conveniente a substituição da garantia de execução;
 - b) quando necessária a modificação do regime de execução da obra ou serviço, bem como do modo de fornecimento, em face de verificação técnica da inaplicabilidade dos termos contratuais originários;
 - c) quando necessária a modificação da forma de pagamento, por imposição de circunstâncias supervenientes, mantido o valor inicial atualizado, vedada a antecipação do pagamento, com relação ao cronograma financeiro fixado, sem a correspondente contraprestação de fornecimento de bens ou execução de obra ou serviço;
 - d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobreviverem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual. (Redação dada pela Lei nº 8.883, de 1994)
- § 1º O contratado fica obrigado a aceitar, nas mesmas condições contratuais, os acréscimos ou supressões que se fizerem nas obras, serviços ou compras, até 25% (vinte e cinco por cento) do valor inicial atualizado do contrato, e, no caso particular de reforma de edifício ou de equipamento, até o limite de 50% (cinquenta por cento) para os seus acréscimos.
- § 2º Nenhum acréscimo ou supressão poderá exceder os limites estabelecidos no parágrafo anterior, salvo: (Redação dada pela Lei nº 9.648, de 1998)

I - (Vetado) (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998)

II - as supressões resultantes de acordo celebrado entre os contratantes. (Incluído pela Lei nº 9.648, de 1998)

§ 3º Se no contrato não houverem sido contemplados preços unitários para obras ou serviços, esses serão fixados mediante acordo entre as partes, respeitados os limites estabelecidos no § 1º deste artigo.

§ 4º No caso de supressão de obras, bens ou serviços, se o contratado já houver adquirido os materiais e posto no local dos trabalhos, estes deverão ser pagos pela Administração pelos custos de aquisição regularmente comprovados e monetariamente corrigidos, podendo caber indenização por outros danos eventualmente decorrentes da supressão, desde que regularmente comprovados.

§ 5º Quaisquer tributos ou encargos legais criados, alterados ou extintos, bem como a superveniência de disposições legais, quando ocorridas após a data da apresentação da proposta, de comprovada repercussão nos preços contratados, implicarão a revisão destes para mais ou para menos, conforme o caso.

§ 6º Em havendo alteração unilateral do contrato que aumente os encargos do contratado, a Administração deverá restabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro inicial.

§ 7º (Vetado)

§ 8º A variação do valor contratual para fazer face ao reajuste de preços previsto no próprio contrato, as atualizações, compensações ou penalizações financeiras decorrentes das condições de pagamento nele previstas, bem como o empenho de dotações orçamentárias suplementares até o limite do seu valor corrigido, não caracterizam alteração do mesmo, podendo ser registrados por simples apostila, dispensando a celebração de aditamento”.

Há diversas particularidades doutrinárias envolvendo o sentido e o alcance das regras que se vem de reproduzir e vale fazer menção a três delas. Vários autores sustentam que os limites referidos acima – 25% e 50% do valor do contrato, dependendo de seu objeto – são aplicáveis apenas às alterações impostas unilateralmente pela Administração Pública ao particular e não àquelas que sejam fruto do consenso das partes. E isso por duas razões principais: (i) o § 1º utiliza a expressão “o contratado fica obrigado a aceitar (...)”, o que não seria pertinente na hipótese de alterações consensuais; e (ii) o objetivo principal da regra seria proteger o particular contra a imposição de alterações unilaterais. O § 2º, ao fazer menção ao parágrafo anterior, estaria igualmente se referindo às alterações unilaterais. Parte da doutrina, entretanto, estende a aplicação dessas regras a todas as alterações contratuais, sejam unilaterais ou consensuais, tendo em conta a conveniência de

preservar-se a regra da licitação e os princípios da isonomia e da impessoalidade por meio de parâmetros objetivos.

A segunda questão envolve a aplicabilidade dos limites referidos aos diferentes tipos de alterações contratuais possíveis. Quanto a este ponto, há amplo consenso no sentido de que as regras em questão se aplicam apenas às alterações quantitativas, e não às qualitativas³². Com efeito, apenas a alínea “b” do inciso I – que trata das alterações quantitativas – faz menção a “limites permitidos por esta Lei” e o § 1º refere expressamente a supressões e acréscimos. Ademais, as alterações qualitativas estão associadas ao atendimento do interesse público, de modo que não haveria sentido em fixar-se, *a priori*, um limite objetivo para essas alterações, em prejuízo eventual das necessidades concretas do interesse público³³.

32 Gisele Clozer Pinheiro Garcia e Cláudio Neme, Das alterações unilaterais quantitativas e qualitativas no objeto do contrato administrativo e seus limites, *Boletim de Licitação e Contratos* 3:205, 2005: “No entanto, a referida alínea a, que, consoante já verificamos, não trata de alteração quantitativa (acréscimos e supressões), mas, sim, da modificação dos projetos e especificações para melhor adequação técnica, não contempla a expressão ‘nos limites permitidos pela lei’, o que significa inferir que não se estendeu esta restrição à hipótese contemplada nesta alínea”; e Diógenes Gasparini, *Dos contratos administrativos*, 2003, p. 586: “Não observam o limite de 25% as alterações qualitativas que o objeto do contrato pode sofrer”. V. ainda Hely Lopes Meirelles, *Licitação e contrato administrativo*, 1999, pp. 179 e 181: “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. Como os instrumentos da civilização se modificam a cada momento, em razão dos avanços da Ciência e da Técnica, e as exigências da coletividade se ampliam segundo o desenvolvimento econômico e social da comunidade, a Administração terá que alterar frequentemente o projeto dos serviços e das obras públicas para atender adequadamente às necessidades dos administrados e ao próprio interesse público. Imobilizar as cláusulas regulamentares ou de serviço, nos contratos administrativos, importaria impedir a Administração de acompanhar as inovações tecnológicas, que também atingem as atividades do Poder Público e reclamam sua adequação às necessidades dos administrados. (...) Resumindo: é a variação do interesse público que autoriza a alteração do contrato e até mesmo a sua extinção, nos casos extremos, em que sua execução se torna inútil ou prejudicial à comunidade, ainda que sem culpa do contratado; o direito deste é restrito à composição dos prejuízos que a alteração ou a rescisão unilateral do ajuste lhe acarretar, (...)”.

33 Essa é, em última análise, a posição do TCU, que destaca, no entanto, o caráter excepcional das alterações unilaterais qualitativas que excedam os limites referidos no artigo e a necessidade de concordância do contratado. V. TCU, *DOU* 21 mai. 1999, Decisão 215/1999, Rel. Min. José Antônio B. de Macedo: “Iniciamos o percurso, lembrando que a mutabilidade é da própria natureza do contrato administrativo, é imaneente a ele. (...) Bom de ver que tal prerrogativa não decorre de uma condição de superioridade da Administração em relação ao contratado, mas senão de sua condição de curadora dos interesses públicos primários, também denominados interesses coletivos primários. É a supremacia do interesse público e a indisponibilidade deles que fundamenta a existência do contrato administrativo e do seu traço distintivo: a mutabilidade. (...) Enfrentamos, inicialmente, a questão colocada sobre a possibilidade de aditamento de contrato administrativo, imposto unilateralmente pela Administração, que supere, em valor, os limites estabelecidos no § 1º do art. 65 da Lei 8.666/93. Neste ponto, cumpre distinguir as alterações contratuais quantitativas das qualitativas. Considerando que o objeto do contrato distingue-se em natureza e dimensão, tem-se a natureza sempre intangível, tanto nas alterações quantitativas quanto nas qualitativas. Não se pode transformar a aquisição de bicicletas em compra de aviões, ou a prestação de serviços de marcenaria em serralheria. Contudo, nas modificações quantitativas, a dimensão do objeto pode ser modificada dentro dos limites previstos no § 1º do art. 65 da Lei 8.666/93, isto é, pode ser adquirida uma quantidade de bicicletas maior do que o previsto, desde que o acréscimo, em valor, não ultrapasse 25% do valor inicial atualizado do contrato. As alterações qualitativas, por sua vez, decorrem de modificações necessárias ou convenientes nas quantidades de obras ou serviços sem, entretanto, implicarem mudanças no objeto contratual, seja em natureza ou dimensão. (...) Quase sempre as alterações qualitativas são necessárias e imprescindíveis à realização do objeto e, conseqüentemente, à

Ainda sobre esse ponto há duas observações a fazer. Embora os percentuais referidos acima não sejam aplicáveis às alterações qualitativas e às alterações qualitativas com repercussões quantitativas, não se admite que, a esse pretexto, alterações dessa natureza desnaturem o objeto do contrato original, substituindo-o por outro diverso, em burla do dever de licitar e dos princípios que a licitação busca realizar³⁴. Essa preocupação doutrinária, porém, é atendida uma vez que se verifique

realização do interesse público primário, pois que este se confunde com aquele. As alterações qualitativas pode derivar tanto de modificações de projeto ou de especificações do objeto quanto da necessidade de acréscimo ou supressão de obras, serviços ou materiais, decorrentes de situações de fato vislumbradas após a contratação. Conquanto não se modifique o objeto contratual, em natureza ou dimensão, é de ressaltar que a implementação de alterações qualitativas requerem, em regra, mudanças no valor original do contrato. (...) De início, é de ver que fere não só o Direito como também o senso comum a hipótese de alterações contratuais ilimitadas no âmbito administrativo, sobretudo as unilaterais. Os limites genéricos importam o respeito ao direito dos contratados e a interdição da fraude à licitação. O respeito ao contratado – explicitamente exigido no art. 58, I, da Lei 8.666/93 – consubstancia-se na manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, na intangibilidade do objeto e, nas alterações unilaterais, na imposição objetiva de limite máximo aos acréscimos e supressões. Evidente que, nas alterações consensuais, o contratado manifesta sua vontade, podendo rejeitar acréscimos ou supressões indesejáveis, dentro das fronteiras legais. Nas alterações unilaterais quantitativas, previstas no art. 65, I, b, da Lei 8.666/93, a referência aos limites é expressa (...). Assim, em relação às alterações unilaterais quantitativas (art. 65, I, b), não se tem dúvida sobre a incidência dos limites legais. Nas alterações unilaterais qualitativas, consubstanciadas no art. 65, I, a, da aludida Lei, não há referência expressa a esses limites, pois os contratos podem ser alterados ‘quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos’. Nas opiniões de eminentes doutrinadores, algumas até colacionadas no texto da presente consulta, como CAIO TÁCITO, MARÇAL JUSTEN FILHO e ANTÔNIO MARCELO DA SILVA, não se aplicam às alterações qualitativas unilaterais os limites previstos no §1º do art. 65 da Lei, porque a mencionada alínea a não lhe faz referência. Pedimos vênia por não nos filarmos a esse pensamento. (...) A utilização da proporção adequada nos atos da Administração é condição de legalidade deles. O atendimento ao interesse público não deve ser esteio a sacrifícios desnecessários do interesse privado. É o que reza o princípio da proporcionalidade, que proíbe os excessos da Administração. (...) Isso não significa, entretanto, que, na realização do interesse público, a Administração não possa, em caráter excepcional, ultrapassar os referidos limites. Em nossa opinião, poderia fazê-lo, em situações excepcionalíssimas, na hipótese de alterações qualitativas, revisando, não unilateralmente, mas consensualmente, as obrigações e o valor do contrato. (...) Tais alterações devem ser efetuadas por acordo mútuo – bilaterais –, pois dessa maneira evita-se a excessiva onerosidade nas obrigações do contratado, vez que o novo pacto passa a depender da manifestação da sua vontade. (...) Sem a implementação das modificações qualitativas não há objeto e, por conseguinte, não há a satisfação do interesse público primário que determinou a celebração do contrato. Relembrando o exemplo de alterações qualitativas que aduzimos, verifica-se que, sem o acréscimo dos serviços de terraplanagem, não seria possível a realização dos 100km de pavimentação. (...) A modificação do projeto ou especificação pode ser necessária independentemente de o fato motivador ser superveniente ou de conhecimento superveniente. Tal fato, comungando a opinião de ANTÔNIO CARLOS CINTRA DO AMARAL (ob. cit., pp. 128/129), pode ser um ‘fato da natureza quanto outro’, desde que extrínsecos à relação contratual, pode ser, ainda, o ‘domínio de nova tecnologia mais avançada’ ou a ‘disponibilidade de equipamentos tecnicamente mais aperfeiçoados’. Além de bilaterais e qualitativas, sustentamos que tais alterações sejam excepcionalíssimas, no sentido de que sejam realizadas quando a outra alternativa – a rescisão do contrato, seguida de nova licitação e contratação – significar sacrifício insuportável do interesse coletivo primário a ser atendido pela obra ou serviço”.

34 Fernando Vernalha Guimarães, Alteração unilateral do contrato administrativo – Exegese de dispositivos da lei 8.666/93, *Revista dos Tribunais* 814:86, 2003: “A primeira limitação [às alterações qualitativas] que se infere diz com a vedação à transfiguração essencial do objeto; impede-se a desnaturação de

se o conteúdo da alteração pretendida pode ser objeto autônomo de nova licitação, quando então não se estará propriamente diante de uma alteração quantitativa, mas de um objeto contratual novo. Esta questão já foi examinada no tópico anterior.

Em segundo lugar, registre-se que alguns autores, embora concordem com a aplicação dos limites de 25% e 50% às alterações quantitativas do objeto contratual, sustentam que esses limites não constituiriam uma regra absoluta. Em situações excepcionais, considerando as conveniências do interesse público observadas diante do caso concreto, mesmo alterações quantitativas poderiam ultrapassar os limites em questão³⁵.

A terceira controvérsia sobre o sentido e o alcance do art. 65 da Lei nº 8.666/93 pode ser resumida da seguinte forma. Para diversos autores, os limites impostos pelos §§ 1º e 2º do dispositivo são aplicáveis apenas aos contratos especificamente regulados pela Lei nº 8.666/93, a saber: obras, serviços e compras. Os demais contratos administrativos, e sobretudo os contratos de concessão, não estariam submetidos a tais regras, em primeiro lugar porque a legislação específica – Lei nº 8.987/95 – não reproduziu regra similar. E, em segundo lugar, embora a Lei nº 8.666/93 seja aplicável subsidiariamente a tais ajustes, sua incidência não seria pertinente na hipótese por conta das particularidades desses ajustes³⁶.

Alguns dos argumentos desenvolvidos pelos autores para sustentar a inaplicabilidade do art. 65 da Lei nº 8.666/93 aos contratos de concessão são os seguintes. Nos contratos de concessão, a mutabilidade é muito maior que a verificada em um contrato ordinário, e.g., de uma obra simples; os contratos de concessão não apresentam propriamente um valor sobre o qual pudessem incidir os percentuais do art. 65; e, ademais, a Administração não paga ao particular qualquer remuneração.

aspectos do objeto do contrato (mediato e imediato) que lhe retirem a origem. (...) Há de se preservar um núcleo mínimo na qualidade do objeto. Não se pode, sob o título da competência *variandi*, impor-se ao co-contratante modificação de tal natureza que acabe por converter o objeto em ‘novo objeto’. Isso ofenderia *princípio da obrigatoriedade da licitação*, além de arranhar direitos do co-contratante. O ponto nevrálgico da questão reside na identificação da tênue linha que separa as modificações não-essenciais daquelas que se transfigurem na introdução de um ‘novo objeto’. A solução será fornecida nos casos concretos. Como segunda limitação, põe-se o impedimento à oneração excessiva do co-contratante, acarretando-lhe um extravasamento de sua capacidade operacional”; e Floriano de Azevedo Marques Neto, Alteração em contrato de concessão rodoviária, *Revista Tributária e de Finanças Públicas* 44:209, 2002: “De outro bordo, consoante dito no parágrafo anterior, não se admite uma alteração unilateral que desfigure o contrato ou que inviabilize as bases do negócio, homologado pelo poder concedente na licitação que precedeu à outorga. Portanto, numa concessão, a interdição à desnaturação do objeto contratual, a que aludia Sundfeld, se revela na vedação de alterações unilateralmente tidas pelo poder concedente que venham a inviabilizar o plano de negócios posto a cotejo pela concessionária quando ainda disputava a licitação. Se assim não fosse, estar-se-ia a admitir hipótese de extinção da concessão para além das hipóteses previstas no art. 35 da Lei 8.987/95”.

35 Celso Antônio Bandeira de Mello, Extensão das alterações dos contratos administrativos: A questão dos 25%, *Revista Interesse Público* 8:14, 2000.

36 Nesse sentido, v. Floriano Marques Neto, Alteração em contrato de concessão rodoviária, *Revista Tributária e de Finanças Públicas* 44:212-4, 2002: “No meu entender, em sede de contrato de concessões, são absolutamente inaplicáveis os limites de acréscimo previstos no art. 65. A razão é singela”.

Assim, em primeiro lugar, não haveria sobre o que incidirem os percentuais³⁷. Além disso, a preocupação da Lei nº 8.666/93 de limitar os gastos do Poder Público com as alterações contratuais não seria pertinente, pois não é a Administração quem as custeará no âmbito de um contrato de concessão.

Por outro lado, ainda que se pudesse estimar um valor para o contrato – com base na projeção das tarifas a serem arrecadadas ao longo de sua duração –, a natural mutabilidade desses ajustes, associada ao longo prazo, criaria toda espécie de dificuldade para a aplicação dos 25% ou 50% previstos pelo art. 65 da Lei nº 8.666/93. Qual seria a base de cálculo desses percentuais? A estimativa inicial da arrecadação tarifária? E se essa estimativa for alterada? Os percentuais em questão seriam limites aplicáveis a cada alteração ou ao conjunto delas? Se o primeiro governo a fiscalizar o contrato introduzir alterações que atinjam o limite percentual máximo, os demais governos não poderiam introduzir qualquer alteração ao longo dos 15 ou 20 anos restantes?³⁸

É possível resumir o conhecimento convencional sobre este ponto nos seguintes termos. A doutrina majoritária entende que os limites objetivos de 25% e 50% referidos no art. 65 da Lei nº 8.666/93 aplicam-se a alterações unilaterais e consensuais de caráter quantitativo. Isso não significa, é certo, que qualquer alteração qualitativa seja admitida a esse pretexto. Todos os demais princípios e regras constitucionais e legais, por evidente, continuam aplicáveis. Por fim, há controvérsia sobre a aplicabilidade desses percentuais às alterações de outros contratos que não os regulados diretamente pela Lei nº 8.666/93, sobretudo os contratos de concessão.

2.2. Possibilidades e limites de alteração do objeto de concessão rodoviária

Após a exposição que se acaba de fazer, convém consolidar as informações apuradas até aqui. Em *primeiro lugar*, e como já se esclareceu, a Administração pode impor alterações unilateralmente, mas apenas no que diz respeito às cláusulas de execução ou regulamentares. O equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão deve ser preservado, de modo que, se as alterações envolvendo a execução do objeto contratual repercutirem sobre esse equilíbrio, ele deverá ser restaurado.

37 Fernando Vernalha Guimarães, *Alteração unilateral do contrato administrativo – Exegese de dispositivo da Lei 8.666/93, Revista dos Tribunais 814:91, 2003*: “A regra tem aplicabilidade, em princípio, aos contratos administrativos em geral. Excetua-se as tipologias contratuais em que o critério de aferição das variações quantitativas não se concilia com a natureza do objeto, como no caso das concessões de serviços públicos. Isso porque tomou-se como referência aos parâmetros de quantidade fixados o valor do contrato” (negrito acrescentado).

38 Em sentido diverso, sustentando a aplicabilidade das regras do art. 65 também aos contratos de concessão, v. Maria Sylvania Zanella Di Pietro, *Parcerias na administração pública, 2002*, p. 80: “(...), afirmamos que a Lei nº 8.987 não estabelece limites para as alterações unilaterais, podendo ser aplicada subsidiariamente a regra do art. 65 da Lei nº 8.666, que prevê alterações qualitativas (‘quando houver modificação do projeto ou das suas especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos’) e quantitativas (‘quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência do acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto’). No segundo caso, seriam aplicados os limites previsto no §1º do mesmo dispositivo.”.

Em *segundo lugar*, as alterações contratuais – unilaterais ou consensuais – devem contar com justificativa expressa, nas quais o administrador explicita a necessidade da alteração, tendo em conta o interesse público a atingir e os princípios constitucionais pertinentes. O administrador deve demonstrar igualmente que a alteração não vulnera o dever de licitar e os princípios da isonomia e da impessoalidade. Em *terceiro lugar*, e como especificação do conteúdo a ser abordado pelo administrador no âmbito de seu dever de motivar, a alteração apenas poderá ser considerada legítima uma vez que ela não possa ser objeto de licitação autônoma, por ser inviável a competição, como explicitado anteriormente. A demonstração desse ponto deverá constar igualmente da justificativa que acompanhará a alteração.

Em *quarto lugar*, cabe fazer algumas observações sobre os parâmetros específicos contidos no art. 65 da Lei nº 8.666/93. A tese de que os percentuais referidos pelo dispositivo não se aplicam aos contratos de concessão é bastante consistente, pelos argumentos expostos acima. Nada obstante, parece prudente, pelo proveito de se operar com um parâmetro objetivo, que tais percentuais sejam utilizados, não como regras cogentes, mas como diretrizes, também no âmbito das alterações quantitativas dos contratos de concessão. Isto é: o administrador deve considerar esses limites como marcos a serem respeitados no geral e cuja superação, ainda que possível, deve ser acompanhada de motivação mais analítica, que demonstre a conveniência da alteração para o interesse público e sua compatibilidade com os princípios constitucionais que vinculam a Administração Pública.

Assim, no âmbito dos contratos de concessão, é possível afirmar que às alterações qualitativas e às qualitativas com repercussões quantitativas aplicam-se todas as exigências acima – preservação do equilíbrio econômico-financeiro, motivação e demonstração de inexigibilidade de licitação autônoma da alteração. No caso das alterações quantitativas, além dessas exigências, aplica-se, como diretriz geral, o respeito aos percentuais previstos pela Lei nº 8.666/93, art. 65, ainda que esses limites possam ser superados se, no caso concreto, demonstrar-se a necessidade da alteração por conveniência do interesse público, bem como sua compatibilidade com os princípios constitucionais, sobretudo os da igualdade e da impessoalidade.

3. Equilíbrio econômico-financeiro do contrato: elementos informadores e meios legítimos de recomposição

Cabe agora examinar o segundo tema mencionado anteriormente: quais são os meios legítimos, bem como os limites, para a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, uma vez implementada de forma legítima – isto é, nos limites referidos acima – alteração de seu objeto que haja importado aumento do custo a ser suportado pelo concessionário? Antes de adentrar especificamente na questão, cumpre fazer uma breve nota acerca dos elementos informadores do equilíbrio contratual, que irão refletir de forma determinante no meio escolhido para a sua recomposição.

3.1. O equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão rodoviária: elementos relevantes e o interesse dos usuários

Não há necessidade de discorrer sobre o direito ao equilíbrio econômico-financeiro de que é titular todo particular que contrata com a Administração³⁹. Trata-se de direito expressamente assegurado pela Constituição e pela legislação infraconstitucional e que, a rigor, pode ser reconduzido a diversos princípios constitucionais, como o da isonomia – já que nada justifica que o contratado seja particularmente onerado para a produção de um benefício a ser fruído por toda a sociedade – e o da moralidade – do qual se extrai o dever de lealdade da Administração em face dos particulares em geral e de seus contratados em particular⁴⁰.

O equilíbrio econômico-financeiro de um contrato de concessão é o resultado da confluência de vários fatores, que podem ser agrupados em duas categorias, conforme produzam custo ou receita. No conjunto dos fatores que geram custos, *e.g.*, ter-se-á o valor das obras e serviços a cargo do concessionário, o custo da outorga inicial, eventuais custos financeiros etc.. Na linha dos fatores que geram receita, o valor da tarifa a ser paga pelos usuários, a quantidade de usuários pagantes da tarifa, o prazo de duração do ajuste, durante o qual a tarifa será paga etc⁴¹. Em tese, um incremento de custo, resultado de uma alteração legítima do objeto contratual, pode ser compensado pela alteração proporcional de qualquer (ou quaisquer) dos elementos que compõem a receita auferida pelo concessionário. Qual ou quais deles devem ser modificados para reequilibrar o ajuste?

A decisão acerca desse ponto encontra-se tipicamente na esfera da

39 Marçal Justen Filho, *Teoria geral das concessões de serviço público*, 2003, p. 165; e Arnoldo Wald, Do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão. Direito da concessionária à recomposição tarifária em virtude de aumento do custo de insumo, *Revista dos Tribunais* 785:121, 2001.

40 Floriano Azevedo Marques Neto, Equilíbrio econômico-financeiro em contrato de concessão, *Boletim de Licitações e Contratos* 7:418, 2002. V. tb. Celso Antônio Bandeira de Mello, Contrato administrativo, *Revista dos Tribunais* 734:104-5, 1996.

41 Floriano Azevedo Marques Neto, Concessão de serviço público: Dever de prestar serviço adequado e alteração das condições econômicas – Princípio de atualidade – Reequilíbrio através da prorrogação do prazo de exploração, *Revista Trimestral de Direito Público* 22:120: “A equação econômica, portanto, se coloca em função das seguintes variáveis: investimento total, tempo de desembolso deste montante, prazo de amortização, potencial de retorno com a venda da publicidade e prazo no qual se permite a dita exploração do mobiliário pelos anunciantes”; e Marçal Justen Filho, *Teoria geral das concessões de serviço público*, 2003, p. 402-3: “Em termos teóricos, o desequilíbrio da equação é produzido quando há uma variação entre as vantagens e desvantagens originalmente previstas. Vale dizer, o problema se produz como decorrência da redução das vantagens ou (e) ampliação das desvantagens que a contratação impunha a uma das partes. Logo, a recomposição da equação econômico-financeira realiza-se por meio de providências que ‘compensem’ ou ‘contrabalancem’ a redução das vantagens ou (e) ampliação das desvantagens. (...) Essas considerações são relevantes porque, de regra, a forma mais utilizada para recomposição da equação consiste na ampliação da remuneração do particular. Essa alternativa é especialmente adequada nos contratos administrativos comuns, mas não é necessariamente a única. Especialmente quando se considera a concessão de serviço público, existe situação diversa, já que a remuneração do particular deriva precipuamente, da tarifa, paga pelos usuários”.

discricionariedade administrativa. Considerando os elementos do caso concreto, caberá ao administrador definir a solução que considere mais adequada para o interesse público. Ao formular esse juízo, porém, o administrador deverá levar em conta dois elementos aos quais o sistema jurídico conferiu especial relevância em matéria de concessões: (i) a *modicidade das tarifas* e (ii) o *interesse dos usuários*⁴². Além disso, e em qualquer circunstância, a decisão administrativa deve observar o parâmetro da proporcionalidade, sobretudo no que diz respeito à proporcionalidade em sentido estrito.

Assim, tendo em conta (i) o fim a ser atingido – reequilibrar economicamente o contrato –, (ii) os diferentes mecanismos disponíveis e (iii) a necessidade de preservar o interesse dos usuários de forma geral e, especificamente, a modicidade das tarifas, o administrador deverá optar pela solução que produza o melhor equilíbrio entre os diferentes interesses. Como é fácil perceber, a decisão, para além dos elementos jurídicos, dependerá de forma importante das circunstâncias do caso concreto.

3.2. Meios legítimos de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão rodoviária: indenização, aumento da tarifa, aumento da base pagante e alteração do prazo de duração do contrato

Cumpra agora identificar de forma específica os meios legítimos de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro de um contrato administrativo. Pois bem. O *contrato de concessão rodoviária* envolve a remuneração da concessionária mediante *tarifa paga pelos usuários* do serviço público concedido. Nessas condições, o(s) meio(s) a ser(em) eleito(s) para garantir o reequilíbrio da relação contratual deve(m) necessariamente importar na concessão de alguma vantagem/direito adicional à concessionária, capaz de compensar sua perda patrimonial – seja de forma imediata, seja diluída no tempo –, sem que isso atrapalhe a boa prestação do serviço (interesse dos usuários) ou acarrete aumento tarifário em patamares incompatíveis com a sua indispensável modicidade. Sob esse ponto de vista, é possível vislumbrar quatro meios economicamente capazes de produzir tal resultado: (i) compensação direta da concessionária – isto é, o pagamento de indenização, pelo Poder Público, no valor do acréscimo de custo a ser suportado pela concessionária; (ii) aumento do valor

42 Luiz Alberto Blanchet, *Concessões de serviços públicos*, 1999, p. 55-6: “Para a determinação da modicidade na prática, é necessário, portanto, que sejam consideradas as peculiaridades da situação fática (espécie de serviço, amplitude e características da necessidade pública a ser suprida, custos da execução do serviço, etc.), e que se perquiram cada fator mediante critérios juridicamente apropriados. A modicidade da tarifa não pode ser tal a ponto de comprometer a adequação do serviço. A concessão, ao ser licitada, deve apresentar condições atrativas para o particular, sob pena de não acorrerem interessados. (...) Tarifa módica é, pois, a que propicia ao concessionário condições para prestar serviço adequado e, ao mesmo tempo, lhe possibilita a justa remuneração dos recursos comprometidos na execução do objeto da concessão”; e Luiz Gustavo Kaercher Loureiro, Considerações jurídicas sobre os aspectos econômicos dos contratos de concessão de distribuição de energia elétrica, *Revista Jurídica* 276:34: “Em síntese, enquanto a modicidade tarifária atende ao princípio da universalização do serviço público, reconhecido como essencial para todos, a justa remuneração relaciona-se com a perspectiva de lucro, própria do instituto da concessão a particulares da exploração de um certo serviço”.

da tarifa cobrada dos usuários do serviço; (iii) aumento da base pagante da tarifa; e (iv) extensão do prazo de duração do contrato⁴³.

O primeiro meio de que se pode cogitar – indenização da concessionária pelo Poder Público –, embora legítimo em tese, nem sempre se afigura uma opção idônea à produção do resultado pretendido no caso concreto, qual seja: a recuperação do equilíbrio econômico-financeiro perdido. Com efeito, caso a Administração considerasse adequado dispor dos recursos necessários à execução das obras de imediato, ela mesma poderia se encarregar delas. Em princípio, faria pouco sentido impor ao concessionário a responsabilidade por tais obras, desequilibrando economicamente o contrato administrativo, para em seguida ter de indenizar o particular. A experiência revela que, o mais frequente, é que o Poder Público não disponha dos recursos necessários para custear a obra ou avalie que há outras atividades que demandam de forma prioritária o emprego dos recursos públicos existentes.

Não por outra razão, a providência mais frequente em circunstâncias como a ora analisada é o repasse, para o valor da tarifa paga pelos usuários, do aumento de custo gerado pela alteração introduzida no objeto contratual (opção (ii) acima descrita). Sem embargo, se é certo que o aumento tarifário facilita a visualização clara do custo associado à modificação do ajuste – e permite uma avaliação social concreta do benefício por ela trazido –, também é verdade que os usuários têm uma capacidade econômica limitada de absorver esse incremento, que poderá esvaziar o ideal de modicidade tarifário.

A possibilidade de aumentar a base pagante – terceira opção enumerada acima –, ainda que por meio de tarifas diferenciadas, é providência que pode distribuir melhor entre os usuários os custos do serviço, em benefício da isonomia, mas a viabilidade dessa opção dependerá, por evidente, das circunstâncias do caso concreto. Por exemplo, o acréscimo de um novo posto de pedágio no acesso a determinado município ou ainda praticar valores de pedágio diferenciados ao longo do trecho da concessão.

A propósito, precisamente em função da modicidade tarifária e da proteção do interesse dos usuários – elementos relevantes à atuação administrativa neste particular –, é não apenas legítimo como recomendável que sejam adotados dois ou mais meios combinados de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão. Nessa linha, confira-se ementa de decisão do Superior Tribunal de Justiça que, em sede de concessão de serviço de transporte coletivo, reconheceu a legitimidade do aumento da tarifa cobrada dos usuários, bem como da extensão do itinerário concedido às linhas de ônibus (aumentando, assim, a base

43 Note-se que, dependendo da espécie contratual e da natureza da alteração, é possível pensar em outros meios economicamente capazes de produzir a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo, tais como, e.g., o reajuste contratual e a redução dos encargos da concessionária. Todavia, o contrato de concessão rodoviária não implica qualquer desembolso por parte da Administração (ao contrário: quem paga pela concessão é o vencedor da licitação); por outro lado, a redução de outros encargos da concessionária, dado o objeto da concessão, poderia ter impacto negativo sobre a qualidade dos serviços prestados, prejudicando o interesse dos usuários.

pagante), como forma de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro do contrato em questão:

“Concessão de Serviço de Transporte Coletivo. Alteração Unilateral de Cláusula Econômica do Contrato e Correspondente Reajuste das Tarifas de Remuneração. Possibilidade. Ausência de Inconstitucionalidade da Lei Municipal Nº 5.513/91, do Município de Campos-RJ.

É lícito ao poder concedente alterar, unilateralmente, as cláusulas objetivas do serviço e, até, agravar os encargos ou as obrigações do concessionário, desde que reajuste a remuneração estipulada, evitando a quebra do equilíbrio econômico financeiro do contrato. A Lei nº 5.153/91 do Município do Campos-RJ não é inconstitucional, posto que, embora imponha a gratuidade nos transportes coletivos de servidores municipais que indica, acobertou, esses ônus, com o aumento concreto do itinerário concedido às linhas de ônibus, bem como, com o reajuste das tarifas⁴⁴.”

Na mesma linha, se a alteração das tarifas (do seu valor, da base pagante ou dos dois elementos combinados) não for suficiente para absorver o custo adicional, ou se não for viável economicamente essa alteração, nada impede, em tese, que a extensão do prazo do contrato (opção (iv) referida acima) seja utilizada, isolada ou conjuntamente com outras providências, como meio de atingir esse fim⁴⁵⁻⁴⁶.

É bem de ver, todavia, que se a legitimidade da alteração tarifária como meio de reequilibrar a equação econômico-financeira do contrato de concessão só pode ser aferida casuisticamente, após o exame de sua razoabilidade/proporcionalidade na hipótese concreta, a opção pela extensão de prazo comporta alguns pressupostos e limites objetivos, decorrentes do próprio sistema e correntemente apontados pela doutrina. Aprofunde-se a questão.

Em primeiro lugar, não se admite, por evidente, que um contrato firmado pela Administração possa ser indefinidamente renovado ou prorrogado, tornando-se

44 STJ, DJU 11.out.1993, RMS 3.161-6/RJ, Rel. Min. Demócrito Reinaldo.

45 Nesse sentido, v. Floriano Azevedo Marques Neto, Concessão de serviço público: Dever de prestar serviço adequado e alteração das condições econômicas – Princípio de atualidade – Reequilíbrio através da prorrogação do prazo de exploração, *Revista Trimestral de Direito Público* 22:108, 111, 113 e 119-22, 1998.

46 Essa foi a conclusão do Supremo Tribunal Federal ao decidir interessante caso, ainda que em outro contexto. Determinada empresa explorava, na qualidade de concessionária, parque de diversões na Quinta da Boa Vista no Rio de Janeiro. A Prefeitura precisou do local para instalação do Jardim Zoológico, de modo que o parque de diversões teve de ser transferido para outro local, na mesma Quinta. A transferência acarretou custos para o concessionário e as partes ajustaram, como indenização pelas despesas, a extensão por mais três anos da autorização de funcionamento do parque. Embora questionada judicialmente, o STF acabou por considerar válida a decisão administrativa, que evitou despesas para a Administração (STF, DJU 24 set.1953, RMS 1835/DF, Rel. Min. Mário Guimarães).

praticamente eterno. Mesmo em contratos de longa duração, como é o caso dos contratos de concessão, a Lei nº 8.987/95 exige que a concessão se dê por prazo certo (art. 2º, III) e uma das cláusulas obrigatórias do contrato é a que prevê o prazo de duração (art. 23, I)⁴⁷.

Paralelamente, porém, a ordem jurídica convive com a possibilidade de prorrogação ou extensão dos prazos dos contratos administrativos⁴⁸. Ao tratar da concessão e permissão de serviços públicos, a própria Constituição de 1988, art. 175, parágrafo único, I, prevê que a lei disporá, dentre outros temas, sobre a prorrogação de tais ajustes⁴⁹. A Lei nº 8.666/93, art. 57, prevê diferentes eventos que autorizam a prorrogação dos prazos contratuais, dentre os quais, *e.g.*, a “alteração do projeto, ou especificações, pela Administração”⁵⁰. A Lei nº 8.987/95 dispõe que o contrato de

47 Lei nº 8.987/95, art. 2º, III: “concessão de serviço público precedida da execução de obra pública: 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;” e Lei nº 8.987/95, art. 23, I: “São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas: I - ao objeto, à área e ao prazo da concessão;”.

48 Hely Lopes Meirelles, *Licitação e contrato administrativo*, 1999, p. 217-8: “*Prorrogação do contrato* é o prolongamento de sua vigência além do prazo inicial, como o mesmo contratado e nas mesmas condições anteriores. Essa extensão de vigência, nos contratos que se extinguem pelo decurso do prazo, é admitida em nosso Direito sem licitação, desde que prevista expressamente no edital e no instrumento original. E compreende-se que assim seja, porque, se a prorrogação pressupõe o mesmo contratado, não pode admitir qualquer modalidade de licitação que possibilite sua substituição. O essencial é que se preveja a prorrogação, a qual na época própria, deverá ser consubstanciada em *termo de prorrogação* do ajuste inicial, mediante *aditamento*”; e José dos Santos Carvalho Filho, *Manual de direito administrativo*, 2001, p. 166: “Prorrogação do contrato é o fato que permite a continuidade do que foi pactuado além do prazo estabelecido, e por esse motivo pressupõe a permanência do mesmo objeto contratado inicialmente. (...) São causas que ensejam a prorrogação: 1) alteração do projeto; 2) suspensão ou redução do ritmo de trabalho por imposição do órgão administrativo; 3) aumento das quantidades iniciais; 4) fatos imprevisíveis de caráter excepcional, estranho à vontade das partes; 5) omissão ou atraso de providências a cargo da Administração; 6) impedimento de execução por fato ou ato de terceiro, assim reconhecido pela Administração contratante”.

49 CF/88, art. 175: “Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. Parágrafo único. A lei disporá sobre: I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;”.

50 Lei nº 8.666/93, art. 57, §§ 1º e 2º: “§1º: Os prazos de início de etapas de execução, de conclusão e de entrega admitem prorrogação, mantidas as demais cláusulas do contrato e assegurada a manutenção de seu equilíbrio econômico-financeiro, desde que ocorra algum dos seguintes motivos, devidamente atenuados em processo: I - alteração do projeto ou especificações, pela Administração; II - superveniência de fato excepcional ou imprevisível, estranho à vontade das partes, que altere fundamentalmente as condições de execução do contrato; III - interrupção da execução do contrato ou diminuição do ritmo de trabalho por ordem e no interesse da Administração; IV - aumento das quantidades inicialmente previstas no contrato, nos limites permitidos por esta Lei; V - impedimento de execução do contrato por fato ou ato de terceiro reconhecido pela Administração em documento contemporâneo à sua ocorrência; VI - omissão ou atraso de providências a cargo da Administração, inclusive quanto aos pagamentos previstos de que resulte, diretamente, impedimento ou retardamento na execução do contrato, sem prejuízo das sanções legais aplicáveis aos responsáveis. §2º. Toda prorrogação de prazo deverá ser justificada por escrito e previamente autorizada pela autoridade competente para celebrar o contrato”.

concessão deve prever, como uma de suas cláusulas essenciais, a relativa às condições para prorrogação do contrato (art. 23, XII)⁵¹.

Na linha do que se acaba de expor, é possível afirmar que não há nenhuma impossibilidade, *a priori*, de extensão do prazo contratual como mecanismo de produzir o reequilíbrio econômico do ajuste, uma vez que a alteração do objeto que originou o desequilíbrio possa ser considerada legítima. Este é um ponto importante que deve ser retomado para uma observação adicional.

Os riscos envolvidos na alteração dos prazos estabelecidos para os contratos administrativos são os mesmos já descritos quando se tratou das modificações em geral do objeto dos ajustes. Teme-se que, a pretexto de uma extensão de prazo, o administrador esteja na realidade burlando o dever de licitar, privilegiando o contratado em detrimento de outros interessados, em afronta à igualdade e à impessoalidade. Daí a cautela da doutrina acerca da possibilidade de extensão do prazo contratual e, sobretudo, a ênfase dada ao caráter excepcional dessa espécie de alteração⁵².

Por isso mesmo, a legitimidade da extensão do prazo contratual como meio de reequilibrar economicamente o ajuste deve ser aferida em dois momentos sucessivos. Em um primeiro momento, é indispensável que a alteração que deu origem ao desequilíbrio seja lícita e legítima, na linha do que se expôs na primeira parte deste estudo. É fácil perceber que, se a alteração do objeto introduzida no contrato poderia – e, portanto, deveria – ser objeto de licitação autônoma, há invalidade da alteração em si e, por consequência, pelas mesmas razões, será também inválida eventual extensão do prazo contratual – como, de resto, qualquer outro meio de recomposição – que procure compensar esse novo custo.

Na sequência, se a alteração do objeto é legítima, causará estranheza que ela produza uma extensão de prazo, *e.g.*, equivalente ao prazo original do ajuste, exemplo frequentemente apresentado pela doutrina como de extensão ilegítima. Se o custo adicional associado à alteração é equivalente ao objeto original do contrato – tanto assim que o prazo necessário para amortizá-lo é o mesmo –, o quadro parece indicar que não se tratava na realidade de uma alteração necessária à melhor execução daquele objeto, mas de objeto diverso e autônomo, que deveria ser submetido a licitação própria.

Em suma: pressupondo a legitimidade da alteração que causou o desequilíbrio, o administrador poderá então fazer uma avaliação discricionária de como reequilibrar

51 Lei nº 8.987/95, art. 23, XII: “São cláusulas essenciais do contrato de concessão as relativas: (...) XII - às condições para prorrogação do contrato;”.

52 V. Marçal Justen Filho, *Teoria geral das concessões de serviço público*, 2003, p. 405-6: “Uma alternativa consistiria na ampliação nos prazos de concessão, de modo a assegurar que o prazo mais longo permita a realização dos resultados assegurados ao interessado. A prorrogação é compatível com a Constituição especialmente quando todas as outras alternativas para produzir a recomposição acarretariam sacrifícios ou lesões irreparáveis às finanças públicas ou aos interesses dos usuários. Essa é a alternativa que realiza, do modo mais intenso possível, todos os valores e princípios constitucionais. Compõem-se os diferentes princípios e obtém-se a realização harmônica de todos eles. Por isso, alterou-se o entendimento para aceitar a solução da prorrogação do prazo da concessão como instrumento para produzir a recomposição da equação econômico-financeira original”; Toshio Mukai, *Concessão e permissão de serviço público*, *Boletim de Direito Administrativo* 10:766, 2001; e Cármen Lúcia Antunes Rocha, *Estudos sobre concessão e permissão de serviço público no Direito brasileiro*, 1996, p. 60.

o ajuste. No caso dos contratos de concessão, remunerados mediante a cobrança de tarifa dos usuários do serviço concedido, podem ser meios legítimos para produzir esse resultado a indenização, o aumento da tarifa, o aumento da base pagante, e a extensão ou prorrogação de prazo. Os dados jurídicos a serem considerados nesse particular – e que poderão ser objeto de algum controle, sobretudo na hipótese de decisões claramente desproporcionais – são o interesse dos usuários, a modicidade das tarifas e a proporcionalidade em sentido estrito.

4. Conclusão

É possível compendiar as principais idéias desenvolvidas nas seguintes proposições objetivas.

I. A possibilidade de alteração de contratos administrativos envolve a necessária convivência entre dois conjuntos de elementos constitucionais. De um lado, a alteração indiscriminada dos ajustes pode facilmente veicular burla à regra de licitar e, conseqüentemente, aos princípios da isonomia e da impessoalidade que vinculam a Administração Pública. De outro, ao longo da execução do contrato, o atendimento adequado do interesse público que motivou sua celebração poderá exigir adaptações do objeto ajustado, sendo que muitas vezes será ineficiente e anti-econômico rescindir aquele contrato para proceder a nova licitação e a nova contratação. A necessidade de adaptações do objeto contratual será mais relevante quando se trate de ajustes de longa duração e que envolvam o atendimento de necessidades complexas e mutáveis, como acontece nos contratos de concessão rodoviária.

II. Tendo em conta a necessidade de equilíbrio entre os elementos constitucionais referidos, a legitimidade da alteração dos contratos de concessão deverá ser aferida tendo em conta ao menos os seguintes quatro parâmetros:

1. A Administração pode impor alterações unilateralmente, mas apenas no que diz respeito às cláusulas de execução ou regulamentares. O equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão deve ser preservado, de modo que se as alterações envolvendo a execução do objeto contratual repercutirem sobre esse equilíbrio, ele deverá ser restaurado;
2. As alterações contratuais – unilaterais ou consensuais – devem contar com justificativa expressa, nas quais o administrador explicita a necessidade da alteração, tendo em conta o interesse público a atingir, e demonstre a preservação do dever de licitar e dos princípios da isonomia e da impessoalidade;
3. Qualquer alteração apenas poderá ser considerada legítima uma vez que ela não possa ser objeto de licitação autônoma, por ser inviável a competição entre o concessionário e eventuais interessados;

4. Quando se trate de alterações quantitativas, o administrador deve considerar os limites percentuais previstos no art. 65 da Lei nº 8.666/93 como marcos a serem respeitados no geral e cuja superação, ainda que possível, deverá ser acompanhada de motivação mais analítica, que demonstre a conveniência da alteração para o interesse público e sua compatibilidade com os princípios constitucionais que vinculam a Administração Pública.

III. Introduzida no ajuste alteração *legítima* de seu objeto, geradora de desequilíbrio econômico, cabe ao administrador fazer uma avaliação discricionária de como reequilibrá-lo, tendo em conta os diferentes elementos contratuais capazes de produzir receita. No caso dos contratos de concessão rodoviária – remunerados mediante a cobrança de tarifa dos usuários do serviço –, podem ser meios legítimos para produzir esse resultado a indenização, o aumento da tarifa, o aumento da base pagante e a extensão ou prorrogação de prazo. Os elementos jurídicos a serem considerados nesse particular – e que poderão ser objeto de algum controle, sobretudo na hipótese de decisões claramente desproporcionais – são o interesse dos usuários, a modicidade das tarifas e a proporcionalidade em sentido estrito.