

# Alteração de contratos de concessão e PPP por interesse da administração pública: problemas econômicos, limites teóricos e dificuldades reais<sup>1-2-3</sup>

Mauricio Portugal Ribeiro<sup>4</sup>

Lucas Navarro Prado<sup>5</sup>

## 1. Introdução

Assim como vários outros tópicos do direito administrativo contratual, o tema da alteração por iniciativa da Administração Pública dos contratos de concessão e PPP tem sido tratado sem atenção aos seus aspectos econômicos e, na nossa opinião, com pouca atenção às peculiaridades desses contratos, quando comparados aos contratos de obra ou de prestação de serviços comuns.

---

<sup>1</sup> Os autores redigiram a primeira versão do estudo que deu origem ao presente artigo na condição de contratados por empresa privada.

<sup>2</sup> Os autores gostariam de expressar gratidão a Camila Viana pela criteriosa pesquisa de jurisprudência e doutrina necessária à redação desse artigo.

<sup>3</sup> Versão preliminar desse artigo foi publicado em 02/06/2012 para comentários da comunidade acadêmica no website: <http://www.slideshare.net/portugalribeiro/alterao-de-contratos-de-concesso-e-ppp-por-interesse-da-administracao-pblica-problemas-economicos-limites-tericos-e-dificuldades-reais>

<sup>4</sup> Mauricio Portugal Ribeiro é advogado especializado na estruturação, licitação e regulação de contratos de Concessões e PPPs nos setores de infraestrutura, sócio de Portugal Ribeiro e Navarro Prado Advogados ([www.prnp.com.br](http://www.prnp.com.br)), Professor da Direito-Rio (escola de graduação em Direito da FGV, no Rio de Janeiro), Mestre em Direito (LL.M.) pela Harvard Law School.

<sup>5</sup> Lucas Navarro Prado é advogado especializado em infraestrutura, regulação e negociações complexas envolvendo entidades governamentais. Sócio de Portugal Ribeiro e Navarro Prado Advogados ([www.prnp.com.br](http://www.prnp.com.br)). Bacharel em direito pela Universidade de Paulo (USP) e pós-graduado em Finanças Corporativas e *Investment Banking* pela Fundação Instituto de Administração da USP.

Além disso, é possível classificar as alterações contratuais de acordo com a sua previsão no contrato originário. A certeza ou incerteza dessas alterações no texto do contrato originário e a disciplina das suas condições deveriam ser parte do próprio juízo não apenas sobre a licitude do contrato, mas também da conveniência e oportunidade da sua alteração, uma vez que as possibilidades de alteração previstas já no contrato originário podem se caracterizar, de uma perspectiva econômica, como opções da Administração Pública em face do concessionário, que são muitas vezes objeto de precificação na proposta originária do concessionário.

Nesse contexto, esse artigo pretende:

- a) Utilizar como pano de fundo da investigação sobre as alterações unilaterais dos contratos administrativos os diferentes níveis de previsibilidade dessas alterações considerando a linguagem do contrato;
- b) Justapor e entrelaçar à reflexão jurídica os problemas e temas econômicos que surgem não apenas da teoria jurídica sobre alterações de contratos, mas também da sua prática. Temas como o dos incentivos gerados pelas regras jurídicas (considerando, por exemplo, agentes públicos avessos a riscos), dos custos de transação (v.g. da realização de novas licitações), os problemas de representação (“agency problems”), entre outros, serão tratados como parte da elaboração necessária ao conhecimento e aplicação da disciplina normativa em torno das alterações contratuais;
- c) Aquilatar devidamente as dificuldades práticas envolvidas na realização das alterações contratuais e na compensação aos contratados por essas alterações, trazendo à evidência as deficiências, e sobretudo, as insuficiências da nossa teoria jurídica para dar cabo do tema, e assumindo que a prática das alterações contratuais é muito mais casuística e negociada que a doutrina tradicional do Direito Administrativo está disposta a admitir;
- d) Considerar as peculiaridades das alterações a contratos de concessão e PPPs quando comparadas às realizadas em contratos como os de obra, mera prestação de serviços ou mero fornecimento de equipamentos.

Pretendemos realizar os desideratos acima apontados sem perder de vista os problemas práticos enfrentados por aqueles que têm diante de si o desafio de promover alterações em contrato de concessão ou PPP.

## **2. Plano desse trabalho**

Em primeiro lugar, vamos tratar da hipótese em que o objeto do contrato é dividido em fases no âmbito de um cronograma previsto no próprio contrato (item 0 abaixo).

A seguir, vamos tratar da inclusão de novos escopos e modificação dos escopos do contrato como opção do Poder Público (item 4 abaixo).

Depois, voltaremos atenção para o marco legal, a teoria jurídica e a jurisprudência sobre a modificação de contratos administrativos (item 5 abaixo). No item 5.1, enfocaremos as alterações para atendimento de interesse público e, no item 5.1.1, o que é necessário para que uma alteração seja caracterizada como “de interesse público”. Por sua vez, no item 5.1.2, tratamos da possível disparidade entre os interesses da Administração Pública e dos agentes públicos de se protegerem contra o risco de penalizações (particularmente de ter a sua conduta considerada ímproba) por conta de decisão sobre alteração de contratos administrativos.

No item 5.2, vamos abordar os limites da mutabilidade dos contratos administrativos, em especial vamos tratar da obrigatoriedade da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro (5.2.1), do que ocorre se o contrato não prever os mecanismos para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro (5.2.1.1), assumindo claramente que, na grande maioria dos casos, os processos de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro são, na prática, processos, em ampla medida, negociais. Além disso, apontamos as circunstâncias que tendem a gerar perdas para a Administração Pública e/ou para o usuário na renegociação de contratos administrativos em geral e particularmente em contratos de concessão e PPP (item 5.2.1.2), o que aconselha cuidados na decisão de alteração de contratos administrativos.

No item 5.2.2, será necessário tratar do outro limite à mutabilidade dos contratos, que é a obrigatoriedade de licitação para realização de contratos administrativos e o princípio da vinculação ao instrumento convocatório.

Nessa ocasião tocaremos na relação entre custos de transação e ganhos de eficiência decorrentes da licitação (item 5.2.2.1).

Posteriormente, será necessário analisar a aplicabilidade aos contratos de concessão e PPP dos limites quantitativos e qualitativos estabelecidos pela Lei 8.666/93 para alterações contratuais (item 5.2.3), as dificuldades práticas de aplicação desses limites aos contratos de concessão e PPP (itens 5.2.3.1 e 5.2.3.1.1), e os incentivos criados pela não aplicação desses limites (item 5.2.3.2).

Por fim, trataremos do tema da disciplina no próprio contrato de concessão ou PPP dos limites à sua alteração (item 5.3).

### **3. Etapas de implantação de um projeto já previstas no contrato originário caracterizam inclusão de novos escopos?**

Do ponto de vista jurídico, se houver, já no contrato originário, a determinação de que ocorrerão inclusões futuras de novos escopos (não opcional, mas obrigatória) em contrato de concessão ou PPP, isso será apenas um cronograma para que o contrato alcance, em um dado período de tempo, a plenitude de seu objeto.

A rigor, portanto, essa hipótese não envolve propriamente a ampliação de escopo, visto que o escopo inicialmente definido já abarca todas as etapas do projeto, conhecidas desde logo por ambas as partes. Ou seja, o escopo é único, mas sua implantação está dividida em etapas.

Prescinde-se, além disso, da celebração de qualquer aditivo ao contrato inicialmente pactuado para que as etapas subsequentes sejam implantadas, a menos que falte pactuar o preço por tais inclusões.

Supondo que as condições de preço já estejam previamente pactuadas, a implantação das etapas subsequentes, a rigor, não depende de qualquer manifestação de vontade das partes, pois está previamente ajustada como obrigação contratual. A parte que deixar de cumprir suas obrigações poderá ser sancionada, conforme disposto no contrato. O atraso no cumprimento do cronograma das etapas, por sua vez, poderá implicar a necessidade de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato ou aplicação de sanções.<sup>6</sup>

Do ponto de vista da precificação das etapas subsequentes, o mais recomendável é que o preço para tais etapas já esteja contemplado na modelagem financeira inicial e nas propostas das licitantes. Isso porque se tais etapas estiverem contempladas na modelagem inicial, os participantes da licitação poderão contemplar tais partes nas respectivas propostas e competir pelo preço para a prestação desses escopos. Além disso, particularmente no caso das PPPs, preocupações com os impactos orçamentários e fiscais da inclusão posterior de novos escopos certamente inibirão a criação de obrigações incertas quanto ao seu valor para o Poder Público, ainda que o cronograma para sua exigibilidade esteja pré-fixado.<sup>7</sup>

Nesse contexto, para que as inclusões de escopo sejam estabelecidas como meras etapas do projeto, i.e., obrigações/direitos firmes que possam ser exigidos por

---

<sup>6</sup> Vide exemplo do contrato da Linha 04 do Metrô de São Paulo, no qual o atraso da entrada de operação do contrato de concessão por descumprimento dos prazos do Poder Público para entrega das obras civis dava origem ao pagamento de multas contratuais do Poder Público ao Concessionário. Sobre isso, cf.: Ribeiro, Mauricio Portugal. Laudo Arbitral, da Arbitragem Simulada entre o Governo do Estado de São Paulo, e a Concessionária da Linha 04 do Metrô de São Paulo, datado de 15 de julho de 2011, e publicado no <http://www.slideshare.net/portugalribeiro/laudo-arbitral-para-publicacao>.

<sup>7</sup> No caso de PPPs, é possível prever grande resistência do Tesouro Nacional ou das Secretarias da Fazenda de Estados e Municípios a modelos de PPP que criem espécies de “contraprestações públicas contingentes”.

qualquer das partes, é provável que os órgãos de fiscalização e/ou de controle orçamentário-fiscal demandem o seguinte:

- a) Que esteja previsto contratualmente um cronograma firme para a inclusão dos novos escopos;
- b) Que tais inclusões estejam precificadas na modelagem econômico-financeira da concessão ou PPP ou, ao menos, existam critérios muito claros e objetivos sobre como precificar essas inclusões, de maneira que se possa desde logo antecipar com elevado grau de precisão os custos que serão incorridos pelo Governo; e
- c) Que tais inclusões tenham sido consideradas pelas licitantes quando da realização de suas propostas comerciais.

Quando viável a previsão do cronograma de incorporação ao contrato de novos escopos, existem algumas questões que demandam atenção.

É muito difícil precificar hoje as condições em que cada objeto contratual se encontrará quando chegar o momento de sua inclusão no contrato. Imagine-se, por exemplo, uma rodovia em que, por qualquer motivo, o contrato de concessão tenha previsto que, nos 4 primeiros anos, a cada ano um novo segmento de rodovia seria incorporado ao contrato. Supondo que esses segmentos já estão construídos e são operados pelo Poder Público, é muito difícil saber qual a condição exata em que cada segmento estará por ocasião da sua incorporação ao contrato de concessão, e isso cria uma dificuldade de precificar qual será o investimento necessário para trazer cada um dos 3 segmentos que serão incorporados ao contrato posteriormente ao ano da sua assinatura para as condições de qualidade de pavimento e trafegabilidade exigidas no contrato de concessão.

Tal precificação tende a ensejar riscos relevantes para o parceiro privado, que, possivelmente será conservador quanto aos custos envolvidos, repassando ao Poder Público essa expectativa, por meio de preços mais elevados na sua proposta. Por isso, esse modelo impõe que o projeto seja desenhado visando que a incorporação das etapas posteriores sejam realizadas em pouco tempo após a conclusão dos estudos de modelagem, sob pena de ampliar os riscos, e, portanto, o preço a ser cobrado pela iniciativa privada para participar do projeto.

Esse modelo permite que as licitantes desde logo ofertem suas propostas considerando a escala total do projeto, inclusive as futuras inclusões de segmentos rodoviários (para continuarmos no exemplo das rodovias). Supondo uma licitação competitiva, isso resultaria em preços menores para o Poder Público, dados os mesmos níveis de prestação de serviços.

Registre-se, por fim, que a adoção desse modelo implicaria a necessidade de se realizar, para efeito de modelagem da concessão e futura licitação, estudo de

viabilidade técnica, econômica, financeira e jurídica envolvendo todos os segmentos a serem incorporados ao contrato.

Feitos esses esclarecimentos, passemos agora a analisar a hipótese mais complexa em que as inclusões de novos escopos se apresentam como opção discricionária do Poder Público.

#### **4. As inclusões de novos escopos como opção discricionária do Poder Público**

O contrato de PPP pode ter previsto uma opção para o Poder Público, a ser exercida a qualquer momento ou em ocasião pré-fixada, de incluir novos escopos no contrato. E essa opção pode, em tese, encontrar-se desde logo precificada no contrato ou não.

Quando já houve essa previsão contratual da inclusão de novos escopos (semelhantes ou diferentes do escopo originário), a rigor, a alteração contratual será necessária para pactuar o preço, se este não estiver também pré-definido contratualmente.

Se não houver previsão contratual dos novos escopos, o Poder Público também pode, em princípio, utilizar-se da faculdade de modificação dos contratos administrativos, com as limitações que serão discutidas abaixo, e com um maior risco de questionamento, conforme se verá mais adiante.

A hipótese em que exista previsão contratual da opção de inclusão de novos escopos, cujo preço de exercício já esteja definido por época da licitação, parece-nos muito difícil de ser implantada, senão mesmo impossível.

Isso porque a condição dos objetos contratuais (bens utilizados para a prestação do serviço) é variável ao longo do tempo e, portanto, o momento de sua inclusão no contrato é relevante para a definição do preço de exercício da opção. Assim, uma restrição importante para esse modelo seria a necessidade de fixar o momento que o Poder Público poderia exercer a opção de inclusão de novos escopos, a fim de facilitar predefinição do preço de exercício dessa opção. Ainda assim, isso implicaria avaliar hoje as condições dos objetos contratuais que potencialmente seriam incluídos no contrato e projetar suas condições para o momento pré-definido de sua inclusão no contrato referido. Existe, obviamente, considerável grau de erro nessas projeções.

Caso, no entanto, o Poder Público pretenda manter a flexibilidade de decidir *se e quando* tais escopos devem ser incluídos no contrato, então não se vislumbra alternativa senão a previsão de realização de aditivo contratual, em cada caso, no qual sejam definidos os escopos que passarão a fazer parte do contrato e a repactuação dos preços pelos serviços prestados pela concessionária, para manter o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

A existência de disposição contratual que autorize esse tipo de aditivo reforça sua possibilidade jurídica, mas não torna desnecessária a formalização da alteração contratual em cada caso, bem como a negociação entre as partes do respectivo termo aditivo e das condições de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro.

A discussão converge, nesse ponto, para saber os limites de mutação, de alteração dos contratos administrativos, em especial, quando provocada pelo Poder Público, para saber se esse tipo de alteração, ainda que prevista contratualmente, seria considerada possível diante de nosso ordenamento jurídico e da jurisprudência dominante.

## **5. O marco legal, a jurisprudência e a teoria jurídica sobre a mutabilidade dos contratos de PPPs**

A teoria jurídica trata o tema da mutabilidade dos contratos administrativos de forma genérica e reconhece, em regra, pouquíssimas peculiaridades sobre o tema para os contratos de concessão ou PPP.

Por essa razão, nas linhas a seguir, vamos abordar genericamente o tema da mutabilidade dos contratos administrativos, sem preocupação, pelo menos nesse momento, de focar nos contratos de PPP e concessão.

### **5.1. A mutabilidade dos contratos para atendimento do interesse público**

A mutabilidade dos contratos administrativos para atendimento do interesse público é um dos pilares do Direito Administrativo contratual.

Geralmente essa mutabilidade é expressa pelo princípio de que todo contrato administrativo pode ser alterado para atendimento do interesse público, desde que respeitado o seu equilíbrio econômico-financeiro. Na Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos (Lei 8.666/93), essa permanente possibilidade de alterar os contratos administrativos está expressa no art. 58, inciso I<sup>8</sup>, que estabelece o seguinte:

*“Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:*

*I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado;”*

---

<sup>8</sup> O art. 57, §1º, apesar de tratar também das alterações de contrato para atendimento do interesse público, foca-se estabelecer as condições em que é permitida a alteração dos prazos e etapas de execução do contrato. Por isso, deixamos esse dispositivo fora da nossa análise.

Essa flexibilidade dos contratos administrativos para atender ao interesse público tem por objetivo conciliar (i) a supremacia do interesse público como pauta da ação administrativa com (ii) a utilização pela Administração Pública, para realização das suas finalidades, das competências da iniciativa privada por meio dos contratos.<sup>9</sup>

A conciliação é realizada por meio da atribuição de prevalência ao atendimento ao interesse público em face da obrigatoriedade de cumprimento do contrato nos termos em que foi assinado.<sup>10</sup>

### **5.1.1. O que significa a conformidade da alteração com o interesse público**

Uma pergunta importante, nesse contexto, é saber quais são os requisitos que devem ser cumpridos para que uma alteração contratual seja reputada como “de interesse público”. Particularmente, seria importante saber se existe um teste que permita distinguir as alterações de contratos administrativos que estariam de acordo, daquelas que estariam em desacordo com o interesse público.

Na verdade, a exigência de que as alterações contratuais sejam sempre para atendimento de interesse público tem, geralmente, efeitos meramente retóricos. Na prática, essa exigência termina se resolvendo pela mera afirmação pelo órgão competente de que é interesse público a realização da contratação, com justificativa – na grande maioria das vezes sumária, apenas para cumprir a exigência genérica de fundamentação dos atos administrativos – emitida por agente responsável pela celebração, acompanhamento e fiscalização do contrato.<sup>11</sup>

Todavia, em algumas entidades governamentais, como, por exemplo, no âmbito da União, a fiscalização detida dos órgãos de controle sobre esse tema tem desenvolvido preocupação nos agentes públicos com a elaboração de fundamentações que possam materialmente justificar a alteração contratual, em vista dos princípios da economicidade e da eficiência da ação administrativa.

São essas elaborações que tem permitido um controle material, ainda que limitado, da pertinência dos atos ao interesse público.

---

<sup>9</sup> Vide abaixo trecho no qual Marçal Justen Filho percebe o conflito entre essas duas pautas:

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

(...)

Evidencia-se situação em que dois princípios concorrem entre si, produzindo efeitos contrapostos. A supremacia e indisponibilidade do interesse público exige a alteração das cláusulas originais. A obrigatoriedade da licitação impõe a vinculação da contratação às condições originais contempladas na licitação. JUSTEN FILHO, Marçal. *Teoria Geral das Concessões de Serviços Públicos*. Dialética: São Paulo, 2003, p. 444.

<sup>10</sup> O princípio da obrigatoriedade do cumprimento de contratos é um princípio basilar do Direito Contratual, muitas vezes referido pela expressão latina *pacta sunt servanda*.

<sup>11</sup> Isso é ainda mais explícito no contexto atual em que a própria noção de interesse público se tornou extremamente vaga e ambígua, apta, por outro lado, a representar as diversas pautas coletivas, que competem para se tornar o “interesse público” prevaiente. Cf.: Marques Neto, Floriano de Azevedo, *Regulação Estatal e Interesses Públicos*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.



Não se ignora, contudo, que em um Estado de Direito democrático, a decisão administrativa, estando subordinada em última análise a um agente político eleito, ainda quando estribada diretamente em corpo de normas de natureza burocrática, tem sua legitimidade atrelada, em última análise, à legitimidade democrática da decisão do agente político que é chefe do Poder Executivo naquela instância governamental. Por outro lado, as regras do Estado de Direito requerem que esse poder, que advém da legitimidade democrática, seja exercido dentro dos limites, parâmetros, procedimentos e regras estipulados na Constituição e nos atos normativos que nela se fundamentam e daí a necessidade de fundamentação do ato administrativo e de cumprimento das exigências constitucionais e legais para a sua validade e eficácia.

### **5.1.2. O problema dos incentivos dos decisores: disparidade entre os interesses da Administração e o dos agentes públicos (“agency problems”)**

Um tema completamente virgem no nosso Direito Administrativo é o tratamento dos, assim chamados, “agency problems” da tomada de decisão de agentes públicos sobre questões que envolvam interesses da Administração Pública.

“Agency problems” (literalmente, “problemas do órgão”) é uma expressão muito utilizada na teoria econômica para tratar do que poderia se traduzir em português, de forma mais rigorosa, como “**problemas de representação**”.

Usa-se a expressão “agency problems” para designar aquelas situações em que o representante tem interesses diversos do representado, e, por isso, apesar da relação fiduciária criada pelo mandato, o representante tem incentivos para agir de maneiras que privilegiam seus interesses, em detrimento das suas obrigações fiduciárias. Essas situações ocorrem geralmente em contextos em que o representado, por circunstâncias fáticas, tem acesso limitado à informação que lhe permita verificar que o representante não tomou a decisão ou as decisões que melhor favoreciam o interesse do representado.

Por exemplo, já foi diversas vezes constatado e analisado problemas de representação na relação entre executivos de grandes empresas e as grandes empresas. Como os executivos têm informação muito melhor que os proprietários da empresa, há incentivos para eles tomarem decisões que mais lhes favorecem sem que isso fique necessariamente evidente para os proprietários da empresa. A forma tradicional de tentar minimizar esses problemas de representação é por meio do alinhamento de incentivos entre representante e representado, criando, por exemplo, mecanismos de remuneração do representante que tornem os seus interesses convergentes com os do representado.

Apesar de, até onde sabemos, esse tema nunca ter sido tratado no Direito Administrativo brasileiro – em contexto de fiscalização estrita pelos órgãos de

controle das alterações contratuais e de interpretação da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92) sem cuidados para distinguir a conduta lesiva ao patrimônio público por má-fé em benefício próprio ou alheio, daqueles agentes públicos a quem não pode ser imputada nem a má-fé nem a busca de benefício pessoal ou para terceiro, mas apenas uma interpretação mais agressiva da lei – não seria despropositado imaginar que há problemas de representação (agency problems) ocorrendo na tomada de decisão sobre a mudança dos contratos.

Consideremos um agente público que tenha que tomar uma decisão sobre a modificação de um contrato administrativo. Se esse agente público vislumbrar que a sua decisão sobre alteração do escopo do contrato administrativo pode lhe criar riscos pessoais (de ser multado pelo órgão de controle, ou de sua conduta ser considerada ímproba), esse agente público tenderá a priorizar a sua proteção pessoal à tomada da melhor decisão para Administração Pública. Isso significa que ele tenderá a ser o mais conservador possível, mesmo que isso signifique criar ineficiências ou custos para a Administração Pública.

Isso acontecerá ainda com maior probabilidade se pudermos supor que o agente público a tomar a decisão seja alguém avesso a risco e se não houver qualquer risco de penalidade para a tomada da decisão mais conservadora (ainda que ela seja claramente mais ineficiente que outra decisão), o que é o mais comum entre nós.

Os incentivos podem, entretanto, ser diferentes quando se tratar de agente público em cargo comissionado, com ou sem vínculo permanente com a Administração Pública, quando estiver comprometido com uma pauta político-administrativa que lhe leve a assumir maiores riscos.

### **5.1.3. Conclusão preliminar sobre a possibilidade de alteração dos contratos de concessão e PPP**

Por tudo isso, em princípio, seria viável prever alterações a contrato de PPP para modificação da abrangência do seu escopo originário.

Há, contudo, limites a essa mutabilidade dos contratos administrativos, dificuldades práticas de operacionalização e custos que devem ser considerados na tomada de decisão sobre esse assunto.

Além disso, deve ser comparada, quando possível, a opção de alterar o contrato com a possibilidade de relicitação do contrato (com os respectivos custos e riscos dessa opção), e, quando se tratar de adição de novo escopo, é preciso considerar se faz sentido comparar a sua contratação separada com a inclusão no contrato em curso.

Enfim, é preciso que os custos e benefícios potenciais (incluindo nesse juízo os riscos) de cada uma das opções que se põem na frente do agente público

responsável por lidar com a necessidade de mudança de escopo de um contrato de concessão ou PPP sejam sopesados em cada caso.

É importante, por fim, notar que em contexto em que (a) os órgãos de controle vejam com desconfiança as alterações no escopo dos contratos, e (b) a interpretação da Lei de Improbidade Administrativa caminhe no sentido da equiparação de decisões tomadas por má-fé (em benefício próprio ou de terceiros) com a mera interpretação agressiva de disposições legais e regulamentares, há incentivo para os agente públicos – em lugar de adotarem a melhor decisão para a Administração Pública – preferirem decisões que reduzam os seus riscos de serem submetidos a procedimentos que possam resultar na aplicação de multas ou na consideração da sua conduta como ímproba. Esse incentivo é ainda mais forte se pudermos considerar que os agentes públicos possuem aversão relevante a riscos pessoais.

## 5.2. Os limites da mutabilidade do contrato administrativo

Os principais limites à alteração de contratos administrativos são:

- (a) a exigência da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato;
- (b) a exigência de prévia licitação para a realização de contratos administrativos, conjugada com o princípio de vinculação ao instrumento convocatório;
- (c) os limites quantitativos e qualitativos para alteração de escopo contratual que decorrem da Lei 8.666/93 e da cultura que se desenvolveu em torno dela.

Como se verá a seguir, esses limites à alteração dos contratos administrativos foram constituídos por Lei, pela teoria jurídica<sup>12</sup> e pela prática administrativa e

---

<sup>12</sup> Como exemplo da generalidade própria dessas elaborações, cf.: GUIMARAES, Fernando Vernalha. Uma releitura do poder de modificação unilateral dos contratos administrativos (jus variandi) no âmbito das concessões de serviços públicos. **Revista de Direito Administrativo**, v. 219, 2000, pp. 107-125, no qual o autor enuncia o seguinte a respeito dos limites das alterações a contratos administrativos: “Quanto ao conteúdo do ato modificador, **a investida deve observar a inalterabilidade do objeto contratual**; a exequibilidade fática da prestação (assegurando condições exequíveis de prazo, por exemplo) e a manutenção da equação econômico-financeiro do contrato.” (grifo nosso), p.111.

Depois, em nota de rodapé, o mesmo autor, citando doutrina estrangeira, diz que a modificação do contrato não pode implicar “perda da substancia do próprio contrato”, que, claramente, é uma noção extremamente vaga:

“Nota de rodapé nº 14: **A modificação não pode implicar a perda da substancia própria do contrato** (VEDEL DELVOLVÉ. Droit Administratif, t.1., Paris: Presses Universitaires de France, 6ª Ed., 1992, p.

judicial de forma tão genérica que – mesmo com análise detida da casuística administrativa e jurisprudencial – é difícil ter critérios claros para traçar com exatidão a linha entre as alterações permitidas e as não permitidas do contrato.<sup>13</sup>

### **5.2.1. A obrigatoriedade de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato ou atribuição à Administração Pública do risco da mutabilidade dos contratos administrativos**

A mutabilidade dos contratos administrativos para atendimento do interesse público é compensada pela garantia ao contratado do equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Sempre que a Administração Pública resolver alterar um contrato administrativo para atendimento ao interesse público, ela deverá

---

420). Trata-se de restrição imposta sobretudo em respeito a princípios licitatórios.” (p.111) (grifo nosso)

<sup>13</sup> Veja-se, por exemplo, abaixo, como Marçal Justen Filho usa a noção de “transmutação do objeto da concessão” como limite a realização das alterações. Essa noção, contudo, é por demais vaga e deixa uma enorme zona cinzenta, que dificulta saber-se, em muitos casos, se houve ou não alteração ilícita do objeto contratual.

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

**O que não se admite é a transmutação do objeto da concessão. Alterações significativas não equivalem à alteração de condições essenciais, que delimitaram o universo dos licitantes e refletiram a escolha por uma certa concepção inconfundível dentre várias possíveis para a implantação do serviço público.”** (grifo nosso) JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria Geral das Concessões de Serviços Públicos. Dialética: São Paulo, 2003, p. 445.

No mesmo diapasão, veja-se abaixo a decisão do Tribunal Regional Federal, da 3ª região, que alude à impossibilidade de se acrescentarem novos escopos ao contrato que não guardam relação com o escopo originário. A grande questão nesse caso é o que significa “guardar relação com o escopo originário”:

Ementa: CONTRATO DE LOCAÇÃO ENTRE EMPRESA PÚBLICA FEDERAL E EMPRESA PRIVADA. TERMINAL PESQUEIRO. RESCISÃO DO CONTRATO. ANULAÇÃO DOS ADITIVOS. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÕES. INTERESSE PÚBLICO. CORRESPONDÊNCIA ENTRE OBJETO DA LICITAÇÃO E CONTRATO. DANOS AO PATRIMÔNIO PÚBLICO DEMONSTRADOS. NÃO SUJEIÇÃO PLENA DAS ESTATAIS AO DIREITO PRIVADO.

(...)

**3. É nulo aditivo contratual que altera substancialmente as obrigações assumidas no contrato de locação, por ferir o princípio da correspondência entre o objeto da licitação e o contrato administrativo, desvirtuando a “pré-estipulação” contratual, consubstanciada no que fora estipulado no procedimento licitatório. Impossibilidade de se acrescentarem ao objeto de um contrato escopos que não guardam relação com o objeto contratado.**

4. É nulo aditivo contratual no qual a empresa pública federal - locadora do bem imóvel - abriu mão de cláusulas contratuais que são indisponíveis por serem expressão do interesse público, tais como a que possibilita que a locatária rescinda antecipadamente o ajuste, em caso de inadimplemento de quaisquer das cláusulas contratuais e de alienação do imóvel.

5. É nulo aditivo contratual que concede ao locatário direito de preferência, na hipótese do imóvel ser alienado, por garantir-lhe um privilégio injustificável, em afronta à isonomia e à moralidade administrativa.

6. Os bens das empresas estatais submetem-se em alguma medida, total ou parcialmente, a um regime derogatório do direito privado. 7. Apelações não providas. (TRF 3 – AC – 375469, Relator Des. Fed. José Lunardelli, Primeira Turma, Data da Publicação/Fonte: 04/03/2011)

compensar o contratado, de forma a garantir a manutenção dos resultados econômicos e financeiros do contrato para o contratado.

Na Lei 8.666/93, há disposições claras no sentido da proteção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato em caso de alteração para atendimento de interesse público. Veja-se, como exemplo, em primeiro lugar o próprio trecho final do artigo 58, inc. I, já citado acima, que, ao permitir a alteração dos contratos administrativos para atendimento do interesse público, menciona, por outro lado, que devem ser “respeitados os direitos do contratado”.

Além disso, os parágrafos 1º e 2º, desse mesmo artigo dispõem o seguinte:

*§ 1º As cláusulas econômico-financeiras e monetárias dos contratos administrativos não poderão ser alteradas sem prévia concordância do contratado.*

*§ 2º Na hipótese do inciso I (que é a hipótese que permite a alteração dos contratos administrativos) deste artigo, as cláusulas econômico-financeiras do contrato deverão ser revistas para que se mantenha o equilíbrio contratual.*

Observe-se que a visão tradicional dos limites para modificação dos contratos administrativos combinada com a leitura superficial de disposições como essas (particularmente, do §1º acima citado), que basicamente deixam ao alvedrio da Administração Pública a alteração contratual, desde que preservadas as condições econômico-financeiras dos contratos, levou a uma interpretação doutrinária e jurisprudencial – na nossa opinião, algo formalista e rasa – de que, nos contratos administrativos, era possível à Administração Pública a alteração apenas das cláusulas regulamentares, sendo, contudo, inviável a alteração das cláusulas que dispusessem sobre as condições econômico-financeiras do contrato.

Isso tornou comum enunciar-se na doutrina jurídica que a mutabilidade dos contratos administrativos estaria limitada às suas cláusulas regulamentares (isto é às que definem as características das prestações do contratado), não podendo, contudo, a Administração Pública modificar as cláusulas econômico-financeiras do contrato.<sup>14</sup>

---

<sup>14</sup> Marçal Justen Filho enfatiza, no trecho abaixo, a possibilidade de alteração das cláusulas regulamentares:

**“VIII.7) Modificação das Condições Contratuais Originais**

(...)

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

Admite-se a alteração das cláusulas atinentes às condições da prestação do serviço. São as chamadas cláusulas regulamentares ou de serviço, que disciplinam o conteúdo das prestações, o modo de sua execução, os padrões de qualidade, **os limites qualitativos e quantitativos** e outras características da atividade em que se materializa a prestação do serviço público. Quando se tratar de

Essa equivocada interpretação criava dúvidas sobre a viabilidade da alteração de quaisquer cláusulas do contrato sobre a remuneração do contratado (por exemplo, cláusula que estabeleça valor da tarifa), sem sua prévia autorização.<sup>15</sup>

Todavia, já há alguns anos está ocorrendo evolução do direito na direção de se admitir a possibilidade de alteração de quaisquer cláusulas do contrato pela Administração Pública, desde que haja compensação adequada do contratado.

Nesse sentido, seria admissível, por exemplo, no âmbito das concessões de serviço público ou das PPPs, a redução tarifária ou da contraprestação pública, desde que a Administração Pública preveja compensações econômicas e financeiras ao concessionário adequadas para tanto.<sup>16-17</sup>

---

concessão de serviço relacionada com obra pública, a competência estatal examinada abrangerá inclusive o conteúdo e a programação original dessas obras.” (grifo nosso) JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria Geral das Concessões de Serviços Públicos**. Dialética: São Paulo, 2003, pp. 441.

<sup>15</sup> A decisão a seguir do TRF, da 4ª região, é exemplo dessa visão tradicional:

Ementa: CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. CONTRATO ADMINISTRATIVO. CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. RODOVIAS. **ALTERAÇÃO UNILATERAL PELO PODER PÚBLICO. CLÁUSULAS ECONÔMICAS DO CONTRATO DE CONCESSÃO DO SERVIÇO PÚBLICO. PEDÁGIO. REMUNERAÇÃO. EQUAÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA DO CONTRATO ADMINISTRATIVO. PRESERVAÇÃO. CONSEQÜÊNCIA. PROTEÇÃO DO CONCESSIONÁRIO PELA CONSTITUIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE O PODER PÚBLICO, UNILATERALMENTE, ALTERAR AS CLÁUSULAS ECONÔMICAS DO CONTRATO DE CONCESSÃO DO SERVIÇO PÚBLICO SEM COMPENSAR O CONCESSIONÁRIO.** DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA. 1. A doutrina é uniforme no admitir que o poder de alteração e rescisão unilateral do contrato administrativo é inerente à Administração Pública, podendo ser exercido ainda que nenhuma cláusula expressa o consigne, **porém, a alteração somente pode atingir as denominadas cláusulas regulamentares, isto é, aquelas que dispõem sobre o objeto do contrato e o modo de sua execução.** No que concerne às cláusulas econômicas, ou seja, aquelas que estabelecem a remuneração e os direitos do contratado perante a Administração e dispõem acerca da equação econômico-financeira do contrato administrativo, estas são inalteráveis, unilateralmente, pelo Poder Público sem que se proceda à devida compensação econômica do contratado, visando restabelecer o equilíbrio financeiro inicialmente ajustado entre as partes. Esse o magistério do saudoso jurista Hely Lopes Meirelles, in *Licitação e Contrato Administrativo*, 9ª edição, Revista dos Tribunais, 1990, pp. 181/2. É o que se encontra previsto nos arts. 37, XXI, e 175, III, da CF/88, bem como no art. 9º, § 4º, da Lei nº 8.987/95. (...) (TRF 4 – APELREEX nº 200370000433620, Rel. CARLOS EDUARDO THOMPSON FLORES LENZ, TERCEIRA TURMA, D.E. 17/02/2010).

<sup>16</sup> Nesse sentido, a seguinte decisão do STJ:

Ementa: **CONCESSÃO DE SERVIÇO DE TRANSPORTE COLETIVO. ALTERAÇÃO UNILATERAL DE CLAUSULA ECONOMICA DO CONTRATO E CORRESPONDENTE REAJUSTE DAS TARIFAS DE REMUNERAÇÃO. POSSIBILIDADE. AUSENCIA DE INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI MUNICIPAL N. 5.153/91, DO MUNICIPIO DE CAMPOS-RJ. E LICITO AO PODER CONCEDENTE ALTERAR, UNILATERALMENTE, AS CLAUSULAS OBJETIVAS DO SERVIÇO, E, ATE, AGRAVAR OS ENCARGOS OU AS OBRIGAÇÕES DO CONCESSIONARIO, DESDE QUE REAJUSTE A REMUNERAÇÃO ESTIPULADA, EVITANDO A QUEBRA DO EQUILIBRIO ECONOMICO FINANCEIRO DO CONTRATO.** A LEI N. 5.153/91 DO MUNICIPIO DE CAMPOS-RJ NÃO É INCONSTITUCIONAL, POSTO QUE, EMBORA IMPONHA A GRATUIDADE NOS TRANSPORTES COLETIVOS DE SERVIDORES MUNICIPAIS QUE INDICA, ACOBERTOU, ESSES ONUS, COM O AUMENTO CONCRETO DO ITINERARIO CONCEDIDO AS LINHAS DE ONIBUS DO MUNICIPIO, BEM COMO, COM O REAJUSTE DAS TARIFAS. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

Essa nova visão aumenta ainda mais a flexibilidade dos contratos administrativos, que podem ter agora alteradas, inclusive, as cláusulas que tratam de aspectos relativos à remuneração do contratado, desde que seja preservado o resultado econômico-financeiro do contrato para o contratado.

Ainda no mesmo sentido dos dispositivos legais acima citados, mas com foco nas alterações do contrato realizadas por iniciativa da Administração Pública, o § 6º, do art. 65, da Lei 8.666/93, dispõe que:

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

---

DECISÃO INDISCREPANTE. (STJ – RMS 3161/RJ, Rel. Ministro DEMÓCRITO REINALDO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/09/1993, DJ 11/10/1993, p. 21291).

No voto do relator, há trecho que traduz claramente essa modificação de entendimento a respeito da possibilidade de alteração das cláusulas econômico-financeiras dos contratos:

“Como enfatizam os juristas, mesmo em relação às cláusulas econômicas, o contrato de concessão pode ser alterado, unilateralmente pela Administração. Entretanto, “toda vez que ao modificar a prestação do serviço, o concedente alterar o equilíbrio econômico e financeiro do contrato, terá que reajustar as cláusulas remuneratórias da concessão, adequando as tarifas aos novos encargos acarretados ao concessionário”. Essa orientação, afiança HELY LOPES MEIRELLES, “tornou-se pacífica entre nós desde a tese pioneira de CAIO TÁCITO, que concluiu afirmando: “ao Estado é lícito alterar as condições objetivas do serviço, mas não poderá deslocar a relação entre os termos da equação econômica e financeira, nem agravar os encargos ou as obrigações do concessionário, sem reajustar a remuneração estipulada” (Direito Administrativo Brasileiro, pag. 344)”

<sup>17</sup> Por outro lado, já se cancelou aditivo a contrato de concessão por descumprimento pelo Poder Público da obrigação de reequilibrar o contrato por meio do aumento de tarifa aos usuários:

Ementa: Medida Cautelar Inominada, Contrato de concessão de serviço público. **Aditamento complementar prevendo a construção de obra específica condicionada a reajuste tarifário.** Cancelamento daquele ajuste. Deferimento de liminar para sustar a continuação da obra. Impossibilidade de revogação da cautela em sede de agravo regimental Inexistência de ilegalidade na decisão atacada. Agravo Regimental desprovido. (TJ-SP – Medida Cautelar Inominada nº 9032849-96.2005.8.26.0000, Relator(a): Demóstenes Miguelino Braga, Data de registro: 03/05/2005)

Trecho do voto do Relator:

“1. Trata-se de Agravo Regimental em Agravo de Instrumento tirado em favor do Serviço Autônomo de Água e Esgoto de Limeira -SAAE- agravado e litisconsorte nos autos de Medida Cautelar em que figura como requerente e concessionária Águas de Limeira S/A em face da liminar reproduzida a fls. 2.352/2.354, que sustou provisoriamente os investimentos para as **obras "necessárias à despoluição do Ribeirão Tatu", objeto do aditamento nº 6 do de concessão dos serviços de Abastecimento de água e tratamento de esgotos sanitários do Município de Limeira (fls. 1.459/1.463), cuja existência estava condicionada a reajuste tarifário** revogado unilateralmente pelo Decreto nº 11, de 19 de janeiro de 2005 (fls. 2.367).

A liminar concedida na decisão de fls. 2.352/2.354 levou em consideração os efeitos derivados na edição do Decreto nº 11/05, de 19 de janeiro de 2005, que revogou o Decreto nº 401, de 28 de dezembro de 2004, "o qual dispôs sobre a fixação de novas tarifas de água e esgoto e de serviços com incidência nas contas a partir de janeiro de 2005" (fls. 2.367). Como o Decreto nº 401/04 (fls. 1.492) guardava relação com o aditivo nº 06, de 30 de junho de 2004 (fls. 1.458/1.460), o adimplemento da obrigação ali assumida ao reajustamento das tarifas, consoante estipulado no parágrafo segundo da cláusula segunda do mencionado documento, adveio a liminar sustando o cumprimento da obra de despoluição do Ribeirão do Tatu. (...)"

Como essas disposições legais nada dizem sobre a metodologia para a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro, **na prática, elas têm por efeito apenas a atribuição à Administração Pública do risco de mutabilidade do contrato.**

Isso quer dizer que, se a Administração Pública resolver alterar o contrato para adequá-lo ao interesse público, ela terá que, de alguma forma, compensar o contratado de modo a manter para ele o benefício econômico e financeiro decorrente do contrato.

O que exatamente significa essa manutenção das condições econômicas e financeiras do contrato e qual é a metodologia que deve ser empregada para tanto constitui tema que nem a legislação, nem a teoria jurídica<sup>18</sup>, trataram até aqui.

Por isso, os parâmetros e a metodologia para a compensação ao contratado por mudanças no contrato administrativo para atendimento ao interesse público devem sempre ser estabelecidos no contrato, especialmente em casos em que a inclusão de novos escopos no contrato seja algo já previsível desde a sua celebração.

Em geral, a grande dificuldade para isso, como já mencionado acima, é que, qualquer que seja o parâmetro – para estimativa do custo do contratado, e, portanto, do preço ao Poder Público para o cumprimento das obrigações a serem incluídas no contrato de PPP ao longo da sua execução –, ele estará baseado no estado do objeto contratual no momento de inclusão no contrato de PPP.

Por isso, imaginamos ser tecnicamente difícil, senão mesmo impossível, estipular no momento da modelagem do contrato de PPP – com o grau de detalhamento que permitisse evitar negociação de preço no momento de expansão do escopo do contrato – os critérios e metodologia para precificar essa expansão do escopo, porque, por ocasião da modelagem da concessão ou PPP, haverá incerteza sobre se, de fato, os escopos contratuais serão incluídos em algum momento no contrato de concessão ou PPP, sobre quando eles serão incluídos, e sobre o estado do objeto contratual no momento da inclusão.

Essas incertezas provavelmente inviabilizarão a previsão no contrato de PPP ou concessão de um critério simples e claro e independente de estimativas e avaliações futuras do estado dos objetos a serem incluídos no contrato, para estipulação da compensação ao concessionário pelo desempenho dos serviços que serão incluídos.

#### **5.2.1.1. O que ocorre, contudo, se o contrato não prever os mecanismos para a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro para o caso de alteração do contrato pela Administração Pública?**

---

<sup>18</sup> Na teoria jurídica, nada é dito de relevante sobre a metodologia para a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro. Parece que os juristas consideram esse tema extrajurídico e, por isso, o põem fora do alcance das suas discussões.



No item anterior aludimos que: (a) está consolidada a exigência de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro em caso de alteração do contrato pela Administração Pública; (b) em regra não há critérios, parâmetros e metodologias claras nem da doutrina, nem na jurisprudência, nem na prática administrativa para a realização da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro. Por isso mencionamos a necessidade do contrato administrativo prever os critérios para tanto. Mas o que ocorre nos casos em que o contrato não prevê claramente os critérios para a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro?

Essa pergunta é extremamente relevante porque a grande maioria dos contratos de concessão e PPP (assim como, aliás, os demais contratos administrativos), geralmente pouco ou nada dizem sobre como exatamente deve ser realizada a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro.

Como, então, é realizada a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro desses contratos administrativos?

Há apenas duas formas de estabelecer critérios para a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro nesses casos. A primeira – e mais comum – é a renegociação do contrato. Malgrado toda aversão da doutrina tradicional do Direito Administrativo em admitir isso (por conta de uma visão mítica do princípio da legalidade e do princípio da indisponibilidade do interesse público), a forma mais comum de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro de contratos administrativos é a renegociação.

A segunda é a utilização de parâmetros, metodologias e critérios, cujo uso repetitivo criou costumes, que se consolidaram no âmbito do órgão contratante. Isso é relativamente comum, por exemplo, nos departamentos de obras e nas agências reguladoras, mas, em regra excepcional nos demais órgãos da Administração Pública.

#### **5.2.1.2. Perdas de eficiência que decorrem de renegociação do contrato**

Pelas razões que mencionamos acima, dificilmente será viável definir de forma peremptória no contrato de PPP, já desde a época da licitação, o critério de preço para compensar o parceiro privado pela inclusão de novos escopos no contrato.

Daí que a definição da compensação ao parceiro privado para manutenção do equilíbrio econômico-financeiro, no caso de expansão do escopo do contrato, requererá necessariamente a realização de alguma negociação entre o parceiro privado e a Administração Pública.

O problema é que, nesse contexto, o parceiro privado estará em uma posição favorecida para barganhar com a Administração, porque:

- (i) o parceiro privado, por estar contratado e devidamente instalado na operação do seu contrato de concessão ou PPP, será o ente que poderá mais facilmente assumir a execução dos novos escopos;
- (ii) a pressão competitiva sobre o parceiro privado será limitada, sobretudo porque para o Poder Público a opção de fazer uma nova licitação e contratação (a) é custosa em termos de tempo despendido até sua conclusão<sup>19</sup> e, ademais, (b) pode até mesmo produzir preços de serviços superiores aos praticados na concessão ou PPP originalmente contratada, em especial, se a escala do novo escopo for inferior à escala do primeiro;
- (iii) como o parceiro privado já estará executando o contrato originário, é provável que, se os novos escopos forem relacionados com a execução contratual em curso, o parceiro privado tenha como ninguém o conhecimento dos custos efetivos para a realização desses novos escopos, o que aumenta a assimetria de informações em favor do parceiro privado no contexto da negociação.<sup>20</sup>

Por essas razões, tanto aqui, quanto na experiência internacional, a melhor prática em relação a contratos de concessão e PPPs é que se busque reduzir, ao mínimo necessário, as renegociações ao longo do contrato.

Por isso, da perspectiva do setor público, seria recomendável a especificação, tanto quanto possível já no contrato originário de PPP, dos critérios para a definição da compensação do parceiro privado pela expansão do escopo do contrato.

### **5.2.2. A obrigatoriedade da licitação para contratos administrativos e de vinculação ao instrumento convocatório enquanto limites à mutabilidade desses contratos**

Além da exigência de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos, a outra principal limitação ao princípio da sua mutabilidade é a exigência de prévia licitação para celebração desses contratos, que tem duplo objetivo. De um lado, busca, por meio da competição, assegurar a

---

<sup>19</sup> De fato, se a Administração Pública resolver, ao invés de aditar o contrato de PPP, fazer licitação para celebração de outro contrato com o mesmo escopo, isso levará, em ritmo normal do Brasil, em torno de, pelo menos, um ano para que o contrato esteja assinado, de maneira que o parceiro privado estará em condições de oferecer algo muito melhor em termos de prazo do que uma nova licitação pode oferecer à Administração Pública.

<sup>20</sup> Cf.: Ribeiro, Maurício Portugal. *Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos*, São Paulo: Editora Atlas, 2011, item XV.2.

obtenção da melhor relação qualidade/custo para a Administração Pública. Por outro lado, ela tem objetivo de assegurar o tratamento igualitário entre potenciais contratantes da Administração Pública. Sob essa última perspectiva, também se acopla, à exigência de prévia licitação, o princípio da vinculação ao instrumento convocatório.

O risco relacionado à inclusão de novos escopos ou à expansão de escopo contratual é que se venha a entender tais práticas como (i) descumprimento da obrigação de realizar processo competitivo para a contratação de ente para dar cabo de tais escopos, ou (ii) como alteração indevida das condições previstas no instrumento convocatório.

Além disso, a inclusão, supressão ou modificação de atribuições em um contrato pode implicar em frustração dos efeitos da própria licitação realizada para a sua celebração.

Se essas modificações, inclusões e/ou supressões de escopos fossem realizadas anteriormente à licitação, elas poderiam, em tese, alterar de maneira relevante não apenas a identidade do conjunto de participantes da licitação, mas também os valores das propostas.<sup>21</sup>

Por essa razão, a doutrina jurídica e a jurisprudência percebem na exigência de prévia licitação (da qual se pode derivar também o princípio de vinculação ao edital da licitação) um limite à possibilidade de alteração de contratos administrativos.

Note-se que a força da exigência de prévia licitação como instrumento para conformação dos limites da mutabilidade dos contratos varia conforme a ênfase dada a um dos seus dois principais fundamentos.

Se enfatizarmos a busca da melhor relação qualidade/custo para a Administração Pública, a exigência de prévia licitação deve ser flexibilizada na situação em que a realização de aditivo contratual claramente tenha por efeito a obtenção de uma melhor relação qualidade/custo para a Administração Pública, o que nos levaria a uma investigação mais detida da relação entre ganhos decorrentes da competição e custos de transação da realização de certame licitatório, conforme item 5.2.2.1 abaixo.

Se, contudo, enfatizarmos o princípio do tratamento igualitário entre potenciais contratados da Administração Pública, então a exigência de prévia licitação se torna

---

<sup>21</sup> Veja-se a Súmula nº 177 do TCU, que diz o seguinte: “A definição precisa e suficiente do objeto licitado constitui regra indispensável da competição, até mesmo como pressuposto do postulado de igualdade entre os licitantes, do qual é subsidiário o princípio da publicidade, que envolve o conhecimento, pelos concorrentes potenciais das condições básicas da licitação, constituindo, na hipótese particular da licitação para compra, a quantidade demandada em uma das especificações mínimas e essenciais à definição do objeto do pregão.”

mais rígida, pois ela continuaria exigível mesmo em situações em que a alteração contratual produza melhor relação custo/benefício para a Administração Pública que a realização de nova licitação.

Sob essa última perspectiva, vale notar que a inclusão de cláusula, logo na minuta inicial do contrato de PPP, com previsão de possível alteração contratual para inclusão de novos escopos, minimiza o risco de questionamento quanto ao tratamento igualitário entre potenciais contratados da Administração Pública.

Isso porque todos os potenciais interessados teriam tido a oportunidade de participar da licitação, sabendo da possibilidade de ampliação do escopo da contratação ao longo da execução dos serviços. Nesse contexto, as propostas apresentadas pelas licitantes já contemplariam, inclusive, essa possibilidade. A hipótese de inclusão de novos escopos já teria sido, nesse contexto, precificada pelos potenciais interessados.

Decorre daí a conveniência de se prever expressamente a possibilidade de incorporação de novos escopos ao longo do contrato, mediante aditivo contratual e repactuação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

#### **5.2.2.1. Custos de transação *versus* ganhos decorrentes da competição**

De uma perspectiva econômica, considerando que a exigência de prévia licitação para a celebração de contratos administrativos tem, como seu principal objetivo, a obtenção da melhor relação custo/benefício para a Administração Pública, para verificar se é cabível que a exigência de prévia licitação figure como limitadora da possibilidade de alteração do contrato administrativo, dever-se-ia comparar em cada caso o resultado esperado de um aditivo para alteração do contrato com os ganhos de eficiência que, estima-se, resultariam da licitação, subtraindo-se os custos de transação que decorrem do esforço necessário para a realização da própria licitação.

Essa comparação nem sempre é simples de ser realizada. Particularmente, é difícil estimar os ganhos que podem resultar da competição.

A teoria jurídica, contudo, desinformada em regra da racionalidade econômica, raramente aborda esse aspecto. Contudo, esse tipo de raciocínio não é estranho à atividade fiscalizatória do TCU e suas preocupações com a, assim chamada, economicidade das decisões da administração pública. Por isso, é importante utilizar como um dos balizadores da decisão de expansão de escopo de contrato de PPP a avaliação econômica do que resultaria de eventual realização de licitação para contratação, em processo separado, daquele mesmo escopo.

#### **5.2.3. Os limites qualitativos e quantitativos de alteração do contrato**

A par de permitir alterações nos contratos administrativos, a Lei 8.666/93, nos parágrafos 1º e 2º, do art. 65, realiza distinção entre modificações quantitativas e qualitativas no escopo do contrato<sup>22</sup> e estabelece limites particularmente para os aumentos quantitativos de escopo que devem ser obrigatoriamente aceitos pelo contratado nas mesmas condições do contrato:

*§ 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)*

A sua interpretação padrão é que os contratos administrativos de obras, serviços ou compras não podem ser acrescidos em mais de 25% do seu valor inicial atualizado, e, no caso de reforma de edifício ou equipamento, até 50% do seu valor inicial atualizado. E que a supressão de escopo até esses limites é decisão unilateral da Administração Pública, mas a supressão para além desses limites só pode ser realizada com a concordância do contratado.

Alguns doutrinadores entendem que esses limites não se aplicam a contratos de concessão. Justificam isso dizendo que tais limites são consequência da preocupação da Lei 8.666/93 com as condições fiscais dos entes governamentais. E, como os contratos de concessão comum não implicam em compromissos financeiros para a Administração Pública, esses limites não deveriam a eles se aplicar.<sup>23-24</sup>

---

<sup>22</sup> Essa distinção é realizada pelo artigo 65, da Lei 8.666/93, que no seu inciso I, "a", menciona as alterações qualitativas, e na alínea "b" menciona as modificações quantitativas, nos seguintes termos:

*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;*

<sup>23</sup> Marçal Justen Filho pronuncia-se pela inaplicabilidade às concessões de serviço público, dos limites quantitativos previstos na Lei 8.666/93, para alteração dos contratos:

---

“VIII. 7.5) Os limites para a alteração da concessão

(...)

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

**A temática da modificação das condições originais da concessão não pode ser enfocada à luz dos limites contemplados no art. 65, §§ 1º e 2º, da Lei nº 8.666.** Esses dispositivos externam princípios compatíveis com contratos de natureza distinta da concessão. São hipóteses em que os recursos pertinentes à contratação são de responsabilidade do Estado. A fixação dos limites previstos nos aludidos dispositivos reflete uma grande preocupação com o controle dos dispêndios estatais. Isso fica evidente quando se determina a impossibilidade de modificação além de certos limites nem mesmo diante da concordância do particular – o que comprova que a tutela legal não se orienta, nesse passo, a proteger o interesse do contratado. (grifo nosso)

Ora, esse tipo de preocupação não existe no âmbito da concessão, eis que não há transferência de recursos públicos para o concessionário. Não há necessidade de estabelecer alguma forma de limitação ao desembolso estatal derivado de alterações contratuais. JUSTEN FILHO, Marçal. **Teoria Geral das Concessões de Serviços Públicos**. Dialética: São Paulo, 2003, pp. 443-444.

<sup>24</sup> Maria Sílvia Zanella di Pietro também posiciona-se pela inaplicabilidade às concessões de serviço público dos limites quantitativos de alteração dos contratos administrativos constantes da Lei 8.666/93:

“Na 3ª edição deste livro, 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 especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos’) e **quantitativas** (‘quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência do acréscimo ou diminuição quantitativa do seu objeto). No segundo caso, seriam aplicados os limites previstos no §1º do mesmo dispositivo; nas alterações qualitativas, esses limites são inaplicáveis, conforme entendimento da doutrina mais autorizada (ver Vera Machado D’Avila, 2000:281-283, Antonio Roque Citadini, 1999:428, Marçal Justen Filho, 1998:514).

A partir da quarta edição, permitimo-nos acrescentar algumas observações. **Quando o contrato é de concessão de serviço público, não envolvendo a execução de obra, fica difícil aplicar o limite previsto no art. 65, §1º, da Lei nº 8.666, porque o dispositivo somente abrange os acréscimos ou as supressões de obras, serviços ou compras. Não inclui a prestação de serviços públicos, que constitui objeto do contrato de concessão. (...)** (grifo nosso)

**Com efeito, na concessão de serviço público, é o objeto que há de ser respeitado em sua essência, em sua natureza;** nem mesmo se cogita de valor do contrato, até porque não é a Administração Pública que vai remunerar a concessionária, e sim os usuários do serviço concedido. Isso não significa, contudo, nem a impossibilidade de alteração do contrato, nem a inexistência de limites a essa alteração. Conforme dito anteriormente, a mutabilidade é inerente ao contrato de concessão, como a todos os contratos administrativos. Mas a alteração deve respeitar determinadas limitações, como a natureza do objeto, o interesse público, o direito do concessionário à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro. Seria muito difícil, senão impossível, impor limites quantitativos ao contrato de concessão de serviços públicos. Fundamentalmente, a alteração não pode significar burla ao princípio da licitação. (grifo nosso)

Diferente é a situação quando se trata de contrato de concessão de serviço público precedido de obra pública. (...)

O contrato de concessão de serviço público precedido de obra pública, tem duplo objeto, sendo um deles precisamente a execução de uma obra pública essencial à prestação do serviço. Nesse caso, é perfeitamente aplicável o limite imposto pelo referido dispositivo da Lei nº 8.666.

Sendo o poder de alteração do regime jurídico uma decorrência do princípio da supremacia do interesse público, o concessionário não pode negar-se a aceitar as alterações, sob pena de sujeitar-se a sanções e até a rescisão do contrato.” *In* DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública: concessão, permissão, franquia, terceirização, parceria público-privada e outras formas*. 7ª Ed. São Paulo: Atlas, 2009, pp. 80-81.

Esses doutrinadores, ao tratar desse tema, não analisam especificamente os contratos de PPP. Mas a sua argumentação levaria à aplicabilidade dos limites quantitativos mencionados às PPPs, por conta dos compromissos de pagamento que esses contratos produzem para as entidades governamentais.

Não conseguimos encontrar pronunciamento de cortes de contas ou do judiciário sobre a alteração de contratos de PPP, talvez porque o número ainda limitado de contratos de PPP existente no país tenha evitado o surgimento de discussão sobre os limites quantitativos da sua alteração.

Em relação às PPPs, é razoável defender que não incide o aludido art. 65, na medida em que a Lei de PPP tratou de indicar, expressamente, os dispositivos da Lei Federal nº 8.666/93 que se aplicam aos contratos de PPP, quais sejam: (i) regras sobre limites para exigência de garantias dos licitantes/parceiros privados<sup>25</sup>, e (ii) regras sobre procedimento para contratação, i.e., regras de procedimento licitatório<sup>26</sup>. Como o art. 65 não estabelece regra procedimental, mas regra sobre o regime jurídico do contrato, parece-nos claro que não deveria se aplicar aos contratos de PPP.

Além disso, note-se que a lógica econômica dos contratos de concessão e PPP é diferente da dos contratos de mera prestação de serviços, de obra ou de aquisição de equipamentos. Essa diferença torna de difícil justificativa a aplicabilidade, aos contratos de PPP e concessão, dos limites quantitativos e qualitativos para alteração de contratos administrativos previstos na Lei 8.666/93.

Considere-se, por exemplo, os contratos de mera prestação de serviços. Por não envolverem investimentos relevantes do contratado, faz sentido, de uma perspectiva econômica, como regra geral, que esses contratos sejam submetidos frequentemente a licitação para adequação das suas condições (definição do serviço e do preço) aos padrões de mercado.

---

<sup>25</sup> Conforme art. 5º, inc. VIII, da Lei de PPP, as cláusulas dos contratos de PPP devem prever “a prestação, pelo parceiro privado, de garantias de execução suficientes e compatíveis com os ônus e riscos envolvidos, observados os limites dos §§ 3º e 5º do art. 56 da Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, e, no que se refere às concessões patrocinadas, o disposto no inciso XV do art. 18 da Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995”. Além disso, o art. 11, inc. I, também da Lei de PPP, prevê que o edital poderá prever: “exigência de garantia de proposta do licitante, observado o limite do inciso III do art. 31 da Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993”.

<sup>26</sup> O art. 12 da Lei de PPP prevê que “o certame para a contratação de parcerias público-privadas obedecerá ao procedimento previsto na legislação vigente sobre licitações e contratos administrativos”. Lembre-se que a Lei Federal nº 8.666/93, que constitui a norma geral sobre licitação e contratos administrativo, contém normas específicas sobre o procedimento de seleção (normas de licitação) e sobre o regime jurídico aplicável aos contratos administrativos. A regra do art. 12 da Lei de PPP, como se vê, previu a aplicação aos contratos de PPP apenas da parte da Lei 8.666/93 que trata do procedimento licitatório. A norma do art. 65 da Lei 8.666/93, por sua vez, claramente regula o regime jurídico aplicável aos contratos administrativos, e não o procedimento licitatório. Por isso, a referência genérica do art. 12 da Lei de PPPs não atrairia a aplicação do art. 65 da Lei Federal nº 8.666/93 para as PPPs, sejam elas concessões administrativas ou patrocinadas.

Não é por acaso que a Lei 8.666/93 limita o prazo máximo de vigência desses contratos em 5 anos, de maneira a garantir a ocorrência de uma nova licitação após esse prazo.

Nesse contexto, faz sentido preocupação marcada em limitar as possibilidades de alteração do escopo do contrato, particularmente para que tais alterações não levem a perpassa da obrigação de submissão do objeto a licitação frequentemente.

Ademais, como há, nos contratos de mera prestação de serviço, pela sua própria lógica econômica, facilidade de extinção do vínculo (como derivação necessária da exigência de submissão do seu escopo periodicamente a nova licitação), faz sentido considerar, quando do surgimento da necessidade de supressão ou expansão do seu escopo, se não é o caso de promover a extinção do contrato e submeter a nova licitação o escopo expandido ou reduzido.

No caso, contudo, dos contratos de concessão e PPP, a situação é muito diversa. É que esses contratos exigem geralmente a realização de investimentos relevantes pelo contratado em uma infraestrutura para a prestação dos serviços, investimento esse que é amortizado e remunerado por meio da operação do próprio serviço pelo contratado.

É a necessidade de amortização e remuneração do aludido investimento que explica as proteções à estabilidade do vínculo contratual e os prazos longos dos contratos de concessão (há concessões no Brasil de até 90 anos<sup>27</sup>) e de PPPs, que por lei, podem chegar a, no máximo, 35 anos de prazo.

Nesse contexto, não faz qualquer sentido aplicar, aos contratos de concessão e de PPP, os limites de alteração de escopo contratual previstos na Lei 8.666/93 para contratos que são necessariamente realizados por prazos curtos – seja para garantir a submissão frequente à licitação (no caso dos contratos de mera prestação de serviços), seja em vista da pontualidade da prestação para seu cumprimento (contrato de aquisição de materiais e equipamentos), seja em vista da pontualidade da entrega do produto final da prestação (contrato de obra).

A necessidade de preservação do vínculo entre Administração Pública e concessionário ou parceiro privado por prazos longos no caso de contratos de PPPs e concessões há que ter como contrapartida a possibilidade de adequação desse vínculo às vicissitudes que naturalmente decorrem da passagem do tempo.

Entendimento contrário levaria (i) ao engessamento do contrato concessão ou PPP, que se tornaria ultrapassado e por isso contrário ao interesse público, ou (ii) à necessidade de relicitação do seu objeto, o que também seria um transtorno relevante, particularmente em vista da necessidade da Administração Pública indenizar o concessionário.

---

<sup>27</sup> Cf.: o Contrato de Concessão da Ferronorte, que é por 90 anos, renováveis por mais 90 anos.



É preciso reconhecer, entretanto, que em face da jurisprudência dos tribunais e dos órgãos de controle a respeito dos contratos regidos pela Lei 8.666/93, é possível que esses órgãos venham a entender que o §1º, do art. 65, da Lei 8.666/93 constitui limite quantitativo também para a alteração de contratos de PPP, especialmente, as concessões administrativas. Resta saber se nesse caso eles conseguirão estabelecer um parâmetro geral, ou parâmetros setoriais para mensuração do cumprimento dos limites quantitativos de alteração de contrato ou se continuaremos tratando o tema de maneira casuística. Mas os parâmetros para mensuração em casos de concessão e PPP dos limites quantitativos previstos na Lei 8.666/93 são objeto da próxima rubrica.

#### **5.2.3.1. Se os limites quantitativos da Lei 8.666/93 fossem aplicáveis aos contratos de concessão e PPP, qual seria o critério para tanto?**

Para aqueles que acham que tais limites se aplicam aos contratos de concessão, um desafio ainda não enfrentado adequadamente é a estipulação dos parâmetros para mensurar as alterações quantitativas. Além disso, seria preciso também estabelecer critérios para distinguir claramente o que são alterações quantitativas de alterações qualitativas em contratos de concessão e PPP.

Na doutrina jurídica, na jurisprudência, e, pela nossa experiência, também na prática administrativa essas distinções e parâmetros são fluidos, ou são estipulados casuisticamente, para justificar a alteração realizada neste ou naquele contrato.

Para ilustrar a dificuldade de realizar a distinção entre alterações quantitativas e qualitativas e de escolha dos parâmetros para medir as alterações quantitativas, considere-se que, no setor de telefonia fixa, fosse realizada uma mudança de um contrato de concessão para inclusão de uma nova área de prestação do serviço. Como se aferiria o cumprimento de eventuais limites quantitativos de mudança do contrato? Pelo aumento do número de km<sup>2</sup> da área de abrangência da prestação do serviço? Pelo aumento do número de usuários potenciais (população da área agregada ou número de domicílios da área agregada)? Pelo aumento estimado do número de minutos de ligações tarifadas? Pelo aumento estimado da receita da concessionária? Ou, ainda, por meio de todos esses critérios juntos, de maneira que por nenhum deles pudesse o limite estabelecido na Lei 8.666/93 ser excedido?

Enfim, apesar de já se ter escrito muito sobre as alterações dos contratos administrativos, a realidade é que, para contratos complexos, como são os de concessão e PPP, continua não sendo claro qual o parâmetro a ser utilizado para definir o que é uma alteração quantitativa desses contratos.

E como alterações qualitativas se definem por exclusão (todas as alterações que não são quantitativas são qualitativas), não é claro também os limites do que se configura como alteração qualitativa desses contratos.

Essas dificuldades seriam enfrentadas em contratos de concessão ou PPPs nos mais diversos setores. Na prática, essas dificuldades criam flexibilidade para aplicação dos limites previstos na Lei 8.666/93 aos contratos de concessão ou PPP, de maneira que, mesmo que se entenda aplicáveis tais limites às concessões e às PPPs, até que o Judiciário ou os órgãos de controle consolidem padrões para sua aplicação, haverá espaço relevante para a Administração Pública configurar o funcionamento de tais limites, o que certamente reduzirá sua força (enquanto limites).

#### **5.2.3.1.1. As mesmas dificuldades são enfrentadas para definição dos limites em que o contratado deve aceitar alterações nas mesmas condições do contrato**

As dificuldades acima para se definir o ponto de referência para incidência dos limites quantitativos para alteração de contratos de concessão e PPP, valem também para a definição dos acréscimos e supressões a que o concessionário ou parceiro privado seria obrigado a aceitar nas mesmas condições do contrato, caso se entendesse que os parágrafos 1º e 2º, do art. 65, da Lei 8.666/93 se aplicam às concessões e PPPs.

#### **5.2.3.2. Os incentivos criados para o concessionário pela não aplicação ao contrato de concessão ou PPP dos limites a alteração contratual previstos na Lei 8.666/93**

Apesar de entendermos não ser aplicável aos contratos de concessão os limites previstos na Lei 8.666/93, é importante chamar atenção para o fato de que as dificuldades práticas para aplicação desses limites contribuem ao fim e ao cabo para que quaisquer alterações no contrato (mesmo alterações marginais) só se realizam com a concordância do concessionário a respeito das suas consequências econômicas e financeiras.

Não é novidade, e já assinalamos isso diversas vezes, que a combinação entre a exigência de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro de concessões e PPPs, e a incapacidade da doutrina, da jurisprudência, e, mesmo, dos contratos administrativos para fornecer parâmetros claros para recomposição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos tem feito da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro um exercício de renegociação entre o concessionário e a Administração Pública.

A dificuldade já assinalada de definição do critério para aplicação dos limites quantitativos apenas agrega mais um item na pauta das negociações que a alteração de contratos de concessão e PPP requerem.

### **5.3. A previsão na minuta de contrato submetida a licitação das condições e limites para alterações futuras no contrato**

Apesar do tema da previsão de alterações futuras não ser em regra tratado explicitamente nem na legislação, nem na teoria jurídica<sup>28</sup>, parece-nos ser extremamente importante a previsão já no edital de licitação e na minuta originária

---

<sup>28</sup> Marçal Justen Filho é ilustre exceção, pois trata especialmente do tema no seu livro sobre concessões de serviço público:

*“VI.8.11.3) Previsão contratual de futuras expansões*

Pelos fundamentos acima expostos, é imperioso que o ato convocatório já disponha, então, acerca de futuras alterações significativas sobre o objeto ou as condições do contrato, previsíveis de antemão. Trata-se de aperfeiçoamento, ampliação ou incremento nas condições de execução do objeto, relativamente às condições iniciais de seu desempenho. Vale dizer, o licitante é convidado a formular proposta para desempenhar o objeto em certas e determinadas condições. Mas, além, disso, prevêem-se desde logo alterações eventuais, que poderão (ou não) vir a ser impostas pela Administração. O particular assume, então, o dever de arcar com os efeitos dessas futuras modificações. **Se o edital nada dispusesse acerca dessas expansões, seria questionável a possibilidade de sua implementação sem a realização de novo e distinto contrato (precedido de outra licitação). Como o edital já anunciou a ocorrência de tais modificações, todos os potenciais interessados encontravam-se em condições de disputar, formulando a proposta mais vantajosa possível.**

**Isso não significa que o Estado esteja autorizado a introduzir previsões ilimitadas, como uma espécie de reserva para dar ao contrato o perfil que bem entender, no futuro.**

**É imperioso que essas modificações sejam caracterizáveis como acessório ou derivação do objeto licitado. Assim, por exemplo, a licitação para conservação de estradas de rodagem pode prever a eventual ampliação da rodovia. Mas não é possível incluir na licitação a operação de rodovia outra, sem vínculo material com aquela licitada.** (grifo nosso)

Depois, as modificações ou acréscimos devem estar suficientemente individualizados para evitar a impossibilidade de conhecimento preciso e perfeito a todos os interessados. Não se admite que o edital omita a identificação do acréscimo. Se o futuro acréscimo ou expansão envolver a introdução de especificações totalmente novas, desconhecidas à época da primeira contratação, será juridicamente impossível reconhecer a existência de uma modificação. É que ninguém poderia, por ocasião do certame, estimar seu interesse em participar daquele futuro empreendimento – cuja individualização deu-se apenas muito tempo depois.

**Nessa linha, também não se pode reservar a implementação de modificações de longo prazo. Assim, suponha-se uma modificação a ser executada vinte anos depois de iniciado o contrato. Como regra, será impossível estimar que a solução a ser adotada, vinte anos após, seja tecnicamente viável e a mais conveniente.** A questão, nesse caso, resolve-se por postulados técnico-científicos. Será cabível estabelecer a previsão de futura implementação de modificações quando tal for respaldado pelo conhecimento científico, o qual assegura que tal solução corresponde à satisfação do interesse público.” (grifo nosso) JUSTEN FILHO, Marçal. Teoria Geral das Concessões de Serviços Públicos. Dialética: São Paulo, 2003, pp. 320-321.

do contrato de futuras expansões do objeto do contrato. A jurisprudência dos tribunais<sup>29</sup> e do TCU deixa clara a importância disso.

---

<sup>29</sup> Ainda que não focado no tema em análise, o julgado do STJ – Superior Tribunal de Justiça citado a seguir dá a ver a relevância da previsão no contrato original de eventuais alterações. Também, conforme citado a seguir, na jurisprudência do TRF, 3ª Região, encontramos decisão sobre a alteração dos contratos de concessão do STFC – Serviço Telefônico Fixo Comutado, que demonstra claramente a importância da previsão e disciplina no contrato originário das alterações que ele poderá sofrer durante a sua vigência.

Ementa: ADMINISTRATIVO. PROCESSO ADMINISTRATIVO. IRREGULARIDADES NA INSTAURAÇÃO. INOCORRÊNCIA. AMPLA DEFESA RESPEITADA. LICITAÇÃO. PRORROGAÇÃO CONTRATUAL. **INOVAÇÃO DAS CONDIÇÕES ORIGINAIS. AUSÊNCIA DE LICITAÇÃO. NULIDADE.**

(...)

3. Prorrogar contrato é prolongar o prazo original de sua vigência com o mesmo contratado e nas mesmas condições. **Termo aditivo a contrato administrativo que fixa novo período de prestação de serviço mas mediante novas condições, não previstas no contrato original, introduzidas mediante negociação superveniente à licitação, constitui, não uma simples prorrogação de prazo, mas um novo contrato. Nas circunstâncias do caso, considerada sobretudo a especificidade do objeto contratual (que não é de simples prestação de serviços), o Termo Aditivo representou uma contratação sob condições financeiras inéditas, não enquadrável na exceção prevista no pelo art. 57, II da Lei 8.666/93 e por isso mesmo nula por violação às normas do processo licitatório.**

4. Recurso ordinário a que se nega provimento. **(RMS 24.118/PR, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 11/11/2008, DJe 15/12/2008).**

Ementa: AGRAVO DE INSTRUMENTO - DIREITO ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL - CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO DE TELEFONIA FIXA, MODALIDADE DE LONGA DISTÂNCIA NACIONAL, RESTRITA A DETERMINADA ÁREA GEOGRÁFICA, FEITA CONFORME A LEI GERAL DE TELECOMUNICAÇÕES (LEI nº 9.472/97) - **POSTERIOR EXTENSÃO DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO POR ADITIVO CONTRATUAL (RESOLUÇÃO ANATEL nº 283 de 29/11/2.001 E ATO nº 25.120) FORMALIZADO COM BASE NO PLANO GERAL DE OUTORGAS (DECRETO nº 2.534/98) - IRRESIGNAÇÃO DE OUTRA EMPRESA CONCESSIONÁRIA AO ARGUMENTO DE VIOLAÇÃO À OBRIGATORIEDADE DE LICITAR E A DISPOSITIVOS DA LEI - MATÉRIA PRELIMINAR REJEITADA - AGRAVO PROVIDO PARA REFORMAR LIMINAR CONCEDIDA EM 1ª INSTÂNCIA A FAVOR DA AGRAVADA.**

(...) **IV - Na medida em que apenas suspende a eficácia do ato atacado e de aditivos contratuais nele autorizados, a decisão liminar proferida em 1ª Instância** nem de longe satisfaz o direito vindicado na cautelar e menos ainda o direito a ser discutido na ação de conhecimento. (...) **VI - Na forma do art. 84 da Lei Geral de Telecomunicações existe previsão de edição pelo Presidente da República (vide art. 18, II), do chamado Plano Geral de Outorgas como autêntica regulamentação das outorgas de serviços de telecomunicações, e que foi veiculado através do Decreto nº 2.534/98, dispôs para as concessionárias de serviço telefônico fixo comutado (STFC) uma restrição geográfica à prestação dos serviços telefônicos locais e intra-regionais, tendo assim seus espaços de atuação restringidos a uma determinada área correspondente a um "setor" segundo o Anexo 3 do Decreto nº 2.534, como se vê do art. 6º do mesmo; a médio prazo, contudo, o PGO assegurou a todas as empresas a extensão de suas áreas de atuação, sendo que as concessionárias poderiam ampliar suas áreas de atuação para além do espaço intra-regional a partir de 31 de dezembro de 2.003, salvo se, com a abertura irrestrita do mercado, todas as operadoras do setor tivessem ampliado suas metas de universalização e expansão dos serviços até 31 de dezembro de 2.001 (art. 10); é que todas as modalidades de serviço telefônico fixo comutado (STFC), ou seja, os serviços locais, longa distância nacional e longa distância internacional, constituem-se em serviços de interesse coletivo e assim só poderiam ser executados dentro do regime de direito público, por concessão ou permissão (arts. 62 e 64, da Lei nº 9.472/97). Por isso, as operadoras estavam sujeitas ao atingimento de metas de universalização e expansão**

---

dos serviços prestados, e que teriam prazos para serem atingidas antes que as empresas pudessem almejar a extensão de suas atuações. VII - As atuais concessionárias que receberam os serviços de telefonia fixa comutada (STFC) nas modalidades local e longa distância nacional com base no art. 207 da Lei Geral de Telecomunicações (livre de licitação por serem operadoras pré-existentes) poderiam atuar além de suas áreas geográficas originariamente outorgadas a partir de 31 de dezembro de 2.003, época ulterior a abertura do mercado a outras prestadoras (autorizatórias) o que se deu em 31 de dezembro de 2.001, desde que tivessem cumpridas as suas metas de universalização e expansão; mais: poderiam atuar em âmbito nacional nas modalidades de serviço telefônico fixo comutado (STFC) local e longa distância nacional a partir do momento da abertura do mercado quando todas as concessionárias da região tiverem cumprido antecipadamente todas as obrigações de universalização e expansão que, nos termos de seus contratos, deveriam atender até 31 de dezembro de 2.003. VIII - Na medida em que o Plano Geral de Outorgas (que nos termos do art. 84 da Lei 9.472/97 foi tornado o regulamentador das outorgas) previu que as empresas que já eram concessionárias de serviço de telefonia (cujos contratos foram reafirmados na forma do art. 207 da Lei Geral de Telecomunicações) mas sujeitas a restrições geográficas e de modalidades de serviço poderiam disputar o mercado que foi amplamente aberto a partir de 31 de dezembro de 2.001 desde que cumprissem adequadamente suas metas contratuais ou, antecipadamente, se todas as operadoras da mesma região cumprissem suas metas até aquela data, ou seja, até a data da abertura do mercado, afigurou-se correta a edição da Resolução ANATEL nº 283 de 29/11/2.001 cujo art. 23, fazendo referência aos §§ 1º e 2º do art. 10 do Decreto nº 2.534, abriu oportunidade às atuais concessionárias de serviço telefônico fixo comutado (STFC) prestado na modalidade longa distância nacional (LDN) de requerer a prestação do mesmo serviço com destino das chamadas para qualquer ponto do território nacional; a extensão da outorga, sem envolver modalidade de serviço diversa daquela que já vinha sendo prestada (porque as modalidades, por definição técnica que não cabe ao Judiciário alterar, são apenas as previstas no Plano Geral de Outorgas) seria dada através de aditivo contratual. IX - A empresa TELESP S/A - resultante da incorporação à TELESP S/A original, operadora pré-existente à Lei nº 9.472/97, de outras operadoras, a Cia. Telefônica da Borda do Campo (CTBC) e as Centrais Telefônicas de Ribeirão Preto S/A (CETERP) - conforme o Ato nº 23.395 de 1/3/2.002 do Conselho Diretor da ANATEL e publicado no DOU de 4/3/2.002, atendeu antecipadamente as obrigações contratuais e metas de universalização do serviço telefônico a ela outorgado, ou seja, cumpriu-as antes de 31 de dezembro de 2.003 (vide fls. 268/269 do agravo de instrumento interposto pela autarquia), e mesmo a empresa insurgente, EMBRATEL S/A, endereçou à ANATEL pedido de reconhecimento de cumprimento antecipado de suas metas. De modo que consolidaram-se as condições para que a TELESP S/A pudesse desfrutar do amplo acesso ao mercado de prestação de serviços telefônicos fixos comutados (STFC) tal como estipulado no art. 10 e seu § 2º do Plano Geral de Outorgas, podendo aspirar o beneplácito para estender o serviço na modalidade de longa distância nacional a quaisquer pontos do território nacional, não ficando presa a prestação no âmbito intra-regional como constou da outorga original que obedecia o art. 6º do Decreto nº 2.534, dispositivo esse cuja eficácia restritiva tinha sua superação assegurada no art. 10 e seus parágrafos; em consequência, não se entrevê irregularidade no Ato nº 25.120, porquanto editado conforme o art. 84 da Lei nº 9.472/97 e do art. 10 e § 2º do Decreto nº 2.534, antes precedido da Resolução nº 283. X - O objeto do contrato nº PBOG/SPB 85/98, e dos celebrados com as operadoras incorporadas pela TELESP S/A, não foi mudado. Deu-se apenas sua modificação pois o serviço de longa distância nacional deixou de ser restrito ao Estado de São Paulo para poder originar chamadas destinadas a outros pontos do território nacional. XI - O modelo jurídico da delegação de telecomunicações no Brasil foi dado pela Lei nº 9.472/97, cujo art. 84 concedeu amplo espectro regulatório para o chamado Plano Geral de Outorgas, a cargo do Presidente da República (art. 18, II). (...) XII - No âmbito do direito na relação de consumo o duto despacho agravado encontrou fundamento para suspender o Ato nº 25.120 e o aditivo contratual porque o serviço estendido começou a ser prestado antes de existir informação adequada aos consumidores sobre as condições de prestação do serviço de longa distância nacional ilimitada pela TELESP S/A, bem como acerca de suas tarifas e preços, tal como tratado no art. 3º, IV, da Lei Geral de Telecomunicações. (...) XIII -

A ideia é que a previsão no contrato originário da eventual expansão do objeto sanaria a necessidade de prévia submissão a licitação, uma vez que o contratado, por ocasião da licitação, considerou, na realização da sua proposta, a eventualidade de ter o escopo do contrato expandido.

De uma perspectiva econômica, esse entendimento poderia ser justificado por meio da noção de “opção”, pois, ao prever já no contrato originário essas expansões ou reduções, os participantes da licitação teriam a oportunidade de precificar, em suas propostas, a opção da Administração Pública de realização da expansão ou redução do objeto contratual.

Quanto mais específica e detalhada puder ser o regramento dessa previsão de alteração futura do contrato, especialmente no que diz respeito ao procedimento para precificação da compensação do parceiro privado, menores serão os riscos envolvidos na sua realização tanto para a Administração Pública quanto para o parceiro privado.

Certamente, uma das maiores dificuldades a serem superadas nesse caso será a da definição do critério para compensação do contratado pela expansão do escopo contratual ou pela redução do escopo (se tal redução tiver por consequência gerar deseconomia por perda de escala), uma vez que, para isso, será necessária prévia avaliação dos objetos contratuais e precificação das consequências da sua inclusão ou supressão na época em que se realizar.