

O debate atual sobre o conceito de contrato administrativo e a administração dos riscos nos contratos de concessão (PPP)

The current discussion on the concept of administrative contracts and risk management on private-public partnership contracts (PPP)

Pablo Zuniga Dourado*

RESUMO

O conceito de contrato administrativo evoluiu e passou por transformações, mas não sem controvérsias. As bases da teoria clássica dos contratos administrativos e das áleas ordinária e extraordinária é o ponto de partida para interpretação no sentido de repartir objetivamente os riscos nas concessões. A distribuição dos riscos nas parcerias público-privadas é a preocupação central neste artigo. Os elementos principais da teoria tradicional das áleas, nada obstante a posição resistente de boa parte da doutrina e da jurisprudência majoritária, não devem ser interpretados com base apenas nessa própria teoria. É necessário balancear os valores em questão nas concessões e tentar equilibrar as relações com elementos do direito contratual privado, apresentando nova visão sobre o regime jurídico exorbitante dos contratos administrativos. A doutrina que defende a evolução do direito administrativo e dos contratos administrativos torna mais fácil a aplicação das novas formas de concessões. Aparentemente a falta de consciência sobre o contexto histórico e atual do instituto do contrato administrativo pode gerar perplexidades e até mesmo inviabilizar a aplicação prática da nova legislação, especialmente a Lei 11.079/2004. Não é correta a solução embasada apenas na teoria das áleas, tendo em vista sua insuficiência diante das complexidades que cercam as contratações públicas atualmente, daí a necessidade de recurso da Administração Pública às normas de direito privado, especificamente quanto à administração dos riscos nos contratos administrativos. Com o advento de novas normas brasileiras sobre concessões ou das parcerias público-privadas (Lei 11.079/2004 – PPPs) parece haver tendência atual de superação dos problemas gerados pela vagueza da divisão de riscos.

Palavras-chave: Contratos administrativos. Evolução do conceito. Teoria das áleas ordinária e extraordinária. Distribuição de riscos. Parcerias público-privadas. Interpretação balanceada.

ABSTRACT

The concept of administrative contracts has evolved and underwent transformations, but not without controversy. The foundations of the classical theory of administrative contracts and ordinary and extraordinary risks theory is the starting point for interpretation in order to objectively share the risks in public concessions. The distribution of risks in public-private partnerships is the central concern of this article. The main elements of the traditional risk theory, despite the opposition of large part of the doctrine and the majority of jurisprudence, should not be interpreted based solely on this theory. It is necessary to equalize the values involved in the concessions and try to balance relations with elements of private contract law, presenting new view on the legal exorbitance in administrative contracts. The doctrine that advocates the development of administrative law and administrative contracts makes it easier to apply new forms of public concessions. Apparently the lack of awareness of the historical context and current institute of administrative contract can generate perplexity and even derail the practical application of the new legislation, especially the Law 11.079/2004. The solution grounded only in the risk theory is not correct, considering its insufficiency to face the complexities concerning the current public contracting processes, hence the Public Administration's need to resort to private law guidelines, specifically the

* Mestre em direito e políticas pública pelo Uniceub (DF). Especialista em direito constitucional e eleitoral pela UnB (DF). Especialista em processo civil pelo Uniceuma (MA). Professor da Unidade de Ensino Superior Dom Bosco (UNDB). Juiz federal.

administration of risks in administrative contracts. The advent of new Brazilian rules on concessions and public-private partnerships (Law 11.079/2004 - PPPs) apparently tends to overcome the problems brought by vagueness concerning risk-sharing.

Keywords: Administrative contracts. Concept evolution. Ordinary and extraordinary risks theory. Risks distribution. Public-private partnership. Balanced interpretation.

1 Introdução

No atual quadro de evolução do direito administrativo e, especificamente, do instituto do contrato administrativo, como os riscos nas concessões devem ser administrados? Essa pergunta é a motivação do texto que iremos apresentar. Vamos tentar demonstrar ao longo do artigo que o conceito de contrato administrativo evoluiu e passou por transformações, mas não sem controvérsias. Recorreremos às bases da teoria clássica dos contratos administrativos e das áleas ordinária e extraordinária, com a proposta de que é possível interpretação no sentido de repartir objetivamente os riscos nas concessões.

A administração dos riscos nas parcerias público-privadas é nossa preocupação central. Defenderemos que seus elementos principais, nada obstante a posição resistente de boa parte da doutrina e da jurisprudência majoritária, não devem ser interpretados com base apenas na teoria tradicional das áleas ordinária e extraordinária. Vamos propor que é necessário balancear os valores em questão nas concessões e tentar equilibrar as relações com elementos do direito contratual privado, apresentando nova visão sobre o regime jurídico exorbitante dos contratos administrativos. Utilizaremos a doutrina que defende essa evolução, por tornar mais fácil a aplicação das novas formas de concessões.

Temos a intenção de demonstrar como a falta de consciência sobre o contexto histórico e atual do instituto do contrato administrativo pode gerar perplexidades e até mesmo inviabilizar a aplicação prática da nova legislação, especialmente a Lei 11.079/2004 e sua disposição sobre repartição dos riscos entre os parceiros. Queremos demonstrar que não é correta a solução do problema embasada apenas na teoria das áleas, tendo em vista sua insuficiência diante das complexidades que cercam as contratações públicas atualmente.

2 A evolução do conceito de contrato administrativo

2.1 Conceito de contrato

É crível sustentar que o direito administrativo se valeu do conceito de contrato (BORGES, 2009)¹ para conceber o instituto do contrato administrativo, de maneira que faremos breve incursão por um dos modos de situá-lo.

Parece certo que não é possível precisar o momento histórico do desenvolvimento da civilização no qual houve a progressiva judicialização dos comportamentos e das relações humanas, e em particular das operações econômicas, isto é, quando foram capturadas pelo direito (ROPPO, 1988, p. 17). Todavia, Roppo (1988, p. 22) relata a existência histórica do processo crescente da *contratualização*, que se explica pela multiplicação e crescente complexidade das atividades econômicas, de sorte que

[...] as regras jurídicas que disciplinam os contratos correspondentes àquelas operações econômicas devem, também elas, multiplicar-se e complicar-se, de modo a oferecer uma resposta adequada às novas exigências e interesses que assim vêm emergindo.

Podemos notar a preocupação central com a realidade econômico-social subjacente ao contrato como conceito jurídico, ou seja, com a ideia de operação econômica². Vale dizer: no plano econômico-

¹ Borges fixa a premissa segunda a qual “o contrato é uma categoria jurídica pertencente à teoria geral do direito”, cujas características básicas são: sua comutatividade; sua natureza sinalagmática; a prevalência da vontade contratual sobre a vontade individual das partes, expressa no princípio *lex inter partes*; e a obrigatoriedade do cumprimento das prestações assumidas pelas partes, expressa no princípio *pacta sunt servanda*, cujos elementos são, sem importar se público ou privado: a) acordo entre duas pessoas ou grupo de pessoas; b) existência de duas partes; e c) a vontade de uma parte é determinada pela vontade da outra. Mas, adverte que cada um dos tipos, público ou privado, possui suas tipicidades.

² Não desconhecemos as dificuldades que cercam o conceito, sobretudo quanto à definição do elemento “autonomia da vontade”,

social a tradução linguística é sinônima de operação econômica, de sorte que o entendimento de seu significado dispensa a qualificação jurídica pontual. Assim, em contextos linguísticos distintos, existe a acepção técnico-jurídica da palavra contrato que Roppo (1988, p. 8) denomina “formalização jurídica”, de modo que o “contrato” em sentido jurídico seja o instrumento do “contrato” com significado econômico, mas, sem se resumir a este aspecto³. Segundo Roppo, podem existir outros objetivos com a celebração de contratos, porém, referentes à circulação de riquezas:

Isto significa, justamente, por outras palavras, que aquele que celebra um contrato, bem pode prosseguir, subjectivamente, um interesse não econômico (mas sim ideal, moral, cultural), sendo certo que o resultado objetivo do contrato deve, ao invés, consistir na obrigação de fazer ou dar qualquer coisa susceptível de expressão pecuniária, segundo os valores do mercado, e, portanto, numa qualquer forma de circulação de riqueza, em suma numa operação econômica (ROPPO, 1988, p. 14).

Pensamos que o direito administrativo não pode se descolar das premissas teóricas do conceito de contrato, mesmo diante da construção doutrinária e da autonomia que classicamente cercam o conceito de contrato administrativo⁴. Não se pode perder

porém, parece possível associar o instituto do contrato à circulação de riquezas. Segundo Roppo (1988, p. 7): “Contrato é um conceito jurídico; uma construção da ciência jurídica elaborada (além do mais) com o fim de dotar a linguagem jurídica de um termo capaz de resumir, designando-os de forma sintética, uma série de princípios e regras de direito, uma disciplina jurídica complexa”.

³ Com enfoque semelhante Lorenzetti (2008, p. 541) disserta que a função do contrato é favorecer o acesso ao consumo, bem como regular a atividade econômica em seu conjunto: produção, comercialização e consumo. Segundo o autor: “O problema atual não reside em construir uma esfera de autonomia individual, contraposta à do Estado; o problema é distinto: não temos a poderosa soberania do Estado, mas aliança planetária entre técnica e empresa, cuja presença nada serve para defender a vontade particular”.

⁴ Nesse sentido, clássicos são os elementos do contrato enunciados por Gaston Jèze (1949, p. 322-323) para conceituar o instituto. O autor entende o contrato como operação jurídica bem determinada, cujos elementos essenciais são em número de quatro: “1º) *es preciso un acuerdo de voluntades entre la Administración y un particular*; 2º) *el acuerdo de voluntades tiene por objeto la creación de una obligación jurídica de prestación de cosas materiales o de servicios personales, mediante una remuneración (en dinero o de outro modo)*; 3º) *la prestación que suministrará el individuo está destinada a asegurar el funcionamiento de un servicio público*; 4º) *las partes, por una cláusula expresa, por la misma forma dada al contrato, por el género de cooperación solicitada al contratante, o por cualquier otra manifestación de voluntad, han entendido someterse al régimen especial del derecho público*”. Nada obstante o prestígio da tese — “tese voluntarista clássica” segunda a qual o contrato é constituído

de vista a noção geral de contrato, entendido como conceito jurídico pertencente à Teoria Geral do Direito (LORENZETTI, 2008, p. 539).

2.2 A evolução do conceito de contrato administrativo

Na história dos contratos, havia maior estabilidade das relações no Antigo Regime (SILVA, 2003, p. 51-53)⁵⁻⁶ — tendo em vista o comportamento das pessoas segundo o princípio conhecido como *pacta sunt servanda* —, do que depois da Revolução Francesa, pois esta veio romper a estabilidade dos contratos em consequência do dogma da soberania do Poder Legislativo, de maneira que a lei passa a ser colocada acima dos contratos (por exemplo, o Código de Napoleão). O Código Civil Francês consagra em seu art. 1.134 o princípio da *lex inter partes*, que impede alterações dos contratos por leis gerais posteriores. No século XIX, no âmbito da Europa continental (SILVA, 2003, p. 53-54)⁷, foi nesse ambiente que se

pela vontade, imodificável e autônoma, a que se atribuem efeitos —, não está isenta de críticas, porquanto se pode reivindicar que “o contrato é um conceito normativo”, pois a vontade não é um fenômeno real.

⁵ Podemos afirmar que a colaboração do particular com o Poder Público remonta ao século IV, pois o agigantamento do Estado romano — que nos primeiros tempos, era muito pequeno —, gerou a necessidade de se delegar tarefas públicas de natureza jurisdicional e administrativa, aos particulares. O Estado fortaleceu-se (da época do *dominato* em diante), especialmente sob a inspiração da cultura oriental, fato caracterizador de todo o período bizantino, de sorte que se multiplicaram, nessa época, as regras sobre a organização do Estado, sem, todavia, criar direitos para os administrados com relação ao poder público. Logo, faltava o aspecto principal ou a função mais eminente do direito administrativo como atualmente o concebemos. Em outras palavras: “A delegação a particulares de tarefas públicas, de natureza jurisdicional ou administrativa, foi na Roma antiga uma consequência natural das circunstâncias. O tamanho do Estado romano dos primeiros tempos, e cujo crescimento não acompanhou o ritmo da expansão política e comercial da nação, exigia que assim fosse”.

⁶ Na Idade Média o direito se resumia quase exclusivamente ao direito privado, tendo em vista a fragmentação do poder. No absolutismo há total identificação do Estado com a lei, o que “transforma a lei num ato de vontade do soberano”, com exceção da Inglaterra, onde a Magna Carta se estabeleceu como “primeiro documento normativo pelo qual se estabelecem limitações ao poder do rei, o que vale dizer ao poder estatal”. Desse modo, “O contrato, nos moldes do direito privado, era, portanto, senão o único, pelo menos o instrumento mais eficiente para o estabelecimento de relações jurídicas (e não meramente de subordinação) entre o Estado e os indivíduos, ainda que o objeto fosse de natureza puramente pública”.

⁷ A partir do século XIX desenvolveu-se de modo mais intenso a colaboração de particulares na execução de tarefas públicas, regulada pelo contrato, que era considerado, inicialmente, instituto de direito privado, ou seja, “A noção de contrato administrativo, regido pelo direito público, só começa a esboçar-se na França no fim do século passado, consolidando-se nas primeiras décadas

desenvolveram as bases do capitalismo, porquanto na Inglaterra e Estados Unidos os pactos gozavam, em princípio, de grande estabilidade (CASSAGNE, 1999, p. 125).

Nesse contexto, os elementos fundamentais da teoria dos contratos administrativos remontam aos primórdios do século XX, por obra do Conselho de Estado francês (SILVA, 2003, p. 55)⁸, ainda no quadro do Estado liberal⁹. Não havia uniformidade quanto à aceitação do instituto, sobretudo porque se duvidava da possibilidade de o Estado ocupar um dos polos da

relação jurídica contratual¹⁰⁻¹¹. Não haveria igualdade entre as partes, logo, a tese anticontratalista, defendida por Otto Mayer, sustentava a inexistência do contrato administrativo (MEDAUAR, 2003, p. 207)¹².

Ainda no século XX, em face das novas situações econômicas e sociais, em relação aos contratos públicos, ocorre o desenvolvimento das potestades regulamentares, motivo pelo qual o legislador passa a ditar leis que afetam os contratos, ainda com obrigações em curso. Essa realidade despertou a necessidade de se estabelecer limites razoáveis ao exercício desta potestade e de compensar os sacrifícios especiais que os cocontratantes privados tem que suportar. Nasce, então, uma série de princípios e teorias no campo da contratação administrativa que procuram amenizar os desequilíbrios produzidos na economia dos contratos por atos gerais do poder público (por exemplo: a teoria do fato do príncipe). Mas, “O certo é que o exercício das potestades regulamentares se encontra sempre

deste século. Antes disso, todo o contrato era de direito privado”. Na França, por quase todo o século XIX, era predominante, na doutrina e jurisprudência, a teoria da distinção entre atos de autoridade (império), submetidos ao direito público, e atos de gestão, submetidos ao direito privado, “servindo como critério básico para separar a competência dos órgãos da jurisdição ordinária e os da jurisdição administrativa”. Na Alemanha, nada obstante inexistir a expressão distinção entre atos de autoridade e atos de gestão, não se escapava dessa realidade, pois, “Quando o Estado atua no exercício de seus poderes específicos, que nenhuma hipótese se admite que caibam aos indivíduos, ele o faz como pessoa jurídica de direito público. As relações jurídicas que trava, nessas circunstâncias, com os administrados, são relações de subordinação. Por outro lado, quando o Estado desce ao mesmo plano dos particulares, mantendo com eles vínculos de cooperação — à semelhança do que acontecia, no Direito Romano, com o *fiscus* — apresenta-se como pessoa jurídica de direito privado. O advento da noção de Estado de Direito (de origem germânica) faz a teoria da dupla personalidade do Estado cair por terra no direito alemão, entretanto, “o critério distintivo entre direito público e direito privado há de ser buscado no caráter de desigualdade que ostentam as relações jurídicas disciplinadas pelo primeiro, em contraste com a igualdade em que se situam as partes nas relações jurídicas instituídas no âmbito do segundo”.

⁸ A partir de 1873, com o *arrêt Blanco*, passa a vigorar, na jurisprudência e doutrina francesas, o critério do serviço público, de fundamental importância para a consolidação do conceito de contrato administrativo.

⁹ Estorninho (1990, p. 34-35) sustenta que a concepção de contratos administrativos moldada pela jurisprudência europeia, embasada na atribuição de competência jurisdicional, resultou de razões pragmáticas, tendo em vista a ideia de que os tribunais administrativos eram mais rápidos e expeditos, bem como mais familiarizados com as matérias administrativas. A jurisprudência dos tribunais administrativos cuidou de restringir o âmbito de competência contenciosa em matéria de contratos. Exsurge a clássica distinção entre contratos privados da Administração e os contratos administrativos (solução dualista). Nas palavras da autora: “Assim, se é certo que já existe, neste momento, uma solução dualista em relação ao problema da repartição de competência jurisdicional em matéria de contratos da Administração, trata-se ainda de um dualismo meramente pragmático, destituído de quaisquer fundamentos ou implicações de ordem substancial!”.

¹⁰ Clássica é a doutrina que relaciona o conceito de contrato administrativo ao serviço público. Segundo Gaston Jèze (1949, p. 530), ao dissertar sobre o direito público francês dessa época, existem contratos administrativos, ou seja, distintos dos celebrados entre particulares em razão do regime jurídico destes últimos, conforme jurisprudência pacífica nesse sentido, do Conselho de Estado. O autor reconhece a divergência de doutrinadores de autoridade sobre o tema e exemplifica com o pensamento de Duguit, segundo o qual o contrato administrativo tem por finalidade assegurar o funcionamento de um serviço público, de modo que no direito público francês daquela época era inexistente o que não existia diferença de fundo entre os contratos administrativos e os contratos civis.

¹¹ Concepção distinta da doutrina do serviço público, a corroborar a existência de antagonismos em torno do conceito de contrato administrativo, é a posição de Cassagne (2007, p. 15), que lista as causas conhecidas de desenvolvimento da figura — que vão desde o crescimento das necessidades coletivas e aparição de novas tecnologias até a ideia de colaboração de sujeitos privados com a Administração Pública —, para adotar a concepção finalística (objetiva), segunda a qual a Administração procura a satisfação de um interesse público relevante, “*de realización inmediata o directa, que se incorpora al fin u objeto del acuerdo, proyectándose en su régimen sustantivo (ius variandi, interpretación, equilibrio financiero, etc.)*”. O autor situa como problema central a independência do direito administrativo em relação às normas e princípios do direito civil.

¹² Para Araújo (1992, p. 179), Otto Mayer embasa sua visão no direito administrativo, pois é administrativista. Concentra seu pensamento no estudo do ato administrativo (*verwaltungsakt*), que, segundo ele, é praticado por autoridade para decidir juridicamente um caso individual. Entretanto, aceita que o negócio jurídico que a Administração celebra com o particular pode ser regido por regras de direito civil, como por exemplo, os atos de economia privada; ou por regras de direito público, quando o Estado impõe contribuições ao particular. Desse modo: “Otto Mayer não é partidário da teoria anticontratalista no direito público, por isso suas posições são bastante similares às atualmente predominantes no direito contratual administrativo”.

subordinado à Constituição e à lei, que marcam seus limites” (CASSAGNE, 2007, p. 126)¹³, ou seja, forma-se um conjunto de princípios jurídicos que atuam como limites do Poder Público.

A concepção de contrato regido pelo direito administrativo consolidou-se;

[...] formou-se a teoria de um contrato diferenciado do modelo privado, de um contrato em que a Administração contratante dispõe de certas prerrogativas para assegurar o atendimento do interesse geral, sem o sacrifício dos interesses pecuniários do particular contratado (MEDAUAR, 2003, p. 207).

Os exemplos mais ilustrativos das prerrogativas clássicas são: as cláusulas exorbitantes, a possibilidade de rescisão unilateral do contrato e a impossibilidade de invocar *exceptio non adimpleti contractus*.

No âmbito da doutrina clássica retomada, há que se diferenciar a figura dos contratos da Administração — específica quanto ao regime jurídico a que se submetem —, porque se subdividem em: contratos privados, comuns, do direito civil e contratos públicos, administrativos. Esses possuem, como traço distintivo, o regime jurídico exorbitante em relação ao direito comum, bem como a finalidade de interesse público e a posição privilegiada da Administração. Assim, o contrato administrativo (espécie do gênero contrato da Administração) possui como características fundamentais: o acordo de vontades gerador de obrigações entre as partes celebrantes; a pactuação de normas jurídicas, seja com particulares, seja com outra pessoa administrativa; o regime jurídico diferente dos contratos de direito comum (ou de direito civil); e a constituição para o funcionamento de um serviço público (elemento essencial para o autor). Em outras palavras:

Os contratos são administrativos porque requerem, a aplicação dos princípios e regras típicas do direito administrativo. Todo contrato que, pela forma ou pela natureza, exige, em casos de litígio, o conhecimento e a aplicação de tais princípios, é um “contrato administrativo” no sentido amplo da expressão (CRETILLA JÚNIOR, 1966-1972, p. 17).

Podemos sustentar que as transformações entre o século XIX e a primeira metade do século

XX trouxeram a evolução do Estado monoclassem, hipertrofiado, para o Estado pluriclassem, que ascende como a forma de organização política dominante, o qual “transformava-se em instrumento, em vez de mentor da sociedade” (MOREIRA NETO, 2007, p. 39), movimento constituído por princípios democratizantes do direito administrativo. Nas palavras de Moreira Neto:

Esse movimento fez despontar certos *princípios*, que passaram a atuar como reitores dos câmbios deflagrados: como o da *subsidiariedade*, em lugar da hipertrofia dos entes centrais; o da *coordenação*, em lugar da exclusividade de atuação; o da *privatização*, quando a execução do interesse público pudesse ser melhor realizada pelos meios privados; o da *publicização*, atuando ao revés, retirando o Estado do setor privado e reforçando seus instrumentos regulatórios das atividades delegadas, e o da *consensualidade*, que é o objeto deste trabalho (MOREIRA NETO, 2007, p. 39).

Com o deslocamento de eixo da imperatividade para a consensualidade (MARQUES NETO, 2009)¹⁴, a contar dos anos 70, ocorreu retorno da preocupação com os contratos de direito público. O fenômeno merece enfoque por dois ângulos, a saber: a) rediscussão de alguns elementos da elaboração clássica; juristas conceituados defendem a simplificação de procedimentos de contratação pública e a outorga de maior liberdade à Administração; e, b) ênfase nos contratos celebrados pelo Poder Público, tendo como ponto central

[...] a atenuação do caráter unilateral e impositivo da atividade administrativa, o aumento do uso de *módulos convencionais, contratuais ou consensuais*,

¹³ Tradução do autor: “Lo cierto es que el ejercicio de la potestad reglamentaria se encuentra siempre subordinada a la Constitución y a la ley que la marcan sus límites”.

¹⁴ Marques Neto sistematiza os elementos confirmadores sobre o que denomina “nova contratualidade administrativa”: “Resulta que podemos identificar alguns elementos conformadores dessa nova contratualidade administrativa. Algumas tendências já podem ser notadas, a saber: (i) maior deslocamento da norma da lei para o contrato, na medida em que as leis reitoras de contratos do poder público deleguem para o contrato a normalização concreta em cada negócio jurídico; (ii) maior margem de consensualidade, inclusive na estipulação de cláusulas contratuais no âmbito de uma fase pré-contratual de negociação entre o adjudicatário do certame prévio e o Poder Público; (iii) introdução mais frequente de contratos atípicos, com a multiplicação de objetos; (iv) mais recorrente utilização de contratos por desempenho, em que o particular vincula-se não a objetos previamente estipulados, mas a metas de desempenho, ensejadoras inclusive de remuneração variável; (v) maior flexibilidade na alocação de riscos, com deslocamento de maior parcela de riscos para o privado e clara estipulação da repartição dos ganhos de eficiência com o Poder Público; (vi) flexibilização do regime de equilíbrio econômico e financeiro, com a limitação de situações de aplicação da teoria da imprevisão; e, por fim, (vii) multiplicação das hipóteses de contratos de cooperação”.

a chamada *Administração concertada* (MEDAUAR, 2003, p. 209).

Em outras palavras, o modelo de administração por autoridade cede espaço à administração por consenso (MOREIRA NETO, 2007, p. 43-48)¹⁵.

Desse modo, ao lado do clássico contrato de direito público entre Administração e particular (pessoa física ou jurídica), para prestação de serviços, realização de obras e fornecimento de materiais, disseminam-se acordos entre Administração e grupos ou entidades representativas de interesses; e difunde-se atuação administrativa para propiciar acordos que possibilitem compatibilização de interesses (MEDAUAR, 2003, p. 210).

As tendências argumentadas acima, inseridas no ambiente de transformação do próprio direito administrativo, ampliaram-se depois dos anos 90, sobretudo no tocante aos módulos consensuais e ao surgimento de novas figuras contratuais. Emerge o termo *parceria*,

vinculado à contratualização, para abranger os diversos ajustes que expressam a colaboração entre entidades públicas ou entre entidades públicas e setor privado, ou, ainda, entre todas estas partes, envolvendo, assim, uma pluralidade de atores. (MEDAUAR, 2003, p. 213)

2.3 O contexto da doutrina brasileira

No século XIX a doutrina brasileira era totalmente omissa na formulação de uma teoria para analisar a celebração de contratos pela Administração Pública.

¹⁵ Podemos sustentar que, nessa quadra histórica, a realidade transformadora desloca o eixo de atuação da Administração Pública, de sorte que ela admite ser exercida tanto pela via da subordinação (unilateral, hierarquizada e linear) quanto por coordenação (multilateral, equiordinada e radial). Desse modo, a *consensualidade* produz vários tipos de soluções, como por exemplo: 1. a Administração Pública regida pelo direito privado; 2. a Administração Pública dispositiva de fomento público; 3. a Administração Pública sob contrato de direito público; 4. a Administração Pública sob acordos de direito público; e 5. a Administração Pública a cargo de entidades independentes, privadas ou semipúblicas. Moreira Neto reivindica: “Desde logo, mister é despir-se de preconceitos. Não se trata de escolher entre prestações públicas ou privadas, mas de encontrar as combinações que se mostrem mais eficientes, econômicas e legítimas. Em segundo lugar, cuidado nas transcrições. Uma regra prática, porém, é o esgotamento das alternativas consensuais, mais econômicas e mais ágeis, antes de recorrer-se às impositivas. De qualquer forma, a *consensualidade* é um enriquecimento do Direito Administrativo, que a ele se incorpora permanentemente”.

Menezes vale-se dos excertos do Visconde do Uruguai para afirmar que no período do Brasil Império,

[...] a ação administrativa — aí incluído o emprego do instrumento contratual — já se dava mediante o uso de prerrogativas da Administração, e, mais grave, sem as adequadas garantias de que esse uso não se transformasse em abuso autocrático, contra o direito dos particulares (ALMEIDA, 2010, p. 155).

Já no início do século XX nota-se, no Brasil, a influência da doutrina francesa sobre o contrato administrativo, sobretudo a sujeição a um regime administrativo especial. A introdução da discussão sobre o contrato administrativo ocorre com a concessão de serviços públicos (ALMEIDA, 2010, p. 155).

Acerca do tratamento legislativo dos contratos administrativos, até a primeira metade do século XX a legislação praticamente não se ocupou do tema. Duas normas, o Decreto 4.536, de 28 de janeiro de 1922 (Código de Contabilidade Pública da União) e o Decreto 15.783, de 8 de novembro de 1922 (Regulamento para a Execução do citado código), trataram inicialmente do assunto da contratação pela Administração Pública.

Houve democratização da defesa do interesse público (democracia participativa), e consequentemente do instituto contrato administrativo, com as constituições de 1934 e 1946, bem como por meio da previsão de utilização pelo cidadão da ação popular, regulamentada pela Lei 4.717, de 26 de junho de 1965. A partir desse instrumento o Estado passou a não ser mais o exclusivo protetor do interesse público, realidade que se consolida com a promulgação da constituição de 1988 e a ênfase em outras ações — além da ação popular, mandado de segurança e *habeas corpus* —, do mesmo gênero e de mesma finalidade participativa, tais como: a ação civil pública, *habeas data* etc.,

[...] elenco de instrumentos de controle do Estado e de defesa, direta ou indireta, do interesse público, que não encontra similar em nenhum sistema jurídico do universo (SILVA, 2003, p. 59).

Infraconstitucionalmente, o primeiro diploma mais detalhado sobre contratos administrativos foi o Decreto-lei 2.300/1986, que lhe deu “um tratamento orgânico e sistemático” (ALMEIDA, 2010, p. 161).

Podemos sustentar, ainda, que a questão da natureza jurídica das delegações e outorgas da Administração Pública — contratos administrativos essencialmente —, foi elevada à dignidade legislativa

por meio do Decreto-lei 2.300/1986, supracitado, seguido da Lei 8.666/1993 (art. 54 e ss.), que manteve a mesma disposição; e, em 1995, o Brasil passou a adotar uma lei específica de concessão de serviços públicos, a Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, cuja sanção ocorreu para regulamentar o art. 175 da Constituição Federal. Na sequência à edição da Lei 8.987/1995 houve a aprovação da Lei 9.074, de 7 de julho de 1995, que elenca as atividades econômicas sujeitas ao regime de concessão e permissão de prestação de serviços públicos, e da Lei 11.079, de 30 de dezembro de 2004, que introduziu no ordenamento uma nova espécie de concessão de serviço ou obra pública denominada parceria público-privada. Além disso, a definição das permissões como atos administrativos unilaterais, discricionários e precários foi alterada e teve unificados os regimes e a natureza jurídica pelo sistema constitucional e doutrina, outorgando-lhe cunho contratual, conforme o art. 175, I, da Constituição Federal (BARCELAR FILHO, 2009, p. 159).

Relativamente ao tratamento jurisprudencial ao longo do século XX, a teoria do contrato administrativo não foi formulada pela jurisprudência, ao contrário do que ocorreu na França, mas pela doutrina e pela legislação, razão pela qual recebe cuidado dogmático arraigado. Algumas decisões do Supremo Tribunal Federal sobre a evolução do pensamento quanto ao contrato administrativo demonstram que, desde fins da década de 60, a ideia de um regime especial dos contratos administrativos, contendo cláusulas exorbitantes, já estava aceita sem maiores contestações (ALMEIDA, 2010, p. 166).

Assim, a doutrina brasileira não discrepa de modo geral do histórico da evolução do conceito de contrato administrativo e das perplexidades que o cercam (GRAU, 2000, p. 16-17)¹⁶, conforme referido

¹⁶ A própria polêmica (confusão) que cerca o instituto no Brasil pode ser entendida como discussão que caminha por vias inadequadas. É possível postular que o debate acerca desta noção — especificamente sobre o paradoxo de relacionar tudo que toca à Administração Pública com a indisponibilidade do interesse público —, não existe no direito positivo brasileiro (contratos estatais privados em contraposição a contratos administrativos), pois “a própria Constituição atribui a todos os contratos celebrados pela Administração a denominação de *contratos administrativos*”. Além disso, é certo que “*contrato administrativo* não sintetiza o conteúdo de um conjunto de normas jurídicas; nem exprime, condensadamente, um sistema normativo”, de sorte que não há distinção entre contrato administrativo e contrato privado, ou seja, inexistente um “*regime jurídico dos contratos administrativos*”. Grau sustenta, embasado no “dirigismo contratual”, que a existência dos poderes da Administração como expressão da *puissance publique*

no item anterior deste artigo, tampouco se exime da direção de modificação dos institutos nucleares do direito administrativo, sobretudo a modificação do eixo no caminho da consensualidade, Administração concertada e parcerias (MEDAUAR, 2003, p. 210).

3 O debate atual sobre o regime jurídico do contrato administrativo

Os argumentos acima alinhavados demonstram como o debate acerca do instituto do contrato administrativo evoluiu. Sem olvidar a doutrina clássica e o histórico de evolução do conceito, o conclave parece ter novos contornos, especialmente nos últimos sessenta anos, inserido em recentes transformações do próprio direito administrativo. Quais são essas tendências (BORGES, 2009)¹⁷ e qual é o problema que domina o direito administrativo? Cassese (2004, p. 389-390) elenca-as no contexto do direito italiano: a primeira é a desnacionalização do direito administrativo; a segunda a convergência do direito administrativo nacional; a terceira a expansão do direito administrativo em face do constitucional, com o qual se mistura; a quarta é a tendência de estabelecer um novo equilíbrio entre o público e o privado; e a última é a revolução do direito.

Parece ser nesse contexto que a doutrina europeia critica a clássica exorbitância do regime do contrato administrativo. A postulação é de

(alteração unilateral da relação, v.g.) não afasta a natureza contratual da relação. Sintetiza: “Em suma, é preciso não confundirmos o Estado-aparato com o Estado-ordenamento. Na relação contratual administrativa o Estado-aparato (a Administração) atua vinculado pelas mesmas estipulações que vinculam o particular; ambos se submetem à lei (Estado-ordenamento); ou seja, a Administração não exerce atos de autoridade no bojo da relação contratual”.

¹⁷ Borges disserta sobre as principais tendências modernas do direito administrativo brasileiro. Primeiro, a constitucionalização do direito administrativo, fenômeno especialmente incrementado pela Constituição de 1988, tendo em vista a detalhada disciplina da Administração Pública em seu corpo, tais como princípios próprios, regras especiais sobre licitação e contratos administrativos; e a especial ênfase na proteção à dignidade da pessoa humana e o privilégio aos direitos fundamentais, de modo a alterar a qualidade das relações entre a Administração Pública e os antigos administrados, agora cidadãos. Segundo, a *era da Administração Pública consensual*, cuja prevalência é a colaboração entre os particulares (cidadãos) e a Administração, mediante acordos e parcerias, em detrimento do caráter impositivo de obrigações. É a “contratualização da Administração Pública em setores de atividade em que não se torna necessário o uso de suas prerrogativas”, em detrimento da imperatividade. Um exemplo de administração consensual é o advento das parcerias público-privadas (PPPs) estabelecidas pela Lei 11.079/2004.

que há dificuldade em identificar em concreto as “exorbitâncias” do contrato administrativo. Estorninho identifica os princípios subjacentes à natureza jurídica do contrato administrativo, a saber: a) princípio do consensualismo; b) princípio da prossecução do interesse público (ESTORNINHO, 1990, p. 117).

O princípio do consensualismo estabelece que o contrato é sempre, quer seja administrativo ou civil, a “expressão da intenção comum das partes”. É subjacente a qualquer contrato, e dele decorre a criação da “teoria da vontade implícita” na execução dos contratos administrativos. A referida teoria surgiu da necessidade de conciliar certas soluções jurisprudenciais ao propósito da execução do contrato administrativo, de sorte que deveriam ser consideradas como resultando da vontade tácita ou implícita das partes. Estorninho critica o caráter artificial da teoria, porquanto “soluções jurisprudenciais” são constantemente impostas contra a própria vontade das partes; com a premissa de que esse princípio se constitui regra geral, a doutrina passou a justificar as especificidades do regime dos contratos administrativos como meras atenuantes ou derrogações ao princípio segundo o qual o contrato constitui lei imutável das partes (ESTORNINHO, 1990, p. 118).

Do princípio da prossecução do interesse público decorrem três aspectos essenciais do regime jurídico do contrato administrativo: a) a mutabilidade do contrato administrativo; b) a posição do contraente particular como colaborador da Administração; c) o exercício pela entidade pública de prerrogativas de autoridade. Além dos dois princípios em referência “a doutrina cedo acrescentou o princípio do equilíbrio financeiro”. Para Estorninho:

Devido à situação de especial insegurança que para o particular resulta da sua vinculação às vicissitudes do interesse público, a teoria do contrato administrativo engendrou, como contrapartida, a noção de equilíbrio financeiro. Esta noção assenta sobretudo na ideia de que durante a execução do contrato deve ser sempre assegurado ao particular um equilíbrio entre encargos e vantagens, nos termos precisos nos quais ele se baseou para tomar a decisão de celebrar o contrato com a Administração (ESTORNINHO, 1990, p. 120).

Decorrem dos citados princípios os traços fundamentais do regime jurídico administrativo, isto é, prerrogativas reconhecidas em geral à Administração que podem ser resumidas em três categorias principais: a) interpretação do contrato; b) fiscalização,

direção ou imposição de sanções; c) modificação ou extinção unilateral do contrato (ESTORNINHO, 1990, p. 126-140). Estorninho ataca cada um dos aspectos, segunda a perspectiva de que eles não são específicos do direito administrativo, em si mesmo, pois podem existir sem problemas em contratos jurídico-privados. A peculiaridade, segundo a doutrina tradicional, é entender que à Administração cabem sempre tais poderes, independentemente de qualquer previsão normativa ou contratual, de sorte que esse fundamento não é suficiente para considerá-los exorbitantes do direito privado (ESTORNINHO, 1990, p. 140)¹⁸.

É com essa premissa que se situa a contraposição de ideias sobre a “fuga para o direito privado”. A tese decorre do movimento de “privatização” da Administração Pública no contexto da “crise do Estado social”. Podemos atribuir o fenômeno ao aumento desmesurado do Estado social, ocorrências graves de ineficiência e de aumento da burocracia, bem como o agravamento das contribuições exigidas aos cidadãos (ESTORNINHO, 1996, p. 48)¹⁹. O alargamento dos fins do Estado conduziu, também, além das novas formas de atuação da Administração Pública, às novas formas de organização dos entes que exercem tais atividades.

¹⁸ Segundo Borges (2009), em uma espécie de crítica ao tratamento da doutrina clássica às cláusulas exorbitantes: “Em face das novas tendências do Código Civil de 2002, cabe-nos indagar até que ponto poderemos continuar repetindo que certas cláusulas típicas do contrato administrativo são tão exorbitantes ou derogatórias do direito privado. Bem ao contrário, as disposições civis as reforçam e contribuem para sua melhor interpretação”.

¹⁹ Enfoque distinto do problema é dado por Silva, segundo o qual a denominação “fuga para o direito privado”, concebida, após a primeira grande guerra, por Fritz Fleiner, designava o fato que o Estado passou a criar pessoas jurídicas de direito privado para execução dos serviços que antes eram delegados aos particulares. À época fortalecia-se o Estado social (Estado providência ou Welfare state). Silva (2003, p. 58) reivindica que: “[...] essa fuga para o direito privado, ao contrário do que a expressão no primeiro momento poderia sugerir a pessoas menos informadas, na verdade significava um alargamento do espaço público, cujas entidade e órgãos desbordavam as raiais do direito público, especialmente do Direito Administrativo, que até então as continha, para se submeterem ao direito privado, mesmo quando perseguindo fins imediatamente públicos. Nesse sentido pode-se dizer que não era, portanto, privatização do público, mas sim publicização do privado, tendo em vista, também, que muitos serviços prestados pelo estado, sob a nova roupagem, possuíam natureza industrial e comercial”. No Brasil, o movimento só ganha efetivamente significação após a segunda grande guerra, porém, embora em muitos casos houvesse critérios técnicos para a concretização do fenômeno, em outros a intenção era facilitar a contratação de pessoal ou de obras e serviços, com a dispensa de concurso público e licitação, ou ainda conceder melhor remuneração aos servidores das pessoas jurídicas criadas, em relação às pessoas jurídica matriz (SILVA, 2003, p. 59).

Na visão de Estorninho, há vantagens no recurso da Administração Pública às normas de direito privado, tendo em vista a “pobreza” e “escassez” de formas de direito contratual público, a saber: criação, autonomia, “estático”, “dinâmico”, financeiro e das relações exteriores (ESTORNINHO, 1996, p. 58).

Evidentemente, a tese gera ambiguidades, sobretudo decorrentes da falta de uma doutrina geral sobre as tarefas jurídico-privadas do Estado. Não parece fácil, no âmbito das novas entidades da Administração Pública, ultrapassar as vinculações jurídico-públicas a que esta de outro modo estaria sujeita, em relação às competências, às formas de organização e de atuação, aos controles ou à responsabilidade (ESTORNINHO, 1996, p. 67)²⁰. Estorninho destaca alguns aspectos peculiares ao funcionamento das entidades típicas do fenômeno: regime jurídico misto (público e privado); a aparente intenção de escapar dos controles; a possibilidade de o Estado intervir em todas as entidades coletivas privadas, quer por meio dos poderes que lhe advêm da sua posição de sócio majoritário ou mesmo único, quer por intermédio de outros tipos de prerrogativas que o legislador lhe reconhece; e o regime jurídico misto quanto ao pessoal. Conclui que há “novas zonas de problemas”, que dizem respeito, sobretudo, à própria natureza das entidades concebidas nesta realidade, bem como às fronteiras orgânicas da Administração Pública. Em suas palavras:

Voltando mais uma vez à imagem de “Dr. Jekyll e Mr. Hyde”, pode dizer-se que, na passagem do Estado Social para o Estado Pós-Social, a dualidade de “personalidades” da Administração Pública agrava-se, devido à generalização da actividade administrativa jurídico-privada e, sobretudo, devido

aos fenómenos de “fuga para o Direito Privado”. Curiosamente, (e infelizmente), no Estado Pós-Social a Administração volta a ter uma “cara má” e uma “cara boa”, à semelhança do que acontecia no Estado Absoluto. Só que, ao contrário do que sucedia no período da Monarquia Absoluta, onde apenas no âmbito jurídico-privado havia a sujeição da Administração ao Direito, no Estado Pós-Social verifica-se precisamente o inverso e a “cara má”, a “faceta perversa” desta Administração Pública “esquizofrênica”, revela-se quando ela opta por actuar segundo o Direito Privado e foge às suas vinculações jurídico-públicas (ESTORNINHO, 1996, p. 79).

Podemos situar o debate em contexto mais amplo, relacionado ao próprio sistema jurídico, com a passagem do *direito dos institutos*, nos anos 70, para o *direito dos princípios*,²¹ “tímido nos anos 80, mas hoje artigo de consumo”. Segundo Sundfeld (2007, p. 33): “O papel do jurista, nesse novo contexto, é saudar — ou sofrer — a positivação de princípios, descobrir suas novas concreções, por aí”.

Mas, há nesse quadro uma crise, especificamente do direito administrativo, tendo em vista o “excesso (a principiologia frouxa desamarrando as normas, embaralhando tudo)” e o “superficial (o princípio lugar-comum, pura forma sem substância)” (SUNDFELD, 2007, p. 33)²², a *teoria dos antagonismos* que “é o nome dessa matriz de análise [entender as constantes do movimento do direito administrativo, dos seus fluxos e refluxos] que foca no *jogo de oposições* a circundar as leis, as regras, as práticas, os casos, as decisões, os

²⁰ É possível argumentar que o citado problema decorre do fato de que o direito administrativo se ressentia da falta de método e sistematização na organização de seus princípios e institutos gerais, pois não é apenas uma disciplina acadêmica. Segundo Schmidt-Assmann (2003, p. 1): “La parte general de Derecho administrativo, su Teoría general, constituye algo más que una disciplina académica capaz de poner en relación o de dar cierta unidad a determinados elementos o piezas aisladamente considerados, tales como las categorías y formas jurídicas, el procedimiento, la organización y la responsabilidad administrativas. Es una idea ordenadora, sobre la que luego se abundará, y cuyo objeto consiste en asegurar que cada institución o figura tenga un contexto cada vez más amplio; y en garantizar la evolución dogmática y la capacidad de adaptación de cada una de esas categorías con el resto del-sistema”. No sentido que, no âmbito da ciência do direito, a única espécie de sistema ainda possível é o sistema aberto e, até um certo grau móvel em si, pois nunca está completo e pode ser continuamente posto em questão, a evidenciar os valores diretivos e os princípios do direito, Cf. LARENZ, 2005, p. 230-241.

²¹ O termo “princípio” é polissêmico e pode ser enfocado sob diversos matizes, porém, a maior parte da doutrina atribui o início recente dos debates sobre a distinção entre regras e princípios a Ronald Dworkin (2010, p. 39), segundo o qual: “A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da obrigação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela fornece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão”. Outra abordagem é dada por Robert Alexy (2002, p. 47 *apud* ALEXY 2003, p. 131-140), segundo o qual os princípios são “comandos de otimização”, ou seja, “são normas que requerem que algo seja realizado na maior medida possível, das possibilidades fáticas e jurídicas”, ou seja: “Rules therefore comprise a decision in the fields of factual and legal possibilities. They are definitive commands. This means that the difference between rules and principles is a difference in quality and not only one of degree. Every norm is either a rule or a principle (Alexy 1996, 77ff.; 1995, 203)” (ALEXY, 2000, p. 295).

²² Sobre a crise a envolver os princípios, Cf. também HORNBACH, 2007, p. 81-91.

princípios, os institutos” (SUNDFELD, 2007, p. 34). Em outras palavras, os opostos convivem no direito administrativo, pois não se pode crer “na solução dos casos pela incidência direta de elementos fixos (sejam princípios ou institutos)”; o papel do jurista “deve ser, antes de tudo, detetive de antagonismos; sua função primeira é mapeá-los em cada caso, para o jogo ser jogado com todos em campo” (SUNDFELD, 2007, p. 34).

4 A tendência de atenuação dos riscos do concessionário e as parcerias público-privadas – PPPs

4.1 A doutrina tradicional dos riscos nas concessões

Segundo a concepção clássica do problema do risco, “a concessão seria um contrato, cujos riscos seriam suportados exclusivamente pelo concessionário”, ou seja, o concessionário realiza investimentos e executa o serviço “por sua conta e risco” (PEREZ, 2006, p. 107).

Nesse contexto, desenvolve-se a doutrina dos riscos²³ ordinários e extraordinários nos contratos de concessão. Segundo Perez, riscos ordinários são

Aqueles que “todo empresário corre, como resultado da própria flutuação do mercado” e abrangeriam além dos prejuízos que lhe resultem por atuar canhestamente, com ineficiência ou imperícia, aqueles outros derivados de eventual estimativa quanto à captação ou manutenção da clientela de possíveis usuários, bem como, no caso de fontes alternativas de receita, os que advenham de uma frustrada expectativa no que concerne os proveitos extraíveis de tais negócios (PEREZ, 2006, p. 107).

O risco extraordinário é “imprevisível, inevitável e não imputável ao contratado” (PEREZ, 2006, p. 108). Divide-se em: álea econômica e álea administrativa. A primeira corresponde à aplicação da chamada teoria da imprevisão ou da cláusula *rebus sic stantibus* às concessões e demais contratos administrativos; consiste no

[...] risco da superveniência de fatos imprevisíveis (notadamente ligados a alterações relevantes no mercado e na economia de modo geral) — ou de fatos previsíveis, mas de resultados incalculáveis — que viessem a turbar o equilíbrio econômico da contratação (PEREZ, 2006, p. 107).

A álea administrativa subdivide-se, por sua vez, em: fato do príncipe, que é a “decisão da Administração, de caráter geral, alheia ao contrato em si, mas que tem reflexos fortes na sua execução”, como por exemplo, a criação ou majoração de tributo incidente sobre a atividade do concessionário; e o fato da administração, que tem a mesma essência do primeiro, mas é praticado pela autoridade como parte do contrato, não como autoridade pública (PEREZ, 2006, p. 111).

Destacamos que existe sutil, mas importante diferença entre esse instituto, que enseja o reequilíbrio da equação econômico e financeira, e a eliminação do ônus excessivo do contrato, típica do direito privado. No contrato administrativo o risco do contratado é nitidamente menor, pois não há a divisão equitativa do ônus, na medida em que a Administração assegura a total cobertura da álea econômica. Segundo a teoria tradicional, sempre que ocorrer álea extraordinária, a Administração (concedente) fica obrigada a reequilibrar a equação econômico e financeira do contrato (PEREZ, 2006, p. 111).

4.2 Crítica à doutrina tradicional do risco na concessão e da teoria das áleas ordinária e extraordinária

No mesmo quadro do debate que já expusemos linhas atrás, também, a doutrina tradicional do risco e da teoria das áleas nos contratos de concessão evoluiu. Parece que a teoria tradicional não é suficiente para regulamentar todas as situações geradas no decorrer da concessão (PINTO, 2006, p. 176)²⁴. A ideia central sobre a cláusula “por sua conta e risco” tem sido, teoricamente e na prática, colocada em questão, haja vista a crescente solidariedade entre concedente e concessionário quanto aos riscos, nada obstante a força que a doutrina tradicional ainda possui, a influenciar a legislação, a doutrina e a jurisprudência.

²⁴ Nas palavras de Pinto: “A noção de que os concessionários exploram o serviço por sua conta e risco foi abrandada pela jurisprudência do Conselho de Estado francês, do qual se origina toda a teoria do contrato administrativo que se adota no Brasil. Segundo Pietro (1994), discorrendo sobre a jurisprudência francesa: ‘Em sua forma original, a concessão, em consonância com os princípios do *pacta sunt servanda* e *lex inter partes*, estava vinculada à idéia de que o concessionário executava o serviço em seu próprio nome e por sua conta e risco; essa idéia estava presente no próprio conceito de serviço público. No entanto, no curso de sua evolução, foi-se firmando a idéia de que o contrato de concessão, por ter por objeto a execução de um serviço público e visar, portanto, o interesse geral, deve ser essencialmente mutável e flexível, de modo a assegurar a continuidade na prestação do serviço.’”

²³ No sentido de que há distinção entre risco e álea, Cf. FRANÇA, 2011.

A crítica principal quanto ao elemento do risco e à posição pacífica de que a concessão é um contrato comutativo, é que onde há equivalência dos encargos contratuais das partes, bem como prévio conhecimento destes, existe, por si só, atenuação do risco do concessionário. Essa característica implica, também, como decorrência lógica, a “salvaguarda dos contratantes quanto aos riscos inerentes às situações alheias à sua vontade e imprevisíveis (cláusula *rebus sic stantibus*)” (PEREZ, 2006, p. 104). Outros aspectos são: a previsão de modicidade de tarifas (princípio da modicidade de tarifas, conforme art. 6º, § 1º, da Lei 8.987/1995), tendo em vista a evidente incompatibilidade com o tradicional risco exclusivo, pois quanto maiores os riscos, maiores são os custos transferidos aos usuários; e a necessidade de prévio e pormenorizado planejamento técnico e econômico-financeiro (arts. 5º, 16, 18, IV, e 21 da Lei 8.987/1995), porquanto se a gestão do serviço público se desse realmente por conta e risco exclusivo do concessionário, logicamente não haveria finalidade de a Administração Pública realizar estudos de viabilidade da concessão (PEREZ, 2006, p. 104). Perez aponta aquela que aparentemente é a maior das contradições:

Mas a maior das contradições da doutrina tradicional do risco na concessão de serviço público está no fato de admitir teoricamente a transferência total dos riscos ao concessionário, porém, ao mesmo tempo, reconhecer que há garantia do concessionário em relação a alguns riscos relacionados ao empreendimento, geralmente chamados de riscos extraordinários ou de álea extraordinária (PEREZ, 2006, p. 104).

Justen Filho também afirma que houve evolução da teoria clássica das áleas:

Mas os conceitos de “risco ordinário” e “extraordinário” têm de ser adaptados à dimensão da autonomia do concessionário. A redução dos controles estatais acerca das práticas empresariais e das opções do concessionário acarreta a ampliação do conceito de “álea ordinária”. A identificação concreta dos limites entre “álea ordinária e extraordinária” não pode ser produzida através da mera leitura do texto legal. Os conceitos são formulados em termos abstratos, mas a identificação em face do caso concreto depende das circunstâncias econômicas. Mais precisamente, a dimensão da autonomia privada determina o enquadramento em cada uma das categorias. Ampliando-se a autonomia privada também se aumenta a abrangência da álea ordinária (JUSTEN FILHO, 2005).

Concretamente há variadas razões que ilustram empiricamente as críticas alinhavadas sobre a doutrina clássica do risco e sua insuficiência na solução dos problemas, tais como: o modo de prestação do serviço planejado por longos prazos, a partir de exaustivas projeções de demandas; as previsões de crescimento demográfico e econômico; as diretrizes de desenvolvimento regional; o planejamento urbano; o estágio de desenvolvimento das tecnologias aplicadas na prestação do serviço; o tempo médio de duração dos bens necessários ao serviço (PEREZ, 2006, p. 113).

A concessão deve apresentar atratividade ao capital privado, de sorte que é necessário conferir certas garantias aos investidores, sobretudo, porque as incertezas que cercam o contrato firmado com a Administração Pública não são apenas de ordem técnica e econômica, mas também de ordem política, decorrentes da própria estrutura do Estado de direito e do funcionamento de suas instituições.

Portanto, podemos sustentar que a teoria tradicional das áleas não é suficiente para regulamentar todas as situações geradas no decorrer da concessão, o que não significa o descarte da teoria das áleas ordinária e extraordinária, tal como herdada da teoria geral dos contratos administrativos, mas avançar a partir desse marco colocado; iniciar com essa teoria, isto é,

[...] aprofundar a análise dos problemas concretos nas concessões de serviço público e buscar alternativas que representem a sua efetiva solução, de modo a proporcionar maior segurança jurídica a quem contrata uma concessão e maior estabilidade econômica ao usuário de serviços públicos (PEREZ, 2006, p. 118).

Em outras palavras

O intérprete do Direito terá de lidar com a justificativa da decisão de socorrer ou não financeiramente concessionárias de serviço público que se encontram em dificuldade econômica (sem que exista, por exemplo, fato excepcional superveniente e imprevisível a justificar essa situação); com as consequências jurídicas do impacto da regulação econômica dos serviços públicos, que poderá eventualmente visar a redução da margem de lucro de um operador dominante, ainda que concessionário, para dar lugar à competição econômica naquele setor ou, simplesmente, visar à defesa do usuário, mediante edição ou alteração de regulamentos supervenientes à contratação (PEREZ, 2006, p. 118).

No que concerne à jurisprudência brasileira, a teoria das áleas ordinária e extraordinária é a adotada

com os mesmos contornos das críticas aqui dissertadas. Estabelece-se garantia que não previne a eclosão de prejuízos aos concessionários e, eventualmente, o comprometimento da concessão.

Podemos constatar que os tribunais pátrios não deixam outra alternativa a não ser a clássica teoria das áleas, mesmo em face de questões complexas relacionadas ao risco dos contratos de concessão de serviço público (PEREZ, 2006, p. 125-126). Talvez não tenham despertado para a evolução do próprio direito administrativo e seus institutos²⁵, o que impede, muitas vezes, a solução dos conflitos difíceis que cercam a questão do risco nas concessões.

Acreditamos que o norte deva ser a aplicação do princípio da proporcionalidade (balanceamento),²⁶ a fim de alcançar a decisão mais justa na pesagem dos valores envolvidos nas concessões, isto é, atingir o equilíbrio entre o aspecto financeiro das concessionárias de serviço público que eventualmente se encontram em dificuldade econômica; os impactos da regulação econômica dos serviços públicos no sistema jurídico; a competição econômica no respectivo setor; e, ao mesmo tempo, a defesa do usuário.

4.3 A tendência de atenuação dos riscos do concessionário e as parcerias público-privadas – PPPs

É dentro do atual ambiente delineado neste artigo que surgem novas formas de concessão, preconizadas em legislações estaduais assim como na Lei 11.079/2004 (Lei Federal das Parcerias Público-

Privadas — PPPs).²⁷ Essa contém dispositivos que atenuam o risco do concessionário, como por exemplo, os arts. 4º, VI e 5º, III (estabelecem “regra explícita de repartição dos riscos”, “abandonando a fórmula da doutrina tradicional do risco na concessão”)²⁸.

A referida lei federal trouxe a possibilidade de distribuição objetiva do risco ordinário ou empresarial ao concedente ou parceiro público (FRANÇA, 2011, p. 70).²⁹ Inova pelo menos no ponto de permitir que o Poder Público assumira parcela dos riscos por meio do pagamento de determinadas quantias ao parceiro privado. Vale dizer:

A lei das parcerias público-privadas delega ao contrato, à autonomia contratual da Administração

²⁷ “Em resumo, apontam-se como características dos atuais contratos administrativos: diversificação de formas, simplificação de procedimentos, maior liberdade na seleção dos contratados, igualdade entre as partes e atitude de parceria e colaboração, solução de questões por negociação e consenso e compatibilização de interesses. Quanto a estes aspectos, noticia-se que uma nova doutrina sobre a matéria está em elaboração, com estudos avançados especialmente nos Estados Unidos. Dentro dessa nova filosofia — pretende-se —, está a Lei 11.079/2004, instituindo normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada (uma nova modalidade de concessão) no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios” (MOREIRA, 2005, p. 300).

²⁸ Outro exemplo ilustrativo é a alteração efetuada pela Lei 11.196, de 21 de novembro de 2005, que instituiu novas garantias para o concessionário, alterando os arts. 27 e 28 da Lei 8.987/1995 e mantendo a tendência atual de abertura explícita da legislação a novas formas de concessão que dão mais abrigo aos riscos do concessionário, reduzindo ainda mais o alcance da doutrina tradicional (PEREZ, 2006, p. 127). A novidade, todavia, é de certo modo relativa, porquanto a tendência de flexibilização dos contratos administrativos parece estar presente desde a edição da Lei 8.987/1995. Segundo Wald, Moraes e Wald (1996, p. 35-39) ao dissertar sobre as inovações do citado diploma legal, à época recém editado: “4.3. A colaboração entre a empresa privada e a Administração, direta ou indireta, decorre da necessidade de ser dada ao contrato administrativo maior *flexibilidade*, que se torna indispensável para a realização da obra pública, em virtude das próprias cláusulas exorbitantes existentes no contrato e do atendimento imperativo do interesse público. 4.18. No contrato administrativo, muitas vezes as partes estão, pois, participando de um verdadeiro contrato associativo, que se caracteriza pela *flexibilidade*, pela *organização comum do trabalho* e pela possibilidade de, frente a situações econômicas adversas ou imprevisíveis, admitir, necessariamente, soluções negociadas ou renegociadas em relação aos problemas que surgem na execução do acordo inicialmente feito, especialmente tratando-se de contratos de longo prazo”.

²⁹ França defende uma repartição objetiva dos riscos, onde cada uma das partes assumiria o risco que estivesse mais apto a suportar; não se levaria em conta aspectos subjetivos das partes, mas o objeto do contrato firmado. A autora argumenta que não é cabível atribuir os riscos ordinários ao parceiro público, porquanto são riscos normais, decorrentes da álea negocial ou empresarial, álea perfeitamente esperada e riscos comumente previsíveis às partes.

²⁵ Na visão de Marques Neto (2009, p. 7): “Vivemos, portanto, um período de transição. Como sói nesses instantes, o novo já se mostra, mas a tradição resiste. Não é incomum nesses momentos, inclusive, que o modelo prevalecente no período anterior pareça se fortalecer. Isso é fruto do último suspiro da velha ordem. Tem sido assim ao longo do tempo. Quanto mais um modelo teórico se esgarça, mais veemente tende a aparentar seu respaldo. Mas, a contratualidade administrativa é um feto. Talvez o que faltava para sepultar, finalmente, o poder de império”.

²⁶ Segundo Alexy (2000, p. 295): “A conflict between two rules can only be solved by either introducing an exception clause into one of the two rules or declaring at least one of them invalid”, enquanto a colisão de princípios é resolvida por balanceamento (*The Balancing Law*), que “é uma parte do que é requerido por um princípio mais abrangente (*comprehensive*). Esse princípio mais abrangente é o princípio da proporcionalidade (*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*)” (ALEXY, 2003, p. 131-140). Em outras palavras: na prática o balanceamento é o princípio da proporcionalidade, ou um de seus aspectos essenciais, de modo que “Commands to be optimized are the objects of balancing or weighing. They can be termed “the ideal ‘ought’” or “ideals” (ALEXY 1995, p. 203 *apud* ALEXY 2000, p. 30). An ideal “ought” is something that is to be optimized and thereby transformed into a real ‘ought’” (ALEXY 1995, p. 204 *apud* ALEXY, 2000, p. 300).

Pública, legalmente estabelecida e delimitada, a determinação de que parcela de riscos será assumida pelo Estado e os critérios de como será calculada em pecúnia (ARAGÃO, 2005).

O problema está em calcular o risco do contrato, a exigir do jurista esforço de compreensão de outras disciplinas, sobretudo nos campos da economia e das finanças. Nas palavras de Pinto:

Inovadores, esses dispositivos exigem dos juristas grande desprendimento em relação a antigos paradigmas e um esforço de compreensão que vai além dos limites mais estreitos do direito, avançando no campo da economia e das finanças. Sem um ou outro — desprendimento e análise econômico-financeira — certamente os efeitos da Lei de PPP ficarão aquém das expectativas da sociedade (PINTO, 2006, p. 152-182).

Nesse sentido, parece que a repartição do risco ficará disciplinada em cada contrato de PPP, conforme interpretação sistemática dos arts. 4º, VI e 5º, III, da Lei 11.079/2004. A exemplo do que ocorre nos contratos privados, as propostas de contratação nos processos de licitação serão tanto mais onerosas quanto forem os riscos assumidos pelo setor privado, de modo que, presumidamente,

[...] embora a repartição de riscos seja determinada pela administração pública antes da licitação, o contrato celebrado entre as partes reflete um consenso entre parceiro público e parceiro privado, cristalizado no preço cobrado pelos serviços (PINTO, 2006, p. 155-182).

No que tange à constitucionalidade do art. 5º, III retromencionado, podemos sustentar que não existe o princípio do equilíbrio econômico-financeiro, mas o da manutenção desse equilíbrio. Não encontra amparo na Constituição Federal qualquer modificação ou suspensão de cláusulas contratuais porque o contrato administrativo não é economicamente equilibrado. De fato, “o que a Constituição determina é que as condições propostas pelo licitante sejam mantidas uma vez celebrado o contrato”, assim:

Obviamente, não há inconstitucionalidade na determinação legal de que o contrato de PPP seja objetivo na repartição dos riscos. Quanto mais objetivo for o contrato, mais transparente será o procedimento licitatório e mais justa será a contratação. Uma repartição clara de riscos no contrato garante que as propostas econômicas do setor privado serão compatíveis com os riscos assumidos e também que todos os participantes

do processo licitatório terão ciência desses riscos (ARAGÃO, 2005, p. 163-164).

Em resumo, com o advento de novas normas brasileiras sobre concessões ou das parcerias público-privadas (Lei 11.079/2004 – PPPs) parece haver tendência atual de superação dos problemas gerados pela vagueza da divisão de riscos. As normas atuais determinam ao administrador público o dever de realizar, antes da licitação, planejamento eficiente do empreendimento a fim de que “repartam de forma razoável, baseado numa análise de custo-benefício, os encargos e riscos do empreendimento concessionário” (PEREZ, 2006, p. 132). Pensamos que a teoria das áleas ordinária e extraordinária é o ponto de partida para o desenvolvimento de interpretação que explicita detalhadamente os riscos mais frequentes nas concessões (BORGES, 2009)³⁰, bem como para estabelecer, em cada caso, o melhor arranjo contratual a fim de dividi-los adequadamente e alcançar maior economicidade e segurança da contratação (BORGES, 2009).

Podemos sustentar, por conclusão, que o nascimento do direito administrativo decorreu do reconhecimento da inadequação do direito privado, ou seja, como direito derogatório do regime jurídico privado, porém, a distinção formal entre direito público e direito privado está superada, razão pela qual o direito administrativo deve se adaptar às novas realidades. Vale dizer: a aparente revolução do direito toca, também, ao direito administrativo, motivo pelo qual a melhor interpretação é aquela que reconhece as contradições e antagonismos e os aplica de modo mais equilibrado. Não pode ser diferente com o

³⁰ Na visão de Borges, atualmente, há considerável *flexibilização* em relação às cláusulas exorbitantes dos contratos administrativos, ocorrida sempre nos termos da lei, exceto quanto ao equilíbrio econômico-financeiro, devido ao seu *status* constitucional. No âmbito da Lei 11.079/2004, denominada de Lei das Parcerias Público-Privadas, cita-se exemplificativamente: penalidades aplicáveis ao parceiro privado e à Administração (art. 5º); repartição dos riscos entre as partes; e o estabelecimento de garantias diferenciadas (art. 8º). Porém, não se pode desprezar as cláusulas exorbitantes, pois elas visam “proteger o interesse público, alterando as condições previamente ajustadas à nova realidade fática, para que o contrato não se desvie dos resultados preordenados”.

tratamento da administração dos riscos nos contratos de concessão. Nas palavras de Cassese³¹⁻³²:

Finalmente, o direito administrativo, construído a partir de diversos materiais, agora é repleto de ambigüidade. Deve compor em equilíbrio difícil muitos fatores e, portanto, aparece como um prédio torto. Aspira a democracia, que absorveu algumas instituições, mesmo a democracia administrativa é um paradoxo: é o ser humano, e não o outro, e vice-versa. É subordinado à política, mas tenta perceber independente (o inglês fala de neutralidade partidária). É um corpo estável de regras e funcionários, mas permite o gerenciamento de funcionários eleitos. É baseado em decisões, mas precedido de processo. É unilateral, mas buscando o acordo. Imposto pela força, mas sob o controle do juiz. Obedece à política, mas também a critérios técnicos e legais. Ele é legitimado por consenso, mas, principalmente, a partir do Direito. É *gubernaculum* (poder discricionário e "insindicizável"), mas também *jurisdictio* (poder de acordo com a lei). É a mistura de todas as características tradicionais que o Direito Administrativo moderno tira a sua força e vitalidade. Seria um erro considerar apenas alguns e não outros (CASSESE, 2004, p. 390).

5 Conclusão

O direito administrativo se valeu do conceito de contrato para conceber o instituto do contrato

administrativo, tendo em vista a essencialidade das premissas teóricas do conceito de contrato.

Os elementos fundamentais da teoria dos contratos administrativos remontam aos primórdios do século XX, por obra do Conselho de Estado francês, ainda no quadro do Estado liberal. Faltava uniformidade quanto à aceitação do instituto. A controvérsia inicial foi a possibilidade de o Estado ocupar um dos polos do contrato, mas a concepção de contrato regido pelo direito administrativo vingou.

As transformações sociais entre o século XIX e a primeira metade do século XX trouxeram consequências ao entendimento do Estado e, por conseguinte, ocorreu movimento constituído por princípios democratizantes do direito administrativo. Houve o deslocamento de eixo da imperatividade para a consensualidade, de sorte a recrudescer, a contar dos anos 70, a preocupação com os contratos de direito público. O modelo de administração por autoridade cedeu espaço à administração por consenso.

Essa tendência está inserida no ambiente de transformação do próprio direito administrativo e se ampliou depois dos anos 90, sobretudo no tocante aos módulos consensuais e ao surgimento de novas figuras contratuais, como é exemplo o termo "parceria".

No que tange à doutrina brasileira, no século XIX, era totalmente omissa na formulação de uma teoria para analisar a celebração de contratos pela Administração Pública. No século XX, nota-se a influência da doutrina francesa sobre o contrato administrativo, sobretudo a sujeição a um regime administrativo especial. A introdução da discussão sobre o contrato administrativo ocorre com a concessão de serviços públicos.

No Brasil, a teoria do contrato administrativo não parece ter sido formulada pela jurisprudência, ao contrário do que ocorreu na França, mas pela doutrina e pela legislação, razão pela qual recebe cuidado dogmático arraigado. Algumas decisões do Supremo Tribunal Federal, na década de 60, demonstram a aceitação, sem maiores contestações, da ideia de um regime especial dos contratos administrativos, contendo cláusulas exorbitantes.

Portanto, a doutrina brasileira não discrepa de modo geral do histórico da evolução do conceito de contrato administrativo e das perplexidades que o cercam, tampouco se exime das tendências mais recentes de modificação dos institutos nucleares do

³¹ Tradução livre do autor: "*In fine, il diritto amministrativo, costruito con tanti materiali diversi, è oggi pieno di ambiguità. Deve comporre, in difficili equilibri, molti fattori e si presenta, quindi, come un edificio sbilenco. Aspira alla democrazia, di cui ha assorbito alcuni istituti, anche se la democrazia amministrativa è un ossimoro: se è l'uma, non è l'altra, e viceversa. È subordinato alla politica, ma cerca di rendersene indipendente (gli inglesi parlano di partisan neutrality). È un corpo stabile di regole e di funzionari, ma consente la gestione a funzionari eletti. È fondato su decisioni, ma precedute da procedimenti. È unilaterale, ma opera cercando l'accordo. Impone con la forza, ma si sottopone al controllo del giudice. Obbedisce alla politica, ma anche a regole tecniche e criteri giuridici. È legittimato dal consenso, ma principalmente dal diritto. È gubernaculum (potere discrezionale e insindacabile), ma anche jurisdictio (potere secondo la legge). È dalla mistura di tutti questo tratti tradizionali e moderni che il diritto amministrativo trae la sua forza e la sua vitalità. Sarebbe un errore considerare solo gli uni e non gli altri"* (CASSESE, 2004, p. 390).

³² No mesmo sentido da nota anterior: "*En ese contexto, la perspectiva o visión sistemática ofrece una acertada visión de conjunto; aporta las claves para una más profunda comprensión de la lógica a la que responden los efectos y consecuencias de cada fenómeno. La tesis central de esta obra se puede condensar en las siguientes palabras: solo si se construye sistemáticamente el Derecho administrativo se podrán identificar los valores en conflicto y neutralizar las contradicciones o la desintegración que en la evolución del Derecho generan los distintos sectores especiales, siempre en continuo movimiento"* (SCHMIDT-ASSMANN, 2003, p. 2).

direito administrativo, sobretudo a modificação do eixo na direção da consensualidade, Administração concertada e parcerias.

O certo é que o debate acerca do instituto do contrato administrativo evoluiu. Sem olvidar a doutrina clássica e o histórico de evolução do conceito, o conclave tem novos contornos, especialmente nos últimos sessenta anos, inserido em recentes transformações do próprio direito administrativo. Podemos destacar como mais relevantes para este artigo a expansão do direito administrativo em face do Constitucional, com o qual se mistura; a tendência de estabelecer um novo equilíbrio entre o público e o privado; e a revolução do direito.

É nesse ambiente de contradições que se critica a clássica exorbitância do regime do contrato administrativo. Podemos postular que há dificuldade em identificar em concreto as “exorbitâncias” do contrato administrativo, mesmo tendo em conta os princípios subjacentes à natureza jurídica do contrato administrativo.

As prerrogativas reconhecidas em geral à Administração que podem ser resumidas em três categorias principais: interpretação do contrato; fiscalização, direção ou imposição de sanções; e modificação ou extinção unilateral do contrato, não são específicas do direito administrativo, em si mesmo, pois podem existir sem problemas em contratos jurídico-privados. A peculiaridade é entender que à Administração cabem sempre tais poderes, independentemente de qualquer previsão nas leis ou nos contratos, de modo que esse fundamento não é suficiente para considerá-los exorbitantes do direito privado.

Assim, pode haver vantagens no recurso da Administração Pública às normas de direito privado. A tese gera dúvidas e novos problemas, sobretudo decorrentes da falta de uma doutrina geral sobre as tarefas jurídico-privadas do Estado. O desafio é superar as vinculações jurídico-públicas que as entidades possuem em relação às competências, às formas de organização e de atuação, aos controles ou à responsabilidade.

É nesse quadro controverso, especificamente do direito administrativo, que a *teoria dos antagonismos* pode ser útil. Os opostos convivem no direito administrativo, motivo pelo qual o jurista deve estar atento a eles e enquadrá-los de modo correto na realidade empírica que os cercam.

Segundo a concepção clássica do problema do risco, esse seria suportado exclusivamente pelo concessionário, ou seja, o concessionário realiza investimentos e executa o serviço “por sua conta e risco”. Nesse contexto, desenvolve-se a doutrina dos riscos ordinários e extraordinários nos contratos de concessão.

A doutrina tradicional do risco e da teoria das áleas nos contratos de concessão, também, evoluiu, pois não escapa do mesmo quadro do debate que expusemos neste trabalho. A teoria tradicional das áleas aparentemente não é suficiente para regulamentar todas as situações geradas no decorrer da concessão.

A ideia central sobre a cláusula “por sua conta e risco” tem sido, teoricamente e na prática, colocada em questão, haja vista a crescente solidariedade entre concedente e concessionário quanto aos riscos, mesmo em face da força que a prática jurídica tradicional ainda possui. A insuficiência não quer significar o descarte da teoria das áleas ordinária e extraordinária, tal como herdada da teoria geral dos contratos administrativos, mas avançar a partir dela.

Os praticantes do direito administrativo continuam a aplicar a clássica teoria das áleas, mesmo em face de questões complexas relacionadas ao risco dos contratos de concessão de serviço público. Talvez não tenham despertado para a evolução do próprio direito administrativo e seus institutos, o que impede, muitas vezes, a solução dos conflitos difíceis que cercam a questão do risco nas concessões.

O norte deve ser a aplicação do princípio da proporcionalidade (balanceamento), a fim de alcançar a decisão mais justa na pesagem dos valores envolvidos nas concessões, isto é, atingir o equilíbrio entre o aspecto financeiro das concessionárias de serviço público que eventualmente se encontram em dificuldade econômica; os impactos da regulação econômica dos serviços públicos no sistema jurídico; a competição econômica no respectivo setor; e, ao mesmo tempo, a defesa do usuário.

A Lei Federal 11.079/2004 trouxe a possibilidade de distribuição objetiva do risco ordinário ou empresarial ao concedente ou ao parceiro público. Inova pelo menos no ponto de permitir que o Poder Público assumira parcela dos riscos por meio do pagamento de determinadas quantias ao parceiro privado.

O problema está em calcular o risco do contrato, a exigir do jurista esforço de compreensão de outras disciplinas, sobretudo nos campos da economia e das finanças. Nesse sentido, parece que a repartição do risco ficará disciplinada em cada contrato de PPP, conforme interpretação sistemática dos arts. 4º, VI e 5º, III, da Lei 11.079/2004. Como ocorre nos contratos privados, propostas de contratação nos processos de licitação serão tanto mais onerosas quanto forem os riscos assumidos pelo setor privado, de modo que, presumidamente, o contrato celebrado entre as partes reflete um consenso entre parceiro público e parceiro privado, consolidado no preço cobrado pelos serviços.

Com a edição da Lei 11.079/2004 (PPP) há tendência de superação dos problemas gerados pelas lacunas na divisão de riscos. O sistema jurídico hodierno determina ao administrador público o dever de realizar, antes da licitação, planejamento eficiente do empreendimento a fim de garantir a correta administração dos riscos. A teoria das áleas ordinária e extraordinária pode ser o ponto de partida para o desenvolvimento de interpretação no sentido de explicitar detalhadamente os riscos mais frequentes nas concessões, bem como para estabelecer, em cada caso, o melhor arranjo contratual a fim de dividi-los adequadamente e alcançar maior economicidade e segurança da contratação.

Portanto, nada obstante o fato de que o direito administrativo nasceu do reconhecimento da inadequação do direito privado para solução de questões relacionadas à Administração Pública, daí seu caráter de direito derogatório do regime jurídico privado, é possível defender que a distinção formal entre direito público e direito privado está superada. O direito administrativo deve se adaptar às novas realidades, porquanto a aparente revolução do direito toca, também, ao direito administrativo, motivo pelo qual a melhor interpretação é aquela que reconhece as contradições e os antagonismos e os aplica de modo mais equilibrado. A disciplina dos riscos nos contratos administrativos não foge dessa realidade e deve ser analisada com esses fundamentos.

6 Referências

ALEXY, Robert. On the structure of legal principles. *Ratio Juris*, v. 13, n. 3, p. 294-304, sept. 2000.

ALEXY, Robert. Direitos fundamentais, balanceamento e racionalidade. *Ratio Juris*, v. 16, n. 2, p. 131-140, june 2003.

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Teoria do contrato administrativo*. 2010. Tese (Doutorado de Livre-Docência) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.

ARAGÃO, Alexandre. As parcerias público-privadas – PPP's no direito positivo brasileiro. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, n. 2, maio/jun./jul. 2005. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 25 set. 2012.

ARAÚJO, Edmir Netto de. *Do negócio jurídico administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

BACELAR FILHO, Romeu. O contrato administrativo no Brasil. *Revista do Advogado (AASP)*, São Paulo, ano 29, n. 107, p. 155-167, dez. 2009.

BORGES, Alice Maria Gonzalez. Considerações sobre o futuro das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos. *Revista do Advogado (AASP)*, São Paulo, ano 29, n. 107, p. 16-24, dez. 2009.

CASSAGNE, Juan Carlos. *El contrato administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1999.

CASSAGNE, Juan Carlos. Algunas reflexiones sobre la evolución e vigencia actual del contrato administrativo. *Interesse Público*, Porto Alegre, v. 9, n. 41, p. 121-139, jan./fev. 2007.

CASSESE, Sabino. Tendenze e problemi del diritto amministrativo. *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, v. 54, n. 4, p. 901-912, ott./dic. 2004.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Tratado de direito administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 1966-1972. v. 3.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

ESTORNINHO, Maria João. *Requiem pelo contrato administrativo*. Coimbra: Almedina, 1990.

ESTORNINHO, Maria João. *A fuga para o direito privado*. Coimbra: Almedina, 1996.

FRANÇA, Maria Adelaide de Campos. *Parcerias Público-Privadas: Repartição Objetiva dos Riscos*. 2011. Tese (Doutorado em Direito) - Faculdade de Direito,

Universidade de São Paulo, São Paulo, 2011. Disponível em: www.teses.usp.br/teses/disponiveis/Maria_Adelaide_de_Campos_Franca_DO.pdf. Acesso em: 24 set. 2012.

GRAU, Eros Roberto. Arbitragem e contrato administrativo. *Revista Trimestral de Direito Público*, São Paulo, n. 32, p. 14-20, 2000.

HORBACH, Carlos Bastide. A nova roupa do direito constitucional: neo-constitucionalismo, pós-positivismo e outros modismos. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 96, n. 859, p. 81-91, maio 2007.

JÈZE, Gaston. *Principios generales de derecho administrativo*. Buenos Aires: DePalma, 1949. t. 3.

JUSTEN FILHO, Marçal. Algumas considerações acerca das licitações em matéria de concessão de serviços públicos. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, n. 1, fev./mar./abr. 2005. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em: 25 set. 2012.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 4. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2005.

LORENZETTI, Ricardo Luís. *Fundamentos do direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. Do contrato administrativo à administração contratual. *Revista do Advogado (AASP)*, São Paulo, ano 29, n. 107, p. 74-82, dez. 2009.

MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MOREIRA, João Batista Gomes. *Direito administrativo: da rigidez autoritária à flexibilidade democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Administração pública consensual. In: MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Mutações do direito administrativo*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

PEREZ, Marcos Augusto. *Orisco no contrato de concessão de serviço público*. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

PINTO, Marcos Barbosa. Repartição de riscos nas parcerias público-privadas. *Revista do BNDES*, Rio de Janeiro, v. 13, n. 25, p. 155-182, jun. 2006.

ROPPO, Enzo. *O contrato*. Coimbra: Almedina, 1988.

SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. *La teoria general del derecho administrativo como sistema: objeto y fundamentos de la construcción sistemática*. Madrid: Marcial Pons, 2003.

SILVA, Almiro do Couto e. Os indivíduos e o Estado na realização de tarefas públicas. *Revista da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul*, Porto Alegre, n. 57, p. 179-206, dez. 2003. Cadernos de direito público.

SUNDFELD, Carlos Ari. O direito administrativo entre os clips e os negócios. *Revista de Direito Público da Economia*, Belo Horizonte, ano 5, n. 18, abr./jun. 2007.

WALD, Arnoldo; MORAES, Luiza Rangel de; WALD, Alexandre de M. *O direito de parceria e a nova lei de concessões*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.