O EQUILÍBRIO FINANCEIRO NA CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO

CAIO TÁCITO
Prof. da Fac. de Direito da Univ. do Rio de Janeiro

SUMÁRIO: *O equilíbrio financeiro no contrato administrativo. — A equação financeira do contrato. — A mutabilidade do contrato administrativo. — Natureza jurídica da concessão. — A teoria do fato do príncipe. — A teoria da imprevisão. — A variação e revisão das tarifas. — Síntese do direito francês.*

CAPÍTULO I

PANORAMA DO DIREITO FRANCÊS

1 — A exploração do serviço público concedido é feita, no direito francês, por conta e risco do concessionário[1]. A êle incumbe a álea normal do contrato, consistindo nessa característica um dos traços essenciais à distinção entre a concessão de serviço público e a administração interessada (*régie interessée*), na qual o co-contratante fica desobrigado do risco financeiro do empreendimento[2].

A imposição do risco não é, contudo, irrestrita. A doutrina francesa, haurida nos fundamentos da jurisprudência do Conselho de Estado, identifica na concessão de serviço público, como nos contratos admi-

(1) JÈZE — Principios generales del Derecho Administrativo — trad. argentina — vol. III — p. 362; DUEZ E DEBEYRE — Traité de Droit Administratif — 1952 — p. 555. Mostrando o caráter especulativo da concessão, quando no contrato não figure cláusula de garantia de juros, WALINE assim caracteriza a álea normal atribuída ao concessionário: — *"Tout aléa resultant de sa propre faute, ou de sa propre impéritie, ou de sa propre incapacité technique, ou de son manque de crédit, ou simplesment du fait que le service géré n'attire pas autant de clients qu'on avait supposé (dans la concession), reste à la charge exclusive du cocontractant. C'est l'aléa inhérent à toute enterprise"* (Droit Administratif — 8ª edição — p. 576).

(2) WALINE — Droit Administratif — 8ª edição — p. 536.

nistrativos em geral, *"la clause capitale, expresse ou tacite, de l'équilibre financier ou équation financière du contrat"* [3].

Não se trata de garantir o concessionário contra as flutuações naturais na gestão do serviço, nem de elidir insucessos previsíveis e temporários. O conceito é relativo, e não absoluto, como salientou De Soto, imputando-se, em princípio, ao concessionário os lucros e perdas derivados da operação do serviço[4].

Sempre, no entanto, que, por ato próprio da administração concedente, ou por outras causas gerais, inclusive de ordem econômica, a estrutura financeira da concessão fôr substancialmente abalada, nasce para o concessionário a exigibilidade do direito ao reequilíbrio da economia do contrato, de modo a subsistir a equivalência entre as prestações, conforme a comum intenção das partes.

A álea *ordinária* fica a inteiro cargo do concessionário, que não se pode eximir ao risco voluntàriamente assumido. Na ocorrência, porém, de um ônus imprevisível, ou da atribuição unilateral de novos serviços, cumpre ao Estado absorver ou partilhar dessa álea *extraordinária*, não sòmente por um princípio de eqüidade[5], como pelo interêsse público na manutenção do serviço, dependente da estabilidade financeira do concessionário[6].

2 — O equilíbrio financeiro do contrato é, na expressão de Waline[7], um "direito fundamental" de quantos pactuam com o Estado, ou uma

---

(3) A. de LAUBADÈRE — Traité élémentaire de Droit Administratif — 2ª edição — p. 572. Ver, sôbre as bases jurídicas da organização financeira do serviço concedido, COMTE — Essai d'une théorie d'ensemble de la concession de service public — 1934 — p. 98/s.

(4) *"Il faut faire sa part à ce que la jurisprudence appelle l'aléa normal du contrat et qui laisse à la charge ou au bénéfice de la partie considerée la perte ou le boni qu'elle aurait punormalement prévoit. Il s'agit donc d'un équilibre relatif, raisonnable et non pas absolu entre les prestations des parties"* — DE SOTO — nota *in* Recueil Dalloz — 1942 — 111, *apud A. de Laubadère*, Traité théorique et pratique des contrats administratifs — 1956 — tomo II p. 35 — nota 5.

(5) *"La théorie de l'équation financière est un théorie d'équité"* — PEQUIGNOT, Théorie genérale du contrat administratif, 1945, p. 448. No mesmo sentido, LAUBADÈRE — Contrats administratifs — II — 34.

(6) *"Il est bien évident que si l'Administration usait de son pouvoir de modification des obligations du concessionnaire sans lui accorder d'indemnité, ou même si elle se désintéressait du fonctionnement financier de la concession, des déficits persistants pourraient amener le concessionnaire à cesser le service.*
L'idée d'équilibre financière relie les deux pôles du contrat de concession: c'est elle qui assume la synthèse entre le fait qu'il s'agit d'un service public et en même temps d'une entreprise privée" — GEORGES VEDEL, Droit Administratif — II — 1959 — p. 579.

(7) MARCEL WALINE, Droit Administratif — 8ª edição — 1959 — p. 574.

"norma fundamental da teoria dos contratos administrativos", segundo De Soto[8]. Constitui o "primeiro direito original do co-contratante da Administração", esclarece Pequignot[9] e deve ser respeitado como "elemento determinante do contrato", conforme Laubadère[10].

O princípio visa, sobretudo, à correlação entre os encargos e a remuneração correspondente, de acôrdo com o espírito lucrativo que é elementar aos contratos administrativos e, especialmente, à concessão do serviço público.

Duez e Debeyre elucidam, excelentemente, o conteúdo da equação financeira da concessão:

> *"Les obligations réciproques qui figurent dans l'acte de concession n'ont pas une valeur absolue, elles ont une valeur de relation: entre elles s'établit un certain rapport et c'est ce rapport qui doit être maintenu. Ce ne sont les prestations (A, B, C) du concédant qui sont immuables, ni celles (a, b, c) du concessionaire, mais le rapport qui a été établi entre A, B, C et a-b-c"*[11].

Há, entre os direitos e obrigações das partes, um sistema de vasos comunicantes, ou uma relação necessária de causalidade, de que decorre o ajustamento do preço quando a prestação do serviço se modifica, quantitativa ou qualitativamente, ou quando se torna exorbitantemente onerosa.

---

(8) *"Le maintien de cet équilibre constitue une norme fondamentale de la théorie des contrats administratifs. Les obligations des parties sont censées avoir été calculées de telle sorte qu'elles se balancent au point de vue financier et le juge de contrat devra s'efforcer de maintenir côute qui côute cet équilibre"* — DE SOTO — Recueil Dalloz — 1942 — 111 — *apud* — *Laubadère*, Contrats Administratifs, II, 35, nota 6.

(9) PEQUIGNOT, ob. cit. p. 430.

(10) LAUBADERE, Contrats Administratifs — II — 34.

(11) DUEZ E DEBEYRE — ob. cit., p. 556. No mesmo sentido escreve PEQUIGNOT: *"L'équilibre du contrat de droit privé est statique et du type a = b. Si l'une des parties à un contrat de droit privé méconnait ses obligations, elle comment une faute, le système contractuel est irrémediablement rompu. L'équilibre du contrat administratif est dynamique et du type* $\frac{a}{b} = \frac{a'}{b'}$. *Si l'Administration substitue une obligation a' à l'obligation originaire, la rémunération de son cocontractant qui était b à l'origine deviendra b', et le système contractuel, ainsi réequilibré, será maintenu"* (*Juris classeur Administratif* — fascículo 511 — n. 237). Ver, do mesmo autor, Théorie générale du Contrat Administratif — p. 451.

Na opinião autorizada de Waline,

> *"l'éequilibre financier ou l'équation financière du contrat, c'est un rapport qui a été établi par les parties contractantes elles-mêmes au moment de la conclusion du contrat, entre un ensemble de droits du contractant et un ensemble de charges de celui-ci, qui ont paru équivalents, d'où le nom d'équation; dès lors cette équivalence ne peut plus être alterée"* [12].

Como em tantos outros aspectos do direito administrativo francês, a garantia da equação financeira da concessão, ou dos contratos administrativos em geral, não consta de texto expresso da lei.

A norma foi elaborada, com admirável precisão, na jurisprudência do Conselho de Estado, a partir do aresto de 21 de março de 1910 (*Compagnie Générale Française des Tramways*), em que Léon Blum, como Comissário do Govêrno, lançou a famosa parêmia, ainda hoje de trânsito usual na doutrina, da *equivalence honnête* entre as obrigações e direitos do concessionário.

São dêsse notável parecer, que lastreou a construção pretoriana, os trechos seguintes:

> *"Les avantages consentis au concessionnaire et les charges qui lui sont imposées doivent se balancer de façon à former la contrapartie des bénéfices probables et des pertes prévues. Dans tout contrat de concession est aussi impliquée, comme un calcul, l'equivalence honnête entre ce qui est accordé au concessionaire et ce qui est exigé de lui. Et ce calcul d'equivalence est essentiel au contrat, bien qu'il soit étranger à sa constitution juridique et qu'il n'en modifie pas sa nature, par la raison qu'il est la base, le fondement même, de l'accord, du consentement"*.

Quando o equilíbrio obrigacional se torna instável, pela agravação dos encargos iniciais, abre-se para o concessionário

> *"un droit à indemnité, ou, plus exactement, le droit de reclamer un supplément de rémunération"*.

É que a exigência de uma prestação superior à da convenção inicial importa forçar um dos têrmos de

---

(12) WALINE, ob. cit., p. 575.

"cette équation financière qu'est, en un sens, toute concession"[13].

A doutrina firmada, há meio século, nessa manifestação da justiça administrativa francesa, conserva inteira atualidade, conforme o testemunho de Jean Rivero, no mais recente manual sôbre a disciplina:

> *"En dehors des clauses formelles, le concessionnaire peut se prévaloir du principe de* l'équilibre financier du contrat. *Commun à tous les contrats administratifs, ce principe joue dans la concession, étant donné sa longue durée, un rôle essentiel"*[14].

O seu enderêço originário visou a compensar a admissão de outro princípio correlato, a que Pequignot crismou de "mutabilidade" do contrato administrativo, por oposição à imutabilidade dos contratos de direito privado[15].

Consiste em reconhecer a supremacia da Administração, quanto à faculdade de inovar, unilateralmente, as normas do serviço, adaptando as estipulações contratuais às novas necessidades e conveniências públicas[16].

Duguit, responde, afirmativamente, *sans hésiter*, ao quesito sôbre o direito do Estado a modificar as condições de exploração do serviço concedido, esclarecendo que

> *"les organes publics sont avant tout chargés d'assurer le fonctionnement des services dans les meilleures conditions possibles; et ils ont par conséquent, non seulement le pouvoir, mais de devoir d'intervenir pour réaliser touts les modifications nécessaires au bon fonctionnement du service, qu'il soit concédé ou non"*[17].

---

(13) Ver texto completo da decisão e do parecer *in* Revue du Droit Public et de la Science Politique, vol. 27, p. 270/segs.

(14) JEAN RIVERO, Droit Administratif — 1960 — p. 428.

(15) PEQUIGNOT, Théorie, cit. — p. 365 e Juris classeur Administratif — fasc. 511, nº 213; VEDEL, ob. cit. p. 573.

(16) WALINE, Traité élémentaire de Droit Administratif — 5ª edição — 1950 — p. 361.

(17) DUGUIT, Traité de Droit Constitutionnel, 2ª edição, vol. III, p. 415.

Autores mais antigos, como Jèze[18], Hauriou[19], Blondeau[20], Comte[21], ou mais atuais, a exemplo de Duez e Debeyre[22], Waline[23], Laubadère[24], comungam na acolhida ao poder latente da administração de atualizar os requisitos técnicos dos cadernos de encargos.

É certo que há vozes divergentes nesse côro de opiniões. L'Huillier contesta, formalmente, a tese, que lhe parece mítica, de um poder geral de modificação unilateral dos contratos administrativos.

Observa que os contratos administrativos têm, em princípio, fôrça de lei; não podem ser alterados, senão pelo mesmo processo de sua formação. Concede, no entanto, que, excepcionalmente, poderão ser modificados, ou mesmo rescindidos, por ato unilateral do Estado, segundo cláusulas expressas ou implícitas, ou, ainda, em virtude de texto legal imperativo[25].

Também Saroit Badaqui fêz, recentemente, cerrada crítica aos pressupostos da teoria da mutabilidade dos contratos administrativos. A seu juízo, o poder modificador tem como fundamento filosófico a noção do interêsse geral e como condição de existência a mutação das circunstâncias[26].

---

(18) JÈZE, Principios, cit. IV, p. 237. Mais tarde, êsse autor repeliria a generalidade da aplicação do princípio a todos os contratos administrativos, reafirmando, porém, o cabimento nos contratos de concessão de serviço público (Revue du Droit Public, 1945, p. 257).

(19) HAURIOU, La jurisprudence administrative de 1892 à 1929, vol. III, p. 470.

(20) BLONDEAU, La concession de service public, 1933, — p. 175.

(21) COMTE, Essai d'une théorie d'ensemble de la concession de service public, 1934, p. 68.

(22) DUEZ E DEBEYRE, ob. cit., p. 557.

(23) WALINE, Droit Administratif, 8ª edição, p. 14.

(24) LAUBADÈRE, Du pouvoir de l'administration d'imposer unilateralment des changements aux dispositions des contrats administratifs, Revue du Droit Public, 1954, p. 26/s.

(25) L'HUILLIER, Les contrats administratifs tiennent ils lieu de loi à l'administration? — Recueil Dalloz, 1953, Chron., p. 87.

(26) SAROIT BADAOUI, Le fait du prince dans les contrats administratifs, 1955, p. 47/s. Escreve MICHEL ROUSSET, em obra recente: *"Le pouvoir de modification s'integre dans une théorie de la "mutabilité" du contrat administratif dont les deux pilliers sont constitués par la notion d'intérêt général et le changement des circonstances"* (L'idée de puissance publique en Droit Administratif — 1960 — p. 148).

Laubadère, em excelente síntese, traçou os limites do poder administrativo de modificação unilateral, particularizando a sua aplicação às várias espécies de contratos administrativos[27].

4 — No tocante à concessão de serviço público, a concepção contratual pura tem cedido passo à natureza mista, ou dupla, do instituto jurídico.

Na opinião dominante entre os autores franceses modernos, convivem, no ato da concessão, uma parte contratual e outra regulamentar.

Duguit mencionou o caráter complexo da concessão: a um tempo, convenção-contrato e convenção-lei, compreendendo cláusulas contratuais e cláusulas regulamentares. As primeiras regulam as prestações recíprocas entre o poder concedente e o concessionário; as segundas, determinam a forma de exploração do serviço público, compondo, verdadeiramente, a lei do serviço[28].

Mostra Blondeau que o caráter contratual da concessão não é incompatível com a natureza regulamentar das disposições orgânicas do serviço. As modificações unilaterais não podem ser feitas senão no interêsse do serviço público e devem ser compensadas financeiramente[29].

Duez e Debeyre fixam a noção atual da concessão como

> "*un* acte complexe, *pour partie de caractère* règlementaire *et pour partie, de caractère* contractuel"[30].

A dupla natureza da concessão é unânimemente admitida, na atualidade, segundo o parecer de Laubadère, consistindo em que certas cláusulas do ato são regulamentares, e outras contratuais:

> "*Il reste à savoir comment se répartissent les stipulations de l'acte de concession entre les deux catégories. Sous réserve de certaines controverses (notamment pour les tarifs, v.* infra*) on admet en général que sont* règlementaires *les clauses concernant l'*organisation et le fonctionnement *du service: conditions d'exploitation, tarifs, situation du person-*

---

(27) LAUBADÈRE, Contrats Administratifs, II, p. 329/s.

(28) DUGUIT, Traité, cit., I, pág. 313.

(29) BLONDEAU, ob. cit., p. 167, 170, 200 e 203.

(30) DUEZ e DEBEYRE — ob. cit. — p. 556, consideram de natureza regulamentar tôdas as regras que fixam a organização e o funcionamento do serviço; de caráter contratual, a duração da concessão, as vantagens especiais do concessionário e, sobretudo, a idéia de um certo equilíbrio financeiro.

nel. Ce sont des dispositions que l'on rencontrerait de même dans le règlement d'un service exploité en régie. Sont au contraire contractuelles les clauses concernant la durée *de la concession et tous les* avantages financiers *que l'administration consent au concessionnaire (avances, garanties d'intérêts, etc.); ce sont des dispositions qui ne seraient pas concevables si le service était exploité en régie" (Duguit, I, p. 421). En outre, comune dans tout contrat administratif, la partie contractuelle comprend d'une manière générale la clause capitale,* expresse ou tacite, *de l'*équilibre financier ou équation financière do contrat"[31].

5 — Podendo agravar os encargos do concessionário, à revelia de seu consentimento ou previsão, fica, no entanto, o poder concedente obrigado a indenizar integralmente o prejuízo causado. É constante, nesse sentido, a jurisprudência do Conselho de Estado, segundo a teoria do *fato do principe*[32].

Sempre que a autoridade pública, mediante ato lícito[33] e visando ao interêsse público, modifica as condições de um contrato administrativo, já concluído, responde, objetivamente, pela *álea administrativa* assim criada.

Não se confunde a *álea administrativa* — em princípio imputável à administração — com a *álea financeira normal*, que integra o risco da exploração do serviço, atribuível ao co-contratante, nem tampouco com a *álea econômica*, que adiante apreciaremos, com referência à teoria da imprevisão[34].

O fato do principe, a contrário da teoria da imprevisão, conduz à indenização integral[35], desde que reunidas certas condições essen-

---

(31) LAUBADÈRE, Traité, cit., p. 571/572.

(32) Além das obras gerais, que versam o assunto, consultar, especialmente, SAROIT BADAOUI, Le fait du prince dans les contrats administratifs, 1955.

(33) Se o ato fôr ilícito, o direito à indenização desloca-se para o capítulo da responsabilidade por culpa da administração.

(34) Sôbre o conteúdo da álea administrativa, ver: *Comte*, ob. cit., p. 109; *Waline*, ob. cit., 8ª edição, p. 581; *Laubadère*, Traité, cit., p. 437; *Duez* e *Debeyre*, ob. cit., p. 570.

(35) LAUBADÈRE — Contrats, cit., III, p. 25, escreve: *"C'est dans ce sens que l'on oppose par exemple la théorie du fait du prince à celle de l'imprévision: l'imprevision oblige l'administration à prendre à sa charge une partie des pertes éprouvées par son cocontractant, alors que le fait du prince ouvre au cocontractant un droit à recevoir la compensation intégrale du préjudice qu'il a subi dès lors que ce préjudice a été provoqué por le fait en question".*

ciais: imputação à coletividade pública contratante; imprevisibilidade da medida administrativa e natureza do ato gerador do prejuízo[36].

Primitivamente, a teoria do fato do principe abrangia todo e qualquer ato de autoridade pública, que viesse a onerar, direta ou indiretamente, os encargos de exploração do concessionário, fora dos riscos normais e previsíveis[37].

Recentemente, porém, o Conselho de Estado, a partir de 1949[38], a propósito de contratos de concessão de serviço público, limita a aplicação da teoria do fato do principe às medidas tomadas pela própria administração concedente e remete para a teoria da imprevisão a hipótese em que o prejuízo é oriundo de ato de autoridade estranha ao contrato[39].

É irrelevante se a administração concedente lesou a equação financeira em virtude de modificação direta de uma estipulação contratual ou do caderno de encargos, ou se apenas indiretamente atingiu as condições de execução do contrato, desde que sôbre êle ocorreu a incidência especial do ato administrativo. Em ambos os casos, a teoria do fato do principe resguarda a estabilidade financeira do outro contratante[40].

A natureza do ato serve, ainda, à caracterização do fato do principe. Quando se trata de medidas de ordem geral, ainda que incidentes sôbre a economia da convenção, não se aplica, via de regra, êsse fundamento indenizatório[41].

Se, no entanto, a medida geral afetar, diretamente, um dos elementos essenciais do contrato, terá pertinência a invocação dessa forma de restabelecimento da equação financeira[42].

A teoria do fato do principe corresponde, segundo Laubadère, a uma figura de responsabilidade contratual sem falta da administração.

---

(36) LAUBADÈRE, ob. cit., II, p. 29.

(37) Conselho de Estado, 20 de maio de 1904, *Cie. Marseillaise de Navegation;* 28 de novembro de 1926, *Tanti.* Ver: *Duez* e *Debeyre,* ob. cit., p. 570; *Laubadère,* Contrats, III, p. 32.

(38) Conselho de Estado — 4 de março de 1949 — *Ville de Toulon;* 15 de julho de 1949, *Ville d'Elbeuf;* LAUBADÈRE — *Manuel,* cit., p. 221.

(39) LAUBADÈRE, *Contrats,* III, p. 32 e 33; Traité, cit., p. 437 e 438; *Rivero,* ob. cit., p. 104.

(40) PEQUIGNOT, Revue du Droit Public et de la Science Politique, 1952, p. 202 e 203.

(41) DUEZ e DEBEYRE, ob. cit., p. 571; PEQUIGNOT, Revue, cit., p. 203.

(42) LAUBADÈRE, *Contrats,* III, p. 37/s.; *Traité,* cit., p. 438; JEAN RIVERO, ob. cit., p. 104; WALINE, ob. cit., p. 578.

A seu juízo, as noções de responsabilidade contratual e de equilíbrio financeiro se completam: a primeira é o processo de técnica jurídica; a segunda, o fundamento geral da responsabilidade objetiva[43].

6 — O princípio da estabilidade financeira dos contratos administrativos completa-se, no direito francês, por meio da teoria da imprevisão, que serve de garantia contra a *álea econômica* que venha a perturbar, de modo intolerável e inesperado, as obrigações contratuais. Distingue-se da *fôrça maior* em que a execução, embora mais onerosa, não é impossível; do *fato do princípe*, em que decorre de eventos exteriores[44].

O princípio da continuidade do serviço público impõe ao concessionário o dever de prosseguir na exploração, mesmo se fôr ruinosa. À administração incumbe, correlatamente, partilhar das cargas extracontratuais, restaurando a economia abalada e a eficácia da execução do contrato[45].

A imprevisão deve ser uma situação temporária. Se o equilíbrio da concessão estiver definitivamente comprometido, a solução será a rescisão do contrato[46]. Não desaparece, ainda nessa hipótese, a obrigação de indenizar o concessionário que permaneceu em serviço, malgrado as circunstâncias adversas[47].

A teoria da imprevisão, cujas raízes históricas remontam à cláusula *rebus sic stantibus*, estratifica-se, no direito administrativo francês, com o famoso aresto do Conselho de Estado, de 30 de março de 1916, *Compagnie Générale d'Éclairage de Bordeaux*[48].

---

(43) LAUBADÈRE, Les éléments d'originalité de la responsabilité contractuelle de l'administration, *in* L'Evolution du Droit Public, 1956, p. 390/s.; do mesmo autor, *Contrats*, cit., III, p. 63/s.. Ver, também, SAROIT BADAOUI, ob. cit., p. 199/s.. Em sentido contrário; RENÉ CHAPUS — Responsabilité publique et responsabilité privée, 1954, p. 340 e 372.

(44) LAUBADÈRE, *Manuel*, cit., p. 221.

(45) A imprevisão é, assim, o antídoto à fôrça maior, interruptiva da execução do contrato — WALINE, ob. cit., p. 582; LAUBADÈRE, Contrats, III, p. 75, ou, na expressão de BLONDEAU, ob. cit., p. 215: *"une théorie administrative de la force majeure"*.

(46) LAUBADÈRE, *Contrats*, III, p. 130; VEDEL, ob. cit., II, p. 584; JOSSE, Travaux publics — Expropriation — 1958 — p. 207 e 215 indica a consagração legislativa dêsse princípio; PEQUIGNOT, ob. cit., p. 543; WALINE, ob. cit., 5ª edição, p. 365.

(47) Conselho de Estado, 18 de janeiro de 1950, Préfet du Rhône, PEQUIGNOT, Juris classeur Administratif — fasc. 511, nº 441; Conselho de Estado, *Commune de Montagnac*, Revue du Droit Public, 1952, p. 525.

(48) LONG e WELL — Les grands arrêts de la jurisprudence administrative — 1958 — p. 122; HAURIOU — ob. cit., III, p. 578. A sua fonte mais re-

A profunda convulsão econômica oriunda do primeiro conflito mundial do século transfigurou, de tal modo, os contratos convencionados anteriormente à sua eclosão, que o princípio clássico da imutabilidade dos pactos (*pacta sunt servanda*) conduzia, irremediàvelmente, à ruína dos contratantes.

O movimento renovador que inspirou, no direito privado, o remédio da Lei Faillot (21 de janeiro de 1918), encontrou ressonância nos julgados da justiça administrativa que, pela teoria da imprevisão, estimulou a revisão dos contratos de concessão e a retomada do equilíbrio financeiro dos concessionários.

Embora aplicável a outros contratos administrativos, o terreno por excelência da teoria da imprevisão é a concessão do serviço público, cuja longa duração, associada à regra da continuidade do serviço, confere particular interêsse à manutenção dinâmica do contrato.

O estado de imprevisão indenizável deve ser *anormal, imprevisto* e *intolerável*.

A *álea econômica*[49] é, por natureza, extraordinária, excedente aos riscos normais admitidos pela natureza do negócio. Os fenômenos de instabilidade econômica ou social (guerras, crises econômicas, desvalorização da moeda) são as causas principais do estado de imprevisão, tanto pela importância do impacto de seus efeitos, como pela imprevisibilidade de suas conseqüências. A sua gênese poderá, no entanto, vincular-se a acontecimentos naturais (terremotos, inundações, incêndios, desmoronamentos), ou a intervenções administrativas ou legais (contrôle econômico, bloqueio de preços) que induzem a grave e inesperada rotura do equilíbrio financeiro do contrato[50].

A imprevisibilidade não se refere, necessàriamente, ao elemento perturbador em si mesmo, mas aos seus efeitos que ultrapassem à razoável previsão humana[51].

O fato gerador da imprevisão deve ser independente da vontade do beneficiário. A condição de exterioridade é absoluta e necessária em relação ao concessionário, que não terá concorrido, por ato próprio, para o evento perturbador. O mesmo não ocorre com respeito à admi-

---

mota é a decisão de 20 de abril de 1877, *apud* LAFEYRE — De l'imprévision dans les marchés passés par les sociétés de gaz et d'electricité — 1923 — p. 15. Ver, a respeito, LAUBADÈRE — *Contrats*, III — p. 77 — nota 4.

(49) Mostra PEQUIGNOT, ob. cit., p. 513, que a idéia da imprevisão deslocou a álea do campo da execução para o próprio conteúdo da obrigação: — *"Il a écarté la stabilité de l'obligation pour insérer un élément d'aléa* dans l'obligation même. *Mais, par la, il a diminui l'aléa qui existant* dans le resultat, *dans l'execution finale du contrats"*.

(50) Ver: LAUBADÈRE, Traité, cit., p. 441.

(51) LAUBADÈRE, *Contrats*, III, p. 99.

nistração, sobretudo à vista das recentes manifestações jurisprudenciais que deslocaram, em certos casos, do território da teoria do fato do principe para o da imprevisão o fundamento da obrigação de indenizar[52].

O ponto saliente da teoria da imprevisão compreende, contudo, o estado de fato gerado pela incidência dos fatôres negativos enumerados.

É mister que, sob o guante de circunstâncias anômalas e inconcebíveis, a estrutura financeira da concessão (como dos demais contratos que forem cogitados) se encontre gravemente ferida, de tal modo que se instaure uma *situação extra-contratual. . .*

Eis o esquema preciso de Duez e Debeyre:

> *"On va considérer que l'apparition de l'aléa économique anormal et imprévisible, bouleversant l'équilibre financier du contrat, entraine l'ouverture d'*une parenthèse *dans l'application de ce contrat et on va chercher pour satisfaire l'équité, une solution en dehors même des stipulations du contrat jusq'à ce que la situation soit redevenue normale et que le contrat puisse retrouver son application normale. On sort donc momentanément du contrat pour se placer dans le domaine de l'extracontractuel"*[53].

7 — A tendência mais recente, no direito francês, se exprime na prevenção da álea econômica, compartilhada pelo Estado, mediante cláusulas contratuais de variação ou revisão de preços e de tarifas[54].

A aplicação do critério da cláusula móvel aos contratos administrativos aparece, esporàdicamente, nos fins do século XIX, mas assume importância a partir da primeira guerra mundial.

É certo que o decreto *Millerand*, de 10 de agôsto de 1899, estipulando a variação de salários, determinava a revisão dos preços de empreitadas ou fornecimentos atingidos pela incidência do aumento da mão-de-obra. Também o artigo 33 dos cadernos de encargos de

---

(52) LAUBADÈRE, ob. cit., p. 101 a 105.

(53) DUEZ e DEBEYRE, ob. cit., p. 573.

(54) *"La situation des titulaires des marchés de l'État est aujourd'hui profondément différente de ce qu'elle était il y a un demi-siècle.*

*Ces titulaires sont aujourd'hui garantis contre les hausses de prix survenus sans leur faute. L'*aléa économique est dans une très large mesure assumé par l'État" — MARCEL WALINE, L'evolution récent des rapports de l'État avec ses cocontractants, *in* Revue du Droit Public et de la Science Politique, 1951. p. 34.

obras públicas de construção de pontes e estradas, de 1910, consagrava o reajustamento da remuneração do contratante em função de eventuais acréscimos do custo de serviço[55].

A partir de 1919 generalizaram-se, porém, as cláusulas de revisão ou de variação automática de preços e tarifas, como conseqüência do prestígio jurisprudencial da teoria da imprevisão.

É, na expressão de Waline, a tentativa de *"prévoir l'imprévisible"*[56], correspondendo, como adverte Laubadère, a *"la consécration conventionelle de l'imprévision"*[57].

O sistema de preços ou tarifas flexíveis não elimina, porém, a utilização excepcional da teoria da imprevisão, desde que as transformações econômicas, ou outras causas inesperadas, superem a mutabilidade estipulada nos contratos[58].

De tal forma se expandiu, na França, entre as duas guerras mundiais, a prática das cláusulas de reajustamento financeiro que a administração francesa ditou, pela circular de 10 de agôsto de 1938, uma verdadeira codificação da matéria[59].

Convém distinguir, nesse terreno, as cláusulas de *variação* de preços e tarifas (ou cláusulas automáticas) e as cláusulas de *revisão* (ou cláusulas de princípio).

Nas primeiras, o ajuste se realiza, automàticamente, na conformidade de índices ou referências prèviamente estipulados (*paramètres*) que usualmente se relacionam com as alternativas salariais (*paramètres salaires*), da matéria prima (*paramètres-matières*), ou das cargas fiscais.

Nas últimas, convenciona-se o *princípio* da revisão obrigatória pela superveniência de fatôres especificados, mas o nôvo preço ou tarifa será fixado mediante o processo de revisão. Não há automatismo na modificação do elemento financeiro, embora assegurada às partes a manutenção da equivalência contratual[60].

---

(55) *LAUBADÈRE*, Contrats, II, p. 292/293.

(56) WALINE, Droit Administratif, 8ª edição, p. 584.

(57) LAUBADÈRE, ob. cit., p. 293.

(58) WALINE, ob. cit., p. 584/585; LAUBADÈRE, ob. cit., página 303; JOSSE, ob. cit. — p. 218/219.

(59) LAUBADÈRE, ob. cit., p. 294. Ver o texto da circular na *Revue du Droit Public*, 1938, pág. 594.

(60) LAUBADÈRE, ob. cit. p. 295/314.

A política de congelamento de preços trouxe à matéria uma nova contribuição, sem que, no entanto, se abandonasse o critério fundamental do equilíbrio financeiro. O mecanismo contratual de variação de preços e tarifas, corporificado em cláusulas automáticas de reajustamento, foi suplantado, em certos casos, pela determinação administrativa dos novos valôres de remuneração. As bases convencionais, ou bilaterais, da escala móvel foram, em parte, substituídas pelo regime autoritário, ou unilateral, na estipulação da margem variável dos preços de serviço[61].

O Conselho de Estado, aceitando a legalidade do bloqueio de preços, apoiou-se na teoria da imprevisão para condenar as coletividades concedentes a indenizar os seus concessionários impedidos de usufruir os benefícios das cláusulas automáticas de variação das tarifas[62].

8 — Concluído o exame sumário do direito francês, é lícito afirmar que a concessão de serviço público se encontra sob a égide de um dogma fundamental: o da segurança do equilíbrio financeiro nas relações entre concedente e concessionário.

Não importa o conceito jurídico da concessão (contrato administrativo puro, ou ato complexo, semicontratual e semi-regulamentar), nem o fato gerador da rotura do equilíbrio financeiro, que apenas influenciam o caráter e o alcance das compensações.

A regra da mutabilidade das obrigações do contrato, as teorias do fato do principe ou da imprevisão, as cláusulas de variação ou revisão de tarifas são episódios isolados de uma linha dominante de limitação do risco do contrato à álea normal e ordinária.

O empresário privado, chamado a colaborar na gestão de um serviço público, não pode reger livremente o negócio. A administração tem o privilégio de modificar, coercitivamente, a parte regulamentar do serviço, inovando o caderno de encargos. Fica, no entanto, o concessionário ao abrigo da álea administrativa (atos do poder concedente), ou da álea econômica (atos de outras autoridades, ou causas econômicas e naturais), com o direito a ser ressarcido, total ou parcialmente, do efeito de causas ou concausas que venham a infletir, direta e indiretamente, sôbre a economia da concessão.

---

(61) LAUBADERE, ob. cit., p. 314/317.

(62) Conselho de Estado, 15 de julho de 1949, *Ville d'Elbeuf*; Ver comentários de WALINE, ob. cit. — p. 585/586. A lei de 29 de agôsto de 1951 exclui dos efeitos dessa jurisprudência as antigas concessões de gás, tendo o Conselho de Estado, em vários arestos, eximido as comunas de indenizações de imprevisão, com apoio nessa lei especial — *Revue du Droit Public*, 1956, p. 66:; 1957, p. 189 e 360.

Repugna ao conteúdo jurídico e ético das relações entre o Estado e os seus co-contratantes o rompimento da equação financeira, a qual se constituiu pela comum e lícita intenção das partes.

A jurisprudência equitativa do Conselho de Estado — fonte eminente da teoria dos contratos administrativos — contempla o equilíbrio financeiro, expresso na regra da *equivalência honesta* de deveres e direitos do concessionário, como o complemento do princípio da continuidade do serviço.

Um e outro são essenciais à existência da concessão. Inspiram-se em igual postulado de interêsse público, consistente em assegurar a prestação adequada e eficiente do serviço concedido.

A fórmula sintética de Léon Blum, a que já nos referimos, conserva inteira atualidade:

> "...*cette équation financière qu'est, en un sens, toute concession*",

eis, em sentido lato, a epígrafe fiel do regime de concessões de serviço público na França.

(Continua)