



Imprevisão, equilíbrio econômico-financeiro e fato do príncipe nas concessões de serviços públicos

Parte 1

As opiniões expressas neste artigo são de responsabilidade exclusiva do autor, não refletindo necessariamente a opinião institucional da FGV.

Ficha Técnica

FGV CERI

Diretora

Joisa Dutra

Equipe Técnica

Gustavo Kaercher Loureiro¹

¹ Doutor em Direito. Ex-professor de Direito Administrativo da Universidade de Brasília (UnB). Coordenador jurídico do Monitor Regulatório do Centro de Estudos em Regulação e Infraestrutura da Fundação Getúlio Vargas – FGR, Rio de Janeiro. Email: luz.loureiro@fgv.br.

Introdução

O presente artigo dedica-se a investigar o modo como o direito brasileiro lida com a ocorrência de eventos que suscitem a aplicação da Teoria da Imprevisão, no âmbito do regime econômico-financeiro dos contratos de concessão de serviços públicos. Sustentamos que, ressalvadas disposições contratuais em contrário, o advento desse tipo de ocorrência impõe ao poder público contratante um dever de recomposição apenas *parcial* das premissas econômicas vigentes antes da superveniência do evento. Ou seja: o direito brasileiro determinaria uma *partilha* dos prejuízos verificados. E mais: essa recomposição parcial seria dimensionada não por expectativas de rentabilidade do concessionário ou por uma suposta exigência de comutatividade contratual. O dimensionamento da medida de recomposição tem por guia e limite o quanto necessário para uma contínua e adequada prestação do serviço público objeto do contrato de delegação. Por outras palavras, a recomposição é pautada pela necessidade de atender à continuidade do serviço público. Esse entendimento não é novo, muito antes pelo contrário², mas acabou sendo substituído no Brasil – à diferença do que ocorreu na

terra onde nasceu a Teoria da Imprevisão, a França – pela ideia de que qualquer tipo de álea extraordinária – aí incluídos os eventos de que se ocupa a Teoria da Imprevisão – demanda a integral satisfação do interesse econômico do concessionário.

Ao enfrentar tal tema e ao defender semelhante consequência, o artigo acaba por enveredar por questões mais amplas, pertinentes ao instituto do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos; e também por aspectos mais pontuais, laterais, como a compreensão de uma outra modalidade de álea extraordinária, o Fato do Príncipe.

Com relação ao equilíbrio econômico-financeiro, temos que carece ele de suporte constitucional (sobretudo se se pretende “ler” em certos dispositivos, bastante simples e singelos da Constituição, inteiras teorias e institutos jurídicos). A base dessa noção em nosso ordenamento jurídico é *legal*, e suas feições, nesse plano, são flexíveis e encontram-se apenas *parcialmente* configuradas, no que manifestam uma tendência de proteção do *concessionário* e pouco se preocupam com

² A ideia de repartição de prejuízos está na origem da própria “invenção” da Teoria da Imprevisão, num julgado do Conselho de Estado francês de 1916, cf. adiante. Mais recentemente, veja-se DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, **Parcerias na Administração Pública**, 5a. ed. São Paulo: Atlas, 2005., *infra*.

eventual resguardo do poder público (v.g., arts. 9º, §§ 3º e 4º, da Lei 8.987/1995, art. 65, II, d e §§ 5º e 6º, da Lei 8.666/1993)³. A precisa configuração do regime econômico-financeiro e, ainda mais, do equilíbrio econômico-financeiro⁴ não é, pois, uma questão constitucional ou mesmo legal (a lei lhe fornece o suporte): é uma questão que o direito brasileiro remete preferencialmente ao contrato e para a qual existem apenas algumas (importantes) balizas no direito positivo – que tanto ou mais atuam conforme a maior ou menor densidade das cláusulas da concessão no delineamento do regime econômico-financeiro do serviço concedido. Vista sob essa perspectiva, a tese antes enunciada, de reparação apenas parcial dos impactos provenientes de eventos tipificados como álea econômica extraordinária⁵, é uma dessas balizas.

Já em relação à categoria de álea extraordinária específica chamada de Fato do Príncipe, sus-

tentamos que seus pressupostos de admissibilidade merecem ser reconfigurados, para restringir sua ocorrência. A consequência prática disso é que acontecimentos tradicionalmente tidos por instâncias dessa classe seriam (re)qualificados como *áleas econômicas extraordinárias* e, nessa condição, ensejariam reparação apenas parcial, à diferença das efetivas ocorrências de fatos do príncipe, que demandam reparação integral.

Nossa análise começa com um exame da Constituição de 1988. Veremos que ela não apenas nada dispôs sobre a maneira de tratar áleas econômicas extraordinárias (o que seria de se esperar), como, mais amplamente, deixou de tomar posição acerca do regime econômico-financeiro das concessões de serviço público e, de consequência, não consagrou um princípio de proteção ao equilíbrio econômico-financeiro de contratos de concessão.

Constituição e equilíbrio econômico-financeiro

Introdução

Parece ser ponto pacífico na literatura de direito administrativo pátria que o Direito positivo brasileiro agasalhou a proteção do equilíbrio econômi-

³ A opinião frequentemente manifestada, de que o equilíbrio econômico-financeiro é uma “faca de dois gumes” ou uma característica objetiva do contrato, e não um direito do contratado privado, não encontra expressão direta nas normas explícitas sobre o tema. Isso não significa, porém, que não possa tal opinião ser sustentada com lastro em princípios ou exigências normativas implícitas, derivadas da totalidade do ordenamento jurídico. A observação feita no texto apenas salienta essa característica normativa imediata, apreciável pela simples leitura dos textos legais indicados. Em nenhum deles se colhe hipótese em favor do Poder Público contratante.

⁴ Fazemos uma distinção entre “regime econômico-financeiro” e “equilíbrio econômico-financeiro”. A primeira expressão, retirada da Lei 9.427/1996 (art. 14 e segs.) é neutra e não implica qualquer tomada de posição acerca das normas, conceitos e institutos jurídicos que constroem a economia do contrato. Já a segunda expressão possui uma carga semântica e mesmo normativa que aponta para certas ideias e concepções que serão apresentadas ao longo desse estudo.

⁵ Embora exista discussão na doutrina acerca de diferentes categorias de eventos que orbitam em torno da Teoria da Imprevisão, vamos usar de modo indistinto expressões como “álea econômica extraordinária”, “fatos imprevistos”, “fatos previsíveis mas de consequências incalculáveis” etc. Veja-se, sobre o ponto, Lúcia Valle Figueiredo, citada mais à frente.

co-financeiro das concessões de serviço público⁶.

E mais: essa proteção teria assento *constitucional*⁷; assumiria a forma de um *princípio*, mas, ao mesmo tempo, envolveria um conjunto de noções bem precisas que organizariam e atuariam o princípio constitucional. O assento seria o art. 37, XXI, da Carta. O princípio preconizaria uma *ampla proteção da equação econômico-financeira* do contrato de concessão. O conjunto de noções bem precisas consiste **a.)** na própria definição do que seja o equilíbrio, uma concreta

correlação entre os encargos e os benefícios auferidos pelo concessionário no contrato, formada e cristalizada no momento do aperfeiçoamento do vínculo concessório; **b.)** uma bem estabelecida *teoria da álea*, que reparte os eventos futuros entre *áleas extraordinárias* (divididas ulteriormente em *álea administrativa de alteração unilateral do contrato, fato da Administração, fato do príncipe* e *álea econômica extraordinária*), a serem suportadas pelo concedente, e *áleas ordinárias* (estabelecidas residualmente), que correriam por conta e risco do concessionário; finalmente, esse

⁶ Nunca é demais lembrar a expressão de Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem a proteção ao equilíbrio econômico-financeiro das concessões é um “artigo de fé”: “[n]a teoria do contrato administrativo, a manutenção deste equilíbrio – não sem razão – é aceita como verdadeiro ‘artigo de fé’. Doutrina e jurisprudência brasileiras, em sintonia com o pensamento alienígena, assentaram-se pacificamente em que, neste tipo de avença, o contratado goza de sólida proteção e garantia no que concerne ao ângulo patrimonial do vínculo (...)”. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Concessão de serviço público e sua equação econômico-financeira*, 2012, p. 253. A esse artigo de fé seria possível acrescentar – como mesmo faz Bandeira de Mello, cf. adiante – outro, o da consagração *constitucional* dessa “sólida proteção e garantia” de que fala o autor.

⁷ Considerando a posição largamente majoritária da doutrina que coloca na Constituição a sede do instituto, é preferível elencar os poucos autores que levantam alguma dúvida quanto à ancoragem constitucional, quando não a negam decididamente, como se faz aqui. Confira-se: RIBEIRO, Maurício Portugal, **Concessões e PPP's - Melhores Práticas em Licitações e Contratos**, São Paulo: Atlas, 2011., (adiante citado). De modo aparentemente menos enfático, DE ARAGÃO, Alexandre Santos, A Evolução da Proteção do Equilíbrio Econômico-Financeiro nas Concessões de Serviços Públicos e nas PPPs, **Revista de Direito Administrativo**, v. 263, 2013.

Já quando da revisão final deste artigo, deparamo-nos com o excelente estudo de Letícia Lins de Alencar, dedicado a um amplo exame da figura do “equilíbrio” nas concessões. As opiniões da autora acerca do esteio normativo desse equilíbrio são, em grande medida, coincidentes com quanto aqui externado, e mesmo alguns argumentos utilizados são semelhantes. Ao que tudo indica, a parcial coincidência de ideias, discrepantes da *communis opinio doctorum*, sugere que não é sem atrativos e surpresas revisitar tema já tão explorado. Confira-se DE ALENCAR, Letícia Lins, **Equilíbrio na Concessão**, Belo Horizonte: Forum, 2019 (especialmente o Capítulo 2).

conjunto de noções compreenderia também c.) um menu de remédios sanadores do desequilíbrio, notadamente as revisões tarifárias (mas não só). Ainda quanto ao remédio, qualquer que fosse ele e qualquer que fosse a álea extraordinária que o demandasse, deveria ter por efeito a recolocação das partes no estado em que se encontravam quando do início da avença (uma espécie de *restitutio in integrum*). Em síntese: uma vez constatado que eventos qualificáveis como áleas extraordinárias alteraram a equação inicialmente pactuada, impor-se-ia sua reparação integral pelo Poder Público (em verdade, pelos usuários do serviço público, normalmente)⁸.

Em outro estudo, defendemos a opinião de que não se está diante de um instituto jurídico de *pedigree* constitucional e muito menos de um princípio, de um mandado de otimização, ao qual estaria acoplada, um tanto paradoxalmente⁹, toda uma verdadeira *teoria dogmática* – teoria que,

em realidade, é fruto de reflexões incidentes sobre farto e fragmentado material jurisprudencial do Conselho de Estado Francês, e não resultado de interpretação de textos normativos constitucionais do direito brasileiro, aliás, de um *único texto* que pouco diz, o art. 37, XXI (cf. adiante). Convém recapitular, brevemente, algumas dessas considerações mais gerais, pois servem de base para o quanto direi a seguir relativamente aos efeitos específicos da álea econômica extraordinária. Ao fazer essa recapitulação, é importante salientar que não se nega a existência, no ordenamento jurídico, de uma arquitetura protetiva do concessionário, como logo veremos; nega-se que ela tenha origem na Constituição e que tenha a extensão e a fixidez que normalmente se pretende.

O artigo 175 da Constituição

O “candidato natural” para abrigar alguma referência ao equilíbrio econômico-financeiro de

⁸ Espelha bem essa posição BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de Direito Administrativo*, 32 ed., 2015, São Paulo: Malheiros, p. 765-766, que dessume do magro art. 37, XXI, da Constituição uma *inteira teoria*.

Ao comparar o Direito brasileiro com o francês nesse particular, assevera: “Certamente, cabe invocar as teorias mencionadas, mas com algumas adaptações. É que não se pode extrapolar integralmente para o Direito Brasileiro as soluções francesas, pois não se ajustam de modo completo a nosso Direito Positivo. Este, como se verá, a seguir, orientou-se de maneira a oferecer ao concessionário uma garantia mais ampla do que a que lhe é dispensada na França. É que no Direito Francês a álea ordinária, isto é, o risco a ser enfrentado pelo concessionário sem socorro do Poder Público, envolve não só os casos em que este, por ineficiência, negligência ou incapacidade, sofre prejuízos, mas também as hipóteses em que sua deterioração patrimonial advém de oscilações normais dos preços de mercado, insuficiente afluxo de usuários, ou promana da adoção de medidas gerais, exaradas pelo Poder Público, que afetem indiscriminadamente toda a coletividade, sem repercussão especial sobre o concessionário e sem lhe tornar ruínosa a exploração do serviço. Entre nós, todavia, a noção de álea ordinária – ou seja, do risco que o concessionário deve suportar – é mais restrita, de sorte que se beneficia de uma proteção maior. De outro lado, no que se refere à álea econômica, quando invocável a teoria da imprevisão, o resguardo do concessionário é completo, e não apenas parcial, como no Direito Francês. Em suma: no Brasil a noção de equilíbrio econômico-financeiro da concessão e da proteção que se lhe deve conferir é mais generosa para o concessionário. Com efeito, entende-se como excluída da álea ordinária (isto é, dos riscos que o concessionário deve suportar) a variação nos preços dos insumos componentes da tarifa, pois esta inteligência é que se coaduna com a proteção ampla decorrente dos precitados arts. 9º, § 2º, 18, VIII e 23, IV, impositivos de revisão e/ou reajuste. Da álea ordinária também se excluem os agravos econômicos oriundos de medidas gerais do Poder Público que tenham impacto gravoso sobre o preço tarifário, ainda que não se trate de providências especificamente incidentes sobre a concessão, pois, como visto, o art. 9º § 3º determina revisão de tarifa até mesmo em face da sobrevinda de tributos (salvo os de imposto de renda) ou encargos legais que comprovadamente repercutam sobre ela. De outro lado, nas hipóteses em que caiba da teoria da imprevisão, a qual é acolhida sem o extremo rigorismo do Direito francês, os prejuízos do concessionário são inteiramente acobertados e não – como ocorre na França – partilhados pelo concedente. **Tais solução são obrigatórias em face de nosso Direito Positivo, visto que o art. 37, XXI, da Lei Magna do país estatui que as obras e serviços (tanto compras e alienações) serão contratados ‘com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta.’”** (Grifou-se.)

⁹ Diz-se assim porque, em se tratando de um princípio, seria de se esperar encontrar nele apenas diretrizes ou orientações, positivamente de valores e genéricas indicações de meios de satisfação desses valores – a serem sopesados com valores oriundos de outros princípios – e não um bem preciso, sistemático e completo conjunto de preceitos.

concessões de serviço público é o art. 175 da Constituição. Ocorre, contudo, que esse dispositivo não possui tal referência, ainda que tenha se preocupado em lançar várias diretrizes a serem seguidas e desenvolvidas pelo legislador ordinário para disciplinar aspectos do regime das concessões de serviços públicos (os incisos de seu parágrafo único)¹⁰.

Tal ausência, embora notável por si só, não implica, necessariamente, rejeição da ideia pela Constituição. É necessário ir além.

Nesse sentido, é digno de nota que o art. 160 da Constituição de 1967, análogo ao art. 175 da atual Constituição, fazia expressa menção ao equilíbrio econômico-financeiro:

Art 160 - A lei disporá sobre o regime das empresas concessionárias de serviços públicos federais, estaduais e municipais, estabelecendo:

I - obrigação de manter serviço adequado;

II - tarifas que permitam a justa remuneração do capital, o melhoramento e a expansão dos serviços e assegurem o **equilíbrio econômico e financeiro do contrato**;

III - fiscalização permanente e revisão periódica das tarifas, ainda que estipuladas em contrato anterior. (grifou-se).

A ausência de menção a esse respeito no art. 175 ganha ainda mais significado quando se tem presente que inúmeras foram as tentativas de incluir a proteção ao equilíbrio econômico-financeiro das concessões em versões anteriores desse dispositivo, todas elas explicitamente rejeitadas e de modo fundamentado¹¹.

¹⁰ “Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos. Parágrafo único. A lei disporá sobre: I - o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão; II - os direitos dos usuários; III - política tarifária; IV - a obrigação de manter serviço adequado.”

¹¹ Ao longo de todo o processo constituinte, foram feitas tentativas, sistematicamente rejeitadas, de incluir no que viria a ser o parágrafo único do art. 175 a referência à proteção do equilíbrio econômico-financeiro das concessões. Foram identificadas **28 Emendas**, de diferentes proveniências, com esse intento. Todas elas foram recusadas. A modo de resumo, confira-se:

<http://www6g.senado.gov.br/apem/search?keyword=%22equilibrio+economico+financeiro%22>.

Ou seja: o constituinte de 1988 tinha diante de si a Constituição anterior (para não falar da doutrina brasileira do período¹²), que preferiu não seguir; depois, confrontado com explícitas proposições de inclusão do equilíbrio econômico-financeiro no texto constitucional, decidiu pela não inclusão. Não se trata, portanto, de esquecimento ou omissão, mas de refletida e positiva opção.

A recusa da Constituição de 1988 em reconhecer tal proteção para os contratos de concessão de serviços públicos não é inexplicável ou despropositada, nem significa um menosprezo dos constituintes para com esse tipo de negócio jurídico administrativo. Ela parece, antes, apontar para uma deliberada tomada de posição da Carta, de não assumir partido entre maneiras alternativas de conceber o regime jurídico-econômico dos serviços públicos concedidos. Como tivemos oportunidade de salientar em outra sede, nossas

Constituições anteriores conheceram e favoreceram um outro modelo de organizar e disciplinar o regime econômico-financeiro das atividades concedidas, alternativo àquele, de matriz francesa, da equação econômico-financeira: cuida-se do modelo próprio da tradição norte-americana, da *justa remuneração do capital empregado na atividade*¹³. Os dispositivos correspondentes ao atual art. 175 das Constituições de 1934, 1937 e 1946¹⁴ também não referiam o equilíbrio e, em seu lugar, determinavam, exatamente, a “justa remuneração”. A doutrina das Constituições anteriores registrou essa circunstância¹⁵, e apenas a Constituição de 1967 juntou as duas ideias (equilíbrio dos contratos e justa remuneração do capital investido no serviço delegado).

Ao que tudo indica, portanto, o art. 175 da Constituição de 1988, apartando-se de nossa tradição constitucional, não fechou questão: não

¹² Por todos, TÁCITO, Caio, O Equilíbrio Financeiro na Concessão de Serviço Público, *Revista de Direito Administrativo*, v. 63, 1961.

¹³ Sobre essas duas tradições, vide o nosso “Em Busca da Pureza: Equilíbrio Econômico-Financeiro e Justa Remuneração”, disponível em <https://fgv.academia.edu/GustavoKaercherLoureiro>

¹⁴ Respectivamente:

“Art 137. A lei federal regulará a fiscalização e a revisão das tarifas dos serviços explorados por concessão, ou delegação, para que, no interesse coletivo, os lucros dos concessionários, ou delegados, não excedam a justa retribuição do capital, que lhes permita atender normalmente às necessidades públicas de expansão e melhoramento desses serviços.”

“Art 147. A lei federal regulará a fiscalização e revisão das tarifas dos serviços públicos explorados por concessão para que, no interesse coletivo, delas retire o capital uma retribuição justa ou adequada e sejam atendidas convenientemente as exigências de expansão e melhoramento dos serviços. A lei se aplicará às concessões feitas no regime anterior de tarifas contratualmente estipuladas para todo o tempo de duração do contrato.”

“Art 151. A lei disporá sobre o regime das empresas concessionárias de serviços públicos federais, estaduais e municipais. Parágrafo único. Será determinada a fiscalização e a revisão das tarifas dos serviços explorados por concessão, a fim de que os lucros dos concessionários, não excedendo a justa remuneração do capital, lhes permitam atender as necessidades de melhoramentos e expansão desses serviços. Aplicar-se-á a lei às concessões feitas no regime anterior, de tarifas estipuladas para todo o tempo de duração do contrato.”

¹⁵ Falando do dispositivo análogo da Constituição de 1946, Themístocles Cavalcanti asseverou: “Uma lei geral deve regular a matéria, lei que compreende toda a disciplina do regime das concessões, conhecida com o nome de regulamentação, tirado do americano *regulation* e que compreende as regras e normas legais e regulamentares e a sua execução pelos órgãos criados pela lei. (...) O sistema, como já dissemos, nos vem dos Estados Unidos.” CAVALCANTI, Themístocles. *A Constituição Federal Comentada*. Rio de Janeiro: José Konfino, 1952. t. 3, p. 325.

Francisco Campos, a seu turno, raras vezes fazia menção a um “equilíbrio econômico-financeiro” do contrato de concessão. Preferia à teoria francesa a exposição e defesa do modelo do *fair return, fair value*. Nessas afirmações vinha suportado por diferentes autores que consideravam terem as Constituições brasileiras adotado a teoria norte-americana de disciplina do regime econômico-financeiro das atividades que, aqui, eram tidas por serviços públicos. A “senha” para tanto era, exatamente, a expressão “justa remuneração”. Veja-se, também nesse sentido, BILAC PINTO, em seus *Estudos de Direito Público*. Rio de Janeiro: Forense, 1953. p. 32 e segs

determinou nem o modelo mais antigo, da justa remuneração, nem aquele introduzido em 1967, do equilíbrio econômico-financeiro. Remeteu a questão, expressamente (reserva de lei estabelecida no seu parágrafo único), ao legis-lador ordinário.

O artigo 37, inciso XXI da Constituição

Diante da notável ausência da referência a equilíbrio econômico-financeiro das concessões no dispositivo que seria a tanto apropriado, procura-se, então, fixar o princípio no art. 37, XXI, da Constituição:

Art. 37 (...).

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

O reconhecimento do princípio – e de seu complexo maquinário, cf. acima – estaria como que “pendurado” numa magra “tira” do texto¹⁶ do inciso XXI: “mantidas as condições efetivas da proposta”. Que norma, razoavelmente, pode-se extrair desse pedaço de texto?

Em primeiro lugar, atente-se para sua hipótese de incidência: o dispositivo tem em vista o conjunto dos contratos “comuns” da Administração, não alcançando os contratos de delegação. Parte da nossa doutrina insiste bastante, e com razão, na necessidade de distinguir esses dois grandes tipos de negócios jurídicos administrativos, especialmente para marcar as diferentes possibilidades de construção da equação econômico-financeira em cada categoria. Não vê nada de errado, porém, em aplicar esse inciso aos dois grupos, indistintamente¹⁷.

Entendemos, entretanto, que o dispositivo visa apenas ao primeiro tipo de negócios, vez que refere os contratos de “obras, serviços, compras e alienações” que pressupõem “pagamento” pela Administração Pública. Não se encontra alusão a “concessões” ou “permissões”, e essa falta não parece ser um lapso. Isso porque esses últimos contratos estão especificamente disciplinados no art. 175 e também porque os contratos do inc. XXI estão necessariamente relacionados a desembolsos a cargo da Administração (“pagamentos”), o que normalmente não ocorre nos contratos de delegação em que – salvo exceções – a contraprestação recebida pelo particular contratante advém de pagamentos feitos pelos usuários do serviço, através de tarifas (esse é o regime que o art. 175 pressupõe e indica em seu parágrafo único).

Ainda que se queira desconsiderar essa limitação da hipótese de incidência e aplicar o art. 37, XXI, por analogia às concessões (visto que

¹⁶ Alude-se à sempre repetida recomendação de Eros Grau, de não interpretar o direito “em tiras” (GRAU, Eros, *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. 5.ª ed., revista e ampliada São Paulo: Malheiros, 2009). Pois o que se faz, no caso aqui sob análise, é justamente isso.

¹⁷ As exceções foram indicadas em nota anterior.

também elas são contratos administrativos), o teor da norma não parece autorizar nem de longe toda a pesada construção doutrinária que se faz depender dele. Ao contrário: o dispositivo apenas reforça, a seu modo e no ambiente peculiar dos contratos administrativos, a velha regra do *pacta sunt servanda*.

Com efeito, ao determinar que sejam *mantidas as condições efetivas da proposta* nos contratos administrativos, o inc. XXI do art. 37 da Constituição teve em vista bloquear qualquer espécie de arbítrio administrativo – em prejuízo ou em indevido favorecimento do contratante privado – e, ainda, resguardar a *estabilidade da avença* para o particular, em face do reconhecimento de eventuais prerrogativas exorbitantes (e lícitas) em favor do poder público nos contratos administrativos.

O que ele preconiza é que, *aceita pelo poder público a proposta feita pelo particular em base à “oferta” contida no edital* (e balizada pela legislação de regência), *estabilizam-se os termos do ajuste, quaisquer que tenham sido esses termos*. Essa ideia singela vale por óbvio, para os contratos entre privados e vale também para os contratos administrativos ali indicados, respeitadas as suas peculiaridades (e são essas peculiaridades que exigem a lembrança da “obviedade” no plano do direito público dos contratos).

Rigorosamente, o dispositivo nada informa sobre a configuração de uma equação econômico-financeira e menos ainda determina esta ou aquela repartição de riscos. O inc. XXI do art. 37 veicula uma proteção formal, bem ao gosto da teoria geral dos contratos tradicionalíssima: *mantém-*

se o combinado. O que foi combinado, porém, é algo que fica a cargo da oferta (edital) e respectiva proposta (lance aceito), sendo que uma e outra podem variar ao infinito, sem que essa variação ofenda ou arranhe o dispositivo. Nele, a Constituição não expressa preocupação com os termos da proposta ou com o equilíbrio que eventualmente surja do contrato, mas com a *manutenção da avença*¹⁸. Da mesma forma, não há qualquer indicação no inc. XXI acerca de qual deve ser a repartição de riscos nos contratos de que a Administração participa.

Em resumo: “mantidas as condições efetivas da proposta” significa *pacta sunt servanda* num ambiente que lhe pode ser “hostil” (o da contratação administrativa). E pretender tirar do *pacta sunt servanda* toda a teoria do equilíbrio econômico-financeiro que conhecemos é algo fantasioso, senão oposto à própria ideia que a expressão latina veicula.

Em síntese, nem o art. 175, nem o art. 37, XXI, servem ao propósito de fundar constitucionalmente o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão. Muito pelo contrário: ao que tudo indica, houve uma decidida rejeição à consagração da ideia.

Em havendo decidida rejeição, resta decisivamente prejudicada a tarefa de procurar encontrar amparo constitucional para a figura em outras normas da Constituição, em bases genéricas, ou implícitas. Não se exclui *a priori* essa empreitada, mas é dela o ônus argumentativo, que há de desfazer a presunção contrária que parece ter se instalado em razão dos argumentos antes lançados. Um tal esforço não há de ser realizado

¹⁸ Entenda-se: deve haver algum tipo de controle dos termos iniciais da contratação (relacionado, por exemplo, com a exequibilidade), mas não é no art. 31, XXI, da Constituição que esse controle se encontra.

“preguiçosamente¹⁹” e, mesmo que logre sucesso, dificilmente terá êxito em repropor, a partir de elementos constitucionais implícitos, toda a construção feita em torno da ideia de equilíbrio econômico-financeiro²⁰.

Essas considerações permitem, portanto, afirmar que:

- A Constituição nada disse sobre o regime econômico-financeiro desse tipo de contra-

¹⁹ Lembramos, aqui, a acerba e percutiente crítica de Carlos Ari Sunfeld, in SUNFELD, Carlos Ari, **Direito Administrativo para Céticos**, São Paulo: Malheiros, 2012.

²⁰ Esforço respeitável e consistente nessa direção é o de Eugênia Marolla in MAROLLA, Eugenia Cristina Cleto, **O Equilíbrio Econômico-Financeiro nas Concessões Regidas pela Lei n. 8.987/95**, PUC-SP, 2010., p. 56 e segs.

Poderiam ajudar também as observações feitas por Maria Sylvia Zanella di Pietro acerca da *ratio* de alguns dispositivos da Lei 8.666/1993. Diz ela sobre o art. 65 da Lei 8.666/1993: “E, ainda que não houvesse essa previsão legal, aplicar-se-iam aquelas teorias, com a consequente revisão das cláusulas financeiras do contrato, por força dos já referidos princípios da equidade, razoabilidade, continuidade do serviço público, indisponibilidade do interesse público.” DI PIETRO, **Parcerias na Administração Pública**. p. 108. Assim pode ser, mas resta o fato de que esses princípios (i.) não comportam soluções únicas e uma integral proteção do concessionário (como o atesta mesmo a posição de Di Pietro, de postular uma reparação apenas integral dos prejuízos sofridos pelo concessionário em face de eventos imprevistos (adiante); (ii.) deveriam ser ponderados com outros princípios de “sinal contrário”.

Marçal Justen Filho, por sua vez, enxerga no princípio constitucional da isonomia um lastro para a tutela do equilíbrio econômico-financeiro. Ao assim proceder, extrai corolário interessante, relativo à “dupla face” do princípio: “A tutela à equação econômico-financeira deriva também do princípio da isonomia. Se os eventos extraordinários produzissem benefício patrimonial para a Administração, haveria ofensa à isonomia. Os benefícios que o particular tivesse deixado de auferir seriam apropriados pela comunidade, o que significaria que todos teriam benefício à custa de um particular específico. Aliás, o mesmo argumento conduz à vedação do resultado oposto. Se os eventos extraordinários ampliam os benefícios e vantagens do contratado, a Administração deverá rever as condições e reduzir seus próprios encargos, para impor a manutenção da situação original.” JUSTEN FILHO, Marçal, **Curso de Direito Administrativo**, 5a. ed. São Paulo: Saraiva, 2010., p. 603.

Como se disse, esses esforços, ainda que produtivos, não conseguem repropor no plano constitucional, em sua integralidade, a noção corrente de tutela do equilíbrio econômico-financeiro.

to administrativo²¹ (possivelmente, aliás, *rejeitou* a ideia de consagrar a proteção ao equilíbrio econômico-financeiro no plano constitucional).

- De consequência, menos ainda se pode esperar da Carta de 1988 uma resposta

para o tratamento que há de ser dado à *álea econômica extraordinária*.

- O tema, portanto, foi lançado à conta da legislação infraconstitucional – que ora se passa a analisar.

Legislação infraconstitucional, equilíbrio econômico-financeiro e teoria da imprevisão

Introdução

Desnecessário enfatizar o quão cara é a noção de equilíbrio econômico-financeiro para a doutrina pátria. Na direção contrária dessa valorização parece ir, porém, a legislação brasileira.

Nas três leis que tratam, em geral, de contratos e concessões, quanto mais se progride no tempo, menos espaço essa ideia recebe, ao menos nominalmente. Isso é perceptível a partir de um sim-

²¹ Na doutrina, a posição aqui defendida aproxima-se daquela de Maurício Portugal: “Quanto ao aspecto constitucional da mencionada garantia, não há na Constituição Federal nenhuma menção a garantia do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos. O dispositivo constitucional que a doutrina jurídica geralmente aponta como gênese normativa do equilíbrio econômico-financeiro (art. 37, inc. XXI, da Constituição Federal) é bastante claro e garante apenas “a manutenção das condições efetivas da proposta.” RIBEIRO, **Concessões e PPPs - Melhores Práticas em Licitações e Contratos**. item III.5.2.1., disponível em <http://www.portugalribeiro.com.br/ebooks/concessoes-e-ppps/as-melhores-praticas-para-modelagem-de-contratos-de-concessoes-e-ppps-alinhando-os-incentivos-para-a-prestacao-adequada-e-eficiente-dos-servicos/distribuicao-de-riscos-e-equilibrio-economico-financeiro/>

Em outra passagem: “E, que não se diga que o equilíbrio econômico-financeiro é uma garantia constitucional e que pouco importa a sua tradução legal. Na verdade, a Constituição Federal não fala em equilíbrio econômico-financeiro, mas apenas em manutenção das condições efetivas da proposta para prestação dos serviços objeto do contrato (art.37, inciso XXI, da Constituição Federal). Evidentemente que os critérios e metodologia para a manutenção dessas condições da proposta são critérios infraconstitucionais, eventualmente previstos em lei, e geralmente previstos nos contratos.” *Ibid.*

Veja-se, ainda, DI PIETRO, *Parcerias na Administração Pública*.; CINTRA DO AMARAL, Antônio Carlos, **Concessão de Serviço Público**, São Paulo: Malheiros, 2002. Eugenia Marolla tem um entendimento matizado da questão, cf. adiante.

Mais recentemente: “Apesar do prestígio dessa concepção, entendo descabido invocar o art. 37, XXI, da CF/88 como fundamento explícito da noção de equilíbrio econômico-financeiro nas concessões. Isso se justifica pelo fato de que não é possível confundir este comando constitucional, que prevê que devem ser “mantidas as condições efetivas da proposta”, com o próprio teor da garantia do equilíbrio econômico-financeiro em concessões. O dispositivo constitucional, a meu ver, diz respeito a algo diferente da garantia do equilíbrio econômico-financeiro.” DE ALENCAR, **Equilíbrio na Concessão**, cit., p. 67.

E conclui a autora, páginas adiante, em sentido bastante convergente com quanto defendido aqui: “Portanto, entendo que não é possível extrair da CF/88 um fundamento para a garantia do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão de serviços públicos. E isso não é possível seja em função da inexistência de previsão nesse sentido no artigo que trata especificamente dos contratos de concessão de serviços públicos, seja devido à impossibilidade de analogia com o disposto no art. 37, XXI, cujo teor é aplicável exclusivamente a contratos administrativos de obras, serviços, compras e alienações e que tampouco consagra a garantia do equilíbrio econômico-financeiro da forma como, a meu ver, sustento que deva ser compreendida.

Assim, o tema relativo ao equilíbrio econômico-financeiro das concessões de serviços públicos foi remetido, pelo constituinte de 1988, por meio do art. 175, parágrafo único, aos cuidados do legislador ordinário, sem prejuízo da necessidade de observância de determinados princípios gerais por parte deste.”, *ibid.*, p. 71.

Com todo o acatamento que merece o Professor Floriano Marques de Azevedo Neto, diante dessas dificuldades não parece se confirmar a sua assertiva de que “Se a consagração da incolumidade da equação econômico financeira – e, por tabela, a vedação da exigência pela Administração de que o contratado particular sofra prejuízos na execução do contrato – é remansosa para os contratos administrativos, tanto mais o é quando estamos diante de contratos de concessão.” MARQUES NETO, Floriano de Azevedo, *Breves Considerações sobre o Equilíbrio Econômico-Financeiro nas Concessões*, **Revista de Direito Administrativo**, v. 227, 2002., p. 105. Em sendo o caso de se reconhecer alguma proteção constitucional por força do art. 37, XXI, ela se aplicaria *prima facie* aos contratos administrativos comuns, e não às concessões.

ples exame corrido dos textos desde a Lei 8.666/1993 (que regulamenta especificamente o art. 37, XXI, da Constituição) até a Lei 11.079/2004, passando pela Lei 8.987/1995 (que, a seu turno, regulamenta o art. 175 da Constituição). A noção vai perdendo efeito e densidade, a ponto de o mais recente dos três diplomas, a Lei 11.079/2004, sequer usar a expressão “equilíbrio econômico-financeiro²²”. Veja-se.

A Lei 11.079/2004

Como que a marcar a diferença entre contratos de delegação e os demais, a Lei 11.079/2004 apresenta uma espécie de *road map* das normas de regência dos diferentes contratos administrativos. Dispõe o seu art. 3º:

Art. 3º As concessões administrativas regem-se por esta Lei, aplicando-se-lhes adicionalmente o disposto nos arts. 21, 23, 25 e 27 a 39 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e no art. 31 da Lei nº 9.074, de 7 de julho de 1995.

§ 1º As concessões patrocinadas regem-se por esta Lei, aplicando-se-lhes subsidiariamente o disposto na Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e nas leis que lhe são correlatas.

§ 2º As concessões comuns continuam regidas pela Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, e pelas leis que lhe são correlatas, não se lhes aplicando o disposto nesta Lei.

§ 3º Continuam regidos exclusivamente pela Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e pelas leis que lhe são correlatas os contratos administrativos que não caracterizem concessão comum, patrocinada ou administrativa.

Essa “repartição de competências” bastante precisa (apontando dispositivos específicos aplicáveis) espelha o apartamento antes noticiado, entre o art. 37, XXI, e o art. 175. Por não tratarem essas normas constitucionais do mesmo fenômeno, foram desenvolvidas por leis diferentes.

A grande contribuição da Lei 11.079/2004 no tema que aqui nos interessa – repartição de riscos em negócios de longa duração, em especial aqueles riscos que interessam à Teoria da Imprevisão – está em encarecer a centralidade do contrato e a “neutralidade” da Lei, como que a confirmar que o legislador não tem as pesadas amarras constitucionais que se imagina. Com efeito, essa centralidade é estabelecida de modo decidido e de uma maneira tal que a Lei

²² Algumas leis setoriais mais recentes, de aplicação específica, fazem uso da noção. Exemplo disso é a Lei 13.448/2017, que lança diretrizes gerais para prorrogação e relicitação dos contratos de parceria nos setores rodoviário, ferroviário e aeroportuário.

11.079/2004 deveria ser tida por inconstitucional, caso se pretendesse ler em algum canto da Constituição a teoria do equilíbrio econômico-financeiro nos moldes conhecidos²³:

Art. 4º Na contratação de parceria público-privada serão observadas as seguintes diretrizes: (...);

VI – repartição objetiva de riscos entre as partes; (...).

Art. 5º As cláusulas dos contratos de parceria público-privada atenderão ao disposto no art. 23 da Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, no que couber, devendo também prever: (...);

III – a repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária; (...).

Nesses dispositivos, a Lei 11.079/2004 não toma partido sobre a repartição dos riscos. Admite que a maior parte das áleas extraordinárias (“caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária”) seja distribuída entre as partes em base a critérios que o mérito do ato administrativo de confecção do edital e do contrato de concessão irá formular, em observância a exigências de eficiência econômica, de boas práticas da gestão de riscos e outras. De qualquer sorte, o modo como a Lei

11.079/2004 disciplinou o tema deixa patente que não há uma preordenada teoria da álea manifestada por um suposto princípio constitucional. Especificamente no caso da álea econômica extraordinária, a Lei 11.079/2004 dispõe (ou permite que se disponha) de modo distinto do que se encontra, por exemplo, no art. 65, II, d, da Lei 8.666/1993 (cf. adiante).

Em resumo: a Lei 11.079/2004 não refere a ideia de equilíbrio econômico-financeiro e vai além, estabelecendo de modo quase absoluto a importância do contrato – e não da lei – para a repartição dos riscos. Sobre nosso tema específico (álea econômica extraordinária), nada dispôs de preciso, salvo essa deferência ao contrato. E isso não fere, minimamente, a Constituição.

A Lei 8.987/1995

À diferença da Lei de PPPs, a Lei 8.987/1995 vale-se da ideia de equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, mas de uma maneira algo distinta daquela que normalmente lhe é imputada. Sinteticamente: (i.) estabelece uma regra geral segundo a qual, em princípio, o concessionário realiza o serviço “por conta e risco” (art. 2º, II); (ii.) em parcial derrogação dessa regra geral, reconhece que algumas áleas devem ser necessariamente transferidas ao concedente (art. 9º, §§ 3º e 4º); (iii.) também admite a possibilidade de alguma variação contratual relativamente à normal repartição das áleas

²³ Falando sobre o art. 5º, III, da Lei 11.079/2004, Alexandre de Aragão colheu esse ponto de modo certo: “A Lei 11.079/2004 (Lei das PPPs) foi mais austera: impôs a ‘repartição objetiva de riscos entre as partes’ (art. 4º, VI), inclusive os ‘referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária’ (art. 5º, III). Não tenho dúvida que muitos autores inquirirão o novo dispositivo de inconstitucional, por afronta ao precitado art. 37, XXI, da Constituição Federal. Mas considero que esta será uma leitura apressada (ou interessada): o dispositivo constitucional obriga que sejam mantidas as condições efetivas da proposta, mas não impede que o legislador determine aos particulares que, na proposta, contemplem objetiva catalogação dos riscos que estão dispostos a assumir em relação a situações típicas de caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária. O conceito de ‘condições efetivas da proposta’ não deve atinar apenas com o preço e as tarefas assumidas: deve encerrar, ao menos nos contratos de parceria público-privada, um objetivo catálogo de situações que indique quais os riscos serão partilhados entre os parceiros e quais os riscos serão de responsabilidade exclusiva de cada parte.” DE ARAGÃO, A Evolução da Proteção do Equilíbrio Econômico-Financeiro nas Concessões de Serviços Públicos e nas PPPs, cit. p. 62.

estabelecida no art. 2º, II; e (iv.) engendra uma noção formal de equilíbrio econômico-financeiro, por meio da qual reafirma, agora à semelhança da Lei 11.079/2004, a importância do contrato na disciplina o tema (art. 10).

Quanto ao primeiro ponto, a regra geral é a de que o concessionário presta o serviço por sua conta e risco:

Art. 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se: (...).

II - concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, **por sua conta e risco** e por prazo determinado; (...). (grifou-se)

Pode-se criticar a definição de concessão de serviço público dada pela Lei 8.987/1995, por exuberância e por confundir o que efetivamente é nota característica do instituto da concessão com o que é elemento de seu regime jurídico²⁴. Quanto mais sentido e razão adquirem essas críticas, mais força ganha o traço “por sua conta e risco”. É ele, na verdade, o elemento nuclear da concessão: o que exatamente caracteriza essa técnica de realização do serviço público por oposição à ação estatal direta é a transferência do risco de sua execução, do concedente para o concessionário, e isso para o bem ou para o mal. A norma do art. 2º, II, não informa, seleciona ou exclui de antemão esse ou aquele risco, pelo que se há de supor que, *em princípio*, aí estão incluídos todos os tipos. **Esse, sim, é um princípio geral a informar a construção dos**

contratos de concessão. Ele não só vale como “hipótese-padrão” de distribuição dos riscos (p.ex., na falta de disposição contratual), mas funciona também como baliza para aferir a adequação das escolhas contratuais feitas e, no que aqui interessa mais de perto, constitui-se em diretriz para orientar a modulação dos efeitos da aplicação da Teoria da Imprevisão (cf. adiante).

Quanto ao segundo ponto – reconhecimento das áleas para além do princípio do art. 2º, II –, a Lei 8.987/1995 dedica especial atenção aos riscos atinentes a decisões (supervenientes) do concedente, de modificar as condições originalmente pactuadas para a prestação do serviço. Dispõe o § 4º do art. 9º que “[e]m havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração.” É dizer: o impacto desse tipo de evento superveniente está legalmente regado, sem margem de disposição contratual em contrário e fora do alcance da cláusula geral “por sua conta e risco”, por expressa disposição legal.

Assim também ocorre com outra hipótese de risco, ordinariamente qualificada como *Fato do Príncipe* e estabelecida pelo § 4º do mesmo art. 9º: “[r]essalvados os impostos sobre a renda, a criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, após a apresentação da proposta, quando comprovado seu impacto, implicará a revisão da tarifa, para mais ou para

²⁴BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de Direito Administrativo*, 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015., p. 730.

menos, conforme o caso.” Está-se diante, aqui, de um específico caso de *fato do príncipe*²⁵.

Quanto às demais áleas, vale o “por conta e risco” do concessionário²⁶. Em particular, faz-se notar que especificamente a álea econômica extraordinária não recebeu tratamento semelhante à alteração unilateral do contrato e ao Fato do Príncipe, restando, em princípio (e deve ser enfatizada esta ressalva, cf. Parte II desse estudo), na conta do concessionário, por força do art. 2º, II, da Lei 8.987/1995.

Por fim, o art. 10 da Lei 8.987/1995, recolhendo os espaços propositalmente deixados pelo art. 9º, enuncia, de maneira direta e enfática, a já citada centralidade do contrato, ao formular uma noção de equilíbrio que se poderia dizer formal (e nisso ele se assemelha ao inc. XXI do art. 37 da Constituição). Diz ele: “sempre que forem atendidas as condições do contrato, considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro.” Quais são essas condições? Nem a Constituição nem a legislação ora examinada determinou-as completamente²⁷. Dessas duas leis extrai-se a conclusão de que a álea econômica extraordinária ou bem está disciplinada no contrato, em atendimento ao art. 5º, III, da Lei 11.079/2004 (entendendo-se que tal seja possí-

vel para o caso das concessões comuns), ou bem há de ser suportada pelo concessionário, por força do art. 2º, II, da Lei 8.987/1995.

Resta, então, verificar o que diz a Lei 8.666/1993.

Lei 8.666/1993

Considerações preliminares

Sob uma perspectiva ampla, a incidência das disposições da Lei 8.666/1993 nos contratos de concessão e permissão de serviços públicos é questão complexa e controvertida²⁸.

Nenhuma das duas leis antes vistas, específicas para contratos de delegação, menciona a incidência de tal Lei, sequer como fonte subsidiária. Ademais, parece haver um real apartamento entre os dois domínios contratuais indicados pela Constituição em seus arts. 175 e 37, XXI – a ponto de darem ensejo a leis distintas, cada qual fazendo referência a um desses dispositivos (Leis 8.987/1995 e 8.666/1993, respectivamente). Reforçam esse distanciamento: (i.) a posição da doutrina mais recente do direito administrativo econômico, que distingue decididamente entre contratos de delegação e contratos comutativos (ou de desembolso), e que considera a Lei

²⁵ Sem prejuízo de voltar ao tema depois, convém desde já registrar que o dispositivo nem define o que seja fato do príncipe, nem permite considerar qualquer medida do Poder Público como necessariamente ensejadora de reequilíbrio contratual. A hipótese está circunscrita à criação de tributos ou encargos legais.

²⁶ A menos que se queira ver no § 2º do art. 9º uma ulterior possibilidade de disposição das áleas, nesse caso a ser realizada para cada contrato: “[o]s contratos poderão prever mecanismos de revisão das tarifas, a fim de manter-se o equilíbrio econômico-financeiro.”

²⁷ Mais uma vez, com a razão Maurício Portugal: “A resposta também, neste caso, é bastante simples, particularmente para os contratos de concessão comum ou PPP: a lei não estabelece qualquer limitação nem exigência em relação à configuração do sistema de recomposição do equilíbrio econômico financeiro; apenas limita-se a enunciar a necessidade de que exista um sistema de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro. O art. 10, da Lei 8.987/95 deixa isso bastante claro, ao enunciar que ‘Sempre que forem atendidas as condições do contrato, considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro.’” RIBEIRO, **Concessões e PPPs - Melhores Práticas em Licitações e Contratos**, cit.

²⁸ É interessante notar que o antecessor da Lei 8.666/1993, o Decreto-Lei 2.300/1986, trazia expressamente a referência à concessão em seu art. 1º. A preocupação em ordenar também esse tipo de contrato foi bem marcada, pois resultou de modificação específica desse artigo, trazida pelo Decreto-Lei 2.348/1987.

8.666/1993 pouco apta a dar conta dos complexos, dinâmicos, plurissubjetivos e temporalmente extensos contratos de delegação²⁹; (ii.) as disposições francamente divergentes sobretudo da Lei 11.079/2004, relativas ao tratamento do regime econômico-financeiro da atividades concedidas. Em favor da aplicação, ainda que limitada e controlada da Lei 8.666/1993, estaria o seu *status* de lei geral de licitações e contratos administrativos, bem como o quanto dispõe o seu art. 124³⁰.

Sopesados os argumentos, somos da opinião de que a Lei 8.666/1993 não pode pretender ter aplicação necessária e automática em casos de lacunas ou meros silêncios das leis de concessão³¹. Sua eventual aplicação, se ocorrer, há de ser *específica* e *devidamente justificada* em cada hipótese, a partir de uma efetiva necessidade de integração do regime jurídico peculiar das concessões por via de uma norma geral e abstrata e, ainda, a partir da *adequação material* da solução trazida pela Lei 8.666/1993 aos contratos de

delegação. Em especial, não se pode pretender invalidar eventuais disposições contratuais das concessões que sejam discrepantes de soluções legais trazidas pela Lei 8.666/1993, na medida em que essa deferência ao contrato possui fundamento legal nas leis próprias, como se viu antes.

Assentada essa posição de partida, vejamos como ela se aplica especificamente aos temas que são o objeto deste estudo.

A Lei 8.666/1993 e a noção de equilíbrio econômico-financeiro

Entre as três examinadas, a Lei 8.666/1993 é aquela que mais faz uso do conceito de equilíbrio econômico-financeiro e da ideia de equivalência das prestações recíprocas entre Administração contratante e particular contratado, prestações essas relacionadas uma à outra imediata e diretamente³² (*dir-se-ia causalmente*). E semelhante uso explica-se, de vez que esse conceito (equilíbrio econômico-financeiro) e essa ideia (reciprocidade das prestações) são características normalmente atribuídas a contratos bilaterais e comutativos – como são as compras, prestações de serviços

²⁹ JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 13 ed. São Paulo: Dialética, 2009, p. 674-675; BOCKMANN MOREIRA, Egon, Contratos Administrativos de Longo Prazo: A Lógica de seu Equilíbrio Econômico-Financeiro, in: BOCKMANN MOREIRA, Egon (Org.), **Tratado do Equilíbrio Econômico-Financeiro - Contratos Administrativos, Concessões, Parcerias Público-Privadas, Taxa Interna de Retorno, Prorrogação Antecipada e Relicitação**, Belo Horizonte: Forum, 2019., p. 92;

³⁰ "Art. 124. Aplicam-se às licitações e aos contratos para permissão ou concessão de serviços públicos os dispositivos desta Lei que não conflitem com a legislação específica sobre o assunto."

³¹ Por todos, MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; LOUREIRO, Caio de Souza, A (Re)afirmação do Equilíbrio Econômico-Financeiro das Concessões, **Revista de Direito Público da Economia - RDPE**, v. 47, 2014.

³² Arts. 57, § 1º; 58 § 2º; 65, II, d e §§. De modo mais genérico, os arts. 24, VII, VIII, X, XXIII e XXIV; 48, II; 15, § 6º; 23, § 1º; 43, IV; 44, § 3º também manifestam, cada qual a seu modo, atenção com o sinalagma contratual.

e alienações³³, e não, necessariamente, aos contratos de delegação^{34,35}.

Entre as proposições da Lei 8.666/1993 sobre o tema do equilíbrio econômico-financeiro, interessa-nos mais particularmente o art. 65, que cuida de várias hipóteses de alteração do contrato administrativo por eventos supervenientes à sua celebração.

Grosso modo, o art. 65 identifica duas vias para se proceder à mudança no negócio, *unilateralmente* (art. 65, I) ou *por acordo* (art. 65, II). As distintas hipóteses da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro contempladas no dispositi-

vo pressupõem, em linha com o art. 37, XXI, da Constituição, prestações do particular à Administração em troca de contraprestação pecuniária a cargo dela (pagamentos).

O exame do art. 65 revela certas semelhanças entre o modo como certas áreas são tratadas nos contratos comuns e nos contratos de delegação. Dispõe o § 6º do art. 65:

Art. 65 (...).

§ 6º Em havendo alteração unilateral do contrato que aumente os encargos do contratado, a Administração deverá restabele-

³³ "(...) a lógica da Lei n. 8.666/1993 é própria para contratos de curto prazo, tipicamente bilaterais, comutativos e sinalagmáticos, que não podem se estender no tempo e cuja receita advém de pagamentos da Administração Pública." BOCKMANN MOREIRA, Egon, *Contratos Administrativos, Equilíbrio Econômico-Financeiro e a Taxa Interna de Retorno: a Lógica das Concessões e Parcerias Público-Privadas*, in: BOCKMANN MOREIRA, Egon (Org.), **Tratado do Equilíbrio Econômico-Financeiro - Contratos Administrativos, Concessões, Parcerias Público-Privadas, Taxa Interna de Retorno, Prorrogação Antecipada e Relicitação**, Belo Horizonte: Forum, 2019.

³⁴ Falando ainda da diferença entre os contratos comutativos e os de delegação, especificamente no que diz com a noção de equilíbrio econômico-financeiro, Egon Bockmann e Rafaella Peçanha Guzela pontuam: "Ocorre que essa racionalidade binária da balança não se coaduna com contratos de longo prazo, cujo equilíbrio possui estrutura distinta. Nessa espécie contratual, a equação encargos-remuneração não consegue abarcar o conteúdo do equilíbrio econômico-financeiro, pois aqui 'ele terá que ser aferido levando em conta muitas outras variáveis, tais como montante estimado de investimento, fluxo de caixa projetado, cronograma de desembolsos, variações de receitas, custo de remuneração do capital'. O que deriva da lógica que permeia as concessões, distinta daquela característica aos contratos administrativos de curta duração.

Se nos contratos administrativos de desembolso tem-se previsão fechada de orçamento com linearidade de receitas e encargos, nos de longo prazo têm-se picos de receitas e vales de investimentos e encargos - estes (os vales) a depender daqueles (os picos). Ainda, em concessões é do contratado a responsabilidade pelo aporte inicial, bem como por todos os desembolsos periódicos ao longo da execução, sendo que a contraprestação correspondente a tais investimentos (nas concessões comuns advindas das tarifas suportadas pelos usuários) só será percebida *a posteriori* e de modo fragmentado.

Logo, os aportes do concessionário não são objeto de retorno imediato (nem sinalagmáticos, nem comutativos), caracterizando investimentos de longa maturação." BOCKMANN MOREIRA, Egon; GUZELA, Rafaella Peçanha, *Contratos Administrativos de Longo Prazo, Equilíbrio Econômico-Financeiro e Taxa Interna de Retorno (TIR)*, in: **Tratado do Equilíbrio Econômico-Financeiro - Contratos Administrativos, Concessões, Parcerias Público-Privadas, Taxa Interna de Retorno, Prorrogação Antecipada e Relicitação**, Belo Horizonte: Forum, 2019., p. 426.

³⁵ Há de se reconhecer que a ideia de um equilíbrio econômico-financeiro (na forma de uma "equivalência honesta" e de "boa-fé") foi veiculada primeiramente em caso decidido pelo Conselho de Estado francês envolvendo, exatamente, uma concessão de serviço público (cf. adiante).

Ocorre que, por esse período, os arranjos concessionais não tinham a complexidade que hoje possuem e, sobretudo, não eram configurados como um negócio jurídico trilateral, que envolve, além do concedente e do concessionário, o usuário do serviço. Prova dessa concepção originária é que a solução inicial padrão para o desequilíbrio resultante do uso da prerrogativa de alteração unilateral do contrato foi a indenização a cargo de quem deu causa à quebra da equação, *in casu*, o concedente. Atualmente, o caráter de contrato bilateral e comutativo simples da concessão pode ser posto em causa a partir de diversas perspectivas, em especial, por sua configuração subjetiva. Confira-se: "Paulatinamente a concessão foi se transformando em um ajuste não apenas vinculante a concedente e concessionário, mas também contemplador de direito de terceiros (usuários efetivos, potenciais usuários beneficiários de obrigações de universalização, bem como outros agentes da cadeia econômica), o que fez com que a relação concessória, inicialmente concebida de modo unilateral (o soberano decide e concede), passasse por um período contratual de corte civilista (concedente e concessionário acordam uma concessão, sob o pálio da lei civil), assumisse em seguida os contornos de um contrato de direito público (com cláusulas obrigacionais e cláusulas mandatórias) até chegar à configuração de um contrato complexo, multilateral, como veremos adiante, um contrato relacional de natureza regulatória." MARQUES NETO, Floriano de Azevedo, **Concessões**, Belo Horizonte: Forum, 2015., p. 62.

cer, por aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro inicial.

A norma aí inscrita recolhe uma série de hipóteses de modificação unilateral do contrato, espalhadas pelo próprio art. 65 e em outros artigos da Lei 8.666/1993.

Já o § 5º do mesmo artigo também regula hipótese semelhante àquela do § 3º do art. 9º da Lei 8.987/1995, só que o faz de modo mais abrangente, vez que não se limita a proteger o contratante privado de medidas legais relativas apenas a tributos ou encargos legais:

Art. 65 (...).

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

Encontramos, pois, nesses dois parágrafos do art. 65, a disciplina de duas espécies de álea extraordinária: a alteração unilateral do contrato e o Fato do Príncipe. Tirando-se a ampliação promovida pela Lei 8.666/1993 no âmbito do Fato do Príncipe – que, porém, limita-se a *medidas legais* –, há razoável coincidência de soluções

entre a Lei 8.666/1993 e as Leis 8.987/1995 e 11.079/2004.

A situação é diferente no ponto que mais interessa a este estudo, ligado à Teoria da Imprevisão.

A sede da imprevisão: art. 65, II, d da Lei 8.666/1993

A norma seguinte não se encontra nas Leis 8.987/1995 e 11.079/2004:

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

II - por acordo das partes: (...).

d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou, ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.

A doutrina não é uníssona acerca da aplicação desse dispositivo específico aos contratos de delegação. Egon Bockmann e Maurício Portugal,

por exemplo, perfilham a tese de que ele não incide, ao menos para algumas concessões³⁶.

Uma leitura rápida permite verificar que o art. 65, II, d, tem por suposto fático a prestação, pelo particular, de “obra, serviço ou fornecimento” em favor da Administração, e a contraprestação, por esta, de numerário para a “justa remuneração” do contratado – o que não ocorre na maioria dos casos nos contratos de delegação.

Tem-se, porém, que uma razão mais robusta para se sustentar inaplicabilidade desta norma aos contratos de delegação não está na falta de referência direta a tais contratos (o que seria de se esperar), mas na ausência, nos negócios de delegação, de uma premissa operativa do dispositivo em exame: a *específica* noção de equilíbrio econômico-financeiro que a norma pressupõe para funcionar, a ideia de uma correlação simples, “um a um”.

Sobre esse ponto, a moderna doutrina é relativamente coesa: não é possível equiparar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos comutativos básicos da Lei 8.666/1993 com o regime econômico-financeiro dos contratos de delegação³⁷. A citação é longa, mas vale a pena pela clareza e precisão com que esse tópico foi enfrentado por Egon Bockmann Moreira:

Desde os primórdios do nosso Direito Administrativo, ouvimos a mesma sentença a definir o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos: “a relação entre receitas e encargos deve ser preservada”. A imagem da balança é recorrente: de um lado, as receitas; do outro, os encargos. De um lado, a Administração Pública, a desembolsar verbas do orçamento público; do outro, o contratado, a fazer frente aos encargos e ser remunerado por isso. Existem dois momentos básicos na execução do pacto: a prestação feita pelo contratado (a obra ou o serviço) e a remuneração paga pelo contratante (com lastro em previsões orçamentárias). O preço a ser pago é rigidamente definido desde o edital, com excepcionais possibilidades de alteração (regidas pela imprevisibilidade subjetiva).

Ocorre que essa imagem da balança prova demais – e assim revela a sua mais absoluta inaplicabilidade a contratos administrativos de longo prazo (**constatação que arrasta consigo a inaplicabilidade do artigo 65 da LGL**). Para demonstrar tal conclusão, pensemos em que tipo contratual está por detrás dessa balança. Qual a sua racionalidade econômica e financeira? Qual o motivo de

³⁶ Depois de apresentar sólidos argumentos contrários ao uso do artigo 65, o jurista paranaense conclui: “Por isso que o artigo 65 da Lei no 8.666/1993 não incide nos contratos regulados pelas leis que disciplinam as concessões, as permissões e as parcerias público-privadas (e o mesmo se diga, v.g., das autorizações disciplinadas na Lei no 9.472/1997, a Lei Geral de Telecomunicações, e na Lei no 12.815/2013, a Lei Geral dos Portos).” BOCKMANN MOREIRA, *Contratos Administrativos de Longo Prazo: A Lógica de seu Equilíbrio Econômico-Financeiro*, p. 92.

De modo menos amplo, Maurício Portugal, cf. adiante.

Já Fernando Vernalha Guimarães tem-no por aplicável, subsidiariamente, o art. 65 da Lei 8.666/1993, cf. VERNALHA GUIMARÃES, Fernando, *O Equilíbrio Econômico-Financeiro nas Concessões e PPPs: Formação e Metodologias para Recomposição*, in: BOCKMANN MOREIRA, Egon (Org.), **Tratado do Equilíbrio Econômico-Financeiro - Contratos Administrativos, Concessões, Parcerias Público-Privadas, Taxa Interna de Retorno, Prorrogação Antecipada e Relicitação**, Belo Horizonte: Forum, 2019, p. 109.

³⁷ Além dos já citados autores Egon Bockmann Moreira e Maurício Portugal, MARQUES NETO, Floriano, *Breves Considerações sobre o Equilíbrio Econômico-Financeiro nas Concessões*, cit.

racionarmos de modo binário, com a metáfora da balança de dois pratos?

Ora, é fácil constatar que se trata de contratos bilaterais com reciprocidade de efeitos: Administração e particular; contratante e contratado; credor e devedor; retribuição e encargos. São sinalagmáticos e comutativos. Além disso, são de curto prazo e de desembolso, pois sua receita tem origem no orçamento público. O edital precisa prever exaustivamente o preço e as prestações – o que torna as partes aptas a conhecer os correspondentes fatos imprevisíveis ou de consequências incalculáveis (afinal, “imprevisto” é conceito relacional: ele só existe em face do que pode ser “previsto”). Nestes contratos, só se pode pensar em juros para o caso de inadimplemento da Administração: caso ela cumpra em dia suas prestações, o capital não será acrescido da respectiva remuneração. O lucro do empreendedor advirá da tarefa executada e de sua performance empresarial do lado de dentro do contrato administrativo. É devido a tais peculiaridades – jurídicas e econômico-financeiras, frise-se – que nestes contratos existe uma só equação entre duas realida-

des estáticas: receitas (de um lado) e despesas (do outro), a gerar consistência à figura da balança³⁸. (grifou-se)

E, um pouco depois, arremata, pontuando a situação dos contratos de delegação:

Em suma, não se está diante de uma relação de igualdade – qualitativa e quantitativa – entre receitas e despesas arcadas por apenas dois sujeitos, mas sim defronte de amplo conjunto de atos, fatos e sujeitos que, projetados para um longo período, deram nascimento ao contrato administrativo de longo prazo. O que existe é um conjunto objetivo de circunstâncias, aquilo que se pode chamar de base objetiva do negócio³⁹.

Faltaria nas concessões um pressuposto de aplicação do art. 65 da Lei 8.666/1993.

Para além dessa diferença essencial, e por causa dela, há que se acrescentar que em muitos contratos de concessão sequer é possível conceber uma obrigação de manutenção da equação original, tal como preconiza o art. 65. Em vários setores de infraestrutura, mecanismos como as revisões tarifárias ordinárias (que contemplam fórmulas como “Fator X” e outras) destinam-se,

³⁸ BOCKMANN MOREIRA, *Contratos Administrativos de Longo Prazo: A Lógica de seu Equilíbrio Econômico-Financeiro*, cit., p. 92.

³⁹ *Ibid.*, p. 96.

exatamente, a refazer periodicamente o equilíbrio econômico-financeiro (supondo-se que se queira assim se referir ao regime econômico-financeiro das concessões⁴⁰). Essas revisões – que foram recebidas com surpresa por alguns autores quando de sua introdução em nosso ordenamento⁴¹ – ajustam a remuneração do concessionário às mudadas condições de mercado, realizam partilhas de ganhos de eficiência entre o concessionário e os usuários – algo que, à luz da teoria tradicional do equilíbrio econômico-financeiro não seria possível. Elas manipulam, em graus diversos, o regime econômico-financeiro da concessão⁴².

Depois, veja-se que a Lei 11.079/2004, em seu art. 5º antes citado, não deixa margem de escolha para a Administração quando da confecção do contrato. Ela deverá prever a repartição de riscos e, ao fazer isso, terá que decidir como lidar com “caso fortuito, força maior, fato do prin-

cipe e álea econômica extraordinária” (art. 5º, inc. III). Poderá o contrato até mesmo disciplinar o tema de modo semelhante à norma da Lei 8.666/1993, mas essa disciplina tem origem e fonte no contrato, e não na lei. Não por outra razão, Maurício Portugal entende inaplicável o dispositivo às PPPs⁴³.

Com relação às concessões regidas pela Lei 8.987/1995, dúvida pode haver sobre se é juridicamente possível dispensar tratamento à álea econômica extraordinária à margem da cláusula “por conta e risco”. Eventuais desvios desse princípio parecem exigir expressa disposição legal, como foi o caso dos §§ 3º e 4º do art. 9º. A questão, porém, deve ser investigada com mais vagar e não pode ser resolvida de pronto. Nesse ponto, é interessante salientar o posicionamento de Maria Sylvania Zanella Di Pietro: a autora tem por aplicável o art. 65, II, d, da Lei 8.666/1993 às concessões⁴⁴ (na falta de disposição específi-

⁴⁰ Supondo-se que se deseje continuar a falar de “equação” ou “equivalência” no terreno dos contratos de delegação, é necessário então ter tal equação ou equivalência como de natureza formal, e não matemática. Ela é feita de um misto de projeções (algumas garantidas pelo Poder Público, outras próprias do particular) e de condições contratuais de prestação do serviço (cláusulas de prazo, padrões e metas de serviço, matriz de risco, níveis tarifários iniciais e respectivos mecanismos de revisão/reajuste etc.). Em outro estudo qualificamos essa equação como “formal”. KAERCHER LOUREIRO, Gustavo, Revisão Tarifária Periódica - sua Introdução no Ordenamento Jurídico Brasileiro e o Papel do Direito em sua Construção pelo Regulador, in: DA ROCHA, Fabio Amorim (Org.), **Temas relevantes no direito de energia elétrica (vol. III)**, Rio de Janeiro: Synergia, 2014., p. 451 e segs. Letícia Barbosa enfatiza o aspecto das projeções: “Dans la pratique de ce type de contrat, les propositions économiques sont établies sur la base des scénarios raisonnablement prévisibles lors des négociations, auxquels l'on affecte une certaine marge de fluctuation. Le prix et l'équilibre économique des contrats commutatifs sont accomplis dans ces paramètres.” BARBOSA, Letícia Chaves Freitas, **La Théorie de l'Imprevision dans les Contrats de Concession de Service Public**, Université Paris II, 2019.p. 20.

⁴¹ Sobre as perplexidades iniciais, v. KAERCHER LOUREIRO, Gustavo, Considerações Jurídicas sobre os Aspectos Econômicos dos Contratos de Concessão de Distribuição de Energia Elétrica, **Revista Jurídica**, v. 276, 2000.

⁴² KAERCHER LOUREIRO, Gustavo, Revisão Tarifária Periódica - sua Introdução no Ordenamento Jurídico Brasileiro e o Papel do Direito em sua Construção pelo Regulador.

⁴³ “Em relação aos contratos de PPP, da Lei 11.079/04, o art. 5º, inciso III, claramente estabeleceu a possibilidade de repartição pelo contrato dos riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária. Portanto, em relação às PPPs, não há dúvidas que o art. 65, inciso II, alínea ‘d’, não incide para efeito da definição da alocação desses riscos.”, RIBEIRO, **Concessões e PPPs - Melhores Práticas em Licitações e Contratos**.

⁴⁴ “A Lei n 8.987 prevê a revisão das cláusulas financeiras, para restabelecimento do equilíbrio econômico, apenas nos casos de aumento de impostos (fato do príncipe) e de alteração unilateral do contrato (art. 9º, §§ 3º e 4º). Mas é evidente que, em outras circunstâncias aí não previstas, que caracterizem ‘fato da Administração’, ‘fato do príncipe’ ou álea econômica imprevisível e não imputável à vontade das partes, aplicar-se-ão subsidiariamente as normas constantes do art. 65 da Lei no 8.666, em especial o inciso II, d, e §§ 5º e 6º.” DI PIETRO, **Parcerias na Administração Pública.**, cit, p. 108.

ca nas leis pertinentes), mas propugna uma espécie de “redução de alcance” de seus efeitos, entendendo caber apenas uma recomposição parcial dos prejuízos em favor do concessionário em caso de álea econômica extraordinária, exatamente porque no contrato de concessão vige a cláusula geral “por conta e risco”. Voltaremos a esse específico ponto e às reflexões da Professora Di Pietro na Parte II deste artigo.

Em síntese: por diferentes motivos, o art. 65, II, d, não parece alcançar os contratos de concessão.

Desejamos agora chamar atenção para um aspecto de conteúdo do art. 65, II, d, que prescinde da discussão acerca da sua aplicabilidade ou modulação de alcance em face das concessões. Somos da opinião de que, tomado em si mesmo, **o comando legal do art. 65, II, d, não tem o alcance que comumente se lhe atribui, mesmo para os contratos comuns. Ele não exige que o advento de circunstâncias extraordinárias leve, sempre, à recomposição integral em favor do concessionário.**

Deixando de lado questões relevantes para a compreensão desse dispositivo⁴⁵, mas não decisivas para o que aqui se discute, é notável e de muita importância a referência que o inc. II do art. 65 faz ao **acordo** como condição para a sua atuação (o acordo é a chave de abertura para cuidar das hipóteses elencadas em suas alíneas).

Quanto a isso, e em primeiro lugar, não se tem tal referência por equivocada ou supérflua. Na medida em que não existe uma prévia e abstrata teoria do equilíbrio econômico-financeiro na Constituição, o legislador não está impedido de realizar as imputações de risco que entender conveniente, e *como entender conveniente*.

Foi isso o que fez, aliás, expressamente, o art. 5º, III, da Lei 11.079/2004, em face de vários riscos, inclusive os que aqui interessam (e não seria minimamente desarrazoado aventar a hipótese de um contrato de PPP que tivesse, exatamente, a previsão estampada no inc. II do art. 65, de negociação entre as partes para tratar de caso fortuito, força maior, álea econômica extraordinária e fato do príncipe). Caso se admita essa liberdade de conformação do legislador, não parece ser reprovável a decisão da Lei 8.666/1993, de lidar com os específicos eventos previstos no art. 65, II, d, por meio da via consensual, remetendo as partes a uma *negociação* para calibrar seus efeitos. De resto, a *consensualidade* é uma das formas mais encarecidas atualmente para a ação administrativa.

Se essa interpretação procede, os riscos elencados no art. 65, II, d, não estão na mesma situação em que estão os riscos mencionados nos §§ 5º e 6º⁴⁶ do mesmo art. 65: a ocorrência destes últimos impõe uma obrigação à Administração de reequilibrar o contrato, ao contrário da ocorrência dos eventos previstos no inciso II, d, que

⁴⁵ Como, por exemplo, as relações e dissociações entre “fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado”, “força maior, caso fortuito ou fato do príncipe” e “álea econômica extraordinária e extracontratual” (FIGUEIREDO, Lúcia Valle, **Extinção dos Contratos Administrativos**, São Paulo: Malheiros, 2002., p. 107 e segs.). Ou a função da referência à “justa remuneração” aí presente, dentre outros pontos.

⁴⁶ A menção a Fato do Príncipe tanto no inc. II quanto no § 5º do art. 65 é, *prima facie*, uma incongruência, na medida em que, na primeira hipótese, dá ensejo a uma negociação, enquanto que, na segunda, “implica” um dever de reequilibrar. Uma possibilidade de remediar o problema é identificar distintas hipóteses de Fato do Príncipe: à exceção daqueles específicos eventos indicados no § 5º, outros “candidatos” a assumir tal qualidade serão objeto de discussão entre as partes, e, sobretudo, seus impactos serão calibrados. Essa aparente complicação está em linha com as infundáveis discussões a que esse tipo de álea dá origem, cf. adiante.

determinam a negociação. E, se não há obrigação, por definição não há direito do contratado a tal reequilíbrio (e muito menos direito a esse ou àquele grau de satisfação do direito, que inexistente). Obter por acordo é a antítese de exigir por direito. Quem deve negociar não pode impor.

Note-se que tal leitura – que, partindo da ideia de acordo, permite limitar os efeitos dos eventos indicados no art. 65, II, d – é menos radical do que aquela que permite limitar o campo de incidência desse mesmo dispositivo. Nesse sentido, Maurício Portugal é da opinião de que a norma da Lei 8.666/1993 somente incidirá se os contratos por ela disciplinados não tiverem disposto de maneira diferente – a critério, portanto, de uma decisão discricionária da Administração ao confeccionar o contrato. Diz o jurista:

é preciso lembrar que o próprio artigo 65, da Lei 8.666/93 estabelece que os mencionados riscos são do Poder Concedente apenas nos casos que a sua ocorrência configurar “álea extraordinária e extracontratual”. Isso significa que só incide a alocação de riscos prevista no art. 65, inciso II, alínea “d”, da Lei 8.666/93 se o contrato não prever alocação diferente destes riscos⁴⁷.

Diante dessa leitura, o argumento é: se se entende que o art. 65, II, d, permite que a Administração possa realizar no contrato (comum) a modu-

lação de riscos relacionados a eventos imprevistos, fugindo da receita geral ali presente, por que não se pode admitir que a mesma Lei 8.666/1993 tenha decidido que os efeitos desses mesmos riscos – quando não previamente distribuídos – sejam modulados por acordo entre as partes?

Assim vistas as coisas, a menção à “manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato” assume a feição de um ideal regulador: a negociação das partes pode chegar até aí, não mais. Mas pode chegar a menos. Essa ideia de “menos”, aliás, não é uma heresia jurídica, mas uma ortodoxia. Nossa doutrina mais antiga⁴⁸ não via incompatibilidade entre a exigência de atenção ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato e compartilhamento de prejuízos. Esta ideia, aliás, está na raiz da própria formulação original da Teoria da Imprevisão pelo Conselho de Estado Francês, como se verá na Parte II deste estudo – assim como também o atual direito positivo francês convive com a menção a equilíbrio contratual, em contextos como o que estamos analisando e preconiza, igualmente, o compartilhamento dos prejuízos.

Façamos, antes, um sumário das principais conclusões a que chegamos acerca do art. 65 da Lei 8.666/1993:

- 1) Existem relevantes argumentos para afastar a aplicação deste dispositivo do âmbito

⁴⁷ RIBEIRO, *Concessões e PPPs - Melhores Práticas em Licitações e Contratos*. item III.5.2.1., disponível em <http://www.portugalribeiro.com.br/ebooks/concessoes-e-ppps/as-melhores-praticas-para-modelagem-de-contratos-de-concessoes-e-ppps-alinhando-os-incentivos-para-a-prestacao-adequada-e-eficiente-dos-servicos/distribuicao-de-riscos-e-equilibrio-economico-financeiro/>

Diz ainda: “Observe-se que a condição de incidência do dispositivo é que os eventos nele descritos configurem ‘álea econômica extraordinária e extracontratual’. Ora, para que se configure álea extracontratual, é preciso que o risco da ocorrência do evento não esteja tratado especificamente no contrato e que não haja regra clara sobre a distribuição dos riscos residuais. Portanto, ainda sem discutir a aplicabilidade do dispositivo, o que é claro é que se os riscos forem alocados claramente pelo contrato, e se houver regra no contrato sobre a alocação de riscos residuais, não se poderia falar em álea extracontratual, de maneira que este dispositivo, o art. 65, II, “d”, não poderia incidir.

⁴⁸ Cf. Parte II deste artigo.

dos contratos de delegação (onde se encontram as concessões de serviço público), no que dispõe ele de modo diferente das Leis 8.987/1995 e 11.079/2004. Isso vale especialmente no caso do art. 65, II, d que trata da álea extraordinária. Nas concessões comuns essa álea fica deve fazer as contas com o art. 2º, II da Lei 8.987/1995 e nas PPP's deverá estar disciplinada em contrato.

2) Independentemente de como se resolva o ponto 1.), o teor do art. 65, II, d revela que:

a. A Administração Pública pode, ao confeccionar o contrato (e seu edital), realizar uma repartição dos riscos da álea econômica extraordinária que

Vamos, agora, à Parte II do estudo, dedicada especificamente à Teoria da Imprevisão e ao Fato do Príncipe.

seja conforme às conveniências e características dos contratos regidos pela lei geral de licitações. Se isso ocorrer, a álea passará a ser “contratual” e deixará de se submeter ao tratamento legal geral (infra).

b. Caso não tenha havido alocação da álea econômica extraordinária (o que a torna “extracontratual”), ela receberá a disciplina presente no dispositivo de que se cuida, qual seja: seus impactos no contrato deverão ser objeto de negociação das partes, tendo por parâmetro (e limite) o equilíbrio econômico-financeiro original.

