

A BASE CONSTITUCIONAL DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

THE CONSTITUTIONAL BASIS OF THE FINANCIAL-ECONOMIC BALANCE OF ADMINISTRATIVE CONTRACTS

A BASE CONSTITUCIONAL DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Bernardo Strobel Guimarães

Doutor em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo (USP), Curso de Direito Administrativo da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC - PR), Curitiba, Paraná, Brasil. E-mail: bernardo@strobelguimaraes.com

Caio Augusto Nazario de Souza

Mestrando em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná (UFPR), Membro do Instituto Brasileiro de Direito Regulatório, da Comissão de Infraestrutura e Sustentabilidade e da Comissão de Gestão Pública da OAB - PR, Curitiba, Paraná, Brasil. E-mail: caio@strobelguimaraes.com

RESUMO

O presente artigo busca analisar se há, no Brasil, um mandamento constitucional de proteção ao equilíbrio econômico-financeiro dos contratos firmados pela Administração Pública. Trata-se de questão controversa e atual, sobretudo porque a expressão *mantidas as condições efetivas da proposta*, prevista no inc. XXI do art. 37 da Constituição, abre margem para interpretações divergentes. A partir do método de pesquisa bibliográfico, e após uma breve exposição das correntes que se construíram sobre o tema, concluímos que embora da Constituição não possamos retirar uma teoria pronta e acabada acerca da proteção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos, também não podemos desconsiderar que há ali um mandamento constitucional mínimo do qual o intérprete jamais pode se desvincular; conseqüentemente, não é dado à lei, e muito menos ao contrato administrativo, criar um sistema de alocação de riscos ilimitados ao particular. O inc. XXI do art. 37 da Constituição funciona como limite à autonomia contratual do Estado, assegurando que a gestão contratual preserve a boa-fé, a confiança legítima e a própria lógica de equilíbrio entre encargos e vantagens para os contratantes.

Palavras-chave: Contratos Administrativos. Equilíbrio Econômico-Financeiro. Alocação de Riscos.

Submitted on: 7.4.2025 | Accepted on: 7.31.2025

ABSTRACT

This article seeks to analyze whether there exists, in Brazil, a constitutional mandate to protect the financial-economic balance of contracts entered into by the Public Administration. This is a controversial and timely issue, especially because the expression *maintaining the effective conditions of the proposal*, set forth in item XXI of Article 37 of the Constitution, allows for divergent interpretations. Based on bibliographic research and following a brief presentation of the doctrinal approaches that have developed on the subject, we conclude that, although the Constitution does not offer a ready-made and comprehensive theory on the protection of the financial-economic balance of administrative contracts, it nonetheless contains a minimum constitutional directive from which the interpreter may never deviate. Consequently, neither legislation nor the administrative contract itself may establish a system of unlimited risk allocation to the private party. Item XXI of Article 37 of the Constitution operates as a limit to the contractual autonomy of the State, ensuring that contract management preserves good faith, legitimate expectations, and the very logic of balance between burdens and benefits for the contracting parties.

Keywords: Administrative Contracts. Financial-Economic Balance. Risk Allocation.

RESUMEN

El presente artículo busca analizar se há, no Brasil, um mandamento constitucional de proteção ao equilíbrio econômico-financeiro dos contratos firmados pela Administração Pública. Trata-se de questão controversa e actual, sobretudo porque a expressão mantidas as condições efetivas da proposta, prevista no inc. XXI hacer arte. 37 da Constituição, abre margem para interpretações divergentes. A partir del método de investigación bibliográfica, y después de una breve exposición de los correntes que se construyen sobre el tema, concluimos que embora da Constituição não possamos retirar una teoría pronta y acabada acerca de la protección del equilibrio económico-financiero de dos contratos administrativos, tampoco podemos desconsiderar que hay un mandamento constitucional mínimo de calidad de intérprete. jamás pode se desvincular; En consecuencia, não é dado à lei, y mucho menos ao contrato administrativo, criar um sistema de colocación de riesgos ilimitados ao particular. O inc. XXI hacer arte. 37 da Constituição funciona como limite à autonomia contratual do Estado, asegurando que una gestión contractual preserva una boa-fé, una confianza legítima y una propia lógica de equilibrio entre encargos y ventajas para los contratantes.

Palavras-chave: Contratos Administrativos. Equilíbrio Económico-Financeiro. Alocação de Riscos.

INTRODUÇÃO

O fato de a Constituição de 1988 não consagrar expressamente e com essas palavras a garantia do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos levou a afirmações no sentido de que não há algo como a *proteção constitucional* ao equilíbrio econômico-financeiro. Para os que defendem essa interpretação, trata-se essa de uma matéria infraconstitucional.¹

Embora bem fundamentada e com premissas que devem ser levadas a sério, entendemos se tratar de uma corrente tão extrema quanto aquela que encontra na expressão *mantidas as condições efetivas da proposta*, prevista no inc. XXI do art. 37 da Constituição, uma inteira teoria dogmático-jurídica da proteção do equilíbrio em todas as espécies de contratações administrativas. Nem tanto ao céu nem tanto à terra. A nosso ver, é no meio do caminho entre essas duas propostas que está a solução mais adequada para a controvérsia.

Embora, de fato, da singela expressão contida no inc. XXI do art. 37 não se possa retirar uma teoria pronta e acabada acerca da proteção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos, também não podemos desconsiderar que há ali um mandamento constitucional mínimo do qual o intérprete jamais pode se desvincular.

Há, nesse sentido, um mandamento constitucional de proteção ao equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos, direcionado ao legislador infraconstitucional. O objetivo do artigo é explorar mais essa ideia, seus fundamentos e suas implicações.

Para cumprir com essa pretensão, o artigo está organizado em duas partes principais. Primeiro, apresentamos a teoria daqueles que negam que o equilíbrio econômico-financeiro possui fundamento constitucional. Segundo, e por fim, discutimos as premissas adotadas a caminho de uma interpretação que vê no inc. XXI do art. 37 a base constitucional do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos.

¹ Por todos, ver: ALENCAR, Leticia Lins de. **Equilíbrio na concessão**. Belo Horizonte: Fórum, 2019; RIBEIRO, Maurício Portugal. **Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos**. São Paulo: Atlas, 2011.

O EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS COMO MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL

Segundo Leticia de Lins Alencar, se os constituintes de 1988 quisessem elevar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos, em particular dos contratos de concessão, ao *status* de garantia constitucional, teriam o feito expressamente.² Tanto é que a Constituição anterior, de 1967, previa a necessidade de lei criar um regime aplicável às concessionárias de serviços públicos estabelecendo, dentre outras, tarifas que assegurem o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos:

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

Seguindo esse argumento de índole originalista,³ a autora pontua que na Assembleia Constituinte de 1987-88 houve debates acerca do significado da expressão *mantidas as condições efetiva da proposta*, contida no inc. XXI do art. 37. E, na oportunidade, os constituintes entenderam que por meio de tal expressão o que se buscava garantir era uma certa intangibilidade das cláusulas do contrato contra alterações unilaterais e discricionárias por parte do Estado – prática comum à época.⁴

Com base nesses argumentos e no fato de que a Constituição não prevê em momento algum de seu texto a necessidade de se proteger o equilíbrio econômico dos contratos administrativos, a autora chega a duas conclusões principais. Primeiro, que a previsão do inc. XXI do art. 37 busca assegurar a

² ALENCAR, Leticia Lins de. **Equilíbrio na concessão**. Op. cit., p. 65.

³ Em termos simples, o originalismo preconiza que a interpretação da Constituição deve ser efetuada com base no significado público normativo difundido à época em que ela foi escrita. Obviamente é de uma teoria muito mais complexa que isso, mas que não será aqui detalhada. Recomendamos a leitura da obra do Justice Antonin Scalia sobre o tema, maior expoente da teoria nos Estados Unidos. Ver SCALIA, Antonin. **Uma questão de interpretação**: os tribunais federais e o direito. Tradução de Samuel Sales Fonteles. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2021.

⁴ ALENCAR, Leticia Lins de. **Equilíbrio na concessão**. Op. cit., p. 68.

aplicação do princípio *pacta sunt servanda* ao campo dos contratos administrativos, que não se confunde com a proteção do equilíbrio econômico-financeiro. Isso porque, enquanto o primeiro busca garantir que os termos dos contratos serão cumpridos fielmente por ambas as partes, o equilíbrio do contrato se traduz em mecanismo de efetivação da justiça contratual, de forma a impedir que uma das partes seja prejudicada por eventos supervenientes à formalização contratual – e muitas vezes isso exige a modificação dos termos originais do contrato.⁵

Segundo, ainda que se considerasse que o inc. XXI do art. 37 encampa a proteção ao equilíbrio dos contratos, ele tutela somente os contratos de obras, serviços, compras e alienações, aqueles regidos pelas Leis de Licitações (Lei n. 14.133/21). Os contratos de concessão, por outro lado, estão tutelados pelo art. 175 da Constituição, que em momento algum remete à necessidade de proteção seja das condições efetivas da proposta, seja do equilíbrio dos contratos.⁶

Em suma, entende a autora que não é possível extrair do texto constitucional fundamento para a proteção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos, especialmente dos contratos de concessão. A expressão *mantidas as condições efetivas da proposta* não busca tutelar “... a preservação ou a recomposição do sinalagma patrimonial das contratações públicas, mas [...] frear o exercício descabido da prerrogativa de alteração unilateral dos contratos pela Administração Pública, sendo, sob esta perspectiva, uma manifestação do princípio *pacta sunt servanda*”.⁷

Gustavo Kaercher Loureiro e Itiberê de Oliveira Castellano Rodrigues, em estudo divulgado pela FGV, chegam à mesma conclusão. Pare eles, o inc. XXI do art. 37 não suporta o alcance que geralmente a ele se dá, além de que ele não protege as concessões de serviços públicos, mas somente os contratos de

⁵ Ibidem, p. 69-70.

⁶ Ibidem, p. 70-71.

⁷ Ibidem, p. 71.

obras, serviços, compras e alienações.⁸ Especificamente quanto ao teor do dispositivo, observam os autores, que “...‘manter a proposta’ não significa, necessariamente, ‘manter ao longo de todo o tempo do contrato a equação econômico-financeira original que decorre da proposta’”:⁹

[...] tudo o que o dispositivo exige é respeito aos termos da proposta, ou seja, *pacta sunt servanda*. Mas – e esse é o ponto fundamental – obrigação de respeito à proposta nada diz sobre o que ela (proposta) deverá conter, como deverá ser construída, sobre quais premissas se assenta e, sobretudo, se e em face do que deverá ser mantida a equação econômico-financeira original que dela deriva. Por outras palavras, “manter a proposta” – que é unicamente o que a Constituição exige – não significa “manter ao longo de todo o tempo do contrato, e sob qualquer circunstância, a equação econômico-financeira original que decorre da proposta”.¹⁰

Por fim, Maurício Portugal Ribeiro também nega *status* constitucional ao equilíbrio econômico-financeiro. Assim como defendem os autores já mencionados, ele entende que a proteção às condições efetivas da proposta nada tem a ver com a garantia de equilíbrio do contrato administrativo. O conteúdo dessa garantia e os modos de efetivá-la possuem natureza infraconstitucional.¹¹

Em suma, para esta primeira corrente não existe algo como o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos firmados pela Administração Pública; tal figura possui, do início ao fim, natureza infraconstitucional. Mas, respeitosamente, e sem desconsiderar a qualidade dos argumentos expostos acima, ao nosso ver não só a garantia do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos é mandamento constitucional, como também o inc. XXI do art. 37 da Constituição se aplica aos contratos administrativos em geral.

⁸ LOUREIRO, Kaercher Loureiro; RODRIGUES, Itiberê de Oliveira Castellano. Tem mesmo base constitucional o equilíbrio econômico-financeiro das concessões? Por um modelo flexível do regime econômico das concessões de serviço público. **FGV, Centro de Estudos em Regulação e Infraestrutura**. Disponível em <<https://ceri.fgv.br/sites/default/files/publicacoes/2020-07/a-constituicao-protege-o-eef-formatado.pdf>>. Acesso em 11 jul. 2023, p. 24.

⁹ *Ibidem*, p. 34.

¹⁰ *Ibidem*, p. 28.

¹¹ RIBEIRO, Maurício Portugal. **Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos**. Op. cit.

O ART. 37, INC. XXI, DA CONSTITUIÇÃO E A TUTELA DA PROPOSTA APRESENTADA: A BASE CONSTITUCIONAL DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO

A Constituição consagra um módulo mínimo acerca dos contratos celebrados pela Administração. Nesse particular, merece relevo a disposição do art. 37, inc. XXI, da Constituição, segundo o qual nas contratações levadas a efeito pela Administração Pública devem ser “*mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei*”.

Segundo entendemos, essa disposição é a base constitucional do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos.¹² Embora haja várias técnicas para efetivar essa diretriz, dela emerge com clareza que *existe uma correlação entre o ambiente encontrado pelo particular ao formular sua proposta e a execução do contrato*.

Como anota Maurício Portugal Ribeiro, “... há uma *conexão entre o objeto contratual, o conjunto de riscos transferidos pelo contrato para o parceiro privado e a remuneração prevista*”.¹³ Tudo isso se corporifica na oferta apresentada, formulada de acordo com os riscos existentes no momento de sua elaboração.

A proposta do particular decorre da capacidade de ele conhecer, no instante em que a formula, o que está sendo contratado, as obrigações de parte a parte, as condições da sua execução e, em especial, os riscos a que estará sujeito no curso do cumprimento do contrato, afinal, *propostas se formulam diante de um ambiente em que é dado ao particular conhecer os riscos que irá assumir*. Nesse sentido, a proposta é uma carta de intenção acerca dos riscos do empreendimento. Os riscos devem ser precificados na oferta realizada e somente é possível se precificar aquilo que se conhece.

Portanto, o conhecimento prévio sobre o que será assumido é condição de validade da própria proposta sob pena de ela se convolar em uma oferta sem

¹² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 765-766.

¹³ RIBEIRO. Maurício Portugal. **Concessões e PPPs: melhores práticas em licitações e contratos**. Op. cit., p. 108

substância à moda de uma cláusula potestativa pura. Enfim, os riscos são aceitos diante da expectativa de se obter um retorno econômico que seja suficientemente atraente para compensá-lo.

Essa ideia de que existe um cálculo entre os riscos assumidos e a remuneração esperada está na própria essência dos contratos administrativos. Segundo André de Laubadère, essa expectativa preside a própria decisão do particular de contratar, daí ela ser merecedora de proteção durante a execução do contrato.¹⁴

E é natural que assim seja, pois desde a gênese da figura do contrato administrativo surge a preocupação que haja uma *équivalence honnête des prestations* (a ser preservada diante de alteração das bases nas quais o particular apresentou sua proposta).¹⁵

Em suma, *edital e proposta se integram conformando a relação originária que constitui a base do contrato administrativo*. O particular precifica os riscos que assume e traduz isto na oferta que realiza. Ao aceitar a oferta, a Administração se compromete a proteger esse cálculo originário, preservando as condições originárias da proposta. E é exatamente disso que a Constituição trata.

E isto visa a proteger o próprio interesse público. Contratos da Administração são instrumentos de satisfação de interesses coletivos. É nesse contexto que a proposta é preservada, ela deve ser protegida contra desnaturações posteriores porque foi considerada adequada a fazer frente aquilo que se está a contratar. Se assim não fosse a proposta se perderia em caso de superveniências imprevistas, colocando em xeque não apenas o

¹⁴ LAUBADERE, André de. **Traité théorique et pratique des contrats administratifs**, t. 2. Paris: LGDJ, 1956, p. 34.

¹⁵ Diz o Conselho de Estado no *leading case* sobre o tema: “Il est de l'essence même de tout contrat de rechercher et de réaliser dans la mesure du possible une égalité entre les avantages qui sont accordés au cocontractant et les charges qui lui sont imposées. Dans tout contrat administratif est impliqué comme un calcul l'équivalence honnête entre ce qui accordé au cocontractant et ce qui est exigé de lui. C'est ce qu'on appelle l'équivalence financière et commerciale, l'équation financière du contrat de concession)” (cf. Cie. Générale française des Tramways, Conseil d'État 11 mars 1910).

particular, mas também o interesse público. O que se protege aqui não é o particular, mas o próprio sistema público de contratações. Não é à toa, portanto, que se protege a proposta, desde a Constituição.

Daí porque qualquer cláusula contratual que imponha a alocação de todos os riscos do negócio ao contratado fere a racionalidade constitucional e viola o ordenamento jurídico brasileiro. Um mínimo de previsibilidade é exigido pela Constituição, como elemento inerente à proposta apresentada.

Os contratados somente estão obrigados a assumir "... os encargos já previstos de maneira precisa no contrato original (encargos programados), pois os custos a eles correspondentes puderam ser considerados na formação do equilíbrio econômico-financeiro da concessão".¹⁶ Não existe obrigação implícita de assumir qualquer risco que não tenha sido assinalado no momento base da avaliação, isto é, quando da formulação/apresentação da proposta.

É em função dessa expectativa de retorno, refletida na avaliação originária de riscos, que deve ser protegida a proposta contra alterações supervenientes, que impactam o originalmente estipulado entre as partes. Daí Fernando Vernalha Guimarães concluir que, *a regra constitucional do inc. XXI do art. 37 objetiva garantir a intangibilidade da repartição de riscos efetuada entre as partes, protegendo-a "... de intervenções administrativas autoritárias na esfera das cláusulas econômicas do contrato".*¹⁷

No decorrer da execução contratual, portanto, o Poder Público tem o dever de assegurar ao particular a manutenção das mesmas condições que, à época do ajuste, foram por ele introjetadas em sua proposta e refletidas no contrato, isto porque ao final é este o interesse público perseguido na relação.

Havendo desnaturação do ambiente originário, o contratado tem direito de ver recomposta a igualdade inicial ou, ainda, quando impossível a recomposição, o direito à indenização pelos prejuízos causados. E dentre os fatos que implicam

¹⁶ SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. Atualidade do serviço público concedido e reequilíbrio da concessão. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, Belo Horizonte, ano 16, n. 61, p. 41-53, 2018, p. 53.

¹⁷ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Parceria público-privada*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 309.

tal resultado estão aqueles nos quais há desnaturação do ambiente normativo subjacente   exploração econ mica da atividade.¹⁸⁻¹⁹

Logo, embora a Administração Pública esteja em uma posição privilegiada na relação jurídica com o contratado, até mesmo por ser aplicável o regime jurídico de direito público na contratação (quando menos por definir os termos do contrato de modo unilateral, definindo os riscos a serem precificados), essa situação de superioridade vem com um contraponto: *os contratados não estão obrigados a suportar alterações contratuais prejudiciais motivadas por condutas unilaterais do Poder Público*.²⁰ Trata-se de verdadeira sujeição imposta   Administração Pública. Isso se dá pois do contrário se transferia ao particular um risco que decorre do próprio comportamento da Administração.

Enfim, existe um consenso inicial que deve ser respeitado por ambas as partes, que traduz a *relação comutativa originária*. No que toca à Administração, isso se convola no dever de não aumentar os riscos derivados da sua posição jurídica durante o cumprimento das obrigações do contrato. Se   verdade que a Administração pode modificar a execução do contrato, também   verdade que ela deve responder pelos efeitos econ micos decorrentes do exercício dessa alteração. Por conta disto, "... segue-se que a Administração não teria título jurídico para, ulteriormente, buscar vantagens adicionais, e menor ainda o teria para converter um negócio viável em negócio ruinoso para a contraparte".²¹

Em havendo a implementação de alterações pela Administração (na qualidade de contratante ou de autoridade), é natural que responda pelos efeitos

¹⁸ MELLO, Celso Ant nio Bandeira de. **Pareceres de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 178-179.

¹⁹ Os danos causados pelo exercício de competência regulamentar sempre foram vistos como dando ensejo à indenização nos casos de agredirem a base em que o contrato foi formado. Nesse sentido, ao tratar da responsabilidade pelo exercício da autoridade p blica Georges Teissier anota que: "un acte administratif, même regulier, peut entraîner à la charge de la puissance publique de sérieuses, toutes les fois qu'il modifie les bases mêmes d'un contrat, c'est-à-dire les conditions en considération desquelles il a été passé et dont le maintien pouvait être légitimement escompté par les parties" (TEISSIER, Georges. **La responsabilité de la puissance publique**. Paris: Mémoire du Droit, 2009, p. 198-199).

²⁰ FERRAZ, Luciano de Ara jo. Comentários ao art. 37, inc. XXI. In.: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. **Comentários   Constituiç o do Brasil**. 2. ed. S o Paulo: Saraiva, 2018, p. 952-953.

²¹ MELLO, Celso Ant nio Bandeira de. **Pareceres de direito administrativo**. Op. cit., p. 392.

daí decorrentes sobre o consenso originário. Os riscos que decorram da conduta praticada pela Administração (áreas administrativas) são, por força do nosso modelo constitucional, riscos que correm à sua conta.

Como expõe Victor Rhein Schirato, os riscos associados à Administração Pública são aqueles que dizem respeito a condutas que somente podem ser praticadas pelo Estado, tais como mudanças regulatórias, alterações contratuais unilaterais, descumprimento de obrigações de pagamento, entre outros. E, logicamente, os riscos e prejuízos associados a tais eventos estão “... exclusivamente alocados ao Estado, que deve arcar integralmente com suas consequências”.²²

A Administração viola a Constituição quando afronta direitos daqueles com ele contratados ou quando, havendo-os prejudicado, deixa de compensá-los, ainda que tudo isso ocorra sob a pretensa proteção do interesse público. Afinal, “Juridicamente não há interesse público contra a lei. Não há interesse público no desatendimento do interesse alheio. Não é lícito a uma pessoa governamental esquivar-se a cumprir ou a reconhecer direito de terceiros”.²³ Até mesmo porque, ao proceder desta forma o ato deve ser considerado inválido em sua essência por violação ao princípio da legalidade, nos termos do *caput* do artigo 37 da Constituição.

Nesse sentido, embora nos dias de hoje tenhamos relações jurídicas que são formalizadas através de contratos aleatórios, isso não significa que não exista uma matriz de riscos base, que orienta a formulação das propostas. Na assinatura do contrato, o particular sabe bem os riscos que está assumindo, e qualquer alteração superveniente que lhe cause prejuízos deve ser compensada.

Em suma: *em todos os contratos firmados pela Administração Pública, sejam eles de que espécie forem, existe uma correlação indelével entre a*

²² SCHIRATO, Victor Rhein; RODRIGUES, Carolina Caiado Lima. Alocação de riscos nos contratos de engenharia, no contexto dos contratos administrativos brasileiros. **Revista de Contratos Públicos - RCP**, Belo Horizonte, ano 5, n. 9, 2016, p. 206.

²³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Pareceres de direito administrativo**. Op. cit., p. 180.

capacidade de formular a proposta e os riscos assumidos pelo particular. Embora contratos diversos impliquem riscos de naturezas diversas, esse elemento de capacidade de avaliar os riscos se mantém constante em todos os contratos celebrados pela Administração.

Insista-se: é exatamente isso o que a Constituição protege no art. 37, inc. XXI, ao exigir que as condições da proposta devem ser preservadas. Não é dado à Lei e muito menos ao contrato criar um sistema de riscos ilimitados, pois esse modelo não se alinha ao que dispõe a Constituição.

Note-se que aqui não está a se defender que isso deve ocorrer de modo linear em todos os contratos da Administração, ou que se está a negar que é legítima a celebração de avenças que possuem a natureza de contratos aleatórios, é claro que se deve levar em consideração a estrutura particular de repartição riscos de cada contrato, afinal diferentes contratos estão sujeitos a diferentes lógicas econômicas.²⁴ *O que se sustenta é que em qualquer contrato a proposta pressupõe a existência uma base objetiva de riscos que deve ser conhecida pelo particular ao apresentar sua proposta.*

A partir daí, cada espécie de contrato lida com os riscos inerentes ao exercício da atividade contratada. Contratos de obra têm riscos diversos de contratos de concessão que, por sua vez, são distintos de contratos de óleo e gás, etc. *Todavia, em todos eles, o particular apresenta sua proposta levando em conta os riscos que lhe foram assinalados ao início.*

Ao se exigir a manutenção das condições efetivas da proposta apresentada, protege-se a leitura original dos riscos que foi feita pelo particular na hora de assumir encargos junto à Administração.

Vale enfatizar, ainda, que em razão do caráter aleatório de eventuais contratos, como no caso de exploração e produção de petróleo, grande parte da

²⁴ Lícínio Lopes Martins explica a questão indicando que a complexidade inerente a cada contrato se reflete na compreensão acerca do seu equilíbrio econômico-financeiro. Não se trata de tema estático, mas dinâmico, inerente a natureza de cada contrato. Ver: MARTINS, Lícínio Lopes. **Empreitadas de obras públicas**: o modelo normativo do regime do contrato administrativo e do contrato público em geral (em especial o equilíbrio econômico-financeiro), Coimbra: Almedina, 2014, p. 535-536.

doutrina sustenta que eles não possuem propriamente um regime de equilíbrio econômico-financeiro – no sentido em que a doutrina tradicionalmente entende esse instituto, o que não quer dizer que não existe uma lógica econômica mínima merecedora de proteção. Sobre o assunto, Patrícia Baptista esclarece que:

[...] no âmbito dos contratos de concessão de exploração e produção de petróleo, fica muito difícil apontar a existência de uma equação econômico-financeira merecedora de tutela, à luz da teoria da imprevisão, nos mesmos moldes daquelas presentes em contratos em que inexistente o signo da aleatoriedade. Tais contratos preveem, é claro, algum *arranjo básico, mínimo quanto às expectativas de ganhos financeiros das partes e a respectiva repartição. Esse arranjo deve ser preservado*. Porém, como seus resultados são incertos — quer quanto à existência, quer quanto à quantidade do que pode vir a ser explorado —, não há como se pretender a preservação de um equilíbrio financeiro nem sequer existente *a priori*.²⁵

É dizer, mesmo nos contratos considerados aleatórios existe uma matriz de riscos mínima, que deve ser respeitada por ambas as partes no decorrer da execução contratual. Se assim não fosse, nem sequer haveria contrato. Contrato exige que as expectativas econômicas de ambas as partes sejam honradas.

Por isso, o fato de o contrato ser aleatório não implica a possibilidade de o Poder Público, por ato imprevisível e unilateral seu, inviabilizar por completo a atividade dos contratados e, após, extinguir os contratos sem garantia de indenização. Entender em sentido contrário seria reconhecer a legitimidade de atos que agrediriam o mínimo existencial previsto na Constituição Federal acerca da correlação entre a formulação da proposta e a execução do contrato, o que não é possível.

Nesse contexto, *a distribuição de riscos deve ser realizada antes da assinatura do contrato e da forma mais transparente e clara possível, de forma a permitir que o particular saiba exatamente os riscos que está assumindo, sendo*

²⁵ BAPTISTA, Patrícia. A inarbitrabilidade objetiva do conflito entre Petrobras e a ANP. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 275, 2017, p. 313.

que eventuais omissões não podem ser interpretadas em desfavor dos particulares.²⁶⁻²⁷

Especificadamente em relação a contratos de concessão, um dos grandes desafios da repartição de riscos é garantir, a um só tempo, a qualidade da atuação privada, que deve assumir os riscos envolvidos na execução do contrato, e a atratividade do setor de modo a conseguir investimentos privados. Afinal, a técnica da concessão pressupõe atrair particulares para executar tarefas que se reputa que não devem ser executadas diretamente pelo Estado por diversas razões.

Então, temos que contratos que alocam todos os riscos aos particulares, ou mesmo interpretações no sentido de que a expressão “por conta e risco” presente na Lei das Concessões e na Lei do Petróleo implica a assunção de todos os riscos do negócio por parte dos concessionários, violam frontalmente um dos princípios básicos que regem as relações contratuais firmadas entre o Estado e a iniciativa privada: a segurança jurídica;²⁸ viola, ainda, em última análise, a Constituição de 1988.

A ideia de que o contrato de concessão se desenvolve por conta e risco do contratado não implica a sua transformação em uma espécie de seguradora universal, sendo inviável (e, nos termos aqui delineados, inconstitucional) eventual pretensão da Administração de transferir aos particulares o risco de todos os eventos extraordinários ocorridos no decorrer da execução contratual. O contrato administrativo não serve para que o Estado se exima das responsabilidades inerentes ao empreendimento público, repassando-as

²⁶ MOREIRA, Egon Bockmann. Riscos, incertezas e concessões de serviços públicos. In.: CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann. **Estudos de direito econômico**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 109.

²⁷ Nesse sentido, afirma Alexandre Santos de Aragão que aplica-se aos contratos de concessão de exploração e produção de petróleo a regra da interpretação *contra proferentem*, de forma que obscuridades e omissões contratuais se resolvem contra quem os redigiu. Ver: ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Direito do petróleo e do gás**. Belo Horizonte: Fórum, 2021, p. 177.

²⁸ NÓBREGA, Marcos. **Direito da infraestrutura**. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 123.

integralmente ao particular.²⁹ Isso seria transmutar a natureza pública do seu objeto em privada, o que não se admite.

E, se não há o que se falar em contratos que alocam todos os riscos aos contratados, muito mais grave é a situação de interpretações contratuais supervenientes, que buscam alocar aos particulares riscos que não foram expressamente assumidos, em uma postura desleal que macula o ato também pela ausência de boa-fé contratual. Nestes termos, entende-se que os riscos assumidos são os riscos existentes e conhecidos no instante da formulação da proposta. Enfim, independentemente da espécie de contratação, a Constituição impõe a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, devendo ser conservadas as condições originais da proposta apresentada.

CONCLUSÃO

Nos contratos firmados pela Administração Pública, independentemente da sua espécie ou da lei que os regule, existe uma correlação permanente entre a capacidade de se formular a proposta no momento originário e os riscos assumidos pelo particular na execução do contrato. Neste sentido, é dever de ambas as partes conservarem estas condições durante a execução do contrato, de modo a garantir a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro.

A complexidade das relações jurídicas nos dias de hoje é traduzida em diversas espécies de contrato que, por sua vez, apresentam riscos de naturezas diversas; contudo, todos compartilham do mesmo núcleo mínimo comum de que a capacidade de avaliar os riscos originariamente alocada deve ser mantida constante durante todo o cumprimento da avença e em todos os contratos celebrados pela Administração.

Esta conclusão é extraída do art. 37, inc. XXI, ao exigir que as condições da proposta devem ser preservadas, de modo que não é dado à Lei e muito

²⁹ GUIMARÃES, Bernardo Strobel. Os contratos de concessão como técnica de efetivação de benefícios sociais e os reflexos no seu equilíbrio econômico-financeiro. In.: TAFUR, Diego J. V.; JURKSAITIS, Guilherme Jardim; ISSA, Rafael Hamze. **Experiências práticas em concessões e PPP: estudos em homenagem aos 25 anos da lei de concessões**, vol. II. São Paulo: Quartier Latin, 2021, p. 358-359.

menos ao contrato administrativo criar um sistema de riscos ilimitados, pois esse modelo não se alinha aos preceitos constitucionais.

Isso implica reconhecer que quando a Administração der causa à alteração na estrutura dos riscos considerados no momento da elaboração da proposta, concomitantemente, surge o dever de ser reestabelecido o equilíbrio econômico-financeiro do contrato em benefício do particular e quando isso não for possível deve a Administração indenizá-lo. Os riscos que decorrem da conduta praticada pela Administração (áreas administrativas) são, por força do modelo constitucional, riscos que correm à sua conta e impõem o reequilíbrio contratual.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, L. L. de. **Equilíbrio na concessão**. Belo Horizonte: Fórum, 2019.

ARAGÃO, A. S. de. **Direito do petróleo e do gás**. Belo Horizonte: Fórum, 2021,

BAPTISTA, P. A inarbitrabilidade objetiva do conflito entre Petrobras e a ANP. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 275, 2017.

MOREIRA, E. B. Riscos, incertezas e concessões de serviços públicos. In.: CUÉLLAR, Leila; MOREIRA, Egon Bockmann. **Estudos de direito econômico**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

FERRAZ, L. de A. Comentários ao art. 37, inc. XXI. In.: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. **Comentários à Constituição do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

GUIMARÃES, F. V. **Parceria público-privada**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

LAUBADERE, A. de. **Traité théorique et pratique des contrats administratifs**, t. 2. Paris: LGDJ, 1956.

LOUREIRO, K. L.; RODRIGUES, I. de O. C. Tem mesmo base constitucional o equilíbrio econômico-financeiro das concessões? Por um modelo flexível do regime econômico das concessões de serviço público. **FGV, Centro de Estudos**

em Regulação e Infraestrutura. Disponível em <<https://ceri.fgv.br/sites/default/files/publicacoes/2020-07/a-constituicao-protege-o-eef-formatado.pdf>>. Acesso em 11 jul. 2023.

MARTINS, L. L. **Empreitadas de obras públicas:** o modelo normativo do regime do contrato administrativo e do contrato público em geral (em especial o equilíbrio econômico-financeiro), Coimbra: Almedina, 2014.

MELLO, C. A. B. de. **Curso de direito administrativo.** 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MELLO, C. A. B. de. **Pareceres de direito administrativo.** São Paulo: Malheiros, 2015.

NÓBREGA, M. **Direito da infraestrutura.** São Paulo: Quartier Latin, 2011.

RIBEIRO, M. P. **Concessões e PPPs:** melhores práticas em licitações e contratos. São Paulo: Atlas, 2011.

SCALIA, A. **Uma questão de interpretação:** os tribunais federais e o direito. Tradução de Samuel Sales Fonteles. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2021.

SCHIRATO, V. R.; RODRIGUES, C. C. L. Alocação de riscos nos contratos de engenharia, no contexto dos contratos administrativos brasileiros. **Revista de Contratos Públicos - RCP**, Belo Horizonte, ano 5, n. 9, 2016.

SUNDFELD, C. A.; CÂMARA, J. A. Atualidade do serviço público concedido e reequilíbrio da concessão. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 16, n. 61, p. 41-53, 2018.

TAFUR, D. J. V.; JURKSAITIS, G. J.; ISSA, R. H. **Experiências práticas em concessões e PPP:** estudos em homenagem aos 25 anos da lei de concessões, vol. II. São Paulo: Quartier Latin, 2021.

TEISSIER, G. **La responsabilité de la puissance publique.** Paris: Mémoire du Droit, 2009.