

# Da alocação de riscos enquanto fundamento subjacente ao equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos

Thiago Mesquita Nunes

RESUMO: por meio deste trabalho, busca-se introduzir a concepção de que a alocação dos riscos do empreendimento situa-se como o fundamento lógico do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos. Esta compreensão permite, abandonando-se a estrita relação da equação financeira do contrato com a concepção de álea extraordinária do negócio, a formulação de conceito jurídico único, aplicável, indistintamente, não apenas aos contratos regidos pela Lei Federal nº 8.666/93, mas, igualmente, a institutos mais complexos do Direito Administrativo, como as parcerias público-privadas, nas quais prevista, legalmente, a possibilidade de alocação contratual dos riscos do empreendimento. Pretende-se, outrossim, propor uma reflexão acerca do real objetivo das medidas de reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos, por intermédio das quais não deve ser proporcionada uma garantia da rentabilidade do negócio imaginada quando da formulação da proposta, mas, exclusivamente, a neutralização do evento causador do desequilíbrio contratual.

PALAVRAS-CHAVE: *contrato administrativo, equilíbrio econômico-financeiro, risco.*

## I – INTRODUÇÃO

Mostra-se bastante difundido na doutrina o clássico conceito segundo o qual o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos é “a relação estabelecida inicialmente pelas partes entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração para a justa remuneração do objeto do ajuste”<sup>1</sup>.

1 MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito Administrativo Brasileiro*, 32ªed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 215.

A origem do conceito, em realidade, remonta ao quanto disposto no artigo 65, inciso II, alínea “d”, da Lei Federal nº 8.666/93<sup>2</sup>, e não raro se observa a sua aplicação, indistintamente, a todo e qualquer contrato administrativo, inclusive aos contratos de concessões de serviços públicos.

Ocorre, todavia, que embora tal definição de equilíbrio econômico-financeiro encontre, indubitavelmente, respaldo legal, repetindo os termos da lei, sua aplicação deve ser realizada *cum granu salis*, perquirindo-se o real significado do instituto, sob pena de, indevidamente, entender-se como legítimas as pretensões, comumente formuladas, de ver garantida, por intermédio do reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, a rentabilidade inicialmente esperada do negócio<sup>3</sup>.

Desse modo, a interpretação dos dispositivos legais relativos ao equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos, não apenas nos regidos pela Lei Federal nº 8.666/93, mas, igualmente, nas concessões de serviços públicos – e nesta, enquanto gênero, me permito incluir tanto a modalidade clássica, prevista na Lei Federal nº 8.987/95, quanto as parcerias público-privadas, disciplinadas pela Lei Federal nº 11.079/04 – pressupõe que, previamente, seja reconhecida a real extensão do instituto.

Busca-se, com isto, esclarecer que, embora o ordenamento jurídico imponha a necessidade de reequilíbrio de contratos administrativos que, por razões excepcionais, venham a sofrer desequilíbrio, tal previsão não tem como efeito recompor, integralmente, uma situação tida, no momento da celebração do contrato, como a correspondência ideal entre prestação e contraprestação das partes.

Em realidade, pretende-se que se compreenda que, com a aplicação dos mecanismos de reequilíbrio, não se busca atribuir à parte prejudicada os meios de auferir a rentabilidade esperada do negócio, mas, pelo contrário, objetiva-se, exclusivamente, neutralizar os efeitos financeiros de um evento que, legal ou contratualmente, não deveria ter sido suportado pela parte prejudicada.

---

2 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.

3 É o que se observa, a título de exemplo, em diversas das concessões de serviços públicos ora vigentes, nas quais a concessionária, alegando a ocorrência de evento imprevisível que afetou o desempenho do serviço público concedido, solicita a aplicação de medida de reequilíbrio que, de algum modo, permita seja alcançada a Taxa Interna de Retorno (TIR) prevista na proposta.

Ocorre, contudo, que, para que se desenvolva uma análise do reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos, mostra-se necessário, previamente, em virtude de um pressuposto lógico, que sejam definidos quais os elementos que permitem afirmar que um contrato administrativo está, de fato, equilibrado.

Com efeito, apenas quando definido o ponto de equilíbrio de um dado contrato administrativo é que se mostrará possível a aferição da ocorrência de desequilíbrio econômico-financeiro e, mais do que isso, a apuração de seu montante, confrontando a situação sob análise ao ponto ideal previamente estabelecido.

É por este motivo, destarte, que se inicia o presente estudo a partir da definição do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos.

## II – DA DEFINIÇÃO CLÁSSICA DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Nos contratos administrativos, o regime jurídico administrativo, embora imponha algumas prerrogativas à Administração Pública, não desnatura a natureza contratual do acordo de vontades, de modo que se mostram aplicáveis diversos dos princípios inerentes à teoria geral dos contratos, dentre os quais, note-se, a cláusula *rebus sic stantibus* e a teoria da imprevisão.

Quanto a este ponto, Eugênia Cristina Cleto Marolla ressalta que:

“Em razão do lapso temporal entre a celebração do acordo e sua execução, os contratos que possuem execução diferida ou continuada estão sujeitos à ocorrência de fatos imprevisíveis à época de sua celebração, que podem onerar a execução para, pelo menos, um dos contratantes. Nesses casos, a aplicação irrestrita do princípio do ‘*pacta sunt servanda*’ pode levar à quebra da justiça contratual estabelecida na celebração do acordo, à quebra da equivalência objetiva das prestações com o enriquecimento sem causa de um contratante em detrimento do outro, o que não é admitido pelo direito”<sup>4</sup>.

Como se vê, em qualquer contrato, ainda que administrativo, revela-se de indiscutível importância a preservação da justiça contratual, da equivalência das prestações impostas às partes, e, especialmente, a vedação ao enriquecimento sem causa.

A força obrigatória dos contratos, em consequência, possui aplicação *si et in quantum*, ou seja, admite-se que sejam alteradas as condições econômico-financeiras do ajuste quando da superveniência de evento que, por alguma razão, afeta

---

4 *Concessões de Serviço Público – A Equação Econômico-Financeira dos Contratos*, São Paulo: Verbatim, 2011, p. 32/33.

injustamente uma das partes contratantes, sem que a ela, de algum modo, pudessem ser imputada a responsabilidade pela assunção de tais encargos.

E é com base nestas preocupações, note-se, que a doutrina, de forma aparentemente unívoca, entende que, configurada alguma das situações previstas no artigo 65, inciso II, alínea “d”, da Lei Federal nº 8.666/93, restará caracterizado o desequilíbrio contratual, conduzindo – caso verificados os requisitos legais – à aplicação de mecanismos de mitigação da situação de prejuízo da parte pleiteante.

Do exposto, poder-se-ia concluir – como, de fato, muitas vezes se observa – que a preservação do equilíbrio contratual encontra-se condicionada, em todas as hipóteses, à inoccorrência de eventos excepcionais supervenientes, de modo que, caracterizado acontecimento imprevisível, com consequências financeiras sobre uma das partes contratantes, haveria espaço para a formulação de um pleito de reequilíbrio.

Esta conclusão, contudo, embora majoritária na doutrina, não se sustenta em face de uma análise aprofundada dos fundamentos dos dispositivos legais relativos ao reequilíbrio econômico-financeiro, e, em especial, não encontra aplicabilidade nos modernos institutos de cooperação entre o Poder Público e a iniciativa privada.

### **III – DA ALOCAÇÃO DE RISCOS ENQUANTO FUNDAMENTO DO EQUILÍBRIO CONTRATUAL**

Previamente ao prosseguimento da apuração da *ratio* subjacente ao desequilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos, entendo necessário distinguir, em um primeiro momento, o desequilíbrio contratual sob o ponto de vista econômico – ocorrente em todas as hipóteses em que verificado que não são equitativas as prestações de cada uma das partes – e o desequilíbrio contratual legalmente qualificado, existente, exclusivamente, nas hipóteses previstas em lei.

Quanto a este ponto, observe-se que o artigo 65, inciso II, alínea “d”, da Lei Federal nº 8.666/93, é claro ao reconhecer que o reequilíbrio econômico-financeiro de um contrato administrativo somente se mostra admissível “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”.

Nos termos expostos, denota-se que não são todas as situações de desequilíbrio contratual (do ponto de vista econômico) que ensejam a aplicação de medidas de reequilíbrio, mas, tão somente, as hipóteses em que, efetivamente, caracterizados os demais requisitos legais, configurando-se, em consequência, de-

sequilíbrio econômico-financeiro legalmente reconhecido, para os fins do pleito de reequilíbrio<sup>5</sup>.

Pois bem. Superada tal questão, e assentada a premissa de que, quando da menção ao desequilíbrio contratual, far-se-á, exclusivamente, referências às hipóteses capazes de ensejar pleitos de reequilíbrio, observo que o dispositivo legal supratranscrito arrola quatro situações capazes de configurar desequilíbrio econômico-financeiro do contrato: I) fatos imprevisíveis, ou previsíveis, mas de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado; II) força maior; III) caso fortuito; IV) fato do príncipe.

As hipóteses relacionadas acima possuem, cada qual, características que as distinguem das demais. Há, entretanto, um elemento que as aproxima: todas elas, sem qualquer exceção, representam eventos que, quer por sua excepcionalidade, quer por sua inevitabilidade por parte do contratado, não devem ser por ele suportadas, sob o ponto de vista econômico.

Vale dizer, o contratado (nos contratos celebrados sob a égide da Lei Federal nº 8.666/93) não se encontra sujeito aos efeitos econômico-financeiros decorrentes dos eventos elencados acima. Ao revés, compete ao Poder Público suportá-los, de modo que, quando da ocorrência de qualquer desses eventos, surge a possibilidade de se pleitear o reequilíbrio contratual, expurgando a relação jurídica dos efeitos – positivos ou negativos – decorrentes do evento estranho ao contrato<sup>6</sup>.

Ora, em sendo assim, parece restar evidente que tal dispositivo legal revela-se, de fato, como uma cláusula de alocação de riscos. Ao contratado são atribuídos os riscos ordinários do negócio, de modo que a ele compete suportar todos

5 No mesmo sentido, Antônio Carlos Cintra do Amaral sustenta que “não basta que ocorra o desequilíbrio econômico-financeiro do contrato. É necessário que ele resulte de um desses três fatos. Em outras palavras: é necessário que o desequilíbrio seja qualificado pelo ordenamento jurídico. Ele pode existir sem que daí decorra um dever do contratante de recompor a equação inicial do contrato, e um correspondente direito do contratado a essa recomposição. O desequilíbrio é sempre econômico-financeiro, mas pode decorrer do risco do negócio, hipótese em que a concessionária não tem direito à revisão contratual, para restabelecer a equação econômico-financeira inicial. O desequilíbrio econômico-financeiro é condição necessária, mas não suficiente para caracterizar o desequilíbrio jurídico”. (O Reequilíbrio Econômico-Financeiro dos Contratos de Concessão de Rodovias, *Revista dos Advogados*, Ano XXIX, nº 107, dezembro de 2009).

6 Quanto a este ponto, Maria Sylvia Zanella Di Pietro sustenta que “no direito brasileiro, entende-se que, seja nas áreas administrativas, seja nas áreas econômicas, o contratado tem direito à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, por força do artigo 37, XXI, da Constituição, que exige, nos processos de licitação para obras, serviços, compras e alienações, sejam mantidas ‘as condições efetivas da proposta’. Além disso, a mesma ideia resulta da Lei nº 8.666/93 (art. 65, inciso II, e §§ 5º e 6º) e da Lei nº 8.987/95 (art. 9º e parágrafos), em matéria de concessão e permissão de serviços públicos”. (Direito Administrativo, 22ªed., São Paulo: Atlas, 2009, p. 277).

os efeitos financeiros decorrentes de tais eventos, quer sejam eles positivos, quer sejam eles negativos. Ao Poder Público, por outro lado, são impostos os riscos extraordinários, caracterizados nos eventos arrolados acima, de forma tal que sobre ele devem recair, quer diretamente, quer em decorrência do reequilíbrio contratual, os efeitos financeiros decorrentes de tais fatos.

A alocação de riscos constitui, ressalte-se, o próprio fundamento sobre o qual erigida a norma legal acima e, de todo modo, a própria lógica do reequilíbrio econômico-financeiro<sup>7</sup>.

E, nestes termos, mostra-se possível a formulação de um conceito de equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos que se revele, a um só tempo, aplicável não apenas aos contratos ditos “comuns”, mas, igualmente, às concessões de serviços públicos, em especial às parcerias público-privadas, caracterizadas por uma regulação diferenciada da alocação dos riscos contratuais.

Pode-se definir, portanto, o equilíbrio econômico-financeiro da seguinte maneira:

*Um contrato administrativo diz-se equilibrado quando nenhuma das partes – Poder Público ou contratado – suporta os efeitos financeiros – positivos ou negativos – decorrentes de evento cujo risco não havia sido a ela atribuído.*

Ou, em termos semelhantes:

*Um contrato administrativo diz-se equilibrado quando ambas as partes – Poder Público e contratado – suportam, exclusivamente, os efeitos financeiros decorrentes de eventos cujos riscos haviam sido a elas atribuídos.*

#### **IV – QUANTO ÀS CONCESSÕES “COMUNS” DE SERVIÇOS PÚBLICOS**

A conclusão ora exposta – de que a alocação de riscos constitui, de fato, o fundamento que confere sustentação à ideia de equilíbrio contratual – permite que seja um mesmo conceito aplicável aos mais diversos contratos administrativos, não apenas aos regidos pela Lei Federal nº 8.666/93, mas, inclusive, às con-

---

<sup>7</sup> Em relação ao tema, Marcelo Bruto da Costa Correia assevera que “o direito a manter intactas as condições da proposta não pode se confundir com a integral absorção dos riscos por parte do Poder Público. O próprio art. 37, inc. XXI, da Constituição Federal, indicado como fonte constitucional do direito ao equilíbrio econômico-financeiro, ressalta como impositiva a ‘manutenção das condições efetivas da proposta’, isto é, proscreve que, do poder coercitivo estatal, emane o rompimento das cláusulas de caráter econômico-financeiro firmadas com seus contratados. Evidentemente, no processo licitatório e no respectivo contrato, nada impede que se distribuam riscos como os de projeto, força maior e, ou caso fortuito, ocasião em que ‘as condições efetivas da proposta’ estarão definidas pela alocação de riscos contratuais” (*Idem*, p. 615).

cessões de serviços públicos, tanto as disciplinadas pela Lei Federal nº 8.987/95, quanto as previstas na Lei Federal nº 11.079/04, o que se mostra, evidentemente, de todo desejável.

Com efeito, a mesma lógica prevista para os contratos administrativos comuns – de alocação dos riscos ordinários do negócio ao contratado, restando os riscos extraordinários com o Poder Público – é aplicável às concessões comuns, eis que nestas, embora se preveja que a atividade será desenvolvida pela concessionária “por sua conta e risco” (art. 2º, inciso II), estabelece-se, por outro lado, a necessidade de preservação do equilíbrio econômico-financeiro (art. 9º, §2º), que pode ser afetado por alterações unilaterais do contrato (art. 9º, §4º), ou mesmo em decorrência de mudanças no regime tributário incidente sobre a atividade (art. 9º, §3º), ressaltando-se, ainda, que “sempre que forem atendidas as condições do contrato, considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro” (art. 10)<sup>8</sup>.

Naturalmente, não se confundem, integralmente, as previsões constantes do artigo 65, inciso II, alínea “d”, da Lei Federal nº 8.666/93, e os dispositivos mencionados acima, contando, cada qual, com as suas peculiaridades. Aliás, conforme ressalta Celso Antônio Bandeira de Mello, “é inerente às particularidades do instituto da concessão de serviço público uma proteção ao equilíbrio econômico-financeiro menos completa do que a existente na generalidade dos contratos administrativos”<sup>9</sup>.

Tais normas legais, contudo, possuem uma característica que permite tê-las por assemelhadas: ambas constituem, de fato, normas de alocação de riscos do contrato, estabelecendo hipóteses em que os riscos deverão ser assumidos pelo Poder Público, de modo a, *a contrario sensu*, permitir definir as situações que constituem riscos da contratada/concessionária.

Trata-se, resalto, de hipótese de alocação legal dos riscos do contrato, não se admitindo, em tais institutos, que o contrato preveja alocação distinta das ále-

8 Com efeito, Antônio Carlos Cintra do Amaral assevera que “ao mesmo tempo que atribui à concessionária o risco do negócio, a Lei 8.987/95 assegura a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro da concessão. Há, assim, uma minimização desse risco. Isso está em acordo com a distinção tradicional, efetuada pela doutrina administrativista, entre álea ordinária e álea extraordinária. A primeira corresponde ao risco normal do negócio. A segunda compreende fatos que a parte afetada não tenha podido evitar, como empresário diligente que se espera que seja”. (O Reequilíbrio..., op. cit., ).

9 *Curso de Direito Administrativo*, 20ª ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 703. Mário Engler Pinto Júnior, por sua vez, afirma que “a lógica contratual e econômica da concessão comum baseia-se em premissas bastante diferentes. O concessionário deixa de ser tratado como mero executor de tarefas previamente encomendadas pelo poder concedentes, para se transformar em verdadeiro empresário sujeito aos riscos do negócio, se não a todos eles, pelo menos àqueles razoavelmente previsíveis, controláveis, ou passíveis de proteção adequada”. (O contrato de parceria público-privada, *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, nº 71, jan./jun. 2010, p. 219).

as contratuais<sup>10</sup>. Há, naturalmente, certo espaço, conferido pela lei, para que o intérprete defina, casuisticamente, as hipóteses que se inserem dentre os riscos atribuídos, legalmente, a cada uma das partes.

Todavia, tal margem de especificação não permite que se entenda que exista alguma espécie de alocação contratual dos riscos, eis que a lei, ainda que em termos indeterminados, definiu competir à concessionária desenvolver o negócio “por sua conta e risco”, ressalvando apenas algumas situações excepcionais, genericamente demarcadas. Ao contrato, portanto, ou mesmo ao intérprete, não compete modificar, reduzir ou expandir esta alocação legal dos riscos, a eles restando, exclusivamente, a tarefa de especificá-los, respeitados os termos já definidos em lei<sup>11</sup>.

Observa-se, nestes termos, que, quanto às concessões ‘comuns’ de serviços públicos, mostra-se plenamente aplicável o conceito formulado acima para o equilíbrio contratual, admitindo-se que *o contrato se revela equilibrado quando ambas as partes – Poder Concedente e concessionária – suportam, exclusivamente, os efeitos financeiros – positivos ou negativos – decorrentes dos eventos cujos riscos haviam sido a elas atribuídos*, ressaltando-se, apenas, que, nesta hipótese, compete à lei, e não ao contrato, a atribuição dos riscos a cada uma das partes.

---

10 Celso Antônio Bandeira de Mello sustenta, ainda, que “os riscos que o concessionário deve suportar sozinho abrangem, além dos prejuízos que lhe resultem por atuar canhestramente, com ineficiência ou imperícia, aqueles derivados de eventual estimativa inexata quanto à captação ou manutenção da clientela de possíveis usuários, bem como no caso de fontes alternativas de receita, os que advenham de uma frustrada expectativa no que concerne aos proveitos extraíveis de tais negócios. (...) Não pode o concessionário esperar eximir-se da álea própria de qualquer empreendimento negocial sob genérica e abstrata invocação de um equilíbrio econômico-financeiro desvinculado do teor contratual. (...) A expressão ‘equilíbrio econômico-financeiro’ não traz consigo uma imunização do concessionário a eventuais prejuízos ou mesmo malogro de seu empreendimento pessoal quando, nos temos dantes mencionados, venha a sofrer vicissitudes próprias da vida negocial”. (*Curso...*, op. cit., p. 702/703).

11 Com muita propriedade, Marçal Justen Filho ressalta que “a recomposição da equação econômico-financeira somente é aplicada em face de eventos de natureza extraordinária. Os fatos que possam ser reputados inerentes à atividade empresarial, abrangidos no risco comum e normal do negócio, não podem ser invocados pelas partes. (...) Não existe critério objetivo, abstrato e predeterminado para diferenciar álea ordinária e extraordinária. Aliás, as tentativas de definição tendem a ser circulares ou repetitivas (tautológicas). Afirma-se que álea ordinária é a normal e inerente a um empreendimento, diversamente da extraordinária. (...) A questão fundamental reside em que somente é possível identificar a ordinariade ou extraordinariade da álea em face do caso concreto e das circunstâncias específicas de um certo empreendimento” (*Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*, São Paulo: Dialética, 2003, p. 399/400).

## V – QUANTO ÀS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS

No que se refere às parcerias público-privadas, pode-se apontar, talvez como uma de suas características que mais as distingue dos demais institutos do direito administrativo, à repartição objetiva de riscos, encargos e ganhos financeiros entre as partes contratantes (parceiro público e parceira privada), característica esta que permite a assunção, pela iniciativa privada, de empreendimentos nos quais, quer pelos riscos envolvidos, quer pelos investimentos necessários, não se mostravam adequados os institutos existentes, em especial a concessão de serviços públicos, na qual à concessionária compete a assunção de todos os riscos e investimentos necessários à condução do serviço público, sem qualquer participação do Poder Público.

Prevê-se, portanto, que, nas parcerias público-privadas, deve o contrato alocar, de forma objetiva, os riscos a cada uma das partes, imposição esta tida, pela Lei Federal nº 11.079/04, como verdadeira diretriz do novel mecanismo de cooperação entre o Poder Público e a iniciativa privada (art. 4º, inciso VI).

Resta evidente, em consequência, que, nas parcerias público-privadas, a Lei Federal nº 11.079/04 rompe com a tradição, observada nas legislações que a precederam, de estabelecer, previamente, quais os riscos que competiriam a cada uma das partes, determinando, ao revés, que o contrato preveja tal repartição, de forma objetiva, no que se revela o reconhecimento de uma alocação contratual dos riscos do empreendimento.

E, note-se, tal alocação contratual dos riscos não se restringe, exclusivamente, aos riscos ordinários do negócio, relativos à execução, *per se*, do empreendimento concedido à iniciativa privada. Pelo contrário, alcança, inclusive, as hipóteses que se revelavam, historicamente, como eventos cujos riscos haviam sido atribuídos ao Poder Público, como a álea extraordinária e extracontratual, ou, ainda, os eventos caracterizadores de força maior, caso fortuito e fato do príncipe.

Tal conclusão decorre, de fato, do exposto no artigo 5º, inciso III, da Lei Federal nº 11.079/04, que estabelece que “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”;

Ora, se a lei das parcerias público-privadas determina que os riscos, ordinários e extraordinários, devem ser contratualmente alocados a cada uma das partes, de forma distinta e específica para cada contratação, parece evidente que, quanto a estes contratos, carece de sentido a conclusão segundo a qual o contrato mostrar-se-ia passível de reequilíbrio econômico-financeiro nas hipóteses tradicionalmente aludidas (teoria da imprevisão, fato do príncipe, álea extraordinária, etc.).

De cada contrato, com uma alocação específica de riscos entre as partes, decorrerá um sistema de riscos (matriz de riscos) distinto, a partir do qual, objetivamente, será possível inferir quais os riscos atribuídos a cada uma das partes e, em consequência, quais os eventos que cada qual estará obrigada a suportar, sem que, em contrapartida, pudesse pleitear o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato.

E, note-se, não obstante deva ser analisada, em qualquer hipótese, as disposições contratuais relativas à alocação de riscos, previamente a qualquer análise acerca do desequilíbrio contratual, é possível, em termos abstratos, aplicar, também às parcerias público-privadas, o conceito ora formulado para o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, definindo-se que *o contrato se revela equilibrado quando ambas as partes – parceiro público e parceira privada – suportam, exclusivamente, os efeitos financeiros – positivos ou negativos – decorrentes dos eventos cujos riscos haviam sido a elas atribuídos*, ressaltando-se, ainda, que a atribuição de riscos, nesta hipótese, decorre, diretamente, do contrato, e não da lei.

## VI – CONCLUSÃO

Do quanto exposto no presente estudo, percebe-se que, compreendendo-se o efetivo fundamento que confere suporte à ideia de equilíbrio econômico-financeiro, é possível a formulação de um conceito abstrato que, de fato, mostre-se aplicável a todos os institutos do direito administrativo nos quais necessária a preservação do equilíbrio contratual, não obstante as naturais distinções existentes nos marcos legais de cada instituto (Leis Federais nº 8.666/93, nº 8.987/95 e nº 11.079/04).

Busca-se, com isto, apontar para a impropriedade de se aplicar, irrefletidamente, as definições constantes do artigo 65, inciso II, alínea “d”, da Lei Federal nº 8.666/93, a contratos nos quais estabelecida lógica distinta, em especial às parcerias público-privadas, cuja previsão de alocação contratual dos riscos do negócio impede, absolutamente, que sejam a ela transpostas, para fins de análise do desequilíbrio contratual, as noções tradicionais de álea ordinária e extraordinária do contrato.

Tem-se como objetivo reconhecer-se, além disso, que a aplicação de mecanismos de reequilíbrio econômico-financeiro do contrato não conduz à recuperação de um estado ideal entre prestação e contraprestação das partes, estabelecido quando do oferecimento da proposta, eis que, desse modo, estar-se-ia garantindo à contratada a percepção da rentabilidade esperada do negócio, independentemente da ocorrência de eventos atribuíveis exclusivamente a ela, como a sua própria ineficiência econômica.

Pelo contrário, o reequilíbrio contratual deve ser aplicado de modo a, exclusivamente, neutralizar os efeitos financeiros – positivos ou negativos – decorren-

tes do evento ensejador do desequilíbrio, retornando à situação imediatamente anterior – quer seja esta equilibrada, ou não, sob o ponto de vista estritamente econômico.

A mera análise da equivalência entre as prestações de cada uma das partes, portanto, não se mostra adequada à apuração da ocorrência de desequilíbrio contratual, eis que, em diversas oportunidades, o desequilíbrio “de fato” entre as prestações não se mostra apto a ensejar um pleito de reequilíbrio, quer porque decorrente de conduta atribuível exclusivamente à parte pleiteante, quer porque relativo a evento que, embora não imputável a qualquer das partes, representa risco que havia sido assumido, legal ou contratualmente, pela parte que solicita o reequilíbrio contratual.

Interessante, aliás, quanto a este ponto, a posição de Maurício Portugal Ribeiro e Lucas Navarro Prado, para quem:

“A noção mais tradicional sobre equilíbrio econômico-financeiro não distingue claramente entre sistema de distribuição de riscos e critério para a realização do equilíbrio econômico-financeiro. Essa lógica também presidiu a interpretação no sentido de atribuição à Administração Pública, pelo art. 65, II, ‘d’, da Lei 8.666/1993, dos riscos de força maior, caso fortuito, fato do príncipe, etc. nos contratos de obras e de prestação de serviços, como se o contrato não pudesse dispor de forma diferente. Todavia, essa interpretação passa ao largo do fato de que o dispositivo exige, para que seja possível o reequilíbrio, que o evento seja extracontratual. Aliás, assim deve ser, pois a distribuição de riscos é uma questão de eficiência econômica, e não axiológica”<sup>12</sup>.

Por fim, resta observar que, nos termos expostos, o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato revela-se, estritamente, como um mecanismo “de mão dupla”<sup>13</sup>, pois se admite que seja pleiteado quer pelo contratado (concessionária, parceira privada), quer pelo Poder Público, bastando, para tanto, que tenha ocorrido evento que, de algum modo, tenha gerado efeitos financeiros – positivos ou negativos – à parte que não havia assumido o risco de sua ocorrência<sup>14</sup>.

12 *Apud* CORREIA, Marcelo Bruto da Costa, Regime de contratação nos contratos administrativos – alocação de riscos e tipos de empreitadas de obra pública, *Revista Zênite de Licitações e Contratos*, Ano XVII, nº 196, Junho de 2010, p. 617.

13 Expressão utilizada, com muita propriedade, por Eugênia Cristina Cleto Marolla (*Idem*, p. 49)

14 É este, note-se, o entendimento de Marçal Justen Filho, para quem “Não há dúvida alguma que o princípio da intangibilidade da equação econômico-financeira do contrato administrativo beneficia também a Administração Pública. Ou seja, se as condições extraordinárias produzirem benefício extraordinário e imprevisível para o particular, a vantagem não poderá ser embolsada por ele. (...) Eliminam-se riscos para ambas as partes, na acepção de que a contratação administrativa exclui âleas supervenientes – tanto as que prejudiquem como as que beneficiem o contratado” (*Teoria Geral...*, op. cit., p. 421).

Assim, a título de exemplo, imaginando-se a existência de uma parceria público-privada na qual atribuído, contratualmente, ao Poder Público o risco relativo à variação cambial, admitir-se-ia que este pleiteasse o reequilíbrio contratual caso, de fato, verificado que a variação cambial gerou efeitos financeiros positivos à contratada, que não havia assumido o risco da ocorrência de tal evento.

São estas, portanto, as considerações que se entenderam cabíveis de expor, nestas breves linhas, com o objetivo de conduzir a uma maior reflexão acerca do reequilíbrio econômico-financeiro dos contratos e, especialmente, quanto aos seus fundamentos, de forma a permitir que um único conceito fosse formulado, aplicável, indistintamente, a todos os institutos do direito administrativo no qual existente a preocupação com a preservação do equilíbrio contratual.

## VII – REFERÊNCIAS

AMARAL, Antônio Carlos Cintra do, O Reequilíbrio Econômico-Financeiro dos Contratos de Concessão de Rodovias, *Revista dos Advogados*, Ano XXIX, nº 107, dezembro de 2009;

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de Direito Administrativo*, 20ª ed., São Paulo: Malheiros, 2006;

CORREIA, Marcelo Bruto da Costa, Regime de contratação nos contratos administrativos – alocação de riscos e tipos de empreitadas de obra pública, *Revista Zênite de Licitações e Contratos*, Ano XVII, nº 196, Junho de 2010, p. 614/624;

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Direito Administrativo*, 22ª ted., São Paulo: Atlas, 2009;

JUSTEN FILHO, Marçal, *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*, São Paulo: Dialética, 2003;

MAROLLA, Eugênia Cristina Cleto, *Concessões de Serviço Público – A Equação Econômico-Financeira dos Contratos*, São Paulo: Verbatim, 2011;

MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito Administrativo Brasileiro*, 32ªed., São Paulo: Malheiros, 2006;

PINTO JÚNIOR, Mario Engler, O contrato de parceria público-privada, *Revista da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo*, São Paulo, nº 71, jan./jun. 2010, p. 217/228;