

**Tem mesmo base constitucional o
equilíbrio econômico-financeiro das
concessões? Por um modelo flexível do
regime econômico das concessões de
serviço público**

Ficha técnica

FGV CERI

Diretora

Joisa Dutra

Equipe Técnica

Gustavo Kaercher Loureiro¹

Itiberê de Oliveira Castellano Rodrigues²

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 – FGV, Rio de Janeiro. Email: luiz.loureiro@fgv.br.

² Doutor em Direito. Professor na área de Direito do Estado da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pelotas (UFPEL). Email: itibere.rodrigues@hotmail.com.

Introdução

Nos últimos 20 anos temos assistido a uma renovação acentuada do direito administrativo, no Brasil³ e no mundo. Não apenas novas leis e nova reflexão intelectual trouxeram novos institutos e novas figuras (e reformularam os antigos), como vem se alterando algo mais profundo, que podemos chamar de *forma mentis* da doutrina, bem como vêm se transformando as orientações gerais desse direito. De início houve um câmbio no discurso sobre a própria concepção de Administração Pública, de burocrática para gerencial⁴. Depois, no lugar da supremacia do interesse público como eixo em torno do qual gira o maquinário do direito administrativo⁵, pugnou-se pela orientação finalística deste direito aos direitos fundamentais⁶; no lugar da supremacia da lei (princípio da legalidade), a supremacia da Constituição e a atenção para com outras normas e veículos normativos (princípio da juridicidade)⁷; no lugar do proceder unilateral, hierárquico e autoritativo,

postula-se a ação procedimentalizada, transparente, participativa e, se possível, consensual; no lugar dos “clips”, os “negócios”⁸; no lugar da racionalidade formal estrita, a eficiência⁹; no lugar do ato de império, a segurança jurídica¹⁰; no lugar da onipresente indisponibilidade do interesse público, o ajuste de conduta, a transação e a conciliação arbitral, o acordo de leniência. E assim por diante.

Essas novas linhas de força trouxeram inegáveis avanços tanto analíticos (dogmáticos) como de rendimento do direito administrativo (eficácia social). Arriscando a generalização e a excessiva simplicidade, pode-se dizer que todas elas, umas mais outras menos, apontam para um *deslocamento* do centro das atenções e cuidados dessa área do ordenamento. Deixou-se de cultivar e configurar uma *autoridade supra-partes titular exclusiva de um interesse privilegiado que age em base a um direito que lhe é próprio*, para passar a proteger e a promover *perspectivas individuais* ou

³ Um amplo, recente e instrutivo panorama dessa renovação entre nós pode ser encontrado na obra: DE ARAGÃO, Alexandre Santos; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Orgs.), **Direito Administrativo e seus Novos Paradigmas**, Belo Horizonte: Forum, 2017. A maior parte das contraposições adiante indicadas são retiradas de vários artigos da coletânea. Ver também MARRARA, Thiago (org.), **Direito Administrativo: Transformações e Tendências**, São Paulo: Almedina, 2014. Em perspectiva distinta, entre mais radical e mais contida segundo diferentes perspectivas, ver o instigante ensaio de José Vicente Santos de Mendonça, “A Verdadeira Mudança de Paradigmas do Direito Administrativo Brasileiro: do Estilo Tradicional ao Novo Estilo.”, in **Revista de Direito Administrativo**, v. 256, 2014.

⁴ A Emenda Constitucional nº 19/1998 é um símbolo dessa virada. Veja-se também BRASIL, **Plano diretor da reforma do aparelho do Estado.**, Brasília: Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado, 1995.

⁵ Talvez a primeira pedra jogada no teto do edifício antigo de nosso direito administrativo tenha sido a de Humberto Ávila, em 1998. ÁVILA, Humberto, Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular.”, **Revista Trimestral de Direito Público**, v. 24, 1998.

⁶ Por todos, JUSTEN FILHO, Marçal, **Curso de Direito Administrativo**, 12. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

⁷ BARROSO, Luis Roberto, A Constitucionalização do Direito e suas Repercussões no Âmbito Administrativo, in: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; DE ARAGÃO, Alexandre Santos (Orgs.), **Direito Administrativo e seus Novos Paradigmas**, Belo Horizonte: Fórum, 2017.

⁸ SUNDFELD, Carlos Ari, O Direito Administrativo entre os Clips e os Negócios, in: DE ARAGÃO, Alexandre Santos; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo (Orgs.), **Direito Administrativo e seus Novos Paradigmas**, Belo Horizonte: Forum, 2017.

⁹ BINENBOJM, Gustavo, O Sentido da Vinculação Administrativa à Juridicidade no Direito Brasileiro, in: MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; DE ARAGÃO, Alexandre Santos (Orgs.), **Direito Administrativo e seus Novos Paradigmas**, Belo Horizonte: Forum, 2017.

¹⁰ Traduzida sobretudo nos novéis dispositivos administrativos da nova LINDB, Lei nº 13.655/18.

mesmo *individualistas*, à base de relações de caráter horizontalizado. Com certa dose de cautela, pode-se falar, sim, de uma *fuga para as figuras e as racionalidades* do direito privado¹¹, por mais que hoje dicotomias estejam foram de moda, ou taxadas de maniqueísmo intelectual – para usar categorias antigas, mas eloquentes, volta-se para o “ato de gestão”, depois de se ter ido para o “ato de império”.

Nesse contexto, poucas foram as contribuições dissonantes dessa lógica. E, dentre essas, as mais importantes têm sido manifestações de resistência¹², antes que de avanços.

O presente estudo, de caráter assumidamente formalista¹³ e tradicional¹⁴ insere-se, em parte, nessa corrente um tanto acuada, mas não renuncia a importantes conquistas de concepções mais recentes. Se ultrapassado o estranhamento inicial da proposta, ver-se-á que quanto aqui sustentado está em linha com anseios bastante atuais por maior flexibilidade da disciplina jurídica, me-

nos dogmatismo, deferência para com as instâncias de regulação mais próximas do fenômeno a ser disciplinado, adequação aos fatos e, ainda, busca por espaços mais amplos de concertação.

Propõe-se revisitar a suposta matriz constitucional do equilíbrio econômico-financeiro das concessões. Ainda que esta figura (regime econômico-financeiro das atividades reservadas de execução delegada¹⁵) venha sofrendo importantes e saudáveis modificações a cargo da lei¹⁶ e da doutrina mais recente¹⁷, esse ponto específico do tema (sua base constitucional) permanece mal parado, ressentindo-se da falta de uma renovação e mesmo de um estudo mais aprofundado de cariz tradicional quanto às suas raízes, seu alcance e extensão no direito administrativo brasileiro.

Com efeito, nossa doutrina administrativista, tão sofisticada no exame de outros aspectos do instituto, tem devotado relativamente pouca atenção à questão de sua ancoragem constitucional. Com algumas exceções¹⁸, assume-se, sem maiores questionamentos e de forma surpreendentemente

¹¹ Veja-se o Prefácio a cargo de Maria Sílvia Zanella Di Pietro à obra MARRARA, Thiago (Org.), **Direito Administrativo: Transformações e Tendências**, São Paulo: Almedina, 2014.

¹² MEDINA OSÓRIO, Fábio, Existe uma Supremacia do interesse Público sobre o Privado no Direito Administrativo Brasileiro?, **Revista de Direito Administrativo**, v. 220, 2000.; DI PIETRO, Maria Sílvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinicius Alves (Orgs.), **Supremacia do Interesse Público e Outros Temas Relevantes do Direito Administrativo**, São Paulo: Atlas, 2010; BORGES, Alice Gonzales, Supremacia do Interesse Público: Desconstrução ou Reconstrução?, **Revista Diálogo Jurídico**, v. 15, 2007. Sobre as empresas estatais, OCTAVIANI, Alessandro; NOHARA, Irene Patrícia, **Estatais**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019. De modo ainda mais incisivo, e no plano das atividades reservadas e serviços públicos, veja-se BERCOVICI, Gilberto, **Direito Econômico do Petróleo e dos Recursos Minerais**, Rio de Janeiro: Quartier Latin, 2011.

¹³ No sentido em que emprega o termo SCHAUER, Frederick, Formalism, **Yale Law Journal**, v. 97, n. 4, 1988.

¹⁴ MENDONÇA, José Vicente Santos, A Verdadeira Mudança de Paradigmas do Direito Administrativo Brasileiro: do Estilo

Tradicional ao Novo Estilo, **Revista de Direito Administrativo**, v. 265, 2014, p. 183.

¹⁵ Adotamos aqui, a tese de que as atividades que se encontram no âmbito, p.ex., dos arts. 21, 25, § 2º e 177 são *atividades reservadas* e, como tais, passíveis de execução delegada por privados. Sobre esse conceito (*atividade reservada*), e suas relações com as categorias de *serviço público*, *monopólio*, *atividade econômica stricto sensu* etc., ver o nosso “*Premissas para uma Leitura Integrada da Indústria da Energia na Constituição e para a Identificação de uma Política Energética Constitucional – A Propósito dos Arts. 173 e 175 da Carta*.” in *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, n. 23, 2010. Mais recentemente, KAERCHER LOUREIRO, Gustavo, **Instituições de Direito da Energia Elétrica - Volume I**, Londres: Laccademia Publishing, 2020 (Parte IV).

¹⁶ Lei 11.079/2004, por exemplo, além de várias leis setoriais.

¹⁷ Por todos, 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: Fórum, 2019.

¹⁸ Adiante indicadas.

expedita, que o instituto tem por base um *princípio* e mais, um princípio de *pedigree constitucional*, positivado numa “tira” do art. 37, XXI da Constituição (“mantidas as condições efetivas da proposta”). Para completar, dessa magra tira sairia, para alguns, pronta e acabada, uma inteira disciplina jurídica de cunho acentuadamente protetivo do concessionário em face do concedente (e, normalmente, em face também dos usuários do serviço, é bom não esquecer¹⁹). Tem razão Celso Antônio Bandeira de Mello quando fala em “artigo de fé²⁰” para referir-se ao tema. Nesse específico aspecto parece haver muita crença e pouca ciência.

Nos tempos delicados que correm convém, porém, injetar certa dose de ceticismo crítico no trato do assunto. Assistiremos inevitavelmente a um sem-número de pleitos e análises de reequilíbrio econômico-financeiro. Poder Legislativo, Judiciário, reguladores e concessionários estarão às voltas com os problemas suscitados pela pandemia da covid-19 e seus desdobramentos nos contratos de

concessão e na execução das atividades reservadas. Possivelmente, a extensão e a magnitude desses pedidos será sem paralelo em nossa história e encontrará, do outro lado, o poder concedente e os usuários do serviço em situação econômica igualmente frágil e delicada, em alguns casos, ruínosa. Como dissemos em outro texto, parece que vamos vivenciar uma “Onerosidade Excessiva Universal e Transitiva²¹”.

Em tal cenário, não há espaço para a pura fé. O que segue procura instilar uma dúvida saudável, sugerindo – não propriamente demonstrando – que não se encontra, na Constituição de 1988, o instituto jurídico²² do equilíbrio econômico-financeiro, tal como tradicionalmente se o concebe. Se algo há em nossa Constituição a respeito do *regime econômico financeiro*²³ das concessões, esse “algo” certamente não é a corrente *teoria do equilíbrio econômico-financeiro*. Afastadas as afirmações rápidas e fáceis, o que se poderá esperar de uma via de investigação que, abandonando

¹⁹ Eis aqui outro ponto que por vezes não é tido na devida conta: a concessão é um *ato jurídico trilateral* que envolve os três sujeitos referidos no texto. É importante não perder de vista esta perspectiva porque, em grande parte das vezes, o ônus do reequilíbrio econômico-financeiro não recai sobre o concedente, mas sobre o usuário. Sobre o tema da concessão como ato trilateral, JUSTEN FILHO, Marçal, *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*, São Paulo: Dialética, 2003., p. 61.

²⁰ “[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, até mesmo como contrapartida das prerrogativas reconhecíveis ao contratante governamental”. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Concessão de serviço público e sua equação econômico-financeira*, 2012, p. 253.

²¹ Gustavo Kaercher Loureiro, “*Sinuca de bico: efeitos da pandemia de Covid-19 no microcosmo dos contratos*”, disponível em <<https://www.jota.info/tributos-e-empresas/regulacao/sinuca-de-bico-efeitos-da-pandemia-de-covid-19-no-microcosmo-dos-contratos-07042020>>.

²² Seguindo a teoria tradicional, chamamos de “instituto jurídico” o conjunto ou totalidade de preceitos jurídicos editados para reger

ou conformar especificamente um certo fato ou relação da vida, v.g., o casamento, a propriedade, a associação, o contrato etc. Nesse contexto, também o (re)equilíbrio econômico-financeiro (do contrato de concessão) pode ser visto como um instituto jurídico, i.e., como uma soma de preceitos jurídicos que regra ou conforma especificamente esse fato da vida negocial em seus mais diferentes níveis hierárquicos (supostamente desde a Constituição, passando por leis, regulamentos e normas administrativas terciárias). Sinteticamente, o instituto em exame possui normas *instituidoras*, *operacionais* e *terminativas* cf. MACCORMICK, Neil; WEINBERGER, Otta, *An Institutional Theory of Law: New Approaches to Legal Positivism*, [s.l.]: Springer, 1986. (especialmente o Capítulo II). Por último, MACCORMICK, Neil, *Institutions of Law*, Oxford: Oxford University Press, 2008.

²³ 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 ligada à tradição doutrinária que aponta para certas ideias e concepções específicas (e consequenciais) que serão apresentadas ao longo desse estudo.

certezas e pré-compreensões, vá além da hermenêutica dos tradicionais dispositivos constitucionais habitualmente invocados, é algo bastante menos articulado – e próximo de noções muito amplas, ainda que juridicamente eficazes, como boa-fé, vedação de abuso de direito e de enriquecimento sem causa, dentre outras. Se exitosa esta via, o que dela emergirá será uma noção menos carregada, pretensiosa e assertiva do que o que temos hoje a título de “princípio constitucional de proteção ao

equilíbrio econômico-financeiro” supostamente manifestado pela Constituição.

As notas que segue não desejam simplesmente substituir a certeza dogmática hoje dominante por uma afirmação igualmente dogmática de seu oposto. Os períodos de crise oferecem oportunidades de reflexão mais radical do que os momentos de normalidade. A contribuição deste artigo, se alguma possui, é inocular a dúvida e o debate, e não propor soluções prontas e acabadas.

A leitura tradicional do Princípio do Equilíbrio Econômico-Financeiro na Constituição de 1988

Segundo a (quase) *communis opinio doctorum*, a garantia constitucional do equilíbrio econômico-financeiro das concessões de serviço público está pendurada numa pequena “tira²⁴” do extenso e pouco claro inc. XXI do art. 37 da Constituição que refere a obrigação, para a Administração contratante, de manter as condições efetivas da proposta:

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. (grifou-se).

Como se verá um tanto mais adiante em detalhes, esse magro extrato grifado do texto nada mais faz do que propugnar, no âmbito de certos e específicos contratos administrativos cuja estrutura está assentada em obrigações de pagamento a cargo da Administração (os contratos de “obras, serviços, compras e alienações”), o vetusto princípio do *pacta sunt servanda*. Trata-se de uma norma que diz pouco, e o pouco que diz relaciona-se à lógica de contratos comutativos simples, a qual não guarda relação (imediata ou mesmo mediata) com a ideia de equilíbrio de contratos de concessão de serviço público; muito menos com certas e precisas repartições de áleas entre o poder público e o contratado, como normalmente se supõe.

De qualquer sorte, e deixando aprofundamentos para depois, afigura-se surpreendente constatar que, de uma assim escassa informação normativa, parte substancial de nossa doutrina extraia, pronta e acabada, não somente a positivação

²⁴ Aludimos 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.

constitucional do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, mas também uma inteira *teoria dogmático-jurídica* da proteção deste equilíbrio nas concessões de serviço público e em outros negócios jurídicos de delegação – os quais sequer são mencionados nessa passagem. Na verdade, essa teoria é, antes que resultado de interpretação constitucional, fruto de uma reflexão sobre material jurisprudencial do direito francês, que, mediado pela doutrina daquele país, serve de base (direta e imediata) aos nossos autores. Uma inteira elaboração dogmática e jurisprudencial, desenvolvida ao longo de décadas – e sempre em evolução – foi congelada e jogada nos ombros desse pouco robusto trecho de texto.

Espelha essa atitude hermenêutica, por exemplo, Celso Antônio Bandeira de Mello. Ao comparar o direito positivo brasileiro com aquele que lhe inspirou (direito administrativo francês), o mestre paulista apresenta, de modo articulado e completo, o maquinário de preceitos e conceitos que derivaria inteiro da singela cláusula do inciso XXI do art. 37 da Constituição. A citação é longa, mas vale a pena por seu caráter paradigmático:

“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 ruinosa 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 proposta²⁵.’” (Grifou-se.)

A essa extensa citação, várias outras de mesmo sentido poderiam ser acostadas²⁶, mas o propósito, aqui, é apenas ilustrar o modo de proceder de certa doutrina e de apresentar o conteúdo “clássico”, acabado, do princípio de proteção do equilíbrio econômico-financeiro das concessões.

Para essa linha de autores, a locução constitucional “mantidas as condições efetivas da proposta” inserta no meio do art. 37, XXI, da Constituição consagraria, de um jato só, um conjunto de noções bem precisas e consistentes: **a.)** a 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 sucessivos à celebração da concessão 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 conjunto de noções compreendia também **c.)** um cardápio de remédios sanado-

res do desequilíbrio, notadamente as revisões tarifárias e a prorrogação do prazo contratual (mas não só). Ainda quanto ao remédio, qualquer que fosse ele e qualquer que fosse a álea extraordinária que o acionasse, 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, e normalmente, pelos usuários do serviço público). Tudo isso decorreria do pedaço do inc. XXI do art. 37 da Constituição.

No que segue, vamos sugerir que nem o art. 37, XXI nem qualquer outro dispositivo da Constituição (notadamente o art. 175) acolhem um princípio de proteção ao equilíbrio econômico-financeiro, muito menos uma inteira teoria de proteção, tal como esboçada acima.

Começaremos nosso percurso com um apanhado histórico de nossas Constituições. Desse apanhado ressaí que as diretrizes constitucionais (anteriores) em matéria de regime econômico-financeiro de concessões de serviço público foram outras que não a ideia francesa, aperfeiçoada ou (des)configurada pela doutrina brasileira mais recente. Essas diretrizes apontavam para bem outra direção. Antes, porém, calha lançar uma nota de método.

²⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de Direito Administrativo*, 32ª ed., 2015, São Paulo: Malheiros, p. 765-766.

²⁶ MAZZA, Alexandre. *Manual de Direito Administrativo*. 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2016, E-book s/p; CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 31ª ed., São Paulo: Atlas,

2017, E-book s/p.; MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 42ª ed., São Paulo: Malheiros, 2016, p. 244. FIGUEIREDO, Lúcia Valle, *A equação econômico-financeira do contrato de concessão: aspectos pontuais*, REDAE, n. 07, 2006., p. 07 e 08.

Método ou metódica de interpretação constitucional

Não estamos aqui em busca de todas as possibilidades postas pelas teorias contemporâneas da hermenêutica constitucional para afirmar (ou não afirmar) a vigência do equilíbrio econômico-financeiro no âmbito da Constituição de 1988. Também não estamos aqui fazendo uso da distinção entre (metódica de) “interpretação” e “concretização” da Constituição, corrente nas teorias contemporâneas do direito constitucional²⁷. Nossos objetivos são bem menos ambiciosos, e se destinam apenas a fornecer subsídios para o chamado “tratamento do texto da norma”²⁸, ou seja, para um bom manejo do texto do art. 37, XXI, da Constituição (e, também, do texto do art. 175).

Para tanto, seguiremos uma investigação fundada basicamente no elemento histórico, compreendido este em suas duas variantes básicas: (i.) a variante histórico-conceitual ou história dogmática²⁹, i.e., a evolução histórica do instituto (ou princípio) do equilíbrio econômico-financeiro nas

diversas Constituições brasileiras que se sucederam (método que se aproxima da busca de uma objetiva “vontade da Constituição”); e (ii.) a variante da genética da Constituição³⁰, i.e., a análise dos materiais e trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte de 1987/88 a respeito desse instituto ou princípio (e que se aproxima da busca de uma subjetiva “vontade do Poder Constituinte”).

De longe, de Savigny, provém o conjunto dos elementos (ou cânones) “clássicos” contidos no método hermenêutico ou método de interpretação, no qual (ainda) confiamos. Contentamo-nos com esse clássico porque “a interpretação é, segundo Savigny, ‘a reconstrução do pensamento imanente à lei’ ... daquelas ideias que o legislador teve de pensar como ‘representante do espírito do povo’. No fundo, não se estaria muito longe desta ideia de Savigny, se hoje, partindo de um entendimento de legitimidade democrática, nos exprimíssemos assim: o objectivo da interpretação é recuperar as ideias do legislador sob uma forma de consenso³¹”.

²⁷ Sobre tais temas, basta remeter aqui a um *minimum minimorum* da doutrina, v.g. o Capítulo 13 do *Curso de Direito Constitucional* de Paulo Bonavides; o item 5.4.1., “Métodos da interpretação constitucional”, do *Curso de Direito Constitucional* de Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco; o Capítulo “Interpretação, aplicação e concretização do direito constitucional” no *Direito Constitucional e Teoria da Constituição* de J.J. Gomes Canotilho; o capítulo sobre “A Interpretação Constitucional” em *Temas Fundamentais do Direito Constitucional* de Konrad Hesse; e, não por último, o opúsculo *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional* de Friedrich Müller (sem prejuízo de suas outras obras mais extensas e profundas, como a Teoria Estruturante do Direito e a Metódica Jurídica).

²⁸ MÜLLER, Friedrich. *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 60.

²⁹ Para um exemplo jurisprudencial, cf. v.g. STF, in RE 636941 (interpretação histórico conceitual das expressões “instituições de assistência social e educação” e “isenção”, na CF 1988, à luz das Constituições e leis anteriores).

³⁰ Para um exemplo jurisprudencial, cf. v.g. STF, in ADI-MC 2010 (importância dos “debates parlamentares e interpretação da Constituição”) e HC 82424 (uso dos materiais da Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988 para identificar as propostas relativas ao texto sobre direitos individuais, liberdade de expressão do pensamento e racismo). Tanto os serviços administrativos da Câmara dos Deputados quanto do Senado Federal têm disponibilizado cada vez mais, no decorrer dos últimos anos, via meio eletrônico, uma série muita rica de materiais e documentos dos trabalhos da Assembleia Nacional Constituinte de 1987/88. Cf. v.g.

<https://www.senado.leg.br/publicacoes/analises/asp/CT_Abertura.asp> e <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/publicacoes/diarios_anc>. Acesso em 04.05.2020.

³¹ ZIPPELIUS, Reinhold. *Teoria do método jurídico*. 11ª ed., São Paulo: Saraiva, 2016, p. 80.

Segundo Savigny (a tradução do original é nossa), na interpretação da lei “o peculiar apresenta-se quando nós a fracionamos em suas partes integrantes. Para isso nós precisamos diferenciar nela quatro elementos: um gramatical, um lógico, um histórico e um sistemático³²”. “Com esses quatro elementos está completo o conhecimento do conteúdo da lei. Ou seja, eles não são quatro espécies de interpretação, a partir das quais se poderia escolher uma conforme o gosto e agrado, senão que são quatro atividades que se precisa efetivar unidas, para que a interpretação possa resultar exitosa. Ocorre apenas que uma aqui, outra ali será mais importante e aparecerá de modo mais claro³³”.

Portanto, “Savigny esclarece com a denominação ‘elementos’ que os aspectos de método não constituem ‘espécies de interpretação’ separáveis umas das outras, mas momentos de um processo unitário de interpretação, e que a sua relação somente pode ser determinada com vistas à estrutura material do caso jurídico individual”³⁴. Assim, cada elemento apresenta uma parte do inteiro problema hermenêutico, e com isso eles precisam necessariamente ser combinados ou mesclados entre si, não sendo cada um desses elementos uma variante em relação ao mesmo problema (e menos ainda deve um deles merecer primazia ou vantagem sobre o outro)³⁵. Por consequência, o

que hoje erroneamente denominamos de “métodos” de interpretação, na verdade é um conjunto de elementos que, agregados entre si, constitui o próprio método. Não iremos nos afastar dessas premissas clássicas ou tradicionais (mesmo as teorias hermenêuticas contemporâneas não se afastam; estas, a rigor, percorrem caminhos bem mais extensos, indo muito além daquelas, mas, de início, também partem delas).

Adstrito a esses elementos, o fato é que a literalidade do art. 37, XXI, da Constituição nada nos informa sobre “equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo” (ou das concessões de serviço público). A sistemática tampouco nos informa sobre sua vigência constitucional³⁶. Restam exatamente o elemento histórico e o elemento teleológico para uma práxis investigativa.

Mas, quanto a isso, já foi observado (a tradução do original é nossa) que, “em regra, uma abalizada finalidade da norma necessita primeiro ser investigada pela via da interpretação histórica ou sistemática”³⁷, ou seja, não há investigação teleológica ou finalística da lei sem um mínimo de prévia investigação histórica a respeito de seus fins ou do porquê de sua edição (já o inverso não é verdadeiro). Logo, não é exagerado afirmar que a investigação histórica permite adiantar os resultados da investigação do telos ou do fim da lei. E opiniões mais radicais afirmam que o telos ou fi-

³² SAVIGNY, Friedrich Carl von. *System des heutigen Römischen Rechts*. Vol. I, Berlin: Veit & Co., 1840 (ed. fac-similar Aalen: Scientia Verlag, 1973), p. 213.

³³ SAVIGNY, Friedrich Carl von. *System des heutigen Römischen Rechts*. Op. cit., p. 215.

³⁴ MÜLLER, Friedrich. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. Porto Alegre: Síntese, 1999, p. 59.

³⁵ STEIN, Ekkehart Stein. *Alternativkommentar GG*. Vol. 1, 2ª ed., Neuwied: Luchterhand, 1984, p. 97/98.

³⁶ A concepção sistemática apresentada por Marçal Justen Filho (cf. supra), quando agrega a eficiência administrativa, a isonomia e o direito de propriedade privada para, desse conjunto, obter a vigência constitucional do equilíbrio econômico-financeiro não se deixa sustentar dogmático-juridicamente; a prova disso está exatamente na história dos conceitos e na genética do texto de 1988, conforme se verá em detalhes mais adiante.

³⁷ RÖHL, Klaus. F. *Allgemeine Rechtslehre: Ein Lehrbuch*. 2ª ed., Köln/Berlin/Bonn/München: Heymanns, 2001, p. 601.

nalidade da lei nada mais é que o próprio objetivo ou meta da interpretação, dos quais a literalidade, a sistemática e a história servem como instrumentos ou meios para se chegar àquele objetivo ou meta³⁸ - é dizer, telos ou finalidade não são elementos propriamente ditos da metódica hermenêutica e, portanto, não existem como elementos autônomos do procedimento hermenêutico³⁹.

Não por último, estamos falando da vigência de um princípio jurídico de status constitucional (assim o afirma a doutrina administrativista majoritária). Se assim o é, então valem aqui as importantíssimas ressalvas metódicas postas por António Manuel Hespanha:

“A possível especificidade é que – a este nível constitucional - nesta interpretação dos princípios constitucionais e na consequente eleição do seu ‘sentido dirigente’ quanto à interpretação de outras normas, a intenção do legislador histórico, há-de ser particularmente acautelada. Ou seja, é neste plano constitucional, que a tarefa de restauro do sentido deve ser particularmente cautelosa na conservação da ‘traça’ original em que se cristalizou a vontade legitimadora do povo. O intérprete deve sujeitar-se estritamente aos limites postos pelas intenções e objectivos originais do legislador constituinte – como se se tratasse de um ‘património histórico classificado’ - , sem empreender qualquer espécie de revisão ou actualização das suas

motivações. Sob pena de passar de intérprete a legislador e, no caso concreto, mais grave ainda, a de legislador constituinte, levando a cabo uma revisão escondida e abusiva da Constituição”⁴⁰.

Ainda assim, não estamos aqui a apregoar de modo absoluto que a Constituição simplesmente adormeça sob o jugo da vontade subjetiva do Poder Constituinte (genética); por outro lado, também deve ser lembrado que o elemento histórico impede que os intérpretes e aplicadores acabem por incutir, no texto da Constituição, sentidos normativos que ela não comporta. Logo, a importância prática do elemento histórico não está tanto em afirmar (positivamente) a vigência de algo no texto constitucional (isso pode ser obtido por outros elementos, tais como a literalidade e a sistemática), mas em impedir (negativamente) que se afirme como vigente algo que não foi querido que vigesse.

Essa também é a tarefa que aqui se pretende empreender no tocante ao equilíbrio económico-financeiro dos contratos: demonstrar via elementos históricos que a nossa história constitucional e também a Constituição de 1988 não recepcionaram o instituto. Não por último, quem afirma a sua vigência no âmbito da Constituição de 1988 terá de transpor, com seus devidos fundamentos, as barreiras históricas que a seguir serão apresentadas.

³⁸ RÜTHERS, Bernd. *Rechtstheorie*. Münche: Verlag C.H. Beck, 1999, p. 403 e segs.

³⁹ MÜLLER, Friedrich. *Métodos de Trabalho do Direito Constitucional*. Op. cit., p. 66: “o “método” teleológico não pôde ser documentado até agora como hermenêutica ou metodicamente autónomo”.

⁴⁰ HESPANHA, António Manuel. *O caleidoscópio do Direito – O Direito e a Justiça nos dias e no mundo de hoje*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 556.

As Constituições anteriores e o princípio da justa remuneração

Introdução

Nada dispôs a Constituição de 1891 sobre o tema que nos interessa (regime econômico-financeiro de concessões), compreensivelmente⁴¹.

No plano legal, porém, tínhamos já adotado a figura, de origem francesa, da concessão de serviço público para lidar com a execução de certas tarefas passíveis de organização empresarial qualificadas como serviços públicos⁴². Traço marcante desse regime era a chamada cláusula de

garantia de juros, mediante a qual o concedente, por ocasião da celebração da concessão, responsabilizava-se perante o concessionário, a alcançar-lhe certa quantia a título de remuneração mínima, caso a exploração do serviço não chegasse para tanto. Essa cláusula foi bastante praticada em nossas concessões ferroviárias⁴³.

As coisas iriam, porém, mudar com a Constituição de 1934.

⁴¹ Constitui erro histórico não irrelevante quanto afirmado no Voto condutor do RE 571969-DF, segundo o qual o equilíbrio econômico-financeiro estaria garantido em nossas Constituições desde 1891 (p. 97 do Acórdão, p. 03 do Voto da Min. Carmen Lúcia).

⁴² “A influência francesa sobre o regime administrativo e jurídico de nossas concessões de serviço público foi predominante e poder-se-ia dizer exclusiva em todo o período imperial e na República, até 1930. Sob o influxo da prática administrativa e da doutrina francesa foi que foram celebrados os mais importantes contratos de concessão de serviço público do nosso país, muitos dos quais ainda estão em vigor.

Após a revolução de outubro, começam a surgir, de modo reiterado e constante, na legislação, na prática administrativa e na doutrina nacional, os primeiros sinais de penetração de uma nova rajada de influência do direito norte-americano sobre o nosso. (...)”. PINTO, Bilac, **Concessão de Serviço Público** - Sistema Francês - Sistema Norte-Americano - Influência sobre o Direito Brasileiro - Regras Aplicáveis às Concessões ou Licenças a Prazo Indeterminado - Transporte Coletivo de Passageiros em São Paulo, in: **Estudos de Direito Público**, Rio de Janeiro: Forense, 1953. p. 26-27.

Na doutrina da República Velha, veja-se: CRUZ, Alcides. **Direito Administrativo Brasileiro**. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1914. p. 230-232. DE CASTRO, Augusto Olympio Viveiros, **Estudos de Direito Público**. Jacintho Ribeiro dos Santos editor, Rio de Janeiro, 1914. p. 251 e 268. MASAGÃO, Mário. **A Natureza Jurídica da Concessão de Serviço Público**. São Paulo: Saraiva, 1933. MASAGÃO, Mário, **Concessão de Serviço Público - Regime Contratual - Energia Elétrica - Fixação de Tarifas**, **Revista de Direito Administrativo**, v. 68, 1962. BARBOSA, Rui. **Comentários à Constituição Federal Brasileira**. Coligidos e ordenados por Homero Pires. São Paulo: Saraiva, 1932. t. 1, p. 344.

Sintomático e representativo dessa recepção da concessão entre nós é o julgado pioneiro do Supremo Tribunal Federal, em que se lê: “Na concessão de uma obra ou serviço público, como é um porto

de mar, o Governo não transfere propriedade alguma ao concessionário; este obtém, apenas o uso ou gozo da coisa durante o prazo da exploração concedida. Os direitos de poder público, de que o concessionário é investido, como o de desapropriar ou arrecadar taxas do público, não os exerce *iure proprio* mas como mero delegatário ou mandatário do poder concedente e nos precisos limites da delegação recebida. Quaisquer que sejam os favores e direitos reconhecidos ao concessionário, todos eles são outorgados em vista do bem público; consequentemente, se entendem sempre regulados e fiscalizados pelo poder concedente. O concessionário, mesmo quando a concessão assenta em um verdadeiro contrato, nada pode pretender que não se ache expressamente concedido nas cláusulas do instrumento; nada pode obstar ao poder concedente, que não se ache aceito; tudo o que não for expressamente concedido se entende negado e subsistente no poder concedente; porque todo o direito do concessionário nasce da concessão e com a concessão, ao contrário do poder concedente, que se entende sempre na posse e gozo de toda faculdade sobre a qual não se tenha livremente coartado. O poder concedente nada pode fazer que afete ou diminua os favores e direitos concedidos quanto à substância dos mesmos; mas, a não ser nos casos nomeadamente declarados no contrato, tudo pode ordenar quanto ao regulamento dos modos da execução da obra ou serviço, que é seu, e assim continua, assim como em relação à mais completa fiscalização do bem público.

Embora reduzida a contrato, uma concessão para a exploração de serviço público, propriamente dito, e na qual se delegam ao concessionário direitos desse poder público, isto é, o exercício de poder sobre uma parte da administração ou do domínio público, não pode ser somente regida pelos preceitos do direito civil ou privado; este direito seria incapaz de criar uma concessão da espécie e ditar-lhe seu objeto e fim. Toda concessão desta natureza é, antes de tudo, ato do direito administrativo e, como tal, explorada pelo concessionário sempre sob as vistas imediatas do Governo concedente.” **Acórdão do Supremo Tribunal Federal**, de 26.08.1908 (União x Companhia Docas de Santos).

⁴³ CRUZ, Alcides, **Direito Administrativo Brasileiro**, cit., p. 230-232.

A Constituição de 1934: no lugar de “equilíbrio”, “justa retribuição”

A novidade estabelecida nos arts. 137 e 142 da Constituição

O tema da remuneração dos concessionários de serviços públicos (onde se situa o problema do equilíbrio econômico-financeiro) apareceu com força já no final da República Velha com a chamada “Questão Social” e assumiu importância decisiva na década de 30 do século passado⁴⁴. A tal ponto que figurou com destaque no inédito Título IV – Da Ordem Econômica e Social da Constituição de 1934:

Art. 137 - A lei federal regulará a fiscalização e a revisão das tarifas dos serviços explorados por concessão, ou delegação⁴⁵, 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. (grifou-se).

Art. 142 - A União, os Estados e os Municípios não poderão dar garantia de juro a empresas concessionárias de serviços públicos.

O emprego da expressão “justa retribuição” no art. 137 é a senha que marca um decidido afastamento da Constituição de 1934, em tema de regime econômico-financeiro das concessões, da tradição francesa que tinha sido a nossa até en-

tão, no plano infraconstitucional. Ela indica a adoção do modelo norte-americano da *regulation of public utilities* no ponto específico do arranjo econômico-financeiro do serviço.

Essa fundamental decisão constitucional foi notada por Bilac Pinto (que ainda faz uma referência à existência de legislação ordinária anterior no mesmo sentido, a qual logo veremos):

A influência norte-americana em matéria de regulamentação dos serviços públicos concedidos, assumiu, entretanto, importância decisiva quando saiu do âmbito da legislação ordinária para incorporar-se ao nosso direito constitucional.

A Constituição de 1934, no seu art. 137, dispôs: (...).

Os princípios consagrados nesse dispositivo resultaram de uma assimilação indissimulável da doutrina americana, conciliando-se perfeitamente com os modernos tipos de regulamentação praticada nos Estados Unidos, ao mesmo tempo em que eram integralmente antagônicos e incompatíveis com o sistema francês⁴⁶.

A razão para essa decidida tomada de posição é bem resumida por Odilon Braga, em reflexão feita sob a égide da Constituição de 1937, nesse

⁴⁴ KAERCHER LOUREIRO, Gustavo, “Monopólio” e “serviço público” nas Constituições brasileiras: 1891-1934, *Revista de Direito Administrativo*, v. 256, p. 47-93, 2011. e também KAERCHER LOUREIRO, Gustavo, *A Indústria Elétrica e o Código de Águas – O Regime Jurídico das Empresas de Energia entre a Concession de Service Public e a Regulation of Public Utilities*, Porto Alegre: Fabris, 2007.

⁴⁵ É interessante a referência, no texto, ao lado da “concessão”, à “delegação”. Aparentemente, a Constituição de 1934 tinha pre-

sente a extrema variedade dos possíveis instrumentos de passagem do exercício de competências públicas materiais e não pretendeu dar margem a discussões acerca de seu alcance (a permissões/autorizações, a inominados contratos etc.).

⁴⁶ PINTO, Bilac. *Concessão de Serviço Público* - Sistema Francês - Sistema Norte-Americano - Influência sobre o Direito Brasileiro - Regras Aplicáveis às Concessões ou Licenças a Prazo Indeterminado - Transporte Coletivo de Passageiros em São Paulo., cit., p. 33.

aspecto idêntica à Constituição de 1934 (art. 147, adiante). O autor aponta para uma indesejada rigidez da concessão no âmbito de seu regime econômico-financeiro. Reconhece ele que tal rigidez teria sido atenuada pelos elementos que se coagulariam posteriormente na “teoria das áleas”, própria da noção de equilíbrio econômico-financeiro da concessão forjada na jurisprudência do Conselho de Estado Francês; mas essa construção não gozaria da escolha constitucional:

“Realmente, o ponto fraco do sistema europeu era o da *tarifa máxima e fixa* para todo o tempo da concessão, o que acarretava aos concessionários considerável margem de riscos, ultimamente atenuada por efeito da elaboração das duas teorias na França, conhecidas como ‘fait du Prince’ e ‘imprévision’.

A nossa própria experiência, nesse particular, era mais do que concludente e por si só bastava para explicar a existência do art. 147 da Constituição. Preferiu-se, por isso, o sistema

americano de *tarifa variável*, calculada em função do custo real da prestação do serviço (...).⁴⁷

Ou seja: mantinha-se, do direito francês, a noção de concessão e de *serviço público*, mas insertava-se aí um arranjo econômico-financeiro próprio de um direito (radicalmente) distinto no que tange ao modo de conceber certas atividades econômicas de relevância social acentuada, o norte-americano, que vinha consagrado pelo uso da expressão “justa retribuição” (*fair return* ou *fair remuneration*)⁴⁸. É dizer: cuidava-se de uma concessão, é verdade, mas sem a ideia de equilíbrio econômico-financeiro que se vinha construindo na França, já desde 1910 (*Ministre des Travaux Publics c. Compagnie Générale Française des Tramways*)⁴⁹. No seu lugar, entrava a “justa retribuição”, própria do direito norte-americano⁵⁰.

⁴⁷ BRAGA, Odilon, Serviços Públicos Concedidos, *Revista de Direito Administrativo*, v. 7, 1947., p. 38.

⁴⁸ Essa expressão que virou um símbolo da regulação econômica das *public utilities* constou do *leading case* nesta matéria, *Smith vs. Ames*: “We hold, however, that the basis of all calculations as to the reasonableness of rates to be charged by a corporation maintaining a highway under legislative sanction must be the fair value of the property being used by it for the convenience of the public. And, in order to ascertain that value, the original cost of construction, the amount expended in permanent improvements, the amount and market value of its bonds and stock, the present as compared with the original cost of construction, the probable earning capacity of the property under particular rates prescribed by statute, and the sum required to meet operating expenses, are all matters for consideration, and are to be given such weight as may be just and right in each case. We do not say that there may not be others matters to be regarded in estimating the value of the property. **What the company is entitled to ask is a fair return upon the value of that which it employs for the public convenience.** On the other hand, the public is entitled to demand is that no more be exacted from it for the use of a public highway than the services rendered by it are reasonably worth.” (169 U.S. 466, 546-547, grifou-se).

⁴⁹ O trecho abaixo, da lavra do Conselheiro Léon Blum, fez escola no direito administrativo francês e também no nosso: “É da essência de todo e qualquer contrato de concessão buscar realizar, na medida do possível, uma igualdade entre as vantagens atribuídas

ao concessionário e as cargas que lhe são impostas (...). Essas vantagens e cargas devem se equilibrar, de modo a formar a contrapartida dos benefícios prováveis e das perdas previstas. **Em todo contrato de concessão está implicado, como um cálculo, a equivalência honesta entre o que é conferido ao concessionário e o que dele se exige (...). É o que se chama de ‘equivalência financeira e comercial’**, a equação financeira do contrato de concessão. (...)”. (grifou-se).

As teorias a que alude Odilon Braga começaram a ser construídas em 1916 (Caso da Companhia do Gás de Bordeaux – imprevisão) e 1921 (Caso da Balsa *Bac D’Eloka* – fato do Príncipe). Para aprofundamentos, ver nosso estudo citado adiante.

⁵⁰ Mais uma vez esclarece Odilon Braga, ao referir os princípios que orientaram a comissão de juristas encarregada de propor uma lei orgânica dos serviços públicos concedidos, em atendimento ao art. 147 da Constituição de 1937: “Bem andou, pois, a Comissão Coordenadora quando resolveu definir-se pela expressão constitucional – *serviço público concedido*, que exclui a possibilidade de sua confusão com os *serviços de utilidade pública*; e quando consequentemente aderiu ao sistema jurídico-administrativo de nossas concessões de portos e vias-férreas perfeitamente adaptado à doutrina e à jurisprudência dos países da Europa continental, em particular da França. Do sistema indicado substituiu apenas uma peça: a da *tarifa fixa e máxima*. Preferiu, nesta parte, o sistema americano de *tarifa de serviço pelo custo*”. BRAGA, *Serviços Públicos Concedidos*, cit., p. 38.

Com efeito, os dois conceitos ou institutos jurídicos – “justa retribuição” e “equilíbrio econômico-financeiro” não se confundem. Eles manifestam técnicas e perspectivas muito diversas acerca de como lidar com o regime econômico-financeiro de certas atividades econômicas (na França, *service publics industriels et commerciaux*; nos EUA, *public utility services*). E a Constituição de 1934 consagrou, de modo evidente e decidido, o modelo norte-americano, em detrimento da solução francesa.

A origem, os pressupostos, os contornos e os efeitos de cada noção foram detalhadamente exploradas e apresentadas em outro estudo, para o qual se remete o leitor⁵¹.

Nesta sede, cabe apenas salientar aquela que parece ter sido a razão específica, histórica, para que se adotasse o modelo próprio da *regulation of public utilities* do direito norte-americano e se abandonasse, nesse aspecto particular (organização econômica da atividade), a tradição francesa da *concession de service public*: com a diretriz da *fair remuneration*, introduzia-se um elemento de tipo valorativo, prospectivo e dinâmico que – ao contrário da noção tipicamente contratual e retrospectiva de equilíbrio econômico-financeiro da concessão – permitia, inclusive, revisitar arranjos passados em circunstâncias anteriores. Como sugerimos no estudo referido, a ideia de *fair return* não tinha compromissos com estados de coisa pretéritos, equações originais, ou com a manutenção de um estrito *pacta sunt servanda* (e disso logo se aperceberam nossos comentadores cf. adiante). A *fair remuneration* apontava, antes que

para o passado, para condições de mercado vigentes, para a razoabilidade de preços, para a aderência a custos do serviço etc. Em verdade, a despeito do caráter genérico do alcance da norma constitucional, ela tinha em mira, como um de seus alvos preferenciais, exatamente as concessões em curso – como deixa ver o art. 12 das Disposições transitórias da Constituição de 1934, que lidava com o problema concreto mais presente daquela quadra histórica, e como restará explícito em 1937 e 1946 (adiante).

Em linha com essa circunstância histórica, nossas Constituições, a começar por 1934, atrelaram a justa remuneração expressamente ao “interesse coletivo”, desdobrado nas “necessidades públicas de expansão e melhoramento desses serviços”, como a dar um parâmetro menos moralizante e mais denso às construções sucessivas da legislação ordinária acerca das tarifas e da remuneração do concessionário.

Alinhadas a esse novo ambiente, as considerações da doutrina da época estavam bem distantes da ideia de uma proteção à *la française*, referida a um contrato, e mais próximas de uma preocupação com a empresa, com a atividade e com seu entorno, o ambiente em que a atividade se desenrola, *hic et nunc*:

“Quando, portanto, o art. 137 emprega a expressão ‘justa retribuição’ [não] é de se entender que a retribuição moralmente justa, ou que como tal viesse a ser calculada segundo um critério mais ou menos arbitrário de justiça, mas a retribuição conveniente, adequada ou razoável, ou a retribuição que esteja de acordo com

⁵¹ KAERCHER LOUREIRO, Gustavo, **As Origens e os Compromissos das Figuras do Equilíbrio Econômico-Financeiro na Concessão de Serviços Públicos e da Justa Remuneração do Capital Empregado nas Atividades de Utilidade Pública**, Rio de Janeiro:

[s.n.], 2020., disponível em <<https://ceri.fgv.br/publicacoes/origens-e-os-compromissos-das-figuras-do-equilibrio-economico-financeiro-na-concessao>>.

as condições do mercado, isto é, obtida mediante a ponderação dos fatores que contribuem para a formação dos preços de mercado. Seja qual for o método empregado na fixação das tarifas, na sua aplicação devem ser considerados todos os fatores que entram normalmente na composição dos preços, de maneira que estes venha a ser justos ou adequados, o que significa, num regime econômico em que os valores não são objeto de determinação legal, mas do jogo mais ou menos livre dos fatores econômicos, que a atribuição conferida ao Poder Público de fixar as tarifas dos serviços públicos não se destina a ser exercida de modo arbitrário e ilimitado, senão de acordo com os critérios econômicos correntes no mundo dos negócios.⁵²

Em síntese, ao determinar a “justa remuneração/retribuição” pautada no “interesse coletivo”; ao dispor a revisão das tarifas para atuar esse ideal ou objetivo e ao vedar garantia de juros⁵³, a Constituição não tem em mente a manutenção de um inicial equilíbrio econômico-financeiro, mas

preconiza uma constante reavaliação das condições econômicas e financeiras do serviço concedido, para o atingimento de certos objetivos públicos.

Para encaminhar o próximo tópico, resgatemos uma observação feita acima. Ao falar em “concessão” e, ao mesmo tempo, em “justa remuneração”, a Constituição de 1934 está a dar mais um exemplo de nosso onipresente ecletismo jurídico (e, ao fazer isso, pode ter sido involuntariamente moderna, ao fornecer as bases para contratos de concessão com uma disciplina econômico-financeira dinâmica). Essa mistura, porém, não foi criada por ela. Bilac Pinto menciona que as ideias esposadas pela Constituição teriam já tido acolhida prévia no direito positivo infraconstitucional. E isso efetivamente ocorreu⁵⁴. O Código de Águas, de modo um tanto *sui generis*, não só inspirou como desenvolveu as diretrizes constitucionais. Vale fazer um breve passeio por ele.

A fonte imediata da Constituição de 1934: o Código de Águas e a tradição norte-americana da regulation of public utilities

O Código de Águas, veiculado pelo Decreto 24.643 de 10 de julho de 1934 antecede de poucos dias a Constituição, promulgada em 16 de julho do mesmo ano. Nada obstante, sua gestação foi longa e as reflexões que deram origem a ele estão na base do art. 137 da Constituição. O

Projeto foi apresentado ao Congresso em 1907, por Alfredo Valladão, e ali ficou vagando em razão da forte oposição que sofreu das empresas concessionárias de energia elétrica, notadamente a *Light* e a *Amforp*. Com efeito, a sua parte mais importante e mais sensível era justamente o Livro III

⁵² Francisco Campos *apud* TOSTES, Lahyr Paletta de Rezende. **Serviços de Utilidade Pública e sua Base de Tarifas**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1940, p. 84.

⁵³ A associação da garantia de juros com o sistema francês das concessões é feita, dentre outros por Caio Tácito, em retrospectiva histórica. Ver TÁCITO, Caio, O Equilíbrio Financeiro na Concessão de Serviço Público, **Revista de Direito Administrativo**, v. 63, 1961., p. 01.

⁵⁴ Aliás, isso efetivamente ainda ocorre, bastando ver que na Constituição de 1988 o único princípio de direito material inscrito no art. 175 que se impõe sobre o regime de prestação dos serviços públicos é o “serviço adequado” (de origem norte-americana, de início recepcionado no Código de Águas - Decreto 24.643 de 10 de julho de 1934, e totalmente desconhecido do direito administrativo francês).

("Forças Hidráulicas – Regulamentação da Indústria Hidroelétrica"), que disciplinava o regime das concessões e autorizações para geração de energia elétrica a partir da água. Apenas a Revolução de 30 teve condições políticas de resgatá-lo.

As linhas mestras do Código de Águas no âmbito da indústria elétrica eram duas, bem marcadas e de distintas proveniências. De um lado, o Código instaurava um *regime de concessões*⁵⁵, que teria duas finalidades principais: (i.) legitimar juridicamente o exercício da atividade pelos privados e, depois, (ii.) viabilizar a "socialização" da indústria ao final do período dessas concessões, por meio do instituto da reversão. Por outro lado, o Código previa um *regime de execução dos serviços concedidos* que não seguia o direito administrativo continental de onde provinha a concessão, mas a *regulation of public utilities* do direito norte-americano:

"No regular essa concessão, convenci-me cada vez mais de que era indispensável adotar no projeto, em tudo que com a mesma fosse compatível, aquele controle que se exerce nos Estados Unidos sobre as empresas hidroelétricas e de que em parte eu já havia dado notícia no meu trabalho "Direito das Águas", ao referir-me à *Federal Power Commission*. Isto é, controle pela Comissão Administrativa com função imperativa. Era mister, para que aquele fim, que eu aprofundasse ainda mais os meus estudos sobre o assunto quase por completo desconhecido em nosso país, pondo-me a par, como procurei fazer, da vastíssima, opulenta e brilhante literatura dos Estados Unidos a respeito. (...) E isto era mister não somente quanto às normas da

regulação específica das empresas hidroelétricas, senão ainda quanto às normas da regulação das empresas de utilidade pública em geral, às quais deviam obedecer aquelas mesmas empresas."⁵⁶

"E melhor sistema de controle é, indubitavelmente, o que vige agora nos Estados Unidos, uma vez que não se consagre a plena socialização, que se impõe, hoje, da indústria elétrica.(...)."57

A origem do hibridismo da Constituição de 1934 está aqui: a empresa de energia criada pelo Código de Águas tem seu início e fim marcados e disciplinados por uma clássica *concession de service public* (sobretudo na medida em que prevê a reversão), e sua vida entre esses dois extremos marcada pela *regulation of public utilities* (sobretudo na esfera da regulação econômica).

Quebrada a importação automática e em bloco do instituto da concessão de serviços públicos pela operação realizada por Valladolid, estava o Código livre para deixar de lado a ideia de uma *equação econômico-financeira* estabelecida quando do início da concessão e protegida ao longo de sua duração (sentida como um elemento de intolerável rigidez). No lugar disso, entrava outra filosofia:

Art. 178. No desempenho das atribuições que são conferidas, o Serviço de Águas do Departamento Nacional de Produção Mineral, com aprovação prévia do ministro da Agricultura, regulamentará e fiscalizará o serviço de pro-

⁵⁵ E também de autorizações, que não serão estudadas aqui.

⁵⁶ VALLADÃO, Alfredo, *Regime Jurídico das águas e da indústria elétrica*, São Paulo: Prefeitura Municipal de São Paulo, 1941., pg. 25.

⁵⁷ VALLADÃO, Alfredo *Ibid.*, pg. 58-9.

dução, transmissão, transformação e distribuição da energia hidroelétrica, com o triplice objetivo de:

- a. assegurar serviço adequado;
- b. fixar tarifas razoáveis;
- c. garantir a estabilidade financeira das empresas.

Parágrafo único. Para a realização de tais fins, exercerá a fiscalização da contabilidade das empresas.

Este artigo é quase uma cópia de obra doutrinária clássica da regulação norte-americana:

“The principal purposes of regulation as expressed or implied in public utility laws are three-fold:

- 1. Reasonable rates.
- 2. Proper service; and
- 3. Financial stability.

The most important minor purpose, incidental and necessary to the major, is the control of accounting methods.”⁵⁸

Na sequência, os arts. 180 e 181 desenvolviam essas diretrizes, também valendo-se de expressões icônicas da teoria da *regulation* norte-americana:

Art. 180. Quanto às tarifas razoáveis, alínea “b” do artigo 178, o Serviço de Águas fixará, trienalmente, as mesmas:

i. sob a forma do serviço pelo custo, levando-se em conta:

- a. todas as despesas e operações, impostos e taxas de qualquer natureza, lançados sobre a empresa, excluídas as taxas de benefício;
- b. as reservas para depreciação;
- c. a remuneração do capital da empresa.

ii. Tendo em consideração, no avaliar a propriedade, o custo histórico, isto é, o capital efetivamente gasto, menos a depreciação;

iii. conferindo justa remuneração a esse capital; (...).

A política tarifária do *serviço pelo custo*, típica da regulação norte-americana (*cost-service regulation*), não bem se coadunava com a ideia tradicional de equação econômico-financeira.

A uma, porque a determinação de que a paga do concessionário deveria acompanhar seus custos supõe uma dinâmica de atualizações tarifárias ou equivalentes que pouco ou nada tem a ver com a tradicional teoria da álea que sempre vem acoplada à ideia de equilíbrio econômico-financeiro.

A duas – e sobretudo – porque a política do custo do serviço protege – esse seu ponto nuclear – *uma remuneração justa do concessionário que pode variar conforme as condições do mercado*. A literatura americana é rica em discussões sobre esse específico ponto⁵⁹ e, a esse respeito, é sintomático

⁵⁸ BAUER, John, *Effective Regulation of Public Utilities*, New York: The Macmillan Company, 1925., p. 12.

⁵⁹ Remete-se, mais uma vez, para o artigo já citado, KAERCHER LOUREIRO, Gustavo, *As Origens e os Compromissos das Figuras do Equilíbrio Econômico-Financeiro na Concessão de Serviços Públicos e da Justa Remuneração*, cit.. Veja-se, a título de exemplo, o tratamento que a Suprema Corte dá à questão (o caso clássico para o tema é 212 U.S. 19, *Wilcox v. Consolidated Gas*.

Co., julgado em 1909): “What annual rate will constitute just compensation depends upon many circumstances, and must be determined by the exercise of a fair and enlightened judgment, having regard to all relevant facts. A public utility is entitled to such rates as will permit it to earn a return on the value of the property which it employs for the convenience of the public equal to that generally being made at the same time and in the same general part of the country on investments in other business undertakings which are at-

que o principal regulamento da indústria elétrica, o Decreto 41.019/1957 tenha declarado, ao desenvolver os arts. 178 e seguintes do Código de Águas, que “a taxa de remuneração poderá ser revista e alterada pelo C.N.A.E.E., se ocorrerem sensíveis modificações no mercado interno monetário e de títulos” (art. 160 § 1º). Nada disso é compatível com a tradicional teoria do equilíbrio econômico-financeiro, estática em seus fundamentos (ainda que não em seus mecanismos).

Essas considerações todas não impedem, por outro lado, que se fale de “equilíbrio econômico-financeiro”, como mesmo fez nossa doutrina (adiante). É muito importante, porém, dar-se conta de que, num contexto como o que estamos (da justa remuneração), a referência a “equilíbrio” não tem

o mesmo sentido estrito de uma equação *matemática* estabelecida quando do aperfeiçoamento da concessão, a ser, para todo o sempre, protegida. Sintomático disso é que o termo mais próximo usado pela legislação seja “estabilidade” (arts. 178 e segs. do Código de Águas). E estabilidade referida à *empresa* (art. 178, al. c.) e não ao *contrato*. Com efeito, são coisas muito distintas *equilíbrio econômico-financeiro de um contrato* e *estabilidade* (ou mesmo *equilíbrio*) *econômico-financeira de uma empresa*.

Decididamente, não têm acolhida aqui aquelas ideias de nossa moderna doutrina, exemplarmente manifestadas na passagem de Bandeira de Mello citada antes.

As Constituições de 1937 e 1946

As Constituições de 1937 e 1946 foram na mesma linha da Constituição de 1934.

A Constituição de 1937 explicita e generaliza o comando de revisão de tarifas de contratos de concessão anteriores:

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. (grifos nossos).

Comentando esse dispositivo, Araújo Castro, depois de referir a jurisprudência norte-americana do *fair return on the present fair value*, expressa um entendimento perfeitamente compatível com a *regulation of public utilities* – e perfeitamente incompatível com a noção de equilíbrio econômico-financeiro:

“Seja qual for a forma que no Brasil se venha a dar à regulamentação de tarifas, tendo em mente fazer justiça incontestável, em todas as épocas, tanto ao público como às empresas, no interesse coletivo, ela deverá estipular revisões

tended by corresponding, risks and uncertainties; but it has no constitutional right to profits such as are realized or anticipated in [262 U.S. 679, 693] highly profitable enterprises or speculative ventures. The return should be reasonably sufficient to assure confidence in the financial soundness of the utility and should be adequate, under efficient and economical management, to maintain

and support its credit and enable it to raise the money necessary for the proper discharge of its public duties. A rate of return may be reasonable at one time and become too high or too low by changes affecting opportunities for investment, the money market and business conditions generally.” 262 U.S. 679.

das tarifas à luz das condições econômicas e de exploração existentes na data em que forem feitos os reajustamentos de tarifas.”⁶⁰

Na mesma linha foi a Constituição de 1946:

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. (grifou-se).

As ideias básicas são as mesmas que apresentamos antes. E o confirma a doutrina que examinou o dispositivo.

Themístocles Cavalcanti, comentando o art. 151, segue na trilha já batida por Bilac Pinto. O modelo norte-americano da *regulation* deveria inspirar a lei preconizada pela Constituição:

“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.”⁶¹

O autor está longe de sustentar a existência de uma equação econômico-financeira originária e imutável, de caráter perene. Sua preocupação com o regime econômico-financeiro é outra que não a manutenção de um determinado *status quo*. Em suas reflexões manifesta-se aquela perspectiva valorativa, normativa que a ideia de justa remuneração coloca em relevo – diferentemente do conceito de equilíbrio econômico-financeiro:

“A ‘justa remuneração’, favorecendo o capital não pode, entretanto, ser excessiva e, portanto, injusta em relação àquele que remunera o serviço”⁶².

“Muito sabiamente, portanto, o texto constitucional declarou que, em benefício do interesse público, os lucros não ‘devem exceder a justa retribuição do capital’. Consagrou, portanto, antes de tudo, o interesse público. Apenas assegurou, aos concessionários, tarifas que não representam o aniquilamento do capital empregado e dos serviços objeto da concessão”⁶³.

“Os juros muito baixos ou o preço excessivo dos serviços constituem verdadeira violação dos princípios de justiça social que não mais pode ser tolerada”⁶⁴.

Pontes de Miranda é ainda mais direto e radical; explorou as potencialidades da justa remuneração até onde ninguém tinha explicitamente ido (no que se aproximou, no âmbito das concessões

⁶⁰ CASTRO, Araújo, **A Constituição de 1937**, 2a. ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1941., p. 425.

⁶¹ CAVALCANTI, Themístocles Brandão, **A Constituição Federal Comentada**, Vol. III, 2º. Rio de Janeiro: José Konfino, 1953., p. 325.

⁶² *Ibid.*, p. 352.

⁶³ *Ibid.*, p. 355. É interessante, porém, que, em outra passagem, ao invés de correlacionar “justa remuneração” com “interesse coletivo”, coloca-os em posição de diretrizes contrapostas: “Em relação a este ponto, os termos extremos acham-se previstos no dispositivo constitucional: interesse coletivo, de um lado; e de outro, a justa ou adequada retribuição do capital, atendendo-se às exigências de expansão e melhoramento dos serviços.” *Ibid.*, p. 347.

⁶⁴ Themístocles Cavalcanti, *apud* TÁCITO, **O Equilíbrio Financeiro na Concessão de Serviço Público**., cit., p. 18.

de serviço público, da figura da *lesão do direito privado*):

“Se a remuneração se tornou injusta, ou se o fôra desde o começo, a revisão também é possível. Aí, a regra jurídica do art. 151, parágrafo único, contém mais do que cláusula *rebus sic stantibus*”⁶⁵.

Como se disse antes, não é, por outro lado, de todo desconhecida a noção de “equilíbrio”, em contextos como esse. Mas ela é menos estrita (mais próxima da estabilidade da empresa de que fala o Código de Águas), e assume uma valência substancial, informada por elementos de reciprocidade material, de equidade e mesmo valorativos; e não simplesmente formais, de estabilização ou fixação de uma (qualquer) correlação originária entre encargos e receitas, a ser preservada diante da ocorrência de certos eventos supervenientes (áreas extraordinárias), à moda do já ultrapassado bordão – que sequer para o direito privado mais vale - *qui dit contractuel dit juste*.

Exemplo dessa noção material de equilíbrio econômico-financeiro encontra-se em Caio Tácito, em artigo sempre lembrado sobre o tema. Acerca das disposições da Constituição de 1946, diz ele:

⁶⁵ PONTES DE MIRANDA, F. P., **Comentários à Constituição de 1946 - Tomo V**, 3ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1960., p. 513. Em outra passagem, pontuou: “Não é arbitrário o poder de revisão. Primeiro, depende de lei; segundo, é preciso que o seu fundamento seja excesso de lucro, necessidade de melhoramento ou expansão dos serviços. A revisibilidade pode ser para mais ou para menos.”, p. 507. Confronte-se, por exemplo, essas afirmações de Pontes de Miranda com a posição formalista manifestada por Marçal Justen Filho, acerca do que seja o equilíbrio econômico-financeiro, adiante (nota 65).

⁶⁶ TÁCITO, **O Equilíbrio Financeiro na Concessão de Serviço Público**, cit., p. 08. Compare-se a noção de equilíbrio de Caio Tácito com a seguinte afirmação da doutrina moderna: “(...) a equivalência entre vantagens e encargos é puramente formal e estipulativa, resultante da formulação da proposta e de sua aceitação pelo Estado. Ou seja, existe equilíbrio porque, segundo as partes, os encargos assumidos correspondem às vantagens reconhecidas.

“Decorre, no entanto, diretamente, da norma constitucional, a consagração inequívoca do princípio do equilíbrio financeiro da concessão de serviço público.

O art. 151 da Constituição tem um duplo objeto. **Visa, de uma parte, através da revisão periódica de tarifas, a limitação dos lucros dos concessionários, a fim de que não se tornem excessivos.** Mas, de outro lado, repudia as tarifas confiscatórias que não propiciem a justa remuneração do capital aplicado na exploração dos serviços. (...)”.

“A garantia do equilíbrio financeiro é, assim, a **exteriorização dos princípios de justiça social** que devem presidir a organização da ordem econômica (Constituição art. 145)”⁶⁶ (grifou-se)

Concorde-se ou não com as conclusões do jurista e com sua invocação do equilíbrio econômico-financeiro nesse cenário constitucional, é fora de dúvida que a perspectiva em que se coloca está em linha com a tradição de nosso direito. O equilíbrio, aqui, é tomado como uma adequada (“justa”) ponderação entre extremos e não como uma qualquer correlação numérica formalizada, cristalizada e tutelada para todo o sempre⁶⁷.

Daí se extrai, então, a possibilidade de que o equilíbrio formal corresponda a um desequilíbrio material. Isso se passará quando a dimensão dos encargos for economicamente incompatível com a das vantagens. O desequilíbrio material deve ser avaliado por ocasião da licitação, para verificar se a proposta é inexequível ou se importa lucro desarrazoado para o particular. **Uma vez aceita pelo Estado uma proposta formulada pelo particular, a questão do desequilíbrio material torna-se juridicamente impertinente. Surge presunção absoluta no sentido da equivalência entre vantagens e encargos.** Aquela específica e determinada relação entre encargos e vantagens, retratada na proposta formulada pelo particular e aceita pelo Estado, passará a ser tutelada pelo direito.” JUSTEN FILHO, Marçal, **Teoria Geral das Concessões de Serviço Público**, cit. p. 52. (grifou-se).

⁶⁷ No mesmo sentido, o Voto Conductor do Ministro Aliomar Baleeiro, em julgado do Supremo Tribunal Federal passado já sob a égide da Constituição de 1967, mas com referências ao art. 151 da

Ainda com relação a referências a “equilíbrio”, “comutatividade” e outras, é importante ter presente que por está época nossas doutrina e jurisprudência não tinham ainda “canonizado” soluções precisas, seja para a análise de áleas, seja

para a regulação de seus efeitos no contrato. A matéria era fluida, as soluções flexíveis e, em certos casos, discrepantes daquelas que hoje se têm por soluções obrigadas⁶⁸.

A Constituição de 1967

Novidade significativa trouxe o art. 160 da Constituição de 1967:

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**; (...) (grifou-se).

A novidade é significativa. Ao lado da tradicional referência à “justa remuneração do capital”, a Constituição passou a falar de “equilíbrio econômico-financeiro do contrato”. Integrava-se à con-

cessão de serviços públicos um elemento que vinha sendo construído de modo paulatino e dialético pela jurisprudência e pela doutrina do direito administrativo francês – cujas controvérsias a doutrina brasileira reproduzia.

Finalmente, a disposição constitucional permitiu, a pleno título, formulações como a de Marcello Caetano, que passaram a povoar a literatura sobre o tema:

“O contrato assenta, pois, numa determinada equação financeira (o valor em dinheiro dos encargos assumidos por um dos contraentes deve equivaler ao das vantagens prometidas pelo ou-

Constituição de 1946. Também ele entende que o art. 151 teria consagrado a proteção ao equilíbrio econômico-financeiro, mas sua perspectiva é bastante diversa daquela moderna, porque preme de considerações de cunho substancial e de justiça comutativa. Confira-se o MS 17.957-DF, de 06/12/1967.

Essa diferença de perspectivas notou-a NATAL, Tatiana Esteves, A Divisão de Riscos e o Equilíbrio Econômico e Financeiro dos Contratos de Concessão de Serviço Público no Estado Regulador, **Revista de Direito da Procuradoria Geral**, v. 67, 2013., p. 223.

⁶⁸ Veja-se interessante discussão envolvendo o reconhecimento e os efeitos da teoria da imprevisão em contratos administrativos, na *Revista de Direito Administrativo*, em 1951: entende-se se aplica tal teoria, mas que, em aderência ao direito francês, ela não suscita reposição integral dos prejuízos. O parecerista cita a opinião do então Consultor Geral da República Hahnemann Guimarães que viria posteriormente a ocupar uma cadeira no Supremo Tribunal Federal: “Aliás, em parecer exarado sobre hipótese análoga, demonstrou o emérito Ministro Hahnemann Guimarães - então Consultor Geral da República - que a teoria da imprevisão não poderia ser repelida nos contratos administrativos com apoio

no art. 1.246 do Código Civil, argumentando: ‘a doutrina inclina-se, porém, a dar nos contratos administrativos, ao empreiteiro o direito de exigir que a Administração participe do prejuízo na execução das obras por causa de fatos econômicos excepcionais. Estaria subentendida, em tais contratos, a cláusula de que a estipulação sobre o preço seria observada enquanto as circunstâncias se mantivessem as mesmas, ou, usando a fórmula da teoria da imprevisão, o preço deve ser ajustado a condições supervenientes, excepcionais e imprevisíveis, para se restabelecer o equilíbrio entre as obrigações recíprocas dos contraentes’ (Parecer in Diário Oficial de 7 de agosto de 1944). É certo que, no precitado parecer, o preclaro jurista brasileiro opinou contra a revisão pleiteada. Assim concluiu, entretanto, porque, na espécie não houvera, prejuízo e sim redução de lucros. **E, ‘a diminuição, embora apreciável de lucro, não há lugar ao reajustamento. A revisão faz-se apenas para evitar um prejuízo exorbitante’** (Parecer cit., in proc. M. T. L. C. 167.593).”, SARAIVA, Oscar, Parecer: Contrato de empreitada - reajustamento de preços - teoria da imprevisão - cláusula “rebus sic stantibus”, **Revista de Direito Administrativo**, v. 25, 1951. p. 362 (grifou-se).

tro) e as relações contratuais têm de desenvolver-se na base do equilíbrio estabelecido no ato de estipulação”⁶⁹. (grifou-se).

Ocorre, porém, pontuar – e esse ponto é da máxima importância – que, mesmo sob a égide da Constituição de 1967, o instituto do equilíbrio econômico-financeiro, entre nós, seguia não tendo seus contornos estabelecidos de modo pacífico (como seguia sendo o caso no direito francês⁷⁰).

Para além do ponto de consenso, de que o concedente deveria compensar o concessionário por modificações unilaterais do contrato que viesse a introduzir a bem do serviço público, debatia-se acerca (i.) da exata caracterização dos eventos que configurariam áleas extraordinárias (o que seria tido à conta do “fato do Príncipe”⁷¹? O que

se aceitaria a título de “álea econômica extraordinária”⁷²); (ii.) dos efeitos de cada uma das áleas (os eventos reconduzíveis à imprevisão deveriam ser completamente neutralizados para o concessionário, ou a responsabilidade do concedente se limitaria apenas a alcançar ao primeiro o *quantum* necessário para que o primeiro prosseguisse com a prestação do serviço?). Estas e outras questões, vivamente discutidas, indicam que, mesmo com a referência ao equilíbrio econômico-financeiro da concessão, estava-se longe de uma monolítica teoria – supostamente inculpada no dispositivo constitucional⁷².

Atingido este ponto da exposição, e antes de começar o exame da Constituição de 1988, convém sintetizar os principais resultados a que chegamos.

Síntese

⁶⁹ CAETANO, Marcello, *Princípios Fundamentais do Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 225.

⁷⁰ Para o direito francês, remetemos o leitor ao nosso estudo já mencionado: KAERCHER LOUREIRO, Gustavo, *As Origens e os Compromissos das Figuras do Equilíbrio Econômico-Financeiro na Concessão de Serviços Públicos e da Justa Remuneração do Capital Empregado nas Atividades de Utilidade Pública*, Rio de Janeiro: [s.n.], 2020., cit.

⁷¹ Veja-se, a título de exemplo, o apanhado que Cretella Júnior fazia da teoria do fato do Príncipe, in CRETELLA JUNIOR, José, Teoria do “Fato do Príncipe”, *Revista de Direito Administrativo*, v. 75, p. 23–30, 1964. Para Cretella Jr. seria importante distinguir entre fato do Príncipe e Imprevisão. Reproduzindo o estado da questão na França, asseverava: “7. Complexa é a noção jurisprudencial francesa do ‘fato do príncipe’, parecendo ter havido um estreitamento de sentido no que se entende por aquela designação. Tal fato se deve a que inúmeras situações enquadráveis, antes, na teoria do fato do príncipe, ficam atualmente fora do âmbito desta teoria para integrarem o campo da teoria da imprevisão, o que é de capital importância porque o direito do contratante à indenização difere em uma e outra teorias. Com efeito, enquanto que na teoria da imprevisão o direito de indenizar surge apenas quando a situação do particular contratante sofreu verdadeiro ‘transtorno’, tornando-se insustentável, pela teoria do fato do príncipe o direito à indenização existe quase sempre. Por outro lado, ao passo que o fato do príncipe gera direito a uma reparação integral, a imprevisão dá origem apenas a uma participação nos novos encargos.” (p. 26-27). Sobre a teoria da imprevisão, dizia que “tem por finalidade fazer com que a Admi-

nistração participe, até certo ponto e temporariamente, dos prejuízos sofridos pelo contratante. Não tem por objetivo reparar um dano. O fato do príncipe, ao contrário, tem por escopo, quando influi sobre a situação econômica do contratante, outorgar-lhe o direito de exigir a reparação definitiva do prejuízo causado pela Administração, sob o aspecto de uma supletivação de preço. Exige a equidade que o contratante não sofra prejuízo, nem mesmo uma diminuição de sua renda, em consequência de medida tomada pela Administração.”, cit., p. 29.

Em sentido semelhante ia Caio Tácito acerca do dever do poder público de (apenas) compartilhar com o concessionário os efeitos da álea econômica extraordinária in TÁCITO, O Equilíbrio Financeiro na Concessão de Serviço Público., p. 08.

⁷² Interessante notar que o Decreto 185/1967 que estabelecia “normas para contratação de obras e para revisão de preços em contratos de obras ou serviços a cargo do Governo Federal” trazia uma concepção restrita de fato do Príncipe em seu art. 5º, § 4º (limitada a “ato do Estado”): “Art. 5º Os contratos de obras ou serviços de órgãos do Governo Federal poderão conter cláusulas de revisão de preços, desde que estipuladas, previamente, condições de revisão nos atos convocatórios das concorrências respectivas. (...). § 4º Quando se tratar de contrato ‘Mão-de-Obra’ na execução de obras ou serviços, só serão permitidos reajustamentos quando ocorrer ônus decorrentes de ato do Estado, principalmente modificação salarial, considerando-se como índice os salários-mínimos e encargos sociais iniciais e atuais da região, e incorrendo a incidência somente na parte executada depois da revisão de preços.”

O tema relativo à disciplina dos serviços públicos concedidos e, em especial, o elemento econômico-financeiro das concessões ganhou status constitucional em 1934 e compareceu em nossas Constituições, desde 1934 até 1967.

A Constituição de 1934, sob a inspiração do Código de Águas, abandonou, nesse particular, a orientação francesa, e consagrou o modelo econômico próprio do direito norte-americano, da *regulation of public utilities*. Esse modelo não tem compromissos com a manutenção de um estado de coisas estabelecido e congelado quando da celebração da concessão de serviços públicos e manifesta, por isso, caráter *prospectivo* e *normativo*: diante da natural dinamicidade das condições empíricas subjacentes à prestação do serviço, o método da *fair remuneration* estimula a revisão das condições econômico-financeiras originais, para a satisfação do objetivo declarado da “justa remuneração” – no direito constitucional

brasileiro qualificada esta ideia pelas referências ao “interesse público” manifestado em melhoras e expansão do serviço. As Constituições seguintes de 1937 e 1946 seguiram nessa tradição.

Apenas em 1967 é que a ideia de equilíbrio econômico-financeiro passou a conviver com a justa remuneração, no plano constitucional. Essa noção adotada por nosso direito foi desenvolvida – sempre de modo problematizante e fragmentário – pelo Conselho de Estado francês para obviar algumas dificuldades que a concepção original da concessão possuía. Em sua essência, ela continua a evocar ideias próprias do ambiente contratual, razão pela qual assume um caráter não prospectivo mas *retrospectivo* e não necessariamente normativo, mas *formalista* – mantém-se a equação econômico-financeira estabelecida originalmente, independentemente de considerações acerca de sua “justiça”, “compatibilidade com o mercado” etc., elementos sensíveis para a tradição da “justa remuneração”⁷³.

⁷³ KAERCHER LOUREIRO, Gustavo *As Origens e os Compromissos das Figuras do Equilíbrio Econômico-Financeiro na Concessão de Serviços*

Públicos e da Justa Remuneração do Capital Empregado nas Atividades de Utilidade Pública., cit.

A Constituição de 1988

Introdução

O que terá a Constituição de 1988 resgatado desta rica tradição constitucional? Vamos adiantar as principais conclusões a serem justificadas:

- A Constituição de 1988 não reconheceu, *prima facie*, o princípio da proteção ao equilíbrio econômico-financeiro das concessões de serviço público (nem reconheceu o princípio da justa remuneração). Prudentemente, deixou ao legislador ordinário o estabelecimento de normas (princípios e/ou regras) sobre o regime econômico-financeiro desses contratos, no bojo de uma indeterminada política tarifária. Tal se diz porque:
 - O art. 175, candidato natural para a disciplina do tema, não fez qualquer referência a equilíbrio econômico-financeiro das concessões, rompendo decididamente com nossa tradição anterior – especialmente com a Constituição de 1967. Em realidade, foram repelidas inúmeras tentativas de incluir essa noção. Dentre as justificativas para a recusa, estava a de que o tema deveria ser remetido à legislação ordinária (daí a reserva de lei do parágrafo único do art. 175).
 - O art. 37, XXI tampouco consagrou o equilíbrio econômico-financeiro nas concessões de serviço público. Isto porque: a.) ele não cobre os contratos de delegação, mas sim aqueles comutativos simples (contratos de colaboração) e b.) quanto a seu conteúdo, não tem, nem de longe, o alcance que se pretende.
- Há que se reconhecer, porém, que essas constatações podem não esgotar o tema (daí o “*prima facie*” na formulação anterior). Autores existem que pretendem extrair o mesmo princípio de outras normas presentes na Constituição. Trata-se de uma possibilidade que não deve ser descartada *a priori* mas que:
 - (i.) precisa impor-se decididamente contra uma forte espécie de “presunção *iuris tantum*” em contrário, em razão dos resultados hermenêuticos a que se chegou no exame dos arts. 175 e 37, XXI;
 - (ii.) possui, portanto, um robusto “ônus da prova” que não pode ser satisfeito com vagas e genéricas afirmações, ou seja, “preguiçosamente⁷⁴” e, finalmente
 - (iii.) ainda que semelhante empreitada tenha sucesso, seu resultado certamente

⁷⁴ Lembramos, aqui, a acerba e percuente crítica de Carlos Ari Sundfeld, in SUNDFELD, Carlos Ari, *Direito Administrativo para Céticos*, São Paulo: Malheiros, 2012. Em outro estudo, o autor fere novamente o ponto, ao falar de certa crise no “direito dos princípios”: “Crise: este é o nome, agora, também desse direito de princípios. Os males do excesso (a principiologia frouxa desamarrando as normas, embaralhando tudo) e do superficial (o princípio

lugar-comum, pura forma sem substância): nisso vivemos. Vale, então, a nota prévia de saudade: nesses anos, o direito dos princípios subia, subia, todos o amávamos; nos próximos, não será assim. Os administrativistas principiámos a cansar. Novos amores virão.” SUNDFELD, *O Direito Administrativo entre os Clips e os Negócios.*, cit., p. 81.

não possui força para (re)propor a inteira teoria que se construiu – equivocadamente – por sobre a dicção do art. 37, XXI. Se é possível obter-se algo, é mais provável que se chegue a resultados ao mesmo tempo mais modestos (e mais genéricos) do que os atuais em termos de proteção ao concessionário, além de, possivelmente, com nítida feição objetiva, isto é, aplicáveis para todas as partes envolvidas na concessão (concessionários, usuários e concedente). Isso é o que sugere o acostamento da ideia de equilíbrio econômico-financeiro a noções como equidade, boa-fé,

continuidade do serviço público, comutatividade, vedação do abuso de direito e do enriquecimento sem causa, dentre outras.

- Além disso, caso se enverede por esta via, o (então) “descoberto” princípio do equilíbrio econômico-financeiro deverá submeter-se, como qualquer norma desta natureza, ao processo constitucional de ponderação⁷⁵.

Enquanto não chega uma reconstrução robusta na Constituição, parece mais razoável entender que a configuração do regime econômico-financeiro das concessões de serviço público foi remetida à legislação ordinária⁷⁶.

O art. 175 da Constituição

O art. 175 da Constituição de 1988 é o sucessor dos arts. 137, 147, 151 e 160 das Constituições de 1934, 1937, 1946 e 1967, respectivamente. Diz ele:

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.

À luz da comparação proporcionada por seu imediato antecessor, uma constatação imediata já se pode fazer: no lugar da anterior exigência constitucional imposta ao legislador ordinário, para que construísse a contraprestação pelo serviço público concedido (tarifa), de modo a propiciar ao concessionário a “justa remuneração” e o “equilíbrio econômico-financeiro do contrato” (art. 160, II da CF 1967), a Constituição atual determina que o legislador desenhe uma “política tarifária” (art. 175, III da CF 1988). Não se trata de mudança

⁷⁵ NATAL, Tatiana. *A Divisão de Riscos e o Equilíbrio Econômico e Financeiro dos Contratos de Concessão de Serviço Público no Estado Regulador*.

⁷⁶ E, em outro estudo, pretendemos mostrar que, sim, há tal proteção, mas ela não é nem de perto tão completa quanto se a imagina.

insignificante: essa alteração que eliminou a referências ao equilíbrio econômico-financeiro e à justa remuneração, trocando-as por uma obrigação genérica de formular política tarifária, conferiu maior liberdade de ação ao legislador ordinário⁷⁷. É certo, por outro lado, que a “política tarifária” pode – talvez deva de *lege ferenda* – contemplar a justa remuneração e algum tipo de equilíbrio contratual, mas trata-se de algo diferente do que dizer que *deve*, por força de disposição constitucional expressa, construir esse ou *aquele* regime econômico-financeiro (cujos contornos ela não oferece, o legislador ordinário recebeu ampla liberdade de conformação da matéria).

Como quer que seja, o ponto central, relativamente ao art. 175, é, porém, outro: ele está em que, ao longo de sua elaboração na Assembleia Nacional Constituinte foram feitas *inúmeras tentativas de (re)introduzir a proteção ao equilíbrio econômico-financeiro das concessões (e a justa remuneração), todas elas rechaçadas*.

Com efeito, em distintas ocasiões do processo constituinte⁷⁸ propostas de retornar ao texto ou,

ao menos, às ideias evocadas no texto de 1967, foram apresentadas e, em todas essas ocasiões, houve recusa expressa de assim proceder, ao argumento – principal – de que se tratava de questão afeita à legislação ordinária. Em algumas dessas propostas, propunha-se a volta do par “justa remuneração” e “equilíbrio econômico-financeiro”; em outras, retornava-se à tradição anterior à Constituição de 1967 (somente “justa remuneração”) ou então se sugeria apenas a introdução da figura do equilíbrio econômico financeiro. Foram mais de 40 tentativas⁷⁹, ao longo das diversas fases pelas quais passou o processo constituinte. Nenhuma, como se pode perceber por uma simples inspeção do texto final do art. 175, teve êxito.

Essa circunstância indica que a falta de referência não foi um mero lapso, mas uma *decisão constitucional expressivamente deliberada*. E como tal há de ser tratada, sob pena de autoritarismo ou tirania do intérprete (juiz ou doutrinador). Convém lembrar a admoestação de Hespanha antes reproduzida, para quem há de se observar os da-

⁷⁷ Essa circunstância foi notada – e dela extraída consequência relevante – pelo Ministro José Carlos Moreira Alves, no importante julgamento da ADC 09/2001, para admitir que as tarifas do setor elétrico pudessem contemplar outras coisas que não apenas a remuneração pelo serviço. Para ele, ao falar de “política tarifária”, a Constituição livrou a tarifa das amarras a que antes estava vinculada. Da mesma forma, é essa circunstância de maior deferência ao legislador ordinário – conjugada com uma certa interpretação “deflacionada” do art. 37, XXI – que está na base da construção de modelos tarifários e de alocação de riscos distintos nas Lei 8.987/1995 (art. 9º) e 11.079/2004 (arts. 3º e 5º).

⁷⁸ Algumas Fases em que foram encontradas Propostas de Texto ou Emendas: Fase B - Emendas ao Anteprojeto do Relator da Subcomissão de Princípios Gerais, Intervenção do Estado, Regime da Propriedade do Subsolo e da Atividade Econômica; Fase E – Emendas ao Anteprojeto da Subcomissão na Comissão da Ordem Econômica; Fase G – Emendas ao Substitutivo do Relator da Comissão da Ordem Econômica; Fase H – Nova Redação do Substitutivo do Relator: proposta de texto. Fase J/K: Emendas de Mérito e de Adequação ao Anteprojeto da Constituição (Comissão de

Sistematização); Fase M – Emendas de Plenário (Comissão de Sistematização); Fase N - Substitutivo 1 do Relator (Comissão de Sistematização) - 26/08/1987; Fase O - Emendas ao Substitutivo 1 do Relator (Comissão de Sistematização); Fase S – Emendas de Plenário. Para orientar-se nesse labirinto procedimental, veja-se LIMA, João Alberto de Oliveira, *A Gênese do Texto da Constituição de 1988*, Brasília: Senado Federal, 2013. Cf. tb. <http://www2.camara.gov.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-constituente/lista-de-comissoes-e-subcomissoes>. Acesso em 23.04.2020.

⁷⁹ Algumas Emendas: 6A0020-1; 6A0002-3; 6A0053-8; 6A0195-0; 6A0227-1; 6A0256-5; 600640-0; 600645-0; 600647-0; 600700-7; 600792-9; 600809-7; 6S0423; 6S0524; 00708; 00852; 8S0446-6; CS02544-0; 1P02401; CS02545-8; 1P02402; CS01581-9; 1P01478-6; 1P08202-1; 1P10326-1; 1P12411; 1P15583; 1P16052-9; 1P18804-1; 1P20293; ES21871; ES34489; 2P00566. Para detalhes sobre todas as propostas de redação do art. 175, cf. <<http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/31059>>. Acesso em 23.04.2020.

dos empíricos que emergem do processo de produção normativa “sob pena de passar de intérprete a legislador e, no caso concreto, mais grave ainda, a de legislador constituinte, levando a cabo uma revisão escondida e abusiva da Constituição.”

O art. 37, inc. XXI da Constituição

Considerações preliminares

Eis o texto:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (...).

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 texto é complexo, povoado de cláusulas e veícula, num mesmo período sintático, comandos vários que se sobrepõem. A genética na Constituinte bem explica isso: o texto é fruto de uma aglomeração de diferentes trechos de dispositivos que foram propostos em diferentes fases do processo

Vejamos agora o que diz o art. 37, XXI da Constituição, uma vez que, à falta de claro e explícito reconhecimento da proteção ao equilíbrio econômico-financeiro no art. 175, ampara-se-o na ideia de “mantidas as condições efetivas da proposta” do referido inciso.

constituinte em torno dos temas licitação e contratos administrativos de colaboração⁸⁰. Assim, há no inc. XXI exigência genérica de licitação para a celebração de contratos de “obras, serviços, compras e alienações”; preconiza ele que essa licitação seja pública; que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes; determina ainda que as cláusulas estabeleçam obrigações de pagamento, “mantidas as condições efetivas da proposta”, nos termos da lei; e comanda que “exigências de qualificação técnica e econômica” sejam apenas aquelas indispensáveis à garantia do “cumprimento das obrigações”. Esse acavalamento de condições, exigências, qualificações torna o texto de difícil interpretação.

É surpreendente, pois, que boa parte da doutrina dedique tão pouco esforço à hermenêutica constitucional e conclua, de modo rápido, que aí se encontre, toda e por inteiro, a teoria do equilíbrio econômico-financeiro das concessões (cf. supra). Passa-se por cima da omissão e das vicissitudes do art. 175 e, no art. 37, XXI, trilha-se uma hermenêutica um tanto simplória. Isola-se do conjunto

⁸⁰ Para detalhes sobre todas as propostas de redação do art. 37, XXI, cf. <<http://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/35543>>. Acesso em 23.04.2020.

do inc. XXI apenas uma locução que sequer autonomia sintática possui (o “mantidas as condições efetivas da proposta” está referido e depende da locução “cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento”). Desse isolamento resulta algo como “a Administração deve manter as condições efetivas da proposta de contratos de obras, serviços, compras e alienações”. Depois, em passo ousado e mais problemático, equipara-se essa construção a um comando como “a Administração deve manter o equilíbrio econômico-financeiro de contratos de concessão de serviço público”, entendendo-se (o que não é minimamente necessário) “equilíbrio econômico-financeiro” como “equação (numérica) econômico-financeira”. Finalmente, traz-se a título de equação econômico-financeira todo o aparato de noções, teorias, preceitos etc. visto antes. Daí se chega facilmente ao estado de coisas apresentado na longa citação que fizemos de Celso Antônio Bandeira de Mello.

Ocorre, porém, que há várias passagens não autorizadas aqui. E há problemas método e de resultado.

Como veremos adiante com mais vagar, quanto à hipótese de incidência (suporte fático), o dispositivo não se aplica aos contratos de delegação, por expressa determinação da norma e por razões conceituais e de estrutura econômica desses contratos, muito distinta daquela própria dos negócios comutativos simples (os “contratos de colaboração”) referidos no art. 37, XXI.

Quanto à providência tomada, 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”**.

A interpretação dominante toma por idênticas essas duas obrigações absolutamente diferentes e com isso ignora que a proposta pode, a pleno título, não contemplar essa manutenção ou contemplá-la em base a distintas configurações de riscos, tudo a depender das condições sob as quais é feita, isto é, a depender dos termos do “processo de licitação” e do regime jurídico infralegal que informa a contratação. Com essa equiparação, não só se faz uma interpretação não autorizada do art. 37, XXI como se obstaculiza a desejável maleabilidade e flexibilidade para a configuração dos complexos regimes econômico-financeiros das concessões – colocando, inclusive, “sob suspeita” inovações do direito positivo brasileiro, que dispõem de modo diverso da tradicional teoria do equilíbrio econômico-financeiro (como certas modalidades de revisões tarifárias ordinárias e a deferência ao contrato para a alocação de riscos). Voltaremos logo mais a esse ponto.

Menos mal que recentemente têm se levantado vozes dissonantes, ainda que minoritárias, na doutrina acerca do alcance desse dispositivo. Leticia de Alencar, depois de repassar a opinião dominante, assevera:

“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.”⁸¹

De modo semelhante, leciona 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’.”^{82,83}

⁸¹ E segue, nas páginas sucessivas, detalhando e justificando sua opinião, cf. DE ALENCAR, Letícia Lins, **Equilíbrio na Concessão**, Belo Horizonte: Forum, 2019., p. 69 e segs.

⁸² RIBEIRO, **Concessões e PPPs - Melhores Práticas em Licitações e Contratos**. item III.5.2.1., disponível em <<http://www.portugalrbr.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/>>. Acesso em 06.05.2020.

E adiante: “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.

⁸³ Maria Sylvia Zanella Di Pietro tem um entendimento nuanceado: “A Constituição de 1988, embora contenha dispositivo análogo,

Afinal, quais são o alcance e o sentido dessa tira, supondo-se que possa ela ser pinçada de seu contexto e tornada um comando autônomo?

O que a gênese da norma informa?

Para começar a responder a essas perguntas, é bom ter presente, também aqui, o contexto de criação do texto da norma. E, quanto a isso, note-se que a Constituição de 1967 não possuía dispositivo semelhante. Essa circunstância, na visão da época, ensejava uma série de inconvenientes, como a ausência de um dever geral de licitar, a falta de transparência do processo de contratação pública e a ausência de segurança para os contratados do poder público, quanto ao recebimento do que lhes era devido pela Administração, em respeito aos termos e condições do edital e da proposta feita em base a ele (edital). Foram, inclusive, esses fatores que justificaram a edição, já no final do período da Constituição anterior, do Decreto-Lei 2.300/1986⁸⁴ que procurou endereçar, explícita e diretamente, várias dessas preocupações.

concernente à concessão, não repete a norma sobre tarifa, remetendo à lei ordinária a incumbência de dispor sobre política tarifária (art. 175, parágrafo único, III). Apenas estabelece, de maneira muito vaga, que os contratos de obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, ‘mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei’ (art. 37, XXI). Essa norma costuma ser interpretada como fazendo referência ao equilíbrio econômico-financeiro; porém, é uma garantia de âmbito restrito, pois não abrange todas as modalidades de contratos da Administração.” DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, **Parcerias na Administração Pública**, 10a. ed. São Paulo: Atlas, 2015. Veja-se também Gustavo Binenbojm e Paulo Modesto, citados adiante.

⁸⁴ Veja-se, a título de exemplo, a **Mensagem 139**, de encaminhamento do Decreto-Lei 2.300/1986 ao Congresso, in p. 476 segs. Diário do Congresso Nacional de 2.09.1987. Não por acaso, o diploma trazia dispositivo fundamental que, de certa forma, antecipa parte do art. 37, XXI da Constituição: “Art 44. Os contratos administrativos de que trata este Decreto-lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, disposições de direito privado. § 1º Os contratos devem estabelecer com clareza e precisão as condições para sua execução, expressas em cláusulas que definam

Com efeito, estando o tema na ordem do dia, passou ele para o cenário constituinte. A necessidade de determinar, na Constituição, padrões e diretrizes mínimos de conduta ética e linear da Administração contratante foi manifestada por diversas vezes como justificativas para o futuro inc. XXI do art. 37:

“A moralização do processo de fornecimento e prestação de serviços à administração pública, constitui-se em grande anseio nacional, bem como em um fator de economia para o erário. Esta proposta visa a evitar os métodos antidemocráticos e clientelistas que a atual legislação enseja sobejamente⁸⁵.”

No que aqui interessa, o centro das preocupações dos Constituintes estava em assegurar o adimplemento regular da Administração pública, em seus pagamentos. Aliás, é justamente esse contexto que explica a referência ao “pagamento” por parte da Administração, o qual está estreitamente ligado (sintática e finalisticamente) à expressão “mantidas as condições efetivas da proposta” (ligação essa que muitas vezes passa quase despercebida).

Extraí-se desse perfunctório exame histórico que tudo o que se pretendia com o dispositivo era exigir que o processo de licitação pública – e o contrato dele derivado – contivesse cláusulas que estabelecessem obrigações de pagamento a cargo da

Administração Pública em consonância com os termos da proposta formulada pelo contratado a partir do edital e aceita pelo poder público. O objetivo buscado pelos Constituintes nada tem que ver com a preservação de um equilíbrio econômico-financeiro de concessões de serviço público (construído a partir da tarifa paga pelos usuários e não, de regra, pela Administração), em face de certas e determinadas áleas extraordinárias. Ao desenvolver os princípios de seu *caput*, tinha-se em mente fazer o inc. XXI do art. 37 lançar providência moralizadora em contratos nos quais a Administração fosse *devedora* (contratos de colaboração) e, nessa condição, tirasse partido contra o contratado (suspendendo ou atrasando pagamentos, parcelando pagamentos onde não havia previsão de parcelamento, pagando atrasado sem atualização monetária em meio a uma “inflação galopante”, pagando atrasado sem juros de mora, e assim por diante). Pretendeu-se então assegurar que a Administração contratante pague conforme o prometido e originariamente devido, isto é, nos termos efetivos da proposta. Em resumo: que a Administração contratante respeitasse o *pacta sunt servanda* nos seus estritos termos, o que nos casos de contratos de colaboração tende a se confundir especificamente com pagamento do preço posto originariamente na proposta do contratado.

Mas não é apenas o elemento genético que leva a esse resultado.

os direitos, obrigações e responsabilidades das partes, em conformidade com os termos da licitação e da proposta a que se vinculam”. (grifou-se).

⁸⁵ O trecho que interessa “mantidas as condições efetivas da proposta” tem a ver sobremaneira com uma sucessão de propostas vindas do constituinte Luís Roberto Andrade Ponte. Por duas vezes (Fase B, Emenda 00324 e Fase G, Emenda 00794) ele intentou colocar no texto as exigências de “fornecimento, pelo órgão licitante, dos elementos indispensáveis à perfeita determinação dos

preços pelos proponentes” e da garantia de “condições contratuais que assegurem o pagamento das parcelas do preço ou das faturas de obras ou serviços nos prazos ajustados e em valores atualizados”. Posteriormente, nas Fases O, S e W, novas propostas foram feitas pelo Deputado Ponte e também pelo Deputado Luís Eduardo Magalhães, as quais restaram parcialmente aprovadas, do que resultou a norma atual. Para todos os detalhes, cf. nota de rodapé 78, *supra*.

É bastante claro o art. 37, XXI, quanto à sua *fat-tispecie*. Refere-se ele a contratos de “obra, serviços, compras e alienações” (contratos de colaboração, onde a Administração contratante é devedora do contratado). Não tem em vista, o inc. XXI, contratos de concessão ou, mais genericamente, de delegação de atividades reservadas. E o apartamento entre os chamados “contratos comuns”, “típicos” ou “comutativos simples” – de regra bilaterais –, de um lado, e, de outro lado, os “negócios de delegação” – de regra trilaterais⁸⁶ – é tanto conceitual quanto normativo e, também, “topológico”.

Sob este último aspecto, nunca é demasiado lembrar que os contratos de delegação estão disciplinados expressamente em outro ponto da Constituição, o já examinado art. 175, cujo parágrafo único exige que uma (outra) lei específica trate do seu “caráter especial” (em face, justamente, dos demais contratos administrativos), dos “direitos dos usuários” e do elemento que entra no lugar dos “pagamentos da Administração”, ou seja, a “tarifa”, no quadro de uma sua “política”. Não é um caso que a Lei 8.666/1993⁸⁷ regulamente o inc. XXI do art. 37 e a Lei 8.987/1995 regule o art. 175, e sim que cada uma dessas leis regulamenta diferentes tipos de contratos admi-

nistrativos, e, nisso, de modo bastante diferenciado em cada caso, dadas já as diferentes espécies de competência legislativa que incidem em cada reserva de lei.

Assim, a lei reclamada pelo inciso XXI do art. 37 é uma lei (apenas) de normas gerais da União (onde portanto deve obrigatoriamente ficar reservada uma competência legislativa suplementar tanto à própria União, para edição de normas somente federais nesse caso, quanto a Estados, DF e Municípios); ao passo que a lei reclamada pelo art. 175 não possui limites de conteúdo ou extensão, aqui a União goza de competência legislativa plena, podendo esgotar o trato das matérias ali elencadas (não restando aqui qualquer competência legislativa suplementar em favor dos Estados, DF e Municípios)⁸⁸.

É dizer, o regramento dos contratos de colaboração é composto de dois patamares ou escalões de leis (a lei de normas gerais da União e as leis de normas suplementares, a cargo de cada entidade federativa), e o regramento dos contratos de concessão e permissão de serviços públicos é composto de apenas um patamar ou escalão legal (a lei de caráter nacional publicada pela União).

Uma distinta sistemática de competências legislativas para uma e outra hipóteses só faz sentido

⁸⁶ Adota-se aqui a perspectiva de JUSTEN FILHO, *Teoria Geral das Concessões de Serviço Público*, cit., p. 61.

⁸⁷ E refira-se diretamente a “a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações” (art. 1º), deixando apenas uma disposição, residual, para a outra classe, no art. 124.

⁸⁸ É também essa competência legislativa plena da União que dá validade ao art. 124 da Lei 8.666/1993, que abre a aplicação

complementar dessa lei no âmbito das lacunas da Lei 8.987/1995 (i.e., sempre que não houver regramento conflitante nesta última). Por outro lado, como o tema do equilíbrio econômico-financeiro está plenamente regrado no art. 9º da Lei 8.987/1995, não há in casu qualquer espaço para (com base nesse art. 124) uma aplicação complementar do art. 65 da Lei 8.666/1993.

quando as próprias matérias a serem reguladas em cada lei (e as suas peculiaridades) são igualmente distintas. Há boas razões, então, para se afirmar que, no tocante aos contratos de colaboração, o Constituinte quis permitir que as peculiaridades regionais e locais quanto à contratação de obras, serviços, compras e alienações pudessem justificar uma legislação estadual ou municipal de caráter suplementar às normas gerais da União. Todavia, o mesmo não se justifica em relação às concessões e permissões, que devem ter um regramento nacional único e padrão.

Sob o ponto-de-vista lógico ou conceitual, é ainda menos concebível equiparar-se os dois grandes grupos de contrato, e nossa doutrina é muito ciosa

neste aspecto⁸⁹. Especialmente no que tange à configuração do regime econômico-financeiro, as duas classes são muito distintas e apenas aquela dos contratos comuns é estrutural ou causalmente⁹⁰ ligada a “pagamentos” a cargo da Administração Pública (“pagamento” que é a premissa operacional do inc. XXI do art. 37). Não deixa de surpreender, pois, que muitos autores, ao mesmo tempo em que enfatizam grandemente a necessidade de distinguir os dois tipos de contratos administrativos e respectivos arranjos econômicos, façam uso do art. 37, XXI para os contratos de delegação justamente no ponto em que estes mais se apartam dos contratos típicos (o regime econômico-financeiro e a construção da equação econômico-financeira⁹¹).

⁸⁹ “Nesse ponto, é importante apartar o instituto da concessão de outros instrumentos também servientes a envolver os particulares na execução de tarefas públicas. A concessão se distingue, nesse ponto, tanto dos contratos administrativos típicos (contratos comutativos, de permuta ou, como os designa Fernando Dias Menezes de Almeida, módulos contratuais instrumentais), em que os interesses a mover as partes são distintos e contrapostos, como dos contratos de cooperação (que Fernando Dias Menezes de Almeida denomina “módulos contratuais de cooperação”), pois nestes os interesses são comuns, equivalentes e convergentes. Nos contratos de cooperação o elemento essencial é “a identidade de fins a que visam os parceiros, de modo a não se identificar situação de prestações contrapostas”. MARQUES NETO, Floriano de Azevedo, *Concessões*, Belo Horizonte: Forum, 2015., p. 164.

“Os contratos administrativos de colaboração têm por objeto a execução pelo particular de uma prestação em favor da Administração Pública, consistente em um dar ou um fazer algo economicamente avaliável, mediante o recebimento de um pagamento em dinheiro. No contrato de colaboração, cada parte executa uma prestação com objeto determinado, que se integra no patrimônio da outra. Os contratos de colaboração estão disciplinados essencialmente pela Lei no 8.666/1993. A categoria compreende compras, serviços (inclusive de engenharia), obras e alienações. Os contratos de delegação têm por objeto atribuir a um particular o desempenho de uma atividade de natureza pública (inclusive a exploração de bens públicos) em face de terceiros, mediante remuneração vinculada à atividade desenvolvida. No contrato de delegação, o particular adota as soluções típicas da iniciativa privada para organizar uma atividade pública, assumindo uma parcela relevante de risco quanto à implantação do empreendimento e à obtenção de remuneração. Os contratos de delegação são, basicamente, a concessão de serviço público e de bem público. As normas genéricas sobre esse tipo contratual constam na Lei no 8.987/1995, mas há uma pluralidade de leis estabelecendo regras para setores específicos.” JUSTEN FILHO, Marçal, Considerações sobre a Equação

Econômico-Financeira das Concessões de Serviço Público: A Questão da TIR, 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. 508 (grifou-se).

Também, e de modo ainda mais sofisticado, DE ALMEIDA, Fernando Dias Menezes, *Contrato Administrativo*, São Paulo: Quartier Latin, 2012., p. 265 e segs. (Capítulo 5).

⁹⁰ Alude-se, aqui, à figura da *causa* do negócio, tal como a entende a doutrina italiana.

⁹¹ Com efeito, a engenharia econômico-financeira da concessão é muitíssimo mais complexa e não assimilável, qualitativamente, à equação dos contratos comuns, fundada, essencialmente, em prestações de pecúnia a cargo da Administração. Nas delegações, a equação é mais de posições jurídicas do que de “entradas” e “saídas”, recíprocas entre o poder público e o particular. Nessas posições alinham-se e se combinam inúmeros elementos tais como prazo, níveis tarifários, matrizes de risco, indicadores e metas de serviço, projeções de demanda etc. Sobre isso, veja-se MARQUES NETO, Floriano de Azevedo, Breves Considerações sobre o Equilíbrio Econômico-Financeiro nas Concessões, *Revista de Direito Administrativo*, v. 227, 2002; de modo completo, 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. 93 e segs. Uma boa ideia do que seria a equação econômico-financeira de uma concessão dá-nos Maurício Portugal: “A matriz de riscos, ao estipular as responsabilidades de cada uma das partes do contrato, fixa o conjunto encargos e benefícios de cada parte e, assim, em conjunto com os indicadores

Ao mesmo resultado pode-se chegar a partir do exame do *modus operandi* da proposta, pressuposto no inc. XXI do art. 37. Tal como decorre do dispositivo, a proposta do licitante ou concessionário envolve a prestação de algo para a Administração contratante (um dar ou fazer uma coisa, um serviço, uma obra) e o recebimento, em troca deste algo, de certo montante pecuniário (pagamento) do poder público (*do ut des*). No caso de concessões, porém, as hipóteses não são essas e a comutatividade – se existe – não é linear: (i.) no mais das vezes, ocorre justamente o oposto do que supõe o art. 37, XXI, ou seja, é o licitante ou concessionário que realiza o pagamento à Administração pela outorga do título (a chamada “concessão onerosa”); (ii.) em outras hipóteses, a vantagem oferecida pelo licitante ou concessionário sequer é a contrapartida direta pela concessão, mas por ações de companhias - inclusive ações de propriedade de poder público diferente daquele titular do serviço, como no caso de privatização de companhia estadual de distribuição de energia elétrica, cf. art. 30 da Lei 9.074/1995 -, ou por contratos meramente associados à concessão – como ocorre nos leilões de Contratos de Compra e Venda de Energia no Ambiente Regulado –

CCEAR, no setor elétrico, cf. Lei 10.848/2004 -, aos quais se juntam, como elementos essenciais do negócio complexo, oportunidades de atuação competitiva em ambientes não regulados (em que sequer há “tarifa” controlada pelo poder concedente, como no caso de atuação residual no Ambiente de Contratação Livre – ACL, também no setor elétrico). Por fim, em certos casos sequer proposta, propriamente, há (como ocorre com inúmeras concessões do setor elétrico que, vindas de períodos anteriores a 1995 ou mesmo depois, foram simplesmente prorrogadas ou “regularizadas”). Enfim, fazer depender o equilíbrio econômico-financeiro de concessões, da proposta, pode levar a resultados insatisfatórios ou mesmo não operativos.

Em síntese, seja porque a engenharia econômico-financeira das concessões é diferente daquela dos contratos comutativos simples, seja porque a proposta é também qualitativamente diferente, falta base jurídica para aplicar o art. 37, XXI aos contratos de delegação, o que, de resto, a interpretação literal já deixava concluir.

Mas há mais.

O conteúdo do art. 37, XXI – *pacta sunt servanda*: “manter a proposta” não é o mesmo que “manter a equação original que resulta da proposta”

Para os propósitos desta seção, é possível desconsiderar tudo quanto acima dito: admita-se, para fins de argumentação, que as concessões estão incluídas no art. 37, XXI; que seu arranjo eco-

nômico-financeiro é assimilável a um contrato comutativo simples; que elas envolvem pagamentos pela Administração (ou que a menção a “pagamento” seja irrelevante) e que a proposta por uma concessão de serviços públicos é suficientemente

de serviços e o sistema de pagamentos constituem o que a doutrina jurídica costuma chamar de “equação econômico-financeira” do contrato. (...)”.

simples e determinável para os propósitos do art. 37, XXI. Ou seja: nas contratações de concessão de serviço público, o poder concedente é obrigado a manter as condições efetivas da proposta.

O que resulta daqui? Veicularia o art. 37, XXI um comando irrestrito, segundo o qual o contratado tem direito à equação econômico-financeira que sua proposta eventualmente manifesta, sob qualquer hipótese e circunstância? A manutenção dessa equação haveria de ocorrer em face de qualquer evento superveniente ou apenas em face da álea administrativa, ou do fato do Princípio, ou da álea econômica extraordinária? Aliás, o art. 37, XXI supõe a existência dessas categorias e indica o que entende por elas? Estaria o dispositivo formulando uma completa teoria da álea, com repartição pronta e acabada de riscos e segundo a qual a superveniência de qualquer circunstância extraordinária importaria no dever de reposição *integral* dos termos originários da equação econômico-financeira? O respeito às condições da proposta vedaria que distintas concessões tivessem distintas repartições de álea (como ocorre com as Leis 8.987/1995 e 11.079/2004)? Ou proibiria que o edital previsse – e a proposta aceitasse – o desfazimento periódico da equação econômico-financeira original, para atender, p.ex. a mudadas condições de mercado? De modo ainda mais radical, cancelaria e consagraria a norma a manutenção de qualquer equação originalmente resultante da proposta, mesmo se abusiva?

Entendemos que a resposta é **não** para todas essas perguntas.

Como dissemos antes, a obrigação de manter os termos da proposta nada diz sobre o que ela deverá conter, como deverá ser construída, em quais

premissas deve se assentar e, sobretudo, **se e em** face do que deverá ser mantida a equação original que deriva dessa proposta. Repita-se: “manter a proposta” não significa, necessariamente, “manter ao longo de todo o tempo do contrato a equação econômico-financeira original que decorre da proposta”. A proposta pode, simplesmente, não contemplar essa manutenção, ou contemplá-la em base a distintas configurações de riscos.

O equívoco de muitas interpretações correntes do art. 37, XXI está em fazer passar por termos equivalentes a “manutenção das condições efetivas da proposta” e a “manutenção da equação econômico-financeira (original) que resulta das efetivas condições da proposta”. Entendemos que é plenamente possível, à luz do art. 37, XXI, que a proposta seja construída em base a determinado “processo licitatório” que preveja, exatamente, o oposto da perenização da equação original, a bem de valores como adequada ou justa remuneração, atualização da tarifa a condições de mercado, mudanças do ambiente de investimento etc. E, de consequência, a proposta contemplará refazimentos periódicos do equilíbrio econômico-financeiro (v.g. Lei 8.987/1995). Também nos parece plenamente possível que o edital preveja uma determinada repartição das áleas, o que significará que a proposta contemplará certos riscos e não outros (v.g. Lei 11.079/2004). Nesses casos, a equação econômico-financeira original poderá variar (ou não ser recomposta), mas, em qualquer circunstância, restarão respeitadas as condições efetivas da proposta. Repita-se: ao exigir respeito às condições efetivas da proposta, o art. 37, XXI nada diz sobre como ela será feita

e a quais vicissitudes e riscos estará submetido o arranjo econômico-financeiro do contrato⁹².

Com efeito, o art. 37, XXI não determina que o edital – e a legislação infraconstitucional que disciplina a sua feitura – deva adotar este ou aquele equilíbrio econômico-financeiro (“original”, “sucessivo”, “formal”, “material” etc), ou esta ou aquela repartição de riscos (“álea administrativa”, “fato do Príncipe”, “álea econômica” etc). Ele apenas comanda respeito ao que efetivamente tiver sido combinado entre poder público contratante e contratado, sem determinar qual deva ser essa combinação. O “processo licitatório” de que fala pode confrontar os licitantes com arranjos econômico-financeiros os mais diversos e

o art. 37, XXI não pretende inviabilizar experimentos que se distanciam dos cânones e “artigos de fé” da teoria tradicional do equilíbrio econômico-financeiro.

Em especial, o art. 37, XXI não veda ou torna inconstitucionais mecanismos como a *revisão tarifária periódica* (em que a suposta equação econômico-financeira é periodicamente “destruída” e depois “reconstruída” em base a novos parâmetros⁹³), ou disposições contratuais “heterodoxas” quanto à alocação de riscos realizadas à vista do permissivo do art. 5º, III da Lei 11.079/2004⁹⁴.

⁹² Embora entenda que o art. 37, XXI consagra o Princípio da Tutela do Equilíbrio Econômico-Financeiro, na forma de proteção da equação originalmente estabelecida pela aceitação da proposta, Tatiana Natal reconhece que o dispositivo não pode garantir uma proteção irrestrita dessa equação, em face de qualquer evento superveniente. E reconhece, de consequência, que a teoria da álea hoje em voga entre nós não é derivada da Constituição, mas de uma reflexão sobre o direito francês e a legislação infraconstitucional. Veja-se, NATAL, *A Divisão de Riscos e o Equilíbrio Econômico e Financeiro dos Contratos de Concessão de Serviço Público no Estado Regulador*, cit., p. 225.

⁹³ Em estudos anteriores já tínhamos chamado a atenção para a dificuldade de aceitação da revisão tarifária extraordinária entre nós, justamente porque ela (i.) destrói, periodicamente, a (suposta) equação econômico-financeira do contrato e (ii.) faz com que os usuários se apropriem de incrementos de receita provenientes de ganhos de receita do concessionário, algo que é, em princípio, reconduzível sem problemas à álea ordinária. KAERCHER LOUREIRO, Gustavo, Considerações Jurídicas sobre os Aspectos Econômicos dos Contratos de Concessão de Distribuição de Energia Elétrica, *Revista Jurídica*, v. 276, 2000. Mais recentemente, 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. Esse ponto foi também apanhado por Tatiana Natal, cit., p. 230.

⁹⁴ Esse tema foi enfrentado por ocasião da discussão do art. 5º, III da Lei 11.079/2004: “o compartilhamento de riscos entre os parceiros público e privado, contemplado no art. 4º, VI e no art. 5º, III, da Lei nº 11.079/2004, importaria violação ao princípio da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos, especialmente do art. 37, XXI, que assegura a manutenção das ‘condições efetivas da proposta’? A resposta me parece ser um rotundo não. Estando prevista a repartição objetiva

dos riscos na lei de regência e vindo tal repartição a ser claramente explicitada no edital, não há que se falar em quebra de equilíbrio econômico-financeiro, muito menos em desvirtuamento das condições efetivas da proposta. Como bem esclarece Marcos Barbosa Pinto, ‘quando o próprio contrato (rectius: o edital da licitação) prevê *ex ante* que certos riscos serão arcados pelo parceiro privado, os licitantes têm a oportunidade de precificar esses riscos em sua proposta. Portanto, ainda quando o administrador público erre a mão e transfira mais riscos do que seria recomendável na PPP, o particular não sofre prejuízo, pois o risco ineficientemente transferido já foi levado em conta na formulação da proposta.’ BINENBOJM, Gustavo, As Parcerias Público-Privadas (PPPS) e a Constituição, *Revista de Direito Administrativo*, v. 241, 2005., p. 167.

Em sentido semelhante (e falando do art. 5º, III da Lei 11.079/2004), leciona Paulo Modesto: “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.” MODESTO, Paulo, Reforma do Estado, Formas de Prestação de Serviços ao Público e Parcerias Público-Privadas, *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, v. 2, 2005. Como se vê, para ambos os autores, o art. 37, XXI não possui ou predetermina qualquer repartição de álea entre o concedente e o concessionário.

Enfim, o inc. XXI do art. 37 não está preocupado com o equilíbrio econômico-financeiro do contrato⁹⁵ e veicula uma proteção formal, bem ao gosto da tradicionalíssima teoria geral dos contratos: 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. Como se disse, o art. 37, XXI se presta mal a carregar o fardo que lhe é colocado nas costas pela teoria do equilíbrio econômico-financeiro⁹⁶.

Se não está no art. 175 nem no art. 37, XXI da Constituição, seria possível resgatá-lo por outras vias?

⁹⁵ Aliás, levado ao extremo, o dispositivo, na verdade, poderia vedar certas soluções tradicionalmente aceitas pela teoria do equilíbrio econômico-financeiro. Uma leitura pura e seca do dispositivo que determina a obrigação de serem mantidas as condições efetivas da proposta poderia levar a considerar como risco do contratado qualquer álea que não seja diretamente ligada a ato do poder público contratante – o que excluiria a álea econômica extraordinária e mesmo certas manifestações que hoje são tidas por fatos do Príncipe. O ponto foi bem colhido por Letícia de Alencar: “a garantia do equilíbrio econômico-financeiro não se confunde com a efetivação do *pacta sunt servanda*. Por meio deste, impõe-se que a relação jurídica, da forma como pactuada entre as partes, seja executada em seus termos originais, já que propugna que o contrato é lei entre as partes. Não se preocupa, o *pacta sunt servanda*, em assegurar que a justiça contratual seja efetivada, mas sim que as partes não se eximam de cumprir aquilo que fora pactuado. A garantia do equilíbrio econômico-financeiro, por seu turno, constitui mecanismo de efetivação da justiça contratual, a qual, em muitos casos, será incompatível com os termos originais do contrato. Isso porque, por meio dela, em determinadas circunstâncias, autoriza-se a intervenção no ajuste – inclusive mediante recurso à via judicial – com o objetivo de evitar que a execução do contrato, em seus termos originais, possa conduzir à ruína do empreendimento. A situação é evidenciada, exemplificativamente, nos casos em que é materializado, durante a execução do contrato, evento imprevisto que provoque impacto significativo na execução do contrato da perspectiva de alguma das partes. Nestes casos, pelo princípio do *pacta sunt servanda*, a parte afetada pelo evento estaria obrigada a cumprir, fielmente, o pactuado e,

portanto, não poderia pretender uma revisão contratual para modificar seus encargos.” DE ALENCAR, **Equilíbrio na Concessão**, cit., p. 70.

⁹⁶ Sintomático dessa escassez de conteúdo do art. 37, XXI é o RE 571.969-DF que se debruçou sobre pleito indenizatório de companhia aérea dirigido contra a União, em razão de prejuízos que teve a empresa com planos de estabilização econômica do final da década de 80 do século passado e que teriam afetado seu equilíbrio econômico-financeiro. Nesse julgamento, o STF pouco diz acerca do art. 37, XXI e este pouco é insatisfatório. Sinteticamente, o Tribunal equipara o inciso XXI do art. 37 ao inciso II do art. 160 da Constituição de 1967 sem qualquer argumento ou justificativa, e tece genéricas considerações sobre o equilíbrio econômico-financeiro da concessão e sobre a manutenção das condições efetivas da proposta – condições essas que, diga-se de passagem, parecem ser de impossível determinação no caso concreto, a uma porque não tinha havido licitação e a duas porque a dinâmica da indústria de transporte aéreo, em que as linhas e rotas são alteradas continuamente - sem possibilidade de previsão no momento inicial da concessão - não enseja que se colha de modo útil uma singela “equação” entre “entradas e saídas” do concessionário quando de uma eventual proposta em licitação. Daí não ser surpreendente que a maior parte das considerações usadas para manter a indenização tenha girado em torno da responsabilidade objetiva do Estado, inclusive por ato legislativo. Com efeito, o art. 37, § 6º da Constituição é invocado como sustentáculo do pleito e o ocupa grande espaço nas reflexões de mérito dos ministros.

Princípio constitucional (ao menos) implícito ou instituto de fundamento legal e contratual?

Como dissemos no início deste artigo, nosso objetivo não é o de substituir uma certeza dogmática por outra, de sinal oposto. O que afirmamos aqui é que:

(i.) os dispositivos constitucionais usualmente invocados não podem ser usados para fundar o princípio de proteção ao equilíbrio econômico-financeiro, sobretudo quando se pretende veicular por meio deles uma inteira concepção do instituto jurídico, na qual se encontram a configuração “matemática” da equação contratual; uma esquemática repartição de riscos, com as categorias conhecidas; a obrigação inapelável de o poder público arcar com as consequências de qualquer álea extraordinária – que são muito diferentes entre si – e um elenco de remédios, dentre os quais rescai a oneração do usuários (os sujeitos que, afinal, “pagam” a concessão).

(ii.) diante dos resultados a que se chega pelo exame dos arts. 175 e 37, XXI, há uma forte “espécie de presunção *iuris tantum*” de que não há, com efeito, uma norma constitucional acerca do tema.

Entendemos também que isso não significa que, no plano da legislação ordinária e da própria contratação, não seja possível introduzir elementos protetivos do concessionário (e eles, *de lege lata*, existem).

Questão mais complexa é saber se, nada obstante a hermenêutica pontual dos dois textos constitucionais referidos, se poderia “fazer entrar pela janela” o que se “retirou pela porta”, ou seja, se seria juridicamente possível postular uma norma implícita – sem texto expresso – com teor idêntico ou semelhante àquele que se procurou encontrar, sobretudo, no art. 37, XXI.

Com efeito, parte da doutrina e mesmo a jurisprudência vão além do art. 37, XXI – normalmente para complementá-lo, como que a pressentir que carece ele de densidade suficiente para carregar tamanho peso normativo. Assim é que se encontram apelos a outros princípios ou postulados constitucionais, como a isonomia⁹⁷, a segurança jurídica e a proteção da confiança⁹⁸, a propriedade privada⁹⁹ etc, ou noções mais amplas,

⁹⁷ Marçal Justen Filho 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, *Curso de Direito Administrativo*, cit., p. 603.

⁹⁸ Confira-se o voto do Ministro Celso de Mello, que afirma sua vigência implícita, em segundo grau, a partir do Estado democrático de Direito (art. 1º, caput, CF 1988): “A preservação do equilíbrio econômico-financeiro traduz, no contexto dos contratos de concessão de serviços públicos, a expressão mesma de um valor essencial ao próprio Estado Democrático de Direito, que se concretiza no respeito ao postulado da segurança jurídica e ao princípio da proteção da confiança...” (voto no RE 571.969, “REF Varig”, p. 121 do inteiro teor).

⁹⁹ A ideia de vedação de “confisco” era bastante utilizada por nossos autores mais antigos, como, por exemplo, Francisco Campos, para quem as vantagens patrimoniais decorrentes da concessão eram uma *property* do concessionário e, como tal, tutelada constitucionalmente. Ver CAMPOS, Francisco, *Direito Administrativo*,

como a equidade, a boa-fé¹⁰⁰, a vedação ao enriquecimento sem causa e ao abuso de direito e mesmo a traços inerentes à concessão¹⁰¹, dentre outros¹⁰². Não faltam também apelos ao *interesse público* – neste último caso, numa discutível conflagração desta dimensão de valor coletivo com o interesse patrimonial do particular delegado.

O que dizer dessas tentativas? Já a arregimentação de elementos os mais diversos suscitaria ceticismo quanto à empreitada de justificar constitucionalmente a proteção do equilíbrio econômico-financeiro das concessões. Mas, não sendo propósito deste estudo fechar questão quanto a isto, convém apenas apontar algumas condições ou requisitos argumentativos que parecem necessários para que tentativas deste tipo ultrapassem a dimensão retórica e alcancem consistência argumentativa¹⁰³.

Em primeiro lugar, quem milita pela vigência implícita do equilíbrio econômico-financeiro na Constituição de 1988, por meio de um feixe de

princípios gerais, deve contrastar as barreiras genéticas que se apresentam e depois demonstrar por que, apesar de todas elas, ainda assim se deve admitir tal vigência implícita, derivada de princípios gerais da Constituição, princípios esses que não guardam uma relação direta com o tema dos contratos administrativos ou das concessões de serviço público. Ou seja, o equilíbrio econômico-financeiro vige implicitamente “por ali” (i.e., o somatório de princípios) porque se recusou sua vigência explícita e seu status constitucional “aqui” (i.e., aqui onde os dispositivos constitucionais são efetivamente regradores das matérias contratos administrativos e de concessões de serviço público; ou: aqui nos dispositivos que efetivamente têm afinidade com a matéria em questão). O Legislador Constituinte não apenas recusou de modo expresso a inclusão da expressão “equilíbrio econômico-financeiro” no texto da Constituição de 1988; a rigor o que houve foi a desconstitucionalização dessa matéria, uma vez que ela

Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958; e **Direito Constitucional**, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1956.

¹⁰⁰ Com referências à equidade e boa-fé como elementos de fundo ou justificadores da positivação da tutela do equilíbrio econômico-financeiro (art. 37, XXI), veja-se Celso Antônio Bandeira de Mello, RDA 177, p. 122.

¹⁰¹ Tatiana Natal Tatiana Natal enfrenta o tema de modo singular, cf. NATAL, Tatiana, **A Divisão de Riscos e o Equilíbrio Econômico e Financeiro dos Contratos de Concessão de Serviço Público no Estado Regulador**, cit., p. 242.

Na Ação Direta de Constitucionalidade 09.2001, colhe-se: “A Constituição anterior estipulava no art. 167, quanto ao regime das empresas concessionárias de serviços públicos federais, estaduais e municipais: I – a 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-financeiro do contrato; e III – fiscalização permanente e revisão periódica das tarifas, ainda que estipuladas em contrato anterior. Pois bem, embora a redação não-explicita do inciso III do parágrafo único do art. 175 da Constituição atual, em confronto com o inciso II do art. 167 da Carta precedente, não cabe concluir que a obrigação de o Poder Público manter a justa remuneração do capital, haja sido eliminada do sistema em vigor. Ex-plicando o sentido da cláusula constitucional do art. 175, III, da

Lei Maior, escreve Eros Roberto Grau: ‘Vale dizer: à capacidade de exercício do serviço atribuída ao concessionário, adere um direito a remuneração por tal exercício, em condições de equilíbrio econômico-financeiro.’ (...)”

¹⁰² 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.

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.

¹⁰³ Os autores não fazem qualquer juízo de valor, especialmente de tom crítico, sobre as tentativas já feitas. Neste estudo não se pretende discutir o tema para além das generalidades lançadas no texto.

constava expressamente no art. 167, II da Constituição de 1967/69.

Em segundo lugar, desejando-se enveredar por esta seara de derivações e induções, seria o caso de indagar a razão pela qual, no lugar (ou ao lado) da proteção do equilíbrio econômico-financeiro não se deveria postular a vigência do princípio da “justa remuneração”, com suas potencialidades (acima). É digno de nota que todas as atenções estejam voltadas à primeira noção quando, em verdade, nossa tradição constitucional aponta para a segunda. O potencial desestabilizador da ideia de justa remuneração talvez auxilie a explicar essa falta.

Em terceiro lugar, parece-nos que qualquer discussão da matéria deveria incorporar e levar a sério a profunda diferença existente entre as duas técnicas fundamentais de realização de atividades reservadas, técnicas que se contrapõem e que o *caput* do art. 175 enuncia explicitamente: a execução direta e a execução delegada dessas tarefas. A diferença é profunda e reside, em grande medida, numa distinta imputação de riscos que, essa sim, manifesta-se na forma de um princípio: *na execução direta, o Estado assume os riscos; na execução delegada, o particular os suporta*. Do contrário, a própria distinção entre execução direta/indireta se esvairia, como já se esvaiu no passado - o que, aliás, levou à decadência da própria concessão, em favor dos movimentos de estatização. O Estado não é um sócio do concessionário; é o garantidor do serviço delegado. E entre uma

coisa e outra há uma grande diferença não apenas jurídica, mas prática. E um aspecto dessa diferença está no modo de tratar os riscos.

Caso se assuma e se leve a sério essa ideia como ponto de partida, o princípio acima enunciado poderia ser, sucessivamente, ponderado e excepcionado, de modo a comportar bem marcadas exceções, devidamente justificadas e dimensionadas. Nessa linha, não seria difícil ver que deveria ele ser comprimido quando o titular do serviço nele (serviço) interviesse, agravando a situação do concessionário - e a tanto ajudam noções como vedação do abuso de direito, enriquecimento sem causa dos usuários e do próprio poder concedente. Quanto mais intensa a presença e ingerência do *dominus negotii* no serviço, mais responsabilidade ele atrai para si - e já se observou argutamente que nem todas as concessões são iguais e que nem todas merecem o mesmo tratamento econômico-financeiro, justamente por isso¹⁰⁴.

Mais discutível, por outro lado, ficariam hipóteses em que o agravo não é do titular do serviço, mas de outra esfera pública (fato do Príncipe impróprio) e quando o impacto econômico na concessão advém do que se qualifica como álea econômica extracontratual e extraordinária. Que razão haveria eliminar a preponderância do princípio antes enunciado nestes casos? Se tal eliminação (*re-ctius*: mitigação) tiver por fundamento exigências de continuidade do serviço, é bastante plausível supor que uma eventual atenuação do risco do particular se justifique (somente) *na medida* necessária para atender ao interesse público no prosseguimento do serviço. Jamais para neutralizar-lhe o

¹⁰⁴ Dinorá Mussetti Grotti bem observou que, em regimes de prestação competitiva de serviço, em que a ingerência estatal é menor, a lógica tradicional de proteção do equilíbrio econômico-financeiro deve ser revista. GROTTI, Dinorá Adelaide Mussetti, Regime

Jurídico das Telecomunicações - Autorização, Permissão e Concessão, *Revista de Direito Administrativo*, v. 224, 2001., p. 188 e segs.

impacto do evento ou – menos ainda – para garantir-lhe a expectativa de remuneração original.

Em resumo ao exposto, entendemos que a doutrina que sustenta esse modo de argumentação deveria ao menos intentar tecer um discurso metódico pelo qual (i.) deverão ser enfrentados, de modo direto e frontal, os trabalhos constituintes (i.e., a genética da Constituição), a fim de se buscar fundamentos e explicar por que uma matéria que foi, por variadas vezes, excluída do texto constitucional e desconstitucionalizada poderia agora vigor com base em princípios gerais da Constituição; (ii.) demonstrar como, a partir de princípios (tão) gerais da Constituição, podem ser deduzidas regras tão específicas quanto ao conteúdo, extensão e funcionamento do instituto do equilíbrio econômico-financeiro - mais exatamente demonstrar como uma norma jurídica de “otimização” pode funcionar, na prática, como uma prescrição imperativa de uma exigência específica (i.e., “impor o dever de reequilíbrio”) contra a Administração contratante¹⁰⁵; e (iii.) realizar a efetiva transposição de cada um dos princípios gerais que se entende aplicáveis, e a partir desses conteúdos gerais, e por meio de ele-

mentos de caráter normativo que possuam caracteres genericamente dedutivos, chegar-se até o conteúdo de uma norma específica, que é o produto final desse procedimento sistemático, e que tutele o equilíbrio econômico-financeiro no âmbito de um caso concreto.

Essas anotações esparsas e incompletas sugerem que se veja como mais complexo, nuanceado e flexível o problema do regime econômico-financeiro das concessões, e permitem que surja, também no direito público, a riqueza de reflexões sobre o grande problema “*contrato & tempo*” que assistimos no direito privado¹⁰⁶. No lugar de uma teoria monolítica amarrada nos píncaros do ordenamento (Constituição), um direito dúctil, que convive – e interage – com outras normas constitucionais e manifesta deferência às instâncias normativas inferiores e aos contratos de concessão – inclusive com suas inelimináveis incompletudes¹⁰⁷.

Enfim, se a empreitada de buscar um (renovado) princípio do equilíbrio econômico-financeiro tiver sucesso, o que poderá emergir será algo com muito menos pretensão e muita necessidade de se enfrentar com outros valores da Constituição.

¹⁰⁵ Utilizamos aqui, incidentalmente, os termos de descrição das distinções entre regras e princípios, no âmbito de sua “natureza normogenética”, constante em CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 4ª ed., Coimbra: Almedina, s/d, p. 1125 e 1126.

¹⁰⁶ MARTINS-COSTA, Judith, *A Boa-Fé no Direito Privado – Critérios para a Sua Aplicação*, Saraiva: São Paulo, 2ª ed., 2018, p. 646 e segs.

¹⁰⁷ Eis aí um tema que requer atenção. Por todos, veja-se NÓBREGA, Marcos, *Contratos Incompletos e Infraestrutura: Contratos Administrativos, Concessões de Serviço Público e PPPs*, *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, v. 18, 2009. Especificamente com relação ao problema do equilíbrio econômico-financeiro e incompletude, NÓBREGA, Marcos, *Direito e Economia da Infraestrutura*, Belo Horizonte: Fórum, 2020., p. 124.

