

A Teoria da Imprevisão e sua Aplicabilidade Perante as Matrizes de Risco de Contratos Concessionais

Autor
Emílio Borges e Silva

Orientadora: Prof. Dr.^a Maria Virgínia Nabuco do Amaral Mesquita Nasser

Coletânea de Pós-Graduação

Especialização em Controle da Desestatização e da Regulação (CDR)

Volume 1



REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL
TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO

MINISTROS

Bruno Dantas (Presidente)

Vital do Rêgo Filho (Vice-Presidente)

Walton Alencar Rodrigues

Benjamin Zymler

Augusto Nardes

Aroldo Cedraz

Vital do Rêgo

Jorge Oliveira

Antonio Anastasia

MINISTROS-SUBSTITUTOS

Augusto Sherman Cavalcanti

Marcos Bemquerer Costa

Weder de Oliveira

MINISTÉRIO PÚBLICO JUNTO AO TCU

Cristina Machado da Costa e Silva (Procuradora-Geral)

Lucas Furtado (Subprocurador-Geral)

Paulo Soares Bugarin (Subprocurador-Geral)

Marinus Eduardo de Vries Marsico (Procurador)

Júlio Marcelo de Oliveira (Procurador)

Sérgio Ricardo Costa Caribé (Procurador)

Rodrigo Medeiros de Lima (Procurador)



DIRETORA-GERAL

Adriano Cesar Ferreira Amorim

**DIRETORA DE RELAÇÕES INSTITUCIONAIS,
PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISAS**

Flávia Lacerda Franco Melo Oliveira

**CHEFE DO DEPARTAMENTO
DE PÓS-GRADUAÇÃO E PESQUISAS**

Clémens Soares dos Santos

CONSELHO ACADÊMICO

Maria Camila Ávila Dourado

Tiago Alves de Gouveia Lins e Dutra

Marcelo da Silva Sousa

Rafael Silveira e Silva

Pedro Paulo de Moraes

COORDENADOR ACADÊMICO

Leonardo Lopes Garcia

COORDENADORES PEDAGÓGICOS

Flávio Sposto Pompêo

Georges Marcel de Azeredo Silva

Marta Eliane Silveira da Costa Bissacot

COORDENADORA EXECUTIVA

Maria das Graças da Silva Duarte de Abreu

PROJETO GRÁFICO E CAPA

Núcleo de Comunicação – NCOM/ISC

Título: A Teoria da Imprevisão e sua Aplicabilidade Perante as Matrizes de Risco de Contratos Concessionais

Autor: Emílio Borges e Silva

Monografia de conclusão de curso submetida ao Instituto Serzedello Corrêa do Tribunal de Contas da União como requisito parcial para a obtenção do grau de especialista Controle da Desestatização e da Regulação.

Orientadora:

Prof^a. Maria Virgínia Nabuco do Amaral Mesquita Nasser

Banca examinadora:

Maria Virgínia Nabuco do Amaral Mesquita Nasser

Leonardo Coelho Ribeiro

REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

E SILVA, Emílio Borges. **Título: A Teoria da Imprevisão e sua Aplicabilidade Perante as Matrizes de Risco de Contratos Concessionais.** 2023. Monografia (Especialização em Controle da Desestatização e da Regulação) – Instituto Serzedello Corrêa, Escola Superior do Tribunal de Contas da União, Brasília DF.

CESSÃO DE DIREITOS

NOME DO AUTOR: Emílio Borges e Silva

TÍTULO: A Teoria da Imprevisão e sua Aplicabilidade Perante as Matrizes de Risco de Contratos Concessionais

GRAU/ANO: Especialista/2023

É concedida ao Instituto Serzedello Corrêa (ISC) permissão para reproduzir cópias deste Trabalho de Conclusão de Curso somente para propósitos acadêmicos e científicos. Do mesmo modo, o ISC tem permissão para divulgar este documento em biblioteca virtual, em formato que permita o acesso via redes de comunicação e a reprodução de cópias, desde que protegida a integridade do conteúdo dessas cópias e proibido o acesso a partes isoladas desse conteúdo. O autor reserva outros direitos de publicação e nenhuma parte deste documento pode ser reproduzida sem a autorização por escrito do autor.

Emílio Borges e Silva
emiliobsilva@hotmail.com

FICHA CATALOGRÁFICA

L131a E SILVA, Emílio Borges.

Título: A Teoria da Imprevisão e sua Aplicabilidade Perante as Matrizes de Risco dos Contratos Concessionais/ Emílio Borges e Silva. – Brasília: ISC/TCU, 2023.
(Monografia de Especialização)

1. Teoria da Imprevisão. 2. Matriz de Riscos. 3. Contratos Concessionais.

CDU 02
CDD 020

Título: A Teoria da Imprevisão e sua Aplicabilidade Perante a Matriz de Riscos de Contratos Concessionais

Emílio Borges e Silva

Trabalho de conclusão do curso de pós-graduação *lato sensu* em Controle da Desestatização e da Regulação realizado pelo Instituto Serzedello Corrêa como requisito para a obtenção do título de especialista em Controle da Desestatização e da Regulação.

Brasília, 01 de março de 2023.

Banca Examinadora:

Prof^a Maria Virgínia Nabuco do Amaral Mesquita Nasser
Orientadora

Prof. Leonardo Coelho Ribeiro
Avaliador

Dedico esse trabalho aos meus pais, José e Eliana. Obrigado por tudo, vocês são minha grande inspiração. Dedico também a meus amigos e professores próximos.

Resumo

O presente estudo versa sobre a aplicabilidade da teoria da imprevisão perante os riscos contratualmente partilhados pelas partes nas matrizes de risco dos contratos concessionais. Aborda o problema a partir de uma visão sistêmica da mutabilidade nos contratos de concessão contemporâneos, com o reconhecimento da importância do estudo dos riscos. Disserta sobre a conceituação e distinção entre riscos e incertezas, detalhando a lógica que permeia a metodologia de alocação contratual. Aborda particularidades da noção de equilíbrio econômico-financeiro nos contratos de concessão, sua conexão com a matriz de riscos, enfatizando a margem de normatividade contratual que a legislação atribuiu aos contratantes. Trata dos fundamentos da teoria da imprevisão e propõe que sua aplicabilidade não está atrelada apenas às ocorrências absolutamente imprevisíveis, mas também àquelas que, ainda que dotadas de algum grau de previsibilidade e, portanto, já alocadas na matriz de riscos do contrato, apresentaram consequências e resultados que podem ser intoleráveis ou incalculáveis.

Palavras-chave: Teoria da Imprevisão; Matriz de Riscos; Contratos de Concessão.

Abstract

The presente study deals with the applicability of the theory of unpredictability to the risks contractually shared by the parties in the risk matrixs of concession agreements. It addresses the problem from a systemic view of mutability in contemporary concession contracts, recognizing the importance of studying risks. It discusses the conceptualization and distinction between risks and uncertainties, detailing the logic that permeates the contractual allocation methodology. It addresses particularities of the notion of economic-financial balance in concession agreements, its connection with the risk matrix, emphasizing the margin of contractual normativity that the legislation attributed to contracting parties. It deals with the foundations of the theory of unpredictability and proposes that its applicability is not only linked to absolutely unpredictable occurrences, but also to those that, although endowed with some degree of predictability and, therefore, already allocated in the contract's risk matrix, had consequences and results that may be intolerable or incalculable.

Keywords: Unpredictability Theory; Risk Matrix; Concession Agreements.

Lista de abreviaturas e siglas

ABNT	Associação Brasileira de Normas Técnicas
AGU	Advocacia Geral da União
CC	Código Civil
CGU	Controladoria Geral da União
ELETOBRAS	Elétricas Brasileiras S/A
MINFRA	Ministério da Infraestrutura
OMS	Organização Mundial de Saúde
PETROBRAS	Petróleo Brasileiro S/A
PND	Programa Nacional de Desestatização
PORTOBRAS	Empresa de Portos do Brasil S/A
PPP	Parceria Público-Privada
RE	Recurso Extraordinário
RESP	Recurso Especial
SIDERBRAS	Siderurgia Brasileira S/A
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TCU	Tribunal de Contas da União
TELEBRAS	Telecomunicações Brasileiras S/A

Sumário

1. Introdução	11
2. Problema e justificativa	14
3. Objetivos	19
3.1. Objetivo geral	19
3.2. Objetivos específicos	19
4. Metodologia	21
5. Os contratos de concessão contemporâneos e a mutabilidade	23
5.1 A alocação de riscos	26
5.1.1 A teoria das áleas e a evolução histórica para alocação de risco	26
5.1.2 A metodologia da alocação contratual de riscos	30
5.1.3 Consequências de uma deficiente alocação contratual de riscos	35
6. O equilíbrio econômico-financeiro e a matriz de riscos	38
7. A teoria da imprevisão	46
7.1 Origem, fundamentos, base normativa e jurisprudencial	46
7.2 A aplicação da teoria da imprevisão nos contratos de concessão	49
7.3 A possibilidade de incidência da teoria da imprevisão na matriz de riscos	56
8. Conclusão	66
9. Referências	69

1 Introdução

Os contratos de concessão, neste estudo compreendidos como as concessões comuns de serviços públicos e as parcerias público-privadas (concessão patrocinada e administrativa), têm por característica seu longo prazo de duração, necessário à amortização dos vultosos investimentos esperados do parceiro privado.

De maneira simplificada, tais ajustes representam a consubstanciação de uma modelagem econômico-financeira fundada em estudos prévios que, na elaboração de um plano de negócios referencial, estimam quais despesas seriam necessárias à correta execução de seu objeto como pretendido pela Administração, bem como quais as receitas que, potencialmente, lhes farão frente e garantirão uma margem de lucro razoável ao concessionário. Afinal, o particular precisa ter a oportunidade de se remunerar adequadamente pela atividade realizada durante tão longo prazo e com o risco envolvido.

Nesse sentir, setores vitais para o desenvolvimento econômico e social do país¹, como energia, petróleo, gás natural, portos, telecomunicações, saneamento e transportes (aeroportuário, ferroviário, aquaviário e rodoviário) têm sido ordinariamente objetos de delegação para a iniciativa privada por meio desses contratos.

Independentemente da conformação jurídica ou modelagem econômica adotada, a nota comum a todos estes pactos está na magnitude dos investimentos e dos prazos extensos que integram a sua essência. Sendo assim, estão naturalmente mais suscetíveis às mudanças econômicas, sociais, tecnológicas e políticas do que os contratos com menor prazo de duração.

Nesse panorama, as relações contratuais duradouras nascem estáveis, com os direitos e obrigações definidos e organizados. No entanto, a tendência é que, com o

¹ O impacto de uma adequada rede de infraestrutura na redução da pobreza e da desigualdade, bem como na maior geração de empregos, é abordado por C. Calderón e L. Servén, "Infrastructure in Latin America", *Policy Research Working Paper*, World Bank, 2010, disponível em: <http://documents.worldbank.org/curated/en/206841468263714529/infrastructure-in-Latin-America-Working-Paper> (acesso em 09.12.2022).

transcorrer do tempo, eventos aleatórios e incertezas afetem o estado jurídico inicialmente alinhado, ampliando a possibilidade de ocorrerem eventos não previstos na sua concepção e causadores de desordem no sistema contratual.

Sob esse enfoque, examinar a mutabilidade dos contratos de concessão diante da materialização de tais eventos, a luz do instituto da teoria da imprevisão, é o desafio que se impõe neste trabalho.

Para cumprir o objetivo, inicia-se a abordagem no Capítulo 5 pela fixação de premissas conceituais a partir da evolução histórica das características dos contratos de concessão, culminando em uma visão alinhada aos parâmetros contemporâneos do direito administrativo e às práticas desses contratos, a qual compreende a regulação contratual como mecanismo de operacionalização das mudanças que possam vir a ocorrer.

Nesse quadrante, optou-se por detalhar a matriz de riscos contratual por ser o elemento que se conecta diretamente com a mutabilidade. O capítulo aborda a evolução histórica da teoria das áleas, sua superação pela atual tutela lastreada na matriz de riscos, além de avançar na distinção entre riscos e incertezas, critérios de alocação e reflexões sobre as consequências de uma inadequada alocação de riscos.

O Capítulo 6 se ocupa de examinar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão, seus aspectos conceituais e conexão com a matriz de riscos. Enfoca-se a evolução na regulação dos contratos de concessão pela noção de um equilíbrio econômico-financeiro essencialmente dinâmico conectado com a matriz de riscos, a conferir mais clareza e nitidez das situações geradoras de desequilíbrios e, ao mesmo tempo, legitimadoras de pleitos de reequilíbrio, o que permitirá avançar em algumas conclusões a partir da problemática do presente estudo.

O Capítulo 7 disserta sobre a teoria da imprevisão como uma das causas tradicionais da mutabilidade na forma conhecida pela doutrina do direito administrativo. Destaca-se sua origem histórica, fundamentos, requisitos de aplicação, base normativa e jurisprudencial. São apresentadas ponderações acerca de sua aplicabilidade no contexto das particularidades ínsitas aos contratos de

concessão de longo prazo. Por fim, discute-se a problemática envolvendo a chamada “imprevisão na previsão”, quando uma profunda mudança nas condições e circunstâncias que levaram as partes a celebrar o contrato e a definir a matriz de riscos gera consequências extremamente gravosas à parte que contratualmente havia assumido aquele risco.

Nessas situações, indaga-se se, mesmo devendo suportar as consequências daquele evento expressamente alocado como risco contratual, há direito do contratante a promover a revisão do pacto com base na racionalidade da teoria da imprevisão. São destacados posicionamentos doutrinários, reflexões a partir dos dispositivos legais que fundamentam a teoria de imprevisão e aspectos que devem ser analisados no caso concreto, além das implicações práticas da validação das premissas adotadas.

Ao final, no Capítulo 8 são condensadas as reflexões finais mais relevantes extraídas do desenvolvimento do trabalho, sem pretensão de esgotar o complexo tema, a partir de uma leitura calcada na estrutura sistêmica dos contratos de concessão contemporâneos, onde a teoria da imprevisão e matriz de riscos não seriam elementos excludentes, ao contrário, podem se complementar e contribuir para o aperfeiçoamento da regulação contratual.

2 Problema e justificativa

O pano de fundo do trabalho reside nas relações entre Direito e Economia ao longo da vigência dos contratos de concessão envolvendo ativos de infraestrutura, nas quais se evidencia uma preocupação comum com o equilíbrio entre direitos e obrigações.

Sob a perspectiva econômica, o conceito geral de equilíbrio é dotado de uma esperança de eficiência, conferida pelas “forças livres de mercado”, ou seja, a contraposição dos interesses de oferta e demanda determina o ponto de estabilidade. Por sua vez, na ótica do Direito, o equilíbrio representa uma perspectiva da justiça econômica, a realização dos objetivos definidos na Constituição e a prevenção das desigualdades sociais.

Essa noção de equilíbrio, especialmente em contratos de longo prazo que estruturam a delegação de serviços e infraestruturas públicas, está sujeita a impactos de eventos externos de diversas origens e intensidades, resultando num natural maior grau de complexidade na operacionalização de tais contratos.

No caso desses ajustes, por envolverem riscos decorrentes de várias circunstâncias, como a longa duração, o volume grande de investimentos, a natureza da atividade, entre outros fatores incertos, os contratos concessionais são considerados incompletos ou relacionais, na medida em que não se destinam a regular rigidamente todos os aspectos e circunstâncias que gravitam em torno da relação contratual.

Nesse cenário, imperioso o estudo do regime da mutabilidade diante dos desafios decorrentes da complexidade e da dimensão dos contratos estruturantes de serviços e infraestruturas públicas.

A relevância da investigação da mutabilidade ao longo da relação de contratual se dá na medida em que tais ajustes concretizam interesses públicos primários afetos a toda a sociedade. A relevância do aprofundamento do exame deste tema reside na

melhor compreensão e minimização de riscos no transcorrer da execução contratual, eis que as escolhas refletidas na regulação contratual de ajustes duradouros, assim como suas modificações e alterações, ultrapassam o mandato eletivo dos governantes e repercutem diretamente nas futuras gerações. Logo, há destacada importância teórica e prática no estudo da mutabilidade nos contratos administrativos, especialmente para os mais diversos técnicos de entes públicos e privados que participam da estruturação e acompanhamento dos contratos de concessão.

Na atualidade, o exame do impacto de eventos aleatórios e incertezas na equação econômico-financeira dos contratos está estreitamente relacionado ao que prevê a matriz de riscos do contrato, abrangendo a definição dos critérios e balizas que devem orientar a formação da equação econômico-financeira (alocação de riscos propriamente dita); da responsabilidade das partes acerca da materialização de riscos extracontratuais; e dos critérios e parâmetros que deverão de orientar o restabelecimento da equação econômico-financeira. Esse tríplice enfoque sobre o exame da tutela da equação econômico-financeira, com os seus necessários desdobramentos, encarrega-se de mapear as principais questões que devem merecer a atenção da teoria da equação econômico-financeira dos contratos administrativos de longo prazo.

A partir desse contexto, propõe-se como problema objeto do trabalho refletir sobre a aplicabilidade da teoria da imprevisão diante da matriz de riscos dos contratos de concessão. Garcia (2023, p. 164) alude à existência de “imprevisão na previsão”, isto é, quando as condições existentes no momento da celebração do contrato são drasticamente alteradas, inviabilizando o atingimento da finalidade primária do ajuste e alterando profundamente o equilíbrio econômico-financeiro pactuado, com a quebra da base objetiva do negócio e o legítimo direito dos contratantes de promoverem a revisão do pacto.

Assim, a partir de um contrato em que se pactua uma matriz de riscos objetiva, cada parte deve assumir integralmente as suas consequências mesmo que diante de novas condições e circunstâncias significativamente distintas ou, em caso contrário, há justificativas para balizar um possível reequilíbrio. Ao ângulo financeiro e econômico, equilíbrio, desequilíbrio e reequilíbrio são temas que constituem o núcleo

essencial de qualquer contrato concessional, mas que ainda carecem, no mais das vezes, de uma regulação contratual mais eficiente e que delimite os seus contornos básicos, com vistas a conferir segurança jurídica aos contratantes (ente público e contratado) nos complexos processos de renegociação que se sucedem durante relações administrativas tão duradouras.

Trata-se de discussão que foi grandemente evidenciada pela pandemia da COVID-19, evento extraordinário que assolou o mundo e impactou severamente diversos contratos vigentes. Em circunstâncias tão extremadas, é natural que se busquem parâmetros adequados para proteger a tutela da equação econômico-financeira e o prosseguimento da execução dos contratos.

A despeito disso, registra-se que não há a pretensão de oferecer soluções ou respostas absolutas ou definitivas para resolver os impasses apresentados a partir da materialização de fatos econômicos, técnicos, sociais, ou, mesmo, políticos que interferem na concepção originária do contrato.

São tantas as variáveis, possíveis conflitos e problemas que podem se manifestar como resultado de novas conjunturas intervindo na execução dos contratos de concessão que seria extremamente complexo ou praticamente impossível abordá-los de forma exaustiva e sistêmica.

O propósito do estudo é conectar os fundamentos teóricos da dogmática contemporânea do direito administrativo contratual, objetivando demonstrar que o cenário desenhado nesta investigação já é uma realidade em parte significativa de arranjos contratuais duradouros.

Convém delimitar que o foco do trabalho é a repercussão das mutações e variações nos contratos administrativos de longa duração, assim considerados aqueles que ultrapassam o prazo de cinco anos.

Nesse sentido, a Lei de Concessões (BRASIL, 1995) é clara ao definir:

Art. 28-A. Para garantir contratos de mútuo de longo prazo, destinados a investimentos relacionados a contratos de concessão, em qualquer de suas modalidades, as concessionárias poderão ceder ao mutuante, em caráter fiduciário, parcela de seus créditos operacionais futuros, observadas as seguintes condições: (...) Parágrafo único. Para os fins deste artigo, serão considerados contratos de longo prazo aqueles cujas obrigações tenham prazo médio de vencimento superior a 5 (cinco) anos.

Por sua vez, a Lei de Parceria Público Privada (BRASIL, 2004) estatui:

Art. 2º Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa. (...) § 4º É vedada a celebração de contrato de parceria público-privada: (...) II – cujo período de prestação do serviço seja inferior a 5 (cinco) anos;

A delimitação é pertinente na medida em que a característica inerente a esses contratos são os prazos alargados para amortização dos investimentos privados alocados no objeto, com conseqüente contratualização da alocação dos riscos entre os parceiros público e privado, elementos estes convergentes ao eixo central do estudo.

Assenta-se igualmente que não é foco do trabalho o exame de mutabilidades fundamentadas na teoria da imprevisão em todo e qualquer contrato administrativo duradouro, mas apenas daqueles que recorrem à técnica concessional, adotando-se a expressão “contratos de concessão” ou “contratos concessionais” para alcançar os ajustes juridicamente firmados para disponibilizar utilidades públicas, englobando as concessões comuns de serviços ou obras públicas² e as parcerias público-privadas (PPP), sendo estas as concessões patrocinadas ou administrativas³.

² Art. 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se: II - concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade concorrência ou diálogo competitivo, a pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado; III - concessão de serviço público precedida da execução de obra pública: a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegados pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade concorrência ou diálogo competitivo, a pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para a sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado. (BRASIL, 1995).

³ Art. 2º Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa. § 1º Concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado. § 2º Concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens. § 3º Não constitui parceria público-privada a concessão comum, assim entendida a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de

Não obstante, conforme justificado acima, escapa ao escopo o tratamento de determinado tipo contratual autônomo (por exemplo, concessão de obras públicas), ou mesmo recortar o estudo a um setor específico (por exemplo, ferrovias, rodovias, energia, telecomunicações, saneamento, petróleo e gás), uma vez que cada contrato de concessão apresenta características e peculiaridades inerentes a seus próprios seus objetos, com as respectivas prioridades e demandas para atendimento do interesse público.

1995, quando não envolver contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado. (BRASIL, 2004).

3 Objetivos

1.1. Objetivo geral

O ponto central a ser abordado envolve examinar a aplicabilidade da teoria da imprevisão perante as matrizes de riscos dos contratos concessionais. É saber se os riscos contratuais objetivamente partilhados entre as partes em contratos de concessões, quando têm as suas consequências profundamente intensificadas em razão de abrupta modificação do contexto fático/econômico em que foi celebrado o contrato, podem gerar direito ao reequilíbrio do contrato, ou, de outro lado, se uma vez partilhados os riscos cada parte deve assumir integralmente as suas consequências, mesmo que diante de novas condições e circunstâncias, não se cogitando de aplicar a racionalidade da Teoria da Imprevisão por se tratarem de riscos contratualmente delimitados.

1.2. Objetivos específicos

1. Destacar as particularidades da mutabilidade no âmbito dos contratos de concessão contemporâneos, fixando premissas conceituais a partir de uma visão comparativa histórica, a fim de compreender o papel de centralidade da matriz de riscos como elemento nuclear desses contratos.
2. Avançar na compreensão da alocação de riscos contratuais, abordando a teoria das áleas, a evolução histórica para a alocação de riscos, a metodologia de alocação, limitações e consequências da uma inadequada alocação.
3. Examinar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão, seus aspectos conceituais, desequilíbrios e mecanismos de reequilíbrio a partir da moderna partilha de riscos neles disciplinada e sua conexão direta com a mutabilidade.
4. Abordar os aspectos conceituais da teoria da imprevisão, enfocando sua origem histórica, fundamentos, base normativa e jurisprudencial no Direito brasileiro, detalhando ainda sua incidência nos contratos de concessão de longo prazo.

5. Examinar a problemática central da aplicabilidade da teoria da imprevisão nas matrizes de risco, nas hipóteses em que as bases e circunstâncias externas que motivaram as partes a conformar a relação contratual (inclusive a matriz de riscos) são drasticamente alteradas, gerando consequências extremamente gravosas à parte que contratualmente havia assumido aquele risco, inviabilizando o cumprimento da finalidade primária do contrato.

4 Metodologia

Para alcançar os objetivos específicos levantados, procedeu-se ao levantamento da doutrina por meio de uma pesquisa exploratória em torno de referências bibliográficas da área jurídica que examinam a regulação contratual dos contratos de concessão de longo prazo.

Procurou-se priorizar os autores que examinam de forma detida a temática da alocação contratual de riscos, equilíbrio econômico-financeiro e causas de mutabilidade contratual, o que permitiu que as reflexões ora apresentadas fossem sendo aprofundadas, amadurecidas e sistematizadas.

Outros objetivos específicos foram abarcados mediante pesquisa documental descritiva sobre métodos e resultados utilizados em levantamentos elaborados por instituições especializadas, colocando em diálogo diferentes autores, bem como análise do caso referente à pandemia da COVID-19, a fim de investigar as situações-problema dentro de seu próprio contexto.

Por fim, para atingir o objetivo geral de avaliar a aplicabilidade da teoria da imprevisão diante da matriz de riscos contratual, este trabalho valeu-se de pesquisa explicativa que expôs inferências derivadas de todos os dados legislativos, jurisprudenciais e doutrinários apurados.

Quanto às técnicas de coleta de dados, recorreu-se a pesquisas bibliográficas e documentais para a verificação da legislação e da doutrina, bem como ao levantamento dos dados colhidos por órgãos reguladores. Adicionalmente, foram coletadas decisões de Tribunais Superiores, com complemento da jurisprudência administrativa do Tribunal de Contas da União, consulta a contratos de concessão/PPP tornados públicos e guias internacionais concernentes à alocação de riscos contratuais.

O trabalho contou com uma abordagem qualitativa dos dados levantados, em função da inespecificidade e subjetividade dos objetivos elencados – procura responder a questões sobre como, o que e por quê.

5 Os contratos de concessão contemporâneos e a mutabilidade

O exame da concepção contemporânea de contratos de concessão demanda, ainda que de forma sintética e estritamente conectada ao objeto do presente trabalho, descrever alguns traços evolutivos históricos, a fim de contextualizar sua relação com a mutabilidade e como está inserida a teoria da imprevisão.

O modelo concessional foi bastante utilizado no Brasil na parte final do século XIX e primeiros anos do século XX, num período marcado por escassez de recursos públicos e por alta demanda por construções de infraestruturas e serviços públicos, tais como estradas de ferro, iluminação pública, fornecimento de água e esgotamento sanitário (Marques Neto, 2015, p. 48). A primeira legislação sobre o tema foi editada em 1852, com advento da Lei nº 631, de 26 de junho de 1852, autorizando o Governo Federal a celebrar contrato de concessão para a construção e exploração da ferrovia que atravessava os Estados de São Paulo, Minas Gerais e Rio de Janeiro.

Num quadro de legislação ainda preambular, o contrato de concessão era o instrumento central de estipulação de direitos e deveres das partes. Era uma época marcada por regulamentos e contratos que procuravam predeterminar as ocorrências, já que os tempos eram de elevada estabilidade, em especial comparados com os dias atuais.

De acordo com Moraes, Wald e Wald (1996, p. 37), os riscos de oscilações de mercado, mesmo das taxas de juros, não eram elevados e as relações contratuais eram marcadas pela determinação, certeza e intangibilidade das prestações de ambas as partes. Havia, portanto, certo grau de previsibilidade, com as mudanças políticas e econômicas ocorrendo de modo lento e bastante gradual.

A partir desse cenário, Garcia (2023, p. 31) sintetiza os principais traços das concessões daquela época:

Aquelas concessões refletiam o direito administrativo da época, com algumas características que as distinguiam dos contratos de concessão contemporâneos: (a) eram definidas, estruturadas e modeladas unilateralmente pelo ente público, sem maiores espaços dialógicos para interações com o setor privado; (b) como consequência dessa visão unilateral do contrato, as obrigações eram rigidamente definidas nele, sem maiores espaços para flexibilização e adequação; (c) o contrato não era concebido como uma estratégia regulatória; (d) os cenários eram de maior previsibilidade e as mutações econômicas, políticas, financeiras e, principalmente, tecnológicas eram operadas numa velocidade bem menor que nos tempos atuais; (e) a engenharia financeira dos contratos era mais singela; (f) a relação jurídica era essencialmente bilateral, ou seja, constituída apenas entre o poder concedente e o concessionário; (g) predominava a teoria doutrinária das áleas, e o estudo dos riscos não havia, ainda, evoluído para ocupar o papel de centralidade na estruturação dos contratos de concessão; (h) as causas tradicionais da mutabilidade, oriundas do direito administrativo francês, eram suficientes para explicar e operacionalizar as modificações nos contratos administrativos.

Após essa fase inicial de utilização, o impacto das guerras mundiais e uma visão de maior preponderância do Estado na execução de tarefas públicas levou o Brasil a criar empresas estatais nos mais variados setores da economia, ocupando o lugar anteriormente reservado às sociedades empresárias delegatárias por meio dos contratos de concessão.

Assim, a partir da década de 1930 a intervenção estatal se fez presente em vários campos das atividades econômicas e na prestação de serviços públicos, com a criação de sociedades de economia mista e empresas públicas integrantes da Administração Pública indireta, tais como Companhia Vale do Rio Doce, Petróleo Brasileiro S/A (PETROBRAS), as Centrais Elétricas Brasileiras S/A (ELETROBRAS), a Siderurgia Brasileira S/A (SIDERBRAS), a Empresa de Portos do Brasil S/A (PORTOBRAS) e a Telecomunicações Brasileiras S/A (TELEBRAS - ABREVIATURAS). Como decorrência lógica, houve um ciclo de esvaziamento da delegação aos particulares pela via do contrato de concessão.

A partir da década de 1980 o pêndulo voltou a se movimentar e os contratos de concessão retomaram um papel de centralidade no ordenamento jurídico brasileiro. Aspectos fiscais de restrição de recursos públicos somados a uma compreensão generalizada de ineficiência do Estado no cumprimento de suas finalidades fizeram com que se retomasse a discussão sobre a redução da participação estatal na economia e necessidade imperiosa de recorrer ao capital privado para alavancagem de infraestruturas e serviços públicos.

Nesse passo, a década de 1990, marcada por um ideário mais liberal, consolidou o movimento de desestatização, cujo marco legal mais expressivo foi a aprovação do Programa Nacional de Desestatização (PND). Este foi instituído pela Lei Federal nº 8.031/1990, revogada pela Lei Federal nº 9.491/1997, prescrevendo como objetivos fundamentais, dentre outros, “permitir que a Administração Pública concentre seus esforços nas atividades em que a presença do Estado seja fundamental para a consecução das prioridades nacionais” e “reordenar a posição estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público”.

Foi nesse horizonte que os contratos de concessão se consolidaram, de forma definitiva, com o advento da Lei Federal nº 8.987/1995, a qual introduziu um regime jurídico de concessões e permissões de serviços públicos para a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal, fixando normas gerais sobre a matéria.

Finalmente, a edição da Lei Federal nº 11.079/2004, que instituiu as parcerias público-privadas sob o signo do contrato de concessão, motivou uma nova geração de concessões que apresentam, desde então, um novo figurino.

Em oposição às concessões oitocentistas supramencionadas, Garcia (2023, p. 32) elenca as características dessa nova compreensão das parcerias público-privadas adaptada aos tempos modernos:

A estruturação dos contratos de concessão contemporâneos apresenta: (a) engenharia econômica e financeira bastante complexa; (b) o enfoque desses negócios transmuda-se de bilateral para multilateral; (c) a participação dos operadores econômicos é ativa na própria concepção e modelagem dos negócios, tornando-os menos herméticos e unilaterais; (d) a alocação de riscos configura-se como um elemento central para contratos desta natureza, em especial no que se refere ao equilíbrio econômico-financeiro; (e) o foco no resultado muda completamente a forma como se estrutura o negócio; (f) o progresso tecnológico impõe novas formas de executar os serviços públicos e as atividades, apontando na direção de uma indispensável associação com os operadores econômicos não apenas pelas restrições orçamentárias mas também pela *expertise* técnica própria do setor privado; (g) a velocidade das mutações é substancialmente distinta daquela que pairava à época das concessões oitocentistas, quando a mutabilidade estava atrelada quase que integralmente ao poder estatal da alteração unilateral do contrato; (h) o contrato de concessão ostenta uma dimensão regulatória e multidisciplinar, em especial, com o contributo a análise econômica do Direito.

Dentre os aspectos citados, seguramente a alocação de riscos e sua conexão com o equilíbrio econômico-financeiro constitui um dos mais significativos avanços dos contratos de concessão contemporâneos.

Destarte, em estrita consonância com os objetivos específicos deste trabalho, é imprescindível avançar na sua compreensão e como isso impacta na mutabilidade dos contratos de concessão.

5.1 A alocação de riscos

A temática do risco é transversal à noção de mutabilidade, equilíbrio-econômico-financeiro e aplicabilidade da teoria da imprevisão nos contratos de concessão. Dada sua importância, será mais bem detalhada nos tópicos seguintes.

5.1.1 A teoria das áleas e a evolução histórica para alocação de riscos

Tradicionalmente, no campo dos contratos administrativos os riscos eram enquadrados com base no racional da teoria das áleas (de matriz francesa, cujo racional foi transportado para o art. 65, II, “d”, da Lei Federal nº 8.666/1993), que se apresentava como suficiente para disciplinar os eventos, incertezas e imprevisibilidades que poderiam advir durante a execução do contrato.

Como afirma Di Pietro (2017, p. 175), basicamente a álea ordinária era atribuída ao concessionário, eis que vinculada aos riscos inerentes a qualquer atividade empresarial. A álea extraordinária, seja administrativa (aquela que decorre de uma ação estatal, como é o caso da alteração unilateral, fato da Administração ou fato do príncipe) ou econômica (decorrente de circunstâncias exógenas ao contrato e à própria vontade das partes), ensejaria o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, recaindo sobre o poder concedente o dever de promover os ajustes necessários para reposicionar o equilíbrio das prestações inicialmente estabelecidas entre as partes.

Assim, o tema da mutabilidade sempre guardou relação direta com a teoria das áleas, a qual buscou sistematizar, racionalmente, as principais causas de modificação e flutuação de diversos elementos contratuais, tais como objeto, preço, prazo e tantos

outros aspectos que podem ser alterados a partir da modificação dos pressupostos fáticos inicialmente concebidos.

Guimarães (2014, p. 64) explica que a divisão das áleas por um longo período histórico foi suficiente para delimitar o campo de incidência das alterações contratuais. A abstração teórica e conceitual das distintas áleas revelava-se como meio idôneo para conferir aos contratantes a necessária previsibilidade acerca das consequências jurídicas dos fatos supervenientes. Sob esse prisma, esquadrihados os limites de cada álea e atribuídos os efeitos jurídicos, econômicos e financeiros para cada uma das partes na própria lei, o instrumento contratual não se apresentava como o veículo principal no dimensionamento dos acontecimentos por vir nem das respectivas consequências. A teoria das áleas, exposta na doutrina administrativa de matriz francesa e refletida em vários ordenamentos jurídicos, era, por si só, suficiente para solucionar os problemas envolvendo a alteração dos contratos.

Modernamente, com o advento de novas e impactantes tecnologias, a crescente complexidade da estruturação econômica, financeira e técnica dos contratos públicos, a teoria das áleas revelou-se insuficiente para desvendar intrincadas questões que permeavam os contratos públicos duradouros, em especial aqueles que recorriam às técnicas concessionais.

A esse respeito, Perez (2006, p. 115) pondera que “a teoria das áleas ordinária e extraordinária apresenta-se como uma solução por demais simplista, inepta a solucionar muitos dos problemas relacionados ao risco nas concessões de serviço público”. Para o referido autor, a teoria das áleas ordinária e extraordinária implica uma divisão extremamente vaga dos riscos. Sendo assim, o contrato de concessão pode discriminar com maior precisão os riscos assumidos por cada parte, inclusive alterando a tradicional repartição de riscos em face das características específicas de cada caso.

Guimarães (2014, p. 329) segue a mesma linha ao dizer que:

Não se extrai da Constituição o alcance mais abrangente do princípio da intangibilidade da equação econômico-financeira, a ponto de eliminar o espaço de autorregulação das partes quanto a uma distribuição dos riscos

(ordinários e extraordinários). Do enunciado do inciso XXI do art. 37 da Constituição tira-se apenas uma regra que impõe, nas contratações administrativas em geral, a manutenção das “condições efetivas da proposta”. Tal não restringe, nesse particular, o espaço pré-contratual, no sentido de inibir juridicamente a possibilidade de as partes pactuarem uma distribuição de riscos, dispondo sobre uma divisão de responsabilidades acerca de contingências relacionadas à execução do contrato.

Em suma, a divisão de riscos estabelecida no contrato pode ser diferente da que decorre do modelo tradicional baseado na teoria das áleas, em que o contratado suporta todos os riscos ordinários e o poder concedente os riscos extraordinários (NATAL, 2013, pp. 229-230).

Nessa perspectiva, como decorrência natural e evolutiva da própria teoria das áleas, a alocação contratual de riscos detalhada de forma objetiva no contrato passa a estabelecer uma estrutura racional de incentivos entre as partes, induzindo a adoção de comportamentos que levem em consideração a assunção de responsabilidades e, principalmente, as consequências financeiras no caso da ocorrência de evento descrito no contrato.

Sobre essa transição, Garcia (2023, p. 48) ilustra que o fenômeno decorreu da natural adequação do Direito à realidade:

A causa dessa impactante evolução em tema tão relevante para o direito administrativo contratual não decorreu propriamente de uma espontânea revisitação doutrinária, mas de uma necessária adequação do Direito à realidade, como, de resto, acontece com vários fenômenos jurídicos que não podem ficar alheios aos acontecimentos do mundo dos fatos. Em verdade, a moldura normativa e doutrinária que explicitava o que era álea ordinária e álea extraordinária já não mais apresentava as virtudes pragmáticas e funcionais de outrora. Desse modo, zonas e limites entre as áleas não eram mais nítidos e estanques, bem como a própria classificação teórico-conceitual não mais respondia às expectativas de contratos administrativos, que se relevam cada vez mais complexos e intrincados, mormente porque estruturados a partir de uma teia relacional e multipolar.

Isto posto, conclui-se numa formulação sintética que a percepção contemporânea do tema, e que se encontra presente em vários ordenamentos jurídicos, é a de que à teoria das áleas, abstratamente considerada, deveria ser acrescida uma alocação de riscos objetivamente definida no instrumento contratual.

Nas palavras de Vera Monteiro (2010, p. 170):

Por isso é que a classificação genérica entre álea ordinária e álea extraordinária é pouco útil na concessão. As áleas precisam ser previamente identificadas e detalhadas, sendo natural que o contrato faça a alocação a partir de uma lógica econômica.

Pode-se afirmar que a centralidade dos riscos nos contratos de concessão foi propulsionada no Brasil a partir do advento da Lei Federal nº 11.079/2004 (Lei das Parcerias Público-Privadas), que prescreveu, no art. 4º, VI, a repartição objetiva de riscos entre as partes como uma das principais diretrizes. Também previu a obrigatoriedade de inclusão de cláusula a ser inserida nos contratos que discipline a repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária (art. 5º, III). A nova lei de licitações (Lei Federal nº 14.133/2021) também reconhece a superação da teoria das áleas em seu art. 124, inciso II, “d”, o qual remete o equacionamento do equilíbrio econômico-financeiro ao contrato de concessão.

Mesmo no caso das concessões comuns, cuja disciplina legal explicita que sua execução “será por conta e risco do concessionário” (art. 2º, II, III e IV, da Lei Federal nº 8.987/1995), a doutrina tem se afastado de uma interpretação literal e compreendido que atende ao interesse público promover uma divisão racional de riscos entre as partes (Sundfeld, 2005, p. 39).

Nota-se, portanto, que o estudo do risco se torna elemento estruturante do plexo de obrigações e responsabilidades, sendo determinante para atração dos investidores e operadores econômicos. Nessa ótica, Melo (2011, pp. 72 e 121-122) expõe que regular os riscos previamente no contrato apresenta uma dimensão jurídica conectada aos princípios da eficiência, da segurança jurídica e da própria consecução do interesse público, reduzindo os espaços de conflitos *ex post* em relações duradouras complexas. Os contratos de concessão são, por natureza, submetidos a constantes mutações, o que se acentua em cenários macroeconômicos marcadamente globalizados, constantemente impactados por uma assombrosa evolução tecnológica em vários campos do conhecimento.

Nesse ínterim, o Tribunal de Contas da União (TCU), inclusive, já atestou que o sucesso de um contrato de concessão depende da clareza na repartição de riscos e objetividade nas disposições contratuais, a partir dos quais é conferida a segurança jurídica necessária para o negócio⁴.

5.1.2 A metodologia da alocação contratual de riscos

Trata-se de uma etapa fundamental na modelagem de contratos públicos duradouros, a requerer uma ação conjunta e multidisciplinar dos agentes públicos responsáveis, visando a consecução de uma regulação contratual técnica e planejada que, sem se descuidar da racionalidade econômica, incorpora a previsibilidade dos riscos, bem como de seus efeitos e consequências, como um dos seus mais importantes pilares.

Ao mesmo tempo, não é possível uniformizar parâmetros rígidos de alocação que possam ser universalmente aceitos, a despeito de se reconhecer que existem alocações de riscos convergentes com um razoável grau determinado de uniformidade inerente à atividade específica.

Por esse motivo, Garcia (2023, p. 51) esclarece que:

É preciso reconhecer que cada segmento econômico apresenta uma lógica própria, sendo incomparáveis, por exemplo, contratos que envolvam concessões de rodovias, energia, saneamento, telecomunicações e tantos outros serviços públicos ou mesmo atividades administrativas que são executadas, considerando realidades, técnicas e finalidades absolutamente diversas. É essa complexidade de cada segmento econômico que desloca o centro de gravidade da alocação de riscos da lei para o contrato. No rigor do exame, o risco é matéria que diz mais com o contrato do que com a lei, o que se explica pela circunstância fenomênica de se conectar com realidades fáticas que circundam o exercício de atividades econômicas. Pretender que as leis – atos normativos gerais e abstratos – revelem a capacidade de esgotar uma divisão racional e universal de riscos é implausível.

⁴ Em um contrato de concessão, os termos contratuais devem garantir aos agentes envolvidos a segurança necessária à estabilidade das relações a serem pactuadas. Afinal, o ajuste firmado entre as partes será pilar de mais de duas décadas de relações jurídicas. Faz-se imperativo que se estabeleçam disposições claras e objetivas, com a necessária publicidade, para que em um ambiente de isonomia e previsibilidade todos os riscos estejam devidamente claros e distribuídos; evitam-se, deste modo, eventuais imbróglis nas inevitáveis repactuações que se seguirão. Um dos segredos de uma boa execução em um contrato de concessão está, justamente, na clareza da repartição de riscos e na objetividade dos comandos contratuais. Deve existir, neste caso, a necessária segurança jurídica para o ajuste (TCU, Plenário, TC 013.040/2011-1, rel. Min. Valmir Campelo, j. 27.7.2011).

Nesse sentido, a ideia de alocar riscos é apropriada para a regulação contratual, porquanto permite considerar as especificidades dos distintos objetos, atividades e serviços administrativos, maximizando a eficiência do contrato.

Antes de adentrar no estudo da metodologia de alocação de riscos nos contratos de concessão e PPP, é importante tentar delimitar um conceito do que seria este "risco".

Destaque-se que a doutrina ligada à economia (Knight, 1921, p. 19) tradicionalmente aponta uma distinção entre risco e incerteza, esclarecendo que o risco seria formado por incertezas mensuráveis por critérios técnicos e/ou atuariais (logo, uma falsa incerteza), ao passo que a incerteza seria aquela efetivamente não passível de mensuração.

De fato, a importância de sua teoria deriva dessa distinção em que o risco é considerado como uma probabilidade mensurável e a incerteza como uma situação expressa por valores indeterminados e não quantificáveis, isto é, refere-se a uma situação de probabilidade numericamente imensurável.

Assim, Knight (1921, p. 20) distingue “incerteza mensurável” ou risco (associados às circunstâncias nas quais o que denomina de “probabilidade *a priori*” e “probabilidade estatística” são, em princípio, factíveis) de “incerteza imensurável”, circunstância em que só é possível fazer “uma estimativa de uma estimativa”, uma vez que o fenômeno em questão é único.

Na mesma linha, Garcia (2023, p. 53) aduz que, para ser qualificado como risco, deve-se admitir mensuração e objetivação que permitam medir certos elementos da realidade, sendo compreendido o risco como evento incerto mas de possível concretização, mensuração e previsibilidade. Quando se está, contudo, no campo da absoluta imprevisibilidade, não mais se trata de risco, mas de incerteza.

Segundo a Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) NBR-ISO 31000, no universo da gestão de riscos a incerteza pode ser compreendida como o

estado, mesmo que parcial, da deficiência das informações relacionadas a um evento, sua compreensão, conhecimento, consequência ou probabilidade.

Quanto à metodologia de alocação dos riscos, há razoável consenso na doutrina e prática contratual contemporânea. Para Prado e Ribeiro (2011, p. 67), no momento da modelagem do projeto concessional devem ser elencados todos os riscos e contingências futuras que podem impactar na execução do futuro contrato. Sequencialmente, deve ser identificada a parte que melhor tem condições de promover o seu gerencialmente e prevenção. Dito em outros termos, pode-se dizer que o risco deve ser alocado à parte que, a um custo mais baixo, pode reduzir as chances de o evento indesejável ocorrer ou aumentar a chance de o evento desejável ocorrer. Por exemplo, riscos relativos aos materiais empregados na obra devem ser atribuídos ao parceiro privado, de modo a gerar-lhe um incentivo para empregar os insumos mais adequados àquele serviço e, com isso, permitir maior eficiência no contrato. Riscos de demanda também devem ser alocados, ao menos em parte, junto ao parceiro privado, a fim de que ele tenha maiores incentivos em oferecer serviços de maior qualidade, que atraiam um número maior de usuários e, com isso, haja também incremento nas suas receitas.

Um segundo critério de alocação diz respeito à capacidade que cada parte detém de gerenciar as consequências danosas caso o evento indesejado venha a ocorrer. Este parâmetro é importante porque há situações em que nenhuma das partes possui capacidade de reduzir de forma considerável os riscos de o evento danoso ocorrer, mas provavelmente uma delas terá maiores instrumentos para lidar com o evento e reduzir seus desdobramentos caso ele venha a ocorrer. Por exemplo, numa concessão de rodovia, ainda que o concessionário instale placas e outros instrumentos de sinalização, não poderá evitar por completo a ocorrência de acidentes, mas ele possui maior capacidade de prestar socorro de forma mais célere às vítimas e retirar cargas perigosas da pista. Assim, o risco de acidentes deve ser alocado no parceiro privado, que, apesar de não poder mitigá-lo por completo, possui maior capacidade de gerenciá-lo.

Como explica Oliveira (2007, p. 90), existem também critérios acessórios para a distribuição dos riscos em contratos de concessão e PPP para os casos em que

nenhuma das partes possa antecipar, influenciar ou responder a contento ao evento que se materialize. Nessas hipóteses, a distribuição do risco deverá levar em conta a capacidade das partes de "externalizar" os custos de prevenir ou remediar eventos indesejáveis, ou seja, de transferir esses riscos para um terceiro.

A Administração Pública sempre externaliza para os contribuintes os riscos de qualquer negócio por ela assumido, na medida em que sua principal fonte de receita advém dos recolhimentos tributários que realiza.

Assim, os riscos alocados junto ao poder concedente são suportados indiscriminadamente por toda a sociedade, independentemente de ser o contribuinte usuário daquele serviço ou não. Já o parceiro privado poderá adotar dois comportamentos em relação aos riscos pelos quais se responsabilize: (i) celebrar um contrato de seguro e embutir o valor do prêmio no valor de sua proposta; ou (ii) não celebrar um contrato de seguro e incluir no valor de sua proposta os custos relativos ao gerenciamento desse risco.

Em ambos os casos, este montante será repassado para a tarifa cobrada dos usuários e/ou para a contraprestação demandada do Poder Público. Contudo, nas hipóteses em que houver contratação de seguro, este repasse tenderá a ser consideravelmente menor, visto que, como o contrato de seguro permite uma repartição social de riscos, o valor prêmio cobrado pela seguradora em regra é inferior àquele necessário ao gerenciamento integral do risco pelo parceiro privado, sobretudo se o mercado for relativamente maduro.

Como bem sistematiza Pereira (2016), com base nesses possíveis comportamentos chega-se aos dois critérios secundários para a repartição de riscos nos contratos concessionais:

Primeiramente, para os riscos em que houver possibilidade de contratação de seguro, a solução mais recomendada é que o risco seja alocado junto ao concessionário, visto que o seguro permitirá uma repartição social do risco de forma mais eficiente. Em segundo lugar, para os riscos em que não for possível celebrar contrato de seguro, a alocação preferencial deve se dar junto à Administração Pública, uma vez que, caso contrário, o montante necessário para o gerenciamento do risco seria repassado pelo concessionário aos usuários do serviço e/ou à própria Administração Pública.

Como este valor costuma ser bastante elevado, o repasse implicaria um aumento excessivo do preço do serviço ainda que o evento danoso nunca venha a se materializar, de modo que o risco é distribuído de forma mais eficiente se suportado pela coletividade.

Além dos critérios acima descritos, cumpre destacar que a prática contratual tem, para além de fixar e detalhar os riscos entre os parceiros público e privado, exigido que o concessionário apresente declarações dando conta de seu pleno conhecimento da natureza e extensão dos riscos assumidos no contrato, bem como de ter levado todos esses riscos em consideração quando da formulação de sua proposta, a reforçar sua exata compreensão da dimensão das obrigações e riscos assumidos. Desse modo, evitam-se alegações indevidas ou mesmo futuros contenciosos a propósito do limite das suas responsabilidades.

Veja-se, por exemplo, a cláusula 21.3 do contrato de concessão para exploração da Rodovia Federal BR-163, no Estado do Mato Grosso, a qual previu que “A Concessionária declara: (i) ter pleno conhecimento da natureza e extensão dos riscos por ela assumidos no contrato; e (ii) ter levado tais riscos em consideração na formulação de sua Proposta. A Concessionária não fará jus à recomposição do equilíbrio econômico-financeiro caso quaisquer dos riscos por ela assumidos no Contrato venham a se materializar”.

Por fim, há que se ressaltar as limitações envolvendo a categorização de riscos em contratos de longa duração. Essa realidade faz com que se revele impossível prever todos os eventos que poderão impactar a avença ao longo de toda a sua execução, que envolve um espaço de décadas e comporta um objeto bastante largo. Conforme leciona Zanchim (2012, p. 93):

Nos megaprojetos, não conseguimos aprender com empreendimentos anteriores porque o 'sistema de elementos' é extremamente vasto e de difícil compreensão. Além disso, com o passar dos anos, a complexidade aumenta, haja vista a introdução de novas tecnologias, novos interesses, novos desafios, etc. Nos megaprojetos, há agentes de diversos países, o que introduz áleas cambiais, políticas e regulatórias. Sua área de influência é extensa - às vezes supranacional -, o que agrega impactos ambientais. Seu prazo é longo, o que traz complicadores de ordem inflacionária e juros. Seus elementos tecnológicos são inovadores, o que aumenta a sujeição a fatores imponderáveis. Seus investimentos são maciços, o que os expõe a oscilações orçamentárias e, no limite, a variações macroeconômicas como crescimento do Produto Interno Bruto (PIB)."

Os contratos concessionais serão sempre contratos incompletos, por mais extensos e detalhados que sejam. Ao longo de sua execução, ocorrem mudanças sociais, políticas, econômicas, tecnológicas e jurídicas que seriam impossíveis de ser previstos quando de sua celebração e que necessariamente impactarão na avença, fazendo com que seja necessária sua revisão. Nesse cenário, resta claro que os contratantes - Administração Pública e parceiro privado - jamais poderão elaborar uma matriz de risco tão suficientemente abrangente que afaste por completo a possibilidade de revisão do contrato no curso de sua vigência.

Dessa forma, mais importante do que aspirar a uma pretensa completude, a distribuição de riscos delineada no instrumento de delegação deve servir de incentivo para que as partes adotem mecanismos de: (i) promoção do aumento de chance de materialização de eventos desejáveis; (ii) proteção contra a eventual ocorrência de eventos lesivos; e (iii) lidar da forma mais eficiente possível com as consequências de eventual realização de evento danoso já previsto no contrato.

5.1.3 Consequências de uma deficiente alocação contratual de riscos

A inadequada mensuração ou alocação dos riscos pode ser extremamente danosa para o interesse público, pois eventuais lacunas e incompletudes são precificadas no momento da elaboração da proposta econômica. Nas palavras esclarecedoras de Moreira (2007), “a dúvida quanto a quem é o titular desde ou daquele risco apenas incrementa o respectivo custo: definir amigavelmente hoje custa muito menos do que descobrir uma litigiosidade amanhã”.

Nessa quadra, não avaliar riscos nem os mensurar objetivamente nos domínios do instrumento contratual, quando possível fazê-lo, promove a incerteza e insegurança nas avenças, com o possível deslocamento do futuro impasse para o Poder Judiciário.

Ademais, a ocorrência de fato ou situação que poderia ser determinável, atribuível a uma das partes ou mesmo quantificável economicamente, gera uma custosa renegociação entre as partes, com a elevada exposição à probabilidade de

comportamentos oportunistas que afetam a eficiência, a estabilidade contratual e o próprio interesse público.

Revela-se igualmente danosa a transferência de um risco que não seja efetivamente gerenciável pelo operador econômico, pois pode ocasionar incremento dos custos de transação pela precificação do risco na proposta econômica ou pelo deslocamento do ônus para o usuário por intermédio do impacto direto na tarifa. Sobre o tema, Acerete Gil (2004, p. 109) adverte:

Sem embargo, não se deve incorrer em transferência massiva de riscos ao operador privado, porque esta atitude pode provocar ineficiência. Se são transferidos riscos que o setor privado não é capaz de controlar, este recusará assumi-los ou agregará um sobrepreço em comparação com aqueles riscos que está disposto a aceitar. Desta forma, a Administração deverá realizar desembolsos superiores e o *value for Money* restará prejudicado.

Sendo assim, é preciso cautela quanto à equivocada tentação de que o deslocamento de riscos não gerenciáveis pelo concessionário possa ser benéfico ao interesse público ou mesmo para o usuário, quando for o caso.

A alocação de riscos ilimitados ao concessionário pode conduzir a uma decisão negativa quanto a um empreendimento, em que o mercado rejeita determinado negócio simplesmente pela desproporção da alocação de riscos ou acaba os internalizando de maneira prejudicial ao interesse público.

O mesmo raciocínio pode ser utilizado nas hipóteses de riscos atribuíveis aos concessionários serem indevidamente absorvidos pelo poder concedente. Qualquer contrato que reduza injustificadamente o risco empresarial desatende ao interesse público e gera vantagens desprovidas de legitimidade para a sociedade empresária que assumir a gestão do negócio. Acerca do assunto, Garcia (2023, p. 59) exemplifica consequências dessa lógica:

Quando a entidade adjudicante, por exemplo, regular o contrato assegurando uma estabilidade da Taxa Interna de Retorno (TIR) do parceiro privado produzem-se duas consequências indesejáveis: (a) a eliminação do risco inerente à execução do empreendimento, desnaturando a lógica desses contratos; (b) subtração, ainda que indireta, de uma regulação por performance voltada aos resultados, na qual a rentabilidade do operador

econômico está assegurada independentemente do seu grau de eficiência no cumprimento de suas obrigações.

Nota-se, portanto, que uma criteriosa alocação de riscos é o mecanismo mais adequado para reduzir custos de transação, evitando futuras e complexas renegociações, eis que instrumentaliza o contrato concessional de razoável previsibilidade acerca das responsabilidades e assunção de consequências para remediar eventos danosos que porventura venham a ocorrer.

6 O equilíbrio econômico-financeiro e a matriz de riscos

Nos tópicos anteriores foi abordada a evolução histórica das características dos contratos de concessão e a temática da matriz de riscos. Conforme destacado ao longo deste estudo, a mutabilidade representa um dos elementos centrais na perspectiva contemporânea dos contratos de concessão duradouros, o que alcança, também, a definição do ponto de equilíbrio econômico-financeiro, das causas que geram o seu desequilíbrio e mecanismos hábeis a restaurá-lo.

Nessa lógica, importa discorrer sobre a visão tradicional do conceito de equilíbrio econômico-financeiro, ligada à teoria das áleas, e a evolução para a noção conectada com a matriz de riscos nos contratos concessionais. Essa abordagem é essencial para contextualizar, na seção subsequente deste estudo, a aplicação da teoria da imprevisão e sua interface com a matriz de riscos dos contratos de concessão.

A doutrina tradicional sempre entendeu que o equilíbrio econômico-financeiro da concessão está fundamentado no art. 37, XXI da Constituição Federal, devendo ser entendido como a relação que é formada, por um lado, das obrigações assumidas pelo concessionário e, por outro lado, a remuneração que lhe competirá em virtude da prestação do serviço, conforme é possível constatar das lições de Aragão (2017, p. 67)

A proteção do equilíbrio econômico-financeiro é determinada em diversos dispositivos das Leis nº 8.666/1993, 8.987/1995 e 9.074/1995, e também possui esteio constitucional, mais especificamente na parte final do inciso XXI do art. 37 da Constituição (“mantidas as condições efetivas da proposta”) e no direito de propriedade inerente à iniciativa privada (arts. 5º, XXII, e 170, CF).”

Di Pietro (2016, p. 315-316) acrescenta a visão histórica de que a teoria da equação econômico-financeira de contratos administrativos no Brasil foi fortemente inspirada na teoria das áleas:

No direito francês, onde se buscou inspiração para a adoção dessas teorias, a distinção entre as áleas administrativas e econômicas é relevante, porque, nas primeiras, o poder público responde sozinho pela recomposição do

equilíbrio econômico-financeiro, enquanto nas segundas os prejuízos se repartem, já que não decorrem da vontade de nenhuma das partes. No direito brasileiro, entende-se que, seja nas áreas administrativas, seja nas áreas econômicas, o contratado tem direito à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato, por força do artigo 37, XXI, da Constituição, que exige, nos processos de licitação para obras, serviços, compras e alienações, sejam mantidas “as condições efetivas da proposta”. Além disso, a mesma ideia resulta da Lei nº 8.666/93 (art. 65, inciso II, e §§ 5º e 6º) e da Lei nº 8.987/95 (art. 9º e parágrafos), em matéria de concessão e permissão de serviços públicos. Em consequência, a solução tem sido a mesma em qualquer das teorias (fato do príncipe, fato da Administração e imprevisão); inclusive é a solução adotada também para as hipóteses de caso fortuito e força maior (art. 78, XVII, combinado com art. 79, I, da Lei nº 8.666/93). Em todos os casos, a Administração Pública responde sozinha pela recomposição do equilíbrio econômico-financeiro. A invocação das teorias serve apenas para fins de enquadramento jurídico e fundamentação para a revisão das cláusulas financeiras do contrato.”

Dessa forma, durante muito tempo a tutela do equilíbrio contratual foi orientada pela classificação que acolhe a distinção entre área ordinária empresarial, área extraordinária econômica e área extraordinária administrativa. Os riscos oriundos da atividade empresarial ordinária deveriam ser assumidos pelo contratante privado encarregado da prestação de um serviço público (como o risco de demanda, por exemplo), ao passo que os riscos caracterizados como extraordinários, não passíveis de previsibilidade quanto à sua materialização ao longo da execução do contrato, ensejariam o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, recaindo sobre o poder concedente o dever de promover os ajustes necessários para reposicionar o equilíbrio das prestações inicialmente estabelecidas entre as partes. Na classe dos riscos extraordinários, há riscos relacionados à ocorrência de eventos alheios à atividade estatal e que onerem sobremaneira os custos de produção do contrato (área extraordinária econômica) e riscos associados a medidas estatais genéricas (fato do príncipe) ou específicas (interferências da Administração-contratante no conteúdo do contrato).

Esse racional foi incorporado pela Lei nº 8.666/93, que assegurou ao contratado o direito de obter a recomposição da equação econômico-financeira ante a ocorrência de eventos inerentes à área econômica extraordinária e extracontratual (alínea “d” do inc. II do artigo 65).

Por outro lado, as leis nº 8.987/95 e nº 11.079/2004, que versam sobre os contratos concessionais aqui estudados, remeteram a tutela do equilíbrio econômico-

financeiro à alocação eficiente dos riscos (incisos I e VI do art. 4º e inciso III do art. 5º da Lei nº 11.079/2004) disposta em contrato como forma de assegurar a qualidade e estabilidade do serviço prestado diante da miríade de eventos que podem impactar o empreendimento.

Nas palavras elucidativas de Loureiro (2020, pp. 134-135):

A grande contribuição da Lei 11.079/2004 no tema que aqui nos interessa – repartição de riscos em negócios de longa duração, em especial aqueles riscos que interessam à Teoria da Imprevisão – está em encarecer a centralidade do contrato e a “neutralidade” da Lei, como que a confirmar que não existem as pesadas amarras constitucionais que se imagina.

Falando sobre o artigo 5º, III, da Lei 11.079/2004, Aragão (2013, p. 62) colheu esse ponto de modo certo:

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

Nesses dispositivos, a Lei Federal nº 11.079/2004 não toma partido sobre a repartição dos riscos. Assim, a divisão de riscos estabelecida nos contratos concessionais pode ser diferente da que decorre do modelo tradicional baseado na teoria das áleas, em que o contratado, como regra, suporta todos os riscos ordinários e o poder concedente os riscos extraordinários (caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária).

Da mesma forma, a Lei Federal nº 8987/1995, em seu artigo 10, enuncia, de maneira direta e enfática, a já citada centralidade do contrato, ao formular uma noção de equilíbrio que se poderia dizer formal ao prescrever “sempre que forem atendidas

as condições do contrato, considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro.” E nem a Constituição nem a legislação infraconstitucional (Leis Federais nº 11.079/2004 e 8987/1995) determinaram quais seriam essas condições.

Como bem sintetiza Ribeiro (2011, p. 79.), “a função do sistema de equilíbrio econômico-financeiro é o cumprimento permanente da matriz de riscos contratual”. No mesmo sentido, Guimarães (2017, p. 49) pontua que “a tutela da equação econômico-financeira do contrato de concessão ou de PPP visa a proteger tão somente a alocação de riscos contratada; ou melhor: o conteúdo econômico da matriz de riscos contratada”.

Essa abordagem diferenciada se deve ao fato de que, em razão das diversas variáveis envolvidas, o equilíbrio econômico-financeiro nos contratos de concessão é substancialmente mais complexo do que nos contratos ordinários, como de empreitada de obra pública ou mesmo prestação de serviços ou fornecimento de bens. É o que explica Marques Neto (2002, p. 107):

Temos, então, um mesmo dever de equilíbrio, só que com bases mais complexas. Sim, pois enquanto na empreitada habitual o equilíbrio se verifica na singela equação encargos remuneração, na concessão ele terá que ser aferido levando em conta muitas outras variáveis, tais como montante estimado de investimento, fluxo de caixa projetado, cronograma de desembolsos, variações de receita, custo de remuneração do capital (para fixação do qual concorrem outros tantos fatores, inclusive o risco político enredado no negócio) etc.

A citação é longa, mas vale a pena pela clareza e precisão com que Moreira (2019, p.92) enfrenta o tópico:

Desde os primórdios do nosso Direito Administrativo, ouvimos a mesma sentença a definir o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos: “a relação entre receitas e encargos deve ser preservada”. A imagem da balança é recorrente: de um lado, as receitas; do outro, os encargos. De um lado, a Administração Pública, a desembolsar verbas do orçamento público; do outro, o contratado, a fazer frente aos encargos e ser remunerado por isso. Existem dois momentos básicos na execução do pacto: a prestação feita pelo contratado (a obra ou o serviço) e a remuneração paga pelo contratante (com lastro em previsões orçamentárias). O preço a ser pago é rigidamente definido desde o edital, com excepcionais possibilidades de alteração (regidas pela imprevisibilidade subjetiva). Ocorre que essa imagem da balança prova demais – e assim revela a sua mais absoluta inaplicabilidade a contratos administrativos de longo prazo. Para demonstrar tal conclusão, pensemos em que tipo contratual está por detrás dessa balança. Qual a sua

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

E, mais adiante, conclui pontuando a situação dos contratos de concessão de longo prazo:

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

Por esse ângulo, nos contratos de concessão duradouros o fato da intangibilidade do equilíbrio econômico-financeiro dever ser perseguida não significa que os encargos e vantagens estabelecidos originalmente no contrato sejam imutáveis.

A regra é que ocorram variações tanto no conjunto de obrigações assumidas pelo concessionário como na remuneração a ser percebida, pois, pelas intrínsecas características dos contratos de concessão, adequações e conformações nos compromissos assumidos serão inevitáveis na execução dos ajustes duradouros. Sob essa lógica, Garcia (2023, p. 219) arremata:

Daí a relevância de reafirmar que intangível é o equilíbrio econômico-financeiro originalmente pactuado, e não os encargos e a remuneração de que marcam o início de sua execução. Não se deve confundir o conceito de equilíbrio econômico-financeiro do contrato com a fórmula inicialmente pactuada no contrato para expressar esse equilíbrio. Infere-se, assim, que o equilíbrio econômico-financeiro nos contratos de concessão é essencialmente dinâmico, o que decorre da sua própria natureza – imprópria para equivalências tão lineares – e da sua natural incompletude, sendo

rigorosamente impossível prever todas as contingências econômicas, sociais, financeiras, políticas e tecnológicas que podem irromper durante a sua execução.

Exatamente por essas variáveis próprias que integram os contratos concessionais, notadamente a matriz de riscos (mas não somente por causa dela), há que se acrescentar que em muitos contratos de concessão sequer é possível retornar a uma equação original, mencionada no artigo 65 da Lei Federal nº 8666/1993. Em vários setores de infraestrutura, mecanismos como as revisões tarifárias ordinárias (que contemplam fórmulas como “Fator X” e outras) destinam-se, exatamente, a refazer periodicamente o equilíbrio econômico-financeiro das concessões.

De volta ao tema central deste tópico, cabe salientar que a evolução na regulação dos contratos de concessão conectando o equilíbrio econômico-financeiro essencialmente dinâmico com a matriz de riscos trouxe a consequência benéfica de demarcar com mais clareza e nitidez as situações geradoras de desequilíbrios e, ao mesmo tempo, legitimadoras de pleitos de reequilíbrio.

Um dos pioneiros no estudo da vinculação entre riscos e equilíbrio econômico-financeiro, Ribeiro (2011, p. 78) anota:

Um aspecto nodal para a estruturação de contratos de concessão comum e PPP eficientes é a alocação adequada de riscos. Em conjunto com os indicadores de desempenho, com o sistema de pagamentos (tarifário ou de contraprestação pelo governo) e com o conjunto de penalidades, a matriz de risco e o sistema de equilíbrio econômico-financeiro constituem os aspectos mais centrais do contrato, pois estipulam o conjunto de incentivos para ação de cada parte na relação contratual.

Logo, uma vez alocado o risco, caberá à parte arcar com as consequências dele derivadas sem que isso gere direito a pleitear compensações, indenizações ou revisitações dos parâmetros contratuais delimitados pelas partes na equação econômico-financeira do contrato. Por outro lado, eventual descumprimento de obrigação tendente a evitar a materialização daquele risco ou mesmo a ocorrência de um evento que não possa ser evitado pela parte responsável poderá justificar o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão. Ribeiro (2011, p. 79) ilustra bem o raciocínio:

Nesse contexto, o motor de arranque da análise de qualquer processo de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro é a verificação da matriz de riscos contratual, eis que o direito ao reequilíbrio só surge se o risco do evento gravoso estiver alocado a uma parte contratual diversa daquela que sofreu as consequências da sua ocorrência.

Um exemplo apontado por Garcia (2013, p. 222) diz respeito ao caso de atraso de licenciamento ambiental em razão de omissão do poder concedente ou por condutas não imputáveis à concessionária, acarretando perdas financeiras (como em investimentos já realizados que contavam com a obtenção do licenciamento no prazo acordado). Nesse cenário hipotético, em que o risco tenha sido alocado ao poder concedente sob o argumento de que o concessionário não tem qualquer ingerência na concessão da licença, estaria caracterizada uma causa justificadora de desequilíbrio econômico-financeiro do contrato porque se trata de risco que deveria ser gerenciado pelo poder concedente.

A essa explicação o autor adiciona o importante aspecto, bastante recorrente na prática dos contratos, alusivo à interdependência entre os distintos riscos e cruzamento de eventos que possam guardar correlação com as obrigações contratuais:

Suponha-se, então, que o atraso do licenciamento ambiental – obrigação contratualmente atribuída ao poder concedente – retarde o início da execução das obras e que no novo prazo tenha ocorrido um aumento dos custos de mão de obra, em razão da superveniência de dissídios coletivos das respectivas categorias, sendo esse um risco contratualmente assumido pelo concessionário. Nesse caso, conquanto o risco do aumento pertinente ao custo de mão de obra tenha sido assumido pelo concessionário, se o contrato tivesse sido executado no prazo ajustado – o que só não ocorreu em razão do atraso do licenciamento ambiental – não teria havido o aumento do custo de mão-de-obra. Haveria, assim, uma conexão direta entre os dois eventos, a justificar o reequilíbrio. O não cumprimento da obrigação implicaria o dever de tolerar atrasos da outra parte, uma vez demonstrada a causalidade direta entre os eventos. Entretanto, de outro ângulo, poderia o poder concedente argumentar que o dissídio da categoria ocorreu de uma causa própria e autônoma assumida contratualmente como risco próprio do concessionário, não tendo sido o atraso na licença ambiental a sua causa direta, mas, sim, o próprio impacto da inflação nos salários dos trabalhadores.

Evidencia-se que a simples alocação de riscos, que apenas atribua responsabilidades dos eventos para cada uma das partes, por vezes não será suficiente para proporcionar a adequada segurança jurídica.

É razoável propor que a regulação do contrato de concessão possa avançar mais, sempre que factível, no sentido de, além da descrição e alocação dos eventos reputados como risco, estabelecer as correlações entre os riscos e causas, disciplinando, desde logo e se possível, as consequências desses nexos de causalidade, notadamente no caso de inadimplementos ou atrasos no cumprimento das obrigações.

Logo, a alocação de riscos, devidamente acompanhada das devidas qualificações e responsabilizações, funciona como a própria matriz concretizadora da mutabilidade na ambiência contratual.

Todavia, e já introduzindo o tópico seguinte deste trabalho, isso não implica que toda e qualquer problemática sobre reequilíbrio nos contratos concessionais seja solucionada a partir de imposições absolutas entabuladas pela alocação de riscos. É possível que surjam incertezas (que tecnicamente tem conceituação distinta de risco) impossíveis de serem previstas, as quais ensejarão controvérsias sobre eventuais desequilíbrios e soluções de reequilíbrio.

Há também a situação de imprevisão na própria alocação de riscos, quando há superveniência de eventos cujas consequências extremadas podem ser superiores à álea que a parte poderia suportar segundo a matriz de riscos, problemáticas estas que serão examinadas no capítulo seguinte.

7 A teoria da imprevisão

Os capítulos precedentes fizeram uma contextualização acerca da evolução histórica das características dos contratos de concessão, com enfoque nos pontos que permeiam a ideia de mutabilidade e o instituto da teoria da imprevisão. A seguir, abordaram-se os aspectos afetos à temática da alocação de riscos contratuais e a ligação umbilical com o equilíbrio econômico-financeiro nos contratos de concessão.

No presente capítulo serão examinados aspectos teóricos da denominada teoria da imprevisão, sua vinculação com a problemática do desequilíbrio econômico-financeiro nos contratos de concessão, decorrente de circunstâncias supervenientes que não puderam ser originalmente previstas, e como se dá a sua interação diante da matriz de riscos.

Pretende-se, a partir dos conceitos trabalhados nos capítulos anteriores, trazer alguns pontos de reflexão sobre a aplicabilidade da teoria da imprevisão nesse contexto dos contratos de concessão, sem a pretensão de esgotar o vasto e complexo tema, mas com intuito de agregar uma perspectiva contemporânea baseada na ideia de mutabilidade.

7.1 Origem, fundamentos, base normativa e jurisprudencial

Preliminarmente, cabe situar que a matéria é uma problemática comum aos contratos públicos e privados, especialmente aqueles cuja execução se prolonga no tempo e estão sujeitos às variabilidades da realidade. No caso dos contratos de concessão, de um lado existe a perspectiva de estabilidade e segurança jurídica esperados com a contratualização recíproca de direitos e obrigações em acordos de longo prazo, de outro há a inexorável realidade do mundo dos fatos, capaz de alterar drasticamente as bases que orientaram a consumação do negócio e provocar severos desequilíbrios na economia original do contrato.

A teoria se alicerça, portanto, no legítimo direito à revisão dos contratos quando ocorrem mudanças imprevisíveis e extraordinárias que geram, igualmente,

consequências onerosas e extremadas para um dos contratantes. Não se trata, portanto, de desprestígio àquilo que foi formalizado entre as partes, mas da necessária arquitetura de arranjos jurídicos que não ignorem a imponderabilidade cada vez maior do mundo dos fatos.

Segundo leciona Wald (1995, p. 212), a teoria da imprevisão seria uma leitura moderna da cláusula *rebus sic stantibus*, visto que essa apenas autorizaria a extinção do contrato, ao passo que aquela admite a possibilidade de alteração do contrato com vistas à sua preservação:

A cláusula *rebus sic stantibus* renovada no Direito moderno sob o nome de teoria da imprevisão tem assim importância como conceito amortecedor, ou seja, como ideia-força que limita a autonomia da vontade no interesse da comutatividade dos contratos, ou seja, com a finalidade de assegurar a equivalência das prestações das partes quando, por motivo imprevisto, uma delas se tornou excessivamente onerosa. A teoria da imprevisão não extingue a autonomia da vontade; consiste numa interpretação construtiva do conteúdo desta vontade. A lei e ao juiz cabe a função de garantir os direitos individuais dentro dos limites em que podem ser exercidos no interesse superior da sociedade. E a teoria da imprevisão realiza a superior conciliação do interesse individual e da necessidade social, da justiça e da segurança, que são as finalidades precípuas do Direito.

Trata-se de noção que vocaciona ser aplicada nos contratos de concessão, em que há interesse direto maior da sociedade na conservação do pacto para atendimento da finalidade pública que justificou a contratação. Em tais hipóteses, por intermédio da teoria da imprevisão percebeu-se ser menor oneroso prosseguir com o contrato, ainda que em novas bases, do que extingui-lo.

Interessa, na perspectiva do presente estudo, realçar a íntima conexão da teoria com a noção de equilíbrio econômico-financeiro, pois se revela de instrumental para tutelar a comutatividade e equidade das relações contratuais públicas. Nas lições de Justen Filho (2003, p. 385):

Durante a execução dos contratos, em especial aqueles de longa duração, podem ocorrer alterações econômicas imprevisíveis, tornando inviável ao particular executar o contrato nas condições originalmente previstas. Executar a prestação nos exatos termos inicialmente previstos acarretaria a sua ruína. Veja-se que a execução é materialmente possível, mas seria economicamente desastrosa.

No que toca à origem, ensina MEDAUAR (2018, p. 226) que o *leading case* a respeito da aplicação da teoria da imprevisão no âmbito de contratos administrativos também se deu na França quando, iniciada a I Guerra Mundial, a *Compagnie Générale d'Eclairage de Bordeaux*, responsável pela produção e distribuição de gás de iluminação na cidade de *Bordeaux*, requereu ao Conselho de Estado francês a revisão do contrato que havia celebrado com o Município em razão do súbito aumento do preço do carvão diante da ocupação de regiões produtoras pelos alemães e da dificuldade de transporte do insumo como consequência da guerra. Valendo-se da teoria da imprevisão, em decisão de 1916, o Conselho de Estado fixou uma indenização em favor da companhia para compensá-la do desequilíbrio contratual.

Esse núcleo central da teoria se consolidou na Europa e, no Brasil, foi batizado com inspiração no Direito Francês, adotando-se a nomenclatura conhecida como teoria da imprevisão, cuja aplicabilidade recai tanto nos contratos privados como nos públicos, em termos expressamente previstos, respectivamente, nos artigos 478 a 480 do Código Civil (CC), 65, II, “d”, da Lei Federal nº 8.666/1993 e, mais recentemente, no art. 124, II, “d”, da Lei Federal nº 14.133/21.

Ademais, os Tribunais Superiores reconhecem pacificamente essa orientação quando o fato é imprevisível, ou previsível, mas com consequências incalculáveis, exógeno à vontade das partes e que tenha causado onerosidade excessiva a uma das partes. O Supremo Tribunal Federal (STF) já admitia a aplicação da teoria da imprevisão a contratos administrativos desde 1968, conforme se observa nos Recursos Extraordinários (RE) nº 64.152-GB (rel. Min. Oswaldo Trigueiro, julgado em 23.8.1968) e 64.231-SP (rel. Min. Adauto Cardoso, julgado em 26.9.1969). O Superior Tribunal de Justiça (STJ) passou a reconhecer a aplicação desta teoria, segundo se depreende de diversos julgados, como nos Recursos Especiais (REsp) nº 120.113-MG (rel. Min. Humberto Gomes de Barros, julgado em 14.8.2000), 216.018-DF (rel. Min. Franciulli Neto, julgado em 10.09.2001), 361.694-RS (rel. Min. Nancy Andrigui, julgado em 25.03.2002), 431.121-SP (rel. Min. José Delgado, julgado em 07.10.2002) e 1.283.757-SC (rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 27.09.2013).

De semelhante teor é o posicionamento do Tribunal de Contas da União (TCU), sendo possível citar os Acórdãos nº 64/1993 (rel. Min. Fernando Gonçalves, data da sessão 14.7.1993), 1268/2008 (rel. Min. Raimundo Carreiro, data da sessão 2.7.2008) e 7.249/2016 (rel. Min. Ana Arraes, data da sessão 14.6.2016).

Quanto aos limites temporais, o objetivo primordial da incidência da teoria da imprevisão é a alterabilidade do contrato de concessão para sua conservação. Por isso que eventual pleito de reequilíbrio instaurado perante o órgão regulador ou, mesmo, resolução de conflito pela via arbitral ou judicial deve ser formalizado pela parte interessada durante o período em que o contrato está vigente. Como afirma Garcia (2023, p. 159):

Pedidos de reequilíbrio visam a reequacionar as bases do contrato, não sendo razoável que pleitos dessa natureza sejam deduzidos após a extinção do pacto. Terminado o contrato, pode-se até cogitar de eventual indenização com outro fundamento, mas nunca com base no equilíbrio econômico-financeiro do contrato, pois é consectário lógico e natural que reequilíbrios estejam vinculados à existência de um vínculo contratual.

A questão inclusive passou a dispor de expressa solução normativa com o advento da Lei Federal nº 14.133/21, que, no seu artigo 131, parágrafo único, passou a prever que o pedido de restabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro deverá ser formulado durante a vigência do contrato e antes de eventual prorrogação.

Delineados, em linhas gerais, os contornos conceituais da teoria da imprevisão, é preciso correlacionar alguns aspectos mais relevantes que se conectam com os núcleos centrais deste estudo.

7.2 A aplicação da teoria da imprevisão nos contratos de concessão

A passagem do tempo e suas repercussões nas relações jurídicas sempre foram objeto de estudo no Direito. Como pano de fundo, a constatação da incapacidade do ser humano de calcular e prever as contingências, bem como as complexas questões que se colocam em causa quando a ocorrência de fatos novos produz efeitos em situações jurídicas geradas no passado.

Especialmente nos contratos de concessão duradouros, os conceitos que permeiam teoria da imprevisão encontram grande aplicabilidade, devendo ser analisados de acordo com as particularidades destes contratos, especialmente a repartição objetiva de riscos. Pode-se cogitar que os modelos de regulação contratual onde são previstas exaustivas matrizes de riscos contratuais restringem muito a aplicação da Teoria da Imprevisão.

Não obstante, não há incompatibilidade entre os dois institutos. Comentando sobre o tema, Garcia (2023, p. 160) afirma:

Indubitável que a teoria da imprevisão é aplicável aos contratos de concessão, ainda que com particularidades. (...) Seria rematado absurdo afastar a teoria da imprevisão exatamente daqueles contratos públicos que se protraem no tempo e que, forçosamente, se sujeitam com maior intensidade às mudanças no seu contexto factual, apresentando potencial de abalar as bases originais daquilo que consensualmente as partes pactuaram.

Em obra clássica sobre a questão, Tácito (1961, pp. 1-2) discorre que:

Embora aplicável a outros contratos administrativos, o terreno por excelência da teoria da imprevisão é a concessão do serviço público, cuja longa duração, associada à regra da continuidade do serviço, confere particular interesse à manutenção dinâmica do contrato. O estado de imprevisão indenizável deve ser anormal, imprevisível e intolerável. A álea econômica é, por natureza, extraordinária, excedente aos riscos normais admitidos pela natureza do negócio. Os fenômenos de instabilidade econômica ou social (guerras, crises econômicas, desvalorização da moeda) são as causas principais do estado de imprevisão, tanto pela importância do impacto de seus efeitos, como pela imprevisibilidade de suas consequências. A sua gênese poderá, no entanto, vincular-se a acontecimentos naturais (terremotos, inundações, incêndios, desmoronamentos), ou a intervenções administrativas ou legais (controle econômico, bloqueio de preços) que induzem a grave e inesperada rotura do equilíbrio financeiro do contrato. A imprevisibilidade não se refere, necessariamente, ao elemento perturbador em si mesmo, mas aos seus efeitos que ultrapassem à razoável previsão humana.

Também é pertinente transcrever as considerações de Aragão (2013, pp.35-36) sobre o tema:

Já nas concessões comuns, disciplinadas pela Lei no 8.987/1995, o risco é, pelo menos de acordo com a teoria tradicional, tendencialmente do concessionário privado. Se o serviço público concedido vai ser mais ou menos utilizado pelos destinatários finais, é em princípio considerado um risco inerente ao negócio. Apenas o risco por fatos imprevisíveis (ex.: racionamento de energia que gere uma inesperada redução de energia) ou de responsabilidade do próprio Estado (ex.: aumento de tributos, alteração

unilateral do contrato) são assumidos pelo poder concedente por força do direito do concessionário ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato

Acerca desses traços singulares dos contratos concessoriais, Justen Filho (2004, pp.153-154) ressalva que os contratos de concessão possuem uma lógica diferente dos contratos administrativos comuns regidos pela Lei Federal nº 8.666/1993. Isso porque, em geral, os contratos de concessão atribuem mais liberdade ao contratado, cabendo-lhe em regra definir o melhor meio para atingir as finalidades almejadas pelo poder concedente. Essa característica dos contratos de concessão tem influência sobre a alocação de riscos que normalmente se estabelece em tais instrumentos. Contudo, respeitada a divisão de riscos que decorra expressa ou implicitamente de cada contrato, conclui o autor que esse fato não afasta a aplicabilidade da teoria da imprevisão a contratos de concessão. Porém, deve-se considerar que, num contrato de concessão, em geral o empreendedor assume uma parcela maior de riscos em comparação aos contratos administrativos comuns.

Nesse ponto, cabe citar mais uma vez Guimarães (2017, pp. 43-44), que assim se posiciona:

Na hipótese, contudo, de ausência de solução contratualmente estabelecida, caberá ao intérprete e ao juiz encontrar critérios secundários a oferecer uma solução à questão que possa estar harmonizada com o regime jurídico dos contratos de longo prazo. Nesse particular, nem a Lei nº 8.987/95 nem a Lei nº 11.079/2004 trazem qualquer indicação acerca da tutela de riscos extracontratuais. Já a Lei nº 8.666/93, que tem aplicação subsidiária aos contratos concessionários, contém uma disciplina expressa sobre a questão, inscrita na alínea “d” do inc. II do art. 65, deslocando-se à Administração Pública os riscos atinentes à álea extraordinária e extracontratual. Nesse particular, e como já anotei em outro estudo, o tratamento dispensado pela Lei nº 8.666/93 para a tutela de riscos extracontratuais (alínea “d” do inc. II do art. 65) não parece inconciliável com o modelo concessionário: Observe-se que essa regra visa a tutelar uma situação própria de risco extracontratual, desconsiderado pelo contratado ao tempo da contratação. O objetivo do legislador parece ter sido precisamente o de desestimular, nas propostas oferecidas na licitação, a precificação de situações de risco cujo controle pelos interessados é impossível ou bastante limitado. A finalidade é desonerar as propostas desses custos, transferindo-se a responsabilidade de gerenciamento desses riscos à Administração. Essa orientação está alinhada com a premissa fundamental costumeiramente utilizada para nortear a alocação de riscos em contratos complexos e de longo prazo, como as concessões e as PPPs, a qual recomenda alocar o risco à parte que detém melhores condições para o seu gerenciamento, donde se extrai a exegese de que riscos que não possam ser adequadamente gerenciados pelo parceiro privado devem ser retidos pelo parceiro público. Como esses riscos serão aqueles considerados imprevisíveis (e extracontratuais), o parceiro privado não terá meios para gerenciá-los adequadamente, fazendo sentido, portanto, que sejam eles alocados à responsabilidade do parceiro público. Parece-me,

portanto, que essa regra será perfeitamente aplicável aos contratos concessionários para hipóteses de riscos imprevisíveis e extracontratuais.

Do exposto até aqui e em linha com a jurisprudência supramencionada dos Tribunais Superiores, resta indubitável que a teoria da imprevisão seja aplicável aos contratos de concessão, ainda que com particularidades.

Com efeito, elenca-se como requisitos hábeis a justificar a revisão contratual, com base na teoria da imprevisão, a incidência de eventos supervenientes e extraordinários, cuja ocorrência ou consequências sejam imprevisíveis ou inevitáveis, causadores de um desequilíbrio grande no contrato, ou seja, uma onerosidade excessiva para uma das partes. E como já se teve a oportunidade de registrar, também deve ser respeitada, como regra, a alocação eficiente dos riscos nos contratos concessionais, pois integra o próprio coração desses pactos.

Nos limites deste trabalho, um dos pontos mais relevantes na interpretação da incidência da teoria da imprevisão nos contratos de concessão consiste em identificar como será reequilibrado o contrato e qual parte será responsável por suportar o ônus excessivo causado pelo evento que as partes não podiam prever, seja no que diz respeito à sua ocorrência, seja no tocante à sua consequência ou extensão.

Cabe discernir que, nos contratos administrativos ordinários (aqui entendidos como os não concessionais), prevalece a interpretação que os riscos decorrentes dos eventos referidos no art. 65, II, “d”, da Lei Federal nº 8.666/1993 devem ser assumidos pelo poder concedente, seguindo a lógica da teoria das áleas. Já nos contratos concessionais a primazia da matriz de riscos já havia sido compreendida como elemento balizador da responsabilização pelo evento ocorrido desde a edição da Lei Federal nº 11.079/2004 (incisos I e VI do art. 4º e inciso III do art. 5º). Importante alertar que a recém promulgada Lei Federal nº 14.133/2021 trouxe uma inovação em relação ao cenário anterior, ao admitir que o caso fortuito, fato do príncipe e teoria da imprevisão devam obedecer à repartição objetiva de riscos definida em contrato.

Como aponta Garcia (2023, pp. 161-162), existem razões para essa conclusão de não se supor equitativo imputar todo o ônus indenizatório pela ocorrência do evento ao poder concedente, como preceitua o art. 65, II, “d”, da Lei Federal nº 8.666/1993:

Três razões permitem chegar a essa conclusão. A primeira razão é que a incidência da teoria da imprevisão está diretamente relacionada à ocorrência de um fato externo, mas que não foi provocado por nenhuma das partes, como, por exemplo, são os eventos que se situam na álea econômica extraordinária e que são inteiramente estranhos à vontade das partes, cujo exemplo clássico é a mudança do cenário econômico ocasionado por uma grave crise. Na perspectiva de um juízo de equidade, seria injusto impor exclusivamente a uma das partes o ônus integral de um acontecimento que, sendo exógeno ao arranjo contratual, não decorreu da ação ou omissão do poder concedente ou mesmo do concessionário. A segunda razão é que essa assunção integral do risco decorrente da superveniente imprevisão poderia impor um ônus excessivo à coletividade. É que, recaindo o dever de indenizar ou de reequilibrar o contrato apenas no poder concedente, as consequências poderiam ser, direta ou indiretamente, prejudiciais aos usuários ou a toda a sociedade. O que deve ser preservado, a partir de uma perspectiva relacional e alicerçada na boa-fé e no dever de cooperação mútuo, é uma solução equitativa que busque realizar a justiça material no caso concreto. A terceira razão é que, no caso dos contratos de concessão, a essas razões se soma mais uma, que é a circunstância de a alocação de riscos integrar a própria essência destes pactos, existindo uma inegável *margem de normatividade contratual* para as partes disciplinarem sobre a partilha de impactos de eventos que se apresentem como características de imprevisibilidade ou de previsibilidade de consequências incalculáveis e provocadores de onerosidade excessiva.

Veja-se que, especificamente na hipótese dos contratos de concessão regidos pela Lei Federal nº 11.079/2004, o legislador não definiu como esses riscos são alocados, nem sequer estabeleceu critérios para as partes fazerem tal alocação. A interpretação da norma remete à liberdade de conformação para que, pela regulação do contrato de concessão, as partes estabeleçam como lidar com a superveniência de eventos que se enquadrem como álea econômica e extraordinária.

Em vista disso, é possível sustentar que no campo da regulação contratual há espaço para que eventos que não decorram diretamente de ações estatais e que sejam estranhos à vontade das partes possam comportar uma alocação de riscos compartilhada ou mitigada. Nessas hipóteses, não parece haver justificativa para que o risco culmine na transferência exclusiva do prejuízo de um contratante para outro⁵.

Restaram demonstradas, portanto, a possibilidade de aplicação da teoria da imprevisão no âmbito dos contratos concessionais, com a demonstração dos

⁵ Conforme já teve oportunidade de decidir o STJ: “A teoria da imprevisão (*rebus sic stantibus*), que se contrapõe à do *pacta sunt servanda*, tem por fundamento o princípio da equidade. A revisão do contrato justifica-se para restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro existente da sua formação; não pode culminar exclusivamente na transferência do prejuízo de um para o outro contratante. (STJ, 4ª Turma, REsp 369.744-SC, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, julgado em 15.4.2003).

requisitos aplicáveis, e a necessidade de obediência à matriz de riscos como regra geral prestigiada pela legislação e doutrina sobre a matéria.

Discorreu-se, também, sobre a margem de autonomia para que a regulação contratual discipline os eventos e as responsabilidades pelos ônus decorrentes de cada evento, não havendo óbices para adoção de soluções flexíveis como o compartilhamento ou mitigação de riscos nas hipóteses de caso fortuito, força maior, fato do príncipe e teoria da imprevisão.

A solução sempre estará no exame de cada contrato de concessão e a partir da disciplina de como esses riscos foram efetivamente alocados, tal qual sinalizou o próprio legislador no artigo 5º, inciso III, da Lei Federal nº 11.079/2004.

Inclusive, esta margem de normatividade concedida pela lei à regulação contratual não impede que o detalhamento da solução da imprevisão, na inviabilidade de se exaurir antecipadamente no contrato as consequências e extensão de todos os eventos, se aperfeiçoe melhor num arranjo pós-contratual por conta das próprias vicissitudes do mundo real.

Dissertando sobre esse racional, Garcia (2023, p. 163) sustenta que:

O tratamento da imprevisão pode ser mais racional a partir de uma gestão negativa de riscos. A solução de uma gestão positiva de riscos, com delimitações e soluções previamente concebidas, pode não levar em consideração a natureza da imprevisão e o seu impacto nas consequências assumidas por cada um dos contratantes, não se revelando suficiente para nenhuma das partes. Como saber, por exemplo, o tamanho do impacto de uma crise econômica e as suas consequências específicas no contrato de modo antecipado? É improvável que as partes tenham condições de adivinhar os aspectos de uma realidade futura e dominar condicionantes e extensão que ignoram por completo. Essas circunstâncias somente são cognoscíveis após a sua efetiva ocorrência. Melhor seria admitir essa impossibilidade e aceitar que alguns eventos, cujas consequências são incalculáveis, terão soluções mais equitativas *ex post* e não *ex ante*.

Desse modo, a legal delegação de maior liberdade na regulação do contrato às partes abre espaço para que a teoria da imprevisão sejam um espaço fértil de promoção de uma gestão negativa de riscos, possibilitando que as partes possam conceber uma solução consensual *ex post* a partir da identificação da causa do

desequilíbrio, a sua extensão, bem como as medidas cabíveis e adequadas para promover o seu reequilíbrio.

Sintetizando as ponderações e reflexões aqui expostas, é pertinente destacar as cláusulas do contrato de PPP para a execução de obras e prestação de serviços relativos à modernização, efficientização, expansão, operação e manutenção da infraestrutura da rede municipal de iluminação pública do município de Curitiba⁶, estado do Paraná:

43.1. Na ocorrência de situações de CASO FORTUITO ou FORÇA MAIOR, resguardadas as disposições em contrário expressas neste CONTRATO, e com o objetivo de conferir um tratamento equitativo às PARTES no que tange ao cumprimento das obrigações relacionadas à prestação dos SERVIÇOS, bem como à continuidade da execução contratual, de acordo com o caso concreto, serão observadas as seguintes regras: 43.1.1. Nenhuma das PARTES será considerada inadimplente se o cumprimento de obrigações tiver sido impedido pela ocorrência de CASO FORTUITO ou FORÇA MAIOR, devendo comunicar no prazo máximo de 48 (quarenta e oito horas) à outra PARTE a ocorrência de qualquer evento dessa natureza. 43.1.2. Salvo se o PODER CONCEDENTE fornecer outras instruções por escrito, a CONCESSIONÁRIA continuará cumprindo suas obrigações decorrentes do CONTRATO, na medida do razoavelmente possível e procurará, por todos os meios disponíveis, cumprir aquelas obrigações não impedidas pelo evento de FORÇA MAIOR ou CASO FORTUITO, cabendo ao PODER CONCEDENTE da mesma forma cumprir as suas obrigações não impedidas pelo evento de FORÇA MAIOR ou CASO FORTUITO. 43.1.2.1. As PARTES poderão acordar sobre a possibilidade de revisão contratual ou extinção da CONCESSÃO. (...) 43.1.2.3. Caso as PARTES optem pela revisão contratual, deverá haver uma divisão equitativa dos prejuízos causados pelo evento.

Observa-se que não houve imputação de todo o ônus indenizatório ao poder concedente e abriu-se a oportunidade para o processamento do reequilíbrio sob um viés de divisão equitativa dos prejuízos causados pelo evento apurados a partir de sua ocorrência⁷, em linha com as reflexões suscitadas no presente tópico.

⁶ Disponível em: <http://mid.curitiba.pr.gov.br/2022/00352464.pdf>. Acesso em 12/02/2023.

⁷ A propósito, a orientação do TCU: "Para essas situações derivadas de áleas extraordinárias, a própria legislação de contratos já prevê os remédios jurídicos adequados à justa recomposição do equilíbrio contratual que possa ser afetado por esses eventos. Assim, durante a execução da avença, é perfeitamente possível a superveniência de fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução da obra, ou, ainda, decorrentes de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, a configurar álea econômica extraordinária e extracontratual. Nessas situações, o art. 65, inciso II, alínea "d", da Lei 8.666/1993 faculta aos contratantes a possibilidade de estabelecerem negociações aptas a demonstrar a necessidade do restabelecimento do reequilíbrio econômico-financeiro da avença, que, uma vez concretizado, ensejará a celebração de termo aditivo contratual (Acórdão nº 2901/2015, rel. Min. Augusto Sherman, julgado em 11.11.2005).

Por fim, oportuno salientar que, se por um lado a doutrina é unânime em afirmar que cada parte deve suportar os riscos contratualmente pactuados, por outro sobra a indagação se devem as partes suportar integralmente as consequências dos riscos contratualmente assumidos quando se tornam extraordinariamente custosos em razão da abrupta mudança do cenário.

Em razão dos recentes eventos advindos da Pandemia de COVID-19, guerras e outros eventos diversos cujos impactos são cada vez mais recorrentes no panorama das variáveis econômicas do mundo globalizado, têm sido frequentes as ocorrências de desequilíbrios ou pleitos de reequilíbrio em razão da drástica mudança do cenário macroeconômico.

Nessa perspectiva, tem-se se discutido com maior intensidade a possibilidade de aplicação da Teoria da Imprevisão mesmo diante da materialização de riscos atribuídos expressamente a uma das partes no âmbito da matriz contratual.

7.3A possibilidade de incidência da teoria da imprevisão na matriz de riscos

Conforme visto anteriormente, é possível a aplicação da teoria da imprevisão nos contratos de concessão, respeitadas as suas características próprias e a alocação de riscos prevista explícita ou implicitamente no respectivo instrumento contratual. Mas, para isso, é imprescindível que se trate de evento superveniente e extraordinário, cuja ocorrência ou consequências sejam imprevisíveis e inevitáveis e que tenha gerado onerosidade excessiva decorrente de um significativo desequilíbrio no contrato.

Todavia, no bojo das considerações acerca da mutabilidade dos contratos de concessão expostas neste estudo, cabe propugnar uma indagação se devem as partes suportar integralmente as consequências dos riscos contratualmente assumidos quando estes se tornam extraordinariamente custosos em razão da abrupta mudança de cenário como, por exemplo, o advento de grandes crises econômicas. Registre-se que, no setor de infraestrutura, os mercados monetário, de crédito, de capitais e cambial compõem um conjunto determinante para a atração de

recursos privados em contratos públicos. Essa conjuntura é determinante para atrair, em maior ou menor grau, o setor privado.

Moreira (2010, pp. 403-404) pondera que os contratos de concessão são celebrados a partir de uma determinada conjuntura, sobretudo econômica, que motiva as partes a alinharem seus interesses e pactuarem reciprocamente direitos e obrigações:

Conforme já mencionado, as condições do contrato remetem às circunstâncias institucionais nas quais ele foi celebrado. O estado de coisas que permitiu a elaboração e a concretização daquele específico projeto concessionário (interesse público primário e a sua densificação por meio de leis, debates públicos, regulamentos, edital e contrato; metas a serem atingidas; qualificação e cooperação das partes; fluxos de receitas e custos; taxas de rentabilidade; alocação de riscos etc.). Isto diz respeito à boa-fé dos participantes, bem como à base objetiva do negócio definida como conjunto de circunstâncias cuja existência ou persistência é devidamente pressuposta no contrato – sabendo ou não os contratantes –, porque, se assim não for, não se poderia alcançar a finalidade do contrato, o propósito das partes contratantes, e a subsistência do contrato não teria sentido, fim ou objeto. O que se defende é a compreensão do contrato de concessão como um negócio jurídico celebrado em determinado contexto histórico (e, assim, como não poderia deixar de ser, circunscrito à sua própria historicidade objetiva), impondo-se a respectiva adaptação às alterações supervenientes, anormais e imprevisíveis, relativas à sua base objetiva. Não se pretende que o intérprete se imiscua na vontade das partes e respectiva subjetividade da avença (a averiguar eventuais vícios de vontade), mas, sim, na base objetiva que veio que veio a dar efetividade ao projeto do concessionário. O que não significa descartar eventos outrora qualificados de imprevisíveis, de força maior etc. – estes têm abrigo nas condições do contrato (mas não só estes) e na relação jurídica dele oriunda. O horizonte ora defendido é mais extenso e complexo.

Nessa toada, quando, no transcurso da execução contratual, as bases e circunstâncias externas que motivaram as partes a entabular a relação (inclusive a própria matriz de riscos) são drasticamente alteradas, inviabilizando o cumprimento da finalidade primária do contrato e atingindo profundamente o equilíbrio econômico-financeiro pactuado, ocorre uma ruptura das bases objetivas do negócio e poderia se cogitar de um legítimo direito dos contratantes de promover a revisão do pacto com base na racionalidade da teoria da imprevisão, mesmo diante de um risco contratualmente assumido. Sob tais condições, Garcia (2023, p. 166) avalia que:

Supor que as partes devem manter tudo como está mesmo diante de aguda transformação das circunstâncias econômicas exógenas ao contrato, em grau suficiente para desequilibrar financeiramente a relação e gerar iniquidades e injustiças gravosas para um dos contratantes, é ignorar a boa-

fé como pressuposto das relações públicas contratuais. Ainda que o desequilíbrio recaia essencialmente em custos assumidos por uma das partes, parece singela a solução simplista de que se trata de risco contratualmente previsto, afastando-se, por completo, a racionalidade da teoria da imprevisão. A nota que caracteriza e tipifica a alocação contratual de riscos é a sua previsibilidade. A antecipação de qual parte vai assumir esse risco é – diga-se de passagem – extremamente benéfica para ambos os contratantes e eis que, além de reduzir incertezas, comumente reflete-se na própria formação do preço ofertado na licitação. No entanto, a contratualização dos riscos não é suficiente para a solucionar integralmente as complexas questões que podem impactar os contratos de concessão. A sua previsibilidade não é absoluta e capaz de antever todas as situações e, principalmente, todas as consequências que podem advir para uma das partes. Em outras palavras: o risco era previsível, a justificar a sua alocação contratual. Mas o imprevisível era o resultado extremado dos eventos em cenários econômicos drasticamente alterados. Tem-se, então, a imprevisão na previsão.

Há que se pontuar que a própria legislação reconhece explicitamente que mesmo os fatos previsíveis podem acarretar consequências incalculáveis, nos termos que dispõem o artigo 65, II, “d”, da Lei Federal nº 8.666/1993 e o artigo 124, II, “d”, da Lei Federal nº 14.133/2021. Ao utilizar a expressão “fatos imprevisíveis, ou previsíveis de consequências incalculáveis”, admitiu o legislador que mesmo os fatos previsíveis, desde que os seus resultados sejam imponderáveis, têm o condão de permitir que as partes promovam a revisão das condições originais do contrato.

A expressão “fatos previsíveis” denota eventos que foram (ou deveriam ter sido) alocados como riscos no contrato de concessão, ainda que as partes pudessem antever a extensão das suas consequências. Ou seja, o fato era previsível e cognoscível; a sua consequência, não. Correlacionando com a temática da metodologia de alocação de riscos examinada nos tópicos precedentes deste trabalho, é possível aduzir que fatos previsíveis de consequências incalculáveis podem ser enquadrados como riscos, ao passo que fatos imprevisíveis podem ser categorizados como incertezas.

Visto nesses termos, é possível sustentar que a teoria da imprevisão, não obstante o *nomen juris* adotado, não tem a imprevisibilidade como um requisito indispensável para a sua aplicação, o que permite avançar na constatação de que o dever de reequilibrar o contrato – quando o pressuposto for a incidência da teoria da imprevisão – também se perfectibiliza quando o fato se desenhar como previsível mas a sua consequência e a sua extensão para as partes ou apenas para uma delas não

puderem ser calculadas na sua completude. Sendo assim, é possível asseverar que a aplicação da teoria da imprevisão não é incompatível com a alocação de riscos contratualmente pactuada (Garcia, 2023, p. 161).

Idêntica é a percepção de Silva (2014, p. 75), em sua obra sobre a alocação de riscos em contratos de concessão comum e PPP:

Em breve síntese: se as circunstâncias da celebração do contrato interessam para fins de construção de sua base objetiva e, por consequência, à projeção, precificação e alocação de determinados riscos contratuais, é razoável afirmar que uma alteração das circunstâncias que possibilite a ocorrência de um risco alocado, porém em proporções inestimáveis à época da celebração do contrato, pode gerar o dever de reequilíbrio por escapar das projeções contratuais (e respectivos custos), desequilibrar a relação prestação-contraprestação e atentar contra a finalidade contratual. (...). Duas dimensões envolvem a alocação de riscos contratual: a previsão de risco propriamente dito e a previsão de sua extensão (ou da extensão de seus efeitos). Prever riscos, portanto, nem sempre se confunde com prever os prejuízos deles decorrentes.

Debatendo a questão, confira-se a posição adotada por Marques Neto (2015, p.192):

No exemplo dos custos, se a explosão do inicialmente orçado decorrer de uma deterioração macroeconômica significativa e imperscrutável, resta recolocada a discussão (dentro dos procedimentos previstos no contrato) sobre formas e parâmetros para essa recomposição. Do mesmo modo, ainda que ao concessionário caiba o risco da demanda, se a queda abrupta tiver decorrido de uma ação ou de uma omissão do poder concedente, também se justifica, inobstante o pactuado, a discussão sobre o tal desequilíbrio. Segue daí que em uma concessão comum (e como veremos na concessão em geral) o tema da manutenção do equilíbrio econômico-financeiro e de sua recomposição deve ser sempre tratado no âmbito da negociação regulatória, para o qual o contrato deve contemplar parâmetros e procedimentos.

Pedro Gonçalves (2016, p. 559) também reflete sobre o assunto:

Mas a circunstância de o cocontratante assumir um determinado risco (por exemplo, de procura ou de construção) não significa que tenha de suportar as consequências de todo e qualquer fato que produza efeitos no domínio desse risco. Assim, suponha-se a diminuição da procura resultante de um fato anormal e imprevisível: por exemplo, terremoto que destrói a autoestrada gerida em sistema de concessão. Neste cenário, mesmo que o concessionário tenha assumido o risco de procura, a diminuição desta não corresponde a um risco próprio do contrato, antes resulta de uma ocorrência anormal e imprevisível, que deve dar lugar a uma compensação.

O exemplo mencionado pelo autor evidencia que os riscos contratuais possuem potencialidades de ocorrência, isoladamente ou em conjunto, a demandar uma interpretação acerca da interdependência e nexos de causalidade porventura existentes entre eles.

Dessa forma, um raciocínio que defenda a leitura isolada da matriz de riscos como um atalho jurídico desconsidera por completo todas as dimensões, variáveis e, principalmente, as consequências quando se está diante de abruptas mudanças de cenários e dos pressupostos que orientaram a formação original da vontade negocial das partes.

Vê-se que, conquanto se trate de temática bastante complexa e ainda pouco explorada, há doutrina sinalizando pela razoabilidade de uma compreensão mais permeável e sensível aos impactos de eventos externos nas consequências dos eventos delineados na matriz de riscos.

Por óbvio, releva observar que a hipótese ora cogitada se refere a bruscas mudanças de cenários econômicos, capazes de provocar abalo profundo, imprevisível e agudo na estrutura de custos do concessionário, potencializando seus encargos de uma maneira que desequilibra desproporcionalmente a base objetiva do negócio. Não se trata, pois, de simples perturbação externa quanto a determinado contrato de concessão que tenha tornado a sua execução apenas transitoriamente mais onerosa ou que tenha implicado a redução da lucratividade esperada pelo concessionário. Esse arranjo de coisas é normal e deve ser suportado pela concessionária na forma os riscos contratualmente assumidos.

É nesse momento, quando transpostas as premissas do plano teórico (amparadas em soluções positivadas no ordenamento jurídico, como se demonstrou) para o mundo real, e a partir das nuances factuais de cada situação específica, que a questão assume dimensões mais complexas e de difícil equacionamento.

Na prática, não é das mais simples a tarefa de reconhecer a ocorrência de desequilíbrios quando os riscos foram contratualmente alocados às partes. Cria-se um ônus argumentativo para que a parte que se sentiu prejudicada, seja o concedente

ou o concessionário, comprove o efetivo impacto do evento no contrato, não bastando meras alegações ou invocações genéricas.

Torna-se indispensável a demonstração empírica do nexo de causalidade, além de cuidadosa análise das causas e concausas ou mesmo uma relação de interdependência com outras circunstâncias que ocasionaram a perturbação e concorreram para o desbalanceamento contratual.

Em determinadas situações, não existe uma solução genérica que possa resolver questões tão intrincadas. O mais adequado parece compreender que as soluções deverão ser construídas em cada contrato de concessão, a partir da alocação de riscos pactuada e considerando um genuíno dever de cooperação mútuo, alicerçado em uma postura relacional entre as partes e regida pela solidariedade e boa-fé.

Entretanto, algumas técnicas de regulação contratual quanto à definição dos limites dos riscos alocados contribuem para trazer uma maior previsibilidade às partes. No Brasil, a disciplina do caso fortuito e força maior encontra previsão legal no artigo 65, II, da Lei Federal nº 8.666/1993 e no artigo 5º, III, da Lei Federal nº 11.079/2004, que é expresso no sentido de que caberá ao contrato prever cláusula disciplinando sobre a repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária. A recém promulgada Lei Federal nº 14.133/21 também passou a admitir que o tema comporta repartição objetiva dos riscos no instrumento contratual, em alusão à citada noção de margem de normatividade do contrato.

Havendo essa discricionariedade, é fundamental examinar como cada contrato partilhou o risco de caso fortuito ou força maior. Tem sido costume que os contratos de concessão atribuam ao concessionário a ocorrência de eventos considerados como de caso fortuito e de força maior que são objeto de cobertura de seguros até o limite as apólices.

Contudo, quando ocorram circunstâncias imprevisíveis e supervenientes, ou de consequências incalculáveis, em razão de caso fortuito e força maior, que não estejam

cobertas pelos seguros ou na parte que exceder o limite dos valores das apólices de seguros, o risco costuma ser atribuído ao poder concedente. Trata-se de alocação de riscos que traz previsibilidade e obedece às melhores práticas, devendo ser prestigiada.

Aliás, exemplo de caso fortuito ou força maior que, em certa medida, ratifica as premissas sustentadas ao longo deste estudo é a pandemia de COVID-19, que assolou o mundo. Em 30 de janeiro de 2020 a Organização Mundial de Saúde (OMS) declarou que o surto de COVID-19 constituía Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional (ESPII)⁸. No dia 11 de março a OMS reclassificou o estágio de contaminação da pandemia, retratando a rápida disseminação geográfica global do vírus, causando profundos impactos na vida das pessoas, nas economias de todos os países e, em especial, nos contratos de concessão.

Aplicação da teoria da imprevisão nos contratos de concessão de infraestrutura em razão da pandemia do novo coronavírus foi objeto de apreciação no Parecer nº 261/2020/CONJUR-MINFRA/CGU/AGU⁹, cuja ementa é colacionada abaixo:

EMENTA: CONSULTA. CONTRATOS DE CONCESSÃO DO SETOR DE INFRAESTRUTURA DE TRANSPORTES. RECOMPOSIÇÃO DO EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO. PANDEMIA DO NOVO CORONAVÍRUS. COVID-19. I. Os concessionários têm direito ao reequilíbrio de seus contratos em caso de superveniência de evento cujo risco tenha sido alocado ao poder concedente, caso dele tenha decorrido impacto significativo em suas receitas ou despesas. II. Em regra, o concessionário assume os riscos ordinários do negócio e o poder público retém os riscos extraordinários. Mas nada impede que os contratos estabeleçam uma divisão de riscos diferente. III. Para a aplicação da teoria da imprevisão para fins de revisão de contratos de concessão é necessário que, observada a alocação contratual de riscos, ocorra evento superveniente e extraordinário, cuja ocorrência ou consequências sejam imprevisíveis e inevitáveis e que tenha gerado onerosidade excessiva decorrente de um significativo desequilíbrio no contrato. IV. A pandemia do novo coronavírus configura força maior ou caso fortuito, caracterizando álea extraordinária para fins de aplicação da teoria da imprevisão a justificar o reequilíbrio de contratos de concessão de infraestrutura de transportes, desde que atendidos os demais requisitos indicados neste Parecer.

⁸ Publicado em 4.2.2020 por Nações Unidas. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/tire-suas-duvidas-sobre-o-novo-coronavirus>. Acesso em 01.03.2023

⁹ Disponível em: <https://www.gov.br/infraestrutura/pt-br/assuntos/conjur/Geral00261406894540CS.pdf>. Acesso em: 28.02.2023

A conclusão se deu pelo reconhecimento da pandemia como força maior ou caso fortuito, constituindo álea extraordinária apta a justificar a incidência da teoria da imprevisão, *desde que respeitada a alocação de riscos do contrato*.

Daí a importância de que as matrizes sejam bem detalhadas e, na medida do possível, se ocupem da diferenciação entre risco e incerteza de forma minuciosa. É nessa seara que se reitera a modelagem utilizada nos mais recentes contratos de concessão e PPP, em que é contemplada cláusula que transfere ao Poder Público a responsabilidade por eventos enquadrados como caso fortuito ou de força maior – salvo se seguráveis no Brasil – reduzindo o escopo de uma eventual cláusula genérica de transferência ilimitada de riscos residuais a somente uma das partes.

Sob outro ângulo, em razão da situação completamente extrema vivenciada pela pandemia, inserida no domínio da absoluta imprevisibilidade e fora de qualquer padrão da normalidade, poder-se-ia cogitar até mesmo seu enquadramento como incerteza (e não “risco”). Cajal (2021, p. 148) reflete sobre o enquadramento da pandemia na matriz de riscos dos contratos de concessão:

O cenário resultante da pandemia é digno da literatura distópica. Em tempo record, incorporamos ao nosso vocabulário jargões como isolamento social, quarentena, protocolos de segurança e máscaras de proteção. Mesmo em novembro de 2019 –um mês antes da confirmação do primeiro caso –, seria impossível imaginar a iminente (e drástica) mudança que ocorreria no cenário global. Assim, quando da alocação de riscos na matriz dos contratos de concessão, não houve, naturalmente, qualquer previsão do “risco de pandemia”. O cenário atual exige, portanto, ampla discussão quanto ao evento e seu enquadramento na matriz de risco, passando, inclusive, pela suficiência do instrumento para o reestabelecimento do equilíbrio econômico-financeiro da concessão. (...) A disseminação do SARS-CoV-2 foi –e permanece sendo –inevitável. As medidas de contenção adotadas pelas autoridades, nacionais e internacionais, objetivam, tão somente, desacelerar a propagação do vírus evitando, assim, o colapso do sistema de saúde. A situação vivenciada em razão da pandemia foge de qualquer padrão de normalidade e, nesse sentido, os concessionários não tinham – e ainda não têm –capacidade de prever ou evitar a propagação do vírus e, de igual modo, não poderiam prever ou impedir os seus efeitos sobre a demanda e a receita da concessão. Por isso, tem-se partido da premissa de que a pandemia é evento de força maior ou caso fortuito. (...) Necessário diferenciar, portanto, as possibilidades, os riscos e as incertezas. As possibilidades são eventos que tem potencial de realização, eventos que podem acontecer. Os riscos, apesar da ocorrência duvidosa, podem ser conjecturados de antemão e, inclusive, podem ser precificados, ou seja, os riscos são possibilidades mensuráveis. Já as incertezas, além da ocorrência duvidosa, não podem ser previstas pelos melhores conhecimentos disponíveis. (...) A ciência e a tecnologia hoje disponíveis ainda não lograram prever a duração da pandemia ou mesmo mensurá-la. As previsões são

incertas e as estimativas, imprecisas. Todas as áreas do conhecimento estão empenhadas na compreensão dos contornos e dos impactos originados da COVID-19. A pandemia, portanto, se encaixa perfeitamente no conceito de incerteza.

Independentemente da classificação de risco ou incerteza, quando há materialização de determinado evento que abala a relação contratual é possível que se vislumbre “uma cadeia intercalada de distintos riscos sobrepostos de responsabilidade distinta em cada caso” (Marques Neto; Savioli, 2020, p. 46). Os autores advertem que, nessas situações, a recomendação é que se identifique “qual risco prepondera sob os demais e é, em última análise, o cerne, o núcleo duro que desencadeou as demais áleas e resultou nos múltiplos distúrbios verificados na equação contratual”. Trata-se do fenômeno da interdependência entre os distintos riscos, abordado no capítulo anterior.

Como consequência, identificada a pandemia de COVID-19 como o princípio das reações, os reflexos dessa incerteza não devem ser forçadamente enquadrados como riscos previstos na matriz. Exemplifica-se a afirmação com o risco de variação de demanda. O risco de variação de demanda é tradicionalmente alocado aos concessionários, principalmente quando a remuneração do particular decorre de tarifas cobradas pela utilização do serviço concedido. A previsão refere-se, entretanto, ao risco de variação ordinária da demanda materializado de forma autônoma, isto é, aquela decorrente da flutuação natural do mercado, muitas vezes relacionada à eficiência na gestão do negócio e ao próprio risco de exploração do objeto como elemento intrínseco do regime contratual. Caso se verifique, de maneira diversa, que a variação da demanda é mero elo de uma reação em cadeia gerada por uma incerteza cujos efeitos são anormais, imprevisíveis e intoleráveis, para garantir a continuidade da concessão deve-se trabalhar com o cenário de materialização da incerteza, na qual a variação da demanda é reflexo do evento cerne. Esta linha de raciocínio converge para a possibilidade de que, em situações excepcionais e cabalmente comprovadas no caso concreto, é possível aventar a aplicação a teoria da imprevisão diante de riscos contratualmente partilhados pelas partes.

Caminha no mesmo sentido a literatura internacional em relação ao risco de variação de preço de insumos. Os guias de referência que tratam da alocação de

riscos em concessões¹⁰ indicam que, embora o risco de variação de preços de insumos seja usualmente alocado para o privado, há situações em que é indicado o compartilhamento dos riscos associados a custos e insumos, quando a variação extraordinária é intensamente influenciada por eventos de caso fortuito, força maior ou fato do príncipe.

Portanto, extrai-se que o planejamento racional e adequado da modelagem das concessões e, principalmente, uma alocação de riscos objetiva e eficiente são determinantes para o êxito de um contrato de concessão, mas podem não ser suficientes para esgotar as infundáveis questões que podem se suceder durante sua execução.

Não se trata de esvaziar a engenharia contratual da alocação de riscos ou, mesmo, flexibilizar excessivamente sua aplicação. Ao revés, como se viu privilegiar a matriz de riscos foi um dos eixos centrais deste trabalho. No entanto, na hipótese de situações drásticas que produzam consequências excessivamente onerosas – a depender da prova e do nexo de causalidade que for demonstrado em cada situação concreta – serão cabíveis, mesmo diante da matriz de riscos contratualmente pactuada, a revisão extraordinária do contrato e a aplicação da teoria da imprevisão para fins de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro abalado. Todavia, é indispensável salientar, nesses casos, o ônus argumentativo que recai sobre as partes para demonstrem o efetivo descolamento da realidade econômica atual com aquela projetada no início da relação jurídica, que esta não pode ser atribuída à nenhuma das partes e que a recomposição negociada seja conduzida com o intuito de preservar a finalidade pública de manutenção do pactuado originalmente.

¹⁰Por exemplo, o *global Infrastructure Hub*. Disponível em: https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/sites/ppp.worldbank.org/files/documents/GIHub_Allocating_Risks_PPP_Contracts_EN_2016.pdf. Acesso em 21.01.2023

8 Conclusão

A essa altura impõe-se condensar as reflexões finais acerca da incidência da teoria da imprevisão nos modernos arranjos dos contratos concessão, desenvolvidas a partir das ideias centrais trabalhadas ao longo dos capítulos antecedentes.

Preliminarmente, restou consignado que a regulação por contrato se ocupa da temática da mutabilidade (e, por consequência, das questões limítrofes à aplicação da teoria da imprevisão) como um dos seus aspectos centrais. Esse traço do modo contemporâneo de estruturação do contrato de concessão é fruto de um processo de evolução histórica que culminou com a incorporação de inovações diretamente conectadas à mutabilidade.

Neste ponto, é imperioso reconhecer que a alocação de riscos nos contratos, para além de seu enorme avanço em relação à concepção francesa da teoria das áleas, guarda uma visceral relação com o equilíbrio econômico-financeiro do pacto. O estudo do risco se torna elemento estruturante da regulação contratual por apresentar uma dimensão jurídica conectada aos princípios da eficiência, da segurança jurídica e da própria consecução do interesse público, reduzindo os espaços de conflitos *ex post* em relações duradouras complexas.

Ao mesmo tempo em que se reconhece como inegável a contribuição do estudo dos riscos na estruturação dos contratos concessionais, também se alcança a conclusão de que não é factível esperar que a regulação do contrato seja exauriente, completa e exaustiva na tabulação dos fatos e medição da extensão de todas as consequências deles decorrentes, por melhor que seja a alocação de riscos. Não obstante, a regulação do contrato de concessão deve procurar, sempre que factível, descrever detalhadamente os eventos, suas causas, medidas atenuadoras e consequências, bem como estabelecer as correlações entre riscos e as causas.

A compreensão de equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão é dotada de racionalidade distinta dos contratos administrativos ordinários, por ser aferido levando em conta muitas outras variáveis, tais como montante estimado de

investimento, fluxo de caixa projetado, cronograma de desembolsos, variações de receita e custo de remuneração do capital. Além disso, é intimamente conectado à matriz de riscos, o que demarca com mais clareza e nitidez as situações geradoras de desequilíbrios e, ao mesmo tempo, legitimadoras de pleitos de reequilíbrio.

Restou demonstrada a possibilidade de aplicação da teoria da imprevisão no âmbito dos contratos concessionais, com a demonstração dos requisitos aplicáveis (a eventos supervenientes e extraordinários, cuja ocorrência ou consequências sejam imprevisíveis ou inevitáveis, causadores de um desequilíbrio grande no contrato, ou seja, uma onerosidade excessiva para uma das partes), e a necessidade de obediência à matriz de riscos como regra geral. Ademais, há que se acrescentar que, pelas características e variáveis inerentes que tornam seu equilíbrio econômico-financeiro essencialmente dinâmico, em muitos contratos de concessão sequer é possível retornar a uma equação original ou ao denominado ponto de equilíbrio “t=0”, mencionada no artigo 65 da Lei Federal nº 8666/1993.

Contudo, acerca da hipótese investigada atinente à possibilidade de revisão da matriz de riscos para evitar a solução por ela preconizada, entende-se que, sob estritas condições e partir de uma invocação responsável, fundada e demonstrada da exigência de tal desvio para o prosseguimento do serviço público, é possível a invocação da teoria da imprevisão para se proceder à revisão extraordinária quando um evento extraordinário produziu consequências excessivamente onerosas, mesmo diante da matriz de riscos contratualmente pactuada. Observou-se que o artigo 65, II, “d”, da Lei Federal nº 8.666/1993 e o artigo 124, II, “d”, da Lei Federal nº 14.133/2021, ao utilizarem a expressão “fatos imprevisíveis, ou previsíveis de consequências incalculáveis”, admitem que mesmo os fatos previsíveis, desde que os seus resultados sejam extremamente onerosos, têm o condão de permitir que as partes promovam a revisão das condições originais do contrato. Significa admitir que o dever de reequilibrar o contrato não se encontra atrelado apenas às ocorrências absolutamente imprevisíveis, mas também àquelas que, ainda que dotadas de algum grau de previsibilidade, apresentaram consequências e resultados que podem ser intoleráveis ou incalculáveis.

Uma compreensão mais permeável e sensível aos impactos de eventos externos nas consequências dos eventos delineados na matriz de riscos é harmoniosa com o regime jurídico dos contratos de longo prazo, na medida em que a previsibilidade da matriz não é absoluta e capaz de antever todas as situações e, principalmente, todas as consequências que podem advir para uma das partes. A ocorrência de eventos como a pandemia da COVID-19 ratifica essas premissas.

9 Referências

ACERETE GIL, José Basílio. *Financiación y gestión privada de infraestructuras y servicios públicos. Asociaciones público-privadas*, Madrid, IEF, 2004.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. *NBR ISO31000: Gestão de riscos – princípios e diretrizes*. Rio de Janeiro, 2009.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *A evolução da proteção do equilíbrio econômico-financeiro nas concessões de serviços públicos e nas PPPs*. RDA – Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 263, maio/ago. 2013.

_____. *Direito dos serviços públicos*. 4. ed. – Belo Horizonte: Fórum, 2017.

BRASIL. Lei Federal nº 8987/1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Lex: Coletânea de Legislação e Jurisprudência. Brasília, 1995. Legislação Federal.

BRASIL. Lei Federal nº 11.079/2004. Institui normas gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública. Lex: Coletânea de Legislação e Jurisprudência. Brasília, 2004. Legislação Federal.

CAJAL, L. C. H. *O risco da incerteza: as possíveis contribuições da risk-based theory no enquadramento da pandemia de COVID-19 na matriz de riscos dos contratos de concessão de serviço público*. Revista de Direito Setorial e Regulatório, v. 7 nº 2, p. 136-156, outubro 2021.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. Forense. Edição do Kindle.

_____. *Direito Administrativo*. 30ª ed. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017.

GARCIA, Flavio Amaral. *A mutabilidade nos contratos de concessão*. 2ª ed., rev., atual. – São Paulo: Editora JusPodivm, 2023.

GONÇALVES, Pedro Costa. *Direito dos contratos públicos*. Coimbra: Almedina, 2016.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *O equilíbrio econômico-financeiro nas concessões e PPPs: formação e metodologias para recomposição*. Revista de Direito Público da Economia – RDPE, Belo Horizonte, ano 15, n. 58, p. 37-60, abr./jun. 2017.

_____. *Concessão de serviço público*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Algumas considerações acerca das licitações em matéria de concessão de serviços públicos*. RBDP, Belo Horizonte, ano 2, n. 7, out./dez. 2004.

_____. *Teoria geral das concessões de serviço público*. São Paulo: Dialética, 2003.

KNIGHT, Frank. *Risk, uncertainty and profit (risco, incerteza e lucro)*, 1921.

LOUREIRO, Gustavo Kaercher. *Estudos sobre o Regime Econômico-Financeiro de Contratos de Concessão*. 1. ed. – London: Laccademia Publishing, 2020.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. *Concessões*. Belo Horizonte, Fórum, 2015.

_____. *Breves considerações sobre o equilíbrio econômico-financeiro nas concessões*. Revista de Direito Administrativo, vol. 227, jan./mar. 2002.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 21ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

MELO, Pedro. *A distribuição do risco nos contratos de concessão de obras públicas*. Coimbra, Livraria Almedina, 2011.

MOREIRA, Egon Bockmann. *Direito das concessões de serviços públicos: inteligência da parte geral da Lei n. 8.987/1995*. Curitiba, edição do autor, 2010.

_____. *Contratos Administrativos de Longo Prazo: A Lógica de seu Equilíbrio Econômico-Financeiro*. In: BOCKMANN BIBLIOGRAFIA 194 Documento para revisão – CIRCULAÇÃO AUTORIZADA PELO AUTOR E EDITORA 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.

MONTEIRO, Vera. *Concessão*. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

_____. *Riscos, incertezas e concessões de serviços públicos*. Revista de Direito Público da Economia. Ano 5. Belo Horizonte, outubro-dezembro/2007. Disponível em: <http://www.bidforum.com.br/bidPDI0006.aspx?pdiCntd=49831>. Acesso em: 15/02/2023.

MORAES, Luíza Rangel; Wald, Arnaldo; M. WALD, Alexandre. *O direito de parceria e a nova lei geral de concessões comuns: análise das leis nº 8987/1995 e 9074/1995*. São Paulo: Editora RT, 1996).

NATAL, Tatiana Esteves. *A divisão de riscos e o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão de serviço público no Estado regulador*. Revista de Direito da Procuradoria-Geral do Rio de Janeiro (67), 2013.

OLIVEIRA, Fernão Justen de. *Parceria público-privada: aspectos de direito público econômico (Lei 11.079/2004)*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

PEREIRA, Ana Carolina Migueis. *Alocação de riscos nos contratos de concessão e PPP: um mecanismo rumo à eficiência na implantação de infraestruturas no Brasil*. Revista de Direito Administrativo Contemporâneo. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RDAdmCont_n.23.09.PDF

PEREZ, Marcos Augusto. *O risco no contrato de concessão de serviço público*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2006.

PRADO, Lucas Navarro; RIBEIRO, Maurício Portugal. *Comentários à lei de PPP – Parceria Público-Privada (Fundamentos Econômico-Jurídicos)*. 2ª edição. São Paulo: Atlas, 2011.

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

SILVA, Fabiane Tessari. *Alocação de riscos em contratos de concessão comum e de PPP's – Do rebus sic stantibus ao pacta sunt servanda?* Revista de contratos públicos. Ano 3. Belo Horizonte, Fórum, março-agosto/2014.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Parcerias Público-Privadas*. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

TÁCITO, Caio. *O equilíbrio financeiro na concessão de serviço público*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 63, mai. 1961. ISSN 2238-5177.

WALD, Arnaldo. *Curso de Direito Civil*. 12ª ed. São Paulo: RT., 1995.

ZANCHIM, Kleber Luiz. *Contratos de parceria público-privada (PPP): risco e incerteza*
Disponível em: https://acervo.enap.gov.br/cgi-bin/koha/opac/detail.pl?biblionumber=52314&shelfbrowse_itemnumber=23178

Missão

Aprimorar a Administração Pública em benefício da sociedade por meio do controle externo

Visão

Ser referência na promoção de uma Administração Pública efetiva, ética, ágil e responsável